



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO, GIUSTIZIA PENALE E  
INTERNAZIONALE  
CICLO XXXVI

TUTELA E PROMOZIONE DI INTERESSI NON ECONOMICI NEI TRATTATI  
INTERNAZIONALI DI INVESTIMENTO.  
PROSPETTIVE DI RIFORMA

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Giulia Rossolillo

Tesi di Dottorato di  
Mirko Camanna

Anno Accademico 2022/2023





# Sommario

PREFAZIONE E PRESENTAZIONE DELLA TESI .....	1
1. Introduzione .....	1
2. Finalità della ricerca .....	5
3. Struttura della tesi .....	6
4. Definizione dell'ambito di ricerca e delle sue ragioni .....	7
4.1. Da un diritto internazionale degli investimenti investor oriented ad uno sustainable development oriented. Il principio di sviluppo sostenibile come linea guida del presente lavoro ed il concetto di interessi non economici .....	7
4.2. I trattati di investimento come oggetto della ricerca e la scelta delle clausole analizzate. .	10
PARTE PRIMA .....	12
CAPITOLO 1. INTRODUZIONE E INQUADRAMENTO STORICO .....	13
1. Introduzione .....	13
2. La nozione di investimento .....	13
3. Evoluzione storica e fonti attuali del diritto internazionale degli investimenti .....	19
3.1. La prima fase. Le origini del diritto internazionale degli investimenti .....	20
3.2. La seconda fase: lo sviluppo dei trattati bilaterali di investimento .....	23
3.3. Terza fase: espansione e consacrazione dei BITs .....	29
3.4. La quarta fase e il contesto attuale .....	32
CAPITOLO 2. IL DIFFICILE RAPPORTO FRA DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI ED INTERESSI NON ECONOMICI. ANALISI DEI PRINCIPALI PROBLEMI .....	37
1. Il rapporto attuale fra diritto internazionale degli investimenti ed interessi non economici. Il difficile bilanciamento fra interessi economici, tutela ambientale e dei diritti umani .....	37
2. La distinzione fra i diversi interessi non economici. Il maggiore interesse per la tutela dell'ambiente, nonostante il clima generale rimanga poco soddisfacente .....	38
3. Gli effetti negativi dell'attuale diritto internazionale degli investimenti sulla tutela e la promozione di interessi non economici .....	42
3.1. La tutela dei lavoratori .....	44

3.2. La tutela della popolazione locale e indigena. ....	46
3.3. I possibili effetti negativi sullo Stato ospitante e sul right to regulate. ....	58
3.4. Una responsabilità diffusa e complessa: il ruolo condiviso di imprese, investitori, finanziatori e Stati. ....	70
4. Il problema “sistemico”. Il difficile bilanciamento fra interessi non economici e diritto internazionale degli investimenti in un contesto generale frammentato. ....	73
5. Le criticità dei trattati internazionali di investimento. Il numero limitato di clausole su diritti umani ed ambiente e la loro scarsa efficacia. ....	79
6. Le criticità dell’arbitrato di investimenti. Fra carenze e inadeguatezza. ....	88
PARTE SECONDA. ....	104
Introduzione. ....	104
CAPITOLO 3. IL PREAMBOLO DEI TRATTATI INTERNAZIONALI DI INVESTIMENTO	107
1. Introduzione e definizione. ....	107
2. I vantaggi dell’introduzione di riferimenti non economici nel preambolo degli IIAs. ....	112
3. I limiti dell’introduzione di riferimenti non economici nel preambolo degli IIAs. ....	118
4. Conclusione. ....	121
CAPITOLO 4. LA NOZIONE DI INVESTIMENTO E L’AMBITO DI APPLICAZIONE DEI TRATTATI DI INVESTIMENTO	123
1. Introduzione. ....	123
2. La nozione di investimento e la sua elasticità. Utilizzare la nozione di investimento per escludere la protezione degli investimenti dannosi e per tutelare gli investimenti sostenibili. ...	125
2.1. L’estensione della nozione di investimento protetto a settori borderline. ....	134
3. I legality requirement (in accordance clause). ....	136
3.1. I profili problematici riguardanti i legality requirements. In particolare, il momento della violazione della normativa del Paese ospitante. ....	144
4. Nozione di investimento, ambito di applicazione dei trattati e clean hands doctrine. ....	150
5. La clausola Denial of Benefits. ....	155
6. Conclusione. ....	163
CAPITOLO 5. LE ECCEZIONI E LE RIGHT TO REGULATE CLAUSE	166

1. Le eccezioni. Introduzione.....	166
1.1. Le differenti tipologie di eccezione. Un arsenale ampio e dai caratteri complessi.....	166
1.2. La distinzione fra eccezioni generali ed eccezioni speciali. ....	176
1.3. Il bilanciamento fra tutela di interessi generali e tutela dell'investitore nelle clausole di eccezione: le condizioni necessarie per poter invocare le eccezioni. ....	183
1.4. L'utilizzo delle eccezioni negli IIAs: una prassi emergente ma estremamente frammentaria. Il caso dell'Unione Europea.....	190
1.5. La prassi arbitrale in materia di eccezioni. ....	193
1.6. Le criticità delle clausole di eccezione. ....	208
1.6.1. Le clausole di eccezione sono necessarie?.....	208
1.6.2. Le clausole di eccezione potrebbero produrre effetti opposti a quelli voluti e causare un irrigidimento dei trattati. ....	210
1.6.3. L'inadeguatezza di un approccio eccessivamente estensivo nell'indicazione delle ragioni che fondano le eccezioni. ....	211
1.6.4. Le clausole di eccezione sono opportune?.....	212
1.6.5. La mancanza di coerenza degli Stati e il rischio di abuso delle clausole di eccezione. ....	214
1.6.6. L'imprevedibilità delle decisioni arbitrali e dell'interpretazione delle clausole.....	216
1.7. I vantaggi derivanti dall'utilizzo di eccezioni all'interno degli IIAs. ....	217
1.7.1. La tutela del right to regulate. ....	217
1.7.2. Il bilanciamento fra interessi degli investitori ed interessi pubblici non economici.....	219
1.7.3. Il valore simbolico e politico delle clausole di eccezione. Il cambio di paradigma nel diritto internazionale degli investimenti. ....	221
1.7.4. Le eccezioni possono garantire maggiore prevedibilità e certezza, sia dei diritti e doveri reciproci di Stati ed investitori, sia delle decisioni in sede di arbitrato di investimenti.....	222
1.8. Conclusione.....	225
2. Il concetto di right to regulate ed il suo utilizzo negli IIAs. ....	229
2.1. Le right to regulate clauses. ....	233
2.2. Le criticità delle right to regulate clauses: fra inefficacia, scarsa utilità e dubbi interpretativi. ....	244

2.3. I vantaggi derivanti dall'introduzione di right to regulate clauses.....	247
2.4. Conclusione.....	249
<b>CAPITOLO 6. LE DISPOSIZIONI CHE INTRODUCONO OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ IN CAPO AGLI INVESTITORI.....</b>	<b>250</b>
1. Introduzione. ....	250
2. Inquadramento concettuale. La rilevanza della Corporate Social Responsibility. ....	250
3. Inquadramento storico.....	252
3.1. Dall'asimmetria e assenza di obblighi agli investitori... ..	252
3.2. ... Ad un nuovo paradigma. ....	253
4. Le disposizioni che attualmente prevedono obblighi per gli investitori all'interno degli IIAs. ....	256
5. Le principali proposte di inserimento della CSR e degli obblighi in capo agli investitori: un'officina ancora aperta. ....	263
6. Riflessioni in base alla giurisprudenza arbitrale. ....	271
7. Il dibattito sull'introduzione di obblighi per gli investitori negli IIAs. Profili critici. ....	277
7.1. Un cambio di paradigma? .....	277
7.2. Le proposte sono, ad oggi, poco convincenti e difficilmente garantiscono il raggiungimento degli obiettivi preposti. ....	277
7.3. I possibili effetti distorsivi di tali disposizioni. La potenziale distorsione della concorrenza e l'ampliamento del ruolo degli arbitri. ....	280
8. I vantaggi derivanti dall'inclusione di obblighi e responsabilità per gli investitori negli IIAs. ....	281
8.1. Un nuovo paradigma nei trattati di investimento: verso un ribilanciamento di diritti e doveri. ....	281
8.2. La creazione di un framework minimo ed il ruolo sussidiario nel colmare lacune interne. ....	282
8.3. Garantire maggiore chiarezza dei diritti e doveri reciproci e meglio definire i rapporti fra Stati ed investitori. ....	283
8.4. Trasformare strumenti di soft law in strumenti di hard law.....	284
8.5. Garantire una maggiore tutela per i Paesi ospitanti. ....	284

9. Conclusione.....	285
CAPITOLO 7. LE VALUTAZIONI DI IMPATTO AMBIENTALE E SOCIALE E LE IMPACT ASSESSMENT CLAUSES.....	289
1. Concetto e tipologie di impact assessment. ....	289
2. Impact assessment clauses e diritto internazionale degli investimenti. ....	295
3. I vantaggi derivanti dal potenziamento degli impact assessment nel diritto internazionale degli investimenti e negli IIAs. ....	300
4. I limiti delle impact assessment clauses.....	311
5. Conclusioni. ....	316
CONCLUSIONI.....	320
BIBLIOGRAFIA .....	324
GIURISPRUDENZA CITATA .....	370

## PREFAZIONE E PRESENTAZIONE DELLA TESI

### 1. Introduzione.

Il diritto internazionale degli investimenti attraversa oggi una profonda crisi ed è oggetto di forti critiche<sup>1</sup>.

Fra le principali criticità vi è in particolare l'idea che sia *investor oriented*, cioè sbilanciato a favore degli investitori e dei loro interessi economici e commerciali. Il diritto internazionale degli investimenti garantirebbe poco spazio ed attenzione alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente, e più in generale allo sviluppo sostenibile.

Il numero di trattati di investimento in cui compaiono riferimenti ai diritti umani o all'ambiente è in effetti ancora oggi molto limitato<sup>2</sup>. Inoltre, nei pochi accordi nei quali tali concetti sono presenti molto spesso la loro formulazione è vaga e le relative disposizioni sono prive di reale efficacia.

Anche l'arbitrato di investimenti, che costituisce lo strumento principale di risoluzione delle controversie fra investitori e Stati, raramente si è occupato di questioni connesse alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente. Quando si sono poste tali questioni, spesso sono state sottovalutate e vi è stata data poca importanza. Nei pochi casi in cui gli arbitri hanno mostrato una maggiore sensibilità alla tutela dei diritti umani o dell'ambiente, gli istituti e gli spazi di manovra a loro disposizione si sono rivelati ristretti e poco adeguati.

Il diritto internazionale degli investimenti, tuttavia, dovrebbe integrare anche considerazioni legate alla tutela e alla promozione dei diritti umani e dell'ambiente per più motivi.

In primo luogo, poiché gli investimenti internazionali e più in generale le attività economiche e di impresa hanno un grande impatto sui diritti umani e sull'ambiente. Le

---

<sup>1</sup> Si vedano ad esempio, in generale, J. LINARELLI – M. E. SALOMON – M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law*, Vol. 1, Oxford University Press, 24/5/2018; D. SCHNEIDERMAN, *International Investment Law's Unending Legitimation Project*, «Loy. U. Chi. LJ», 49 (2017), pp. 229 ss.; M. SORNARAJAH, *Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment*, «Journal of International Economic Law», 23/2 (2020), pp. 413–429.

<sup>2</sup> Si veda S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration*, «Leiden Journal of International Law», 31/1 (2018), pp. 33–58 per un'analisi empirica su tale profilo.

imprese multinazionali che operano all'estero non producono solamente benefici economici, di innovazione e occupazionale, ma talvolta cagionano anche seri problemi sotto diversi profili: danni ambientali ed inquinamento; violazioni dei diritti umani; scarsa tutela dei lavoratori; impatti negativi sulla cultura e tradizioni delle popolazioni locali; intromissioni nelle politiche pubbliche nazionali e pressioni sui governi nazionali e locali.

Due vicende ben note che evidenziano questi problemi sono ad esempio i casi Perenco – Ecuador<sup>3</sup> e Shell – Nigeria<sup>4</sup>. In entrambe le vicende, delle imprese multinazionali hanno delocalizzato parte delle proprie attività produttive in Paesi in via di sviluppo col favore delle istituzioni locali e successivamente hanno cagionato gravi danni ambientali e sociali. In entrambi i casi i Paesi ospitanti speravano di ottenere vantaggi economici, sia per loro che per la propria popolazione, ma consentendo lo svolgimento di attività rivelatesi infine a scapito dell'ambiente e della popolazione locale.

Nella prassi, simili situazioni di tensione si sono create soprattutto per le industrie legate al settore primario ed in particolare minerario, energetico o agricolo, cioè le attività maggiormente impattanti sotto un profilo ambientale e sociale. Le imprese multinazionali spesso delocalizzano le proprie attività produttive in Paesi in via di sviluppo in quanto ricchi di risorse naturali, ma anche in ragione di contesti politico-legislativi ed economici maggiormente favorevoli e propensi ad attrarre investitori stranieri, anche a scapito della preservazione dell'ambiente naturale e della tutela della propria popolazione. La normativa nazionale dei Paesi di destinazione, in questi casi, è spesso assente, inefficace, o non applicata.

A fronte di tali problematiche, l'attuale diritto internazionale degli investimenti

---

<sup>3</sup> BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/texacochevron-lawsuits-re-ecuador-1/>; J. RUDALL, *The Tribunal with a Toolbox: On Perenco v Ecuador, Black Gold and Shades of Green*, «Journal of International Dispute Settlement», 11/3 (2020), pp. 485–500.

<sup>4</sup> BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Shell lawsuit (re oil pollution in Nigeria)*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria/>; L. F. ENNEKING, *The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria case*, «Utrecht Law Review», 10/1 (2014), pp. 44–54; J. R. MAY – T. DAYO, *Dignity and Environmental Justice in Nigeria: The Case of Gbemre v. Shell*, «Widener L. Rev.», 25 (2019), pp. 269.

sembra piuttosto miope, occupandosi solamente della tutela degli investitori e ignorando almeno in parte gli effetti delle attività di investimento<sup>5</sup>.

Come si vedrà, lo stesso diritto internazionale degli investimenti contribuisce ad aggravare la situazione esistente, tutelando investimenti non allineati con il principio dello sviluppo sostenibile e fornendo agli investitori gli strumenti per intromettersi nelle politiche pubbliche nazionali e mantenere o rafforzare i propri privilegi. Recenti vicende, come i casi *Rockhopper*<sup>6</sup>, *RWE*<sup>7</sup>, o *Eco Oro*<sup>8</sup> dimostrano che l'attuale diritto degli investimenti rappresenta ancora oggi un'arma a favore degli investitori e non garantisce un adeguato bilanciamento fra interessi economici degli investitori ed interessi non economici quali la tutela dell'ambiente e dei diritti umani.

L'attuale diritto internazionale degli investimenti non sembra inoltre coerente con l'ampio spazio che il diritto internazionale pubblico oggi prevede per la tutela dei diritti umani, dell'ambiente, anche in un'ottica di unificazione, piuttosto che di frammentazione, del diritto internazionale<sup>9</sup>. In tale ottica, ai fini qui in esame, rileva in particolare la grande attenzione posta dal diritto internazionale al ruolo – e alla responsabilità - delle multinazionali e al tema *Business & Human Rights*<sup>10</sup>. Due profili

---

<sup>5</sup> Si vedano sul punto anche le osservazioni di A. ARCURI, *Boundary-work and dynamics of exclusion by law: international investment law as a case study*, in M. BARTL – J. C. LAWRENCE (a cura di), *The Politics of European Legal Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 60 – 76.

<sup>6</sup> *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, final award, (23/8/2022).

<sup>7</sup> *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4.

<sup>8</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, award (9/9/2021).

<sup>9</sup> P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 45–62.

<sup>10</sup> Per approfondimenti di ordine generale a questo tema si rinvia ai UN Guiding Principles on Business and Human Rights del 2011 (UNGPs). In dottrina si rinvia ad esempio a D. BAUMANN-PAULY – J. NOLAN, *Business and human rights: from principles to practice*, Routledge, 2016; A. BONFANTI, *Business and human rights in Europe: international law challenges*, Routledge, Londra, 2018; O. DE SCHUTTER, *Towards a new treaty on business and human rights*, «Business and Human Rights Journal», 1/1 (2016), pp. 41–67; S. DEVA, *Guiding principles on business and human rights: implications for companies*, «Eur. Company L.», 9 (2012), pp. 101; P. T. MUCHLINSKI, *Advanced introduction to business and human*

rilevano in particolare. Sotto il profilo fisiologico, anche gli attori privati, in ragione delle proprie attività e del proprio peso economico, politico e sociale dovrebbero rendersi partecipi della tutela e promozione dei diritti umani e dell'ambiente, ad esempio attraverso la valorizzazione di concetti quali la *green economy*, lo sviluppo sostenibile e la responsabilità sociale di impresa. Sotto il profilo patologico, invece, il diritto internazionale ancora oggi non prevede adeguati strumenti per rendere le imprese multinazionali responsabili per le gravi violazioni del diritto dell'ambiente e dei diritti umani nelle quali esse siano coinvolte<sup>11</sup>.

Il diritto internazionale degli investimenti dovrebbe in ogni caso mantenere anche la propria finalità originaria di fornire forme di tutela agli investitori e proteggere la loro legittima aspettativa. Tale finalità non dovrebbe essere eliminata, ma piuttosto aggiornata. Le stesse imprese, in questo senso, dovrebbero poter operare in un contesto politico, economico e giuridico chiaro e trasparente. Ciò anche perché la concreta attuazione del principio di sviluppo sostenibile ed il rispetto degli obiettivi europei e globali affermati, ad esempio, nell'Accordi di Parigi<sup>12</sup>, nella recente COP28 di Dubai<sup>13</sup> e negli UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)<sup>14</sup> passano dallo svolgimento di attività economiche sostenibili e dagli incentivi ad imprese e attività

---

*rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2022; J. G. RUGGIE, *The social construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *Research handbook on human rights and business*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2020, pp. 63–86. Sul rapporto fra interessi generali ed economici nell'ambito degli investimenti internazionali si rinvia per tutti a G. SACERDOTI – P. ACCONCI – M. VALENTI – A. DE LUCA, *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

<sup>11</sup> Per approfondimenti sulla questione della soggettività delle multinazionali si rinvia fra gli altri a J. CRAWFORD – A. PELLET – S. OLLESON – K. PARLETT, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010; M. T. KAMMINGA – S. ZIA-ZARIFI, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, 2001; B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2021; A. CASSESE – P. GAETA – J. E. VIÑUALES – S. ZAPPALÀ, *Cassese's International law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom ; New York, NY 2020; A. CASSESE, *International law*, Oxford University Press, Oxford ; New York 2005.

<sup>12</sup> UN, *Adoption of the Paris Agreement*, FCCC/CP/2015/10/Add.1 (2015).

<sup>13</sup> UN, *Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement Fifth session United Arab Emirates*, (2023).

<sup>14</sup> UN *Guiding principles on Business & Human Rights*, (2011).

sostenibili. Il diritto internazionale degli investimenti pertanto deve garantire un contesto nel quale gli Stati non possano abusare dei propri poteri o di nuovi strumenti introdotti per garantire la tutela di interessi non economici. Le imprese devono essere poste nelle condizioni di prevenire possibili danni ambientali o sociali e devono avere gli strumenti per operare in senso sostenibile. Come si avrà modo di spiegare, diversi arbitrati di investimenti fortemente criticati, fra i quali proprio *Rockhopper* e *RWE*, sono sorti anche in ragione di comportamenti e promesse poco coerenti da parte degli Stati ospitanti. Sebbene considerazioni ambientali e sociali possono portare gli Stati a mutare le proprie considerazioni su alcuni investimenti, soprattutto in settori critici come i *fossil fuel*, la soluzione dovrebbe essere quella di garantire un adeguato bilanciamento fra gli interessi reciproci e chiarire, sin da principio, entro quali termini gli investitori saranno protetti ed in quali invece potrebbero andare incontro a conseguenze pregiudizievoli a causa di mutamenti di interessi pubblici o in ragione della propria condotta nociva e negligente.

## **2. Finalità della ricerca.**

La prima finalità del presente lavoro è comprendere l'attuale rapporto fra interessi non economici e diritto internazionale degli investimenti. L'obiettivo è di chiarire se il diritto internazionale degli investimenti e le attività di investimento creino ostacoli alla tutela e promozione dei diritti umani e dell'ambiente e se il diritto internazionale degli investimenti sia sbilanciato a favore degli investitori e dei loro interessi economici. Verranno esaminati i principali punti di contatto e di frizione fra interessi economici e non economici, alla luce dei trattati internazionali di investimento, della giurisprudenza arbitrale e della dottrina, per individuare gli elementi che impediscono un adeguato bilanciamento. Per poter integrare e ribilanciare interessi economici e non economici è infatti necessario avere chiari i vari problemi e le loro interconnessioni.

La seconda finalità è elaborare una *cassetta degli attrezzi* di possibili clausole da inserire nei trattati internazionali di investimento e che potrebbero garantire maggiore spazio alla tutela e promozione di interessi non economici. Vengono analizzate sia disposizioni già presenti negli attuali trattati di investimento, sia alcune delle principali proposte della dottrina e delle organizzazioni internazionali. Tali disposizioni sono valutate alla luce della dottrina e della giurisprudenza arbitrale, per comprendere quali

sarebbero quelle preferibili e come dovrebbero essere formulate per avere reali effetti pratici.

Le disposizioni e le clausole individuate dovrebbero essere inserite nei futuri trattati di investimento e nei progetti di riforma dei trattati attuali, ovvero favorire reinterpretazioni degli attuali accordi.

### **3. Struttura della tesi.**

La tesi è divisa in due parti.

La prima parte tenta di individuare le principali problematiche riguardanti il rapporto fra diritto internazionale degli investimenti da un lato e tutela e promozione di interessi non economici dall'altro. Dopo un primo capitolo di carattere storico e definitorio, nel secondo capitolo vengono analizzati i tre principali profili problematici. In primo luogo, sono evidenziati i principali problemi che le attività internazionali di investimento pongono nei Paesi ospitanti: problemi ambientali, sociali e di interferenza con le politiche pubbliche. In secondo luogo, l'analisi si focalizza sui problemi riguardanti gli attuali trattati internazionali di investimento. In terzo luogo, vengono analizzati i principali limiti dell'arbitrato di investimenti e dell'attuale giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti.

La seconda parte intende individuare dei possibili rimedi alle inadeguatezze ed inefficienze analizzate nella prima parte. Ci si concentra sulle principali clausole contenute nei trattati internazionali di investimento che potrebbero rappresentare un *entry point* per interessi non economici. Questa parte si struttura in diversi capitoli, ciascuno dedicato all'analisi di una clausola specifica. Viene analizzato: come le clausole indicate possano assumere una rilevanza per la tutela e promozione di interessi non economici; in quanti e quali trattati sono presenti tali disposizioni, analizzando le disposizioni più significative; la loro interpretazione giurisprudenziale; l'analisi svolta in dottrina, dividendo le criticità e i principali vantaggi. Per ogni capitolo viene infine svolta una breve conclusione di sintesi e giudizio.

#### 4. Definizione dell'ambito di ricerca e delle sue ragioni.

##### ***4.1. Da un diritto internazionale degli investimenti investor oriented ad uno sustainable development oriented. Il principio di sviluppo sostenibile come linea guida del presente lavoro ed il concetto di interessi non economici.***

Si è sin qui più volte accennato al concetto di *interessi non economici*. Con ciò si intendono essenzialmente due profili: la tutela dell'ambiente e quella dei diritti umani. Si ritiene tale scelta coerente con l'attuazione del principio di sviluppo sostenibile. Come noto, il principio di sviluppo sostenibile è fondato su tre pilastri: economico, ambientale, sociale. Questa concezione trova la propria origine nel noto Rapporto Brundtland del 1987<sup>15</sup> e si rinviene ad esempio nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite<sup>16</sup> e nel Green Deal europeo<sup>17</sup>. Per attuare uno sviluppo sostenibile, le politiche pubbliche e le attività economiche private dovrebbero garantire un equo bilanciamento di questi tre pilastri.

È noto che anche l'ambiente e i diritti umani potrebbero essere valutati sotto un profilo economico e commerciale. Ai fini del presente lavoro, sia l'ambiente che i diritti umani vanno però intesi come interessi pubblici generali privi di valutazione economica. L'ambiente in particolare va inteso diritto umano ad un ambiente salubre, al paesaggio, o alla tutela in funzione delle generazioni future, della biodiversità e del patrimonio culturale. Sebbene non rappresenti l'oggetto principale della ricerca, sotto molteplici profili il presente lavoro terrà in conto anche del problematico rapporto fra diritto internazionale degli investimenti e *climate change*. Infatti, i problemi e le politiche ambientali e sociali che verranno esaminate nel corso del lavoro spesso sono strettamente legate al *climate change* o sono direttamente finalizzate alla lotta al cambiamento climatico. È inevitabile che sempre in un'ottica integrata non si possa parlare di sviluppo sostenibile senza ragionare anche in termini di cambiamento

---

<sup>15</sup> WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (UN), *Our Common Future (Brundtland Report)*, (1987). Sull'origine del termine e sui tre pilastri dello sviluppo sostenibile si veda B. PURVIS – Y. MAO – D. ROBINSON, *Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins*, «Sustainability Science», 14/3 (5/2019), pp. 681–695.

<sup>16</sup> NAZIONI UNITE, *Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*, A/RES/70/1, (2015), disponibile presso [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E).

<sup>17</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni il Green Deal europeo*, n. 640/2019.

climatico.

È stata pertanto adottata una visione più ampia, maggiormente integrata e omnicomprendiva dei diversi interessi coinvolti nelle attività di investimento, che permetta quindi di dare una visione d'insieme non concentrata unicamente sui diritti umani o sulla tutela dell'ambiente.

La scelta di adottare questa concezione di interessi non economici è stata compiuta per una serie di ragioni:

- L'attuale diritto internazionale degli investimenti fornisce gli strumenti per tutelare adeguatamente il primo dei tre pilastri dello sviluppo sostenibile, cioè quello economico, inteso specificamente come la tutela degli interessi degli investitori. Il diritto internazionale degli investimenti fornisce adeguati strumenti di tutela, sia grazie alle disposizioni sostanziali contenute nei trattati internazionali di investimento, sia al meccanismo di risoluzione arbitrale delle controversie. Non si può però dire altrettanto degli altri due pilastri, cioè quello sociale e quello ambientale, che nell'attuale diritto internazionale degli investimenti vengono sottostimati, se non addirittura ostacolati e danneggiati.

- Fonti internazionali<sup>18</sup> e autorevole dottrina<sup>19</sup> spesso affrontano insieme le

---

<sup>18</sup> I già citati UN Guiding Principles on Business and Human Rights considerano sia la tematica ambientale che quella dei diritti umani. Si veda ad esempio il commentario all'articolo 3, nel quale si dice che *“The failure to enforce existing laws that directly or indirectly regulate business respect for human rights is often a significant legal gap in State practice. Such laws might range from non-discrimination and labour laws to environmental, property, privacy and anti-bribery laws”*. Un approccio ampio si rinviene anche nella direttiva UE n. 1937 del 2019 nonché, soprattutto, nella proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio *relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, disponibile presso <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>. Anche l'art. XX del GATT in tema di *general exceptions* sotto questo profilo prevede un'ampia serie di eccezioni afferenti a diversi interessi non economici, quali per l'appunto la tutela dell'ambiente, la protezione della vita umana, animale e della salute, la tutela dei lavoratori, del patrimonio culturale.

Con riferimento ai trattati di investimento si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo e si rinvia sin da ora per un'analisi empirica di questo profilo a K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, «OECD Working Papers on International Investment», 1 (2014); S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit..

<sup>19</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights: Assessing the Role of the UN's*

problematiche riguardanti la tutela dei diritti umani e dell'ambiente ed evidenziano che le soluzioni siano comuni, o comunque molto simili fra loro. Ciò non solo alla luce del principio di sviluppo sostenibile basato sui tre pilastri citati precedentemente, ma anche alla luce delle interconnessioni esistenti fra ambiente e diritti umani.

- Si ritiene che nessuno di questi interessi non economici possa essere perseguito adeguatamente senza tenere conto degli altri. A contrario, cercare soluzioni eccessivamente specialistiche e che non abbiano chiaro il quadro generale di tutti gli interessi e principi coinvolti nelle attività di investimento – siano essi economici o non – finirebbe per fornire risposte parziali, prive di una visione strategica di insieme e che potrebbe condurre a nuove esternalità negative. Nel valutare quali siano le soluzioni più adeguate è quindi necessario considerare tutti i vari interessi coinvolti, fermo restando poi la discrezionalità delle parti in causa – in particolare gli Stati - nel decidere a quali interessi dare maggiormente peso e con quali modalità.

- Spesso le condotte illecite degli investitori comportano danni sotto più profili, sia ambientali sia riguardanti la tutela di diritti fondamentali, quali la salute, i diritti dei lavoratori, la vita, il *cultural heritage*, la proprietà. Pertanto, è opportuno individuare soluzioni e strumenti che possano adattarsi ai vari tipi di diritti e interessi lesi nel caso concreto.

- Gli strumenti che permetterebbero di tutelare il *right to regulate* e ribilanciare i trattati internazionali di investimento sono spesso gli stessi ed è quindi indifferente che l'interesse sotteso sia la tutela dell'ambiente o dei diritti umani. Ciò che cambia, casomai, è la valutazione nel caso concreto, la scelta di quali interessi favorire, la legittimità e i limiti della condotta del Paese ospitante.

---

*Business and Human Rights Regulatory Initiatives*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2022, pp. 1–26; G. SACERDOTI – P. ACCONCI – M. VALENTI – A. DE LUCA, *General Interests of Host States in International Investment Law*, cit.; E. LUKE, *Environment and human rights in an investment law frame*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 150–173; I. SEIF, *Business and Human Rights in International Investment Law: Empirical Evidence*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2020, pp. 1–24; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.

#### ***4.2. I trattati di investimento come oggetto della ricerca e la scelta delle clausole analizzate.***

La scelta di analizzare i trattati di investimento e le clausole ivi contenute è dovuta essenzialmente a due ragioni.

Innanzitutto, costituiscono la prima e principale fonte del diritto internazionale degli investimenti, nonché la principale fonte applicata negli arbitrati di investimento. Modificare tali trattati pertanto significa modificare alla radice il diritto internazionale degli investimenti.

I trattati di investimento, mediante adeguate riforme, potrebbero contribuire a creare un quadro giuridico internazionale per una *governance* degli investimenti internazionali che prenda in considerazione non solo gli interessi degli investitori, ma tutti quegli interessi e quei soggetti che vengono coinvolti e subiscono effetti – positivi o negativi – dalle attività internazionali di investimento<sup>20</sup>. In secondo luogo, come si vedrà meglio nel secondo capitolo, anche i trattati di investimento contribuiscono al difficile rapporto fra diritto internazionale degli investimenti ed interessi non economici. Pertanto, una loro modifica andrebbe a risolvere, almeno in parte, le attuali criticità del diritto internazionale degli investimenti.

Con riferimento più specifico all'oggetto della ricerca, il presente lavoro non si focalizza sull'analisi di un'unica clausola contenuta nei trattati. Si ritiene che non si possa individuare un unico istituto o strumento che da solo permetterebbe di superare gli attuali problemi del diritto internazionale degli investimenti e garantire una effettiva promozione e tutela degli interessi non economici. A contrario, il tentativo di superare

---

<sup>20</sup> Sull'idea che i trattati internazionali di investimento dovrebbero contribuire alla creazione di una *governance* delle attività di investimento internazionale, attenta anche alle problematiche sociali, ambientali e climatiche, con la conseguenza che i trattati non dovrebbero garantire piena tutela agli investimenti non in linea con tali principi e tutelare invece quelli in linea con essi, si veda M. D. BRAUCH, *Reforming International Investment Law for Climate Change Goals*, (2020), disponibile presso <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63>; L. JOHNSON – L. SACHS – N. LOBEL, *Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals*, «Colum. J. Transnat'l L.», 58 (2019), pp. 58 ss.; E. MERRILL – M. BRAUCH – L. SACHS, *International Investment Governance and Achieving a Just Zero-Carbon Future*, «Columbia Center on Sustainable Investment», (2022), disponibile presso [https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable\\_investment/3](https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment/3).

queste problematiche passa dalla predisposizione di un vasto *arsenale* o *cassetta degli attrezzi* messi a disposizione degli Stati e dei privati.

Le clausole analizzate, sebbene permettano di integrare considerazioni non economiche nel diritto internazionale degli investimenti, operano secondo modalità diverse e per finalità almeno in parte non sovrapponibili. Accanto a strumenti a carattere maggiormente *difensivo* e pubblicistico, finalizzati ad esempio alla tutela del *right to regulate*, ve ne sono altri maggiormente legati ad un'idea di *governance* degli investimenti internazionali o a integrare obblighi e responsabilità in materia ambientale e sociale in capo agli investitori stranieri. L'idea pertanto è quella di fornire diversi strumenti che a seconda del contesto, delle finalità e delle opportunità potranno essere diversamente inseriti negli accordi di investimento da parte dei vari Stati.

Infine, si evidenzia che le disposizioni storicamente presenti nei trattati di investimento, come le clausole relative al trattamento giusto ed equo o le disposizioni in materia di espropriazione, non costituiscono specifico oggetto di approfondimento nella seconda parte del presente lavoro. Queste norme, infatti, sono già finalizzate in modo adeguato alla tutela degli investitori e del pilastro economico dello sviluppo sostenibile. Al contrario, ci si concentrerà sull'analisi delle disposizioni nate con l'obiettivo di contribuire alla tutela e alla promozione di interessi non economici e maggiormente idonee a tale scopo.

**PARTE PRIMA**

## CAPITOLO 1. INTRODUZIONE E INQUADRAMENTO STORICO

### 1. Introduzione.

Il diritto internazionale degli investimenti viene definito “*a field of public international law which deals with the laws governing the commercial activities of multinational enterprises that are undertaken in foreign states*”<sup>21</sup> ed è uno dei principali settori del diritto internazionale dell’economia e del diritto internazionale pubblico<sup>22</sup>. La sua importanza attuale si comprende sia sotto un profilo economico<sup>23</sup> che giuridico. In questo secondo senso, il diritto internazionale degli investimenti costituisce un settore di particolare interesse e complessità, poiché presenta un sistema delle fonti estremamente complesso e ramificato, nel quale individuare dei capisaldi costituisce una sfida complessa.

È opportuno partire da un inquadramento generale di carattere definitorio, per comprendere cosa si intenda per investimento, quali siano le fonti e lo sviluppo storico del diritto internazionale degli investimenti. Già nella struttura e nell’evoluzione storica del diritto internazionale degli investimenti si ritrovano infatti le radici del problematico rapporto con la tutela e promozione di interessi non economici.

### 2. La nozione di investimento.

Nel diritto internazionale manca una definizione di investimento diretto estero

---

<sup>21</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 1.

<sup>22</sup> *Ibidem.*, pp. 1 ss.; S. ZHANG, *Human Rights and International Investment Agreements: How to Bridge the Gap?*, «The Chinese Journal of Comparative Law», 7/3 (1/12/2019), pp. 457–483; E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions*, Springer, 2020; P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford ; New York 2009; C. L. LIM (a cura di), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

<sup>23</sup> Secondo i dati dell’UNCTAD, il valore degli investimenti diretti esteri nel 2021 è stato di 1,582,310 di dollari. I dati erano calati drammaticamente nell’anno precedente a causa della pandemia da COVID-19, ma i dati del 2021 e le stime di previsione sul 2022 evidenziano una netta ripresa. Si veda sul punto UNCTAD, *World Investment Report 2021*, (2021).

(IDE, *foreign direct investment* o *FDI*) generale e consolidata<sup>24</sup>. Questa carenza è in parte dovuta alla molteplicità delle fonti che caratterizzano il sistema, poiché ogni trattato internazionale di investimento (*International Investment Agreement* o *IIA*) tende a proporre proprie definizioni che, sebbene simili, non sempre coincidono. Inoltre, vi è da sempre un contrasto sull'ampiezza da attribuire alla definizione di investimento, a causa delle differenti visioni degli Stati sul trattamento degli investimenti esteri<sup>25</sup>. Anche nell'ambito della Convenzione di Washington (Convenzione ICSID)<sup>26</sup> si pose questo problema e infatti l'art.25 par.1, parla generalmente di "*investimento*" senza però definire cosa si debba intendere<sup>27</sup>. Tale scelta fu dovuta all'impossibilità di individuare una nozione sufficientemente adeguata ed esauriente di investimento, rinviando dunque alle indicazioni dei singoli Stati contraenti ed alla successiva giurisprudenza arbitrale<sup>28</sup>.

Proprio nella giurisprudenza ICSID è stata elaborata, nel caso *Salini c. Marocco*<sup>29</sup>, la nozione di investimento principale e maggiormente utilizzata. Il c.d. *Salini test* richiede una duplice verifica. La prima, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione ICSID, secondo cui l'investimento per essere definito come tale deve soddisfare quattro requisiti cumulativi: apporti in capitale; una certa durata dell'esecuzione del contratto; la partecipazione ai rischi dell'operazione economica; il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante l'investimento. La seconda verifica consiste, invece,

---

<sup>24</sup> E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, G. Giappichelli, Torino 2021, p. 179; P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2009; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp.3 ss.

<sup>25</sup> E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 177 ss.

<sup>26</sup> Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965.

<sup>27</sup> L'art. 25 par. 1 della Convenzione definisce la propria giurisdizione, richiedendo quattro requisiti: che la controversia riguardi per l'appunto un investimento, abbia natura giuridica, sia insorta fra uno Stato parte della Convenzione e una persona fisica o giuridica di un altro Stato contraente e che le parti abbiano manifestato in forma scritta il proprio assenso a sottoporsi alla giurisdizione arbitrale dell'ICSID.

<sup>28</sup> A. CRIVELLARO, *La nozione di investimento e di investitore*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato - L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Vol. XIII, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2020, pp. 294 – 297.

<sup>29</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, Decision on jurisdiction, ICSID, n. ARB/00/4, (31/7/2001).

nella verifica dell'esistenza di eventuali requisiti ulteriori richiesti dall'IIA applicabile alle parti nel caso di specie. Laddove siano rispettati i requisiti richiesti da entrambe le fonti (Convenzione ICSID e IIA), allora si ha un investimento e quindi la giurisdizione ICSID. Il *Salini test* sembra fornire una nozione consolidata di investimento presso la giurisprudenza arbitrale, anche al di fuori della giurisprudenza ICSID<sup>30</sup>, nonostante vi sia una certa giurisprudenza contraria<sup>31</sup>. In particolare, la giurisprudenza arbitrale in ambito ICSID e UNCITRAL ha talvolta ritenuto non necessario il quarto requisito del *Salini test*, cioè il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante<sup>32</sup>. I contorni specifici della definizione rimangono dunque ancora in parte incerti e indeterminati.

Al di fuori del contesto ICSID, due definizioni simili e particolarmente rilevanti sono state fornite dall'OECD e dalla World Bank. L'OECD definisce gli investimenti diretti esteri come “*a category of cross-border investment in which an investor resident in one economy establishes a lasting interest in and a significant degree of influence over an enterprise resident in another economy*”<sup>33</sup>. In modo simile, la World Bank li definisce “*the net inflows of investment to acquire a lasting management interest (10 percent or more of voting stock) in an enterprise operating in an economy other than that of the investor. It is the sum of equity capital, reinvestment of earnings, and other capital. Direct investment is a category of cross-border investment associated with a resident in one economy having control or a significant degree of influence on the management of an enterprise that is resident in another economy*”<sup>34</sup>.

Nelle tre diverse definizioni riportate sembra sussistere un minimo comune

---

<sup>30</sup> A. CRIVELLARO, *La nozione di investimento e di investitore*, cit., p. 333; L. NGOBENI, *Do the SALINI Criteria apply to the Definition of an Investment provided in Annex 1 of the 2006 and 2016 SADC Protocol on Finance and Investment? An Assessment*, «Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad», 23/1 (2020).

<sup>31</sup> Si veda ad esempio *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID, n. ARB/05/22, (24.7.2008). Sulle criticità del Salini Test e sulle sue contestazioni si rinvia inoltre al capitolo 4 della tesi, dedicato proprio alla nozione di investimento all'interno degli IIA.

<sup>32</sup> *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID, n. ARB/07/16, (8.11.2010). Sul punto si veda in modo approfondito il capitolo 4 della tesi.

<sup>33</sup> OECD LIBRARY, *Foreign direct investment*, [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english\\_9a523b18-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english_9a523b18-en).

<sup>34</sup> WORLD BANK METADATA GLOSSARY, *Foreign direct investment* <https://databank.worldbank.org/metadataglossary/jobs/series/BX.KLT.DINV.WD.GD.ZS>.

denominatore: l'investitore deve provenire da un Paese diverso rispetto a quello ospitante; svolge la propria attività di investimento in un Paese estero ospitante; è necessaria la costituzione, il controllo diretto o l'influenza dominante<sup>35</sup> su di un'impresa con sede nel Paese ospitante; l'investimento avviene in un'ottica sul medio o lungo periodo.

Fra i profili appena menzionati, ve ne sono due che, in particolare, hanno importanti ricadute sulla stessa struttura del diritto internazionale degli investimenti e sul rapporto fra interessi economici e non economici del Paese ospitante.

Il primo profilo riguarda le finalità di questo tipo di investimenti, che dal punto di vista dell'investitore possono essere molteplici: si pensi alla delocalizzazione di parte del ciclo produttivo, finalizzate alla realizzazione di economie di scala maggiormente efficienti ed efficaci, ovvero alla possibilità di accedere a mercati stranieri<sup>36</sup> e di allargare il proprio giro di affari, ovvero all'estrazione e sfruttamento di risorse naturali abbondanti e più economiche rispetto a quelle presenti nel proprio Paese di origine<sup>37</sup>. Le ragioni degli investimenti e le relative caratteristiche sono spesso connesse al tipo di Paese di origine dell'investitore e del Paese ospitante. Quando gli investimenti avvengono fra Paesi sviluppati (nord-nord), politicamente ed economicamente stabili, solitamente la finalità è quella di ampliare il proprio mercato. Questi flussi di investimento sono ancora oggi quelli prevalenti<sup>38</sup>, visti anche i minori rischi politici ed economici per le imprese investitrici. Quando invece gli investimenti avvengono fra

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, più specificamente afferma che per poter parlare di investimento diretto estero sarebbe necessario il possesso almeno del 10% o più del potere di voto o delle azioni per esercitare il diritto di voto nell'impresa locata presso il Paese ospitante.

<sup>36</sup> F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2020, p. 732.

<sup>37</sup> R. DE SANTIS, *Investimento diretto estero*, in *Dizionario di Economia e Finanza Treccani*, 2012, [[https://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero\\_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/)], evidenzia che sono 3 i possibili ordini di vantaggi per i quali può essere effettuato un investimento estero, riprendendo la tripartizione OLI di J. H. DUNNING, *Trade, location of economic activity and the MNE: A search for an eclectic approach*, in *The international allocation of economic activity*, Springer, 1977, pp. 395–418: vantaggi connessi al diritto di proprietà (*ownership-specific competitive advantages*); vantaggi dipendenti dalle caratteristiche del Paese ospitante (*location advantages*); vantaggi di internalizzazione, (*internalisation advantage*).

<sup>38</sup> F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 733.

Paesi in via di sviluppo (sud-sud) ovvero provengono da Paesi sviluppati verso Paesi in via di sviluppo (nord-sud) le ragioni storicamente prevalenti sono quelle legate all'acquisizione di materie prime, alla riduzione dei costi della manodopera, all'apertura di nuovi mercati<sup>39</sup>. Con riferimento alle frizioni fra interessi economici e non economici, come si vedrà, le tensioni principali si verificano nei rapporti nord – sud a causa dell'acquisizione e sfruttamento intensivo di materie prime, dello sfruttamento di standard di tutela (ambientale, sociale, lavorativo, economico) e di costo più bassi rispetto a quelli del Paese di origine dell'investitore, ovvero a causa degli effetti negativi che tali attività di investimento cagionano sullo Stato, l'ambiente e la popolazione del luogo in cui si colloca l'investimento stesso. Come si vedrà in seguito, il diritto internazionale degli investimenti contribuisce a mantenere o rinforzare queste tensioni.

Così come gli investitori, anche gli Stati nazionali hanno un forte interesse nell'attrarre gli investimenti internazionali. Sotto questo profilo infatti gli investimenti esteri costituiscono un importante strumento di sostegno allo sviluppo nei Paesi ospitanti<sup>40</sup>. Gli effetti positivi possono ad esempio riguardare il mercato del lavoro, con un aumento occupazionale e conseguentemente anche di reddito e tenore di vita della popolazione del Paese ospitante, ma anche l'aumento dei flussi di denaro e scambi commerciali, il trasferimento di *know how* e innovazioni tecnologiche, la costruzione di infrastrutture. Di fatto, l'aumento di investimenti e del commercio spesso si accompagna quindi ad uno sviluppo complessivo del Paese ospitante. Peraltro questo fenomeno può portare alla creazione di un circolo virtuoso, che porta ad attrarre ulteriori nuovi capitali e investimenti stranieri, o allo sviluppo di un autonomo mercato interno. Tali effetti positivi, invero, dipenderanno anche dal tipo di Paese ospitante e dalla sua capacità di sfruttare questa opportunità<sup>41</sup>.

L'attività di investimento comporta tuttavia anche esternalità negative, delle quali lo Stato ospitante dovrà tenere debitamente conto. Rimandando a quanto si dirà in

---

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, G. Giappichelli editore, Torino 2009, pp. 71 ss.; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit.

<sup>41</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., pp. 74-75, sottolinea che gli effetti indiretti sono maggiori se il Paese ospitante non è eccessivamente sottosviluppato.

seguito basti qui anticipare, specularmente agli effetti positivi, che l'attività di investimento può comportare effetti distorsivi sull'imprenditoria locale e sul mercato del lavoro, quali lo squilibrio salariale fra lavoratori delle imprese locali e quelli dell'impresa investitrice, con conseguenti effetti sull'economia locale e sulla concorrenza; nonché tensioni sociali e interferenze con la cultura locale<sup>42</sup>. Inoltre, gli investimenti esteri possono portare benefici a favore dell'economia e dello sviluppo dei Paesi ospitanti, ma solo se questi ultimi sono in grado di sfruttare a proprio vantaggio i flussi economici e innovativi derivanti dagli investimenti<sup>43</sup>, contemperando le esigenze degli investitori anche con la tutela del mercato interno e dell'imprenditoria ed economia locale<sup>44</sup>.

Il secondo profilo di rilievo che emerge dalle definizioni di investimento sopra riportate riguarda il carattere di stabilità dell'investimento, che consiste nello svolgimento di attività di impresa a medio e lungo termine<sup>45</sup>. Questo aspetto comporta che nella fase precedente all'avvio dell'investimento e durante il ciclo di vita dell'attività si creino delle relazioni – politiche, economiche, personali – fra l'impresa,

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 75-76; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 20 ss.

<sup>43</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., pp. 75 ss. evidenzia come sebbene gli investimenti esteri abbiano effetti positivi, purtroppo spesso emerge una scarsa capacità in particolare dei Paesi in via di sviluppo di attrarre autonomamente questi investimenti e di sfruttarli a proprio vantaggio. Viene evidenziata, allora, la necessità di predisporre politiche di sostegno allo sviluppo a tali Paesi.

<sup>44</sup> COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements*, p. 3: “*small and medium-sized businesses needing to defend themselves against discriminatory treatment by host States are at a disadvantage as they do not have a large company's political clout in order to secure bilateral diplomatic protection by their home States*”.

<sup>45</sup> In realtà, alcuni settori presentano delle peculiarità. Nel settore minerario, ad esempio, che è tipicamente uno degli ambiti in cui gli investimenti sono a lungo termine, J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 345–413 evidenzia come in alcune realtà si siano diffusi i cd. investitori *junior*, cioè piccoli investitori a breve termine. Questa realtà contribuisce negativamente alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani delle zone interessate dall'attività mineraria, proprio a causa della brevità dell'investimento e quindi dello scarso interesse per l'esito a lungo termine di attività illegittime dell'impresa estrattrice.

parti sociali e parti pubbliche del Paese ospitante<sup>46</sup>. Queste relazioni, che spesso nascono al fine di facilitare lo svolgimento dell'attività di impresa, possono certamente aver carattere virtuoso, ma portare anche ad effetti negativi: il controllo del mercato del Paese ospitante, assumendo quindi una posizione di forza e prevaricazione; l'influenza e indirizzamento delle politiche pubbliche e delle scelte politiche di quel Paese<sup>47</sup>.

### **3. Evoluzione storica e fonti attuali del diritto internazionale degli investimenti.**

La storia del diritto degli investimenti è fortemente influenzata dalla storia geopolitica globale. Ci si riferisce, in particolare, al processo di decolonizzazione, alla guerra fredda, al crollo dell'Unione Sovietica, alle crisi economiche e geopolitiche.

Procedere ad una breve ricostruzione storica del diritto internazionale degli investimenti è dunque essenziale per poterne comprendere la struttura attuale, il sistema delle fonti e, soprattutto, le criticità<sup>48</sup>. Come si vedrà infatti è proprio nella storia del diritto degli investimenti che rinveniamo le problematiche origini del rapporto fra interessi economici e non economici. Con il tempo, queste problematiche non hanno fatto che acuirsi.

Il diritto internazionale degli investimenti è in effetti il risultato di una tensione fra poli contrapposti. Da un lato gli interessi degli Stati ospitanti: questi ultimi intendono preservare la propria sovranità, il proprio *right to regulate*, favorire le attività imprenditoriali che possono apportare benefici e prevenire o reprimere quelle attività di investimento estero che possano invece comportare gravi danni sotto un profilo ambientale, sociale, lavorativo. In maniera però contraddittoria, spesso questi ultimi interessi di carattere non economico sono stati subordinati ai vantaggi economici che lo Stato ospitante poteva trarre dagli investimenti esteri<sup>49</sup>. Dall'altro, vi sono gli interessi

---

<sup>46</sup> F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 734 ss.

<sup>47</sup> Sugli specifici problemi di interferenza, si veda specificamente il Capitolo 2.

<sup>48</sup> Per una completa ricostruzione storica, che fa luce anche sui problemi attuali, si veda K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

<sup>49</sup> La volontà di attrarre gli investimenti esteri ha portato in diverse occasioni i Paesi in via di sviluppo a conservare o adottare standard di tutela ambientale, dei lavoratori e sociale, fiscali bassi. Questo fenomeno, che prende il nome di *race to the bottom*, verrà meglio analizzato nel prosieguo del cap.1. Si

imprese multinazionali e di riflesso dei propri Paesi di origine, che cercano invece di ottenere massimi vantaggi economici, politici e legislativi dalle attività di investimento estero, anche *a scapito* del Paese ospitante<sup>50</sup>. Gli stessi Stati di origine hanno infatti interesse affinché le proprie imprese operanti all'estero possano godere della massima tutela e stabilità sotto un profilo economico ma anche politico e normativo<sup>51</sup>.

Va poi sottolineato il contesto storico-economico generale nel quale il diritto degli investimenti si è sviluppato, caratterizzato in particolare dall'espansione dell'economia capitalista e di libero mercato, che ha inevitabilmente influenzato le politiche nazionali ed internazionali ed anche il contenuto dei trattati internazionali di investimento<sup>52</sup>.

In questo quadro, è possibile distinguere almeno quattro fasi nella storia del diritto internazionale degli investimenti.

### ***3.1. La prima fase. Le origini del diritto internazionale degli investimenti.***

La prima fase storica si può collocare fra il diciottesimo secolo e la fine della Seconda guerra mondiale.

Questa prima fase è caratterizzata da un legame stretto – per non dire una vera e propria unione – fra diritto internazionale degli investimenti e diritto internazionale del commercio<sup>53</sup>. Le norme di carattere consuetudinario o pattizio sul trattamento degli investimenti stranieri erano quasi totalmente assenti, nonostante gli investimenti costituissero già un interesse primario degli Stati, specie per quelli più sviluppati<sup>54</sup>.

In assenza di norme consuetudinarie specificamente dedicate agli investimenti

rinvia però sin da ora a E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit.; N. RUDRA, *Globalization and the race to the bottom in developing countries: who really gets hurt?*, Cambridge University Press, Cambridge, UK ; New York 2008.

<sup>50</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit.; C. L. LIM (a cura di), *Alternative visions of the international law on foreign investment*, cit.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, cit.

<sup>53</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge University Press, 2016, pp. 31-78

<sup>54</sup> *Ibidem*.

internazionali<sup>55</sup>, il diritto internazionale degli investimenti trova le proprie radici normative nelle norme consuetudinarie generali sul trattamento degli stranieri, ritenute applicabili anche alla materia degli investimenti<sup>56</sup>. Ci si riferisce a due principi fondamentali: il divieto di richiedere allo straniero comportamenti e prestazioni non giustificati da un sufficiente attacco suo o dei suoi beni con lo Stato ospitante; il cd. obbligo di protezione in capo allo Stato ospitante, specificamente inteso come prevenzione e repressione di potenziali offese allo straniero ed ai suoi beni<sup>57</sup>.

Parte della dottrina<sup>58</sup> sottolinea che la creazione di norme sulla protezione degli investimenti in questa fase storica è strettamente connessa con la politica coloniale e imperialista dei Paesi più sviluppati. Politica, questa, che venne condotta anche in forma talvolta oppressiva, ai fini di tutela dei propri interessi commerciali e geopolitici. Ne emerse quindi sin da subito un diritto internazionale degli investimenti *investor oriented* e che mirava a porre l'investitore straniero in una condizione di *alterità*<sup>59</sup> – intesa come condizione di privilegio – limitando il potere e la sovranità dello Stato ospitante nei suoi confronti. Uno degli effetti maggiormente negativi di tale strategia, con ripercussioni visibili ancora oggi, riguarda la gestione delle risorse naturali dei Paesi ospitanti, che

---

<sup>55</sup> B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit.; F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., pp. 736-737, che evidenzia come l'assenza di norme consuetudinarie in tema di investimenti sia dovuto all'eterogeneità di interessi degli Stati, aventi esigenze contrapposte.

Come evidenzia E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 178, l'esistenza di contrasti di visione fra gli Stati è stata anche una delle principali cause del fallimento di accordi multilaterali in tema di investimenti, quali il MAI (Multilateral Agreement on Investment, discusso fra il 1995 e il 1998) proposto in seno alla WTO.

<sup>56</sup> B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 243 ss.; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 177.

<sup>57</sup> B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 243 ss.

<sup>58</sup> K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, cit., pp. 2 ss.; A. ANGHIE, *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2011, pp. 4 ss.; F. G. DAWSON – I. L. HEAD, *International law, national tribunals and the rights of aliens*, Syracuse Univ. Press, Syracuse 1971; C. LIPSON, *Standing guard: protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth centuries*, University of California Press, Berkeley Los Angeles London 2020, p. 9 ss.; N. ETHERINGTON, *Theories of imperialism: war, conquest and capital*, Routledge, London 2015.

<sup>59</sup> K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, cit., p.3.

vennero sfruttate in maniera intensiva ed indiscriminata tipicamente espansionistico, senza tenere conto della cultura e delle esigenze locali e delle caratteristiche del Paese ospitante<sup>60</sup>.

L'applicazione delle norme consuetudinarie sopra citate al contesto degli investimenti è risultata sin da subito piuttosto complessa, in particolare a causa delle rivendicazioni di stampo economico provenienti dai primi Paesi sorti dalla decolonizzazione. Tali Paesi, infatti, iniziarono a sfidare apertamente i principi di diritto internazionale in tema di protezione degli stranieri, ritenendo che nel caso di conflitto fra tutela dell'investitore straniero da un lato e i propri interessi economici nazionali ed il rispetto della propria sovranità ed indipendenza dall'altro dovesse senz'altro prevalere l'interesse nazionale, a scapito quindi degli investitori<sup>61</sup>. Ne è un esempio l'applicazione della dottrina Calvo e l'introduzione, nei contratti stipulati fra Paesi in via di sviluppo specie del Sud America e gli investitori stranieri, delle cd. clausole Calvo<sup>62</sup>.

Sul piano del diritto pattizio, invece, i pochi trattati in materia di commercio e investimento assunsero la forma dei cd. *Friendship, Commerce and Navigation treaties*, trattati voluti dalle principali potenze coloniali ed economiche (Stati Uniti e Paesi europei) e finalizzati a garantire la tutela dei propri affari all'estero e la massima libertà commerciale<sup>63</sup>.

Nei primi anni successivi alla fine del secondo conflitto mondiale vennero proposti alcuni ambiziosi progetti finalizzati ad una regolazione internazionale comune

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 8-9.

<sup>61</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 10. A fronte di tali pretese, l'A. sottolinea però che le potenze coloniali non rimasero inerti e, a contrario, intervennero con particolare forza per garantire la tutela delle proprie imprese esportatrici e dei propri interessi economici ancora esistenti nelle ex colonie: “*Uncertain as to the nature of their rights, this unsurprisingly left foreign investors apprehensive about the security of their commercial endeavours abroad. During this time a mixture of diplomacy and force (so-called ‘gunboat diplomacy’) was used by the former imperial powers to ensure that those new states did not encroach on foreign investors’ use of their property adversely*”. L'A. ricorda poi alcune dimostrazioni di forza militare compiute da parte delle ex potenze coloniali, quali ad esempio il Regno Unito.

<sup>62</sup> B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 252 ss.

<sup>63</sup> K. J. VANDEVELDE, *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, Oxford University Press, Oxford; New York, N.Y 2010; J. COYLE, *The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era*, «Columbia Journal of Transnational Law», 51, 2012.

degli investimenti internazionali e del commercio. Ci si riferisce, in particolare, al trattato istitutivo dell'Organizzazione internazionale per il commercio (*International Trade Organization*, o *ITO*)<sup>64</sup>. Tale trattato, sebbene avesse l'ambizione di imporre una svolta alla politica economica e di cooperazione mondiale, non entrò mai in vigore a causa della mancata ratifica da parte del Congresso degli Stati Uniti d'America, a seguito dell'inizio della Guerra Fredda. È però opportuno evidenziare che, al di là della mancata ratifica degli Stati Uniti, anche diversi Paesi in via di sviluppo avevano mostrato delle perplessità proprio riguardo alle norme del trattato in tema di investimenti internazionali. Questi Stati infatti vedevano gli investimenti esteri, specie se provenienti dalle vecchie potenze coloniali, come possibili minacce per la propria indipendenza e pianificazione economica e pertanto si opposero all'introduzione di norme precise o con standard elevati di tutela a favore degli investitori. Il testo finale dell'ITO quindi, nella parte dedicata agli investimenti, era generico e poco incisivo rispetto alle norme in tema di commercio internazionale, oltre ad essere finalizzato principalmente a bilanciare gli interessi degli Stati ospitanti con quelli degli Stati esportatori di investimenti<sup>65</sup>.

### ***3.2. La seconda fase: lo sviluppo dei trattati bilaterali di investimento.***

La seconda fase nell'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti inizia sul finire degli anni '60 e si sviluppa in particolare nei successivi anni '70 e '80<sup>66</sup>. In questa fase vennero conclusi i primi accordi bilaterali di investimento, oltre a contratti<sup>67</sup> misti privati-pubblici fra le grandi imprese investitrici e gli Stati sede dell'investimento. Quanto ai primi ci si riferisce in particolare ai cd. trattati bilaterali di investimento (*Bilateral Investment Treaties* o *BITs*): trattati internazionali stipulati fra due Stati e con i quali vengono fissate le regole relative al trattamento – giuridico, economico, fiscale, ecc. – degli investitori provenienti da uno dei due Paesi verso l'altro.

Le ragioni storiche ed economiche che portarono alla nascita di questi trattati sono

---

<sup>64</sup> *The International Trade Organization (ITO)*, in UNITED NATIONS, *Yearbook of the United Nations 1950 (Yearbook of the United Nations)*, United Nations, 31/12/1950, pp. 1001–1006.

<sup>65</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 35.

<sup>66</sup> UNCTAD, *World Investment Report 1996*, (1996), pp. 147-148.

<sup>67</sup> G. SACERDOTI, *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale*, Giuffrè, 1972.

ricollegabili all'atteggiamento ostile assunto da parte di alcuni Paesi in via di sviluppo sorti dalla decolonizzazione nei confronti degli investimenti esteri e, più in generale, dell'assetto economico globale che si stava formando. Due erano i timori principali dei Paesi in via di sviluppo. Innanzitutto, temevano che il peso e l'influenza crescenti delle multinazionali potessero contribuire ad una forma di neo-colonialismo<sup>68</sup>. Inoltre, tali Paesi rivendicavano la propria sovranità sulle risorse naturali e la propria libertà nell'organizzazione e gestione delle attività economiche connesse, con la conseguente possibilità di derogare all'obbligo di protezione dello straniero – e soprattutto del suo investimento – e potendosi quindi appropriare delle sue risorse economiche<sup>69</sup> dietro la corresponsione di un indennizzo assente o minimo. Questa idea trovò la sua affermazione più importante nella dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1974 sul nuovo ordine economico internazionale<sup>70</sup>.

Tale dichiarazione risulta particolarmente rilevante poiché affermava la legittimità delle procedure espropriative ai fini di tutela degli interessi nazionali<sup>71</sup>, procedure ampiamente utilizzate da parte dei Paesi in via di sviluppo in quegli anni<sup>72</sup>. Inoltre, si

---

<sup>68</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p.6.

<sup>69</sup> B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit.; N. FERGUSON, *Empire: how Britain made the modern world*, Allen Lane, London 2003. D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 10.

<sup>70</sup> Si vedano in particolare le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3201 e 3202 del 1974. Si veda anche la successiva risoluzione n. 3281 sempre del 1974, nonché la precedente risoluzione n.1803 del 1962 in tema di sovranità permanente sulle risorse naturali. Come si dirà a breve, questa linea di pensiero dei Paesi in via di sviluppo ha influenzato notevolmente anche le successive fasi di sviluppo del diritto internazionale degli investimenti ed il rapporto fra tutela degli investitori e libertà di azione degli Stati ospitanti.

<sup>71</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, dichiarazione n. 3201/1974, in particolare il punto 4.

<sup>72</sup> UNCTAD, *Expropriation - A Sequel: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 21/2/2013; L. T. WELLS – R. AHMAD, *Making foreign investment safe: property rights and national sovereignty*, Oxford University Press, Oxford; New York 2007; F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., pp. 740 ss.; Z. DOUGLAS – J. PAUWELYN – J. E. VIÑUALES (a cura di), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014. D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 16 ss., evidenzia l'importanza del concetto di proprietà e le differenti concezioni della stessa fra Paesi occidentali e non, affermando come questa sia una delle chiavi di lettura per comprendere il diritto internazionale degli investimenti. Vi sono infatti concezioni diametralmente

ravvisa in questa dichiarazione l'obiettivo degli Stati in via di sviluppo di tutelare la propria sovranità ed il proprio *right to regulate*, evitando che l'introduzione negli accordi internazionali o grazie alle norme consuetudinarie di standard di tutela a favore degli investitori stranieri potesse invece costituirne una limitazione<sup>73</sup>. Questo tema percorrerà l'intera storia del diritto internazionale degli investimenti.

Proprio l'esigenza di limitare le espropriazioni ed assicurare agli investitori privati una forma di tutela dei propri beni, nonché un adeguato livello di stabilità e forme di garanzia, costituì una delle ragioni principali di sviluppo del diritto pattizio in tema di investimenti<sup>74</sup>. Il rovescio della medaglia sta però nel fatto che, come si vedrà, col tempo la tutela degli investitori è divenuta sin troppo estesa, a scapito proprio del *right to regulate* degli Stati ospitanti. Come osserva la dottrina<sup>75</sup> la chiave di lettura del diritto internazionale degli investimenti è proprio questa costante tensione fra affermazioni e risposte al potere, in una contrapposizione tra l'imperialismo degli Stati esportatori di investimenti e la tutela della propria sovranità da parte dei Paesi ospitanti, specie se sorti dalla decolonizzazione.

L'altra importante ragione che influì sullo sviluppo del diritto degli investimenti è invece di carattere più strettamente economico: la volontà degli Stati di favorire la creazione di un clima giuridico e politico stabile e capace di attrarre gli investimenti esteri, percepiti come importante mezzo per lo sviluppo economico dei Paesi ospitanti<sup>76</sup>. Questo obiettivo riguardò sia i Paesi in via di sviluppo sia quelli già industrializzati. Per quanto riguarda i primi, cioè quegli Stati che solitamente traggono maggiori benefici

---

opposte, che passano dal definire la stessa un diritto fondamentale inviolabile a ritenerla sacrificabile a fronte di interessi comuni nazionali – fermo restando sempre la necessità di un indennizzo, più o meno cospicuo.

<sup>73</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p.12.

<sup>74</sup> C. LIPSON, *Standing guard*, cit., p. 7; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit.; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 20: "(...) international investment law, which was arguably conceived as a tool to protect Western firms engaging in risky but lucrative forays into poor countries"; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit.

<sup>75</sup> K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, cit., p.6; L. A. BENTON, *Law and colonial cultures: legal regimes in world history, 1400 - 1900*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, UK 2010, pp. 10 ss.; A. ANGHIE, *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, cit., p.3.

<sup>76</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 41.

dagli investimenti stranieri, il *favor* per gli investimenti stranieri derivava della loro - in parte - persistente dipendenza economica dai Paesi sviluppati da cui avevano ottenuto l'indipendenza politica. Per quanto riguarda i secondi, invece, anch'essi in questa fase storica dovettero affrontare le difficili conseguenze della situazione post-bellica ed il commercio e gli investimenti internazionali furono visti anche in questo caso come mezzo per la ripresa economica<sup>77</sup>.

Già in questa fase storica, però, si registrò una forte tensione fra le parti coinvolte nella stipulazione dei BITs. Come ha osservato la dottrina, infatti, ciascuna delle parti coinvolte nella stipulazione del trattato tendeva a sentirsi “*più debole*” rispetto alle controparti<sup>78</sup>. Da un lato, lo Stato ospitante ha infatti interesse a fornire un quadro giuridico-normativo il più possibile favorevole al fine di attrarre il maggior numero possibile di investitori. Tale Stato però, contemporaneamente, vuole preservare il proprio *right to regulate* ed evitare che il trattato di investimento restringa i propri poteri sul suo territorio nazionale. Dall'altro lato, lo Stato di origine ha senz'altro interesse a garantire maggiori vantaggi possibili alle proprie imprese e a stabilire un livello di protezione minimo comune nel trattamento all'estero dei propri investitori<sup>79</sup>. Le stesse imprese, talvolta attori dietro le quinte anche nelle scelte statali<sup>80</sup>, sono d'altra parte interessate ad ottenere il massimo margine di manovra possibile ed alle condizioni più favorevoli sotto il profilo legislativo, politico ed economico.

I BIT quindi, in definitiva, nascono dalla duplice volontà di favorire gli investimenti esteri e garantire la tutela degli investitori stranieri<sup>81</sup>. Non nascono, invece,

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 35. Vi era quindi una necessità di favorire gli scambi commerciali e le opportunità economico-commerciali che gli investimenti esteri offrivano.

<sup>78</sup> T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns*, Routledge, London New York 2015, p.1.

<sup>79</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 45; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit.

<sup>80</sup> Nel contesto del WTO, ad esempio, è prassi comune che le imprese multinazionali facciano pressione ovvero si accollino i costi delle controversie promosse dagli Stati. Sul punto S. PUIG, *The merging of international trade and investment law*, «Berkeley J. Int'l L.», 33 (2015), p. 33; M. LEVIN, *Tobacco industry uses trade pacts to try to snuff out anti-smoking laws* [<http://www.nbcnews.com/news/investigations/tobacco-industry-uses-trade-pacts-try-snuff-out-anti-smoking-flna1C7317536>].

<sup>81</sup> E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit.; D. COLLINS, *An Introduction to*

con l'idea di tutelare interessi non economici, se non quelli degli stessi investitori, specificamente il loro diritto di proprietà.

È opportuno evidenziare che in questa fase l'iniziativa alla stipulazione di tali trattati spesso proveniva dai Paesi sviluppati<sup>82</sup>. Questo aspetto ha una rilevanza centrale sul contenuto dei trattati di investimento: i BIT appartenenti a questo periodo non sembrano infatti tenere in particolare considerazione la posizione degli Stati sede degli investimenti – di norma i Paesi in via di sviluppo – e appaiono quindi modellati al fine di favorire il più possibile gli interessi dei Paesi esportatori di investimenti e delle proprie imprese, a scapito dei Paesi ospitanti e degli eventuali soggetti coinvolti dalle attività di investimento, come la popolazione residente nelle aree di investimento<sup>83</sup>.

In primo luogo, infatti, in questi BITs viene dedicata un'attenzione particolare alla tutela in caso di espropriazione, mediante clausole decisamente a favore dell'investitore. Ciò avviene innanzitutto attraverso l'utilizzo della formula di Hull con riferimento allo standard di compensazione, in base alla quale all'investitore leso deve essere garantita una *prompt, adequate and effective compensation*, anziché soltanto una *appropriate compensation* come invece proposto da parte dei Paesi in via di sviluppo<sup>84</sup>. Inoltre, le clausole in tema di espropriazione vengono formulate in modo estremamente generale, in modo da consentirne un'interpretazione favorevole agli investitori in caso di eventuali controversie. Infine, i trattati non tutelano gli investitori solo in caso di espropriazione diretta, ma anche in quelli di cd. espropriazione indiretta<sup>85</sup>. È evidente

---

*International Investment Law*, cit., p. 20: “(...) *international investment law, which was arguably conceived as a tool to protect Western firms engaging in risky but lucrative forays into poor countries*”.

<sup>82</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 44.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (a cura di), *Taking of property*, United Nations, New York 2000; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit.

<sup>85</sup> L'International Institute for Sustainable Development definisce espropriazione indiretta l'ipotesi in cui uno stato assume il controllo effettivo, o comunque interferisce con l'uso, il godimento o il beneficio di un investimento, deprezzandone fortemente il valore economico, anche senza una appropriazione diretta della proprietà. Sul punto IISD, *A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators: Trade and investment as vehicles for achieving the 2030 Sustainable Development Agenda*, disponibile presso <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-4-safeguarding-policy-space/5-4-4-indirect-expropriation-regulatory-taking/#:~:text=Indirect%20expropriation%20occurs%20when%20a,a%20direct%20taking%20of%20pro>

quindi il tentativo di limitare la libertà di azione dello Stato, laddove questo possa arrecare una forma di danno diretto o indiretto alla proprietà dell'investitore<sup>86</sup>.

In secondo luogo, vengono inserite nei BITs altre clausole a tutela dell'investitore quali le clausole sul trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment* o *FET*), anch'esse formulate in modo generico al fine di consentire un'applicazione estensiva a tutela dell'investitore straniero<sup>87</sup>.

In terzo luogo, è significativa l'assenza di eccezioni alle clausole di tutela degli investitori<sup>88</sup>, senza le quali lo Stato ospitante risulta potenzialmente responsabile per una qualunque violazione del trattato che abbia cagionato un danno in capo all'investitore privato, con conseguente risarcibilità del danno, a prescindere dalle modalità o dalle ragioni per le quali sia stata compiuta tale violazione. Non rileverebbe nemmeno, quindi, che lo Stato abbia agito per promuovere interessi non economici, ad esempio innalzando i propri standard in materia sociale o ambientale, ovvero sanzionando l'investitore per asseriti comportamenti illeciti ai sensi della normativa nazionale.

Da ultimo, il quarto elemento significativo a favore degli investitori stranieri è costituito dal sistema di risoluzione delle controversie: viene infatti creato l'arbitrato fra Stato ed investitori (*investor-State dispute settlement* o *ISDS*)<sup>89</sup>. I vantaggi di tale

---

[perty](#). Viene evidenziato, peraltro, la stretta correlazione fra le espropriazioni indirette e le misure statali prese in attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile. Sul punto si veda anche S. LÓPEZ ESCARCENA, *Indirect expropriation in international law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2014; UNCTAD, *Expropriation - A Sequel: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2013.

<sup>86</sup> Così anche J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., pp. 45-46: “*There is little comfort to capital-exporting states if their actors are treated equally with domestic nationals, but that treatment still constrains private property rights, especially in systems experimenting with Marxist political theory. The strategic emphasis lay instead on fixing strong and absolute protections that would apply irrespective of how the host state treats its own domestic nationals*”.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 45-46. Per una specifica analisi di tali clausole si rinvia al cap.2.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 46. Le eccezioni, ad esempio in tema di espropriazioni indirette, costituiranno invece una delle principali misure di tutela degli interessi non economici e del *right to regulate* dello Stato ospitante.

<sup>89</sup> Invero, come evidenziato da R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford 2022, e da J. W. YACKEE, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct*

sistema per gli investitori stranieri sono evidenti<sup>90</sup>: si deroga ai vecchi strumenti di risoluzione delle controversie riservati agli Stati, dai quali quindi le imprese erano escluse; non viene previsto un previo esaurimento dei ricorsi interni, evitando quindi un dispendio di tempo e risorse o di doversi rivolgere a sistemi che potrebbero tenere in considerazione interessi ulteriori rispetto a quelli degli investitori; si evita una politicizzazione della controversia. Ma, soprattutto, l'arbitrato investitore-Stato permette alle imprese di opporsi *frontalmente*, in via immediata e soprattutto su un piano di parità alle decisioni politiche, legislative ed economiche dello Stato che abbiano cagionato un danno all'investitore privato, anche quando esse siano finalizzate alla tutela di interessi generali quali diritti fondamentali o la tutela dell'ambiente<sup>91</sup>.

### **3.3. Terza fase: espansione e consacrazione dei BITs.**

La terza fase, collocabile fra la seconda metà degli anni '80 e gli anni '90, è caratterizzata da una notevole diffusione del modello dei BITs e delle misure statali interne a favore degli investitori esteri<sup>92</sup>. Basti pensare che fra il 1989 ed il 2006 si

---

*Investment?*, «Law & Society Review», 42/4 (2008), pp. 805–832, l'arbitrato Stato-investitore non fa la sua comparsa nei primi BIT, i quali conservano ancora strumenti di risoluzione delle controversie fra gli Stati parti del trattato, ma solo alcuni anni dopo, dagli anni '70 in poi. Il primo trattato nel quale compare questo sistema di risoluzione delle controversie fu il trattato stipulato fra Indonesia e Olanda nel 1968. A. P. NEWCOMBE – L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Wolters Kluwer International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2009, p. 44, sottolinea che comunque forme di arbitrato fra Stato e investitore non furono una novità ma erano già presenti, ad esempio, nei contratti stipulati fra Stati e investitori in tema di concessione di risorse naturali o accordi di investimento, i quali talvolta contenevano clausole arbitrali per la risoluzione delle controversie. Denota poi E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 190, che una premessa determinante per l'introduzione nei BIT di tali clausole è stata la creazione nel 1965 dell'ICSID.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., p. 11; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 596–618.

<sup>92</sup> SACHS, LISA AND SAUVANT, KARL P., *BITs, DTTs, and FDI Flows: An Overview*, in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford 2009; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (a cura di), *Incentives and foreign direct investment*, United Nations, New York 1996. Sul

passò dalla cifra di “soltanto” 385 BITs circa a quella di 2.500 circa<sup>93</sup>. Questa espansione nel numero dei BITs fu dovuta anche ad alcuni eventi storici quali la crisi economica ed energetica degli anni ‘80 e la diffusione del sistema economico capitalistico e neo-liberale, eventi che spinsero a favorire ulteriormente gli scambi commerciali e gli investimenti esteri. Da questi eventi derivò l’esigenza dei Paesi maggiormente in difficoltà finanziaria di attrarre investimenti – e risorse – esteri e la volontà dei Paesi di origine degli investitori di tutelare le proprie imprese dalle situazioni di instabilità politica e finanziaria dei Paesi ospitanti<sup>94</sup>. Alla luce di ciò, parte

---

punto si rinvia anche a quanto accennato *supra* in tema di *race to the bottom*.

<sup>93</sup> UNCTAD, *World Investment Report 1996*, cit., p. 147; UNCTAD, *Bilateral investment treaties, 1959-1999*; SACHS, LISA AND SAUVANT, KARL P., *BITs, DTTs, and FDI Flows: An Overview*, cit..

<sup>94</sup> J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., pp. 53 ss., mette in luce come fra i principali fattori che hanno influito su tale sviluppo si possono senz’altro citare l’adozione di modelli di politica economica da parte dei Paesi in via di sviluppo ancora più favorevoli all’attrazione degli investimenti esteri, l’abbandono di regimi contrari alla proprietà privata e al commercio internazionale, il crollo dell’Unione Sovietica e dei regimi comunisti, l’evoluzione dell’Unione Europea, lo sviluppo industriale, specie di regioni quali quella del sud-est asiatico, le crisi finanziarie ed economiche degli anni ‘80, che resero necessario il reperimento di nuove fonti di introiti economici e commerciali. Per alcuni Stati, meno aperti all’idea di aprirsi agli investimenti esteri, la scelta delle liberalizzazioni e delle aperture commerciali fu peraltro imposta dalle istituzioni finanziarie internazionali e dalla crisi economica. Sul punto si veda R. GILPIN – J. M. GILPIN, *Global political economy: understanding the international economic order*, Princeton University Press, Princeton, N.J 2001, pp. 313 ss. Anche E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell’economia*, cit., p. 182, sottolinea l’importanza che la crisi economica ha avuto sull’abbandono dei precedenti principi in ordine al nuovo ordine economico ed a favore della creazione di un clima geopolitico quanto più favorevole per l’attrazione degli investitori stranieri. Secondo D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 13, altri fattori determinanti furono le politiche economiche liberali statunitensi e inglesi, che facilitarono gli investimenti esteri delle multinazionali degli Stati Uniti e del Regno Unito; la presa d’atto delle stesse multinazionali dei vantaggi economici nel delocalizzare parte del ciclo produttivo nei Paesi in via di sviluppo e ricchi di risorse umane e materie prime a basso costo; ma anche, in senso negativo, la rilevanza della crisi energetica degli anni ‘70, che fu accompagnata da una massiccia prassi di espropriazioni e di aumento delle imposte nel settore energetico a danno degli investitori stranieri in particolare nei paesi arabi, nordafricani e sudamericani. Questi eventi portarono i Paesi sviluppati ad preoccuparsi della tutela e sicurezza degli investimenti esteri in tali Paesi. Sulla politica neoliberale statunitense si veda anche K. J. VANDEVELDE, *The liberal vision of the international law on foreign investment*, in C. L. LIM (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 29/2/2016, pp. 43–

della dottrina afferma che sono gli anni '90 l'epoca in cui sarebbe nato il moderno diritto degli investimenti<sup>95</sup>.

Sotto un profilo contenutistico in realtà viene ricalcata la struttura già brevemente esaminata precedentemente e, in particolare, le clausole a tutela dell'investitore. Anche il flusso degli investimenti continua a provenire principalmente da Paesi già sviluppati. Ciò che cambia, come osservato dalla dottrina, è piuttosto la finalità di tali accordi dal punto di vista dei Paesi in via di sviluppo: non più soltanto quella di individuare una forma di protezione dello straniero e di ridurre potenziali conflitti politici e ideologici, ma anche manifestare in maniera più diretta e incisiva la propria intenzione di impegnarsi in modo credibile e duraturo a garantire l'apertura dei propri mercati, la liberalizzazione ed una più generale politica economica liberale, nonché la tutela degli investimenti nei confronti degli investitori e degli Stati stranieri. I BITs in quest'ottica costituiscono una sorta di programma, manifesto o strategia di pre-impegno<sup>96</sup>.

La grande diffusione dei BITs in questa fase storica è all'origine di uno dei principali problemi del diritto internazionale degli investimenti: la grande frammentazione e l'autonomia, sia a livello di fonti che di strumenti di risoluzione delle controversie, così come la mancanza di organizzazioni universali o regionali in tema di investimenti. Sono poche in questo senso le eccezioni: oltre alla già citata Convenzione ICSID si pensi a livello regionale al NAFTA o, a livello settoriale, al Trattato sulla Carta dell'Energia, con competenze in tema di investimenti in materia energetica<sup>97</sup>.

---

68.

<sup>95</sup> J. E. ALVAREZ, *The once and future foreign investment regime*, cit.

<sup>96</sup> J. LANG, *Symposium on the international regulation of foreign direct investment: Keynote address*, «Cornell International Law Journal», 31/3 (1998), pp. 455–466; FOWLES, S., *FPC Briefing: How Investment Treaties have a chilling effect on Human Rights*, pubblicato in *The Foreign Policy Centre: London*, 2017; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 55. Così anche ROBERTO ECHANDI, *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?*, in J. ALVAREZ, K. P. SAUVANT, K. G. AHMED ET AL., *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 3–21.

<sup>97</sup> C. H. SCHREUER – L. MALINTOPPI – A. REINISCH – A. SINCLAIR, *The ICSID Convention A Commentary*, Cambridge University Press, 23/7/2009; A. DE NANTEUIL, *International investment law*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, UK 2020; MARC BUNGENBERG, JÖRN GRIEBEL, STEPHAN HOBE, AUGUST REINISCH, *International investment law: a handbook*, Hart, Oxford 2015, pp. 240 ss.; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 40 ss.

Questo profilo è spesso percepito come una delle principali debolezze del sistema e da diverse parti se ne auspica un superamento. Basti qui anticipare che risulta particolarmente complesso promuovere strumenti virtuosi – anche finalizzati alla promozione di interessi non economici - all’interno dei trattati di investimento, laddove ciascuno di questi trattati risulti poi essere autonomo e indipendente<sup>98</sup> rispetto a tutti gli altri, con un’applicazione quindi molto circoscritta. Gli stessi arbitri non sono inoltre vincolati alle precedenti decisioni arbitrali che si siano occupate di effettuare un bilanciamento fra gli interessi degli investitori e gli interessi non economici<sup>99</sup>. Ne deriva una grande imprevedibilità sull’esito degli arbitrati, anche a causa della genericità con cui spesso vengono formulate le clausole dei trattati invocate in giudizio<sup>100</sup>.

### ***3.4. La quarta fase e il contesto attuale.***

La quarta fase nell’evoluzione del diritto internazionale degli investimenti può essere collocata dai primi anni 2000 ad oggi. Tale fase è caratterizzata da due opposte tendenze.

La prima consiste nel consolidamento del modello di BIT della fase precedente.

---

<sup>98</sup> Come evidenzia E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell’economia*, cit., p. 195, sebbene vi siano molte analogie nel contenuto dei BIT, non si può però affermare che si sia affermato un modello di accordo universalmente riconosciuto.

<sup>99</sup> Gli arbitri chiamati a decidere una controversia in tema di investimenti non sono vincolati alle precedenti decisioni arbitrali, non essendovi un obbligo di rispetto del precedente. Così D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit.; R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, cit.; J. E. ALVAREZ, ‘Beware: Boundary Crossings’ – *A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law*, «The Journal of World Investment & Trade» (4/5/2016), pp. 171–228.

Sottolinea però G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, in M. BUSCEMI – N. LAZZERINI – L. MAGI – D. RUSSO (a cura di), *Legal Sources in Business and Human Rights*, Brill | Nijhoff, 21/5/2020, pp. 52–73, che è applicabile nel diritto internazionale degli investimenti il cd. *taking into account approach*, in base al quale gli arbitri hanno il dovere, sebbene non vincolati, di tenere in considerazione le precedenti decisioni arbitrali. Si veda anche G. ZARRA, *Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration: An Analysis Through the Lens of State of Necessity*, «Journal of International Arbitration», 34/Issue 4 (1/8/2017), pp. 653–678, nel quale si dimostra la possibilità di ritenere le precedenti decisioni arbitrali una fonte del diritto internazionale degli investimenti.

<sup>100</sup> E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell’economia*, cit., p. 195.

Anche in questi ultimi anni, infatti, vengono stipulati nuovi trattati di investimento aventi sostanzialmente le caratteristiche già sopra delineate, con le relative criticità. Anche il numero di BIT continua ad aumentare progressivamente<sup>101</sup>. Cambia però, almeno in parte, il flusso degli investimenti, in quanto diversi Paesi considerati in passato in via di sviluppo, quali Cina, India e Brasile, espandono notevolmente il proprio flusso di investimenti esteri, sia verso altri Paesi in via di sviluppo, in particolare del sud-est asiatico e dell’Africa subsahariana, sia verso Paesi industrializzati, quali i Paesi europei e gli Stati Uniti<sup>102</sup>.

Una delle principali conseguenze del mantenimento di questi modelli di BITs e del moltiplicarsi del numero di trattati è l’aumento dei procedimenti e delle decisioni arbitrali<sup>103</sup>.

La seconda tendenza è costituita dalle aspre critiche mosse dalla comunità internazionale e dalla dottrina al diritto internazionale degli investimenti<sup>104</sup>. Si denunciano, innanzitutto, i problemi dovuti alla grande frammentarietà del sistema, con le conseguenti proposte di istituzione di un ordinamento maggiormente centralizzato<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Secondo i dati UNCTAD, *World Investment Report 2021*, cit., vi sarebbero ad oggi 2.943 BITs, ai quali aggiungere ulteriori 417 trattati contenenti previsioni in tema di investimenti internazionali.

<sup>102</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 16 e ss. che ricorda anche le aperture agli investimenti dei cd. BRIC states (Brasile, Russia, India e Cina); R. YOTOVA, *Balancing economic objectives and environmental considerations in new EU investment agreements: a brave new world?*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 379–407; G. NAPOLITANO (A CURA DI), *Foreign Direct Investment screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Il Mulino, 2020.

<sup>103</sup> UNCTAD, *Investor–state dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019*, 2019. Secondo J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 72, anche l’esito favorevole ottenuto dalle imprese nei primi anni di utilizzo dell’arbitrato avrebbe indotto un progressivo aumento dei ricorsi arbitrali.

<sup>104</sup> Sul punto si veda diffusamente il prosieguo di questo capitolo.

<sup>105</sup> Alcuni importanti attori internazionali, ed in particolare l’Unione Europea, sembrano oggi rilanciare l’auspicio alla creazione di una struttura internazionale o di un trattato internazionale in tema di investimenti, almeno per la risoluzione delle controversie, su modello WTO. Ne sono alcuni primi esempi l’introduzione in alcuni trattati stipulati dall’Unione, come ad esempio nel CETA con il Canada, di una corte unica permanente con competenze sulle controversie riguardanti gli investimenti. Sul punto si vedano A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement: Changing (Almost) Everything, so that Everything Stays the Same*, «Diritti umani e diritto internazionale»/3 (2019), pp. 579–

Si evidenzia poi la lesione e limitazione del *right to regulate* dello Stato ospitante e si manifesta una certa insofferenza nel mantenere i privilegi acquisiti dagli investitori in ragione dei vecchi trattati di investimento. Questo anche perché gli Stati si ritrovano sempre più spesso coinvolti in procedimenti arbitrari promossi dai privati, estremamente costosi e dall'esito incerto.

Più in generale, la critica si basa sul fatto che il sistema del diritto internazionale degli investimenti, così come costruito, risulta decisamente sbilanciato a favore degli investitori (*investor oriented*) a scapito degli Stati nazionali ed in particolare dei propri interessi non economici, che si contrappongono a quelli più tipicamente economici degli investitori stranieri. Il dibattito si lega peraltro allo sviluppo, nella comunità internazionale, di un nutrito interesse nei confronti del trattamento delle multinazionali nel diritto internazionale, in particolare a favore di una maggiore regolazione della personalità giuridica e delle forme di responsabilità in capo alle imprese, specie in caso di commissione di illeciti<sup>106</sup>.

Inoltre, recenti studi hanno persino messo in dubbio che sussista una correlazione fra stipulazione di trattati di investimento sbilanciati a favore degli investitori ed effettivo aumento degli investimenti esteri<sup>107</sup>. Pertanto, non sembra nemmeno più

---

596; S. LUTTRELL, *Green multilateralism: 'mega FTAs' and the changing interface between environmental regulation and investment protection*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 264–291; H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements: Between Untapped Potential and Structural Insufficiencies*, in M. BUNGENBERG – M. KRAJEWSKI – C. J. TAMS – J. P. TERHECHTE – A. R. ZIEGLER (a cura di), *European Yearbook of International Economic Law 2019 (European Yearbook of International Economic Law)*, Vol. 10, Springer International Publishing, Cham 2019, pp. 133–165; S. FOWLES, *FPC Briefing: How Investment Treaties have a chilling effect on Human Rights*, pubblicato in *The Foreign Policy Centre: London*, 2017 [<https://fpc.org.uk/wp-content/uploads/2017/05/1803.pdf>]; G. VAN HARTEN, *Reforming the system of international investment dispute settlement*, in C. L. LIM (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 29/2/2016, pp. 103–130; V. VADI, *Human rights and investments at the WTO*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 158–185.

<sup>106</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 2, evidenzia il rapporto fra tale questione ed il diritto internazionale degli investimenti.

<sup>107</sup> J. W. YACKEE, *Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment—some hints from alternative evidence*, «Va. J. Int'l L.», 51 (2010), pp. 397 ss.; E. AISBETT, *Bilateral Investment Treaties*

giustificato rinunciare a parte della propria sovranità e libertà di azione, dal momento che questa non viene compensata da un aumento dei flussi di capitale. Altri studi affermano che l'attuale assetto del diritto internazionale degli investimenti potrebbe piuttosto costituire un ostacolo per gli Stati nazionali per adottare politiche che favoriscano o attraggano investimenti sostenibili<sup>108</sup>. In questo senso potrebbe sussistere un legame indiretto fra IIAs e investimenti sostenibili.

A fronte di tali perplessità, si stanno diffondendo alcuni modelli di trattato di investimento<sup>109</sup>, ovvero trattati veri e propri<sup>110</sup>, che modificano o limitano il contenuto delle norme a tutela degli investitori inserite nei BIT e introducono norme o riferimenti per la tutela di interessi non economici, in particolare la tutela dell'ambiente, della salute, dei lavoratori e dei diritti umani<sup>111</sup>. Tali modifiche sono volte a ribilanciare il sistema e a restringere i diritti e privilegi degli investitori, in particolare limitando il diritto di accesso al sistema di giustizia arbitrale, ovvero prevedendo delle eccezioni alla tutela degli investitori nel caso in cui lo Stato abbia agito a loro danno ma nel

---

*and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*, in K. P. SAUVANT – L. SACHS (a cura di), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009; K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 292–311; UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, (2014), pp. 1998–2014; J. POHL, *Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence*, (2018), disponibile presso [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en).

<sup>108</sup> L. MEHRANVAR – S. SASMAL, *The Role of Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in Renewable Energy Investments*, «Columbia Center on Sustainable Investment», (2022), disponibile presso [https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable\\_investment/5](https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment/5).

<sup>109</sup> Si vedano in particolare il modello BIT della Norvegia del 2007 ed il precedente modello degli USA del 2004, che contengono disposizioni dedicate alla tutela dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori.

<sup>110</sup> Si vedano ad esempio: BIT Canada-Perù del 2006 e Canada-Camerun del 2014; BIT Marocco-Nigeria del 2015; i capitoli dedicati agli investimenti dei trattati stipulati dall'Unione Europea ad esempio con il Canada nel 2017 e con la Corea del Sud del 2010.

<sup>111</sup> Sul punto, per un'indagine analitica sul tema, si rinvia sin d'ora a K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit.

perseguimento di interessi sociali o ambientali.

È in questo quadro, allora, che dobbiamo comprendere se e come gli interessi non economici acquistino uno spazio di azione.

**CAPITOLO 2.**  
**IL DIFFICILE RAPPORTO FRA DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI**  
**INVESTIMENTI ED INTERESSI NON ECONOMICI. ANALISI DEI**  
**PRINCIPALI PROBLEMI**

**1. Il rapporto attuale fra diritto internazionale degli investimenti ed interessi non economici. Il difficile bilanciamento fra interessi economici, tutela ambientale e dei diritti umani.**

Analizzando nel dettaglio il rapporto fra diritto internazionale degli investimenti e interessi non economici emerge un quadro decisamente problematico, nel quale la tutela di questi ultimi risulta complessa. Dato che il diritto internazionale degli investimenti si occupa delle attività di investimento estero, dovrebbe essere una delle sedi naturali nelle quali individuare un bilanciamento fra gli interessi degli investitori e i contro-interessi non economici di rilevanza generale, quali l'ambiente e i diritti umani. Attualmente però non è così: il diritto internazionale degli investimenti ad oggi non fornisce soluzioni e, anzi, sembra accentuare il contrasto fra la tutela degli investimenti e quella degli interessi generali non economici.

Il presente capitolo analizza i principali problemi riguardanti il rapporto fra investimenti internazionali ed interessi non economici, nonché il ruolo che ha in questo contesto il diritto internazionale degli investimenti. Risulta infatti necessario inquadrare correttamente tali problemi e le loro ragioni, per poter individuare possibili soluzioni per risolverli e giungere ad un sistema più bilanciato e ad una *governance* internazionale degli investimenti in linea con il principio di sviluppo sostenibile.

Il capitolo si sofferma in particolare su tre criticità.

La prima è di ordine concettuale e definitorio: concetti quali ambiente o diritti umani spesso sono indeterminati, di difficile interpretazione e applicazione. Ciò rende difficile una loro integrazione nel diritto internazionale degli investimenti.

La seconda riguarda il concreto modo di operare degli investitori, le modalità di svolgimento delle attività imprenditoriali, nonché gli effetti sulla classe dirigente, sulla popolazione locale e sull'ambiente del Paese ospitante.

La terza riguarda la forma attuale del diritto internazionale degli investimenti, che presenta problemi strutturali legati sia all'attuale contenuto dei trattati di investimento

sia al modo di operare degli arbitrati di investimento. Ciò è dovuto anche, ma non solo, alle origine storiche del diritto internazionale degli investimenti e alla sua struttura *investor oriented*.

## **2. La distinzione fra i diversi interessi non economici. Il maggiore interesse per la tutela dell'ambiente, nonostante il clima generale rimanga poco soddisfacente.**

È opportuno evidenziare che, innanzitutto, nel diritto internazionale degli investimenti si pongono delle difficoltà metodologiche nel trattare gli interessi non economici.

Il rapporto fra interessi non economici e diritto internazionale degli investimenti cambia a seconda del tipo di interessi dei quali si stia trattando: il pilastro ambientale, specificamente inteso come tutela dell'ambiente, ha sinora avuto maggiore spazio rispetto a quello sociale, specificamente inteso come tutela dei diritti umani<sup>112</sup>.

Vi sono almeno tre differenze significative.

Innanzitutto, la percentuale di trattati internazionali di investimento che contengono riferimenti all'ambiente è molto più alta rispetto a quella dei trattati contenenti riferimenti ai diritti umani: lo 0.5% circa nel caso dei diritti umani, il 10% circa nel caso di ambiente e più genericamente sviluppo sostenibile<sup>113</sup>. Numeri dunque

---

<sup>112</sup> E. LUKE, *Environment and human rights in an investment law frame*, cit., che comunque evidenzia come la tendenza sia in crescita, sia con riferimento alle controversie in tema di diritti umani sia in tema di ambiente; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 619–645; L. CHIUSI, *Corporate Human Rights Compliance and Disinvestment: Lessons from the Norwegian Sovereign Wealth Fund*, in A. BONFANTI, *Business and Human Rights in Europe*, Routledge, Londra, 2018, pp. 145–156; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.; Y. RADİ (a cura di), *Research handbook on human rights and investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA 2018, pp. 4 ss.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, in *General principles of law and international investment arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 221–268

<sup>113</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 5.

Il dato viene confermato ad oggi anche dall'UNCTAD Investment Policy Hub, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/>, dal quale risulta che “*human rights*” compare solamente in 145 trattati su 2850 BITs e 432 TIPs. Il termine “*environment*” invece compare in 484 trattati, mentre

non incoraggianti in entrambi i casi, ma comunque significativamente diversi.

In secondo luogo, le disposizioni dei trattati che menzionano l'ambiente spesso sono più efficaci rispetto a quelle sui diritti umani<sup>114</sup>. I diritti umani solitamente sono citati in parti del trattato prive di rilevante efficacia pratica, come ad esempio nel preambolo<sup>115</sup>, pertanto possono essere utilizzati solamente a fini interpretativi e non creano diritti o doveri in capo a Stati e investitori. In altri casi, invece, il riferimento ai diritti umani è indeterminato ovvero, a contrario, delimitato a specifici diritti quali la salute, la tutela del patrimonio culturale o la tutela dei lavoratori<sup>116</sup>. La scelta di specificare singoli diritti umani fornisce maggiore chiarezza e precisione, ma rischia però di escludere altri diritti fondamentali, supportare letture restrittive-letterali e condurre ad una tutela limitata e frammentaria.

In terzo luogo, a livello statistico il numero di arbitrati con riferimenti a questioni ambientali è stato sinora maggiore rispetto al numero di arbitrati con riferimenti ai diritti umani<sup>117</sup>.

---

“*sustainable development*” in 227 trattati.

<sup>114</sup> Sul punto si veda il cap. 2.

<sup>115</sup> Ad esempio il BIT Portogallo – Costa d’Avorio del 2019 menziona i diritti umani solamente nel preambolo. Si noti che lo stesso BIT menziona invece più volte la tutela dell’ambiente.

<sup>116</sup> S. ZHANG, *Human Rights and International Investment Agreements*, cit., pp. 469 – 475 evidenzia ad esempio che Cina, India e Sudafrica sembrano piuttosto restii ad introdurre riferimenti generalizzati ai diritti umani, limitandosi casomai ad ambiti specifici, quali la tutela dei lavoratori, o a disposizioni dalla portata oggettiva ridotta. Solo la Cina in alcuni accordi più recenti sembra andare almeno parzialmente in senso più estensivo.

<sup>117</sup> Cfr. E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions*, cit., che evidenzia il numero limitato di arbitrati di investimento contenenti riferimenti alle fonti sui diritti umani, con S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Cheltenham, 2019, pp. 563–595, che evidenziano il crescente numero di arbitrati di investimento contenenti riferimenti a questioni ambientali.

J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 17 a dimostrazione di un interesse consolidato, almeno in una certa misura, per l’ambiente, ha anche fornito una nozione di arbitrato di investimenti su questioni ambientali: *fattispecie in cui le operazioni degli investitori attengono direttamente ad environmental markets (per esempio discariche, raccolta e trattamento dei rifiuti, prodotti chimici e pesticidi, energia, riduzione delle*

Sebbene vi siano quindi sensibili differenze fra diritti umani e ambiente nel diritto internazionale degli investimenti, ad esse non si dovrebbe dare però eccessiva enfasi.

Innanzitutto, come accennato, la percentuale di trattati che contengano riferimenti a diritti umani o ambiente rimane in generale estremamente bassa, dato che si parla del 10% circa di tutti i trattati di investimento stipulati sinora<sup>118</sup>. Inoltre le norme ambientali, maggiormente presenti, per loro natura implicano la considerazione anche di contro-interessi di tipo economico, confliggenti con quelli ambientali, da cui ne consegue che l'*enforcement* diviene ancora più complesso<sup>119</sup>.

I dati appena riportati devono però essere contestualizzati nel tempo ed infatti i trattati di investimento di nuova generazione mostrano una tendenza confortante: il 75.5% degli accordi stipulati fra il 2008 ed il 2013 ad esempio include riferimenti ad ambiente, sviluppo sostenibile e *responsible business conduct*<sup>120</sup> e più di 69 trattati stipulati dal 2013 ad oggi contiene simili riferimenti<sup>121</sup>. Ciò dimostra una sensibilità a tali tematiche esponenzialmente maggiore rispetto alla precedente generazione di accordi ed un crescente interesse per l'ambiente e per i diritti umani.

Inoltre, la distinzione fra i vari interessi non economici sopra evidenziata non va enfatizzata: si ritiene che ad entrambi si potrebbero applicare, nel diritto internazionale degli investimenti, gli stessi strumenti di tutela e promozione<sup>122</sup>. Sul punto, come spiegato, sia fonti internazionali<sup>123</sup> sia autorevole dottrina<sup>124</sup> spesso affrontano

---

*emissioni, compensazione della biodiversità) oppure ad attività diverse ma nelle quali l'impatto sull'ambiente o su certe minoranze etniche è parte della disputa (ad esempio turismo, industrie estrattive, utilizzo di prodotti chimici o pesticidi, risorse idriche) o ancora controversie nelle quali è necessario applicare normative ambientali nazionali o internazionali.*

<sup>118</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit.; UNCTAD Investment Policy Hub, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

<sup>119</sup> P. SANDS – J. PEEL – A. F. AGUILAR – R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 15 - 16.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> UNCTAD Investment Policy Hub, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

<sup>122</sup> Con riferimento agli strumenti di tutela si rinvia ai capp. 2 e 3. Il presente lavoro si basa proprio sull'idea che sia necessario individuare soluzioni comuni e che garantiscano un bilanciamento di tutti gli interessi economici e non economici coinvolti nelle attività di investimento internazionale.

<sup>123</sup> I già citati UN Guiding Principles on Business and Human Rights trattano insieme la tematica

congiuntamente le problematiche poste dalle attività di impresa alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente ed evidenziano che le soluzioni spesso sono comuni o comunque molto simili. A contrario, strumenti che non tengano conto, contemporaneamente, di tutti gli interessi economici e non economici in gioco rischiano di fornire soluzioni parziali, insoddisfacenti e potenzialmente produttrici di nuovi effetti negativi.

Anche lo stesso concetto di sviluppo sostenibile d'altra parte si fonda su tre pilastri di uguale valore, che sono appunto il progresso economico, la tutela dell'ambiente e quella sociale<sup>125</sup>. Di questi solamente quello economico, specificamente

---

ambientale e quella dei diritti umani. Si veda ad esempio il commentario all'articolo 3, nel quale si afferma che “*The failure to enforce existing laws that directly or indirectly regulate business respect for human rights is often a significant legal gap in State practice. Such laws might range from non-discrimination and labour laws to environmental, property, privacy and anti-bribery laws*”. Un approccio ampio si rinviene anche nella direttiva UE n. 1937 del 2019 nonché, soprattutto, nella proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2022 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la stessa direttiva n. 1937 del 2019, disponibile presso <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>. Anche l'art. XX del GATT in tema di *general exceptions* sotto questo profilo prevede un'ampia serie di eccezioni afferenti a diversi interessi non economici, quali la tutela dell'ambiente, la protezione della vita umana, animale e della salute, la tutela dei lavoratori, del patrimonio culturale.

Con riferimento ai trattati di investimento si rinvia sin da ora per un'analisi empirica a K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit. ed a S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit..

<sup>124</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit.; G. SACERDOTI – P. ACCONCI – M. VALENTI – A. DE LUCA, *General Interests of Host States in International Investment Law*, cit.; E. LUKE, *Environment and human rights in an investment law frame*, cit.; I. SEIF, *Business and Human Rights in International Investment Law*, cit.; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.

<sup>125</sup> Già nel 1987 il rapporto Brundtland delle Nazioni Unite evidenziava la triplice dimensione dello sviluppo sostenibile. Si veda UN World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987, disponibile presso <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Più di recente si veda Nazioni Unite, risoluzione adottata dall'Assemblea Generale del 25 settembre 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*, disponibile presso [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E), nella quale si afferma che il concetto di sviluppo sostenibile si fonda su tre pilastri: economico, ambientale e sociale.

Della stessa opinione anche l'Unione Europea nell'ambito del Green Deal europeo e dell'obiettivo

inteso come interessi economici degli investitori, è storicamente al centro della tutela e interesse nel diritto internazionale degli investimenti. Ciò dimostra la necessità di individuare soluzioni che garantiscano una lettura integrata dei vari interessi in gioco.

Si ritiene pertanto che nonostante si parli di due ambiti distinti, ambiente e diritti umani debbano essere tutelati e valorizzati insieme, al fine di garantire l'individuazione di strumenti di tutela e promozione efficaci ed equilibrati e che tengano conto di tutte le esternalità positive e negative derivanti dalle attività di investimento internazionale.

Al di là delle specifiche differenze fra diritti umani e tutela ambientale il rapporto fra diritto internazionale degli investimenti ed interessi non economici presenta però, come accennato, differenti ordini di problemi, che verranno ora esaminati specificamente.

### **3. Gli effetti negativi dell'attuale diritto internazionale degli investimenti sulla tutela e la promozione di interessi non economici.**

Il principale problema posto dalle attività di impresa multinazionale e investimento estero, ai fini che qui rilevano, riguarda il fatto che queste possono rendersi responsabili di danni ai diritti umani e all'ambiente nel Paese ospitante<sup>126</sup>. Sul

---

emissioni zero. Sul punto si veda ad esempio la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni n. 640 dell'11 dicembre 2019, *il Green Deal europeo*, disponibile presso [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF).

In dottrina viene evidenziato come la nascita della struttura su tre *pillars* dello sviluppo sostenibile non abbia un riferimento normativo o temporale certo, ma sia emerso chiaramente nel tempo. Così B. PURVIS – Y. MAO – D. ROBINSON, *Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins*, «Sustainability Science», 14/3 (5/2019), pp. 681–695.

<sup>126</sup> Sul punto si vedano ad esempio A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente: profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2012; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 250 ss.; E. LUKE, *Environment and human rights in an investment law frame*, cit.; P.-M. DUPUY – A. MIHALACHE-O'KEEF – Q. LI, *Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of Foreign Direct Investment on Food Security in Less Developed Countries*, «International Studies Quarterly», 55/1 (2011), pp. 71–93; G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., p. 7; J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law: Second Edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 453.

punto, è stato efficacemente osservato che le imprese multinazionali hanno tolto quel *monopolio sulle violazioni dei diritti umani* un tempo riservato allo Stato<sup>127</sup>. Numerose sono, in questo senso, le vicende note alle cronache, avvenute in particolare nei Paesi in via di sviluppo. Si pensi ad esempio ai casi Shell-Nigeria, Chevron-Ecuador, Bhopal in India, Rio Tinto in Indonesia, le *oil spills* nel Golfo del Messico, Rana Plaza in Bangladesh<sup>128</sup>.

È stato opportunamente osservato che non è tanto il commercio internazionale a creare rischi per l'ambiente, quanto piuttosto la produzione di beni<sup>129</sup>. Tale affermazione è rilevante in quanto le attività di investimento estero sono spesso finalizzate proprio alla produzione di beni piuttosto che all'apertura di nuovi mercati o alla creazione di servizi<sup>130</sup>. Le multinazionali sotto questo profilo solitamente investono nei Paesi con maggiori risorse naturali o più vantaggiosi sotto un profilo giuridico, economico o fiscale.

Con specifico riguardo ai rischi per l'ambiente è stato inoltre osservato che spesso i problemi di inquinamento e danni ambientali prodotti dalle imprese derivano dall'impiego di strumenti e tecnologie obsoleti e pericolosi, magari al di sotto degli standard di legge previsti nei rispettivi Paesi di origine<sup>131</sup>. Tali strumenti inevitabilmente comportano maggiori fattori di rischio.

Ciò premesso, è opportuno evidenziare che le esternalità negative delle imprese possono riguardare molteplici categorie di soggetti. È allora necessario distinguere le varie categorie ed evidenziarne i principali profili problematici.

---

<sup>127</sup> S. DEVA, *Human rights violations by multinational corporations and international law: where from here*, «Conn. J. Int'l L.», 19 (2003), p. 1.

<sup>128</sup> E. MENDES, *Global governance, human rights, and international law: combating the tragic flaw*, Routledge, Abingdon, Oxon, New York, 2022; K. MILES, *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, cit., pp. 134 ss. Sul punto si vedano anche le indagini condotte dal Business & Human Rights Resource Centre, <https://www.business-humanrights.org/it/>.

<sup>129</sup> A. GIANANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC: ambiente, salute dei consumatori e «core labour standards» nel diritto del commercio internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 76.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>131</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, p. 75.

### 3.1. La tutela dei lavoratori.

I primi soggetti potenzialmente lesi sono gli stessi lavoratori delle imprese multinazionali, in particolare sotto i profili dei loro diritti come lavoratori, nonché dei diritti alla salute e alla vita<sup>132</sup>. Questo avviene, in particolare, in settori a grande rischio quali quello minerario<sup>133</sup>, agricolo<sup>134</sup> o della moda<sup>135</sup>. Si pensi ad esempio agli episodi di lavoro forzato e minorile, riduzione in semi-schiavitù, danni alla salute o alla vita dei lavoratori derivanti dall'impiego o produzione di sostanze tossiche ed inquinanti senza i necessari strumenti di protezione<sup>136</sup>. Il tema si interseca peraltro con la tutela di genere: in alcuni settori merceologici e in alcune aree del mondo è ancora ampiamente diffuso lo sfruttamento intensivo del lavoro femminile<sup>137</sup>, in misura anche maggiore rispetto a quello maschile. È stata tra l'altro osservata una correlazione, negli stessi Paesi, fra carenze normative in tema di tutela ambientale ed in tema di tutela della donna<sup>138</sup>.

Garantire un effettivo controllo sulle imprese e verificare il rispetto dei diritti dei lavoratori è spesso molto complicato, a causa della scarsa trasparenza, della compiacenza delle autorità locali, della lunga *supply chain*. Quest'ultimo profilo, in

---

<sup>132</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 256, 263 - 266; S. BRUGNATELLI, *International Investment Law and International Protection of Workers' Rights*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns (Routledge research in international economic law)*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2014, pp. 298–317.

<sup>133</sup> Sul punto si veda ad esempio J. MANDELBAUM – J. LOUITT, *Extractive industry investments and human rights*, cit.

<sup>134</sup> K. CORDES, *Investments and human rights in the agricultural sector*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 414–451.

<sup>135</sup> D. BAUMANN-PAULY – S. M. JASTRAM, *Assessing human rights issues in the fashion industry: challenges for investors*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA, 2018, pp. 452–467.

<sup>136</sup> Un cospicuo numero di vicende è riportato in tal senso da <https://www.business-humanrights.org/it/>.

<sup>137</sup> R. J. ANDERSON, *Environment, foreign investment and gender*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 441–463.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

particolare, interessa da vicino le imprese multinazionali ed è di difficile controllo anche per le autorità e per le imprese più virtuose<sup>139</sup>.

Il complesso rapporto fra tutela dei lavoratori e investimenti internazionali può inoltre interferire sotto il profilo del *right to regulate* dello Stato ospitante in materia giuslavorista. Spesso infatti le imprese decidono dove investire scegliendo gli Stati con costi di manodopera inferiori o con leggi più favorevoli. Laddove però il Paese ospitante decida di innalzare i propri standard di tutela dei lavoratori, per volontà propria o a causa di obblighi internazionali, potrebbe ledere direttamente o indirettamente gli investitori stranieri. Questi ultimi infatti potrebbero vedersi costretti, in forza della nuova normativa, ad aumentare le tutele e i costi a favore dei propri dipendenti, diminuendo inevitabilmente il proprio guadagno. Gli investitori potrebbero allora reagire, invocando la lesione delle proprie *legitimate expectations* o degli standard di tutela previsti dai trattati internazionali di investimento<sup>140</sup>, cercando quindi di influire sulle politiche pubbliche e minacciando il ricorso all'arbitrato. Il paradosso è, quindi, che misure motivate da un interesse generale, cioè quello della tutela dei lavoratori, potrebbero causare frizioni e controversie fra i Paesi ospitanti e gli investitori esteri, con il rischio che tali misure vengano quindi ritrattate o rese meno efficaci.

Un esempio emblematico in tal senso è il caso *Veolia c. Egitto*<sup>141</sup>: a seguito degli eventi della Primavera Araba e dell'inflazione crescente l'Egitto emanava una legge per alzare la soglia del salario minimo. Tale decisione cagionava però un ingente danno economico alla Veolia, che si trovava costretta ad aumentare gli stipendi dei propri dipendenti, vedendo quindi diminuire il proprio profitto. La Veolia agiva quindi in sede arbitrale nei confronti dell'Egitto, ma la decisione del collegio (rimasta invero riservata) dava ragione al Paese ospitante.

Il caso Veolia può avere due diverse letture. La prima è senz'altro positiva: la decisione è stata favorevole all'Egitto, che ha così evitato una condanna paradossalmente dovuta ad una legge a tutela dei diritti dei lavoratori. D'altra parte,

---

<sup>139</sup> Il problema della verifica del rispetto di standard minimi di tutela dei lavoratori è connesso in particolare all'industria della moda. Sul punto D. BAUMANN-PAULY – S. M. JASTRAM, *Assessing human rights issues in the fashion industry*, cit.

<sup>140</sup> S. BRUGNATELLI, *International Investment Law and International Protection of Workers' Rights*, cit., pp. 304 – 305.

<sup>141</sup> *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt* ICSID, n. ARB/12/15, award (25/5/2018).

l'intera vicenda lascia comunque delle perplessità. Infatti l'Egitto ha avuto ragione solo dopo aver speso tempo e risorse ingenti per difendersi in sede arbitrale. Inoltre, la possibilità di ricorrere all'arbitrato ha comunque permesso ad una società privata di contestare apertamente una legge motivata da ragioni sociali e di interesse generale.

È importante osservare che, quando gli Stati ospitanti agiscono a tutela dei lavoratori ledendo gli interessi degli investitori, questi ultimi spesso non contestano la violazione diretta dei trattati di investimento ma, piuttosto, quella di accordi pubblico-privati intercorsi fra le imprese e gli Stati, contenenti *umbrella o stabilization clauses*<sup>142</sup>. Tali clausole impediscono l'applicazione nei confronti degli investitori stranieri di leggi entrate in vigore dopo la conclusione dell'accordo, ovvero ne riducono sensibilmente gli effetti, o ancora prevedono una compensazione economica a favore degli investitori. Con riferimento alle riforme (migliorative) in ambito giuslavoristico, tali clausole limiterebbero o impedirebbero quindi gli effetti della nuova normativa nei confronti degli investitori stranieri. Esempio emblematico è la vicenda sull'oleodotto Ciad-Camerun, nel quale l'accordo fra il consorzio di imprese da un lato e i due Paesi dall'altro limitava la possibilità per gli Stati di fare passi avanti nella tutela dei diritti umani e dei lavoratori, con riferimento alle aree del progetto, rendendo contemporaneamente più difficoltosa l'*accountability* per quelle imprese nel caso di eventuali violazioni dei diritti umani.<sup>143</sup>

### **3.2. La tutela della popolazione locale e indigena.**

Il secondo gruppo di soggetti che può essere danneggiato dalle attività dell'investitore è la popolazione dello Stato ospitante e, in particolare, quella stanziata in prossimità del luogo nel quale l'impresa opera. I soggetti potenzialmente danneggiati, il tipo di danno subito e le concrete modalità dipendono però dalla vicenda concreta e da alcuni fattori quali, in particolare, la condizione del Paese ospitante ed il proprio patrimonio sociale e culturale, la tipologia di investimento e di investitore, le attività concretamente svolte e le modalità nelle quali queste vengano condotte, ma anche da

---

<sup>142</sup> S. BRUGNATELLI, *International Investment Law and International Protection of Workers' Rights*, cit., pp. 304 - 305.

<sup>143</sup> Sul punto si veda AMNESTY INTERNATIONAL, *Contracting out of human rights: the Chad-Cameroon pipeline project*, Amnesty International UK, London, 2005.

fattori esterni e imprevedibili. Le esternalità negative sotto questo profilo sono molto varie.

Innanzitutto, gli investimenti esteri possono avere un sensibile impatto sul Paese ospitante sotto un profilo sociologico. Poiché le attività di investimento possono influire sull'ordine sociale del Paese ospitante, è opportuno compiere adeguate valutazioni *ex ante* sull'impatto sociale che queste avranno sulla popolazione locale. Si pensi ai potenziali squilibri sociali che potrebbero derivare dall'attribuzione di salari più elevati ai lavoratori delle multinazionali rispetto ai lavoratori di imprese locali<sup>144</sup>, all'inasprimento del *gender gap*<sup>145</sup>, allo spiazzamento delle imprese locali<sup>146</sup>. Tali effetti non sono però necessariamente negativi: le imprese straniere potrebbero garantire ai propri lavoratori condizioni lavorative ed economiche migliori rispetto alle imprese locali<sup>147</sup> e contribuire così ad una crescita non solo economica ma anche sociale del Paese ospitante.

Anche sotto il profilo culturale vi può essere un impatto dell'investitore estero, specialmente nelle ipotesi in cui il fine dell'investitore sia quello di aprire o accedere a nuovi mercati. Potrebbero così essere introdotti prodotti appartenenti a culture estranee rispetto a quella locale, commercializzati anche in forme aggressive, ovvero l'imprenditoria estera potrebbe sostituirsi a quella locale<sup>148</sup>. Anche questo aspetto non ha necessariamente ricadute negative, ma senz'altro contribuisce ad una modifica del contesto sociale e culturale nel Paese ospitante<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., p. 75.

<sup>145</sup> FRIENDS OF THE HEART INTERNATIONAL - GENDER ACTION, *Broken Promises: Gender Impacts of the World Bank-Financed West-African and Chad-Cameroon Pipelines*, (2011), disponibile presso <https://www.genderaction.org/publications/11/chad-cam-wagp-pipelines.pdf>.

<sup>146</sup> N. DRIFFIELD – D. HUGHES, *Foreign and domestic investment: regional development or crowding out?*, «Regional studies», 37/3 (2003), pp. 277–288.

<sup>147</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 263; H. GÖRG – E. STROBL – F. WALSH, *Why Do Foreign-Owned Firms Pay More? The Role of On-the-Job Training*, «Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv», 143/3 (2007), pp. 464–482.

<sup>148</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., p.75.

<sup>149</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 267, evidenzia la criticità dell'importazione di una cultura di massa sulla scomparsa delle culture locali e territoriali.

A fronte di questo fenomeno alcuni Paesi hanno mostrato preoccupazioni per la protezione delle industrie tradizionalmente legate alla cultura e imprenditoria locale ed hanno attuato misure a loro tutela, ad esempio richiedendo la partecipazione nelle società anche straniere di una quota di azionisti originari del Paese ospitante. Senonché simili politiche possono produrre effetti discriminatori o lesivi per gli investitori stranieri e violare i trattati di investimento (ad esempio sulla base delle clausole *most favoured nation* o *national treatment*<sup>150</sup>) o gli accordi fra Stati e imprese<sup>151</sup> ed hanno infatti provocato la reazione degli investitori.

Un esempio di questo tipo è la vicenda *Foresti c. Sudafrica*<sup>152</sup>, nella quale il Sudafrica aveva imposto che una parte dell'azionariato delle imprese minerarie operanti nel proprio territorio fosse di origine sudafricana e di colore. Tale normativa era giustificata dall'esigenza di offrire alle persone di colore l'opportunità di accedere ad un settore imprenditoriale fondamentale per l'economia del Paese ma dal quale erano state escluse per decenni a causa del colonialismo e dell'apartheid. La ragione sociale e culturale della normativa era quindi evidente. La vicenda si concluse però a favore degli investitori stranieri: con un accordo privato fra lo Stato e gli investitori ricorrenti il Sudafrica accettò di rendere meno rigida la legge abbassando notevolmente la percentuale di azioni che dovevano obbligatoriamente essere possedute da cittadini sudafricani di colore.

Al di là dell'esito finale, questa vicenda evidenzia emblematicamente come gli investitori, facendo leva sul proprio peso economico e politico e ricorrendo all'arbitrato di investimenti sono in grado di interferire nelle politiche pubbliche sociali e modificarne i contenuti.

Ulteriore profilo problematico nel rapporto fra popolazione locale e investitori stranieri riguarda le ipotesi di sfruttamento delle risorse naturali del Paese ospitante. Tali attività creano spesso seri conflitti fra investitori stranieri e comunità locali, specie

---

<sup>150</sup> Tali clausole prevedono che gli investitori stranieri siano trattati, sotto il profilo giuridico ed economico, ugualmente agli imprenditori locali, oppure prevedono che i vantaggi accordati a determinate imprese provenienti da specifici Paesi siano estesi anche a questi investitori stranieri. Sul punto si veda R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford 2022.

<sup>151</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit.

<sup>152</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. Sudafrica*, ICSID, n. ARB(AF)/07/01, (4/8/2010).

se dalle attività di investimento derivano danni a zone di pregio storico, culturale o ambientale, ad esempio in territori sottoposti a vincoli storici o culturali ovvero considerati sacri dalle popolazioni indigene e autoctone. Gli effetti nocivi possono nascere dal diretto sfruttamento delle risorse naturali di quelle aree ovvero derivare indirettamente dalle attività dell'investitore nelle aree limitrofe (per l'emissione di sostanze inquinanti o a causa di modifiche del territorio necessarie per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, come il disboscamento di aree forestali per far spazio a colture intensive). Ulteriore fattore di complessità in queste vicende è dato dal fatto che, spesso, è difficile identificare correttamente i luoghi considerati sacri o rilevanti per il patrimonio culturale della popolazione indigena, ovvero capire quali siano le conseguenze di questo status, con notevoli problemi definitivi anche di rilevanza giuridica<sup>153</sup>.

Caso emblematico che rappresenta il possibile conflitto fra tutela del patrimonio culturale e investimenti è l'arbitrato *SPP c. Egitto*<sup>154</sup>, vicenda riguardante la costruzione di un albergo nelle vicinanze della piramide di Giza. I lavori di SPP, autorizzati e già avviati, venivano bruscamente interrotti dalle autorità egiziane per il timore che potessero distruggere dei manufatti egizi ancora sepolti nelle aree dove sarebbe dovuta sorgere la struttura alberghiera. A seguito del ricorso in sede arbitrale proposto da SPP, l'Egitto invocava a propria difesa la tutela del patrimonio storico e culturale, richiamando anche gli obblighi derivanti dalla convenzione ONU del 1972 sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale, ratificata ed entrata in vigore in Egitto prima della revoca delle concessioni ad SPP, e dall'appartenenza del sito archeologico al patrimonio UNESCO, che lo rendevano quindi soggetto ad una protezione particolarmente rafforzata.

Il collegio arbitrale dava però ragione all'investitore. L'approvazione definitiva

---

<sup>153</sup> S. R. BUTZIER – S. M. STEVENSON, *Indigenous Peoples' Rights to Sacred Sites and Traditional Cultural Properties and the Role of Consultation and Free, Prior and Informed Consent*, «Journal of Energy & Natural Resources Law», 32/3 (8/2014), pp. 300 - 301.

<sup>154</sup> *SPP v. Egitto*, ICSID, n. ARB/84/3, award, (20/5/1992). Per un commento sul caso e sulla rilevanza del patrimonio culturale e della convenzione UNESCO del 1972 sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale si veda E. BARONCINI, *la convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità nella giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti*, «Diritto del Commercio Internazionale», 37/2 (2023), pp. 279–312.

del piano era avvenuta dopo l'entrata in vigore della convenzione ONU in Egitto, pertanto quest'ultimo era a conoscenza dei propri obblighi interni ed internazionali ma inizialmente aveva ritenuto compatibili il progetto con tali obblighi. Inoltre, l'Egitto aveva invocato la difesa del patrimonio storico e culturale soltanto dopo diverso tempo dall'approvazione del progetto, senza nemmeno fare riferimento alla convenzione UNESCO nei provvedimenti con cui il progetto era stato inizialmente interrotto. La condotta dell'Egitto era pertanto qualificabile come espropriazione indiretta e dava diritto ad un indennizzo a favore di SPP<sup>155</sup>.

Invero, nella propria decisione, il tribunale arbitrale riconosceva la rilevanza degli obblighi internazionali dell'Egitto in materia di patrimonio culturale, legittimando le decisioni prese dall'Egitto, ma ciononostante questo non esonerava lo Stato dal pagamento di un indennizzo nei confronti di SPP<sup>156</sup>. Sotto questo profilo il tribunale arbitrale, mostrando una certa sensibilità nei confronti delle motivazioni egiziane, riduceva consistentemente il risarcimento dovuto da parte dell'Egitto a favore di SPP<sup>157</sup>.

Altro caso rilevante è la vicenda *Parkerings v. Lituania*<sup>158</sup>, nella quale il governo lituano risolveva bruscamente un contratto stipulato per la costruzione di un parcheggio nel centro storico di Vilnius. La risoluzione del contratto era avvenuta a causa dell'opposizione di alcune associazioni e dei cittadini di Vilnius e per la necessità di

---

<sup>155</sup> *SPP v. Egitto*, cit., parr. 153 ss.

<sup>156</sup> *Ibidem.*, parr. 245 ss.

<sup>157</sup> *Ibidem.* Il tribunale in particolare segnava una distinzione pre e post 1979, cioè la data di inserimento del sito archeologico fra quelli UNESCO, affermando che da quella data in poi il diritto interno ed internazionale avevano reso illegittimo qualunque atto di vendita e sfruttamento economico del sito, negando quindi qualunque forma di risarcimento nei termini del lucro cessante. Si evidenzia però che parte della dottrina ha criticato questo punto della decisione del tribunale, perché l'Egitto era tenuto a tutelare il patrimonio culturale già dalla data di ratifica delle convenzioni internazionali e non dal formale riconoscimento come sito UNESCO. Sul punto si vedano E. BARONCINI, *la convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità nella giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti*, cit., pp. 288 - 289; P. J. O'KEEFE, *Foreign Investment and the World Heritage Convention*, «International Journal of Cultural Property», 3/2 (1994), pp. 259-266.

<sup>158</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID, n. ARB/05/8, award (11/9/2007). Per un'analisi della vicenda, con particolare riferimento al rapporto con la tutela del patrimonio culturale, si veda E. BARONCINI, *la convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità nella giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti*, cit., pp. 292 - 295.

tutelare il patrimonio storico ed archeologico della città, che aveva da ultimo portato la Lituania a preferire un progetto meno impattante rispetto a quello di Parkerings. Il tribunale arbitrale in questo caso dava ragione alla Lituania, ritenendo che vi fosse un motivo legittimo per interrompere il contratto e non ritenendo violato alcun diritto dell'investitore in modo per lui imprevedibile<sup>159</sup>. Nella decisione le motivazioni di tutela del patrimonio culturale invocate dalla Lituania, confermate dall'appartenenza del centro storico di Vilnius al patrimonio UNESCO, erano state decisive per fondare la decisione del tribunale arbitrale<sup>160</sup>. Inoltre il tribunale affermava che la Lituania non aveva violato il principio di non discriminazione: il progetto di Parkerings e quello della società a cui era stato successivamente assegnato l'appalto erano sensibilmente differenti (il secondo era decisamente più ridotto di dimensione e meno impattante)<sup>161</sup>.

Ciò che lega i due casi sopra esaminati, oltre a testimoniare le difficoltà nel bilanciare esigenze economiche da un lato e tutela del patrimonio storico e culturale dall'altro, è probabilmente il comportamento ambiguo dei due Paesi ospitanti, che prima avevano agevolato gli investitori e, in seguito, avevano ritrattato sulla base di (legittime) preoccupazioni di interesse generale.

Le vicende più spinose riguardanti il rapporto fra investimenti internazionali e popolazione stanziata nel luogo dell'investimento in questo contesto riguardano però la tutela dei diritti della popolazione indigena, della loro terra e della loro cultura<sup>162</sup> (*land e cultural rights*) ed il loro diritto di essere ascoltati e di partecipare alle decisioni pubbliche che li riguardano<sup>163</sup>.

Con riferimento ai *land e cultural rights*, un fenomeno problematico ed in notevole crescita negli ultimi decenni riguarda gli investimenti esteri nell'acquisizione

---

<sup>159</sup> *Ibidem.*, parr. 339 ss.

<sup>160</sup> Si vedano in particolare *Ibidem.*, parr. 388 ss.

<sup>161</sup> *Ibidem.*, parr. 396 ss.

<sup>162</sup> V. VADI, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 13/3/2014.

<sup>163</sup> B. L. GUNN, *International Investment Agreements and Indigenous Peoples' Rights*, in J. BORROWS – R. SCHWARTZ (a cura di), *Indigenous Peoples and International Trade*, Cambridge University Press, 30/6/2020, pp. 194–216; K. TIENHAARA, *What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries*, «Global Environmental Politics», 6/4 (11/2006), pp. 73–100.

di terre, finalizzati all'industria agroalimentare, a quella bio-energetica e più tradizionalmente a quella mineraria<sup>164</sup>. Si parla in questo senso del c.d. *land grabbing*<sup>165</sup>: l'acquisizione su larga scala di terre da parte di investitori stranieri privati o a partecipazione pubblica<sup>166</sup>. Una definizione emblematica di *land grabbing* e che riassume efficacemente i problemi sociali ed ambientali che tale fenomeno pone è quella fornita nella Dichiarazione di Tirana da parte dell'International Land Coalition (ILC): “*We denounce all forms of land grabbing, whether international or national. We denounce local-level land grabs, particularly by powerful local elites, within communities or among family members. We denounce large-scale land grabbing, which has accelerated hugely over the past three years, and which we define as acquisitions or concessions that are one or more of the following: (i) in violation of human rights, particularly the equal rights of women; (ii) not based on free, prior and informed consent of the affected land-users; (iii) not based on a thorough assessment, or are in disregard of social, economic and environmental impacts, including the way they are gendered; (iv) not based on transparent contracts that specify clear and binding commitments about activities, employment and benefits sharing, and; (v) not based on effective democratic planning, independent oversight and meaningful participation*”<sup>167</sup>.

Tali acquisizioni normalmente avvengono grazie ad accordi presi fra le autorità nazionali e locali e l'investitore, che spesso però sono poco trasparenti, garantiscono

---

<sup>164</sup> K. W. DEININGER – D. BYERLEE, *Rising global interest in farmland: can it yield sustainable and equitable benefits?*, World Bank, Washington, D.C, 2011.

<sup>165</sup> Per una specifica analisi del fenomeno del *land grabbing* e delle sue implicazioni con il diritto internazionale degli investimenti si vedano ad esempio L. COTULA, *Land grab or development opportunity?: agricultural investment and international land deals in Africa*, IIED; FAO: IFAD, London, Rome 2009; M. NINO, «*Land grabbing*», *sovranità territoriale e diritto alla terra dei popoli indigeni*, «Diritti umani e diritto internazionale»/1 (2016), pp. 185–208; A. VIVIANI, *Land grabbing e diritti umani*, «Diritti umani e diritto internazionale»/1 (2016), pp. 209–233.

<sup>166</sup> F. VIOLI, *The practice of land grabbing and its compatibility with the exercise of territorial sovereignty*, in F. R. JACUR – A. BONFANTI – F. SEATZU (a cura di), *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 15–37; F. VIOLI, *la sovranità permanente degli stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del land grabbing*, PhD Thesis, Università degli Studi di Milano Statale, (2015). Più in generale per il fenomeno del *land grabbing* si veda F. R. JACUR – A. BONFANTI – F. SEATZU, *Natural resources grabbing: an international law perspective*, Vol. 4, Brill, 2015.

<sup>167</sup> ILC, *Tirana Declaration*, 2011.

notevoli privilegi agli investitori sotto il profilo giuridico e fiscale e raramente pongono attenzione ai diritti umani e agli interessi della popolazione locale (cd. contratti di *land deals*)<sup>168</sup>. Tali accordi normalmente non tengono in conto dei diritti di natura consuetudinaria o comunque non scritta delle popolazioni locali e indigene che vivono e lavorano sui terreni acquisiti dagli investitori stranieri, che vengono così ignorati o violati anche dal Paese ospitante<sup>169</sup>.

Le privatizzazioni e acquisizioni su vasta scala permettono agli investitori di svolgere attività che possono cagionare un mutamento irreversibile dei luoghi e del paesaggio, deteriorando luoghi fondamentali per la cultura indigena, l'ambiente e la biodiversità. Lo sfruttamento intensivo su larga scala delle risorse naturali da parte delle imprese, o lo svolgimento di attività come caccia e pesca<sup>170</sup>, possono condurre ad un esaurimento delle risorse naturali<sup>171</sup> e danneggiare sia l'ambiente che la popolazione locale, soprattutto quando tali risorse costituiscano i loro principali mezzi di sussistenza. Il *land grabbing* e il deterioramento dei territori possono inoltre causare spostamenti o migrazioni forzate della popolazione e hanno spesso portato a violenti conflitti fra autorità pubbliche, investitori e popolazione locale<sup>172</sup>.

L'acquisizione di terre e il loro deterioramento sono agevolati dalla posizione di

---

<sup>168</sup> Per la struttura e le specifiche problematiche dei *land deals* si vedano E. BARONCINI, *Land Deals e diritto internazionale*, in *Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna—Classe di scienze morali, Rendiconti degli anni 2012-2013*, Vol. 5, Bononia University Press, Bologna, 2014, pp. 107–121; L. COTULA, *Land grab or development opportunity?*, cit.; F. VIOLI, *The practice of land grabbing and its compatibility with the exercise of territorial sovereignty*, cit.; F. VIOLI, *la sovranità permanente degli stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del land grabbing*, PhD Thesis, Università degli Studi di Milano Statale, (2015);

<sup>169</sup> Sulla natura consuetudinaria o comunque non scritta dei diritti di uso dei terreni da parte delle popolazioni locali e sugli abusi compiuti da parte del proprio Paese si vedano *Ibidem*.

<sup>170</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 270.

<sup>171</sup> Si veda ad esempio P. LIU (a cura di), *Trends and impact of foreign investment in developing country agriculture: evidence from case studies*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome 2013, nel quale si sottolinea il conflitto fra piccoli e medi o grandi agricoltori nell'utilizzo delle risorse, con particolare riferimento al consumo di acqua, suolo ed al transito delle greggi secondo itinerari tradizionali.

<sup>172</sup> J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, cit., pp. 348 ss.; K. CORDES, *Investments and human rights in the agricultural sector*, cit.

fragilità e inferiorità nelle quali spesso la popolazione e le amministrazioni si trovano rispetto alle imprese multinazionali. Tale squilibrio di forze è causato da diversi ordini di ragioni, quali ad esempio il basso livello di istruzione ed economico della popolazione, il ruolo determinante del governo locale e la sua corruttibilità, la difficile situazione economica delle regioni più povere, la cattiva *governance* a livello locale e nazionale, l'interesse politico-finanziario a favore degli investimenti esteri e le promesse o opportunità di sviluppo<sup>173</sup>. Parte della dottrina ha evidenziato che mancano studi specifici sul *land grabbing* nonché normative ad hoc che prevengano o intervengano in tali situazioni, nonostante il fenomeno sia particolarmente grave e leda in modo serio l'autodeterminazione della popolazione e il *cultural heritage*<sup>174</sup>.

Il recente arbitrato di investimenti *Agro EcoEnergy v. Tanzania*<sup>175</sup>, che riguarda proprio un episodio di *land grabbing*, ben sintetizza i problemi sin qui analizzati<sup>176</sup>. Nel caso di specie un investitore di origine svedese aveva acquisito ventimila ettari di terreno con un contratto di affitto della durata di 99 anni per la creazione di una vasta piantagione di canne da zucchero. Nei territori acquisiti da EcoEnergy però vivevano e lavoravano diverse migliaia di persone. Il progetto avrebbe in particolare previsto che più di 300 persone avrebbero perso la propria casa e a più di 1000 sarebbe stato

---

<sup>173</sup> G. T. YENGOH – K. STEEN – F. A. ARMAH – B. NESS, *Factors of vulnerability: How large-scale land acquisitions take advantage of local and national weaknesses in Sierra Leone*, «Land Use Policy», 50 (1/2016), pp. 328–340.

<sup>174</sup> A livello pattizio, nessun trattato di investimenti si occupa di questi profili. Con riferimento alle carenze del diritto internazionale degli investimenti nell'affrontare il tema del *land grabbing* si veda L. COTULA, *Land grabbing and international investment law: toward a global reconfiguration of property*, in A. K. BJORKLUND, *Yearbook on international investment law & policy*, Vol. 2015, 2014, pp. 177–214. Si veda anche J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, cit., pp. 348 ss.

<sup>175</sup> *EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB v. United Republic of Tanzania*, ICSID, No. ARB/17/33, award (13/04/2022).

<sup>176</sup> Per una ricostruzione della vicenda si vedano BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Agro EcoEnergy sues Tanzania after govt. cancels project due to concerns over human rights impacts*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/agro-ecoenergy-sues-tanzania-after-govt-cancels-project-due-to-concerns-over-human-rights-impacts/>; WARONWANT, *ISDS files: Agro EcoEnergy v Tanzania | War on Want*, (1/2/2019), disponibile presso <https://waronwant.org/resources/isds-files-agro-ecoenergy-v-tanzania>.

impedito l'accesso ai luoghi nei quali svolgevano la propria attività pastorizia. EcoEnergy ed il governo tanzaniano erano giunti a stipulare il contratto senza aver prima informato la popolazione in merito e senza aver raggiunto alcuna forma di accordo con loro. La società affermava di aver offerto un risarcimento e posti di lavoro alla popolazione, ma mentre il risarcimento era stato proposto solo a seguito dello spossamento, i posti di lavoro offerti erano di numero ben inferiore rispetto alle promesse fatte e i contratti proposti erano di cd. *coltivatori esterni*, che sarebbero stati estremamente svantaggiosi sotto il profilo economico per la popolazione locale. A fronte delle grandi proteste da parte della popolazione e di alcune ONG locali, nel 2016 il governo tanzaniano revocava l'accordo ed EcoEnergy, di tutta risposta, si rivolgeva all'ICSID intentando un arbitrato nei confronti della Tanzania.

In merito a tale arbitrato, vi sono due rilievi di particolare interesse. Il primo è che la Tanzania, nonostante l'evidente caso di *land grabbing*, aveva motivato la revoca del contratto sulla base di rischi per l'ambiente, per le fonti idriche e per la tutela della fauna selvatica di alcuni parchi naturali vicini alla coltivazione. Non era quindi stato il *land grabbing* in sé a giustificare la revoca, ma solamente le possibili esternalità negative dell'attività imprenditoriale. Il secondo rilievo riguarda la difesa di EcoEnergy. La società infatti contestava al governo tanzaniano di non aver fornito il terreno *libero da gravami*, intendendo con "gravami" la popolazione che viveva e lavorava in quelle terre ed i loro diritti terrieri.

La decisione degli arbitri, attualmente non pubblicata, è stata infine presa a favore di EcoEnergy<sup>177</sup>.

Ulteriore problema connesso alla tutela della popolazione locale e indigena riguarda il diritto ad essere ascoltati e coinvolti nei procedimenti decisionali pubblici che li interessano, problema questo che non si pone solo con riferimento al *land grabbing*. Spesso la popolazione locale non viene coinvolta nelle decisioni riguardanti lo stabilimento degli investitori esteri nei loro territori<sup>178</sup>, oppure la loro partecipazione

---

<sup>177</sup> UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB, *EcoDevelopment and EcoEnergy v. Tanzania*, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/846/agro-ecoenergy-and-others-v-tanzania>.

<sup>178</sup> N. M. PERRONE, *The "Invisible" Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime*, «AJIL Unbound», 113 (2019), pp. 16–21; L. COTULA, *Land grab or development opportunity?*, cit.; N. M. PERRONE, *The international investment regime and local*

viene resa estremamente complessa<sup>179</sup>.

Fra gli esempi più importanti in questo senso si può ricordare la sentenza *Kichwa c. Ecuador* della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo<sup>180</sup>. Nella vicenda in esame, che peraltro è la stessa da cui è scaturito il noto arbitrato *Burlington c. Ecuador*<sup>181</sup>, il governo dell'Ecuador autorizzava l'avvio di un'attività di estrazione petrolifera nella regione ecuadoriana della foresta amazzonica. Tali territori erano però considerati di grande pregio ambientale ed erano abitati da popolazioni indigene che non vennero in alcun modo coinvolte o informate della decisione dell'Ecuador di autorizzare l'attività

---

*populations: are the weakest voices unheard?*, «Transnational Legal Theory», 7/3 (2/7/2016), pp. 383–405; A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, p. 64; I. T. ODUMOSU-AYANU, *Local communities, environment and development: the case of oil and gas investment in Africa*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 480-481. In alcuni casi i Paesi ospitanti, insieme alle imprese, sono stati accusati di essersi resi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani nei confronti delle popolazioni indigene contrarie alle attività dell'investitore, come ad esempio nel caso Ogoni. Si veda sul punto AMNESTY INTERNATIONAL, *A Dutch court is set to rule on Shell's role in executions of Ogoni Nine in Nigeria*, (29/4/2019), disponibile presso <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2019/04/nigerianetherlandsshell-involvement-in-execution-of-ogoni-nine-to-be-decided-by-court/>.

<sup>179</sup> K. DUDINE – S. SZOKE-BURKE, *Government Briefing: Incorporating Free, Prior, and Informed Consent into Investment Approval Processes*, disponibile presso <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Briefing-FPIC-and-investment-approval-July-2020.pdf>. La casistica è anche qui molto ampia. Di recente si vedano ad esempio BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Philippines: Memorandum of agreement on Kaliwa Dam project contravenes laws on free, prior and informed consent, rights group alleged*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/philippines-memorandum-of-agreement-on-china-backed-kaliwa-dam-contravenes-laws-on-free-prior-and-informed-consent-rights-group-alleged/> e *Nepal: Landmark victory for Indigenous Groups as European Investment Bank investigation finds consent of communities must be taken to continue massive hydropower project*, disponibile presso [https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/nepal-landmark-victory-for-indigenous-groups-as-european-investment-bank-found-not-to-have-taken-steps-to-uphold-free-prior-and-informed-consent-of-communities-for-massive-hydropower-projects/?mc\\_cid=ee5d0583cc&mc\\_eid=a329f6ce85](https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/nepal-landmark-victory-for-indigenous-groups-as-european-investment-bank-found-not-to-have-taken-steps-to-uphold-free-prior-and-informed-consent-of-communities-for-massive-hydropower-projects/?mc_cid=ee5d0583cc&mc_eid=a329f6ce85).

<sup>180</sup> *Case of the Kichwa indigenous people of Sarayaku v. Ecuador*, Inter-American Court of Human Rights, n. 12465, (27/6/2012).

<sup>181</sup> *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID, n. ARB/08/5, (14/12/2012).

estrattiva. La Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, adita dalla popolazione locale, condannava l'Ecuador per la violazione della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo. In particolare, nel paragrafo 125 della decisione, si afferma che in base ad un'interpretazione evolutiva dell'articolo 21 della Convenzione (diritto di proprietà) con riguardo ai diritti dei popoli indigeni e sulla base della ratifica della Convenzione 169 dell'ILO, l'Ecuador aveva l'obbligo di consultare il popolo Sarayaku in modo libero, informato e con specifiche garanzie procedurali prima di approvare il procedimento di valutazione di impatto ambientale che aveva condotto all'approvazione del progetto.

L'esigenza e il diritto della popolazione locale ad essere ascoltata e coinvolta è talvolta emerso anche in sede di arbitrato di investimenti<sup>182</sup>. Sebbene in molti casi le parti e gli stessi arbitri si siano disinteressati della popolazione locale, altre volte sono stati proprio gli atti compiuti dagli indigeni ad aver provocato o contribuito a far sorgere la controversia in sede arbitrale. In ulteriori e diverse ipotesi, la posizione assunta dalla popolazione locale ha avuto un peso decisivo per gli esiti della controversia.

Caso emblematico è la vicenda *Bilcon c. Canada*<sup>183</sup>, nella quale il Canada prima concedeva e poi revocava l'autorizzazione ad iniziare attività minerarie all'investitore a causa della dura reazione della popolazione all'avvio del progetto. Il tribunale arbitrale dava ragione all'investitore, affermando fra gli altri motivi che il cambio di orientamento da parte delle autorità canadesi, causato dall'opposizione della popolazione, era avvenuto in una fase in cui la realizzazione del progetto era ormai già iniziata. Il diniego tardivo aveva quindi danneggiato l'investitore e la propria legittima aspettativa.

Vicende molto simili sono *Metalclad c. Messico*<sup>184</sup> o *Glamis Gold c. USA*<sup>185</sup>: in questi casi il Paese ospitante, dopo aver inizialmente concesso i permessi per l'avvio di attività agli investitori esteri, tornava in seguito sui propri passi a causa della sopraggiunta opposizione della popolazione locale (nel primo caso, la popolazione non voleva nelle vicinanze del centro abitato una discarica di rifiuti speciali; mentre nel secondo caso la costruzione di una grande miniera d'oro a cielo aperto avrebbe distrutto

---

<sup>182</sup> A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit.

<sup>183</sup> *Clayton/Bilcon v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04, (17/3/2015).

<sup>184</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID, n. ARB(AF)/97/1, (30/8/2000).

<sup>185</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, UNCITRAL, (8/6/2009).

territori considerati sacri dalle tribù di nativi americani ancora residenti nell'area). È verosimile che in tali vicende un maggiore coinvolgimento della popolazione locale e degli indigeni nel procedimento di autorizzazione dell'investimento avrebbe potuto prevenirne – o perlomeno prevederne – l'opposizione. Ciò avrebbe beneficiato sia l'investitore che lo Stato ospitante: l'investitore avrebbe evitato che il proprio investimento venisse vanificato, con la conseguente perdita di denaro, tempo e risorse; lo Stato non sarebbe stato coinvolto in un arbitrato e avrebbe evitato di dover gestire la situazione di tensione creatasi con la popolazione locale<sup>186</sup>.

### ***3.3. I possibili effetti negativi sullo Stato ospitante e sul right to regulate.***

Anche il Paese ospitante nel suo complesso può subire, come accennato, delle esternalità negative dalle attività di investimento internazionale che lo riguardano.

L'investitore infatti potrebbe interferire con le scelte politiche e normative dello Stato ospitante, ovvero potrebbe esercitare pressioni affinché lo Stato prenda - o non prenda - determinate decisioni. Ciò al fine di limitare possibili decisioni che lo pregiudicherebbero ovvero indirizzando le scelte pubbliche a proprio vantaggio<sup>187</sup>.

L'interferenza degli investitori può riguardare tutti i poteri dello Stato: legislativo, esecutivo e politico, giudiziario. Con riferimento a quest'ultimo, peraltro, è opportuno ricordare che l'arbitrato di investimenti non richiede di norma il previo esaurimento dei rimedi interni, quindi il ricorso all'arbitrato potrebbe esautorare completamente l'ordinaria giustizia interna dalle vicende legate all'investimento, ovvero rendere inefficaci eventuali decisioni dei giudici nazionali<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Dello stesso avviso ad esempio G. BIGI, *The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT, *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, Londra, 2013, pp. 318–335. Sugli strumenti per prevenire queste problematiche si rinvia alla seconda parte della tesi.

<sup>187</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 580; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 596; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, cit., pp. 83.

<sup>188</sup> D. N. DAGBANJA, *The Environment, Human Rights, and Investment Treaties in Africa: A Constitutional Perspective*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2021, p. 1931.

Sul punto, uno studio del 2014<sup>189</sup> ha rilevato che spesso l'arbitrato promosso dagli investitori nasce in realtà dalla condotta illegittima tenuta da parte di ministri e agenti (47% degli arbitrati) e solo in misura minore da atti normativi (9% degli arbitrati). Alla luce di tali dati, lo studio conclude con due osservazioni: la prima è che, vista la bassa percentuale di controversie riguardanti il potere legislativo, la tesi secondo cui l'arbitrato Stato - investitore potrebbe invadere le legittime prerogative dei governi nazionali sembrerebbe essere sopravvalutata; la seconda è che, alla luce dell'alto numero di casi che coinvolgono il ramo esecutivo e politico, i legislatori democratici dovrebbero considerare l'arbitrato come un ulteriore possibile strumento di controllo sul comportamento scorretto del ramo esecutivo<sup>190</sup>. A tali conclusioni si possono però muovere alcune obiezioni. In primo luogo, lo studio è del 2014 e i suoi risultati non sembrano più rispecchiare totalmente la realtà attuale: analizzando le recenti statistiche sugli arbitrati si può notare che il numero di controversie riguardanti atti legislativi, in particolare per le politiche fiscali, è aumentato<sup>191</sup>. In secondo luogo, l'affermazione secondo cui l'arbitrato riguarda principalmente scelte del ramo esecutivo e la sua discrezionalità non significa che non vengano invase prerogative dello Stato. Al contrario, ciò significa che gli arbitrati rischiano più spesso di interferire con quei poteri maggiormente caratterizzati da ampia discrezionalità, forse maggiormente esposti ad un effetto deterrente o all'influenza di fattori esterni ed ambientali. In terzo luogo, più che al tipo di potere contestato sarebbe opportuno guardare alle motivazioni che spingono i poteri pubblici ad intervenire. Se la decisione – legislativa, politica o amministrativa – è stata presa per la tutela di interessi generali non economici e l'investitore ciononostante ha la piena facoltà di contestarla, è evidente che ciò può provocare un'interferenza nella sovranità statale che va ad invadere le legittime prerogative statali.

Altro elemento da considerare è che spesso le imprese multinazionali e gli investitori non si trovano più in una situazione di debolezza e inferiorità – sia economica che politica - nei confronti degli Stati, in particolare di quelli in via di

---

<sup>189</sup> N. M. JENSEN– J. CADDEL, *Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?* (2014), disponibile presso <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8M32SWK>.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> Si veda sul punto UNCTAD, *Review of 2020 Investor-State Arbitration Decisions: IIA reform issues at a glance/2* (2022).

sviluppo. Inoltre le imprese hanno oggi un forte potere di influenzare le politiche pubbliche ed esercitare una pressione sugli organi pubblici nazionali ed internazionali al fine di tutelare i propri interessi<sup>192</sup>. È stata sottolineata ad esempio l'elevata capacità degli investitori di influenzare i processi politici locali<sup>193</sup>, non sempre in modo lecito, ma ricorrendo talvolta anche a corruzione<sup>194</sup>. Anche la struttura attuale del diritto internazionale degli investimenti ha contribuito a rafforzare la posizione delle imprese, grazie alle ampie tutele attribuite dai trattati di investimento, alla possibilità di ricorrere all'arbitrato (sbilanciato a favore degli investitori)<sup>195</sup> ma anche grazie ai contratti stipulati fra Stati e imprese, spesso anch'essi sbilanciati a favore di queste ultime<sup>196</sup>. Alcuni autori peraltro hanno evidenziato una correlazione fra il livello di corruttibilità dei governi locali e il contributo degli investimenti esteri al mantenimento di una politica ambientale meno rigorosa<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> INFLUENCEMAP, *Big Oil's Real Agenda on Climate Change 2022*, disponibile presso <https://influencemap.org/report/Big-Oil-s-Agenda-on-Climate-Change-2022-19585>. ECT

<sup>193</sup> Y. CASTILLO MENESES, *El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero: Un limite a la reponsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales*, Universidad de los Andes, 2015, pp. XI – XII.

<sup>194</sup> J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, cit., p. 345; COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor–State arbitration in international investment protection agreements*, cit., p. 3.

<sup>195</sup> M. WAIBEL (a cura di), *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2010.

<sup>196</sup> S. FRANK, *Stabilization clauses in long-term investment contracts in the energy sector in Africa*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 340–363, p. 356, e J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, cit., pp. 348 ss. evidenziano la diffusione di strumenti quali le *stabilization clauses* nei contratti fra Paesi in via di sviluppo e investitori stranieri.

<sup>197</sup> Così M. A. COLE – ROBERT J. R. ELLIOTT – P. G. FREDRIKSSON, *Endogenous Pollution Havens: Does FDI Influence Environmental Regulations?*, «The Scandinavian Journal of Economics», 108/1 (2006), pp. 157–178, che giungono a tali conclusioni da un'analisi comparativa di 33 Paesi e applicando modelli economici. Così gli AA., p. 174: “*The environmental policy effects of foreign direct investment are found to be conditional on the government's degree of corruptibility. Foreign direct investment leads to a higher (lower) stringency of environmental policy when the degree of local government corruptibility is low (high). Our empirical findings are fully consistent with the predictions of the model. (...) The policy implications that emerge are that warnings of negative effects of foreign direct investment should be taken seriously, in particular where the degree of government corruptibility (corruption) among*

A ben vedere va comunque segnalato che gli effetti delle attività di investimento sul Paese ospitante possono essere anche positivi. Ad esempio, potrebbero contribuire allo sviluppo economico e scientifico ed al miglioramento degli standard di tutela ambientale del Paese ospitante (c.d. *environmental 'leapfrogging'*)<sup>198</sup>, o all'abbassamento dei livelli di produzione di anidride carbonica<sup>199</sup>. La produzione di effetti positivi o negativi nel Paese ospitante però dipende in gran parte dalle caratteristiche specifiche di quest'ultimo, come le proprie condizioni economiche<sup>200</sup>, il sistema industriale interno<sup>201</sup> e il regime politico vigente<sup>202</sup>. Tutto ciò aumenta frammentarietà e imprevedibilità, rendendo maggiormente complessa l'elaborazione di politiche comuni, generali ed efficaci.

Sempre con riferimento all'influenza degli investitori internazionali e dell'attuale diritto internazionale degli investimenti sulle politiche pubbliche dei Paesi ospitanti e sull'esercizio del proprio *right to regulate*, la dottrina ha individuato tre ulteriori fenomeni. Si parla di *race to the bottom*, *pollution havens* e *chilling effect*.

Con *race to the bottom* si intende la de-regolamentazione o abbassamento degli standard minimi richiesti ex lege da parte di uno Stato in materie quali ambiente, diritti

---

*policymakers is high. In such countries, foreign direct investment contributes to the creation of the feared pollution haven*".

<sup>198</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, p. 129; L. ALFARO, *Gains from Foreign Direct Investment: Macro and Micro Approaches World Bank's ABCDE Conference*, «The World Bank Economic Review» (23/3/2016), pp. 2 – 15. Si veda però R. PERKINS, *Environmental leapfrogging in developing countries: A critical assessment and reconstruction*, «Natural Resources Forum», 27/3 (8/2003), pp. 177–188 per una lettura critica di questo fenomeno.

<sup>199</sup> J. ZHENG – P. SHENG, *The Impact of Foreign Direct Investment (FDI) on the Environment: Market Perspectives and Evidence from China*, «Economies», 5/1 (6/3/2017), pp. 8

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 2 – 5; E. C. SILVA – X. ZHU, *Emissions trading of global and local pollutants, pollution havens and free riding*, «Journal of Environmental Economics and Management», 58/2 (2009), pp. 169–182; N. ZUGRAVU-SOILITA, *How does Foreign Direct Investment Affect Pollution? Toward a Better Understanding of the Direct and Conditional Effects*, «Environmental and Resource Economics», 66/2 (2/2017), pp. 293–338.

<sup>201</sup> A. O. HIRSCHMAN, *The strategy of economic development*, Yale Univ. Pr, New Haven, 1958.

<sup>202</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit., p. 146.

dei lavoratori o diritti umani, al fine di attrarre un maggiore numero di investimenti esteri<sup>203</sup>. Ciò permette infatti alle imprese straniere di abbattere i costi o le procedure per lo svolgimento delle proprie attività produttive<sup>204</sup>.

Se da un lato la *race to the bottom* nasce con lo scopo di aumentare il flusso di capitali esteri, dall'altro costituisce un serio problema in quanto lo Stato, per ragioni economiche e per attrarre gli investitori, abbassa i propri standard di tutela in materia di ambiente, lavoro o diritti umani. Peraltro, non sempre l'investitore straniero ha interesse ad un abbassamento di standard di tutela, ma potrebbe a contrario anche offrire condizioni di lavoro migliori o utilizzare mezzi e strumenti maggiormente sostenibili rispetto a quelli offerte dalle imprese nazionali dello Stato ospitante<sup>205</sup>. Ad ogni modo la *race to the bottom* costituisce un fenomeno da tempo conosciuto e osteggiato nel diritto internazionale degli investimenti, tant'è che alcuni trattati ne contengono espressamente il divieto, come ad esempio il NAFTA<sup>206</sup> o il modello di BIT statunitense del 2012, che inserisce la norma proprio nella sezione dedicata a investimenti e ambiente<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 263.

<sup>204</sup> *Ibidem.*; J. W. YACKEE, *Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment-some hints from alternative evidence*, cit. ss.; E. AISBETT, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*, cit.; K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, cit.; UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, cit., pp. 1998-2014.

<sup>205</sup> Così anche D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 263 – 264.

<sup>206</sup> L'art. 1114 NAFTA, in termini analoghi, prevede che “*1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement*”.

<sup>207</sup> L'art. 12, par.2 del modello di BIT degli Stati Uniti d'America prevede che “*The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its environmental laws<sup>15</sup> in a manner that*

Il concreto effetto di queste disposizioni è comunque incerto, non essendovi giurisprudenza rilevante in merito<sup>208</sup>. L'unico caso con qualche analogia sembra essere, sebbene in un contesto diverso, la vicenda Guatemala – Stati Uniti sorta ai sensi del CAFTA-DR nel 2011<sup>209</sup>, nella quale gli Stati Uniti agivano in sede arbitrale nei confronti del Guatemala affermando che quest'ultimo non avesse adempiuto ai propri obblighi internazionali in tema di tutela dei lavoratori, non attuando concretamente alcuna normativa nazionale. Il Guatemala accettava allora di cooperare con gli Stati Uniti al fine di garantire l'effettiva attuazione della propria normativa giuslavorista e l'arbitrato veniva sospeso. Successivamente gli Stati Uniti riprendevano l'arbitrato affermando che il Guatemala fosse rimasto inadempiente. Infine, nel 2017, il panel affermava che il Guatemala avesse effettivamente fallito nell'attuare la propria legislazione giuslavorista, ma che ciononostante questo non fosse lesivo per il commercio con gli Stati Uniti. Sebbene la vicenda non sia completamente assimilabile al divieto di *race to the bottom* e attenga all'ambito del commercio internazionale piuttosto che a quello degli investimenti, presenta comunque analogie importanti, dato che la mancata attuazione della normativa interna aveva prodotto sul piano sostanziale un problema analogo all'abbassamento degli standard di tutela. Inoltre questa vicenda dimostra che è possibile utilizzare strumenti di risoluzione delle controversie economiche fra Stati per vigilare sul rispetto da parte dello Stato degli obblighi di diritto internazionale in ambito sociale e giuslavoristico<sup>210</sup>.

D'altra parte, si può osservare che il divieto di *race to the bottom* potrebbe

---

*weakens or reduces the protections afforded in those laws, or fail to effectively enforce those laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory”.*

<sup>208</sup> S. BRUGNATELLI, *International Investment Law and International Protection of Workers' Rights*, cit., pp. 311 – 312 secondo cui la ragionevole conseguenza di tale clausola sarebbe che nell'ipotesi in cui un investitore agisse nei confronti del Paese ospitante per un'asserita violazione di clausole di esclusione della legislazione nazionale riguardante standard di tutela - ad esempio - dei lavoratori, la conseguenza sarebbe che la pretesa dovrebbe essere respinta.

<sup>209</sup> *In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR*, Panel established under CAFTA-DR, final report 26.6.2017, disponibile presso <http://ustr.gov/issue-areas/labor/bilateral-and-regional-trade-agreements/guatemala-submission-under-cafta-dr>.

<sup>210</sup> S. ZHANG, *Human Rights and International Investment Agreements*, cit., p. 469.

comunque essere aggirato da parte del Paese ospitante non applicando la propria normativa ambientale o sociale – seppur esistente sulla carta - o garantendo agli investitori stranieri di non applicarla nei loro confronti, o anche promettendogli di non innalzare gli standard già esistenti<sup>211</sup>. L'effetto finale non sarebbe dunque poi così diverso, analogamente a quanto avvenuto nella vicenda Guatemala – Stati Uniti appena esaminata.

Correlato alla *race to the bottom* è il secondo fenomeno, cioè quello dei cd. *pollution havens*. Secondo la teoria del *pollution haven*, le imprese tenderanno ad evitare i costi connessi a normative ambientali rigide delocalizzando la propria attività produttiva negli Stati in cui le norme ambientali sono maggiormente permissive. Da ciò derivano preoccupazioni sia in merito alla competitività dei Paesi più rigorosi sotto un profilo di politica ambientale sia per la produzione e la dispersione dell'inquinamento<sup>212</sup>. Ad esserne leso maggiormente è lo stesso Paese che ospita le imprese, che subisce in modo diretto e immediato gli effetti delle attività inquinanti.

Come nel caso della *race to the bottom*, la creazione di *pollution havens* potrebbe anche dipendere dall'alto livello di corruzione della politica locale nel Paese ospitante e dalla relazione fra corruzione ed investitori stranieri<sup>213</sup>. Valgono quindi per i due fenomeni le medesime considerazioni. Una caratteristica comune riguarda inoltre il ruolo attivo dello Stato: in entrambi i casi infatti è lo Stato che intenzionalmente agisce (abbassando o mantenendo a livelli minimi gli standard di tutela), al fine di attrarre gli investitori stranieri ed ottenere quindi maggiori vantaggi sotto un profilo economico o politico a breve termine a scapito del proprio territorio e della propria popolazione.

Infine, ultimo fenomeno è quello del cd. *chilling effect* (o anche *regulatory chill*), del quale la dottrina ha fornito due differenti definizioni.

Secondo una prima lettura, il *regulatory chill* è un effetto *generale*, in base al quale gli Stati, nell'ambito delle possibili riforme normative, considerano le potenziali

---

<sup>211</sup> H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements*, cit., p. 155.

<sup>212</sup> G. GARSOUS – T. KOZLUK, *Foreign Direct Investment and The Pollution Haven Hypothesis: Evidence from Listed Firms*, «OECD Economics Department Working Papers», 1379 (23/3/2017), disponibile presso [https://www.oecd-ilibrary.org/economics/foreign-direct-investment-and-the-pollution-haven-hypothesis\\_1e8c0031-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/foreign-direct-investment-and-the-pollution-haven-hypothesis_1e8c0031-en).

<sup>213</sup> M. A. COLE – ROBERT J. R. ELLIOTT – P. G. FREDRIKSSON, *Endogenous Pollution Havens: Does FDI Influence Environmental Regulations?*, cit.

controversie con gli investitori stranieri che potrebbero scaturire dalle proprie azioni e danno quindi la priorità ad evitare l'insorgere di conflitti piuttosto che allo sviluppo di una regolamentazione progressista ed efficace nell'interesse pubblico<sup>214</sup>. Secondo una diversa lettura, il *regulatory chill* riguarderebbe invece misure *specifiche* proposte o adottate dallo Stato e nascerebbe dall'opposizione a tali misure da parte di uno o più investitori, che agirebbero soprattutto con la minaccia di ricorrere all'arbitrato nei confronti dello Stato<sup>215</sup>.

L'effetto, a prescindere dalla interpretazione che si ritenga preferibile, è il medesimo: l'investitore, minacciando il ricorso all'arbitrato e usando la propria influenza, interferisce nelle politiche pubbliche e nelle scelte politico-normative dello Stato ospitante, rallentando o congelando politiche e interventi non graditi. Dal canto loro gli Stati ospitanti, al fine di evitare lunghi e costosi procedimenti arbitrari, dagli esiti peraltro incerti, potrebbero decidere di non adottare determinate misure, ovvero renderle meno incisive, o ancora adottarle ma non applicarle concretamente<sup>216</sup>. Nel

---

<sup>214</sup> K. TIENHAARA, *Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science*, in C. BROWN – K. MILES (a cura di), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 607. Secondo l'A. questa è la forma di *chilling effect* più difficile da dimostrare e che si potrebbe basare solo su interviste e ricerche condotte presso le autorità che detengono il potere normativo.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 607.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 610; H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements*, cit.; K. TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, «Transnational Environmental Law», 7/2 (7/2018), p. 233; H. MANN, *Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development*, «Lewis & Clark L. Rev.», 17:2 (2013), pp. 527, 532; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 616; FOWLES, S., *FPC Briefing: How Investment Treaties have a chilling effect on Human Rights*, cit., p. 7, che evidenzia peraltro il possibile timore degli Stati per condanne particolarmente pesanti, sia sotto un profilo economico che reputazionale.

Il problema è noto e ritenuto particolarmente rilevante anche dal Consiglio d'Europa. Sul punto si veda Consiglio d'Europa, ris. n. 2151/2017, *Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements*, nonché i relativi lavori preparatori. Emblematici anche i già citati Guiding Principles on Business and Human Rights delle Nazioni Unite. Nel commentario dell'art. 9 infatti si afferma che “*Economic agreements concluded by States, either with other States or with business enterprises – such as bilateral investment treaties, freetrade agreements or contracts for investment projects – create economic opportunities for States. But they can also affect the domestic*

bilanciamento fra interessi non economici e interessi dell'investitore lo Stato, quindi, da prevalenza a questi ultimi, esponendosi peraltro a potenziali violazioni dei propri obblighi di diritto internazionale in tema di tutela dei diritti umani<sup>217</sup> e dell'ambiente.

Lo strumento dell'arbitrato quindi finisce per diventare una vera e propria minaccia o arma a disposizione degli investitori per interferire pesantemente nelle scelte politiche degli Stati, ostacolando il progresso normativo. Peraltro, è stato osservato che potrebbe bastare la sola minaccia di iniziare un arbitrato per cagionare un *chilling effect* nel Paese ospitante, non essendo quindi necessario l'effettivo avvio della procedura arbitrale<sup>218</sup>. Ciò che più rileva ai presenti fini è proprio sottolineare che il *chilling effect* deriva dal modo in cui opera il diritto internazionale degli investimenti, in particolare l'arbitrato Stato-investitore, poiché è la struttura *investor oriented* della materia che ha permesso agli investitori di acquisire tale potere di interferenza.

Nondimeno, la dottrina dibatte sulla reale esistenza del *regulatory chill*.

Un primo orientamento, maggioritario, ritiene che il *regulatory chill* costituisca un rischio concreto ed effettivo<sup>219</sup>.

Un secondo orientamento, a contrario, ritiene che il timore per il *regulatory chill* sia poco fondato, che il diritto internazionale degli investimenti non incida significativamente in questo senso e che non esistano prove concrete che ne dimostrino una reale rilevanza<sup>220</sup>.

---

*policy space of Governments. For example, the terms of international investment agreements may constrain States from fully implementing new human rights legislation, or put them at risk of binding international arbitration if they do so*".

<sup>217</sup> R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 41–92.

<sup>218</sup> K. TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World*, cit., pp. 235 ss.; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 616; G. M. ZAGEL, *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2020, p. 1943.

<sup>219</sup> K. TIENHAARA, *Regulatory chill and the threat of arbitration*, cit., pp. 610 ss.; H. MANN, *Private rights, public problems: a guide to NAFTA'S controversial chapter on investor rights*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001.

<sup>220</sup> J. COE – N. RUBINS, *Regulatory expropriation and the Tecmed case: context and contributions*, in T.

Effettivamente, le evidenze pratiche sul punto non sono sempre chiare<sup>221</sup>, sebbene alcune vicende dimostrino, secondo opinione diffusa, l'esistenza di un *chilling effect*. Fra questi casi uno dei maggiormente citati è senz'altro la vicenda riguardante la legislazione sul tabacco in Nuova Zelanda<sup>222</sup>. La Nuova Zelanda infatti è stata il primo Paese al mondo ad avviare una politica di eliminazione totale del tabacco da tutto il Paese, che dovrebbe partire dal 2025. Tale politica ha però subito per diversi anni un'interruzione a causa del timore di possibili controversie legali, in particolare con la Philip Morris. La Nuova Zelanda, per decidere se continuare la propria politica anti-tabacco, ha infatti atteso la conclusione di due procedimenti arbitrali pendenti nei quali era coinvolta la Philip Morris, rispettivamente contro Australia e Uruguay<sup>223</sup>, "congelando" quindi temporaneamente la propria normativa.

Un altro esempio emblematico è rappresentato dal già citato caso *Rockhopper v. Italia*, a causa delle pressioni esercitate dall'investitore straniero sull'Italia al fine di ottenere la concessione alle trivellazioni e a poter svolgere senza interferenze la propria

---

WEILER, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Vol. 664, Cameron May, Londra, 2005, pp. 597–599; S. W. SCHILL, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, «Journal of International Arbitration», 24/Issue 5 (1/10/2007), pp. 469–477; J. SOLOWAY, *NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration, and the Public Interest*, in J. J. KIRTON, *Sustainability, Civil Society and International Governance: Local, North American and Global Contributions*, Taylor and Francis, London, 2017, pp. 137–176.

<sup>221</sup> K. TIENHAARA, *Regulatory chill and the threat of arbitration*, cit., pp. 616 – 627, che riporta alcuni casi, invero in parte controversi, di potenziali *regulatory chill*. Anche in sede arbitrale si è talvolta posto questo dilemma. Si veda ad esempio la dissenting opinion del Professor Donald McRae nel caso *Bilcon of Delaware et al v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, UNCITRAL, par. 46, 51.

<sup>222</sup> Di questa opinione E. CROSBIE – G. THOMSON, *Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand*, «The New Zealand Medical Journal», 131/1473 (13/4/2018), pp. 25–41, cui si rimanda anche per una ricostruzione dettagliata dell'intera vicenda.

<sup>223</sup> Di recente, le restrizioni alla vendita di tabacco e sigarette sono effettivamente entrate in vigore. Si veda <https://www.nytimes.com/2022/12/14/world/asia/new-zealand-smoking-ban.html#:~:text=The%20new%20laws%20are%20aimed,number%20of%20licensed%20tobacco%20retailers>.

attività estrattiva<sup>224</sup>.

Il problema dell'interferenza fra investitori e politiche pubbliche ad oggi è particolarmente rilevante nel settore energetico e nelle politiche finalizzate al contrasto del cambiamento climatico. In diversi arbitrati infatti investitori del settore legato ai *fossil fuel* ed al settore estrattivo hanno contestato le misure statali finalizzate a contrastare il cambiamento climatico, a favorire la transizione energetica, a privilegiare investimenti nelle energie rinnovabili, ovvero a limitare le attività estrattive di combustibili fossili per ragioni ambientali e climatiche<sup>225</sup>. Il problema del settore energetico è comprensibile anche alla luce della presenza, in questo ambito, della Carta dell'Energia, trattato recentemente oggetto di forti critiche, che hanno anche portato al recesso di alcuni dei suoi Paesi membri<sup>226</sup>. Le ragioni del recesso sono strettamente legate all'assetto *investor oriented* della Carta, anche in ottica comparata con le disposizioni previste dai trattati dell'Unione Europea in materia ambientale ed energetica<sup>227</sup>, nonché per il fatto di contenere poche e poco efficaci disposizioni in materia di tutela dell'ambiente e di contrasto al *climate change*<sup>228</sup>. La Carta dell'Energia, sotto questo profilo, ha permesso in molteplici casi ad investitori nel

---

<sup>224</sup> Sul punto si veda A. ARCURI, *On how the ECT fuels the fossil fuel economy: Rockhopper v Italy as a case study*, «Europe and the World: A law review», 7/1 (2023), disponibile presso <https://scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.evlj.2023.03>.

<sup>225</sup> Si vedano ad esempio i casi già citati RWE o Rockhopper. In dottrina si vedano ad esempio A. ARCURI – K. TIENHAARA – L. PELLEGRINI, *Investment law v. supply-side climate policies: insights from Rockhopper v. Italy and Lone Pine v. Canada*, «International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics», 2024, disponibile presso <https://link.springer.com/10.1007/s10784-023-09622-w>; O. QUIRICO, *From Investment Protection to Sustainability (via a Multilateral Investment Court)*, cit.

<sup>226</sup> Si veda ad esempio il caso dell'Italia. Per il report in merito si veda <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>. Per un commento più generale sui casi recenti si veda J. TROPPER, *Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near*, (2022), disponibile presso <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/>.

<sup>227</sup> O. QUIRICO, *Investment governance between the Energy Charter Treaty and the European Union: resolving regulatory conflicts*, Brill Nijhoff, Leiden 2021, pp. 77 – 78.

<sup>228</sup> Oltre alla dottrina ivi richiamata si veda, per una specifica analisi di alcune delle disposizioni maggiormente criticate, la seconda parte del presente lavoro, in particolare quella dedicata alle eccezioni, con specifico riferimento all'art. 24 ECT.

settore dei *fossil fuel* di contestare misure statali finalizzate alla tutela dell'ambiente, alla transizione energetica e al contrasto del cambiamento climatico e per mantenere lo *status quo* e rafforzare i propri diritti e tutele<sup>229</sup>. I numeri, sotto questo profilo, sono particolarmente significativi: il 20% di tutti gli arbitrati di investimento a livello globale riguardano il settore energetico e di questi il 17% è basato sull'ECT<sup>230</sup>.

Da ultimo, è opportuno evidenziare che in alcune ipotesi il *chilling effect* potrebbe anche operare in senso contrario, imponendo agli Stati di mantenere normative e sostegni a favore degli investitori *green* e maggiormente virtuosi o gettando dei timori sull'introduzione di normative ambientali e sociali favorevoli. Ciò in particolare in alcuni settori strategici quale quello delle energie rinnovabili.

Un caso emblematico sotto questo profilo è la saga spagnola di arbitrati avviati sempre ai sensi dell'ECT<sup>231</sup>. Negli ultimi anni la Spagna è stata coinvolta in almeno 41 arbitrati<sup>232</sup> per aver eliminato degli incentivi economici a favore delle imprese operanti nel settore delle fonti energetiche rinnovabili. L'eliminazione di tali incentivi era stata motivata da ragioni economiche e di interesse nazionale, a causa della grave crisi economica che aveva colpito la Spagna e dell'alto costo necessario per mantenere gli incentivi. Inoltre, la misura era stata inizialmente motivata dall'alto costo di produzione delle energie rinnovabili, costo che però col passare degli anni era diminuito e che quindi non giustificava più una spesa pubblica così alta<sup>233</sup>. Il timore per possibili procedimenti arbitrali promossi da parte degli investitori *green*, che contavano sul

---

<sup>229</sup> A. ARCURI, *On how the ECT fuels the fossil fuel economy: Rockhopper v Italy as a case study*, cit.; O. QUIRICO, *Investment governance between the Energy Charter Treaty and the European Union*, cit., pp. 28, 125.

<sup>230</sup> L. DI SALVATORE, *Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry*, (2021), IISD, [https://www.researchgate.net/profile/Lea-Di-Salvatore/publication/357958414\\_Investor-State\\_Disputes\\_in\\_the\\_Fossil\\_Fuel\\_Industry/links/61e939fedafcdb25fd3c5356/Investor-State-Disputes-in-the-Fossil-Fuel-Industry.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Lea-Di-Salvatore/publication/357958414_Investor-State_Disputes_in_the_Fossil_Fuel_Industry/links/61e939fedafcdb25fd3c5356/Investor-State-Disputes-in-the-Fossil-Fuel-Industry.pdf), pp. iii, iv.

<sup>231</sup> O. QUIRICO, *Investment governance between the Energy Charter Treaty and the European Union: resolving regulatory conflicts*, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, p. 26; K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, p. 299.

<sup>232</sup> UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>. Il numero ricomprende sia gli arbitrati già decisi che quelli ancora pendenti.

<sup>233</sup> K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, cit., pp. 307 – 310.

mantenimento di tali misure, potrebbe in questi casi essere positivo, in quanto costringerebbe gli Stati a mantenere politiche ambientali ed energetiche virtuose<sup>234</sup>. Dall'altro lato, sussistono però più problemi: molti Stati potrebbero decidere di non entrare a far parte di trattati internazionali, se da tali trattati deriverebbero rischi di essere coinvolti in arbitrati come nel caso della Spagna<sup>235</sup>; gli Stati parte di simili trattati potrebbero essere molto più cauti nell'adottare politiche ambientali ed energetiche virtuose, visto che in un secondo momento potrebbero ritorcersi contro; le somme di denaro che la Spagna ha dovuto destinare agli arbitrati sarebbero potuti essere investiti in nuove misure ambientali più adeguate ed efficienti.

Anche alla luce di quanto spiegato, ad oggi gli Stati non sembrano più nutrire la stessa fiducia negli investimenti internazionali. A testimonianza di questo dato molti Paesi ed anche la stessa Unione Europea hanno avviato riforme normative che testimoniano una maggiore diffidenza verso gli investitori esteri, soprattutto in caso di investimenti in settori strategici o per attività particolarmente impattanti<sup>236</sup>. Questa presa di posizione risulta però a sua volta un problema poiché rende più difficoltosa l'imprenditoria internazionale e favorisce un clima di inospitalità<sup>237</sup>.

### ***3.4. Una responsabilità diffusa e complessa: il ruolo condiviso di imprese, investitori, finanziatori e Stati.***

Nelle attività di investimento internazionale spesso intervengono, oltre all'investitore, ulteriori soggetti pubblici o privati, che finanziano il progetto od offrono coperture assicurative ed economiche. La questione che potrebbe allora porsi è se anche

---

<sup>234</sup> Peraltro anche questo effetto non è certo. Secondo *Ibidem*, p. 310, il caso spagnolo non dimostra che il sistema arbitrale possa favorire la *green economy*. Infatti le misure spagnole hanno soltanto ridotto la redditività del settore e, dopo un iniziale calo negli investimenti in energia solare, più di recente il numero di investimenti in questo settore ha ripreso a crescere, non essendo peraltro più necessari i "generosi" sussidi affinché questi investimenti siano redditizi.

<sup>235</sup> È il caso della possibile espansione dell'ECT nei Paesi in via di sviluppo. Così O. QUIRICO, *Investment governance between the Energy Charter Treaty and the European Union*, cit., p. 26.

<sup>236</sup> Si pensi al già citato meccanismo di *screening* preventivo introdotto dall'Unione Europea con il reg. 452/2019.

<sup>237</sup> Così anche KARL. P., SAUVANT, *Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies*, in KARL. P., SAUVANT, *International investment yearbook 2008–2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1807 – 1808.

tali soggetti debbano essere ritenuti indirettamente responsabili per gli illeciti commessi nei Paesi ospitanti dalle imprese assicurate o finanziate.

Due esempi rilevanti, sotto questo profilo, sono quelli della World Bank e della Banca Europea degli Investimenti, che sono state più volte criticate per aver finanziato progetti lesivi dei diritti umani o dell'ambiente e per non aver compiuto adeguati controlli su quegli stessi progetti<sup>238</sup>. Entrambe le istituzioni peraltro prevedono delle *policies* interne che dovrebbero impedire il finanziamento (o garantire la revoca) di progetti contrari allo sviluppo sostenibile ed alla tutela dei diritti umani<sup>239</sup>.

Oltre agli investitori e assicuratori privati, anche gli Stati nazionali possono offrire supporto finanziario e assicurativo. Parte della dottrina ha affermato che, se uno Stato offrisse garanzie, assicurazioni e prestiti a chi investe all'estero, allora potrebbe avere l'obbligazione di verificare il rispetto delle norme sui diritti umani da parte dell'investitore finanziato<sup>240</sup>. Tale tesi si fonda su tre diverse ragioni. Innanzitutto,

---

<sup>238</sup> P. ALSTON, *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*, Philip Alston, Human Rights Council, A/HRC/29/31, 2015, p. 19; G. LEHANE, *Human rights at the World Bank Group*, in Y. RADİ, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 186–219; BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *EU: European Investment Bank supports projects linked to human rights violations, NGOs claim*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-european-investment-bank-supports-projects-linked-to-human-rights-violations-ngos-claim/>; FRIENDS OF THE HEART INTERNATIONAL - GENDER ACTION, *Broken Promises: Gender Impacts of the World Bank-Financed West-African and Chad-Cameroon Pipelines*, cit.

<sup>239</sup> Si vedano gli Environmental and Social Standards della Banca Europea degli Investimenti pubblicati nel 2022, disponibili presso [https://www.eib.org/attachments/publications/eib\\_environmental\\_and\\_social\\_standards\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/publications/eib_environmental_and_social_standards_en.pdf), nonché il World Bank Environmental and Social Framework pubblicato il 4 agosto 2016 e successivamente aggiornato, disponibile presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework>.

<sup>240</sup> S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 568; M. KRAJEWSKI, *Investment guarantees and international obligations to reduce poverty: A human rights perspective*, in K. NADAKAVUKAREN SCHEFER (a cura di), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 189–210. Gli AA. citati riportano proprio il caso dello Stato di origine dell'investitore che fornisca garanzie di investimento per un progetto che lo Stato ospitante non regoli in conformità con i propri obblighi in materia di diritti umani, ritenendo che il comportamento dello Stato di origine potrebbe costituire un'assistenza alla violazione dei diritti

sull'interpretazione evolutiva dell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, in base alla quale le obbligazioni dello Stato in tema di diritti economici, sociali e culturali avrebbero portata extraterritoriale<sup>241</sup>. Inoltre, questa tesi è maggiormente coerente con i Principi di Maastricht sulle obbligazioni extraterritoriali degli Stati nell'area dei diritti economici, sociali e culturali<sup>242</sup>. Infine, tale tesi applicherebbe estensivamente il principio sulla responsabilità internazionale degli Stati derivante da aiuto o assistenza nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di un altro Stato. In base a tale principio, uno Stato è internazionalmente responsabile per il proprio aiuto o assistenza all'illecito compiuto da un altro Stato

---

umani da parte del primo, cioè dello Stato ospitante. Sono peraltro riportati due esempi in questo senso, cioè quelli degli oleodotti Baku-Tbilisi-Ceyhan e Ciad-Camerun.

<sup>241</sup> M. KRAJEWSKI, *Investment guarantees and international obligations to reduce poverty*, cit., p. 199, ritiene legittima l'interpretazione evolutiva del trattato, dato che i trattati sui diritti umani sono solitamente interpretati in modo maggiormente aderente all'attualità; S. I. SKOGLY – M. GIBNEY, *Transnational human rights obligations*, «Human Rights Quarterly», 24/3 (2002), pp. 790 – 791, affermano che il testo dell'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali è formulato diversamente dall'art. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che invece limita espressamente i doveri dello Stato in senso territoriale. Sulla base della differenza fra i testi quindi si deduce la possibilità di interpretare l'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali in senso extraterritoriale.

D'altra parte però M. KRAJEWSKI, *Investment guarantees and international obligations to reduce poverty*, cit., p. 199 evidenzia come la Corte Internazionale di Giustizia, nella *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, al par. 112, abbia ritenuto invece che anche l'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali debba essere interpretato in senso territoriale. Lo stesso A., pp. 199 – 200, però sottolinea come l'opinione della Corte Internazionale di Giustizia non esclude che lo Stato abbia delle obbligazioni per situazioni sorte nel proprio territorio ma i cui effetti si producano in un altro territorio, se e nella misura in cui questi fossero prevedibili. L'A. ritiene che la decisione di offrire garanzie per gli investimenti possa rientrare in questa eccezione.

<sup>242</sup> ETO, *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, 2011. In particolare l'art. 8 prevede che “*For the purposes of these Principles, extraterritorial obligations encompass: a) obligations relating to the acts and omissions of a State, within or beyond its territory, that have effects on the enjoyment of human rights outside of that State's territory; and b) obligations of a global character that are set out in the Charter of the United Nations and human rights instruments to take action, separately, and jointly through international cooperation, to realize human rights universally*”.

laddove vi sia stato un contributo significativo e consapevole dell'illiceità del comportamento altrui e se lo stesso comportamento sarebbe stato illecito se compiuto dal primo Paese<sup>243</sup>. È stato allora sostenuto che il Paese di origine dell'investitore potrebbe essere ritenuto internazionalmente responsabile laddove fornisca supporto per un progetto di investimento che lo Stato ospitante non regolamenti in conformità con i propri obblighi in materia di diritti umani, compiendo quindi un illecito internazionale<sup>244</sup>.

Tale tesi, che afferma quindi la responsabilità indiretta dello Stato finanziatore, avrebbe comunque un ambito di applicazione piuttosto limitato, dato che riguarderebbe solo i casi in cui risultasse evidente che il piano di investimento fosse fondato su una mancanza di regolamentazione in tema di diritti umani nel Paese ospitante o che l'investitore stesso si fosse basato sulla carenza di regolamentazione<sup>245</sup>.

#### **4. Il problema “sistemico”. Il difficile bilanciamento fra interessi non economici e diritto internazionale degli investimenti in un contesto generale frammentato.**

Il diritto internazionale degli investimenti si occupa delle attività di investimento internazionale che, come spiegato, possono avere effetti negativi a livello sociale ed ambientale nel Paese ospitante. Sembrerebbe quindi ragionevole che esso fornisca degli strumenti o risposte, almeno parziali, al difficile bilanciamento fra attività di investimento e interessi non economici. Ciò però oggi non avviene.

Il diritto internazionale degli investimenti ancora oggi risulta poco trasparente,

---

<sup>243</sup> Si veda l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite. J. VON BERNSTORFF, *Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility. Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalten eigener Unternehmen im Ausland?*, «Archiv des Völkerrechts», 49/1 (2011), pp. 34–63; INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*, «Yearbook of the International Law Commission», 2/2 (2001), p. 66.

<sup>244</sup> M. KRAJEWSKI, *Investment guarantees and international obligations to reduce poverty*, cit., p. 201; R. MCCORQUODALE – P. SIMONS, *Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law*, «The Modern Law Review», 70/4 (2007), p. 613.

<sup>245</sup> M. KRAJEWSKI, *Investment guarantees and international obligations to reduce poverty*, cit., pp. 201 – 202.

sbilanciato verso gli investitori e inadeguato alla tutela degli interessi non economici<sup>246</sup>. È difficile in tal senso individuare un punto di equilibrio fra interessi economici e non economici<sup>247</sup>. Non solo, ma talvolta vi è la percezione che l'attuale diritto degli

---

<sup>246</sup> A. ARCURI – F. MONTANARO, *Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties*, «Boston College Law Review», 59/8 (2018), pp. 2791–2824; P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., pp. 11 ss.; C. L. LIM (a cura di), *Alternative visions of the international law on foreign investment*, cit., pp. 96 ss.; S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford University Press, Oxford 2016, pp. 1 ss.; Y. RADI (a cura di), *Research handbook on human rights and investment*, cit., pp. 4 ss.; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, p. 40; V. VADI, *Human rights and investments at the WTO*, cit.; S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit.; K. P. SAUVANT, *Multinational Enterprises and the Global Investment Regime: Toward Balancing Rights and Responsibilities*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2020, pp. 1783–1831; J. J. NEDUMPARA – A. LADDHA, *Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore, 2020, pp. 1831–1851; G. M. ZAGEL, *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, cit.; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.; Y. RADI, *Realizing human rights in investment treaty arbitration: a perspective from within the international investment law toolbox*, «NCJ Int'l L. & Com. Reg.», 37 (2011), pp. 1107 ss.; B. SIMMA, *Foreign investment arbitration: a place for human rights?*, «International and Comparative Law Quarterly», 60/3 (7/2011), pp. 573–596; T. ISHIKAWA, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, «AJIL Unbound», 113 (2019), pp. 33–37; F. EMMERT – B. ESENKULOVA, *Balancing Investor Protection and Sustainable Development in Investment Arbitration – Trying to Square the Circle?*, «SSRN Electronic Journal» (2018) disponibile presso <https://www.ssrn.com/abstract=3260265>; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, «Business and Human Rights Journal», 5/1 (1/2020), pp. 105–129; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit.; J.-M. MARCOUX, *Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality?*, «Leiden Journal of International Law», 34/1 (2021), pp. 109–126; M. SORNARAJAH, *Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment*, cit.; H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements*, cit.; S. ZHANG, *Human Rights and International Investment Agreements*, cit.

<sup>247</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 250 ss.; S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law*, cit., pp. 8–9; R. POLANCO

investimenti possa persino costituire un ostacolo o una minaccia alla promozione di tali interessi<sup>248</sup>.

La difficile integrazione fra interessi economici e non economici è resa ancora più complessa dalla frammentazione delle varie branche di diritto internazionale<sup>249</sup>. Nell'ambito degli investimenti internazionali il problema è particolarmente rilevante e si riflette nella frammentazione fra diritto internazionale degli investimenti da un lato e diritto internazionale dei diritti umani e dell'ambiente dall'altro. Storicamente, non vi è stata una particolare integrazione fra loro, sia per l'assenza di strumenti e istituti idonei sia per problemi legati all'ideologia, al *modus operandi* e agli interessi degli operatori nell'ambito degli investimenti internazionali. Il problema, che oggi si avverte anche nel diritto internazionale degli investimenti, è comunque un problema che ha storicamente interessato l'intero diritto internazionale dell'economia ed il suo rapporto con valori ed interessi non strettamente connessi alla dimensione economica come ambiente e diritti umani, essendo già sviluppato ad esempio in ambito WTO<sup>250</sup>.

Si ritiene che l'orientamento a favore della frammentazione e rigida separazione non sia condivisibile per più ragioni<sup>251</sup>. Sul piano giuridico, le norme di diritto internazionale degli investimenti, di diritti umani e dell'ambiente sono norme di diritto

LAZO - R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit.; F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani*, in A. DI STEFANO – R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale: XVI Convegno, Catania, 23- 24 giugno 2011 (SIDI, Società Italiana di Diritto Internazionale)*, Editoriale scientifica, Napoli 2012.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> Con specifico riferimento a tale problema nel contesto del diritto internazionale degli investimenti: V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit.; P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 45–62; M. TORAL – T. SCHULTZ, *The state, a perpetual respondent in investment arbitration? Some unorthodox considerations*, in MICHAEL WAIBEL, ASHA KAUSHAL, KYO-HWA CHUNG, CLAIRE BALCHIN, *The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 577–602.

<sup>250</sup> Si veda ad esempio sul punto A. LANG, *World trade law after neoliberalism: Reimagining the global economic order*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

<sup>251</sup> F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani*, cit., pp. 421–422; P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law?*, cit.

internazionale di pari rango nelle quali non vi è una gerarchia. Sul piano politico, la frammentazione rischia di accentuare il potenziale ruolo dell'arbitrato come strumento di revisione delle scelte politiche di uno Stato, poiché terrebbe in considerazione solo le ricadute negative sugli investitori di tali scelte. Tale effetto, peraltro, avviene già oggi e infatti ha contribuito ai dubbi sulla legittimità dell'arbitrato stesso<sup>252</sup>. Infine, avendo riguardo al modo di operare degli investimenti internazionali, questi ultimi comportano un'attività duratura e impattante anche sul piano sociale ed ambientale nel Paese straniero ed è quindi difficilmente concepibile che lo Stato si estranei completamente da tali attività e dai loro effetti e non faccia valere le proprie competenze, responsabilità e poteri, soprattutto su profili quali la tutela dei diritti umani e dell'ambiente.

La tesi che si ritiene quindi preferibile è quella favorevole all'integrazione fra attività economiche, ambiente e diritti umani e al riconoscimento di uno stretto legame fra tutela dei diritti umani e dell'ambiente nell'ambito degli investimenti internazionali<sup>253</sup>. Tale tesi sembra peraltro sostenuta dalla prassi più recente: negli ultimi anni stanno crescendo notevolmente il numero di trattati<sup>254</sup> e di arbitrati<sup>255</sup> sugli investimenti contenenti riferimenti all'ambiente e ai diritti umani. Questa nuova tendenza evidenzia come il bilanciamento di interessi economici e non economici sembra attualmente costituire una preoccupazione centrale nella disciplina degli investimenti internazionali<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> Ex multis, B. SIMMA, *Foreign investment arbitration*, cit.; F. EMMERT – B. ESENKULOVA, *Balancing Investor Protection and Sustainable Development in Investment Arbitration – Trying to Square the Circle?*, cit.

<sup>253</sup> E. LUKE, *Environment and human rights in an investment law frame*, cit.; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 452 ss.

<sup>254</sup> J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., p.17.

<sup>255</sup> UNCTAD, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments*, (2022), pp. 23-30, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit., che riporta 46 casi di arbitrato di investimenti contenenti riferimenti a strumenti sui diritti umani.

<sup>256</sup> F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani*, cit., pp. 419 ss. Anche P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law?*, cit. pur evidenziando il problema della frammentazione, nonché le differenze fra le due branche e che i diritti umani e il diritto

È stato inoltre autorevolmente sottolineato<sup>257</sup> che, a ben vedere, non è nemmeno propriamente corretto affermare che le origini del diritto internazionale degli investimenti e del diritto internazionale sui diritti umani siano così diverse. Infatti, entrambe nascono dall'idea di garantire la protezione di un soggetto considerato *debole*, cioè l'investitore straniero in un caso e l'individuo nell'altro, dai possibili abusi di potere da parte dello Stato.

Da ultimo, anche l'attenzione crescente per l'impatto delle attività (e responsabilità) delle multinazionali sull'ambiente ed i diritti umani si riflette inevitabilmente sul diritto internazionale degli investimenti, che di quelle stesse attività si occupa<sup>258</sup>. Ciò sebbene ad oggi le principali iniziative riguardanti la responsabilità delle imprese multinazionali siano state promosse da leggi nazionali di singoli Stati, o grazie a decisioni giudiziarie<sup>259</sup>, ovvero sulla base di atti internazionali di *soft law*<sup>260</sup>.

In definitiva, è pertanto comprensibile come parte della dottrina e degli operatori mettano in dubbio la legittimità dell'attuale assetto del diritto internazionale degli investimenti, che dell'integrazione fra interessi economici e non economici non sembra ancora tenere in debita considerazione<sup>261</sup>.

---

degli investimenti siano ancora percepiti a livello di dottrina e da parte operatori come distinte, ritiene che questo non accadrà ancora per molto e anzi denota un progressivo ravvicinamento delle due e l'esistenza di strumenti per migliorarne l'integrazione reciproca. Con riferimento alla crescita esponenziale dei riferimenti agli interessi non economici nei trattati di investimento si veda invece i già citati K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit.

<sup>257</sup> E. D. BRABANDERE, *Human Rights Considerations in International Investment Arbitration*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2013, p. 183; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress*, in M. BUNGENBERG – J. GRIEBEL – S. HOBE – A. REINISCH (a cura di), *International Investment Law*, Bloomsbury Publishing, Londra, 2015, pp. 1739, 1743.

<sup>258</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., pp. 1734–1735.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> Su tutti, i Guiding Principles on Business and Human Rights delle Nazioni Unite del 2011.

<sup>261</sup> Parlano espressamente della crisi di legittimità in ragione del rapporto con i diritti umani e la tutela ambientale, ad esempio, B. SIMMA, *Foreign investment arbitration*, cit.; F. EMMERT – B. ESENKULOVA, *Balancing Investor Protection and Sustainable Development in Investment Arbitration – Trying to Square the Circle?*, cit.; M. SORNARAJAH, *Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment*, cit.; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream?*, cit., p. 106; J.-M. MARCOUX, *Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality?*,

Anche gli Stati hanno mostrato notevoli perplessità. Tali critiche, che storicamente provenivano principalmente da Paesi in via di sviluppo, negli ultimi anni<sup>262</sup> sono state sollevate sempre più spesso anche da Paesi sviluppati e accompagnate da proposte di riforma dell'intero sistema<sup>263</sup>. Le ragioni sono legate innanzitutto al fatto che oggi anche i Paesi più sviluppati sono divenuti a loro volta sede di investimenti esteri e subiscono gli effetti negativi derivanti dall'assetto *investor oriented* del diritto internazionale degli investimenti<sup>264</sup>. A tale ragione si unisce un certo "sospetto" nei confronti degli investimenti esteri compiuti da fondi sovrani o società a partecipazione statale provenienti da Paesi emergenti<sup>265</sup>, nonché le incertezze riguardanti gli effetti sull'economia interna di tali investimenti<sup>266</sup>. Un elemento che testimonia chiaramente

---

cit., p. 118; F. ORTINO, *Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 366. P. Muchlinski, 'Corporate Social Responsibility', in P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 638-682; D. SCHNEIDERMAN, *International Investment Law's Unending Legitimation Project*, cit., sottolinea che comunque la crisi di legittimità del diritto internazionale degli investimenti non è legata soltanto ai problemi in tema di tutela dei diritti umani e dell'ambiente, ma è piuttosto una questione di carattere generale.

<sup>262</sup> Secondo i dati UNCTAD, la maggior parte degli arbitrati sono ancora indirizzati verso Paesi in via di sviluppo, ma il numero di casi che coinvolgono Paesi sviluppati sta aumentando. I Paesi di origine degli investitori invece rimane ancora in netta prevalenza quelli maggiormente sviluppati. Si veda sul punto UNCTAD, *Facts on investor–state arbitrations in 2021: with a special focus on tax-related isds cases, 2022*, disponibile presso [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf).

<sup>263</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit. Si pensi ad esempio alla proposta dell'Unione Europea per la creazione di una corte multilaterale con giurisdizione sugli investimenti internazionali. Sul punto, per le iniziative dell'Unione Europea, si veda [https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project/relevant-documents\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project/relevant-documents_en).

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 1735; K. P., SAUVANT, *Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies*, in K. P., SAUVANT, *International investment yearbook 2008–2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 242 ss.

<sup>265</sup> Ad esempio R. W. STONE – Y. WANG – S. YU, *Chinese Power and the State-Owned Enterprise*, «International Organization», 76/1 (2022), pp. 229–250, evidenziano come la maggior parte degli investimenti esteri cinesi provenga da compagnie controllate dal governo cinese e come queste vengano utilizzate per le finalità di politica estera della Cina medesima.

<sup>266</sup> K. P., SAUVANT, *Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies*, in

questa nuova supponenza è l'introduzione, in molti Paesi appartenenti al nord del mondo, molto più che nei Paesi in via di sviluppo, di strumenti di *screening* preventivo degli investimenti esteri<sup>267</sup>. Come già detto, anche la stessa Unione Europea su questa scia è recentemente intervenuta introducendo un meccanismo di *screening* preventivo degli investimenti nei settori strategici con il reg. n. 452 del 2019<sup>268</sup>.

### **5. Le criticità dei trattati internazionali di investimento. Il numero limitato di clausole su diritti umani ed ambiente e la loro scarsa efficacia.**

La fonte principale nel diritto internazionale degli investimenti è costituita, come spiegato, dai trattati internazionali di investimento. Si è sin qui parlato principalmente di BITs, che rappresentano l'emblema principale del diritto internazionale degli investimenti e i trattati che, sotto il profilo storico, meglio rappresentano l'evoluzione del sistema. Da qui in poi si parlerà più in generale di *International Investment Agreements* (IIAs), intendendo sia i BITs, sia i model BITs, sia altri trattati (principalmente *Free Trade Agreements*, FTAs) contenenti disposizioni in materia di investimenti. Ove la distinzione fra le varie tipologie di trattato avrà rilevanza, si darà però conto della specificità. Tale scelta è dovuta al fatto che in realtà i problemi e le disposizioni sono spesso analoghi a prescindere dal tipo specifico di trattato contenente disposizioni in materia di protezione degli investimenti.

È proprio sul piano dei trattati di investimento che si rinvengono alcune delle principali criticità del diritto internazionale degli investimenti e che contribuiscono al mantenimento del suo assetto *investor oriented*.

Il primo problema è il numero estremamente limitato di trattati di investimento contenenti riferimenti all'ambiente<sup>269</sup> e ai diritti umani<sup>270</sup>. Stesso discorso vale per i

---

KARL. P., SAUVANT, *International investment yearbook 2008–2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 256.

<sup>267</sup> *Ibidem*, pp. 244 ss.

<sup>268</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione. Sul punto G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit.

<sup>269</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., pp. 5 ss; J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law: current trends*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment*

riferimenti alla responsabilità delle imprese multinazionali e alla *corporate social responsibility*<sup>271</sup>. È già stato osservato che il numero di trattati di investimento che

---

*and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK , Northampton, MA, USA, 2019, p. 17; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 599; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit., p. 452, 469; M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns (Routledge research in international economic law)*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2014, pp. 193 ss.

<sup>270</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., pp. 5 ss.; R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 46 - 47; K. CORDES, *Investments and human rights in the agricultural sector*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK , Northampton, MA, USA, 2018, pp. 423 ss; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 603; E. D. BRABANDERE, *Human Rights Considerations in International Investment Arbitration*, cit., p. 619; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit., p. 619; S. SCHACHERER, *International investment law and sustainable development*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK , Northampton, MA, USA, 2019, p. 595; S. ZHANG, *Human Rights and International Investment Agreements*, cit.; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.

Un'eccezione in questo senso è il diritto di proprietà, perlomeno quello dell'investitore, che invece è il centro principale di tutela dei BITs. Sulla rilevanza del diritto di proprietà come diritto fondamentale e la sua contemporanea rilevanza nei BITs si veda M. FANOU, *The shared territory of the ECHR and international investment law*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK , Northampton, MA, USA, 2018, pp. 93–136.

<sup>271</sup> C. REINER – C. SCHREUER, *Human rights and international investment arbitration*, in P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN, *Human rights and international investment arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p.86;

Y. RADI (a cura di), *Research handbook on human rights and investment*, cit., pp. 7 - 9; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit.; L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit.; C. REINER – C. SCHREUER, *Human rights and international investment arbitration*, cit., p. 470; A. BONFANTI, *Applying Corporate Social Responsibility to foreign investments*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns (Routledge research in international economic law)*, Routledge, London, New York, 2015, pp. 234 – 236 su alcuni tentativi falliti di integrare la corporate social responsibility nella disciplina degli investimenti.

Stando all'UNCTAD International Investment Agreements Navigator, disponibile presso

introducono riferimenti a tali concetti sia in realtà in crescita<sup>272</sup>, ma in termini assoluti rimane piuttosto ridotto.

Parte della dottrina<sup>273</sup> ha evidenziato che, in assenza di chiari riferimenti, per risolvere i problemi interpretativi e favorire l'integrazione degli interessi non economici nei trattati di investimento si potrebbe ricorrere all'applicazione dell'art. 31 par. 3 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In alcuni casi anche la giurisprudenza arbitrale ha fatto riferimento a tale norma<sup>274</sup>. Tale norma consentirebbe l'eterointegrazione delle fonti in tema di diritti umani o ambiente applicabili alle parti come strumenti interpretativi per i trattati di investimento. Rimane però incerto se e in che modo le norme così richiamate si possano concretamente ed efficacemente applicare nei trattati di investimento e negli arbitrati fra Stati e investitori<sup>275</sup>. Inoltre l'utilizzo dell'interpretazione per integrare interessi non economici nel diritto internazionale degli investimenti non necessariamente fornisce risposte efficaci e soddisfacenti e non garantisce necessariamente che tutti i soggetti pubblici e privati e gli interessi – anche non economici – coinvolti nelle attività di investimento vengano adeguatamente tutelati<sup>276</sup>.

Il secondo problema dell'attuale struttura degli IIAs riguarda l'aspetto terminologico e definitorio. I concetti di diritti umani, ambiente o sviluppo sostenibile

---

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search> la *corporate social responsibility* viene menzionata in appena 82 trattati di investimento.

<sup>272</sup> J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., p.17. K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p.11, come già detto evidenziano che il 75.5% dei trattati conclusi fra il 2008 e il 2013 hanno introdotto riferimenti a diritti umani e ambiente, dimostrando una nuova sensibilità sul tema.

<sup>273</sup> Fra tutti, B. SIMMA – T. KILL, *Harmonizing investment protection and international human rights: first steps towards a methodology*, in C. BINDER – U. KRIEBAUM – A. REINISCH – S. WITTICH (a cura di), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 691–707. Sul punto si veda anche il cap. 2.

<sup>274</sup> *ADF Group Inc v United States of America*, ICSID, n. ARB (AF)/00/1, (9.01.2003) par. 177.

<sup>275</sup> U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 16 – 17. Sul punto si rinvia per approfondimenti al cap. 2.

<sup>276</sup> A. ARCURI, *Boundary-work and dynamics of exclusion by law: international investment law as a case study*, cit.

di norma non vengono definiti dai trattati di investimento e anche nel diritto internazionale generale hanno contorni poco definiti. Da ciò nasce un'incertezza sull'oggetto di tutela, nonché sui possibili effetti concreti<sup>277</sup>. Tale problema si è posto, ad esempio, per il diritto all'acqua<sup>278</sup>, per il concetto di sviluppo sostenibile<sup>279</sup> o per la determinazione degli obiettivi nella lotta al cambiamento climatico<sup>280</sup>. Concetti quali diritti umani e ambiente, peraltro, si prestano ad interpretazioni elastiche e che aumentano l'incertezza del diritto, potendo condurre ad una tutela sproporzionata o, al

---

<sup>277</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 252; S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law*, cit., pp. 48 ss.; P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, cit.; E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions*, cit., p. 1720; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., pp. 611 – 614.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 99.

Il problema si pone anche nella WTO, nella quale vi è disaccordo sulla possibilità, e nel caso quali e con che rilevanza, di introdurre i diritti umani nei trattati dell'organizzazione. Sul punto D. C. CHOW, *Why China Opposes Human Rights in the World Trade Organization*, «U. Pa. J. Int'l L.», 35 (2013), pp. 61 ss.

<sup>278</sup> P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., pp. 53 ss.; U. KRIEBAUM, *Water and investment*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 69–106; S. C. MCCAFFREY – C. LEB – R. T. DENOON (a cura di), *Research handbook on international water law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA Limited, Cheltenham, Northampton, 2019; M. TIGNINO, *Private investments and the human right to water*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, pp. 468 - 498; A. TANZI, *Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector: Problems and Prospects for an Integrated Approach*, in *Foreign investment, international law and common concerns*, Routledge, 2013, pp. 318–335; A. TANZI, *Bridging the Gap between International Investment Law and the Right of Access to Water*, in *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment*, Eleven International Publishing, 2016, pp. 187–214.

<sup>279</sup> F. ROMANIN JACUR, *Promoting Investments in Sustainable Development Through Multilateral Environmental Agreements*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns (Routledge research in international economic law)*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2014, pp. 170–190.

<sup>280</sup>OECD, *Survey of climate policies for investment treaties*, (11/10/2022) [[https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD\(2022\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD(2022)3/en/pdf)].

contrario, inefficace. Gli stessi diritti inoltre, in mancanza di chiarezza, si prestano ad essere impiegati con fini diversi. Un esempio emblematico sono in questo senso i diritti dei lavoratori: riferimenti alla tutela dei lavoratori erano già presenti negli IIAs di prima generazione, ma la loro finalità principale era tutelare indirettamente la concorrenza e non i diritti umani fondamentali del lavoratore in quanto tale<sup>281</sup>. Infatti, obbligare gli Stati a garantire standard minimi di tutela dei lavoratori avrebbe impedito che alcuni Paesi potessero ridurre il costo e le tutele della manodopera al fine di acquisire dei vantaggi competitivi e concorrenziali a scapito di altri Stati maggiormente garantisti. Una finalità, quindi, primariamente economica e non sociale.

In definitiva, l'utilizzo di concetti elastici rischia quindi di favorire interpretazioni dei trattati ancorate a tradizionali letture *investor oriented* e, più in generale, il rischio è che da tale incertezza interpretativa derivi una giurisprudenza arbitrale schizofrenica e difficilmente prevedibile<sup>282</sup>. Non si può nemmeno escludere un utilizzo distorto che conduca all'eccesso contrario, cioè interpretazioni eccessivamente favorevoli agli interessi non economici e che danneggiasse iniquamente gli interessi economici e quelli degli investitori. Dietro a interpretazioni di questo tipo potrebbero peraltro celarsi in realtà misure con finalità abusive o protezioniste<sup>283</sup>.

Un terzo problema riguarda il contenuto e la formulazione delle clausole contenenti riferimenti agli interessi non economici nei trattati di investimento. Innanzitutto, tali clausole normalmente prevedono obblighi solamente in capo agli Stati, non agli investitori<sup>284</sup>. Ciò riflette un'asimmetria degli IIAs e in parte anche dei trattati internazionali in generale: prevedere obblighi in capo agli Stati e nessun obbligo, ma solo diritti, in capo alle imprese multinazionali<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 220-222.

<sup>282</sup> G. M. ZAGEL, *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, cit., p. 1984.

<sup>283</sup> K. P. SAUVANT, *Multinational Enterprises and the Global Investment Regime*, cit., p. 1817, sottolinea la necessità di riformare i BITs chiarendo il *regulatory space* degli Stati anche per evitare che questi ultimi ne abusino.

<sup>284</sup> H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements*, cit., p. 133; G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit., pp. 56, 58, 59.

<sup>285</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., p. 1737, afferma che negli anni

Inoltre, anche nelle ipotesi in cui i trattati di investimento contengono clausole con riferimenti all'ambiente ed ai diritti umani, queste sono spesso vaghe, inefficaci, poco utilizzabili o prive di richiami a fonti specifiche<sup>286</sup>. Anche con riferimento alla regolamentazione dei metodi di risoluzione delle controversie i trattati di investimento rimangono molto semplificati, sicché includere riferimenti all'ambiente o ai diritti umani potrebbe non produrre pieni benefici se il linguaggio delle rimanenti disposizioni non riesce a fornire incentivi per una migliore governance del settore pubblico e ad attrarre investimenti di alta qualità<sup>287</sup>.

---

<sup>90</sup> si sarebbe verificata una dissociazione fra diritti e responsabilità degli investitori internazionali, che ha portato a mettere in secondo piano la loro responsabilità ed al consolidamento invece dei diritti. A questo fenomeno si lega il fallimento, nello stesso periodo, dei tentativi internazionali di regolazione della responsabilità delle multinazionali. K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 5; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream?*, cit., p. 106; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 176 ss. L'A. evidenzia come questa sia una storica tendenza nel diritto internazionale degli investimenti, sebbene sembra stia lentamente mutando.

<sup>286</sup> A. ARCURI – F. MONTANARO, *Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties*, cit., pp. 2803 - 2804; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 630 – 634, esamina alcuni modelli e clausole riguardanti la tutela dei diritti umani nei BITs, ma evidenzia anche come nessuna di tali clausole sia poi stata inserita nella versione definitiva del trattato o, ove inserita, non sia mai stata concretamente applicata; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit., p. 472; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream?*, cit., pp. 121, 124; J. J. NEDUMPARA – A. LADDHA, *Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, cit., p.1848; A. NEWCOMBE, *The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty?*, in A. L. C. DE MESTRAL – C. LÉVESQUE (a cura di), *Improving international investment agreements (Routledge research in international economic law)*, Routledge, Abingdon, Oxon, New York, 2013, pp. 276–278; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.; G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit. p. 55.

Ad esempio nel caso *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA, No. 2012-06, (27/6/2016), par. 243 – 244, viene evidenziato come in mancanza di norme specifiche o di puntuali assunzioni di responsabilità uno Stato non è obbligato a prendere specifiche misure a tutela dell'ambiente, ma soltanto ad agire secondo una più generale *reasonable care*. Sul punto A. TELESETSKY, *International investment law and biodiversity*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 138 – 139.

<sup>287</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and*

In tale ottica, i riferimenti a diritti umani e ambiente negli IIAs ad oggi svolgono principalmente tre funzioni<sup>288</sup>: la prima è contribuire alla definizione di scopo, oggetto e principi generali del trattato, inserendo i riferimenti a concetti non economici principalmente nel preambolo; la seconda è preservare il *right to regulate* degli Stati ospitanti nell'attuazione di politiche pubbliche ambientali o sociali, anche ove tali politiche producano effetti nocivi sugli investimenti, e per questo sono solitamente inserite come eccezioni ai diritti degli investitori; la terza infine è garantire che gli Stati contraenti non abbassino i propri standard di tutela ambientale o sociale al fine di attrarre un numero maggiore di investimenti (per evitare i già spiegati fenomeni di *race to the bottom* e *pollution haven*<sup>289</sup>). Queste tre funzioni presentano però dei problemi e rappresentano in modo emblematico il problema della scarsa effettività delle disposizioni in materia di interessi non economici<sup>290</sup>. In merito alla prima funzione, infatti, l'introduzione di concetti non economici nel preambolo non si presta ad avere effetti diretti e immediati sugli Stati o sugli investitori, ma solo ad orientare l'interpretazione di altre disposizioni<sup>291</sup>. In merito alla seconda funzione, le clausole a tutela del *right to regulate* hanno obiettivi prettamente difensivi ed operano solamente come eccezioni in caso di eventuali arbitrati, per giustificare la legittimità delle azioni statali. Hanno quindi un valore certamente rilevante ma comunque limitato ed ex post, poiché non permettono di prevenire ingerenze o ricorsi arbitrari e non hanno alcuna funzione propulsiva e di promozione degli interessi non economici<sup>292</sup>. In merito alla terza funzione, la garanzia contro l'abbassamento degli standard di tutela è una misura che nasce al fine di tutelare la concorrenza, il mercato del lavoro e la liberalizzazione<sup>293</sup>,

---

*responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 6.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 6; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., pp. 600 – 602.

<sup>289</sup> Si pensi ad esempio all'art. 114 NAFTA.

<sup>290</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 6; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., pp. 600 – 602.

<sup>291</sup> Sul punto si rinvia al cap.2.

<sup>292</sup> Sugli specifici vantaggi e problemi di tali clausole si rinvia all'apposito capitolo.

<sup>293</sup> C. GEORGE, *Environment and Regional Trade Agreements: Emerging Trends and Policy Drivers*, 2014, pp. 11 ss., disponibile presso [https://www.oecd-ilibrary.org/trade/environment-and-regional-trade-agreements\\_5jz0v4q45g6h-en](https://www.oecd-ilibrary.org/trade/environment-and-regional-trade-agreements_5jz0v4q45g6h-en); J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international*

poiché evita di avvantaggiare alcuni Stati e operatori del mercato a scapito di altri. Pertanto, la tutela dell'ambiente e dei diritti umani è un effetto solo indiretto e non è la funzione principale di tali disposizioni.

Alla luce di quanto detto, si possono quindi dare due differenti letture delle clausole ad oggi presenti negli IIAs. Da un lato, se tali clausole si limitassero al contenuto ed agli impieghi sopra analizzati, rischierebbero di avere poca rilevanza pratica e svolgere funzioni residuali o eccezionali. Dall'altro lato però, tali previsioni hanno comunque una certa rilevanza, poiché orientano l'interpretazione degli IIAs, ribilanciando in parte il tradizionale assetto *investor oriented* con la tutela di altri interessi generali dello Stato ospitante<sup>294</sup>. Inoltre queste clausole permettono di difendere, almeno in parte, il *right to regulate* dello Stato ospitante. Sebbene vi siano dunque delle perplessità e ampi margini di miglioramento, tali funzioni sono senz'altro necessarie e significative e rappresentano un primo passo verso trattati maggiormente equilibrati.

Ulteriore problema della forma attuale dei trattati di investimento riguarda la compatibilità fra le clausole tradizionalmente inserite in questi trattati, per come formulate ed interpretate, e gli interessi non economici. Sebbene sembri possibile utilizzare e interpretare tali clausole per tutelare e promuovere interessi non economici, ancora oggi sussistono evidenti incertezze e difficoltà<sup>295</sup>. Il dato letterale, l'interpretazione e la finalità originariamente perseguita da tali clausole spesso mal si conciliano con la tutela e promozione dell'ambiente e dei diritti umani. Clausole molto comuni negli IIAs, quali ad esempio le norme dedicate alle espropriazioni, ovvero le

---

law, cit., pp. 18 – 19; P.-M. DUPUY – J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit., p. 471.

<sup>294</sup> S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 602.

<sup>295</sup> S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law*, cit., p. 48; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit.; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit..

Con specifico riferimento alla difficoltà di applicare le clausole attualmente in uso per limitare l'utilizzo di combustibili fossili si veda N. LOBEL – M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance*, «Diritto del commercio internazionale»/4 (2018), pp. 945–976; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., pp. 610 – 614.

clausole sul *fair and equitable treatment*, spesso sono formulate in modo generico e nascono con la specifica finalità di proteggere l'investitore e i suoi interessi economici<sup>296</sup>. La corretta interpretazione di tali norme non è pacifica ed è spesso oggetto di controversie, anche negli arbitrati che non riguardano la tutela di interessi non economici<sup>297</sup>. La mancanza di certezza, gli spazi di azione limitati e la difficoltà di avere letture *human rights* o *environmental oriented* di queste clausole può quindi giocare a favore di consolidate interpretazioni *investor oriented*.

In alcuni casi, peraltro, le clausole degli IIAs non solo lasciano dubbi sulla compatibilità con interessi non economici, ma si pongono in diretto contrasto con essi e con il *right to regulate* del Paese ospitante. Ci si riferisce, ad esempio, alle *freezing clauses* e alle *stabilization clauses*<sup>298</sup>. Tali clausole, nella loro formulazione tradizionale, agiscono nelle ipotesi in cui uno Stato implementi una legislazione ambientale, sociale o fiscale più progredita ma sfavorevole agli investitori, producendo diversi possibili effetti: impediscono agli Stati di applicare la nuova normativa agli investitori, ai quali rimarrebbe applicabile la legge vigente all'epoca dello stabilimento; oppure introducono disincentivi economici per gli Stati in caso di riforme lesive degli investitori; o ancora prevedono compensazioni economiche a favore degli investitori stranieri per i danni derivanti dagli effetti delle riforme<sup>299</sup>.

Un ultimo problema riguarda infine il tradizionale appiattimento degli IIAs entro clausole e modelli generali comuni ai vari trattati. Gli Stati tendenzialmente non adattano il contenuto degli IIAs sulla base delle proprie specificità, del proprio mercato e delle principali tipologie di investimenti esteri che presumibilmente li riguarderanno, né introducono specifiche norme o strumenti per la gestione di quelle attività che potrebbero avere un impatto maggiormente negativo sul proprio territorio. Piuttosto, gli IIAs tendenzialmente replicano modelli generali e astratti che rischiano di essere inadeguati alle specificità dei vari Paesi, non danno indicazioni in merito al bilanciamento di interessi contrapposti e non permettono di gestire adeguatamente gli

---

<sup>296</sup> Si veda nel dettaglio il Capitolo 2.

<sup>297</sup> S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law*, cit., p. 48; S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., pp. 610 – 611.

<sup>298</sup> Si veda nel dettaglio il Capitolo 2.

<sup>299</sup> S. FRANK, *Stabilization clauses in long-term investment contracts in the energy sector in Africa*, cit..

effetti di attività di investimento in settori speciali, in particolare quelli ad elevato impatto ambientale e sociale, come l'industria estrattiva o quella agricola<sup>300</sup>. Replicare modelli consolidati inoltre non garantisce necessariamente una giurisprudenza omogenea e prevedibile, dato che i vari IIAs sono autonomi fra loro e non vi è una vera regola di *binding precedent* nella giurisprudenza arbitrale<sup>301</sup>.

## 6. Le criticità dell'arbitrato di investimenti. Fra carenze e inadeguatezza.

Come gli IIAs, anche gli arbitrati di investimento presentano diverse criticità per la tutela e promozione di interessi non economici.

Innanzitutto sono pochi gli arbitrati di investimenti contenenti riferimenti a questioni ambientali o sui diritti umani<sup>302</sup>. Anche in questi casi, peraltro, i riferimenti sono spesso limitati, superficiali o impropri. Mentre in alcuni lodi gli arbitri hanno dimostrato una certa sensibilità ed attenzione per le problematiche ambientali e sociali,

---

<sup>300</sup> G. BOTTINI, *Extending Responsibilities in International Investment Law*, E15Initiative, Geneva International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, p. 5, disponibile presso <https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Bottini-Final.pdf>; K. CORDES, *Investments and human rights in the agricultural sector*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, p. 423 evidenzia che né il diritto internazionale degli investimenti né il diritto internazionale dei diritti umani si occupano specificamente dei problemi posti dal settore agricolo. Le disposizioni dei BITs di conseguenza trattano allo stesso modo e con le stesse clausole settori ben diversi fra loro come possono essere ad esempio quello agricolo e quello minerario; S. DEVA, *Managing States' "Fatal Attraction" to International Investment Agreements*, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements>, sottolinea che “it appears that attracting investment often becomes an end in itself, with states paying little or no attention to “investment for what” and “investment for whom” aspects”; L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit., pp. 143 – 144; R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 85.

<sup>301</sup> Sul punto si veda oltre.

<sup>302</sup> U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 18, 30; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.; E. U. PETERSMANN, *Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication?*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 11.

nella maggior parte dei casi le decisioni sono state prettamente *investor-oriented*<sup>303</sup>.

Ne risulta quindi una giurisprudenza arbitrale frammentata, schizofrenica e difficilmente prevedibile<sup>304</sup>, nella quale la tutela di interessi non economici rischia di dipendere dalla sensibilità e competenza del singolo collegio arbitrale<sup>305</sup>.

In alcuni casi la mancanza di riferimenti in sede arbitrale a questioni ambientali o sui diritti umani è dovuta al fatto che lo Stato – soggetto che di solito introduce in giudizio tali questioni – potrebbe non avere interesse a proporle. Ciò avviene ad esempio quando sia lo Stato che l'investitore sono coinvolti nelle violazioni ai diritti umani o all'ambiente cagionate durante lo svolgimento delle attività di investimento. È stato infatti osservato che in situazioni nelle quali il Paese ospitante abbia concorso alla violazione dei diritti umani, ovvero abbia passivamente tollerato una violazione perpetrata da parte dell'investitore, verosimilmente né l'investitore né lo Stato ospitante invocheranno, in un eventuale arbitrato, questioni connesse alla tutela dei diritti umani<sup>306</sup>. Analogamente, lo Stato ospitante potrebbe avere interessi economici che ritiene prevalenti e favorire quindi attività di investimento nocive e rischiose ma redditizie. In tali ipotesi, è difficile che quello stesso Stato poi agisca nei confronti degli investitori o comunque favorisca azioni giudiziarie da parte dei privati che potrebbero

---

<sup>303</sup> A. ARCURI – K. TIENHAARA – L. PELLEGRINI, *Investment law v. supply-side climate policies: insights from Rockhopper v. Italy and Lone Pine v. Canada*, «International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics», 2024, disponibile presso <https://link.springer.com/10.1007/s10784-023-09622-w> evidenziano peraltro come gli arbitrati di investimento, con particolare riferimento alle politiche climatiche e al contenzioso in materia di *fossil fuel*, abbiano in alcuni casi attribuito diritti e privilegi in favore degli investitori che vanno ben oltre quelli previsti dalle normative nazionali, garantendogli pertanto una situazione di notevole privilegio.

<sup>304</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 580 ss.; S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law*, cit., pp. 35 ss; H. MANN, *Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development*, cit., pp. 1951, 1973, 1984; G. M. ZAGEL, *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, cit.

<sup>305</sup> E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions*, cit., p. 1725.

<sup>306</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 582; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 22.

danneggiare l'investitore stesso<sup>307</sup>.

La bassa percentuale di arbitrati che menzionano interessi non economici deve comunque essere analizzata alla luce di due considerazioni. La prima è che il numero di arbitrati contenenti tali riferimenti è comunque in netta crescita negli ultimi anni<sup>308</sup>, analogamente al numero crescente degli IIAs contenenti riferimenti a questi temi. La seconda riguarda il fatto che la reale portata di tale andamento è difficile da valutare, in quanto molte delle informazioni sugli arbitrati, necessarie per avere un quadro completo, sono confidenziali o indisponibili<sup>309</sup>.

Un problema ulteriore rispetto al numero ridotto di arbitrati riguarda la scarsa capacità delle parti processuali a trattare considerazioni non economiche in sede arbitrale in maniera approfondita, puntuale ed efficace. I riferimenti introdotti soprattutto da parte degli Stati ospitanti in sede arbitrale sono in alcuni casi apologetici, inconsistenti<sup>310</sup> o indebiti, al fine di giustificare misure illegittime o protezionistiche (si

---

<sup>307</sup> L. COTULA – N. M. PERRONE, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: What About Third Party Rights?*, pubblicato in *IEED*, 2019, p. 3, disponibile presso <https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17638IIED.pdf>.

<sup>308</sup> Con riferimento all'ambiente si veda J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., p. 19; K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, cit. specificamente in tema di controversie sulle energie rinnovabili, sebbene l'A. concluda affermando che non ci sono prove che il sistema di risoluzione delle controversie Stato – investitore possa giovare allo sviluppo di un'economia *green*.

Con riferimento ai diritti umani si veda S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit., pp. 33 ss.; Y. RADI, *Realizing human rights in investment treaty arbitration: a perspective from within the international investment law toolbox*, cit., pp. 1108 – 1109; M. HIRSCH, *Social movements, reframing investment relations, and enhancing the application of human rights norms in international investment law*, «Leiden Journal of International Law», 34/1 (3/2021), pp. 128 ss.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., pp. 71 – 94.

<sup>309</sup> J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., p. 19. Sul punto l'A. evidenzia che molti casi rimasti confidenziali riguardavano proprio la riduzione di emissioni inquinanti connesse all'applicazione del Protocollo di Kyoto.

Uno dei casi già citati, cioè *Foresti c. Sud Africa*, si è ad esempio concluso con un accordo riservato fra Stato e investitori. Il contenuto generale dell'accordo è stato reso noto e alcuni dei suoi effetti sono visibili, dato che hanno portato ad una riforma della normativa contestata, ma l'accordo in sé non è reperibile.

<sup>310</sup> S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit., p. 56; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN,

vedano sul punto, ad esempio, gli arbitrati *Metalclad c. Messico*<sup>311</sup> o *Cargil c. Messico*<sup>312</sup>).

Specularmente, anche gli arbitri hanno mostrato una certa riluttanza a valorizzare difese basate sulla tutela dell'ambiente o dei diritti umani, ignorando eventuali argomenti difensivi (soprattutto provenienti dagli Stati) ovvero non ritenendoli rilevanti al fine della risoluzione della controversia, talvolta in modo irragionevole<sup>313</sup>. In altri casi

---

*Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 80.

<sup>311</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID, n. ARB(AF)/97/1, (30/8/2000). Il caso riguardava il blocco di un piano industriale per l'apertura di una discarica di rifiuti speciali proposto da Metalclad da parte delle autorità messicane. Nonostante le autorità messicane – ed anche il Messico in sede arbitrale – avevano giustificato tale scelta sulla base di asserite ragioni ambientali, in realtà la misura era stata presa a causa dell'opposizione della popolazione civile all'avvio del progetto – e quindi per ragioni strettamente politiche. Peraltro Metalclad aveva evidenziato anche una grave mancanza di efficienza e di trasparenza nella scelta presa dalle autorità messicane, le quali peraltro in un primo momento avevano rassicurato Metalclad del buon esito della procedura, salvo poi giungere ad una soluzione diametralmente opposta e lesiva della legittima aspettativa della società – suscitata proprio dal comportamento delle autorità messicane. Sul punto si vedano anche INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Metalclad v. Mexico*, pubblicato in *Investment Treaty News*, disponibile presso <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/metalclad-v-mexico/>; A. TELESETSKY, *International investment law and biodiversity*, cit., p. 141.

<sup>312</sup> *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID, n. ARB(AF)/05/2, (18/9/2009). Il caso riguardava l'introduzione di una tassa sulle bibite zuccherine, giustificata da asserite esigenze di tutela della salute. Il tribunale arbitrale ritenne invece che la tassa fosse discriminatoria e che non avesse alcuna rilevanza ai fini della tutela della salute. sul punto si vedano INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Claim by Cargill leads to another loss for Mexico*, pubblicato in *Investment Treaty News*, 29/9/2009, disponibile presso <https://www.iisd.org/itn/en/2009/09/29/claim-by-cargill-leads-to-another-loss-for-mexico/>; S. PUIG, *The merging of international trade and investment law*, cit., pp. 23 – 27.

<sup>313</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 580 – 581; G. BIGI, *The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT, *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, Londra, 2013, p. 297, sul numero ridotto di controversie riguardanti la necessità di bilanciare gli interessi degli investitori con il *cultural heritage*; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 636, 645; J. H. FAHNER – M. HAPPOLD, *The human rights defence in international investment arbitration: exploring the limits of systemic integration*, «International and Comparative Law Quarterly», 68/3 (7/2019), pp. 742, 749; FOWLES, S., *FPC Briefing: How Investment Treaties have a chilling effect on Human Rights*, cit., pp. 8 - 9; E. U. PETERSMANN,

gli arbitri, anche quando possibile, hanno evitato di introdurre *ex officio* considerazioni legate alla tutela di interessi non economici<sup>314</sup>.

Tale problema ha riguardato in particolare i diritti umani. Parte della dottrina ritiene che questo sia dovuto al timore degli arbitri di prendere decisioni scomode e potenzialmente in grado di compromettere la legittimità delle loro decisioni<sup>315</sup>. Infatti, i diritti umani rappresentano un tema particolarmente divisivo, che pone rilevanti problemi sotto un profilo legale e ideologico, e diversi Stati sono contrari all'idea di sottoporre ad un giudice internazionale proprie questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali considerate di dominio riservato<sup>316</sup>.

Con riferimento invece alla tutela dell'ambiente negli arbitrati (sebbene questa abbia ottenuto maggiore attenzione e spazio rispetto ai diritti umani), autorevole dottrina ha evidenziato un possibile errore di fondo: gli arbitri potrebbero ritenere erroneamente necessario che, per poter applicare i trattati e gli standard internazionali in tema di tutela dell'ambiente in sede arbitrale, sia lo Stato ospitante sia quello di origine dell'investitore debbano essere parte dei trattati internazionali sull'ambiente e che, in caso contrario, nessun obbligo derivante da tali trattati possa essere posto in capo

---

*Introduction and Summary*, cit., p. 11; M. HIRSCH, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 113 – 114; C. REINER – C. SCHREUER, *Human rights and international investment arbitration*, cit., p. 82 ss.; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 18; S. STEININGER, *What's Human Rights Got To Do With It?*, cit.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit.; M. HIRSCH, *Social movements, reframing investment relations, and enhancing the application of human rights norms in international investment law*, cit., pp. 72 - 94; R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 48 evidenziano che anche presso i tribunali adibiti alla tutela dei diritti umani i riferimenti al diritto internazionale degli investimenti sono molto rari. Secondo J. PEEL, *The use of science in environment-related investor-state arbitration*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 244–263 il problema riguarda più in generale anche l'uso della scienza, specie con riferimento a prove scientifiche, negli arbitrati. I tribunali si sono mostrati sinora piuttosto restii a tale impiego e ad una valorizzazione della prova scientifica, ma inevitabilmente vi dovrà essere un cambio di rotta, specie con riferimento a controversie attinenti a questioni ambientali.

<sup>314</sup> E. U. PETERSMANN, *Introduction and Summary*, cit., pp. 11 – 12.

<sup>315</sup> M. HIRSCH, *Investment Tribunals and Human Rights*, cit., p. 113.

<sup>316</sup> *Ibidem*.

all'investitore<sup>317</sup>.

Il problema non può però ridursi unicamente ad una scarsa volontà o capacità – delle parti o degli arbitri – di introdurre considerazioni non economiche in sede arbitrale.

Vi sono poi ulteriori e rilevanti problemi di carattere tecnico-giuridico legati sia alle norme sostanziali applicabili nell'arbitrato, sia alle regole che disciplinano l'arbitrato.

Sotto il primo profilo, è opportuno evidenziare che anche laddove gli arbitri fossero aperti e disponibili a tenere in conto di considerazioni non strettamente economiche nel corso dell'arbitrato, non sempre ciò è possibile, proprio perché i trattati di investimento storicamente prevedono solo norme a tutela degli investimenti. Gli arbitri, materialmente, non hanno spesso avuto a disposizione gli strumenti giuridici sostanziali per poter dare il giusto peso a considerazioni di tipo non economico. Tale considerazione permette di sottolineare l'imprescindibile correlazione che esiste fra dimensione sostanziale e arbitrale nel diritto internazionale degli investimenti. Di questo problema e delle possibili soluzioni si tornerà in seguito. In questa sede, è importante invece sottolineare alcuni dei principali profili problematici connessi all'attuale struttura dell'arbitrato di investimenti.

Sotto il secondo profilo, uno degli aspetti maggiormente problematici è quello legato alla giurisdizione degli arbitri, problema in realtà a cavallo fra trattati e arbitrati di investimenti in quanto dovuto alla formulazione delle norme dei trattati riguardanti la competenza arbitrale. La giurisdizione arbitrale infatti normalmente sussiste in due ipotesi: o in quelle previste espressamente dal trattato di investimenti oppure per consenso<sup>318</sup>. Nella prima ipotesi il ricorso all'arbitrato viene ordinariamente limitato alle sole controversie riguardanti l'investimento ed alle asserite violazioni di diritti sostanziali scaturenti dagli IIAs<sup>319</sup>. Il problema è che le controversie riguardanti le violazioni di norme sui diritti umani o sulla tutela dell'ambiente potrebbero allora non

---

<sup>317</sup> J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., p. 34.

<sup>318</sup> E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., p. 627.

<sup>319</sup> Ad esempio l'art. 1116 NAFTA limita la proponibilità delle azioni alle violazioni dei diritti attribuiti dal NAFTA stesso, oppure l'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'Energia limita le azioni alle asserite violazioni dei diritti contenuti nella parte III del trattato stesso.

rientrare nella giurisdizionale arbitrale<sup>320</sup>. Infatti, come già detto, solitamente gli IIAs non contengono riferimenti diretti a diritti umani e ambiente ovvero i riferimenti effettivamente esistenti sono generici o indiretti e non richiamano specifiche fonti di diritto. Le violazioni dei diritti umani non costituirebbero quindi violazione degli IIAs e non rientrerebbero nella giurisdizione arbitrale. Seguendo tale lettura, le uniche controversie riguardanti i diritti umani che dovrebbero rientrare nella giurisdizione arbitrale sarebbero le ipotesi di violazione di diritti fondamentali dell'investitore, quali il diritto di proprietà<sup>321</sup>. Ma anche in questi casi non è scontato che i diritti umani degli investitori possano essere fatti valere, laddove non si riesca a dimostrare una connessione fra il diritto fondamentale violato, l'evento e le norme del trattato di investimento.

Emblematico, sotto questo profilo, il caso *Biloune c. Ghana*<sup>322</sup>, nel quale un investitore di origine siriana, senza apparente giustificazione, veniva arrestato dalle autorità ghanesi e trattenuto in custodia cautelare per circa 13 giorni, per poi essere espulso in Togo. L'investitore ricorreva allora all'arbitrato, non potendo peraltro adire altri strumenti specificamente dedicati alla tutela dei diritti fondamentali dato che il Ghana non era parte della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. L'azione veniva proposta sulla base dell'art. 15 dell'accordo fra Biloune e Ghana, nel quale era prevista la giurisdizione arbitrale su *any dispute between the foreign investor and the Government*<sup>323</sup>. Gli arbitri interpretavano però la clausola arbitrale restrittivamente e rigettavano la domanda dell'investitore, ritenendo che la giurisdizione fosse limitata alle controversie riguardanti (*in respect of*<sup>324</sup>) l'investimento, coerentemente con la giurisdizione arbitrale accettata dal Ghana, e che quindi azioni autonome riguardanti l'asserita violazione di diritti umani non rientrassero in tale giurisdizione<sup>325</sup>. Sebbene questa vicenda si sia quindi conclusa in senso sfavorevole per la tutela dei diritti umani dell'investitore, è stato però osservato che il tribunale arbitrale non ha escluso che tali azioni siano ricevibili ove la violazione dei diritti umani abbia una connessione con

---

<sup>320</sup> C. REINER – C. SCHREUER, *Human rights and international investment arbitration*, cit., p. 83.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>322</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*, UNCITRAL, award (27/10/1989).

<sup>323</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>324</sup> *Ibidem*, par. 61

<sup>325</sup> *Ibidem*, par. 61.

l'investimento<sup>326</sup>.

Ulteriore caso, anch'esso concluso con un'interpretazione restrittiva del tribunale arbitrale, è *Rompetrol c. Romania*<sup>327</sup>. In tale vicenda peraltro il contesto normativo sembrava maggiormente favorevole rispetto al caso *Biloune* per più ragioni<sup>328</sup>: la clausola sulla giurisdizione del BIT Romania-Olanda era formulata in modo più generico (“*solving disputes with respect to investment*”<sup>329</sup>); la scelta di applicare le regole arbitrali ICSID permetteva di invocare l'art. 42 della Convenzione ICSID, in base al quale “*the Tribunal shall apply (...) such rules of international law as may be applicable*” e richiamare quindi fonti internazionali in tema di tutela dei diritti umani; entrambi gli Stati erano contraenti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che quindi poteva essere considerata fonte applicabile ai sensi dell'art. 42 ICSID. Ciononostante, il tribunale arbitrale negava la propria giurisdizione su questioni di diritti umani o connesse all'applicazione della CEDU, ritenendo che la propria giurisdizione fosse limitata a controversie nelle quali le norme applicabili fossero unicamente quelle contenute nel BIT fra Romania e Olanda<sup>330</sup>.

Nonostante questi precedenti negativi è da segnalare che non sempre i tribunali arbitrali hanno adottato un approccio così restrittivo. Nel caso *Micula c. Romania*<sup>331</sup>, ad esempio, il tribunale ha ritenuto legittimo il richiamo all'art. 15 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani<sup>332</sup> nella propria decisione sulla giurisdizione.

---

<sup>326</sup> C. REINER – C. SCHREUER, *Human rights and international investment arbitration*, cit., p. 84; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 19.

<sup>327</sup> *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID, n. ARB/06/3, (6/5/2013).

<sup>328</sup> *Ibidem*, par. 170.

<sup>329</sup> Agreement on encouragement and reciprocal protection of Investments between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Romania, 1994, art. 8.

<sup>330</sup> Si veda il par. 170 della decisione: “*it is not called upon to decide any issue under the ECHR, whether the issue in question lies in the past or is still open. Its function is solely to decide, as between TRG and Romania, “legal dispute[s] arising directly out of an investment” and to do so in accordance with “such rules of law as may be agreed by the parties,” which in the present case means essentially the BIT, in application of the appropriate rules for its interpretation*”.

<sup>331</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID, No. ARB/05/20, (11/12/2013).

<sup>332</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (24.9.08), par. 88.

Un diverso profilo problematico del sistema arbitrale riguarda i limiti in tema di legittimazione attiva. Di norma gli unici legittimati attivi a ricorrere all'arbitrato sono infatti gli investitori, con esclusione sia degli Stati sia della popolazione del Paese ospitante l'investimento, cioè coloro che solitamente subiscono i maggiori danni derivanti dalle attività delle imprese. Tale problema riguarda in particolare gli indigeni e le comunità stanziate nei territori in cui l'investitore svolge la propria attività e che quindi subiscono direttamente o indirettamente gli effetti di quest'ultima, soprattutto quando l'attività è particolarmente impattante sul territorio come nel caso di industrie del settore primario ed energetico.

Con riferimento alla popolazione civile dello Stato ospitante, è stato osservato che questa non abbia di norma alcun diritto a partecipare all'arbitrato di investimenti né abbia la possibilità di far valere i propri interessi<sup>333</sup>. Si viene così a creare un'asimmetria evidente, dato che i limiti alla legittimazione attiva dell'arbitrato estromettono totalmente quei soggetti che solitamente sono portatori degli interessi maggiormente confliggenti con quelli dell'investitore (collocandosi quindi “*at the opposite ends of the same spectrum*”<sup>334</sup>) e che potrebbero essere quelli maggiormente danneggiati dall'investimento, nonché quella in grado di introdurre più efficacemente in giudizio considerazioni legate ad interessi non economici. Questa disparità sussiste, peraltro,

---

<sup>333</sup> A. ARCURI, *The great asymmetry and the rule of law in international investment arbitration*, in L. SACHS – L. JOHNSON – J. COLEMAN, *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018, pp. 394 – 413; A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 582 – 584; L. COTULA – M. SCHRÖDER, *Community perspectives in investor-state arbitration*, International Institute for Environment and Development, 2017, <https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/12603IIED.pdf>; J. J. NEDUMPARA – A. LADDHA, *Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, cit., pp. 1832, 1833; I. T. ODUMOSU-AYANU, *Local communities, environment and development*, cit.; N. M. PERRONE, *The international investment regime and local populations*, cit.; N. M. PERRONE, *The “Invisible” Local Communities*, cit.; V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 464–479;.

<sup>334</sup> V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, cit., p. 472; L. COTULA – M. SCHRÖDER, *Community perspectives in investor-state arbitration*, cit., pp. 30 – 31.

nonostante sia le comunità locali che gli investitori siano entrambi soggetti privati<sup>335</sup>.

Si può comunque evidenziare che l'arbitrato di investimenti escluda la presenza di altri individui privati proprio perché nato come strumento di confronto fra Stato e investitore e con oggetto limitato a controversie legate all'investimento. La partecipazione di altre parti quali la popolazione civile andrebbe quindi inevitabilmente ad estendere le giurisdizione e l'oggetto dell'arbitrato nonché ad aggravare l'intero procedimento<sup>336</sup>. Peraltro, non necessariamente la mancata partecipazione all'arbitrato Stato – investitori costituisce un diniego di giustizia, poiché sia il diritto interno statale che il diritto internazionale contemplanò diversi strumenti, giudiziali o stragiudiziali, a tutela degli interessi non economici delle comunità e dei singoli individui. In tal senso però questi strumenti non sempre forniscono una soluzione adeguata<sup>337</sup> o effettiva, specie quando si intende agire nei confronti delle multinazionali: spesso infatti, soprattutto con riferimento ai rimedi interni, si creano problemi di effettività delle decisioni nei confronti delle multinazionali<sup>338</sup>, episodi di corruzione e pressioni politiche<sup>339</sup>, ma anche problemi giuridico-procedurali, soprattutto in tema di giurisdizione sulle multinazionali<sup>340</sup>, o anche più semplicemente per ragioni di opportunità.

Un ulteriore rilievo in merito al problema della mancata partecipazione delle comunità locali al procedimento arbitrale è che i loro interessi e istanze potrebbero

---

<sup>335</sup> A. ARCURI, *The great asymmetry and the rule of law in international investment arbitration*, in L. E. SACHS – L. JOHNSON – J. COLEMAN, *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2018; ERASMUS INSTITUTE FOR PUBLIC KNOWLEDGE, *An open letter to the chair of uncitral working group iii and to All participating states concerning the reform of the investorstate Dispute settlement: addressing the asymmetry of isds*, disponibile presso <https://www.eur.nl/en/news/erasmus-institute-public-knowledge>; A. ARCURI – F. MONTANARO, *Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties*, cit., p. 2793.

<sup>336</sup> A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., pp. 63 – 64.

<sup>337</sup> Proprio questo era il problema, ad esempio, nel già citato caso *Biloune c. Ghana*.

<sup>338</sup> Emblematico in tal senso la vicenda *Chevron/Texaco c. Ecuador*. Si veda sul punto *Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)*, disponibile presso <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/texacochevron-lawsuits-re-ecuador-1/>, consultato il 23/12/2022.

<sup>339</sup> T. ISHIKAWA, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, cit., p. 35.

<sup>340</sup> J. J. NEDUMPARA – A. LADDHA, *Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, cit., p. 1833.

essere introdotti in giudizio da parte dello Stato, che si farebbe così portatore degli interessi generali della propria popolazione. Tale affermazione è condivisibile, sebbene non sempre lo Stato potrebbe aver interesse, volontà o capacità per farsi portatore delle istanze della popolazione<sup>341</sup>, anche perchè potrebbe essere coinvolto nelle violazioni<sup>342</sup> ovvero potrebbe introdurre tali istanze in modo non particolarmente efficace.

È stato inoltre evidenziato che, in generale, l'arbitrato Stato – investitori potrebbe non essere il luogo più adeguato a controversie riguardanti la tutela di alcuni specifici interessi quali quello alla tutela del patrimonio culturale, a causa delle difficoltà degli stessi arbitri nel bilanciare i diversi interessi in gioco e a causa della giurisdizione limitata, che impedirebbero al tribunale arbitrale di pronunziarsi su eventuali violazioni dei diritti delle popolazioni indigene compiute da parte dello Stato<sup>343</sup>. D'altra parte, è lo stesso sistema arbitrale, per come concepito, che rende difficoltoso integrare adeguatamente la tutela dei diritti degli indigeni negli arbitrati, a causa della mancanza, in sede arbitrale, di esperti in materia, nonché della scarsa conoscenza di questa tematica da parte degli arbitri stessi<sup>344</sup>. Anche l'assenza di *binding precedent* impedisce agli arbitri, almeno in linea di principio, di acquisire pienamente conoscenze, competenze o principi già elaborati in precedenti casi simili<sup>345</sup>.

Nondimeno, in svariate occasioni l'arbitrato di investimenti è stato il vero e proprio terreno di scontro fra tutela degli indigeni, del patrimonio culturale e interessi degli investitori. Sul punto autorevole dottrina ha evidenziato come questo scontro sia avvenuto in quattro diverse modalità<sup>346</sup>. In un primo, ristretto, numero di casi, era lo stesso investitore ad invocare la tutela del *cultural heritage*<sup>347</sup>. In un secondo gruppo di

---

<sup>341</sup> L. COTULA – M. SCHRÖDER, *Community perspectives in investor-state arbitration*, cit., p. 30.

<sup>342</sup> I. T. ODUMOSU-AYANU, *Local communities, environment and development*, cit.; AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria (Communication No. 155/96)*, (27/5/2002).

<sup>343</sup> V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, cit., p. 477.

<sup>344</sup> *Ibidem*, pp. 476 – 477.

<sup>345</sup> *Ibidem*, pp. 476 – 477.

<sup>346</sup> *Ibidem*, pp. 472 – 476.

<sup>347</sup> Si pensi al caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. USA*, UNCITRAL, award (12/1/2011).

casi, l'investitore lamentava la lesione di propri diritti derivanti dai trattati di investimento a causa di politiche o azioni statali motivate da ragioni di tutela o promozione dei diritti degli indigeni e del patrimonio culturale<sup>348</sup>. In un terzo gruppo di casi, l'investitore lamentava di non essere stato protetto da ritorsioni e azioni criminose della popolazione locale, finalizzate a danneggiare ed allontanare l'investitore<sup>349</sup>. Infine, in un quarto gruppo di casi gli indigeni chiedevano di partecipare all'arbitrato, avendo un interesse nella controversia<sup>350</sup>.

In definitiva permangono quindi serie difficoltà per la partecipazione della popolazione civile all'arbitrato, principalmente dovute all'attuale struttura dell'arbitrato di investimenti. Nondimeno, talvolta degli spazi si sono aperti e introdurre o potenziare strumenti sostanziali e processuali potrebbe aprirne di ulteriori<sup>351</sup>.

Anche lo Stato ospitante l'investimento è in linea di principio escluso dai legittimati attivi nell'arbitrato di investimenti e non può dunque agire in sede arbitrale nei confronti degli investitori stranieri. Alla luce di tale deficit, la questione sul ruolo attivo dello Stato in sede arbitrale si è posta principalmente con riferimento alla possibilità di proporre domande riconvenzionali (*counterclaims*). Le domande riconvenzionali, ai fini che qui rilevano, permetterebbero di invocare nei confronti degli investitori le norme interne o internazionali a tutela di interessi generali in caso di violazioni di diritti umani o di danni ambientali compiute da parte delle imprese ricorrenti<sup>352</sup>.

A tal proposito sono però state evidenziate due criticità.

La prima consiste nel possibile difetto di giurisdizione degli arbitri sui

---

<sup>348</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, cit.; *John R. Andre v. Canada*, cit., caso riguardante la limitazione della caccia al caribù unicamente alla popolazione indigena locale, in quanto parte della propria tradizione e fonte di sussistenza.

<sup>349</sup> *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID, n. ARB/08/5, (7/2/2017).

<sup>350</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, cit.

<sup>351</sup> Sul punto si veda il Capitolo 2.

<sup>352</sup> I. SEIF, *Business and Human Rights in International Investment Law*, cit., pp. 1778 – 1781; T. ISHIKAWA, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, cit.; C. L. BEHARRY – M. E. KURITZKY, *Going green: managing the environment through international investment arbitration*, «American University International Law Review», 30 (2015), pp. 383–429, p. 37.

*counterclaims* proposti dagli Stati<sup>353</sup>, questione peraltro controversa non solo con riferimento a domande riconvenzionali su ambiente e diritti umani<sup>354</sup>. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel *leading case Spyridon Roussalis v. Romania*<sup>355</sup>, nel quale il tribunale arbitrale rigettava la domanda riconvenzionale della Romania ritenendo che in base alla formulazione del BIT fra Grecia e Romania la giurisdizione del collegio fosse limitata a controversie riguardanti unicamente obblighi dello Stato ospitante ai sensi del BIT.

La seconda riguarda la corretta individuazione della legge applicabile nel *counterclaim*<sup>356</sup>. Il riferimento sotto questo profilo potrebbe andare alla legge nazionale del Paese ospitante, ovvero a fonti internazionali. Nel primo caso sarebbe però necessario uno specifico riferimento nei trattati a tale possibilità e all'esistenza, nella legge interna, di standard adeguati di tutela. Nel secondo caso, invece, c'è un problema di incertezza delle fonti, soprattutto con riferimento alla tutela dell'ambiente: ad oggi non esistono fonti specifiche riguardanti la responsabilità internazionale degli investitori stranieri e inoltre molto spesso gli standard di tutela ambientale sono contenuti in strumenti di *soft law*, caratterizzati da ampiezza e indeterminatezza, sicché sembra complesso che questi siano idonei a fondare un eventuale *counterclaim* ambientale<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> I. SEIF, *Business and Human Rights in International Investment Law*, cit., p. 1779; C. BALTAG, *Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration*, (24/7/2018) [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/human-rights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>], consultato il 23/12/2022; F. POON – I. C. POPOVA, *From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties*, «BCDR International Arbitration Review», 2/Issue 2 (1/12/2015), pp. 223–260; D. BONETTO, *Counterclaims in Investment Treaty Arbitration: an analysis of the procedural hurdles*, «Diritto del commercio internazionale», 1 (2021), pp. 11 – 19.

<sup>354</sup> D. BONETTO, *Counterclaims in Investment Treaty Arbitration: an analysis of the procedural hurdles*, cit. evidenzia che il problema dei *counterclaims* invero è più generale e non limitato alla tutela di interessi non economici, in quanto sono diverse le questioni giuridiche necessarie da risolvere affinché lo stesso sia legittimo, sottolineando anche che molto spesso i trattati nulla dicono su questa possibilità ovvero forniscono indicazioni molto generali, quali ad esempio l'art. 46 ICSID che sul punto ammette domande riconvenzionali “*riferentesi direttamente all’oggetto della controversia, alla condizione che il consenso delle Parti si estenda anche a tali domande e che esse siano di competenza dell’ufficio*”.

<sup>355</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID, n. ARB/06/1, (7/12/2011).

<sup>356</sup> I. SEIF, *Business and Human Rights in International Investment Law*, cit., p. 1780; C. BALTAG, *Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration*, cit.

<sup>357</sup> S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 605.

Il problema dell'individuazione di standard specifici in base ai quali fondare un *counterclaim* emerge chiaramente nel noto caso *Urbaser c. Argentina*<sup>358</sup>, riguardante l'asserita violazione da parte di Urbaser del diritto fondamentale all'accesso all'acqua e nel quale si afferma che “*even though several initiatives undertaken at the international scene are seriously targeting corporations human rights conduct, they are not, on their own, sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights law. The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual*”<sup>359</sup>.

Anche in ragione di tali criticità, il numero di *counterclaims* proposti e decisi a favore dello Stato, specialmente su questioni connesse a interessi non economici, è ad oggi estremamente ridotto. Ad esempio nel già citato caso *Urbaser c. Argentina*<sup>360</sup> il tribunale ammetteva la legittimità del *counterclaim* proposto da parte dell'Argentina, salvo poi però rigettarlo nel merito ritenendo che non fosse stata dimostrata l'esistenza di un obbligo positivo dell'investitore a garantire l'accesso all'acqua alla popolazione, né in base al diritto internazionale né in base al contratto fra Argentina e Urbaser.

Nonostante tale esito, la dottrina ha comunque osservato che il caso Urbaser rimane significativo in quanto dimostra che superando i problemi connessi alla giurisdizione ed alla legge applicabile sarebbe possibile che un tribunale arbitrale giudichi su *counterclaims* connessi alla violazione di diritti umani da parte dell'investitore<sup>361</sup>. Il tribunale arbitrale nel caso Urbaser ha effettivamente affermato che “*it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law*”<sup>362</sup>.

Analogamente, nel caso *David Aven c. Costa Rica*<sup>363</sup>, è stato ribadito che “*This*

---

<sup>358</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID, n. ARB/07/26, (8/12/2016).

<sup>359</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID, n. ARB/07/26, (8/12/2016), par. 1195.

<sup>360</sup> *Ibidem*

<sup>361</sup> U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 29.

<sup>362</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, cit., par. 1195.

<sup>363</sup> *David R. Aven and Others v. Costa Rica*, ICSID, n. UNCT/15/3, (18/9/2018).

*Tribunal shares the views of Urbaser Tribunal that it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law. It is particularly convincing when it comes to rights and obligations that are the concern of all States, as it happens in the protection of the environment*<sup>364</sup>.

Di esito migliore sono stati i casi *Perenco c. Ecuador*<sup>365</sup> e *Burlington c. Ecuador*<sup>366</sup>. In essi lo Stato ospitante proponeva due distinti *counterclaims* sulla base della legge nazionale ecuadoriana a causa di gravi danni ambientali prodotti nella regione amazzonica del Paese derivanti da sversamenti petroliferi imputabili alle due società. In entrambi i casi le domande riconvenzionali proposte dall'Ecuador venivano ritenuti legittime e accolte da parte del tribunale arbitrale, che condannava le due società ad un risarcimento dei danni nei confronti dello Stato ospitante. Ad ogni modo, sebbene i due casi siano senz'altro rilevanti per i temi qui in esame, rimangono allo stato attuale dei casi isolati.

In definitiva, quindi, i limiti ad oggi esistenti nell'utilizzo dei *counterclaims* fanno emergere un'evidente disparità: mentre l'investitore ha la possibilità di agire liberamente nei confronti dello Stato per una qualunque violazione dei trattati di investimento o del contratto con il Paese ospitante, quest'ultimo a contrario non ha generalmente alcuna possibilità di agire autonomamente nei confronti dell'investitore in sede arbitrale, salvo ipotesi limitate e a seguito di azioni iniziate da parte dell'investitore. Ciò restringe notevolmente le possibilità di proporre, in via principale o incidentale, questioni legate ad interessi non economici.

In conclusione, l'arbitrato di investimenti ad oggi presenta molteplici ostacoli alla tutela di interessi non economici.

Si potrebbe però fare una riflessione più generale sulla stessa utilità del sistema arbitrale per la tutela di interessi non economici, in quanto il problema dell'utilizzo dell'arbitrato per tali scopi ha probabilmente radici più profonde. L'arbitrato interviene infatti *solamente ex post*, a seguito di un fatto già commesso, ed ha come unico rimedio

---

<sup>364</sup> *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID, n. UNCT/15/3 (18/9/2018).

<sup>365</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*, ICSID, n. ARB/08/6, (27/9/2019). Si veda in particolare la decisione sul *counterclaim* dell'11.08.2015.

<sup>366</sup> *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID, n. ARB/08/5, (7/2/2017).

quello del risarcimento del danno<sup>367</sup>. Questo approccio non può ritenersi soddisfacente né dal punto di vista dell'investitore, che prima subisce una lesione dei propri diritti e che nella migliore delle ipotesi ottiene una riparazione a seguito dell'arbitrato; né dal punto di vista dello Stato ospitante, dato che l'arbitrato produce in ogni caso un dispendio di risorse e che, anche in caso di esito favorevole, permette all'investitore di mettere in discussione le scelte pubbliche funzionali alla tutela di interessi generali<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, cit., p. 431.

<sup>368</sup> *Ibidem*, pp. 431, 432. L'A. ritiene pertanto preferibile un approccio *ex ante*, prima dell'insorgere della controversia ed in fase di redazione dei trattati di investimento. Si ritiene condivisibile questo orientamento, che è quello adottato anche nel presente lavoro.

## PARTE SECONDA

### **Introduzione.**

La seconda parte del presente lavoro si concentra sui trattati di investimento e analizza il rapporto fra alcune delle clausole ivi contenute e gli interessi non economici.

Si procederà a verificare se tali clausole:

- Contengano riferimenti ad interessi non economici, direttamente o indirettamente;
- Costituiscono un ostacolo alla tutela e promozione di interessi non economici;
- Permettano, a contrario, la tutela e promozione di interessi non economici.

L'analisi si concentra sul testo degli attuali trattati di investimento e sulle proposte più recenti, anche alla luce della principale giurisprudenza arbitrale e delle considerazioni svolte in dottrina. Per ogni clausola viene analizzato lo stato dell'arte, a livello di diritto positivo e giurisprudenziale. In seguito, viene svolto un giudizio sulle principali criticità e sui principali vantaggi di ciascuna clausola.

L'obiettivo di questo capitolo è analizzare quali clausole nei trattati internazionali di investimento potrebbero meglio promuovere e tutelare interessi non economici e quali sono i problemi o le criticità che dovrebbero essere tenuti in considerazione in sede di interpretazione delle clausole esistenti e nella redazione dei futuri trattati. Tutto ciò al fine di individuare quali clausole sarebbero preferibili e come renderle efficaci.

Si ritiene, sotto questo profilo, che la riforma degli IIAs sia il tema centrale del diritto internazionale degli investimenti. Questo per più ragioni.

Innanzitutto, perché gli IIAs costituiscono la fonte principale che regola gli investimenti internazionali ed i rapporti fra Stati e fra Stati e investitori. Tali trattati costituiscono inoltre la principale fonte utilizzata negli arbitrati di investimento. Pertanto, se le disposizioni dei trattati di investimento dessero maggiore rilevanza ad interessi non economici e garantissero la possibilità di operare un bilanciamento fra questi ultimi e gli interessi degli investitori, gli arbitri potrebbero allora giungere a decisioni maggiormente equilibrate. Attualmente, ciò non avviene. Le disposizioni, come spiegato, sono spesso *investor oriented* e vincolano pertanto gli arbitri.

In secondo luogo, attualmente gli IIAs danno poco spazio ad interessi non economici e anzi talvolta risultano di ostacolo alla loro tutela e promozione. Sembra

quindi necessaria una riforma sistemica e sistematica, che non si limiti a fare affidamento all'elaborazione giurisprudenziale o a progetti di riforma del sistema di risoluzione delle controversie fra Stati ed investitori, ma che riguardi anche le disposizioni sostanziali dei trattati<sup>369</sup>. Una semplice interpretazione *environmental* o *human rights oriented* dei trattati non sarebbe sufficiente, anche perché lascerebbe aperti notevoli spazi di incertezza e imprevedibilità. L'interpretazione inoltre non assicura un adeguato quadro giuridico di tutela e promozione di quelle voci – o interessi – tradizionalmente esclusi nel diritto internazionale degli investimenti, quali le comunità colpite dalle attività di investimento<sup>370</sup>. Recenti proposte quali quelle del United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III<sup>371</sup> o dell'Unione Europea in tema di creazione di una corte multilaterale sugli investimenti<sup>372</sup> sono proposte senz'altro valide ma insufficienti, in quanto focalizzate solamente sulla dimensione processuale e non anche su quella sostanziale<sup>373</sup>.

In terzo luogo, gli IIAs non hanno solo la funzione di regolare gli investimenti internazionali, ma possono svolgere anche un ruolo promozionale e di influenza politico-economica. L'introduzione di maggiori regole riguardanti interessi non economici può testimoniare il passaggio da un diritto internazionale degli investimenti *investor oriented* ad uno *sustainable development oriented*.

---

<sup>369</sup> Anche A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 594 - 596 evidenziano che la riforma del sistema di risoluzione delle controversie sarebbe insufficiente. È invece preferibile un intervento sistemico e generale sull'intero diritto internazionale degli investimenti, quindi anche sulle norme sostanziali. Così anche R. HOWSE, *Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options*, «Yearbook of European Law», 36 (1/1/2017), pp. 209–236.

<sup>370</sup> A. ARCURI, *Boundary-work and dynamics of exclusion by law: international investment law as a case study*, cit., p. 68.

<sup>371</sup> UNITED NATIONS UNCITRAL, *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*, disponibile presso [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

<sup>372</sup> Si veda la proposta dell'Unione Europea *Multilateral Investment Court project*, (29/1/2021), disponibile presso [https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en).

<sup>373</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit.; R. HOWSE, *Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options*, «Yearbook of European Law», 36 (1/1/2017), p. 220, nota 17.

In quarto luogo, tali clausole potrebbero imporre a Stati ed investitori obblighi in materia di diritti umani e ambiente e colmare in parte delle lacune del diritto interno.

In definitiva, si ritiene che i trattati di investimento, adeguatamente riformati, potrebbero contribuire a creare un quadro giuridico internazionale per una *governance* degli investimenti internazionali, nei quali vengano presi in considerazione non solo gli interessi degli investitori, ma tutti quegli interessi e quei soggetti coinvolti nelle attività internazionali di investimento.

### CAPITOLO 3.

#### IL PREAMBOLO DEI TRATTATI INTERNAZIONALI DI INVESTIMENTO

##### 1. Introduzione e definizione.

Il preambolo definisce in termini generali l'oggetto, lo scopo e le motivazioni delle parti in un trattato<sup>374</sup>, costituendone *l'anima e lo spirito*<sup>375</sup>.

Le funzioni svolte dal preambolo sono molteplici.

La prima e più importante è la funzione interpretativa dei trattati<sup>376</sup>: le disposizioni del trattato vanno interpretate conformemente alle indicazioni che emergono dal preambolo (si veda sul punto anche l'art. 31 par. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969). Invero, è stato osservato che il preambolo può svolgere una funzione interpretativa solamente nelle ipotesi in cui sia stato formulato con sufficiente precisione<sup>377</sup>.

Le altre funzioni del preambolo sono la funzione suppletiva, cioè la possibilità di colmare le lacune presenti nel testo del trattato; la funzione di incorporazione, nel senso che il preambolo può richiamare altre fonti esterne al trattato, rendendole applicabili o invocabili in caso di eventuali controversie; la funzione precettiva, che consiste nell'introduzione di doveri od obblighi per le parti, sebbene tale funzione sia decisamente poco comune<sup>378</sup>.

---

<sup>374</sup> M. M. MBENGUE, *The notion of preamble*, in *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (Online Edition)*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>375</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2022, p. 269.

<sup>376</sup> M. M. MBENGUE, *The notion of preamble*, cit.; B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 116 – 125. Si veda sul punto anche

<sup>377</sup> M. M. MBENGUE, *The notion of preamble*, cit.; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, (28/11/1958).

<sup>378</sup> M. M. MBENGUE, *The notion of preamble*, cit.; G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*, «Brit. Yb Int'l L.», 33 (1957), pp. 223 – 224.

Nel diritto internazionale degli investimenti il preambolo è spesso tenuto in considerazione dagli arbitri per interpretare gli IIAs e le loro clausole, poiché le norme contenute in questi trattati sono spesso generiche<sup>379</sup>.

Il preambolo è forse la parte degli IIAs nella quale riferimenti ad ambiente, sviluppo sostenibile e diritti umani compaiono più spesso. In particolare negli IIAs di ultima generazione è ormai prassi ricorrente inserire riferimenti ad ambiente, diritti umani, diritti dei lavoratori<sup>380</sup>, sviluppo sostenibile e *right to regulate*<sup>381</sup>. Nel diritto internazionale dell'economia l'introduzione di riferimenti ad interessi non economici nel preambolo dei trattati non è una prassi isolata al settore degli investimenti, ma è anzi ben nota ad esempio nell'ambito del WTO e dell'*International Trade Law*<sup>382</sup>.

Nel diritto internazionale degli investimenti tale prassi è come accennato piuttosto recente. Sino agli inizi degli anni '90 il preambolo dei trattati di investimento non menzionava mai interessi non economici e si concentrava piuttosto sul rimarcare la volontà di creare un clima stabile per gli investitori e gli investimenti internazionali, o sull'importanza della cooperazione economica fra i Paesi<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> I. I. BROWER – H. CHARLES, *Obstacles and pathways to consideration of the public interest in investment treaty disputes*, «Yearbook on International Investment Law & Policy», 2009, p. 375; R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, cit., pp. 29 ss.

<sup>380</sup> Sullo specifico caso dei diritti dei lavoratori si veda S. BRUGNATELLI, *International Investment Law and International Protection of Workers' Rights*, cit.

<sup>381</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 18, riportano che nel 2014 la percentuale di trattati contenenti riferimenti ad interessi non economici nel preambolo fosse del 7.4%, e che la stragrande maggioranza di questi fosse costituita da BIT di ultima generazione.

Fra gli esempi più recenti e completi si vedano ad esempio l'FTA fra Nuova Zelanda e Taiwan del 2013 o il BIT fra Australia e Uruguay del 2019.

<sup>382</sup> A. GIANANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC*, cit., p. 81; V. VADI, *Human rights and investments at the WTO*, cit.

Si veda in particolare l'accordo di Marrakech del 1994, che nel preambolo menziona sviluppo sostenibile, ambiente, innalzamento degli standard di vita. In giurisprudenza si veda ad esempio WTO APPELLATE BODY, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, (15/5/1998), (15/5/1998).

<sup>383</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, cit., p. 195.

A partire dagli anni '90 cominciarono ad essere inseriti dei primi riferimenti, in particolare all'ambiente e alla tutela dei lavoratori. Uno fra i primi casi è il NAFTA<sup>384</sup>, che nel preambolo menziona proprio la tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile e i diritti dei lavoratori. Simili riferimenti iniziarono ad emergere in alcuni BITs degli stessi anni, in particolare negli accordi conclusi da parte degli Stati Uniti<sup>385</sup>.

Nel corso degli anni successivi, simili riferimenti nel preambolo degli IIAs sono diventati sempre più numerosi<sup>386</sup>. Ciò probabilmente anche per la presa di coscienza del numero crescente di casi in cui gli investitori contestavano misure pubbliche finalizzate a proteggere obiettivi legittimi di politica interna, quali la protezione sociale e ambientale<sup>387</sup>. A livello quantitativo, basti pensare che fra il 1959 e il 2010 i riferimenti ad interessi non economici nel preambolo comparivano solo nell'8% dei trattati, mentre fra il 2010 e il 2016 sono stati inseriti nel 56% dei nuovi IIAs<sup>388</sup>.

Guardando alla situazione attuale la prassi non è uniforme e, a seconda degli Stati e del contesto, il preambolo degli IIAs fa riferimento a concetti diversi: ambiente, sviluppo sostenibile, diritti dei lavoratori, *right to regulate*. Rimangono invece piuttosto rari i riferimenti al concetto di "diritti umani"<sup>389</sup>, confermando la maggiore attenzione

---

<sup>384</sup> Il preambolo del NAFTA prevede espressamente: “*UNDERTAKE each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation; (...) PROMOTE sustainable development; STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations; and PROTECT, enhance and enforce basic workers' rights*”.

<sup>385</sup> R. YOTOVA, *Balancing economic objectives and environmental considerations in new EU investment agreements*, cit. Si vedano ad esempio il BIT Mozambico – Olanda del 2001; Giappone – Vietnam del 2003; BIT USA – Bielorussia del 1994, che menziona il benessere della popolazione e i diritti dei lavoratori; BIT USA – Uzbekistan del 1994, che menziona anche l'ambiente.

<sup>386</sup> H. CIURTIN, *Beyond the Norm: The Hermeneutic Function of Treaty Preambles in Investment Arbitration and International Law*, «Rom. Arb. J.», 9 (2015), pp. 73 – 74.

<sup>387</sup> S. A. SPEARS, *Making way for the public interest in international investment agreements*, in C. BROWN – K. MILES (a cura di), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, pp. 271–297.

<sup>388</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2017*, (2017), disponibile presso <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2017>, p. 122. Il report si riferisce in particolare a *protection of health and safety, labour rights, environment or sustainable development*.

<sup>389</sup> UNCTAD International Investment Agreements Navigator, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

degli accordi di investimento per la tematica ambientale, come spiegato nel primo capitolo.

È stato sottolineato che il preambolo può costituire lo strumento di ingresso, nei trattati di investimento, della *corporate social responsibility*<sup>390</sup>. Ne è un esempio l'FTA fra Canada e Colombia del 2008, contenente anche un capitolo sugli investimenti, che nel preambolo espressamente afferma fra gli obiettivi del trattato di “*Encourage enterprises operating within their territory or subject to their jurisdiction, to respect internationally recognized corporate social responsibility standards and principles and to pursue best practices*”<sup>391</sup>. Simili disposizioni si rinvengono più di recente in un crescente numero di IIAs<sup>392</sup>. È interessante evidenziare che in alcuni accordi la *corporate social responsibility* non appare nel preambolo del trattato, ma è poi oggetto di specifiche disposizioni nel testo, come ad esempio nel BIT Hong Kong, China SAR – Messico del 2020<sup>393</sup>. Ciò non significa però che queste disposizioni producano effetti vincolanti o più incisivi rispetto al preambolo, poiché potrebbero comunque essere generiche, non prevedere obblighi specifici ed essere prive di meccanismi di *enforcement*<sup>394</sup>. Lo stesso norma del BIT Hong Kong, China SAR – Messico è meramente esortativa e prevede solo un invito, per i Paesi contraenti, ad incoraggiare le imprese che operano nel loro territorio o che sono soggette alla loro giurisdizione ad incorporare volontariamente nelle proprie politiche interne standard, linee guida e principi di responsabilità sociale delle imprese riconosciuti a livello internazionale e sostenuti dalle Parti contraenti<sup>395</sup>.

L'evoluzione del preambolo degli IIAs non si coglie soltanto sotto il profilo quantitativo, ma anche qualitativo: col tempo, i riferimenti ad interessi non economici

---

<sup>390</sup> A. BONFANTI, *Applying Corporate Social Responsibility to foreign investments*, cit., pp. 242 – 245.

<sup>391</sup> Canada – Colombia FTA, 2015.

<sup>392</sup> Si vedano ad esempio: FTA Canada – Perù, 2008; FTA Canada – Panaman, 2009; BIT Ungheria – San Marino, 2022; FTA EFTA - Moldova, 2023.

<sup>393</sup> Si veda ad esempio il BIT Hong Kong, China SAR – Messico del 2020, art. 13. Una disposizione simile si rinvia ad esempio nel BIT India – Kyrgyzstan del 2019.

<sup>394</sup> Sugli specifici problemi del modo di formulare le clausole all'interno dei trattati si rinvia al prosieguo del presente capitolo.

<sup>395</sup> BIT Hong Kong, China SAR – Messico, 2020, art. 13. Nel BIT India – Kyrgyzstan si utilizza invece la formula *shall endeavour*.

sono diventati più specifici<sup>396</sup>. Un esempio di questa evoluzione è rappresentato dai due modelli di BITs degli Stati Uniti del 1994 e del 2004. Il modello del 1994 faceva un generico riferimento alla necessità di tenere in considerazione la tutela dell'ambiente e dei lavoratori nelle politiche economiche e di investimento. Il successivo modello del 2004, invece, afferma più specificamente che gli obiettivi economici in materia di investimenti andranno perseguiti *“in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”*<sup>397</sup>. Un altro esempio di preambolo particolarmente chiaro e specifico è, paradossalmente, quello contenuto nella Carta dell'Energia, che afferma: *“Recalling the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution and its protocols, and other international environmental agreements with energy-related aspects; and Recognising the increasingly urgent need for measures to protect the environment, including the decommissioning of energy installations and waste disposal, and for internationally-agreed objectives and criteria for these purposes”*<sup>398</sup>. Anche i preamboli dei trattati di investimento conclusi da parte dell'Unione Europea sono molto puntuali in merito, soprattutto con riferimento all'ambiente<sup>399</sup>, sebbene il testo sia in parte diverso fra i vari accordi. Ad esempio, mentre nell'accordo fra UE e Vietnam il preambolo sottolinea la volontà delle parti di rafforzare i rapporti economici e commerciali coerentemente con elevati standard ambientali e di sviluppo sostenibile internazionalmente riconosciuti<sup>400</sup>, l'accordo fra UE e Corea del Sud non parla di elevati standard internazionali, ma prima riafferma un generico impegno delle parti a livello sociale ed ambientale ed in seguito chiarisce cosa comporti questo impegno con una formulazione che ricorda da vicino

---

<sup>396</sup> H. CIURTIN, *Beyond the Norm: The Hermeneutic Function of Treaty Preambles in Investment Arbitration and International Law*, «Rom. Arb. J.», 9 (2015), pp. 73 – 74.

<sup>397</sup> US Model BIT 2004, disponibile presso <https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>.

<sup>398</sup> ECT, Preamble.

<sup>399</sup> Si vedano in particolare gli accordi con Canada, Vietnam, Singapore.

<sup>400</sup> FTA EU – Vietnam, 2019, preamble: *“DETERMINED to strengthen their economic, trade and investment relationship in accordance with the objective of sustainable development, in its economic, social and environmental dimensions, and to promote trade and investment under this Agreement in a manner mindful of high levels of environmental and labour protection and relevant internationally recognised standards and agreements”*.

l'art. XX del GATT e la relativa giurisprudenza, compreso il *necessity test* elaborato dalla giurisprudenza del WTO<sup>401</sup>.

La prassi di inserire riferimenti ad interessi generali e non economici nel preambolo degli IIAs sembra quindi ormai diffusa e diversificata. È opportuno allora valutarne gli aspetti positivi e quelli negativi.

## 2. I vantaggi dell'introduzione di riferimenti non economici nel preambolo degli IIAs.

La presenza di riferimenti ad ambiente o diritti umani nel preambolo può costituire un primo ed importante punto di ingresso di considerazioni non economiche negli arbitrati di investimento<sup>402</sup>.

Gli aspetti positivi di tale prassi sono connessi alle funzioni svolte dal preambolo.

Il vantaggio principale riguarda la funzione interpretativa. La presenza di riferimenti ad interessi non economici può infatti favorire interpretazioni *environmental* o *human rights oriented* degli IIAs ed influenzare le decisioni degli arbitri<sup>403</sup>. Ciò

---

<sup>401</sup> FTA UE – Corea del Sud, 2011, preamble: “*REAFFIRMING their commitment to sustainable development and convinced of the contribution of international trade to sustainable development in its economic, social and environmental dimensions, including economic development, poverty reduction, full and productive employment and decent work for all as well as the protection and preservation of the environment and natural resources; (...) RECOGNISING the right of the Parties to take measures necessary to achieve legitimate public policy objectives on the basis of the level of protection that they deem appropriate, provided that such measures do not constitute a means of unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade, as reflected in this Agreement*”. Così A. DE LUCA, *Non trade values protection and investment protection in EU investment policy*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, Londra, 2013, pp. 150 – 151.

<sup>402</sup> V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 99.

<sup>403</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, cit., pp. 198 – 199; A. BONFANTI, *Applying Corporate Social Responsibility to foreign investments*, cit., p. 243; D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, cit., pp. 269 ss.; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 16; V. VADI, *Human rights and investments at the WTO*, cit., pp. 171 – 172; H. CIURTIN, *Beyond the Norm: The Hermeneutic Function of Treaty Preambles in Investment Arbitration and International Law*, cit.; S. A. SPEARS, *Making way for the public interest in international investment agreements*, cit., pp. 290 ss.; A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 57; UNCTAD, *UNCTAD's Reform*

riguarda in particolare l'interpretazione di quelle clausole dei trattati di investimento che presentano un contenuto ampiamente indeterminato, come ad esempio le clausole FET<sup>404</sup>. Contemporaneamente, la presenza di tali riferimenti nel preambolo potrebbe ostacolare interpretazioni eccessivamente *investor oriented*<sup>405</sup>.

Una seconda, importante funzione che possono svolgere i riferimenti ad interessi non economici all'interno del preambolo è di tipo politico, nel senso di testimoniare un mutamento di valori ed un cambio di paradigma e di mentalità nel diritto internazionale degli investimenti. Il testo del preambolo infatti fornisce un segnale forte delle intenzioni degli Stati, anche nei confronti degli investitori e della loro legittima aspettativa<sup>406</sup>.

Una possibile terza funzione del preambolo è quella di incorporazione o rinvio. Il preambolo infatti può contenere riferimenti a fonti di diritto internazionale – sia di *hard* che di *soft law* – riguardanti l'ambiente o i diritti umani. Oltre al già menzionato caso dell'ECT, anche i trattati di investimento dell'Unione Europea<sup>407</sup> contengono rinvii ad altre fonti di diritto internazionale. Ad esempio il CETA nel preambolo richiama la Dichiarazione Universale sui diritti umani del 1948, la UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions del 2005, le linee guida OSCE sulla responsabilità delle multinazionali. Altro importante esempio,

---

*Package for the International Investment Regime (2018 edition)*, (2018), disponibile presso [https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD\\_Reform\\_Package\\_2018.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf), p. 42.

<sup>404</sup> UNCTAD, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments*, cit., p. 16. Gli esempi sono numerosi. Si pensi ad esempio ai casi *Saluka Investments B.V. v. Repubblica Ceca*, partial award, UNCITRAL, (17/3/2006), par. 298 ss.; *Siemens A.G. v. Argentina*, decision on jurisdiction, ICSID, (3/8/2004); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, award, ICSID, (22/5/2007).

<sup>405</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, cit., p. 199.

<sup>406</sup> *Ibidem*, pp. 198 – 199; D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, cit., p. 271; UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime (2018 edition)*, cit., p. 42; J. RUDALL, *Greening International Investment Agreements*, in D. DAM-DE JONG – F. AMTENBRINK (a cura di), *Netherlands Yearbook of International Law 2021 (Netherlands Yearbook of International Law)*, Vol. 52, T.M.C. Asser Press, The Hague 2023, pp. 133–160.

<sup>407</sup> CETA, FTA UE - Vietnam, EU – Singapore.

formulato però come un rinvio generale, è costituito dal preambolo del model BIT norvegese del 2015, il quale afferma che “*Desiring to strengthen their economic and investment relations in accordance with the objective of sustainable development in its economic, social and environmental dimensions, and to promote investment in a manner aiming at high levels of environmental, health, safety and labour protection in accordance with relevant internationally recognized standards and agreements in these fields to which they are parties*”.

La funzione di incorporazione potrebbe essere particolarmente importante laddove venisse operato un rinvio a trattati che non sono stati ratificati da tutte le Parti contraenti dell’IIA. La dottrina ha infatti evidenziato dei dubbi sulla possibilità di richiamare, negli arbitrati di investimento, dei trattati internazionali riguardante questioni non economiche che non siano stati ratificati da tutte le parti dell’IIA<sup>408</sup>.

La funzione di incorporazione si lega alle due funzioni del preambolo precedentemente spiegate: da un lato, il preambolo può incorporare specifici standard utili ad interpretare l’IIA; dall’altro, può rimarcare l’importanza di determinate fonti internazionali. Sembra invece difficile immaginare che l’inserimento di tali rinvii possa imporre nuovi vincoli od obblighi alle parti contraenti o agli investitori, visto che raramente il preambolo contiene disposizioni direttamente vincolanti.

La giurisprudenza arbitrale conferma quanto sin qui affermato, soprattutto per la funzione interpretativa del preambolo. In alcune decisioni infatti gli arbitri hanno espressamente richiamato i riferimenti all’ambiente, allo sviluppo sostenibile e alla tutela sociale contenuti nel preambolo per interpretare gli IIAs.

Un esempio importante in questo senso è il caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*<sup>409</sup>, nel quale il trattato applicabile era il NAFTA. Il caso riguardava il divieto introdotto nel 1995 in Canada di esportazione di rifiuti tossici di PCB verso gli Stati Uniti, misura questa che aveva cagionato rilevanti danni economici alla società

---

<sup>408</sup> U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 16 – 17; U.N. I. L. C. S. GROUP – M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007, par. 470 – 472. Il problema si porrebbe ad esempio con riferimento al NAFTA o alla Carta dell’Energia.

<sup>409</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, final award, (30/12/2002).

(statunitense) ricorrente. Gli arbitri, nel primo *partial award*<sup>410</sup>, interpretavano il NAFTA richiamando espressamente il preambolo, nella parte in cui richiede di bilanciare l'obiettivo di creare un mercato efficiente e prevedibile con quello della conservazione e protezione dell'ambiente (“*in a manner consistent with environmental protection and conservation*”<sup>411</sup>). Il tribunale interpretava il NAFTA alla luce di tali disposizioni contenute nel preambolo, affermando che: le Parti del trattato hanno il diritto di stabilire elevati livelli di protezione ambientale; non sono obbligate a compromettere i loro standard solo per soddisfare gli interessi politici o economici di altri Stati; la protezione dell'ambiente e lo sviluppo economico possono e devono sostenersi a vicenda<sup>412</sup>. Successivamente, gli arbitri richiamavano ancora la parte ambientale del preambolo per interpretare la clausola sul *national treatment* (art. 1102 NAFTA) e specificamente la frase “*like circumstances*”. Il tribunale affermava di dover tenere conto dei principi generali che emergono dal contesto giuridico del NAFTA, compresa la sua preoccupazione per l'ambiente, della necessità di evitare distorsioni commerciali non giustificate da reali preoccupazioni ambientali, nonché di circostanze che giustificherebbero un trattamento differenziato fra gli investitori giustificato dalla tutela di interessi pubblici<sup>413</sup>. Alla luce di tale affermazione, il tribunale riteneva che le disposizioni del NAFTA dovessero essere interpretate nel senso di garantire il bilanciamento fra tutela degli investitori e tutela dell'ambiente<sup>414</sup>. Invero, la decisione del tribunale venne presa a favore dell'investitore, ritenendo che la vera motivazione della misura adottata fosse quella di favorire le industrie canadesi a danno di società straniere (come la ricorrente), e non invece una reale esigenza di tutela dell'ambiente<sup>415</sup>. Ciononostante, la sentenza rimane significativa per lo specifico profilo che si sta trattando e per i principi generali affermati.

---

<sup>410</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, partial award, (13/05/2000).

<sup>411</sup> *Ibidem*, par. 196.

<sup>412</sup> *Ibidem*, par. 220.

<sup>413</sup> *Ibidem*, par. 250.

<sup>414</sup> *Ibidem*, par. 250.

<sup>415</sup> *Ibidem*, par. 298.

Sempre in ambito NAFTA vi è il caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*<sup>416</sup>, caso che nasce da alcuni problemi in fase esecutiva di un accordo transattivo fra gli Stati Uniti e alcuni produttori di tabacco. Nel *final award* il collegio, sulla base del preambolo già citato, affermava che l'interpretazione del trattato deve garantire un bilanciamento fra gli interessi degli investitori e gli interessi pubblici (nel caso specifico, il *public welfare*)<sup>417</sup>.

Altro caso particolarmente rilevante è *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*<sup>418</sup>. Ricorrente è la società Eco Oro Minerals, attiva dal 1994 in attività estrattive di oro e argento nella zona settentrionale della Colombia, più precisamente nella regione dei Páramos Santurbán- Berlín, importanti aree naturali protette e fonti idriche fondamentali per diversi milioni di persone. I páramos infatti sono dei filtri naturali dei corsi d'acqua, che la rendono potabile. Eco Oro, dal 1994, aveva investito nel progetto minerario oltre 250 milioni di dollari e, al tempo in cui il progetto era stato avviato, non esisteva alcuna limitazione ad attività minerarie nella zona dei Páramos né era stata ancora istituita alcuna area naturale protetta. La multinazionale aveva anche seguito gli ordinari iter amministrativi previsti dalla legge colombiana e aveva ottenuto prima uno specifico provvedimento amministrativo ed in seguito un'apposita concessione estrattiva. Già ai tempi della concessione si erano però levate le forti proteste della popolazione locale e di alcune ONG a causa dei rischi delle attività estrattive per i delicati ecosistemi dei Páramos Santurbán- Berlín. A partire dal 2010 la Colombia, con successivi interventi normativi, aveva fortemente limitato le aree estrattive e le attività di Eco Oro al fine di salvaguardare tali riserve naturali. L'evento più rilevante era avvenuto nel 2016, quando la Corte Costituzionale colombiana aveva annullato le deroghe contenute nelle leggi

---

<sup>416</sup> *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, award, (12/1/2011).

<sup>417</sup> *Ibidem*, par. 69: “*In the Tribunal's view, terms used in NAFTA such as "investment" should not be construed "broadly" or "narrowly," or in any way other than in accordance with their plain meaning and the normal rules of treaty interpretation as indicated by the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Tribunal notes in this regard that NAFTA involves a balance of rights and obligations, and does not point unequivocally in a single direction. While NAFTA's preamble speaks of promoting investment, it also affirms the need to preserve the NAFTA Parties' "flexibility to safeguard the public welfare"*”.

<sup>418</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, ICSID, No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, (9/9/2021).

minerarie che avevano consentito ad Eco Oro e ad altre società di continuare le proprie attività nella zona dei Pàramos. Sulla base di tale sentenza, l'agenzia nazionale mineraria colombiana aveva quindi annullato i permessi di Eco Oro su tutta la zona facente parte dell'area naturale protetta. La società notificava quindi alla segreteria dell'ICSID la propria intenzione di avviare un arbitrato, affermando che gli interventi della Colombia costituivano espropriazione indiretta e violazione dello standard minimo di trattamento, avendo questi ridotto l'area della concessione di circa il 50% e avendo compromesso anche l'utilizzo della parte rimanente. Nella propria decisione sulla giurisdizione, il tribunale arbitrale richiama il preambolo dell'FTA Canada – Colombia, nella parte in cui afferma “*the Parties [to the FTA] did not view their investment obligations as being at odds with the protection of (...) their environment and human rights obligations.*”<sup>419</sup> and that “*trade and environment policies are mutually supportive*”<sup>419</sup>. Sulla base di tale disposizione il tribunale sosteneva che il trattato deve essere interpretato nel senso che il suo oggetto e scopo sia quello di garantire un quadro commerciale prevedibile per la pianificazione commerciale e gli investimenti, in modo coerente con la protezione e la conservazione dell'ambiente, e che né la protezione dell'ambiente né la protezione degli investimenti sono subordinate all'altra, ma devono coesistere in modo reciprocamente vantaggioso<sup>420</sup>. L'interpretazione offerta dal tribunale è senz'altro condivisibile e valorizza la necessità di effettuare un bilanciamento fra ambiente ed interessi degli investitori, affermando la pari ordinazione fra i due. Meno condivisibili saranno invece le conseguenze che il tribunale farà discendere da tali affermazioni in merito all'interpretazione dell'eccezione ambientale dell'FTA Canada – Colombia (art.2201)<sup>421</sup>.

Altro caso significativo è *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*<sup>422</sup>, riguardante una società di origine statunitense operante in Oman nell'estrazione di materiale calcareo. L'Oman concedeva inizialmente il permesso estrattivo, vincolandolo però al rispetto di alcuni obblighi riguardanti anche la tutela dell'ambiente. L'impresa, nel corso delle attività estrattive, violava tali obblighi e le autorità omaniti, dopo ripetuti avvisi,

---

<sup>419</sup> *Ibidem*, par. 828.

<sup>420</sup> *Ibidem*, par. 829.

<sup>421</sup> Sulle quali si rinvia al paragrafo dedicato alle eccezioni ambientali nel presente capitolo.

<sup>422</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*, ICSID, No. ARB/11/33, award, (3/11/2015).

revocavano la concessione mineraria, imponevano l'interruzione delle attività e successivamente facevano arrestare i vertici societari per non aver rispettato le restrizioni precedentemente ordinate. Fra le ragioni dell'interruzione del rapporto, l'Oman invocava anche la violazione della normativa ambientale nazionale, affermando che la società non aveva richiesto tutti i permessi ambientali necessari previsti e si era resa responsabile di gravi attività inquinanti e lesive dell'ambiente e delle zone boschive circostanti. Il tribunale arbitrale, nella propria decisione, richiamava il preambolo dell'FTA Stati Uniti – Oman nella parte in cui menziona la tutela dell'ambiente ed affermava che l'intero capitolo 17 del trattato (cioè il capitolo dedicato alla tutela dell'ambiente) trovasse il proprio senso di esistere in ragione dell'importanza attribuita dalle parti all'applicazione delle proprie leggi ambientali<sup>423</sup>. In particolare, il tribunale richiamava l'art.17.2.1 del trattato, che obbliga ciascuno Stato a garantire l'effettiva applicazione delle leggi ambientali; nonché proprio il preambolo, nel quale si legge *“strengthen the development and enforcement of environmental laws and policies, promote sustainable development, and implement this Agreement in a manner consistent with the objectives of environmental protection and conservation”*<sup>424</sup>. Secondo il tribunale, il preambolo evidenzia la volontà degli Stati contraenti di garantire efficacia agli obiettivi di protezione e conservazione dell'ambiente<sup>425</sup>. In base a tale interpretazione gli Stati contraenti, secondo gli arbitri, avevano inteso riservarsi un significativo margine di discrezionalità nell'applicazione e nel rispetto delle proprie leggi ambientali<sup>426</sup>. La causa venne infine decisa proprio a favore dell'Oman.

### **3. I limiti dell'introduzione di riferimenti non economici nel preambolo degli IIAs.**

Se quelli appena esaminati sono i vantaggi derivanti dall'utilizzo di concetti non economici nel preambolo dei trattati di investimento, invero vi sono anche alcuni svantaggi o, meglio, dei limiti.

---

<sup>423</sup> *Ibidem*, par. 388 ss.

<sup>424</sup> *Ibidem*, par. 389 e nota 777.

<sup>425</sup> *Ibidem*, par. 389 ss.

<sup>426</sup> *Ibidem*, par. 389, 446.

Innanzitutto, l’inserimento di concetti non economici nel preambolo non garantisce che gli arbitri interpreteranno gli IIAs in senso *environmental* o *social oriented*<sup>427</sup>.

Un esempio in questo senso è il caso *Metalclad v. Messico*<sup>428</sup>. Nella decisione, il trattato applicabile era il NAFTA, nel quale il preambolo fa riferimento alla tutela dell’ambiente e precedente giurisprudenza arbitrale aveva già utilizzato tale preambolo per fornire un’interpretazione *environmental friendly* del trattato. Ciononostante, gli arbitri nella decisione citavano solamente le altre finalità indicate dal preambolo senza menzionare la tutela dell’ambiente<sup>429</sup>. Tale scelta è stata sorprendente, visto che le misure erano state adottate proprio a causa di preoccupazioni ambientali<sup>430</sup>.

Anche nello stesso caso *Eco Oro v. Colombia*<sup>431</sup> il tribunale arbitrale, come spiegato, aveva inizialmente richiamato il preambolo ambientale per dare un’interpretazione *environmental oriented* all’FTA Canada – Colombia ma, successivamente, nell’interpretare le disposizioni sostanziali del trattato invocate dal ricorrente, avrebbe contraddetto quelle stesse ragioni di tutela dell’ambiente precedentemente sostenute<sup>432</sup>.

Pertanto, introdurre concetti quali lo sviluppo sostenibile nel preambolo dovrebbe essere accompagnato da una modifica nella stessa direzione delle disposizioni sostanziali degli IIAs. In caso contrario, non si limiterebbe realmente la discrezionalità degli arbitri e le loro decisioni non diventerebbero maggiormente prevedibili, poiché

---

<sup>427</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, cit., pp. 198 – 199; A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 57; H. CIURTIN, *Beyond the Norm: The Hermeneutic Function of Treaty Preambles in Investment Arbitration and International Law*, cit., p. 74. L’A. sottolinea come il processo esegetico mantenga la propria autorità sul significato delle parole, per quanto numerose o ben correlate sembrino, in quanto è l’unico modo con cui un semplice testo diventa decisione e, quindi, produce effetto normativo.

<sup>428</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID, No. ARB(AF)/97/1, award, (30/8/2000).

<sup>429</sup> Così evidenziato da M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, cit., p. 198.

<sup>430</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, cit., parr. 29 – 69.

<sup>431</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit.

<sup>432</sup> Si veda il paragrafo dedicato alle eccezioni ambientali.

non vi sarebbe alcun obbligo di prendere in considerazione interessi non economici nell'interpretazione dei trattati<sup>433</sup>.

Inoltre, il preambolo negli IIAs non pone mai norme vincolanti né agli Stati né agli investitori<sup>434</sup>. La sua funzione si esaurisce quindi alle finalità interpretative e politico-simboliche, senza imporre regole di condotta o doveri.

Anche il modo in cui il preambolo viene formulato influisce sulla sua efficacia<sup>435</sup>. Le disposizioni contenute nel preambolo spesso sono generiche, esortative, o programmatiche. Concetti quali *ambiente* o *sviluppo sostenibile*, benché presenti, non vengono definiti. Il già citato modello di BIT norvegese del 2015, ad esempio, si riferisce genericamente alla conformità fra l'obiettivo di promuovere gli investimenti e gli standard internazionali in tema di salute, ambiente e sicurezza sul lavoro. Anche il preambolo del NAFTA, sul punto, fissa obiettivi piuttosto generici, come "*Promote sustainable development*".

Infine, parte della dottrina si chiede se davvero il preambolo sia necessario per garantire maggiore spazio alla tutela e promozione di interessi non economici. Tale critica riguarda innanzitutto la funzione di incorporazione di altre fonti di diritto internazionale. È stato evidenziato che, se gli Stati contraenti sono già entrambi parte di un accordo internazionale in materia, ad esempio, di diritti umani o ambiente, menzionare tali accordi nel preambolo non aggiungerebbe nulla di nuovo sul piano normativo<sup>436</sup>. Ugualmente, tale riferimento nel preambolo sarebbe inutile laddove si

---

<sup>433</sup> G. M. ZAGEL, *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, cit., p. 1952.

<sup>434</sup> A. BONFANTI, *Applying Corporate Social Responsibility to foreign investments*, cit., p. 243; D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, cit., pp. 269 – 271; M. H. HULME, *Preambles in treaty interpretation*, «University of Pennsylvania Law Review», 164/5 (2016), p. 1320.

<sup>435</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, cit., pp. 269 – 271, che evidenzia ad esempio come sia dubbio se l'inserimento di concetti molto generali e indeterminati possa essere utilizzata come strumento di difesa in caso di arbitrato promosso per la violazione della clausola FET o delle norme sull'espropriazione indiretta. L'A. cita ad esempio il right to regulate menzionato nel BIT fra Nuova Zelanda e Taiwan del 2013, il *public welfare* menzionato nell'FTA Canada – Honduras del 2013, il testo del preambolo del CECA India – Singapore del 2005 in tema di sviluppo e *right to regulate*.

<sup>436</sup> U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., pp. 16 – 17; B. SIMMA – T. KILL, *Harmonizing investment protection and international human rights*, cit.; U. N. I. L. C. S. GROUP – M.

citassero principi di diritto consuetudinario, che sono quindi validi *erga omnes*<sup>437</sup>. Infine, allo stesso risultato si potrebbe giungere anche mediante l'utilizzo di strumenti già esistenti nel diritto internazionale generale, quale l'art. 31 della Convenzione di Vienna<sup>438</sup>.

Anche con riferimento alla funzione interpretativa del preambolo, non è detto che sia necessario inserire riferimenti ad interessi non economici per ottenere interpretazioni maggiormente bilanciate e non esclusivamente *investor oriented*. Ad esempio nel *partial award* nel caso *Saluka Investments B.V. v. Repubblica Ceca*<sup>439</sup> si afferma che “*The protection of foreign investments is not the sole aim of the Treaty, but rather a necessary element alongside the overall aim of encouraging foreign investment and extending and intensifying the parties’ economic relations. That in turn calls for a balanced approach to the interpretation of the Treaty’s substantive provisions for the protection of investments, since an interpretation which exaggerates the protection to be accorded to foreign investments may serve to dissuade host States from admitting foreign investments and so undermine the overall aim of extending and intensifying the parties’ mutual economic relations*”<sup>440</sup>. Il collegio arbitrale ha quindi ritenuto che adottare un’interpretazione eccessivamente *investor oriented* sarebbe controproducente, in quanto potrebbe rendere gli Stati meno favorevoli ad accogliere gli investimenti stranieri. Tale decisione era stata presa pur in assenza di riferimenti ad interessi non economici all’interno del preambolo del trattato applicabile.

#### 4. Conclusione.

Inserire riferimenti ad interessi non economici nel preambolo degli IIAs è dunque una prassi crescente, condivisibile ed auspicabile.

---

KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, cit., par. 470 – 472.

<sup>437</sup> *Ibidem*.

<sup>438</sup> B. SIMMA – T. KILL, *Harmonizing investment protection and international human rights: first steps towards a methodology*, in C. BINDER – U. KRIEBAUM – A. REINISCH – S. WITTICH (a cura di), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 691–707.

<sup>439</sup> *Saluka Investments B.V. v. Repubblica Ceca*, UNCITRAL, partial award, (17/3/2006).

<sup>440</sup> *Ibidem*, par. 300.

I vantaggi di tale prassi riguardano soprattutto il piano interpretativo e quello politico-simbolico. Non si vedono, a contrario, dei problemi o possibili effetti negativi.

Piuttosto, si ritiene che tale prassi non debba però essere sovrastimata o ritenuta sufficiente per gli obiettivi perseguiti nel presente lavoro. L'utilizzo del preambolo presenta infatti importanti limiti. La giurisprudenza arbitrale, come visto, è contraddittoria e non sempre utilizza adeguatamente i riferimenti all'ambiente o ai diritti umani contenuti nel preambolo. Inoltre, la formulazione generica del preambolo spesso non aggiunge nulla a risultati che potrebbero comunque essere ottenuti in altre vie, ad esempio mediante l'applicazione dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

La giurisprudenza arbitrale su questo tema è comunque recente ed interpretazioni attente ai *public concerns* sembrano in crescita, grazie anche all'utilizzo di riferimenti non economici contenuti nel preambolo.

Gli auspici per il futuro sono quindi due: l'introduzione nel preambolo di riferimenti diffusi e specifici a elementi quali ambiente, diritti umani e sviluppo sostenibile; nonché un maggiore utilizzo di tali riferimenti da parte degli arbitri. Riferimenti più precisi e specifici potrebbero agevolare tali obiettivi.

## CAPITOLO 4.

### LA NOZIONE DI INVESTIMENTO E L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEI TRATTATI DI INVESTIMENTO

#### 1. Introduzione.

Definire il concetto di *investimento* ai sensi di un IIA è fondamentale. Infatti, solo gli *investimenti* definiti come tali ai sensi del trattato rientrano nell'ambito di applicazione dell'IIA e godono delle tutele ivi previste, inclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato di investimenti<sup>441</sup>. La definizione di investimento rappresenta quindi l'*entry point* per gli investitori per ottenere tale tutela<sup>442</sup>.

La nozione di investimento può avere un ruolo fondamentale nella tutela e promozione di interessi non economici per almeno due ragioni: una sanzionatoria o difensiva ed una invece proattiva e di stimolo.

Sotto il primo profilo, si potrebbe impiegare la nozione di investimento protetto ai sensi degli IIAs per escludere dall'ambito di applicazione del trattato gli investimenti non conformi alla normativa interna ed internazionale in materia di diritti umani e ambiente<sup>443</sup>. Ugualmente, si potrebbero escludere le attività di investimento coinvolte in violazioni dei diritti umani, dei lavoratori, di danni ambientali o maggiormente coinvolte nel cambiamento climatico<sup>444</sup>. Si ritiene che il diritto internazionale degli investimenti non dovrebbe tutelare attività illegali o nocive che cagionano danni nei Paesi ospitanti (e non solo)<sup>445</sup>.

Tale approccio sanzionatorio o di esclusione avrebbe diverse vantaggi.

In primo luogo, il rischio di non essere considerati investimenti protetti potrebbe stimolare gli investitori (di ogni settore) a rendersi sin da subito conformi alla normativa

---

<sup>441</sup> D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 74; R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, cit.

<sup>442</sup> UNCTAD, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments*, cit., p. 17.

<sup>443</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 142.

<sup>444</sup> *Ibidem*.

<sup>445</sup> *Ibidem*, pp. 146 ss.

ambientale e sui diritti umani, ad integrare pratiche efficaci di due diligence e di CSR, nonché a rispettare tali normative per l'intero ciclo di vita produttivo. Sul punto, è stato osservato<sup>446</sup> che gli investitori maggiormente interessati alle tutele offerte dagli IIAs sono quelli che operano in settori con costi iniziali più elevati e che risultano maggiormente esposti ad interferenze del Paese ospitante, quali ad esempio l'industria mineraria. Gli investitori con costi iniziali limitati o che operano in attività con poche interferenze governative, come gli investimenti finanziari e obbligazionari, sarebbero invece piuttosto indifferenti al contenuto degli IIAs. Fra queste due tipologie di investimenti, quelli che solitamente cagionano maggiori rischi per l'ambiente e i diritti umani sono i primi<sup>447</sup>. Pertanto, la prospettiva di essere esclusi dall'ambito di applicazione degli IIAs in caso di violazione delle norme sui diritti umani e sull'ambiente dovrebbe incentivare una maggiore vigilanza da parte degli investitori.

In secondo luogo, eviterebbe che imprese responsabili di gravi condotte illecite possano godere del sistema di tutele privilegiato delineato dal diritto internazionale degli investimenti<sup>448</sup>.

In terzo luogo, garantirebbe maggiore trasparenza anche verso gli investitori e una migliore tutela delle loro legittime aspettative. Infatti agli investitori sarebbe chiaro sin dal principio quali sono le attività protette e quali le conseguenze in caso di illeciti<sup>449</sup>.

Oltre che una funzione *sanzionatoria*, la nozione di investimento potrebbe svolgere anche una funzione di protezione, stimolo ed incentivo per investimenti *green* e sostenibili. Attualmente i trattati di investimento non prevedono però distinzioni di disciplina fra le varie tipologie di investimenti<sup>450</sup>.

In quest'ottica il problema principale sarebbe quello di definire le ipotesi in cui un

---

<sup>446</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, Commonwealth Secretariat, 2013, p. 55.

<sup>447</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit., p. 147; J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, cit.; K. CORDES, *Investments and human rights in the agricultural sector*, cit.

<sup>448</sup> Sulle specifiche modalità, si veda oltre.

<sup>449</sup> Sulle specifiche modalità, si veda oltre.

<sup>450</sup> UNCTAD, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments*, cit., p. 17.

investimento dovrebbe essere protetto ai sensi dell’IIA, sulla base di quali presupposti e con quali modalità questo dovrebbe essere deciso. Peraltro, anche il fattore temporale può rendere complessa una simile decisione: un investimento inizialmente sostenibile o legittimo potrebbe divenire insostenibile in un secondo momento o rendersi responsabile di gravi danni all’ambiente o alle comunità locali nel corso delle attività di impresa. Inoltre, un simile approccio creerebbe nuovi oneri a Stati ed investitori, sia nel definire i criteri per decidere quali investimenti proteggere sia nell’elaborare – e applicare – strumenti e procedimenti decisionali ed amministrativi di controllo, o altri meccanismi quali quelli di *due diligence*. Sebbene l’obiettivo possa essere legittimo e favorire una maggiore prevenzione, è incerto se gli Stati e gli investitori sarebbero disposti ad assumersi ulteriori oneri e responsabilità, nonché quale potrebbe essere il rapporto fra una simile prassi e gli arbitrati di investimenti.

Nel prosieguo ci si occuperà delle disposizioni attualmente presenti negli IIAs e delle principali proposte che incidono sul concetto di investimento protetto.

L’obiettivo è di capire se negli IIAs: la nozione di investimento sia coerente con la tutela di interessi non economici; esistano delle modalità per escludere gli investimenti “insostenibili”; sia possibile tutelare unicamente gli investimenti coerenti con la tutela dell’ambiente e dei diritti umani.

## **2. La nozione di investimento e la sua elasticità. Utilizzare la nozione di investimento per escludere la protezione degli investimenti dannosi e per tutelare gli investimenti sostenibili.**

Come spiegato nel primo capitolo, la nozione di investimento nel diritto internazionale degli investimenti è controversa e mutevole. Ai fini che qui rilevano, si ritiene che incidere sulla nozione di investimento permetterebbe da un lato di utilizzare gli IIAs per tutelare progetti *climate friendly*, garantendo agli investitori protezione contro gli abusi del Paese ospitante, e dall’altro lato di escludere invece quegli investimenti che contribuiscono al cambiamento climatico o che si sono resi responsabili di attività illecite<sup>451</sup>.

---

<sup>451</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit., p. 142.

All'interno degli IIAs il concetto di *investimento* ha seguito diversi modelli<sup>452</sup>.

Il primo e più tradizionale modello è quello ampio, che considera investimento ogni asset posseduto o controllato direttamente o indirettamente da parte di un investitore straniero. Talvolta viene anche inserito un elenco aperto ed esemplificativo dei tipi di investimento protetti<sup>453</sup>. In questo modello la nozione di investimento tende ad essere tanto più ampia quanto gli Stati intendano favorire l'esportazione o importazione di capitali stranieri<sup>454</sup>.

Il secondo modello è un'elencazione chiusa ed esaustiva degli asset qualificabili come investimenti o delle loro caratteristiche specifiche, nel quale talvolta vengono espressamente indicate delle tipologie di investimenti esclusi<sup>455</sup>.

Il terzo modello infine definisce l'investimento come la costituzione o l'acquisizione di un'impresa, che è il tipico modello di business associato agli investimenti diretti esteri<sup>456</sup>.

Di questi tre modelli, il primo è il più diffuso ed è stato impiegato anche di recente da parte dell'Unione Europea e dall'IISD<sup>457</sup>, sebbene l'UNCTAD abbia evidenziato che gli ultimi due rappresentino un trend in crescita<sup>458</sup>. Il primo modello potrebbe attrarre un numero maggiore di investimenti ma presenta dei rischi per i fini qui in esame: potrebbe infatti tutelare tipi di attività non considerate dalle parti contraenti e attrarre investimenti con contributi discutibili agli obiettivi di sviluppo (anche sostenibile), oltre a esporre maggiormente gli Stati ad azioni di responsabilità<sup>459</sup>.

---

<sup>452</sup> S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., pp. 570 – 571.

<sup>453</sup> Si veda ad esempio il recente BIT Ungheria – San Marino del 2022.

<sup>454</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 55.

<sup>455</sup> Ad esempio il model BIT SADC, 2017, art. 2.

<sup>456</sup> S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., pp. 570 – 571.

<sup>457</sup> Si veda ad esempio l'art. 1.2.h dell'accordo EU – Vietnam. Il modello IISD del 2006 adotta una nozione ampia, sebbene effettui alcune esclusioni come i *portfolio investments*.

<sup>458</sup> UNCTAD, *Scope and definition*, United Nations, New York, 2011, p. 114.

<sup>459</sup> UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, United Nations, New York, Ginevra, 2015, p. 93; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development*

A livello giurisprudenziale, il punto di riferimento per la nozione di investimento è costituito ancora oggi dal già citato caso *Salini v. Marocco*<sup>460</sup>, ove è stato elaborato il noto Test Salini.

Ai fini che qui rilevano è in particolare il quarto requisito del *Salini test* quello più interessante, cioè il *contributo significativo allo sviluppo del Paese ospitante*<sup>461</sup>. In base a tale requisito, l'investimento estero dovrebbe produrre un beneficio per il Paese ospitante, contribuendo al suo sviluppo<sup>462</sup>. Peraltro anche sulla base del principio di buona fede sembra lecito sostenere che, se un investimento deliberatamente non contribuisce allo sviluppo del Paese ospitante, allora vanificherebbe gli stessi obiettivi del trattato di investimento e di conseguenza non sarebbe meritevole di protezione<sup>463</sup>.

Ammettendo la validità di tale requisito, il concetto di *sviluppo* potrebbe essere inteso come sviluppo sostenibile, o perlomeno potrebbe essere valutato anche il contributo ambientale, sociale e culturale dato dall'investimento al Paese ospitante<sup>464</sup>.

---

*into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 55; *Scope and definition*, cit., p. 113.

<sup>460</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID, n. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, (31/7/2001). Come spiegato nel primo capitolo, i quattro requisiti sono: presenza di apporti in capitale; durata significativa dell'esecuzione del contratto; partecipazione ai rischi dell'operazione economica; contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante l'investimento.

<sup>461</sup> A favore dell'esistenza di tale requisito si vedano in giurisprudenza *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID, n. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, (31/7/2001); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID, No. ARB/05/10, Decision on annulment, (16/4/2009), parr. 80 ss., che peraltro ribalta la decisione presa dal giudice unico in primo grado, nel quale invece il contributo era stato inteso unicamente come contributo economico; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID, No. ARB/98/2, award (5/8/2008), par. 234.

<sup>462</sup> S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 572; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 58; UNCTAD, *Scope and definition*, cit., pp. 120 – 122.

<sup>463</sup> V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 22.

<sup>464</sup> Secondo V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation: Operationalizing the EU Foreign Policy Objective to Global Human Rights Protection*, Vol. 4, Springer International Publishing, Cham 2019, pp. 203 – 204, nel caso dei trattati dell'Unione Europea ad esempio si ritiene che il riferimento allo sviluppo possa essere inteso come sviluppo sostenibile. Questo anche alla

Tale interpretazione è condivisibile e potrebbe garantire maggiore spazio ad interessi pubblici non economici anche a trattati invariati. Questo effetto si rafforzerebbe ulteriormente laddove anche il preambolo contenesse riferimenti allo sviluppo sostenibile o ad interessi non economici<sup>465</sup>. In sede di arbitrato, la lettura combinata delle due norme potrebbe condurre gli arbitri a definire la controversia già sul piano della giurisdizione o dell'ammissibilità, poiché l'investimento *insostenibile* non rientrerebbe nell'ambito di applicazione del trattato<sup>466</sup>.

D'altra parte, il requisito del contributo significativo allo sviluppo è l'elemento del Salini Test più controverso e discusso sia a livello giurisprudenziale che di *policy making*. La giurisprudenza arbitrale ha talvolta contestato o omesso tale requisito, che spesso non viene richiesto nemmeno nella definizione di investimento di molti IIAs<sup>467</sup>.

---

luce anche dell'esistenza di un capitolo intero dedicato allo sviluppo sostenibile. L'A. evidenzia però anche la non completa chiarezza sul punto.

In giurisprudenza si vedano *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, cit., parr. 80 ss., nel quale viene valorizzato il contributo in termini culturali e di impiego della popolazione locale; *Pey Casado v. Chile*, cit., par. 234, nel quale viene rimarcato il valore sociale e culturale dell'importante quotidiano nazionale di proprietà dell'investitore straniero.

<sup>465</sup> Sulle potenzialità di una combinazione fra preambolo e nozione di investimento J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 58.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>467</sup> Si vedano in giurisprudenza *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, ICSID, No. ARB/06/5, award, (15/4/2009), parr. 82 ss., nel quale si afferma che, ove sussistano gli altri tre requisiti, vi sarebbe sempre un contributo al Paese ospitante; *Romak S.A. (Switzerland) v The Republic of Uzbekistan*, PCA, No. AA280, award, (26/11/2009), par. 207; *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, award, (30/7/2009), ICSID, No. ARB/07/21, parr. 36, 43; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID, No. ARB/07/20, award, (14/7/2010), parr. 110–12; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Decision on Jurisdiction, ICSID, No. ARB/06/2, (27/9/2012), parr. 220, 235; *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID, No. ARB/07/16, award, (8/11/2010).

In dottrina si veda ad esempio B. STERN, *The Contours of the Notion of Protected Investment*, «ICSID Review», 24/2 (2009), pp. 534–551; A. CRIVELLARO, *La nozione di investimento e di investitore*, cit.; O. E. GARCÍA-BOLÍVAR, *Defining an ICSID investment: Why economic development should be the core element*, «Investment Treaty News, April 13» (2012).

A livello di prassi si vedano ad esempio il modello BIT USA del 2012, nonché i trattati conclusi dall'Unione Europea.

Rimane inoltre incerto cosa si debba intendere per contributo allo sviluppo e come realizzarlo<sup>468</sup>. In assenza di una definizione chiara, il rischio è che siano gli arbitri a dover decidere cosa si debba intendere per sviluppo, compito senz'altro difficile e dai risultati difficilmente prevedibili<sup>469</sup>.

Un'altra modalità per utilizzare la nozione di investimento ai fini qui in esame potrebbe essere quella di escludere delle tipologie di investimento che tendano ad essere, per loro natura, in conflitto con valori ambientali o sociali<sup>470</sup>. Certi investimenti infatti risultano vantaggiosi esclusivamente sotto un profilo economico.

Un esempio importante e molto discusso in quest'ottica sono gli investimenti portafoglio (*portfolio investment*), che consistono in titoli di debito e azionari finalizzati esclusivamente ad un ritorno economico senza creare un interesse o un controllo duraturo su un'impresa<sup>471</sup>. Questi investimenti difficilmente producono effetti positivi per il Paese ospitante, a causa della loro durata molto breve, della loro natura essenzialmente speculativa, della mancanza di benefici nel Paese ospitante in termini di impiego, sviluppo tecnologico e infrastrutturale<sup>472</sup>.

Un altro esempio potrebbero essere i *junior investors*, cioè investitori sul breve periodo e che compiono attività principalmente speculativa nel settore minerario,

---

Altri trattati però hanno invece menzionato tale requisito, come il model BIT India del 2015. Ugualmente i modelli elaborati dalla SADC e dal PAIC.

<sup>468</sup> S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 572; V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation: Operationalizing the EU Foreign Policy Objective to Global Human Rights Protection*, vol. 4, Springer International Publishing, Cham, 2019, p. 203; UNCTAD, *Scope and definition*, cit., pp. 115, 121, 122.

<sup>469</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 58.

<sup>470</sup> UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., p. 93; S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 571; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., pp. 61 – 62.

<sup>471</sup> I. GOLDSTEIN – A. RAZIN, *Foreign Direct Investment vs. Foreign Portfolio Investment*, National Bureau of Economic Research Cambridge, Mass., USA, 2005.

<sup>472</sup> V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., p. 93; S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 571; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., pp. 61 – 62.

soprattutto in Africa<sup>473</sup>. Tali investitori non sono presi in considerazione in alcun IIA. Gli investimenti nel settore estrattivo e minerario solitamente sono investimenti a lungo termine, producono guadagni solo dopo molto tempo, richiedono il compimento di notevoli e dispendiose attività preliminari e sono particolarmente esposti a rischi politici e regolatori<sup>474</sup>. Per queste ragioni, come spiegato, sono il tipo di investimenti maggiormente interessati alla tutela accordata dagli IIAs<sup>475</sup> e dovrebbero quindi prestare particolare attenzione al rispetto di normative ambientali e sociali<sup>476</sup>. Nel caso di *junior investors* però le logiche di profitto potrebbero prevalere rispetto alle preoccupazioni per la tutela ambientale e sociale, che nel settore minerario sono spesso significative<sup>477</sup>.

In altre ipotesi invece le esclusioni riguardano determinate materie e settori economici. Ad esempio all'art. 1 del BIT Giappone - Emirati Arabi Uniti del 2018, nel quale viene espressamente sancito che gli investimenti riguardanti risorse naturali non rientrano nell'ambito di applicazione del trattato<sup>478</sup>.

Ancora, in dottrina è stato affermato che un approccio coerente con le politiche relative al cambiamento climatico potrebbe condurre ad escludere dall'ambito degli IIAs progetti come miniere di carbone, immobili presso zone costiere o ad alto rischio di inondazioni<sup>479</sup>.

Nonostante vi siano quindi diverse proposte ed esempi concreti, attualmente sono ben pochi i trattati di investimento che escludono alcune tipologie di investimento.

Inoltre, i trattati non prevedono mai una distinzione fra investimenti a basse o alte emissioni di carbonio<sup>480</sup>. È stato allora suggerito di introdurre tale distinzione nei futuri IIAs, prevedendo che solo quelli a basse emissioni rientrino interamente nell'ambito di

---

<sup>473</sup> J. MANDELBAUM – J. LOUTIT, *Extractive industry investments and human rights*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 351.

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 346 ss.

<sup>475</sup> *Ibidem*.

<sup>476</sup> *Ibidem*.

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>478</sup> BIT Giappone – Emirati Arabi Uniti, 2018, art. 1.

<sup>479</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 142.

<sup>480</sup> UNCTAD, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments*, cit., p. 17.

applicazione dei trattati<sup>481</sup>. Per chiarire quali siano gli investimenti a basse emissioni si propone di redigere un'apposita lista, esaustiva o non esaustiva, da aggiornare periodicamente<sup>482</sup>. Per meglio definire quali debbano essere considerati investimenti a basse emissioni si potrebbe inoltre valorizzare quei progetti che analizzano le varie tipologie di investimenti al fine di garantire *disclosure* e trasparenza sulla loro sostenibilità<sup>483</sup>.

Sono stati però sollevati dei dubbi sull'elaborazione di criteri generali, chiari e specifici in grado di definire quali investimenti siano in linea con lo sviluppo sostenibile, poiché gli Stati inevitabilmente dovrebbero bilanciare interessi economici, ambientali e sociali sulla base della singola vicenda concreta<sup>484</sup>. Si è quindi proposto di introdurre una specifica procedura preventiva che valuti *ex ante* il contributo allo sviluppo che il singolo investitore potrebbe apportare e che condizioni l'autorizzazione ad effettuare l'investimento<sup>485</sup>. Secondo questa tesi, applicando tale procedura non sarebbe nemmeno necessario includere il requisito del contributo allo sviluppo nei trattati<sup>486</sup>. Gli stessi autori evidenziano però che una simile verifica potrebbe essere complessa e dovrebbe essere supportata da altri strumenti quali una valutazione di impatto ambientale o sociale e mezzi di cooperazione tecnica<sup>487</sup>.

Entrambe le proposte sono condivisibili e sembrano in parte sovrapponibili, poiché elaborano dei meccanismi preventivi che definiscono anticipatamente gli investimenti ammissibili e meritevoli di tutela ed escludono invece gli investimenti non

---

<sup>481</sup> *Ibidem*, pp. 1, 11, 21, 22.

<sup>482</sup> *Ibidem*.

<sup>483</sup> Tali proposte sono recenti ma potrebbero acquisire grande rilevanza in futuro, anche in ragione della domanda crescente di trasparenza e chiarezza sulla sostenibilità delle attività economico-finanziarie. Sul punto si vedano K. P. SAUVANT – H. MANN, *Towards an indicative list of FDI sustainability characteristics*, «Geneva: ICTSD and WEF», (2017); nonché gli standard elaborati da: Task Force on Climate-related Financial Disclosures, Global Reporting Initiative (GRI), Sustainability Accounting Standards Board (SASB), International Integrated Reporting Council (IIRC), Climate Disclosure Standards Board (CDSB), Carbon Disclosure Project (CDP).

<sup>484</sup> J. A. VAN DUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 59.

<sup>485</sup> *Ibidem*.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

<sup>487</sup> *Ibidem*.

in linea con obiettivi pubblici (anche non economici). Nel primo caso la proposta conduce ad un elenco generale per tipi di investimento, nel secondo invece ad una valutazione del singolo investimento concreto. Il vantaggio del primo consiste in una definizione chiara e a livello sistematico, che richiede meno oneri nel caso concreto. Il vantaggio del secondo consiste in una più attenta valutazione del singolo caso concreto. Entrambe le proposte presentano un vantaggio sia per gli Stati che per gli investitori, soprattutto in termini di prevenzione: gli Stati – astrattamente - ammetterebbero e proteggerebbero investimenti in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, escludendo quelli nocivi; gli investitori, ove ammessi, godrebbero delle tutele previste dagli IIAs e la loro legittima aspettativa sarebbe meglio tutelata.

Se l'approvazione di un progetto di investimento fosse sottoposta ad un rigido procedimento di valutazione, sarebbe ragionevole presumere che l'investimento è economicamente desiderabile ma anche in linea con la tutela di interessi non economici. Di conseguenza, è lecito aspettarsi che lo Stato mantenga l'impegno di protezione stabilito nei suoi confronti. Ugualmente, l'investitore sarebbe maggiormente conscio delle conseguenze che deriverebbero nel caso di violazione degli impegni presi.

Le proposte di modificare la nozione di investimento protetto ai sensi degli IIAs appena esaminate presentano invero due possibili criticità. In primo luogo, gli accordi di investimento, come noto, nascono con l'intenzione di attrarre il maggior numero possibile di investimenti e garantire un contesto prevedibile e favorevole alle attività di investimento<sup>488</sup>. Ci si potrebbe chiedere allora se è opportuno modificare la nozione di investimento in senso restrittivo, dato che potrebbe contrastare con l'idea alla base degli IIAs e con le obbligazioni ivi contenute, lasciando alcuni investimenti privi di regolamentazione internazionale. In secondo luogo, non è detto che gli Stati siano disposti ad operare questa modifica, dato che essa potrebbe ridurre il flusso di capitali e

---

<sup>488</sup> G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, in S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, 2016, p. 28; E. U. PETERSMANN, *Introduction and Summary*, cit., p. 16; A. DE NANTEUIL, *The emergence of international investment law: from state contracts to bilateral investment treaties*, in A. DE NANTEUIL, *International Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 1–39.

investimenti provenienti dall'estero<sup>489</sup>. Il fatto che negli IIAs il modello maggiormente utilizzato di nozione di investimento sia il primo, cioè quello più aperto e che favorisce il maggior numero possibile di investimenti<sup>490</sup>, sembra confermare questa impressione. D'altra parte, come già sottolineato, studi recenti hanno dimostrato che non è certa l'esistenza di una correlazione fra IIAs e numero di investimenti esteri<sup>491</sup>: il timore che una modifica della nozione di investimento possa ridurre il flusso di capitali non è quindi totalmente fondato. Inoltre, una modifica che tenga in considerazione l'aspetto qualitativo, e non solo quantitativo, degli investimenti sarebbe in linea con le tendenze attuali dei flussi mondiali di investimento, che sono sempre più orientati al perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile<sup>492</sup>.

Si ritengono quindi in definitiva condivisibili le proposte spiegate. Modificare unicamente la nozione di investimento ed il concetto di *contributo significativo allo sviluppo* sembra la più immediata ma è, forse, quella più complessa, per le ragioni sopra spiegate e per i forti dubbi sollevati in giurisprudenza. Rimarrebbe inoltre incerto definire cosa si intende per *sviluppo sostenibile* e come individuare gli investimenti sostenibili. Le proposte di introdurre dei meccanismi preventivi che definiscano, o effettuino uno *screening*, sugli investimenti, unite al fatto di tutelare solamente gli investimenti a basse emissioni, sembrano quelle più efficaci e complete. Sembrano inoltre le più vantaggiose sotto un piano di prevenzione, di tutela del legittimo affidamento e di prevedibilità anche delle decisioni arbitrali. Il problema che potrebbe

---

<sup>489</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit., p. 77, evidenzia che i BITs sono uno strumento per attrarre gli investimenti in quanto testimoniano la volontà di favorire e proteggere le imprese straniere.

<sup>490</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 55.

<sup>491</sup> J. W. YACKEE, *Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment-some hints from alternative evidence*, cit. ss.; E. AISBETT, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*, cit.; K. TIENHAARA, *Does the green economy need investor-state dispute settlement?*, cit.; UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, cit., pp. 1998–2014; J. POHL, *Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence*, (2018), disponibile presso <https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment->.

<sup>492</sup> UNCTAD, *World Investment report 2023*, (2023).

porsi è, in questo senso, capire se gli Stati sarebbero disposti ad introdurre simili strumenti.

### ***2.1. L'estensione della nozione di investimento protetto a settori borderline.***

Vi sono alcune tipologie di investimento che tutelano anche interessi non economici ma che storicamente non è certo se possano rientrare nell'ambito di applicazione degli IIAs. Ci si riferisce ad esempio agli investimenti nel settore storico culturale o nella tutela della biodiversità<sup>493</sup>. Includere questi investimenti potrebbe garantire un'adeguata tutela ad investimenti di questo tipo e chiarire maggiormente il quadro normativo ad essi applicabile, garantendo una maggiore prevedibilità delle decisioni arbitrali e una tutela dell'affidamento più specifica<sup>494</sup>.

Nella giurisprudenza arbitrale, anche alla luce della poca chiarezza della nozione di investimento, tali tipologie di investimento sono talvolta state escluse dall'ambito di applicazione degli IIAs e le azioni proposte dagli investitori sono state rigettate nella fase di rito. In particolare, i dubbi principali non hanno riguardato solo il requisito dello *sviluppo* (attualmente non inteso come sviluppo sostenibile) ma anche gli altri requisiti del *Salini Test*, ad esempio la presenza o meno di un ritorno economico dell'investimento.

Caso emblematico in questo senso è la vicenda *Allard v. Barbados*<sup>495</sup>, riguardante la creazione di un santuario per la tutela dell'ambiente e della biodiversità in una zona acquitrinosa delle Barbados. A causa di alcuni guasti nei sistemi di scolo pubblico si verificava uno sversamento di acque reflue nella zona del santuario, causando un grave impatto ambientale e di fatto la distruzione del santuario stesso, che veniva successivamente chiuso<sup>496</sup>. Fra i principali profili esaminati dal tribunale arbitrale vi era anche la nozione di investimento<sup>497</sup>. Infatti, il Governo delle Barbados affermava che lo

---

<sup>493</sup> G. GAGLIANI, *La controversa definizione di 'investimento' alla prova della cultura e del patrimonio culturale e naturale: convergenze, divergenze e possibili integrazioni*, «Diritto del commercio internazionale», 1 (2019), pp. 49 ss.; V. S. VADI, *Investing in Culture: Underwater Cultural Heritage and International Law*, «Vand. J. Transnat'l L.», 42 (2009), pp. 853.

<sup>494</sup> *Ibidem*

<sup>495</sup> *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, cit.

<sup>496</sup> *Ibidem*, parr. 33 – 46.

<sup>497</sup> *Ibidem*, award on jurisdiction, (13/6/2014).

scopo dell'investitore fosse altruistico e non commerciale e che quindi l'investimento non rientrasse nell'ambito di applicazione del BIT, che richiedeva invece il fine economico-commerciale<sup>498</sup>. L'investitore, d'altro canto, riteneva invece che vi fosse anche un fine economico, sebbene modesto, ed infatti il santuario era stato registrato come corporazione e attività *for-profit business*<sup>499</sup>. Si potrebbe peraltro evidenziare il controsenso della posizione delle Barbados, che da un lato avevano registrato l'attività come *for profit* ma poi in sede arbitrale ritenevano che questa non avesse un fine di profitto. Tale aspetto non è stato però affrontato da parte del tribunale.

Gli arbitri sul punto davano ragione all'investitore, affermando che sulla base di diversi indicatori emersi dall'analisi del caso concreto si poteva affermare che l'attività fosse *for profit*<sup>500</sup>. Si sottolineava in particolare che, nonostante il fine filantropico, l'attività avesse una preponderante finalità commerciale. Inoltre, non era necessario determinare se, nel caso concreto, ci fosse stato un ritorno economico effettivo, in quanto ai fini della nozione di investimento protetto ai sensi del BIT era sufficiente dimostrare l'economicità del progetto e la finalità di profitto<sup>501</sup>.

Sebbene il tribunale abbia respinto le richieste dell'investitore nel merito, ai fini qui in esame è importante sottolineare che anche un progetto con un significativo scopo filantropico - in questo caso la tutela dell'ambiente e della biodiversità - può rientrare nell'ambito di applicazione del BIT. È vero che questa conclusione è stata possibile perché l'investimento aveva anche uno scopo economico, ma d'altra parte questo è certamente necessario per poter parlare di "investimento". L'aspetto più importante è che il tribunale abbia ammesso la possibilità di considerare come investimento anche un'attività imprenditoriale in cui lo scopo economico è minimo o anche solo desiderato e che questo non debba essere necessariamente l'unico scopo dell'investitore, ma che questo possa avere anche altri scopi legati a interessi non economici.

Ad ogni modo la giurisprudenza arbitrale non è sempre coerente e mentre in alcuni casi adotta una lettura ampia della nozione di investimento, altre volte ne accoglie invece una restrittiva. La conseguenza è che negli investimenti in settori

---

<sup>498</sup> *Ibidem*, cit., Par. 34.

<sup>499</sup> *Ibidem*, par. 37.

<sup>500</sup> *Ibidem*, parr. 45 ss.

<sup>501</sup> *Ibidem*, par. 52.

*borderline* come quello della cultura, nei quali non è sempre chiaro se vi sia un ritorno economico o un contributo allo sviluppo, permane incertezza<sup>502</sup>.

Introdurre dei chiarimenti all'interno dei trattati, o perlomeno adottare un orientamento giurisprudenziale coerente, potrebbe essere opportuno. Da un lato, permetterebbe di assicurare la tutela di investimenti che di fatto comportano un contributo a livello sociale ed ambientale, non solo economico, al Paese ospitante. Dall'altro, renderebbe la giurisprudenza arbitrale maggiormente prevedibile.

### **3. I legality requirement (in accordance clause).**

Diversi IIAs prevedono che l'investimento avvenga *in accordance with the law of the Host State*. Tale norma, nota anche come *legality requirement*, prevede che l'investitore straniero debba rispettare le leggi del Paese ospitante<sup>503</sup>. Il dato testuale di solito è piuttosto generico e varia da trattato a trattato, riferendosi normalmente ad una generica "conformità alla legge" o tuttalpiù specificando che per legge si intende quella del Paese ospitante<sup>504</sup>.

Ai fini che qui rilevano, il *legality requirement* incide sul concetto di investimento e sull'ambito di applicazione del trattato, poiché richiede che l'investimento, per essere considerato tale, sia conforme alla legge del Paese ospitante e venga ammesso o approvato in base alle sue norme<sup>505</sup>. Pertanto, l'investimento che non rispetta le leggi del Paese ospitante non sarebbe considerato un investimento protetto ai sensi dell'IIA e l'eventuale richiesta di arbitrato verrebbe quindi rigettata da parte del collegio arbitrale<sup>506</sup>.

---

<sup>502</sup> G. GAGLIANI, *La controversa definizione di 'investimento' alla prova della cultura e del patrimonio culturale e naturale: convergenze, divergenze e possibili integrazioni*, cit.

<sup>503</sup> S. W. SCHILL, *Illegal investments in investment treaty arbitration*, «The Law & Practice of International Courts and Tribunals», 11/2 (2012), pp. 281–323.

<sup>504</sup> Un esempio in questo senso è il CETA, che all'art. 8.1. richiede che l'investimento sia *made in accordance with the applicable law at the time the investment is made*.

<sup>505</sup> E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 14

<sup>506</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 71; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 14; J. HEPBURN, *In Accordance with Which Host State Laws?*

In dottrina e giurisprudenza non è però chiaro se la conformità dell'investimento alla legge debba essere qualificata come una questione di ammissibilità, di giurisdizione ovvero di merito e se riguardi la validità dell'investimento o la sua nozione<sup>507</sup>. In alcuni casi poi la norma non è collocata nella parte dedicata alla nozione di investimento e sembra piuttosto un'obbligazione posta in capo all'investitore, più che un elemento costitutivo dell'investimento<sup>508</sup>. La natura dei *legality requirement* non sembra quindi chiara e può dipendere dal testo del singolo trattato<sup>509</sup>.

---

*Restoring the «Defence» of Investor Illegality in Investment Arbitration*, «Journal of International Dispute Settlement», 5/3 (2014), pp. 531–559.

In giurisprudenza *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, (16/8/2007).

<sup>507</sup> Per la tesi secondo cui la clausola *in accordance* riguarderebbe la validità dell'investimento piuttosto che la sua definizione si veda in giurisprudenza *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, Decision on jurisdiction, ICSID, n. ARB/00/4, (31/7/2001), par. 46; *Tokios Tokelés v. Ukraine*; mentre in dottrina si veda A. DE LUCA, *Non trade values protection and investment protection in EU investment policy*, cit., p. 10.

Per la tesi secondo cui la clausola *in accordance* si dovrebbe collocare sul piano della giurisdizione si veda L. COTULA – J. T. GATHII, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, «American Journal of International Law», 113/3 (7/2019), p. 579, secondo cui tale orientamento sarebbe più logico e fornirebbe maggiore chiarezza concettuale, in quanto è un requisito tipicamente legato alla nozione di investimento, che quindi incide sulla giurisdizione. La recente sentenza *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, ICSID, No. ARB/15/29, award, (22/10/2018), par. 333 utilizza la conformità alla legge per negare la giurisdizione del tribunale, peraltro in assenza di una espressa clausola di conformità nel BIT applicato. Per la tesi secondo cui in assenza di una clausola espressa, sarebbe preferibile ritenere la non conformità dell'investimento una questione di ammissibilità si veda Così R. MOLOO – A. KHACHATURIAN, *The compliance with the law requirement in international investment law*, «Fordham Int'l LJ», 34 (2010), pp. 1473.

<sup>508</sup> Ad esempio BIT Malta – Cina, 2009, art. 2.

<sup>509</sup> E. DE BRABANDERE, *International Investment Law and Human Rights*, in C. BINDER – M. NOWAK – J. A. HOFBAUER – P. JANIG (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 270, secondo cui in base alla specifica formulazione nel caso concreto, i *legality requirement* potrebbero incidere sull'ammissibilità della domanda di arbitrato ovvero sulla nozione di investimento protetto.

I *legality requirement* compaiono in un numero significativo di trattati<sup>510</sup>, sebbene la giurisprudenza arbitrale abbia affermato che l'investimento deve essere conforme alla legge del Paese ospitante anche in assenza di una clausola espressa negli IIAs<sup>511</sup>.

Gli effetti di questa clausola sono come accennato particolarmente rilevanti. Essa infatti permette di operare un controllo sugli investimenti protetti ed escludere dall'ambito di applicazione del trattato gli investimenti illeciti, compiuti in violazione della legge del Paese ospitante<sup>512</sup>. Questa norma dovrebbe costituire un incentivo per lo

---

<sup>510</sup> Si vedano ad esempio model BIT Regno Unito, 2008, art. 1; model BIT India, 2015, art 1 let. b; modello BIT COMESA 2007, art. 1; modello BIT ASEAN 2009, art.4; BIT Benin – Cina, 2004, art. 1; model BIT Francia, 2006, art.1, ; BIT Uzbekistan – Kazakistan, 1997, art. 12.

<sup>511</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID, No. ARB/03/24, (27/8/2008), parr.138-139; *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit., parr. 100 - 102; *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, ICSID, No. ARB/15/29, award, (22/10/2018), parr. 254 – 262, 318 – 333; *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, No. ARB/04/4, award (22/5/2014), parr. 308, 311–12.

Contra, con riferimento all'impossibilità di individuare un *legality requirement* implicito nella convenzione ICSID: *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, cit, par. 126.; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, cit., parr. 126, 127.

In dottrina della stessa opinione P. DUMBERRY – G. DUMAS-AUBIN, *The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, «Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection», (2014).

<sup>512</sup> G. SACERDOTI, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, Vol. 269, Nijhoff, 1997, p. 329; J. HEPBURN, *In Accordance with Which Host State Laws?*, cit.; E. DE BRABANDERE, *International Investment Law and Human Rights*, cit., p. 270; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 77.

In giurisprudenza *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, Decision on jurisdiction, ICSID, n. ARB/00/4, (31/7/2001), par. 46; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID, No. ARB/02/18, (26/7/2007), par. 84.; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID, No. ARB/03/25, (16/8/2007).

Si veda anche il caso *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, award, (15/12/2014), par. 647, nel quale il tribunale afferma che “*it is established the Claimant has breached Article 9 of the .OIC Agreement by failing to uphold the Indonesian laws and regulations and in acting in a manner prejudicial to the public interest. The Claimant's actions were also prejudicial to the public interest. The Tribunal finds that the Claimant's conduct falls within the scope of application of the "clean hands" doctrine, and therefore cannot benefit from the protection afforded by the OIC AgreementAs mentioned above, it is established the Claimant has breached Article 9 of the .OIC Agreement by failing*

stesso investitore a conformarsi alle leggi del Paese ospitante e potrebbe assicurare che l'investimento venga ammesso solo ove abbia un impatto positivo, o almeno non negativo, nel Paese ospitante<sup>513</sup>.

In dottrina ci si è interrogati se tale clausola, che di fatto impedisce il ricorso all'arbitrato, costituisca un diniego di giustizia nei confronti dell'investitore, ma si è data però risposta negativa: infatti, sebbene gli venga preclusa la via arbitrale, l'investitore potrebbe sempre ricorrere ai rimedi previsti dal diritto interno del Paese ospitante<sup>514</sup>.

I *legality requirement* hanno rilevanza anche con riferimento alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Infatti, quando la disposizione parla di *legge applicabile* del Paese ospitante, si ritengono comprese anche le norme in materia di diritti umani e ambiente<sup>515</sup>. Tali norme possono rientrare nella *legge applicabile* in due modalità, anche cumulabili: laddove il Paese ospitante preveda, nel proprio ordinamento, delle norme in materia di diritti umani e ambiente<sup>516</sup>; oppure perché il

---

*to uphold the Indonesian laws and regulations and in acting in a manner prejudicial to the public interest. The Claimant's actions were also prejudicial to the public interest. The Tribunal finds that the Claimant's conduct falls within the scope of application of the "clean hands" doctrine, and therefore cannot benefit from the protection afforded by the OIC Agreement".*

<sup>513</sup> J. HEPBURN, *In Accordance with Which Host State Laws?*, cit.; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 71.

<sup>514</sup> G. BOTTINI, *Legality of investments under ICSID jurisprudence*, in *The backlash against international arbitration. Kluwer Law International*, Vol. 297, 2010, p. 300.

<sup>515</sup> V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 21; V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, cit., p. 203; P. DUMBERRY – G. DUMAS-AUBIN, *When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration*, «The Journal of World Investment & Trade», 13/3 (2012), pp. 349–372; E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., p. 14 evidenzia che nessun tribunale abbia per ora applicato i *legality requirement* con riferimento ai diritti umani. Tuttavia secondo l'A. anche in base alla giurisprudenza arbitrale recente è lecito concludere che, se i diritti umani e gli obblighi da questi derivanti fanno parte del diritto interno del Paese ospitante, la violazione di tali norme da parte di un investitore straniero, facendo appunto parte del diritto interno, comporta la disapplicazione del BIT nei suoi confronti. In casi di eventuale proposizione di un arbitrato da parte di un investitore che abbia leso i diritti umani quindi il tribunale dovrebbe declinare la propria giurisdizione.

<sup>516</sup> V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit., p. 21.

Paese ospitante è parte contraente di trattati internazionali riguardanti tali materie<sup>517</sup>. Analogo discorso vale per il diritto internazionale consuetudinario. In caso di dubbi interpretativi, autorevole dottrina ha evidenziato che si potrebbero impiegare strumenti di *soft law* per valutare l'esistenza e il contenuto di norme internazionali consuetudinarie<sup>518</sup>.

La recente decisione nella causa *Cortec Mining v. Kenya* evidenzia in modo chiaro che condizionare la protezione di un investimento alla sua conformità con le leggi ambientali del Paese ospitante può avere notevoli effetti, anche sul risultato delle controversie arbitrali. La vicenda è complessa ma particolarmente significativa in quanto riguarda la nozione di investimento protetto, i *legality requirement*, le conseguenze della mancata conformità alla normativa del Paese ospitante ed il ruolo degli *environmental impact assessment* negli investimenti internazionali. La peculiarità di questa decisione rispetto ad altre nelle quali si è posto il tema dei *legality requirements* è che, solitamente, tale norma viene invocata in presenza di fenomeni quale corruzione o truffe compiute da parte dell'investitore nella fase di stabilimento<sup>519</sup>. Nel caso di specie, invece, l'investitore aveva violato le norme nazionali in materia di tutela dell'ambiente e, specificamente, riguardanti la valutazione di impatto ambientale. Tale normativa è particolarmente significativa perché introduce considerazioni connesse alla tutela dell'ambiente e della popolazione locale nel procedimento di autorizzazione di un'attività imprenditoriale<sup>520</sup>.

La vicenda nasceva nel 2007 in Kenya, ove degli investitori britannici avevano avviato il progetto per una miniera di niobio e terre rare nelle prossimità della riserva

---

<sup>517</sup> E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., p. 15; P. DUMBERRY – G. DUMAS-AUBIN, *When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration*, cit., pp. 364 – 366; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, «Business and Human Rights Journal», 5/1 (1/2020), p. 127.

<sup>518</sup> A. K. BJORKLUND, *Assessing the effectiveness of soft law instruments in international investment law*, «Chapters» (2012), pp. 52 ss.

<sup>519</sup> Si veda ad esempio *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, cit.

<sup>520</sup> L. COTULA – J. T. GATHII, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, «American Journal of International Law», 113/3 (2019), p. 578. Si veda sul punto il capitolo dedicato agli *impact assessment*.

naturale di Mrima Hill, nota per la sua ricchezza in termini di biodiversità nonché per essere una zona sacra per alcune tribù indigene locali<sup>521</sup>. Alla luce delle importanti implicazioni ambientali e sociali ma anche economiche dell'area, la legge kenyota prevede una tutela rafforzata per la regione di Mrima Hill: le attività di prospezione mineraria nella riserva naturale sono in generale vietate, salvo la concessione di una specifica autorizzazione da parte di un Mining Commissioner. Fra le condizioni imposte agli investitori vi è, in particolare, il rispetto di un rigido procedimento di valutazione di impatto ambientale. Nel 2010 Cortec otteneva il rinnovo del permesso di prospezione ed anche la sua estensione su parte del territorio della riserva di Mrima Hill. Successivamente, fra il 2010 ed il 2013, Cortec avviava il procedimento per ottenere la conversione della licenza di prospezione in licenza mineraria, necessaria per avviare le attività estrattive. Il processo si rivelava però particolarmente complesso e veniva più volte ostacolato, in quanto le autorità keniate denunciavano asserite violazioni e ritardi procedurali. La licenza veniva infine ottenuta nel marzo del 2013. Nello stesso anno si svolgevano però le nuove elezioni per il governo nazionale keniota ed il Governo neoeletto fra le sue prime attività iniziava delle indagini su una vasta serie di licenze minerarie sospette, fra cui quella di Cortec, che veniva revocata nell'agosto 2013. Le autorità keniate motivavano la revoca affermando che fossero state compiute gravi irregolarità nel procedimento di autorizzazione e che, inoltre, sussistesse un divieto *ex lege* per le attività estrattive nell'area appartenente a Mrima Hill<sup>522</sup>. Fra le irregolarità individuate da parte del Kenya si segnalava in particolare la violazione delle norme in materia di *environmental impact assessment* nonché sospetti di corruzione<sup>523</sup>. Quest'ultimo profilo in realtà non sarebbe poi stato condiviso dal tribunale arbitrale per assenza di prove e per violazioni in tema di *fair trial* nel verificare giudizialmente tale accusa<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit., par. 42 ss.

<sup>522</sup> *Ibidem*, par. 1 - 230. La vicenda è particolarmente lunga e complessa ed occupa la maggior parte della decisione arbitrale.

<sup>523</sup> *Ibidem*, parr. 137 ss.

<sup>524</sup> *Ibidem*, par. 183 ss., 303 – 308. Per le medesime ragioni il tribunale rigettava anche la difesa kenyota secondo cui l'investimento non fosse stato effettuato in buona fede, profilo invocato dal Kenya per negare la giurisdizione arbitrale sulla controversia

Alla luce della revoca dell'autorizzazione, Cortec depositava domanda di arbitrato all'ICSID, affermando che fossero state violate le norme in tema di espropriazione, la clausola FET e il divieto di misure discriminatorie e irragionevoli<sup>525</sup>. Dall'altro lato, il Kenya riteneva che l'investimento fosse stato compiuto in violazione di importanti leggi nazionali in materia ambientale e che pertanto non ci fosse alcun investimento protetto ai sensi del BIT. Secondo il Kenya pertanto il tribunale arbitrale era privo di giurisdizione sulla controversia<sup>526</sup>.

Il passaggio chiave della sentenza è quello relativo all'illegittimità dell'*impact assessment* e, conseguentemente, dell'investimento di Cortec. La società aveva svolto una valutazione di impatto ambientale, che era stata presentata però quattro mesi dopo l'approvazione della licenza mineraria da parte del Mining Commissioner. Cortec affermava che la possibilità di convertire la valutazione di impatto da requisito preventivo a criterio solamente susseguente rientrasse nella discrezionalità del Mining Commissioner. Ma sia il Kenya che il tribunale giungevano alla conclusione opposta: ai sensi della legge kenyota la valutazione di impatto ambientale è una condizione che precede in ogni caso la concessione della licenza e il commissario non ha alcuna autorità per convertirla in requisito successivo all'avvio dei lavori. Pertanto, la concessione era stata ottenuta in violazione di legge ed era nulla *ab initio*<sup>527</sup>. Le parole del tribunale sono particolarmente chiare e definiscono la licenza mineraria illegale un mero *pezzo di carta* privo di valore giuridico: “*A mining licens is not bricks and mortar. It is wholly the creature of Kenyan domestic law. Its creation is governed by Kenyan law (...) in any event, SML 351 is a piece of paper whose value, if any, lies exclusively in the consequences attached to it by Kenyan law. In this case, as the Kenyan Courts have said, Kenyan law attached no consequences to the piece of paper*”<sup>528</sup>.

Sulla base della rilevata illegittimità della procedura di valutazione di impatto ambientale, il tribunale verificava se la conformità alla legge nazionale fosse un requisito necessario per poter definire un investimento protetto ai sensi del BIT. Cortec

---

<sup>525</sup> *Ibidem*.

<sup>526</sup> *Ibidem*.

<sup>527</sup> *Ibidem*, parr. 333, 365.

<sup>528</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit., parr. 222, 333.

afferitava che il BIT Kenya – Regno Unito non contenesse alcun *legality requirement* e che pertanto il rispetto della normativa keniana non fosse una questione rilevante per la giurisdizione del tribunale<sup>529</sup>. Il Kenya ed il tribunale però adottavano la tesi opposta, affermando che il *legality requirement* è un requisito implicito che non deve necessariamente essere presente nel BIT applicabile<sup>530</sup>. Specificamente il tribunale affermava che sia il BIT che la convenzione ICSID proteggono soltanto *lawful investments* e non permettono che gli Stati siano responsabili finanziariamente per investimenti creati in violazione di leggi fondamentali per la protezione di interessi generali come la tutela dell'ambiente. Non è quindi necessaria una clausola esplicita su questo punto<sup>531</sup>.

Il tribunale dava quindi ragione al Kenya. Quello di Cortec non era un investimento protetto ai sensi del BIT Regno Unito – Kenya poiché era stato avviato violando le leggi keniane sulla tutela dell'ambiente. Pertanto, non esistendo una licenza mineraria valida, non vi era alcun investimento da proteggere e il tribunale non aveva giurisdizione sul caso<sup>532</sup>.

Il tribunale ha chiaramente delineato le responsabilità dell'investitore e ha evidenziato l'inconsistenza di aspettative nate da attività illegittime o fondate su supporti politici indebiti: *“The fact that CMK sought political intervention to try to speed things up is understandable. However, the Tribunal’s focus is on the legal requirements not the politics of the situation. By its express terms, SPL 256 required CMK to conduct a “mine feasibility report” and an “Environmental Impact Assessment Study” before applying for a mining licence. These conditions were imposed on SPL 256 by authority of s. 17 of the Mining Act and s. 4(2) of the Environmental Impact (Assessment and Audit) Regulations. 105. No amount of frustration with the bureaucracy excused CMK from non-performance of these legal conditions, nor could non-performance be waived by the politicians”*<sup>533</sup>.

Sempre in punto di giurisdizione, le parti richiamavano anche il *proportionality test*

---

<sup>529</sup> *Ibidem*, parr. 314.

<sup>530</sup> *Ibidem*, parr. 254 – 262, 318 – 333. Viene richiamata ad esempio, nello stesso senso, la decisione *Phoenix v. Repubblica Ceca*, cit.

<sup>531</sup> *Ibidem*, par. 333.

<sup>532</sup> *Ibidem*, par. 222, 333, 364-365.

<sup>533</sup> *Ibidem*, parr. 104 – 105.

elaborato nella sentenza *Kim v. Kazakhstan*<sup>534</sup>. Secondo Cortec, anche nell'ipotesi in cui la conformità alla legge nazionale fosse una questione di giurisdizione, applicando il *proportionality test* si sarebbe dovuto concludere che il diniego di protezione era sproporzionato rispetto alla violazione compiuta. Il tribunale rigettava però questa tesi: la normativa ambientale violata era particolarmente significativa e riguardava la tutela di territori vulnerabili; Cortec aveva commesso una grave violazione della legge kenyota; il diniego della tutela del BIT non era sproporzionato rispetto ai fini perseguiti<sup>535</sup>.

Nella decisione l'investitore veniva anche condannato a pagare la metà delle spese processuali sostenute dal Kenya<sup>536</sup>.

La dottrina ha sottolineato l'importanza di questa decisione: il tribunale deriva importanti conseguenze pratiche dall'applicazione del *legality requirement*<sup>537</sup>, peraltro anche in assenza di una norma espressa sul punto. Inoltre la decisione ha preso espressamente posizione su alcuni dei principali profili controversi nell'applicazione di tali clausole.

### ***3.1. I profili problematici riguardanti i legality requirements. In particolare, il momento della violazione della normativa del Paese ospitante.***

I *legality requirements* presentano notevoli problemi a livello interpretativo.

Il problema principale riguarda il loro ambito di applicazione *ratione temporis*. Solitamente infatti gli IIAs prevedono espressamente che l'investimento debba essere conforme alla legge del Paese ospitante *al momento in cui questo venga effettuato*<sup>538</sup>. Il dato testuale sembrerebbe quindi limitare la portata della clausola al momento in cui gli investimenti sono *compiuti o autorizzati* e non comprendere invece l'intero ciclo di vita dell'investimento.

<sup>534</sup> *Ibidem*, par. 316. Si veda *Kim v- Kazakhstan*, parr. 406 ss. sulla quale si veda oltre.

<sup>535</sup> *Ibidem*, par. 315, 343 – 365.

<sup>536</sup> *Ibidem*, par. 389. La decisione di ridurre della metà la condanna era avvenuta a causa di costi manifestamente eccessivi indicati dal Kenya e per la stessa condotta del Paese ospitante, che aveva imputato gravi fatti di corruzione alla società ma senza allegare prove sufficienti a supportare tale tesi.

<sup>537</sup> L. COTULA – J. T. GATHII, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit., p. 575.

<sup>538</sup> CETA, art. 8.1.

Sul punto sono possibili due interpretazioni.

Secondo una prima tesi maggioritaria, che fa leva sul dato testuale, tali clausole riguarderebbero effettivamente solo il momento dello *stabilimento* o dell'*autorizzazione* ad effettuare l'investimento e non si estenderebbero invece al suo intero ciclo di vita produttivo<sup>539</sup>. Pertanto, investimenti inizialmente leciti ma che si rendono responsabili di violazioni dei diritti umani o del diritto ambientale nel corso della propria attività produttiva rimarrebbero protetti ai sensi dell'IIA e continuerebbe a godere della protezione derivante dal trattato<sup>540</sup>. Secondo questa tesi, la sopravvenuta illiceità potrebbe essere valutata nella fase di merito di un eventuale giudizio arbitrale<sup>541</sup>.

Tale orientamento, sebbene maggioritario, è criticabile per diverse ragioni.

Innanzitutto, esclude una verifica sull'attività dell'investitore successiva allo stabilimento, relegando il requisito di legalità solamente ad una fase iniziale. Questa limitazione è poco funzionale alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente: i principali danni che le attività di investimento possono cagionare all'ambiente o ai diritti umani vengono compiuti durante lo svolgimento dell'attività di impresa, non nella fase di stabilimento<sup>542</sup>.

Inoltre, seguendo tale orientamento, l'illecito compiuto al momento dello

---

<sup>539</sup> *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit., par. 103; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID, No. ARB/07/24, (18/6/2010), parr. 124 ss.; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, cit., par. 119; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, cit., parr. 185 ss.; *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, ICSID, No. ARB/13/6, (8/3/2017), par. 377.

<sup>540</sup> Esempio pratico di questo problema sono I trattati dell'Unione Europea. Così V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, cit., p. 202: "The legality under domestic law of the home state is further not an expressed requirement in the post-establishment phase as the investment must only be constituted according to such. The EU approach therefore seems to close the door for invoking human rights violations that are occurring in the operational phase as a ground for denial of benefit. At least the EU does not take a clear stance on this much-contested issue".

<sup>541</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, cit., par. 127 ove si afferma che la sopravvenuta illegalità dell'investimento nel corso della propria attività dovrebbe rilevare non tanto sul piano della giurisdizione, quanto nella successiva fase di merito. Dello stesso avviso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, cit., para. 344; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, cit., parr. 138 – 146.

<sup>542</sup> F. BAETENS, *Invoking Human Rights: A Useful Line of Attack or a Defence Tool for States in Investor-State Dispute Settlement?*, in M. SCHEININ (a cura di), *Human Rights Norms in 'Other' International Courts*, Cambridge University Press, 31/7/2019, p. 237.

stabilimento verrebbe escluso dall'ambito di applicazione dell'IIA; mentre l'illecito compiuto in un momento successivo, e magari riguardante fatti più gravi quali violazioni dei diritti umani o danni ambientali, rimarrebbe protetto dall'IIA. Sembra irragionevole distinguere il tipo di conseguenze in base al momento in cui avviene la violazione, senza tenerne in conto la gravità.

Tale orientamento sembra peraltro difficilmente conciliabile con il diritto internazionale generale e con la *ratio* dei trattati di investimento. In merito al diritto internazionale generale, il problema riguarda il fatto di porre gli Stati nella difficile posizione di scegliere fra mantenere la tutela di un investitore, in attuazione dell'IIA, e il rispetto di principi quali la tutela dei diritti umani e lo sviluppo sostenibile<sup>543</sup>. In merito al rapporto con la *ratio* degli IIAs, la funzione di tali accordi ad oggi non è solo quella di proteggere la proprietà privata straniera, ma anche quella di favorire lo sviluppo economico e garantire un quadro stabile per gli investimenti, in maniera però conforme a principi quali lo sviluppo sostenibile, il rispetto del *right to regulate*, la tutela dell'ambiente o dei diritti umani e dei lavoratori. Ebbene, è allora difficile comprendere come un investitore che abbia commesso gravi attività illecite nel Paese ospitante possa favorire questi obiettivi. Sembra quindi irragionevole concedere forme di tutela privilegiate ad un investitore che agisce in contrasto con le stesse ragioni che fondano quelle forme di tutela privilegiate.

Un esempio giurisprudenziale di questa contraddizione si ha nella sentenza *Phoenix Action v. Repubblica Ceca*<sup>544</sup>. La sentenza, al par. 78, afferma che sulla base dei principi generali di diritto internazionale pubblico non si possa assolutamente garantire alcuna forma di protezione ad investimenti compiuti in violazione delle norme fondamentali in materia di tutela dei diritti umani o dello *jus cogens*<sup>545</sup>. La medesima sentenza però, nei paragrafi successivi, limita l'ambito di applicazione dei *legality requirements* alla fase iniziale dell'investimento<sup>546</sup>. È difficile comprendere come si possa contemporaneamente sostenere che un investimento nato da gravi atti illeciti non debba essere protetto, ma ritenere che, se la violazione – o una peggiore - avviene in una

---

<sup>543</sup> D. N. DAGBANJA, *The Environment, Human Rights, and Investment Treaties in Africa*, cit.;

<sup>544</sup> *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit.

<sup>545</sup> *Ibidem*, par. 78.

<sup>546</sup> *Ibidem*, par. 79 ss.

fase successiva rispetto allo stabilimento, allora l'investimento continuerebbe ad essere considerato "legale".

Come affermato da parte della dottrina e della giurisprudenza, tale illiceità potrebbe essere poi valutata nella fase di merito<sup>547</sup>. Ciononostante, si ritiene che questa disparità di rimedi sulla mera base di un dato temporale lasci qualche perplessità. Inoltre, in un'ottica pragmatica, ciò significherebbe un maggior dispendio di tempo e risorse, dato che sarebbe necessario giungere sino alla fase di merito prima di poter invocare l'illiceità dell'investimento. Facendo rientrare l'intera vita dell'investimento nell'ambito di applicazione dei *legality requirements* invece si potrebbe sostenere che non vi sarebbe giurisdizione da parte del tribunale arbitrale e la controversia si dovrebbe quindi chiudere già nella fase di rito o in quella di ammissibilità.

Per tali ragioni si ritiene preferibile una lettura estensiva di tale clausola, che ricomprenda non solo il momento di stabilimento ma la sua intera vita produttiva<sup>548</sup>. Ciò consentirebbe di negare la protezione a quegli investimenti inizialmente conformi alle leggi del Paese ospitante ma in seguito divenuti illeciti o nocivi. Ad oggi però questa interpretazione non sembra condivisa dalla giurisprudenza<sup>549</sup>.

Alla luce di un'interpretazione incerta e comunque orientata verso una lettura restrittiva, il problema si potrebbe risolvere riformulando il testo della disposizione nei trattati presenti e futuri. Si auspica che i futuri IIAs estendano espressamente i *legality*

---

<sup>547</sup> In giurisprudenza *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, Decision on jurisdiction, ICSID, n. ARB/00/4, (31/7/2001), par. 46; *Tokios Tokelés v. Ukraine*; mentre in dottrina si veda A. DE LUCA, *Non trade values protection and investment protection in EU investment policy*, cit., p. 10.

<sup>548</sup> Si veda la dissenting opinion nel caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, cit.; G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit.

Come osservano V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, cit. nel caso *Al Warraq v. Indonesia*, cit. al paragrafo 647 il richiamo alla dottrina *clean hands* e all'art. 9 del trattato, che richiede la conformità dell'investimento alla legge del Paese ospitante, porta il tribunale a concludere nel senso di escludere la tutela prevista dal trattato. Nel caso in esame in realtà il comportamento illecito dell'investitore avviene in una fase successiva rispetto all'inizio dell'attività di investimento.

<sup>549</sup> S. W. SCHILL, *Illegal investments in investment treaty arbitration*, «The Law & Practice of International Courts and Tribunals», 11/2 (2012), pp. 300 - 301.

*requirements* all'intero ciclo di vita dell'investimento. Ad oggi, le ipotesi di *legality requirements* così formulate sono poche ma significative. Si segnala in particolare l'art. 2.2 del BIT del 2009 Cina - Malta, secondo cui gli “*Investments of either Contracting Party shall be made, and shall, for their whole duration, continuously be in line with the respective domestic laws. Investments shall enjoy the constant protection and security in the territory of the other Contracting Party*”<sup>550</sup>. Autorevole dottrina accoglie con favore clausole di questo tipo: se dovessero trovare diffusa applicazione negli arbitrati, gli investimenti in violazione dei diritti umani, del diritto ambientale o dei diritti dei lavoratori potrebbero non trovare protezione davanti a un tribunale arbitrale<sup>551</sup>. Ciò non garantirebbe che investitori colpevoli di violazioni di diritti umani diventerebbero responsabili ai sensi del diritto internazionale, ma sarebbe comunque uno strumento per impedire che tali investitori possano trarre vantaggio dal sistema di diritto internazionale degli investimenti a scapito del Paese ospitante<sup>552</sup>.

Oltre all'ambito di applicazione temporale della violazione, altro dubbio sollevato in dottrina e giurisprudenza riguarda l'intensità della violazione. Ci si domanda in tal senso se nei *legality requirements* rientri qualunque violazione della legge del Paese ospitante, ovvero solo violazioni gravi.

Sicuramente rientrano nell'ambito di applicazione della norma le violazioni particolarmente gravi, quali aver compiuto truffe, frodi, o corruzione nella fase di autorizzazione o stabilimento nel Paese ospitante<sup>553</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi, in dottrina e giurisprudenza sono state prese posizioni differenti. In alcune decisioni si afferma che la clausola possa essere invocata solo in

---

<sup>550</sup> BIT Cina – Malta, 2009, art. 2.2.

<sup>551</sup> G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit., pp. 58 – 59.

<sup>552</sup> G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit., pp. 58 – 59.

<sup>553</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 71. In giurisprudenza si vedano *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit., par. 109 ss.; *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID, No. ARB/03/26, (2/8/2006), par. 239, 245 - 252.

presenza di gravi violazioni della legge del Paese ospitante<sup>554</sup>. Della stessa opinione anche parte della dottrina, secondo cui sarebbe più opportuno considerare violazioni minime dei diritti umani o di procedure indirettamente implicanti i diritti umani nella fase del merito o della quantificazione del danno, piuttosto che nella fase di procedura<sup>555</sup>. Anche perché, come è stato osservato, il diniego di giurisdizione è una conseguenza particolarmente grave, dato che impedisce direttamente all'investitore l'accesso al tribunale anche solo per spiegare la vicenda<sup>556</sup>. Ad esempio nel caso *Santa Elena v. Costa Rica*<sup>557</sup> il tribunale arbitrale aveva riconosciuto la violazione della tutela dell'investitore straniero da parte del Costa Rica, ma in virtù delle ragioni ambientali addotte da parte del Paese ospitante aveva individuato una somma equa (circa 4 milioni di dollari) fra quella pretesa dalla società (circa 6 milioni di dollari) e quella proposta dal Costa Rica (circa 1 milione e mezzo di dollari)<sup>558</sup>. L'espropriazione era stata compiuta da parte del Costa Rica per costituire una vasta area naturale protetta, che aveva però colpito i terreni costieri posseduti da alcuni investitori statunitensi intenzionati a costruire delle strutture turistiche di pregio.

Altra giurisprudenza ha affermato che, ove il BIT non chiarisca sul punto, la gravità non sarebbe un elemento decisivo, sebbene sia da tenere comunque in considerazione<sup>559</sup>.

Il problema che si potrebbe porre, considerando rilevanti solo le gravi violazioni della legge nazionale, sarebbe però quello di definire cosa si intenda per gravi violazioni. Ci si potrebbe ad esempio chiedere se la violazione di norme inerenti alla *public disclosure* di informazioni riguardanti progetti impattanti sulle comunità locali possa essere considerata una grave violazione<sup>560</sup>. Delineare una soluzione in astratto è

---

<sup>554</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, cit., par. 86; *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, decision on jurisdiction, ICSID, No. ARB/05/3, (12/7/2006), par. 83; *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID, No. ARB/05/17, (6/2/2008).

<sup>555</sup> F. BAETENS, *Invoking Human Rights*, cit., p. 238.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>557</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID, No. ARB/96/1, award (17/02/2000).

<sup>558</sup> *Ibidem.*, par. 95.

<sup>559</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit., par. 398.

<sup>560</sup> F. BAETENS, *Invoking Human Rights*, cit., p. 238.

probabilmente impossibile e sarebbe quindi preferibile una valutazione del caso concreto. Un possibile strumento per valutare tale gravità potrebbe essere il *proportionality test* elaborato dalla giurisprudenza arbitrale<sup>561</sup>. Tale test valuta tre profili, alla luce del principio di proporzionalità: l'importanza della norma violata; la gravità della specifica violazione; la violazione in ogni caso di un interesse significativo del Paese ospitante<sup>562</sup>. In dottrina è stato comunque osservato che laddove la violazione riguardasse le norme sui diritti umani questo dibattito dovrebbe avere poca importanza: tali norme potrebbero essere infatti qualificate sia come leggi fondamentali del Paese ospitante sia come lesione di un suo interesse significativo<sup>563</sup>.

Rimane infine il problema dell'onere della prova dell'illegalità dell'investimento. Sul punto, sebbene i tribunali arbitrali abbiano spesso rimarcato la propria autonomia e indipendenza rispetto ad eventuali decisioni giudiziarie nazionali, è pur sempre vero che i giudici nazionali si trovano nella migliore posizione e con gli strumenti migliori per poter giudicare sugli illeciti commessi dall'investitore: gli arbitri dovrebbero quindi dare un peso rilevante ad eventuali decisioni, specie se si tratta di sentenze di condanna in sede penale<sup>564</sup>. Ciò sempre che non vi siano problemi di legittimità proprio sulle decisioni dei giudici interni<sup>565</sup>.

#### **4. Nozione di investimento, ambito di applicazione dei trattati e clean hands doctrine.**

Le opzioni sin qui esaminate devono necessariamente tenere conto dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di cd. *clean hands doctrine*.

La dottrina *clean hands*, sviluppata sulla base dei principi di buona fede<sup>566</sup> ed *equity*<sup>567</sup>, impedisce il ricorso all'arbitrato di investimenti all'investitore resosi

---

<sup>561</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit., par. 397-398; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID, No. ARB/03/5, (6/6/2008).

<sup>562</sup> *Ibidem*.

<sup>563</sup> E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit., p. 15.

<sup>564</sup> G. BOTTINI, *Legality of investments under ICSID jurisprudence*, cit., p. 314.

<sup>565</sup> *Ibidem*, p. 314. Sul punto si veda ad esempio il caso *Chevron/Texaco v. Ecuador*.

<sup>566</sup> *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit., par. 100.

<sup>567</sup> J. SEIFI – K. JAVADI, *The Consequences of the “Clean Hands” Concept in International Investment Arbitration*, in *Asian Yearbook of International Law, Volume 19 (2013)*, Brill Nijhoff, 2018, pp. 126.

responsabile di attività illecite nel territorio del Paese ospitante<sup>568</sup>. In diverse occasioni gli arbitri, alla luce degli illeciti compiuti da parte degli investitori, hanno invocato tale dottrina per rigettare le pretese degli investitori sul piano della giurisdizione o dell'ammissibilità<sup>569</sup>. Solitamente, tale dottrina è stata richiamata in ipotesi di corruzione e frodi<sup>570</sup>, ma non è esclusa la sua applicazione laddove l'investitore abbia commesso violazioni dei diritti umani o danni ambientali<sup>571</sup>.

La dottrina *clean hands* solleva però molteplici problemi e dubbi interpretativi. Non è infatti chiaro quali siano i tempi, le modalità e i presupposti nei quali possa essere concretamente applicata. Dottrina e giurisprudenza inoltre non concordano in merito

---

<sup>568</sup> *Al Warraq v. Indonesia*, cit., ove si afferma che l'applicazione della dottrina *clean hands* – nel caso di specie per violazioni del ricorrente alla legge indonesiana e per frode – “*has been invoked in the context of the admissibility of claims before international comIs and tribunals. (...) by failing to uphold the Indonesian laws and regulations and in acting in a manner prejudicial to the public interest. The Claimant's actions were also prejudicial to the public interest. The Tribunal finds that the Claimant's conduct falls within the scope of application of the "clean hands" doctrine, and therefore cannot benefit from the protection afforded (...) The Tribunal is of the view that, in any event, the doctrine of "clean hands" is invoked in the present case and it precludes the awarding of such damages*”. Si noti che un'opinione dissenziente nel presente caso non concordava sul fatto che la dottrina *clean hands* si applichi per rendere inammissibili le richieste del ricorrente in virtù della sua illegalità, a meno che tale illegalità non riguardi l'acquisizione del suo investimento, il che non è il caso in questione.

In dottrina è stato affermato che l'applicazione della dottrina *clean hands* potrebbe trovare applicazione sul piano dell'ammissibilità, della giurisdizione, o anche del merito. Sul punto non vi è un orientamento consolidato. Si veda a tal proposito A. LLAMZON – A. SINCLAIR, *Investor wrongdoing in investment arbitration: standards governing issues of corruption, fraud, misrepresentation and other investor misconduct*, «Legitimacy: myths, realities, challenges» (2015), pp. 451–530. In giurisprudenza uno dei casi principali nei quali la dottrina è stata applicata efficacemente, cioè *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, cit., colloca la dottrina *clean hands* sul piano dell'ammissibilità della domanda di arbitrato, analizzando però la questione nella fase di merito. Si veda anche *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA, No. 2012-2 (15/3/2016).

<sup>569</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, cit., parr. 138-139; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, cit., parr. 397 – 402; *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit.

<sup>570</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, cit.; *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit.

<sup>571</sup> P. DUMBERRY – G. DUMAS-AUBIN, *The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, cit., pp. 7 ss.;

alla sua legittimità<sup>572</sup>.

Alla luce di un'interpretazione dubbia e dai contorni incerti, tale dottrina rende ancora più imprevedibile l'esito della controversia arbitrale.

I trattati di investimento sul punto non sono risolutivi. Nel caso dei trattati dell'Unione Europea, ad esempio, la proposta di inserire specifici riferimenti alla *clean hands* è stata respinta<sup>573</sup>.

La *clean hands doctrine* presenta diversi punti di contatto, ed alcune differenze, con le clausole sopra esaminate ed in particolare con i *legality requirements*. Autorevole dottrina ha affermato che gli stessi *legality requirements* non sarebbero altro che una manifestazione scritta della dottrina *clean hands*<sup>574</sup>. Spesso in sede arbitrale i due istituti vengono peraltro affrontati insieme<sup>575</sup>. In entrambi i casi infatti il presupposto è la commissione di un atto illecito da parte dell'investitore ed entrambi hanno lo stesso effetto, cioè negare i benefici derivanti dagli IIAs – in particolare la possibilità di ricorrere all'arbitrato - agli investitori responsabili di illeciti.

In alcuni arbitrati l'utilizzo della dottrina *clean hands* ha permesso di escludere la giurisdizione arbitrale per investimenti illeciti anche in assenza di *legality requirements* negli IIAs o senza che questi fossero richiamati. Ad esempio nel caso *Phoenix Action v. Repubblica Ceca* il tribunale arbitrale affermava che, sulla base dei principi generali di diritto internazionale pubblico, non si possa assolutamente garantire alcuna forma di protezione ad investimenti compiuti in violazione delle norme più importanti in materia di tutela dei diritti umani, o avvenuti tramite tortura, genocidio o per sostenere la

---

<sup>572</sup> P. DUMBERRY, *State of confusion: the doctrine of 'clean hands' in investment arbitration after the Yukos award*, «the journal of world investment & trade», 17/2 (2016), pp. 229–259; P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, «The Journal of World Investment & Trade», 21/4 (2020), p. 506; R. MOLOO, *A comment on the Clean Hands doctrine in international law*, «Inter Alia» (2010), pp. 39 ss.; A. K. BJORKLUND – L. VANHONNAEKER, *Yukos: The Clean Hands Doctrine Revisited*, «Diritti umani e diritto internazionale»/2 (2015), pp. 365–386.

<sup>573</sup> V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, cit., pp. 202 ss. Ciò non significa una sua esclusione, ma semplicemente che l'Unione non ha preso posizione in merito.

<sup>574</sup> Di questo avviso P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, cit.

<sup>575</sup> Ad esempio nel caso *Al Warraq v Indonesia*, par. 647 si menziona la clausola *in accordance* insieme alla dottrina *clean hands*.

schiavitù o il traffico di organi umani<sup>576</sup>. Tutto ciò a prescindere dalla presenza o meno di un *legality requirement*, che invero nel caso di specie era comunque presente<sup>577</sup>.

La dottrina *clean hands* presenta però anche delle differenze rispetto ai *legality requirements*. Tale dottrina infatti è frutto di elaborazione giurisprudenziale, mentre i *legality requirements* concretizzano una volontà delle parti contraenti e sono espressamente inseriti nel trattato, operando in primo luogo come strumenti di tutela per i Paesi ospitanti. La legittimità della *clean hands* è inoltre controversa, mentre tale dubbio non si pone per i *legality requirements*, ove presenti nel trattato applicabile.

D'altra parte, sembra che l'ambito di applicazione *ratione temporis* della dottrina *clean hands* sia più ampio, coprendo non solo la fase iniziale dell'investimento ma la sua intera vita<sup>578</sup>. Tale aspetto è un considerevole vantaggio della *clean hands* rispetto agli attuali *legality requirements* ed alla loro prevalente interpretazione giurisprudenziale.

È stato inoltre affermato che l'utilizzo della dottrina *clean hands* sarebbe preferibile rispetto alle clausole *in accordance*, in quanto offrirebbe un maggiore potenziale di equità e di sfumature e avrebbe una risonanza più significativa nell'arbitrato di investimenti<sup>579</sup>. I *legality requirements* sarebbero un *blunt substitute* della *clean hands*, dato che offrirebbero solo un risultato binario, cioè l'accettazione o il rifiuto della domanda di arbitrato (sul piano della giurisdizione o dell'ammissibilità)<sup>580</sup>. La dottrina *clean hands* invece rispetterebbe maggiormente i principi di proporzionalità e di reciprocità e permetterebbe di considerare non solo la responsabilità

---

<sup>576</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 78, 79, 100 ss. Al par. 101 gli arbitri affermano che nel caso di specie la clausola *in accordance* era prevista, ma che si sarebbe comunque potuti giungere al medesimo risultato in virtù del fatto che “*the obligation for investors to make their investments in accordance with the host State’s law ‘is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT’*”.

<sup>577</sup> *Ibidem*.

<sup>578</sup> P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, cit., pp. 521 ss.; *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, cit., parr. 158 – 162. Si veda però *contra Yukos Capital Limited (formerly Yukos Capital SARL) v Russian Federation*, (23/72021)

<sup>579</sup> A. LLAMZON, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v the Russian Federation: the state of the ‘Unclean Hands’ doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha*, «ICSID Review-Foreign Investment Law Journal», 30/2 (2015), pp. 321 - 325.

<sup>580</sup> *Ibidem*.

dell'investitore, ma anche quella del Paese ospitante<sup>581</sup>. Ciò sarebbe particolarmente rilevante nelle ipotesi in cui sia l'investitore sia lo Stato ospitante si siano resi responsabili di attività illecite in danno l'uno dell'altro<sup>582</sup>.

Non si ritiene quest'ultima affermazione del tutto condivisibile. Autorevole dottrina ha infatti evidenziato che anche i *legality requirements* possano essere applicati in modo flessibile alla luce del principio di proporzionalità, soprattutto tenendo in considerazione il contributo dello Stato e la gravità della lesione ai propri interessi da parte dell'investitore<sup>583</sup>. Un importante esempio in questo senso è il già citato caso *Vladislav Kim and others v. Uzbekistan*<sup>584</sup>. La vicenda nasceva dalla nazionalizzazione, asseritamente illegale, di due società produttrici di cemento, avvenuta a causa di una serie di misure normative e procedimenti giudiziari, ivi comprese indagini penali nei confronti delle società. Il trattato applicabile nella fattispecie era il BIT Kazakistan – Uzbekistan, che all'art. 12 prevede un *legality requirement*<sup>585</sup>. Lo Stato convenuto affermava, in tema di giurisdizione del tribunale arbitrale, che l'investimento delle ricorrenti non era stato effettuato in conformità alla legislazione uzbeka e pertanto non poteva godere della protezione prevista dal BIT. Il tribunale sul punto afferma che il significato ordinario dell'espressione "*made in compliance with legislation*" sarebbe inclusivo e privo di esplicite limitazioni sostanziali e che è sorprendente che nessuna autorità sembri sostenere che il *legality requirement* sia del tutto privo di limiti<sup>586</sup>. Le limitazioni alla portata sostanziale dei termini dell'art. 12 del BIT sarebbero allora da considerare tenendo conto del significato ordinario dei termini nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato<sup>587</sup>. Secondo il tribunale, l'interpretazione sarebbe guidata dal principio di proporzionalità e avrebbe l'obiettivo di bilanciare

---

<sup>581</sup> *Ibidem*.

<sup>582</sup> *Ibidem*.

<sup>583</sup> P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, cit., p. 525.

<sup>584</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit.

<sup>585</sup> L'art. 12 del BIT recita: "*This Agreement shall apply to investments in the State territory of one Contracting Party which were carried out in accordance with its legislation by investors from the State of the other Contracting Party, regardless of whether they were made before or after the date on which this Agreement entered into force*".

<sup>586</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit., parr. 19 - 20.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

l'interesse alla promozione delle relazioni economiche, fornendo un quadro stabile per gli investimenti, con la possibilità, particolarmente significativa, di negare la completa applicazione del BIT quando l'investimento non è effettuato in conformità alla legislazione nazionale. Negare la protezione del BIT sarebbe infatti una dura conseguenza, che costituisce una risposta proporzionata solo quando la sua applicazione è innescata dal mancato rispetto di una legge che comporta la compromissione di un interesse significativo dello Stato ospitante<sup>588</sup>.

Seguendo tale interpretazione anche i *legality requirements* potrebbero quindi essere parametrati sulla base del caso di specie e non sarebbero un criterio che offre solo una rigida alternativa<sup>589</sup>.

Nel caso di specie il tribunale, sulla base di tale principio, riteneva che il Paese ospitante non fosse riuscito a dimostrare che l'investitore avesse compiuto molteplici atti illeciti né che tali atti avessero compromesso un interesse significativo tale da giustificare, come risposta proporzionata, la negazione dell'applicazione del BIT<sup>590</sup>. Il tribunale riteneva pertanto che i presunti atti illeciti dei ricorrenti non fossero sufficienti per integrare *l'inosservanza della legge* così come prevista ai sensi dell'art. 12 del BIT<sup>591</sup>.

Quindi, come si vede, anche i *legality requirement* potrebbero dare spazio a valutazioni di equità e proporzionalità, proprio come la *clean hands doctrine*.

## 5. La clausola Denial of Benefits.

La clausola *Denial of benefits (DOB)* nasce con l'intento di negare l'applicazione dell'IIA a determinate categorie di investimento che il trattato non intendeva proteggere<sup>592</sup>. Tradizionalmente le *DOB clauses* hanno lo scopo di prevenire pratiche abusive compiute quali il *treaty shopping* o il *round tripping*, escludendo quegli investitori che formalmente rientrano nell'ambito di applicazione di un IIA ma che in realtà non hanno alcun legame economico, sostanziale o reale con l'asserito Paese di

---

<sup>588</sup> *Ibidem*.

<sup>589</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit. Così anche P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, cit., p. 525.

<sup>590</sup> *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, cit., par. 21.

<sup>591</sup> *Ibidem*, par. 21.

<sup>592</sup> R. DOLZER – U. KRIEBAUM – C. SCHREUER, *Principles of international investment law*, cit., p. 55 ss.

origine<sup>593</sup>. Gli investitori stranieri infatti potrebbero strutturare le proprie attività di investimento al fine di ottenere la protezione e i benefici derivanti da una determinata nazionalità e da un determinato IIA<sup>594</sup>.

Le *DOB clauses* sono ancora oggi controverse e poco chiare sotto diversi profili, a causa della loro ampia formulazione e delle divergenze fra i vari tribunali arbitrali in merito alla loro interpretazione<sup>595</sup>.

In linea di principio sembrerebbe quindi che le clausole DOB non abbiano nulla a che fare con la tutela e promozione di interessi quali ambiente e diritti umani. In realtà, nel tempo l'ambito di applicazione delle DOB è stato ampliato e tali clausole hanno assunto rilevanza anche per il tema qui in esame.

Innanzitutto, in alcuni IIAs le clausole DOB autorizzano il Paese ospitante a negare i benefici dell'IIA agli investitori originari di Stati con il quale il Paese ospitante non abbia relazioni diplomatiche<sup>596</sup> ovvero non abbia *normali relazioni economiche*<sup>597</sup>. Il significato di tale clausola, così formulata, rimane piuttosto oscuro. Parte della dottrina afferma che potrebbe essere associato all'esistenza di sanzioni economiche nei confronti di quello Stato o a misure obbligatorie adottate da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, entrando quindi in gioco anche l'art. 103 della Carta ONU<sup>598</sup>. Le misure in questione, come noto, possono essere collegate anche al diritto

---

<sup>593</sup> *Ibidem.*, T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses: The Italian and Colombian Model BITs*, (7/8/2021), disponibile presso <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/07/the-strange-case-of-denial-of-benefits-clauses-the-italian-and-colombian-model-bits/>.

<sup>594</sup> *Ibidem.* La collocazione nella presente sezione è pertanto dovuta al fatto che, in origine, tale clausola è nata con l'intento di escludere forme di tutela per quegli investimenti che non rientrano realmente nell'ambito di applicazione dell'IIA.

<sup>595</sup> *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, (12/6/2012). Cfr. *Yukos Capital Limited (formerly Yukos Capital SARL) v Russian Federation*, PCA, No. 2013-31, (23/7/2021); con *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, cit.

<sup>596</sup> BIT Israele – Giappone, art. 21.1.a.

<sup>597</sup> BIT USA – Bahrain, art. XII.a.

<sup>598</sup> T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses: The Italian and Colombian Model BITs*, (7/8/2021), disponibile presso <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/07/the-strange-case-of-denial-of-benefits-clauses-the-italian-and-colombian-model-bits/>.

umanitario e a implicazioni riguardanti diritti umani<sup>599</sup>; da qui le implicazioni della clausola DOB per la tutela dei diritti umani.

D'altra parte, potrebbero porsi delle criticità con riferimento alla tutela di diritti fondamentali dell'investitore, che a causa della propria nazionalità e dell'esistenza di tali misure, si vedrebbe negati i benefici derivanti dall'IIA, in particolare sotto il profilo del diritto di proprietà e del *fair trial*. Sino ad oggi però non vi sono state decisioni arbitrali sul punto ed anche la dottrina è silente.

In altri casi, la clausola DOB si applica nelle ipotesi in cui siano state irrogate misure *relative al mantenimento della pace e della sicurezza*, espressione questa che si ricollega alle misure del Consiglio di Sicurezza ONU<sup>600</sup>. Tali clausole presentano un legame con il diritto umanitario e la tutela dei diritti umani ancora più immediato di quelle appena discusse, alla luce delle ragioni per le quali vengono predisposte le misure relative al mantenimento della pace e della sicurezza. Un esempio importante di questa clausola si rinviene anche nel CETA all'art. 8.16<sup>601</sup>. La *Joint Declaration in Annex 8-E for Article 8.16, 9.7, and 29.6* precisa infatti che la parte della clausola DOB nella quale ci si riferisce alle misure adottate per mantenere la pace e la sicurezza deve essere interpretata nel senso di includere anche le misure per la protezione dei diritti umani<sup>602</sup>.

Alcune clausole DOB contengono riferimenti diretti alla tutela dei diritti umani. Si possono citare ad esempio l'art. 8.13 dell'accordo UE – Giappone e l'art. 18 del model

---

<sup>599</sup> Sull'art. 103 della Carta B. CONFORTI – M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 481 – 497.

<sup>600</sup> T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses: The Italian and Colombian Model BITs*, (7/8/2021), disponibile presso <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/07/the-strange-case-of-denial-of-benefits-clauses-the-italian-and-colombian-model-bits/>.

<sup>601</sup> CETA, art. 8.16: “A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if: (a) an investor of a third country owns or controls the enterprise; and (b) the denying Party adopts or maintains a measure with respect to the third country that: (i) relates to the maintenance of international peace and security; and (ii) prohibits transactions with the enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments”. Si veda però V. KUBE, *EU Human Rights, International Investment Law and Participation*, cit., p. 203, secondo cui: “The problem is that such an explicit but restrictive carve-out might induce e contrario interpretations to the detriment of human rights protection. Tribunals might conclude that human rights— since not mentioned—are not meant to be included in other provisions leading to the restriction of investor rights”.

<sup>602</sup> CETA, *Joint Declaration in Annex 8-E for Article 8.16, 9.7, and 29.6*.

BIT italiano del 2020. Tali clausole si applicano infatti nelle ipotesi in cui l'investitore è originario di un Paese terzo verso cui il Paese ospitante ha adottato misure legate al mantenimento della pace e sicurezza internazionale, inclusa la protezione dei diritti umani. Autorevole dottrina, d'altra parte, ha evidenziato la cripticità di tale affermazione<sup>603</sup>. Con riferimento almeno al model BIT italiano, o a simili clausole contenute nei trattati dei Paesi europei, per misure a protezione dei diritti umani ci si potrebbe riferire alle procedure di sanzione individuale alle imprese ed alle persone fisiche introdotte da parte dell'Unione Europea. Potrebbero ad esempio rientrare le recenti misure introdotte con il regolamento 2020/1998<sup>604</sup> o le future disposizioni in materia di *corporate sustainability due diligence*<sup>605</sup>.

In altri accordi, la clausola DOB si applica anche agli investitori soggetti a divieti commerciali o restrizioni nelle relazioni economiche, nonché agli investitori provenienti da paesi soggetti a misure analoghe<sup>606</sup>. Rispetto alle precedenti, tale formulazione appare più ampia e si rivolge anche alle misure adottate nei confronti dei singoli individui (intesi in questo caso come lo stesso investitore)<sup>607</sup>.

Le clausole sin qui esaminate presentano profili positivi ma anche due importanti criticità. Da un lato, queste nuove clausole DOB forniscono uno strumento agli Stati per effettuare delle considerazioni politiche ed extra-economiche nella decisione di revocare o non concedere i benefici derivanti dagli IIAs. Tali considerazioni peraltro sono particolarmente significative in quanto si legano, ad esempio, alle misure predisposte da parte delle Nazioni Unite. D'altro canto, queste clausole non forniscono di norma alcuna garanzia procedurale e permangono dubbi sui poteri degli arbitri nel valutare le decisioni prese del Paese ospitante<sup>608</sup>. Inoltre, il loro ambito di applicazione è

---

<sup>603</sup> T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses*, cit.

<sup>604</sup> Regolamento (UE) 2020/1998 del Consiglio del 7 dicembre 2020 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani.

<sup>605</sup> Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937.

<sup>606</sup> BIT Israele – Giappone, 2017, art. 21.1.b; USMCA, 2020, art. 14.14.2.

<sup>607</sup> T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses*, cit.

<sup>608</sup> *Ibidem* Secondo gli AA. queste clausole non sarebbero del tutto auto-giudicanti e i tribunali arbitrali potrebbero verificare se, nel caso concreto, esistano realmente le situazioni a cui si fa riferimento nella clausola ed invocate dal Paese ospitante.

decisamente limitato e avrebbe in definitiva poca rilevanza ai fini qui in esame.

La clausola DOB che risulta più interessante ai fini qui in esame è quella contenuta nel model BIT colombiano del 2017. Tale clausola è estremamente innovativa sotto due profili: quello sostanziale e quello procedurale.

Sotto il profilo sostanziale, la norma<sup>609</sup> prevede espressamente la possibilità di negare i benefici del BIT anche agli investitori responsabili di violazioni dei diritti umani o delle norme ambientali. In particolare alle lettere d) ed e) si stabilisce che i benefici del trattato possono essere rifiutati anche ad un investitore originario di uno dei Paesi contraenti ma che sia stato considerato colpevole, da parte di un tribunale o altro organo amministrativo o giudiziario di uno Stato con cui le parti abbiano relazioni diplomatiche, di aver: *“commesso gravi violazioni dei diritti umani; ii. ha sponsorizzato persone o organizzazioni condannate per gravi violazioni dei diritti umani o per violazioni del Diritto Internazionale Umanitario o sponsorizza organizzazioni terroristiche elencate a livello internazionale; iii. ha causato gravi danni ambientali nel Territorio della Parte ospitante; iv. ha commesso gravi azioni fraudolente contro le leggi e i regolamenti fiscali e tributari della Parte ospitante; v. ha commesso atti di corruzione contro le leggi della Parte ospitante; vi. ha causato gravi violazioni delle leggi sul lavoro della Parte ospitante; vii. ha svolto attività di riciclaggio di denaro; o e. un investitore dell'altra Parte contraente, nel caso in cui un tribunale della Parte ospitante abbia ritenuto tale investitore, o i dirigenti o gli alti dirigenti di un investitore che è un'impresa, o i dirigenti o gli alti dirigenti dell'Investimento che è un'impresa, responsabili della violazione delle leggi penali della Parte ospitante, in relazione alle loro funzioni di dirigenti o alti dirigenti di tali imprese”*<sup>610</sup>. Da evidenziare anche le

---

<sup>609</sup> Model BIT Colombia, p. 12.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 12: “1. A Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to: a. an investor that is an Enterprise of the other Contracting Party, and to its Investments, if such Enterprise is owned or controlled by investors of a non-party and: i. the denying Contracting Party does not maintain diplomatic relations with such third party; or ii. the denying Contracting Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party that prohibit transactions with the Enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Agreement were accorded to the enterprise or to its investments; or b. an investor that is an Enterprise of the other Contracting Party, and to its Investments, if such Enterprise is owned or controlled by investors of a non-party, and does not have the authorization established under Article [###]-Claims presented by shareholders to an Enterprise. c. an investor that is an Enterprise of the

differenze sotto il profilo territoriale: le violazioni dei diritti umani o del Diritto Internazionale Umanitario e il riciclaggio di denaro possono verificarsi ovunque, e qualsiasi tribunale, anche un'autorità amministrativa, può provarle. Al contrario, il danno ambientale, la frode fiscale, la corruzione e le violazioni di diritti dei lavoratori sono limitati al territorio dello Stato ospitante, ma anche questi possono essere provati da qualsiasi tribunale. Questa disposizione è particolarmente significativa perché rappresenta un *unicum* nel panorama globale degli IIAs: definisce in termini chiari il suo innovativo ambito di applicazione e attribuisce un'importanza primaria alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente e alle decisioni giudiziarie in materia.

Anche sotto il profilo procedurale tale clausola è assolutamente innovativa e particolarmente precisa, a differenza degli altri modelli precedentemente esaminati. Il model BIT colombiano prevede infatti che il diniego dei benefici sia subordinato ad un'apposita procedura amministrativa internazionale in contraddittorio con l'investitore ed il suo Paese di origine<sup>611</sup>. La norma prevede apposite scadenze temporali nel

---

*other Contracting Party, and to its Investments if the Enterprise does not have substantial business activities in the Territory of the other Contracting Party; or d. an investor of the other Contracting Party, in case that an international court or a judicial or administrative authority of any State with which the Contracting Parties have diplomatic relations has proven that such investor has directly or indirectly: i. committed serious human rights violations; ii. sponsored persons or organisations sentenced because of serious human rights violations or violations against International Humanitarian Law or sponsors internationally-listed terrorist organisations; iii. caused serious environmental damage in the Territory of the Host Party; iv. committed serious fraudulent actions against the tax and fiscal laws and regulations of the Host Party; v. committed acts of corruption against the laws of the Host Party; vi. caused grave violations of the Host Party's labour laws; vii. engaged in money laundering activities; or e. an investor of the other Contracting Party, in case that a court of law in the Host Party has found such investor, or the directives or high executives of an investor who is an Enterprise, or the directives or high executives of the Investment which is an Enterprise, responsible for the violation of the Host Party's criminal laws, in connection with its functions as directives or high executives of such Enterprises. 2. Once a Contracting Party has corroborated that the affected investor falls within one of the grounds described in paragraph 1 of this Article for denying the benefits of this Agreement, it shall promptly communicate the affected investor and its Home Party such situation through a Notice of Denial of Benefits”.*

<sup>611</sup> Model BIT Colombia, 2017, p. 13: “5. *If a Contracting Party issues a Notice of Denial of Benefits and the Home State of the affected Claimant Investor does not object to such Notice within the following ninety (90) days, any Consultations, judicial or arbitral proceedings carried out pursuant to this Section shall be terminated with immediate effect, irrespective of the stage of proceedings. Any ongoing judicial*

procedimento, sebbene non specifichi se si tratti di termini perentori o ordinatori. La procedura, in generale, sembra rispettare il principio di trasparenza, il *fair trial* e la parità delle armi: sia l'investitore sia il suo Paese di origine vengono informati della volontà dello Stato ospitante di revocare i benefici e ad entrambi hanno la possibilità di presentare memorie difensive.

La clausola DOB del model BIT colombiano sembra così assumere una funzione totalmente diversa da quella tradizionale, assimilabile ad una sanzione nei confronti degli investitori responsabili di gravi crimini, fra i quali anche danni ambientali o violazioni dei diritti umani<sup>612</sup>.

Si ritiene che tale clausola, così come formulata, potrebbe essere un importante strumento di ribilanciamento fra interessi degli investitori ed interessi non economici. Da un lato infatti sanziona gli investitori responsabili o complici di gravi crimini ambientali o di violazioni dei diritti umani. Dall'altro, il diniego di benefici è sottoposto ad un apposito procedimento amministrativo di rilevanza internazionale, che dovrebbe prevenire possibili abusi e garantire il *fair trial*.

Ai fini qui in esame, clausole DOB che seguissero tale modello sarebbero condivisibili ed anzi auspicabili. È stato spiegato come la nozione di investimento o il *legality requirement* potrebbe condurre ad escludere forme di tutela privilegiate agli investitori responsabili di violazioni dei diritti umani o crimini ambientali. Si è però evidenziato che ad oggi non vi è chiarezza sulla possibilità di utilizzare questi strumenti e che comunque permangono notevoli criticità. Ebbene, l'utilizzo di DOB *clauses* come quella del model BIT colombiano del 2017 permetterebbe di ottenere lo stesso risultato, mediante però una norma ad hoc che presenta garanzie sia per gli Stati che per gli investitori. È auspicabile quindi che tale clausola venga effettivamente introdotta nei futuri accordi colombiani e che possa costituire un modello per gli IIA conclusi anche

---

*or arbitral proceedings must be suspended until the ninety (90) day period elapses. 6. With the exception of a Notice of Denial of Benefits produced pursuant to Article [##]-Denial of Benefits(1)(a), if the Home State of the Claimant Investor affected by a Notice of Denial of Benefits objects to such Notice within the ninety (90) day period, the question of whether the ground for invoking Article [##]-Denial of Benefits was duly applied to the Claimant Investor shall be settled by the Court or Tribunal in case it has not been solved by the Council within a six (6) month period after the objection was made. Any ongoing judicial or arbitral proceedings must be suspended until the ninety (90) day and six (6) month periods elapse”.*

<sup>612</sup> T. GAZZINI – F. SEATZU, *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses*, cit.

da altri Paesi.

Nonostante i diversi elementi positivi, il modello in questione presenta anche alcune criticità.

Innanzitutto, l'elenco di violazioni contenuto nella parte sostanziale non è preciso. La norma parla ad esempio di violazioni dei diritti umani o danni ambientali, ma non le definisce. Inoltre la norma prevede anche delle ipotesi di extraterritorialità della giurisdizione dei giudici e delle autorità amministrative. È verosimile che la violazione dei diritti umani e danni ambientali possa essere individuata sulla base della legge applicabile nel Paese ospitante, ma questa soluzione non è esplicitata nella norma e apre a sua volta problemi nell'individuazione della normativa e delle autorità responsabili dell'accertamento di tale violazione. Tali problemi divengono ancora più complessi nelle ipotesi di extraterritorialità.

Il secondo problema, che forse è quello più significativo, riguarda il fatto che la Colombia, nei trattati conclusi successivamente al 2017, non ha mai introdotto tale clausola. Dal 2017 infatti la Colombia ha concluso tre BIT (Emirati Arabi Uniti nel 2017, Spagna nel 2021, Venezuela nel 2023) e due FTA contenenti disposizioni sugli investimenti (Colombia – Ecuador – Perù – UK nel 2019, Pacific Alliance – Singapore nel 2021), ma in nessuno di essi la clausola *denial of benefits* segue il modello sopra esaminato.

Sono presenti solo due eccezioni in questo senso, sebbene meno rilevanti rispetto al model BIT. La prima è rappresentata dall'art. 13 par. b n. iii del BIT Colombia – Venezuela che prevede la possibilità di diniego dei benefici in caso di accertati atti di corruzione ai sensi della legge del Paese ospitante<sup>613</sup>. Questa clausola, sebbene abbia un ambito di applicazione estremamente ristretto rispetto al model BIT Colombia del 2017, comunque ha il vantaggio di precisare come individuare la nozione di corruzione. La seconda è il BIT Colombia – Spagna, art. 18, par. 1, let. d<sup>614</sup>, che riguarda invece il caso

---

<sup>613</sup> BIT Colombia – Venezuela, 2023, art.13: “(...) b. *Benefits may be denied at any time by the Receiving Party, including after any claim has been initiated pursuant to the dispute resolution mechanism provided for in this Agreement and provided that any of the following conditions are met: (...) iii. That it has been judicially or administratively proven, in accordance with the legal system of the Party, that the Investor has incurred in acts of corruption with respect to the Investment*”.

<sup>614</sup> “d. *an Investor of the other Contracting Party, where he has been convicted by an international court recognized by both parties, or by a judicial authority of either Contracting Party, and such conviction has*

in cui l'investitore si sia reso responsabile di crimini internazionali ai sensi dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, ovvero abbia sponsorizzato o finanziato organizzazioni o persone che abbiano commesso crimini internazionali ai sensi dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale o atti di terrorismo. Tale norma quindi prevede un ambito di applicazione limitato e che verosimilmente avrà scarsa applicazione pratica. Si segnalano però due aspetti procedurali di questa norma. Il primo è che il par. 2 fornisce alcune indicazioni sulla procedura amministrativa da seguire per poter negare i benefici all'investitore<sup>615</sup>. Il secondo è l'inciso contenuto nella prima parte della let. d, secondo cui la sentenza che abbia condannato l'investitore debba essere diventata definitiva nei dieci anni precedenti la presentazione della richiesta di arbitrato<sup>616</sup>. Tale inciso lascia invero delle perplessità, poiché sembra condizionare la possibilità di negare i benefici del BIT al fatto che l'investitore abbia presentato richiesta di arbitrato. Non sembrerebbe quindi una vera e propria sanzione o reazione dello Stato ai crimini commessi dall'investitore, quanto piuttosto una forma di difesa da invocare in presenza di richieste di arbitrato. Stante l'assenza di dottrina e giurisprudenza in merito, i dubbi rimangono.

## 6. Conclusione.

Apportare modifiche al concetto di investimento protetto negli IIAs ed impiegare clausole quali i *legality requirements* o le DOB potrebbe potenziare la tutela di interessi non economici nel diritto internazionale degli investimenti.

Il quadro attuale non sembra però particolarmente favorevole. Tutti i profili

---

*become final within ten (10) years prior to the filing of the request for arbitration, by: i. the commission of international crimes according to the Rome Statute of the International Criminal Court. ii. sponsoring or financing organizations or persons who have committed: 1. international crimes in accordance with the Rome Statute of the International Criminal Court, or 2. acts of terrorism as defined by applicable international law regarding conduct constituting terrorism and/or included in international lists of persons or organizations related to terrorism”.*

<sup>615</sup> BIT Colombia – Spagna, 2021, art.18.1.d: “*The right to the denial of the benefits granted by this Agreement must be exercised in writing through any means that allows its knowledge by the Investor. For this purpose, a denial of benefits exercised in a pleading filed during the course of the dispute resolution procedures provided for in Article 22 (Filing of a Claim) of this Agreement shall be valid until the claim is answered”.*

<sup>616</sup> BIT Colombia – Spagna, 2021, art.18.

esaminati infatti presentano limi e problemi interpretativi, sia in generale sia nel loro utilizzo per la tutela e promozione di interessi non economici. Alcuni dubbi interpretativi, quali il *contributo allo sviluppo* nel concetto di investimento, o l'ambito di applicazione dei *legality requirements*, rappresentano ostacoli particolarmente significativi.

Una soluzione a trattati invariati potrebbe essere l'adesione ad interpretazioni *environmental* o *social oriented* o maggiormente allineate a principi quali lo sviluppo sostenibile. Simili interpretazioni potrebbero influire sulla nozione di investimento o sull'ambito di applicazione dei *legality requirement* e sarebbero possibili alla luce dell'oggetto e scopo del trattato, specie quando anche il preambolo menzioni interessi non economici. Inoltre, tale interpretazione sembra possibile alla luce dello stesso art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e richiamando altre fonti di diritto internazionale pubblico in tema di diritti umani e ambiente. La giurisprudenza e la dottrina attuali non sembrano però orientate in questo senso, o perlomeno non vi è un orientamento espressamente favorevole, soprattutto nella giurisprudenza arbitrale. Inoltre, questo manterrebbe una certa imprevedibilità delle decisioni arbitrali.

La soluzione potrebbe allora essere modificare gli attuali IIAs nonché introdurre, nei trattati futuri, clausole più specifiche e funzionali, secondo quanto esposto nei precedenti paragrafi. In questo senso, i principi guida dovrebbero essere due. Innanzitutto, garantire maggiore chiarezza e precisione alle norme. In questo senso, è essenziale agire in ottica preventiva e considerare quando ed in che modo gli investimenti potrebbero cagionare illeciti o danni nel Paese ospitante, tenendo conto di questi rilievi nella formulazione delle norme. Inoltre, dovrebbero essere elaborati meccanismi e procedure in grado di bilanciare la tutela degli investitori con la necessità dello Stato ospitante di esercitare il proprio *right to regulate* e tutelare interessi non economici.

Con riferimento al concetto di investimento, si ritiene pertanto auspicabile una maggiore precisione, che riaffermi il requisito dello *sviluppo significativo*, auspicabilmente inteso come sviluppo sostenibile. Eventuali esclusioni o specificazioni delle tipologie di investimenti inclusi o esclusi dall'ambito di applicazione del trattato potrebbero essere accompagnati da meccanismi operativi per l'individuazione di tali investimenti.

Con riferimento ai *legality requirements* ed alle clausole DOB, si auspica un loro utilizzo e potenziamento, nel senso di ricomprendere l'intera vita dell'investimento e specificando la loro applicabilità nel caso di violazioni dei diritti umani o di danni ambientali da parte dell'investitore. Questi strumenti dovrebbero essere accompagnati da meccanismi operativi e procedure in modo da garantire sia la tutela dell'investitore sia l'efficacia delle decisioni pubbliche, mettendo lo Stato a riparo da eventuali ritorsioni in sede arbitrale. In questo senso, il model BIT colombiano del 2017 propone una soluzione che si ritiene condivisibile.

Con riferimento alla scelta fra tali clausole e la *clean hands*, si condivide quanto affermato in dottrina, secondo cui ciò che conta davvero, in definitiva, dovrebbe essere che il tribunale arbitrale possa in qualche modo tener conto del comportamento illecito dell'investitore<sup>617</sup>. Si ritiene però che la valorizzazione delle clausole sin qui spiegate sia più agevole e garantisca maggiore chiarezza e prevedibilità, soprattutto in ottica preventiva. Azioni preventive, dovute a tali clausole, comporterebbero maggiori oneri per gli Stati e per gli investitori (in termini ad esempio di *due diligence*), ma prevenire possibili violazioni dei diritti umani, danni ambientali ed arbitrati è una prospettiva senz'altro preferibile.

---

<sup>617</sup> Così anche P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, cit., p. 524.

## CAPITOLO 5.

### LE ECCEZIONI E LE RIGHT TO REGULATE CLAUSE

#### 1. Le eccezioni. Introduzione.

Le clausole di eccezione rappresentano l'archetipo degli elementi di rottura con il tradizionale diritto internazionale degli investimenti. Mentre gli IIAs tradizionalmente nascono con l'intenzione di tutelare gli investimenti stranieri e i loro interessi economici ed introducono disposizioni a favore degli investitori (*norme primarie*), le clausole di eccezione ritagliano degli spazi entro i quali derogare a tali tutele.

Fra le ragioni che possono giustificare queste deroghe vi è anche la tutela di interessi non economici e delle misure pubbliche a ciò preposte.

L'introduzione di clausole di eccezione crea però un nuovo problema: mantenere un sistema che garantisca comunque delle tutele per gli investimenti stranieri ed evitare possibili abusi da parte degli Stati<sup>618</sup>.

L'esame delle clausole di eccezione va pertanto svolto secondo questa chiave di lettura: da un lato, tali clausole costituiscono uno dei principali strumenti per salvaguardare il *right to regulate* e gli interessi pubblici, anche non economici, a scapito degli investitori; dall'altro lato, le eccezioni riducono le tutele a favore degli investitori e potrebbero portare ad abusi, pertanto va attentamente ponderata la modalità di una loro concreta applicazione.

#### 1.1. Le differenti tipologie di eccezione. Un arsenale ampio e dai caratteri complessi.

Con il termine *eccezione* si ricomprendono diverse tipologie di clausole che presentano sensibili differenze in termini di formulazione, modo di operare, effetti, vantaggi e svantaggi. Definire le varie categorie di eccezioni è quindi essenziale per

---

<sup>618</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 9; J. E. ALVAREZ, *'Beware: Boundary Crossings' – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law*, cit., pp. 65 – 66.

In *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, cit., ad esempio il tribunale ha concluso che il *ban* del prodotto chimico venduto dalla società ricorrente non era in realtà giustificato da ragioni ambientali e a tutela della salute, che avrebbe permesso di invocare l'eccezione contenuta nel NAFTA, ma era piuttosto una misura protezionistica a favore delle imprese canadesi.

capire quali strumenti preferire in sede di redazione dei trattati e le implicazioni delle scelte effettuate, nonché per guidare l'interprete<sup>619</sup>.

La distinzione più rilevante è quella fra *carve-out clauses* ed eccezioni in senso stretto.

Le *carve-out clauses*<sup>620</sup> escludono dall'ambito di applicazione di una norma primaria delle specifiche misure, soggetti o materie che normalmente vi rientrerebbero<sup>621</sup>. Pertanto, la condotta dello Stato ospitante che rientra nell'ambito di applicazione della *carve out* non costituisce violazione della norma primaria<sup>622</sup>. Tali clausole presentano tre caratteristiche<sup>623</sup>: rispondono ad una ragione specifica e prevalente rispetto agli interessi generalmente tutelati dalla norma primaria; hanno una formulazione puntuale o comunque esplicita; di norma riguardano soltanto una o più disposizioni specifiche.

A livello processuale, le *carve out* vengono esaminate come questioni di giurisdizione (e quindi di procedura) o al più tardi come questioni preliminari al merito<sup>624</sup>. Tali clausole creano una presunzione di legittimità della misura statale,

---

<sup>619</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, in L. BARTELS – F. PADDEU, *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 2, 24.

<sup>620</sup> Esempi di *carve out* sono: model BIT USA, 2012, art. 4.b, annex B; model BIT Canada, 2021, art. 13.1.c., annesso B; CAFTA DR, 2004; model BIT India, 2015, art. 5; model BIT Norvegia, 2015, art. 12; BIT India-Colombia, 2009, art. 13; ACIA, 2012, annex; CETA, 2017, annex 8A.

<sup>621</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p.4; F. BAETENS, *Invoking Human Rights*, cit., p. 245.

<sup>622</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 5; F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law: Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges*, Brill | Nijhoff, Leiden 2014, p. 62.

*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, award (12/5/2005), par. 132 ss. e decision on annulment (25/9/2007). Nello stesso senso *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, award, (24/3/2016), parr. 405, 406, 427, 460, 465.

<sup>623</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 4.

<sup>624</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 12; J. PAUWELYN, *Defences and the Burden of Proof in International Law*, cit.

ponendo l'onere della prova in capo all'investitore<sup>625</sup>, ed il *thema probandi*, nel corso del giudizio, consiste nella verifica della conformità fra i presupposti richiesti dalla norma e la condotta tenuta da parte dello Stato<sup>626</sup>.

Le potenzialità delle *carve out clause* ambientali sono dimostrate dal caso *Spence International v. Costa Rica*<sup>627</sup>. La vicenda riguarda l'espropriazione di terreni appartenenti a otto diversi investitori edili stranieri in una zona costiera del Costa Rica. L'espropriazione era stata compiuta per creare un parco marino protetto per la tutela, in particolare, delle tartarughe marine, senza però che fosse stato fornito un adeguato ristoro agli investitori lesi<sup>628</sup>. Il trattato applicabile nel caso di specie era il CAFTA-DR, che definisce il concetto di espropriazione indiretta all'annesso 10-C e che al par. 4.b dello stesso annesso prevede una *carve out* ambientale<sup>629</sup>. Il Costa Rica invocava tale norma sotto due profili: l'interpretazione della *carve out* ambientale e la distinzione fra procedimenti di espropriazione diretta e indiretta. Sotto il primo profilo, il Costa Rica

---

<sup>625</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., pp. 10 – 11; F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 64; H. MANN – K. VON MOLTKE – L. E. PETERSON – A. COSBEY, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development* (2005), pp. 17 – 18; J. PAUWELYN, *Defences and the Burden of Proof in International Law*, in L. BARTELS – F. PADDEU (a cura di), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 88–107.

<sup>626</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 10.

Nella giurisprudenza arbitrale, per la tesi secondo cui l'onere di provare la violazione delle norme sostanziali spetta al *claimant*, si vedano ad esempio *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, award, (31/1/2006), par. 70; *Glamis Gold Ltd v United States of America*, cit., parr. 21, 600, 601; *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID, No. ARB/02/18, award, (26/7/2007), par. 121.

<sup>627</sup> *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/13/2, interim award, (30/5/2017).

<sup>628</sup> *Ibidem*, parr. 1 – 48.

<sup>629</sup> CAFTA DR, annex 10-C, par 4.b: “*Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations*”. Tale disposizione, sebbene con alcune differenze, compare in 149 trattati. Si veda <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

sosteneva che, ai sensi della *carve out* contenuta nel CAFTA, la condotta dello Stato che non integra gli estremi dell'espropriazione diretta, è giustificata da ragioni ambientali e non è discriminatoria deve ritenersi legittima. In tale ipotesi la condotta del Paese ospitante non rientra nell'ambito di applicazione della norma, non costituisce espropriazione indiretta e pertanto non legittima alcun risarcimento<sup>630</sup>. Sotto il secondo profilo, il Costa Rica sosteneva che laddove i terreni di proprietà dei ricorrenti fossero stati soggetti ad espropriazione secondo quanto previsto dalle norme del CAFTA poste a loro protezione, avrebbe senz'altro predisposto una compensazione rapida, effettiva e adeguata, conformemente alle procedure amministrative nazionali<sup>631</sup>. Il Costa Rica pertanto riconosceva l'impatto della *carve out* nonché il fatto che, al di fuori delle limitate ipotesi previste da tali norme, avrebbe senz'altro mantenuto le tutele previste dal trattato in favore degli investitori. È quindi lo stesso Paese ospitante ad esercitare un *self-restrained* sull'utilizzo della *carve out*, evidenziando che in assenza dei rigidi presupposti previsti da tale norma sarebbe senz'altro doveroso compensare l'investitore leso.

La sentenza si segnala inoltre per quanto affermato in materia di riparto dell'onere probatorio e di presunzione di legittimità delle misure pubbliche. Il tribunale rigettava la domanda di Spencer International in quanto quest'ultima non aveva dimostrato adeguatamente che la misura adottata dal Costa Rica non rispettasse le condizioni previste dall'annesso 10-C: *“The Tribunal notes additionally, as regards these indirect expropriation claims, that they give rise to significant burden of proof issues, which fall to the Claimants to address. The Tribunal does not consider that they have adequately done so. While the present enquiry is focused on issues of jurisdiction, the Tribunal notes the exacting requirements in respect of claims of indirect expropriation set out in paragraph 4 of Annex 10-C of the CAFTA, including that the fact of an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred. The Tribunal does not consider that the Claimants have satisfied the burden upon them in respect of these claims”*<sup>632</sup>. Nella sentenza è peraltro presente anche una *submission* di parte terza di El Salvador che, proprio su

---

<sup>630</sup> *Spence International Investments and others v. Republic of Costa Rica*, par. 132 ss.

<sup>631</sup> *Ibidem*.

<sup>632</sup> *Ibidem*, par. 271.

questo punto, afferma: “*in the case of claims of indirect expropriation, a claimant would have the burden of rebutting the strong presumption created by CAFTA Annex 10-C that a State’s non-discriminatory regulatory measures designed to protect the environment do not constitute an indirect expropriation*”<sup>633</sup>.

Sembra comunque opportuno evidenziare che, al di fuori della sentenza appena esaminata, in altre decisioni le *carve out* ambientali sono state utilizzate solamente a fini interpretativi e non come vero e proprio strumento a tutela delle politiche pubbliche. Ad esempio, nel caso *Al Tamimi v. Oman*, l’IIA applicabile era l’FTA USA – Oman, che all’art. 10.10 prevede una *carve out* ambientale. Il tribunale arbitrale anziché applicare tale norma per escludere le politiche ambientali adottate dall’Oman dall’ambito di applicazione dell’IIA la utilizzava semplicemente come ausilio interpretativo, per fornire un’interpretazione (sebbene *environmental oriented*) dell’art. 10.5 (clausola MFN)<sup>634</sup>. L’utilizzo di una *carve out* ambientale a fini solamente interpretativi, anziché per restringere l’ambito di applicazione degli IIAs, era stato sostenuto anche nel caso *Spencer International v. Costa Rica*: gli Stati Uniti avevano infatti presentato una *submission* nella quale non è chiaro se il significato da attribuire alla *carve out* ambientale fosse quello di incidere sull’ambito di applicazione delle norme primarie o fosse solo quello di fornire un’indicazione interpretativa del trattato<sup>635</sup>. È opportuno evidenziare che in entrambi i casi i trattati invocati erano stati conclusi dagli Stati Uniti. L’utilizzo della *carve out* a fini interpretativi garantisce che, quantomeno, l’interprete abbia uno strumento utile per dare una lettura *environmental* o *human rights oriented* del trattato. D’altro canto, si ritiene che utilizzare le *carve out* solamente a fini interpretativi rischi di depotenziare tali norme e non risponda alla ragione per la quale sono state introdotte nei trattati, che è appunto quella di restringere l’ambito di applicazione di una norma primaria.

La seconda tipologia di eccezioni più rilevanti insieme alle *carve out* sono le eccezioni in senso stretto. Le eccezioni fanno venir meno la responsabilità del Paese

---

<sup>633</sup> *Ibidem*, par. 157.

<sup>634</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, cit., parr. 387 - 390.

<sup>635</sup> *Spence International Investments and others v. Republic of Costa Rica*, par. 161: “*Annex 10-C, paragraph 4(b) is not an exception but is rather intended to provide tribunals with additional guidance in determining whether an indirect expropriation has occurred*”.

ospitante nelle ipotesi in cui agisca per scopi di interesse pubblico generale, ma in violazione delle norme primarie degli IIAs<sup>636</sup>. Dal punto di vista operativo, le eccezioni in senso stretto presentano tre caratteristiche, diverse rispetto a quelle delle *carve out*: presuppongono l'accertamento della violazione di una norma primaria, operando *ex post* e come scusanti<sup>637</sup>; le indagini in sede giudiziale sono finalizzate a verificare la ricorrenza nel caso concreto dei requisiti previsti per poter applicare l'eccezione<sup>638</sup>; l'onere della prova spetta allo Stato convenuto che invoca l'eccezione<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 10; K. VANDEVELDE, *A comparison of the 2004 and 1994 US Model BITs: rebalancing investor and host country interests*, in KARL. P. SAUVANT (a cura di), *Yearbook on international investment law & policy*, Vol. 2009, 2008, p. 307; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 2.

<sup>637</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., pp. 10 – 11; JORGE E. VIÑUALES, *Defence Arguments in Investment Arbitration*, «ICSID Reports», 18 (2020), p. 78; F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 64. Come evidenziano gli AA., il funzionamento trae origine dal sistema WTO.

Nella giurisprudenza WTO si vedano, in particolare: *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (12/3/2001), par. 115; *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/AB/R (17/6/2011), par. 173.

<sup>638</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., pp. 10 – 11. Come evidenzia J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism – Investment Treaty News*, disponibile presso <https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/> solitamente i *panel* e tribunali che si trovano a dover esaminare clausole su modello dell'art. XX GATT, pongono tre domande: “*First, does the state measure at issue pursue one of the listed aims (here, environmental protection)? Second, is the measure “necessary” to pursue those aims? And, third, does the state measure nonetheless amount to arbitrary discrimination or a disguised restraint on trade?*”.

<sup>639</sup> F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 64; H. MANN ET AL, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, cit., pp. 17 – 18: “*Finally, this text creates what in legal terms is known as a carve-out from the rules on expropriation: by definition such a regulatory measure is not an expropriation. An investor would have to show that the measure is not bona fide, for example that it has a disguised purpose; that it is irrelevant for the stated purposes; that it is adopted through corruption; etc. This is very different from the idea of a regulatory “exception” which would have regulations defined as expropriations unless the host state could show they fit into an exception category. A carve-out keeps the burden of proof on the investor, where it should be in such a*

Sussistono quindi significative differenze fra *carve out* ed eccezioni in senso stretto sul piano operativo, sul riparto dell'onere probatorio e sugli effetti<sup>640</sup>. Tale distinzione concettuale è stata anche evidenziata dal comitato ad hoc per l'annullamento del lodo *CMS v. Argentina*<sup>641</sup>, in cui si discuteva della distinzione fra l'art. XI (*carve out*) del BIT e l'art. 25 ILC's Articles on States Responsibility (eccezione in senso stretto): "*Article XI is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations*"<sup>642</sup>.

A livello processuale, diversi autori evidenziano in particolare la netta differenza che sussiste fra i due strumenti sotto il profilo dell'onere probatorio. Mentre nel caso di *carve out* l'onere della prova ricade sull'investitore, che quindi è in una posizione meno agevole, nel caso di eccezioni in senso stretto l'onere della prova ricade sullo Stato, invertendosi così la posizione di vantaggio<sup>643</sup>.

Oltre a queste differenze operative, la dottrina ha evidenziato che gli arbitri tendono ad interpretare in modo più ampio le clausole che definiscono l'ambito di applicazione di una norma rispetto a quelle che prevedono eccezioni, interpretate invece in senso restrittivo<sup>644</sup>.

---

case"; J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, «Transnational Dispute Management (TDM)», 9/5 (2012), p. 5.

<sup>640</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 11.

<sup>641</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit.

<sup>642</sup> *Ibidem*, par. 129.

<sup>643</sup> F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 64; H. MANN ET AL, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, cit., pp. 17 – 18; J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., p. 5; C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, in F. PADDEU – L. (a cura di), *Exceptions in International Law (OUP, 2018)*, *Society of International Economic Law (SIEL), Fifth Biennial Global Conference*, 2016, pp. 372 – 373.

<sup>644</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 20.

Ancora, parte della dottrina evidenzia una differenza cd. *normativa*<sup>645</sup>: se la misura pubblica rientra nell'ambito di applicazione della *carve out*, sussiste di *default* una posizione di libertà regolatoria. Nel caso delle eccezioni in senso stretto, invece, vi è un regime generale di divieto di adottare misure a scapito degli investitori, salvo che queste siano giustificate dall'eccezione, e comunque tale giustificazione viene riconosciuta solamente *ex post* da parte dei giudici o arbitri. In questo senso, l'eccezione rende lecita una condotta che è però poco desiderabile in quanto interferisce con una norma primaria<sup>646</sup>.

In definitiva, come si vede, la distinzione fra *carve out* ed eccezioni in senso stretto è netta e le conseguenze nella scelta di uno o dell'altro strumento sono significative. A livello giurisprudenziale, invero, tale distinzione ha talvolta rappresentato un problema interpretativo significativo<sup>647</sup>. Anche in questo caso, la soluzione dipende dallo specifico trattato preso in considerazione e dalla concreta formulazione della clausola<sup>648</sup>.

Si ritiene che nessuna delle due clausole sia in assoluto preferibile rispetto all'altra<sup>649</sup>. Da un lato, le *carve out* agevolano la posizione dello Stato, risolvono il conflitto con l'investitore già sul piano giurisdizionale ed offrono in definitiva una difesa più netta e immediata. Dall'altro lato, le eccezioni in senso stretto danno maggiore spazio ad un bilanciamento, in sede arbitrale, fra i diritti degli investitori e quelli degli Stati, oltre a responsabilizzare maggiormente lo Stato, che per poter invocare l'eccezione sarebbe tenuto a dimostrare le ragioni per le quali ha derogato alle tutele precedentemente accordate all'investitore straniero<sup>650</sup>. Inoltre, dato che le decisioni fondate sulle *carve out* concernono tendenzialmente la giurisdizione, mentre le

---

<sup>645</sup> C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., p. 371.

<sup>646</sup> *Ibidem*.

<sup>647</sup> Sul punto si veda la parte dedicata alla giurisprudenza in materia di eccezioni.

<sup>648</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, «The Journal of World Investment & Trade», 18/1 (2017), pp. 67 ss.

<sup>649</sup> Nel senso che le *carve out* siano preferibili alle eccezioni in senso stretto si veda C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., p. 371 ss.

<sup>650</sup> F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 64.

decisioni fondate su eccezioni in senso stretto sono tendenzialmente di merito, queste ultime hanno il vantaggio di essere solitamente definitive o comunque più stabili rispetto alle prime, che sono maggiormente soggette a revisioni e contestazioni<sup>651</sup>.

Sebbene le *carve out* e le eccezioni *stricto sensu* siano le tipologie più rilevanti ai fini qui in esame, all'interno della categoria delle eccezioni vanno ricompresi anche altri strumenti.

La giurisprudenza arbitrale ha innanzitutto evidenziato la distinzione fra *carve out clause* e *necessity defense*<sup>652</sup>. Quest'ultima, come le eccezioni in senso stretto, presuppone la violazione di una norma primaria da parte del Paese ospitante e opera come causa di esonero dalla responsabilità<sup>653</sup>. A differenza delle eccezioni in senso stretto però la *necessity defense* opera sulla base di presupposti specifici e spesso più stringenti delle eccezioni generali in senso stretto<sup>654</sup>.

Le eccezioni in senso stretto e le *carve out* vanno poi tenute distinte dalle *Non Precluded Measures clauses*<sup>655</sup>, che operano come le eccezioni in senso stretto ma che operano sulla base di presupposti più stringenti, solitamente legati all'ordine pubblico e alla sicurezza, e che richiedono la ricorrenza di situazioni assolutamente eccezionali<sup>656</sup>.

Ancora, le eccezioni in senso stretto e le *carve out* vanno tenute distinte dalle *right to regulate clauses*<sup>657</sup>. Tutti questi strumenti rimarcano le prerogative dello Stato per la

---

<sup>651</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 13; D. D. CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal*, «ICSID Review», 7/1 (1992), pp. 21–56; G. SACERDOTI, *Appeal and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the WTO appellate review*, in E.-U. PETERSMANN (a cura di), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997, pp. 245–280.

<sup>652</sup> La *necessity defense* non verrà approfondita in ragione del suo poco rilievo per la tutela di diritti umani e ambiente in senso diretto.

<sup>653</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 5; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit., par. 132.

<sup>654</sup> J. E. VIÑUALES, *Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law*, cit., p. 18.

<sup>655</sup> Si veda ad esempio BIT USA-Argentina, 1991, art. XI; BIT Russia-Ungheria, 1995, art. 2 par. 3, che peraltro è una delle ipotesi in cui viene indicato espressamente l'ambiente fra i possibili presupposti.

<sup>656</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements* cit., p. 207.

<sup>657</sup> Come ad esempio l'art. 1114 del NAFTA.

tutela di interessi generali, ma si differenziano sotto due profili. Innanzitutto, le *right to regulate clauses* solitamente non escludono la responsabilità dello Stato nel caso di violazione delle norme primarie dell’IIA<sup>658</sup>. Inoltre, le *right to regulate clauses* solitamente svolgono solo una funzione interpretativa, chiarendo che l’IIA non possa ostacolare il *right to regulate* del Paese ospitante<sup>659</sup>.

Infine, un ultimo dubbio riguarda la possibilità di utilizzare, ai fini di tutela di interessi non economici, clausole di eccezione già presenti nei trattati di investimento ma concepite originariamente per diverse finalità. Autorevole dottrina si è domandata in particolare se le *security exceptions*, cioè eccezioni finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale e l’ordine pubblico, possano essere utilizzate per proteggere le misure finalizzate al contrasto del cambiamento climatico<sup>660</sup>. In alcuni casi il dato testuale, molto preciso ed orientato su profili *militari*, rende impossibile questa lettura<sup>661</sup>, ma in altre ipotesi il testo di tali eccezioni è ampio e vi sarebbe spazio per letture interpretative orientate in questo senso<sup>662</sup>. In alcune ipotesi, inoltre, clausole di eccezione in materia di sicurezza fanno riferimento anche alla tutela dell’ambiente<sup>663</sup>. Secondo tale tesi, il cambiamento climatico potrebbe essere quindi riconosciuto come un rischio per la sicurezza e rientrare nell’ambito di applicazione di tale eccezione<sup>664</sup>. Si ritiene tale tesi condivisibile, sebbene se ne riconosca la difficile attuazione a livello pratico. Per tale ragione è forse preferibile un intervento di riforma sui trattati, che introduca specifiche clausole di eccezione riguardanti le misure in materia di cambiamento climatico.

---

<sup>658</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 3.

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>660</sup> V. VADI, *Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals*, «Vand. J. Transnat’l L.», 48 (2015), p. 1346.

<sup>661</sup> NAFTA, art. 2012.

<sup>662</sup> V. VADI, *Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals*, cit., p. 1346.

<sup>663</sup> Si veda il BIT Russia-Ungheria, 1995, art. 2 par.3, che prevede: “*This Agreement shall not preclude the application of either Contracting Party of measures, necessary for the maintenance of defence, national security and public order, protection of the environment, morality and public health*”.

<sup>664</sup> V. VADI, *Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals*, cit., p. 1346.

## 1.2. La distinzione fra eccezioni generali ed eccezioni speciali.

A prescindere dalla distinzione fra *carve out* ed eccezioni in senso stretto (che verrà ripresa ove necessario) le eccezioni presenti negli IIAs possono essere distinte innanzitutto in base al loro ambito di applicazione.

Una prima tipologia in questo senso sono le cd. eccezioni generali, che possono essere applicate ad ogni disposizione dell’IIA. Questa tipologia di clausole è spesso formulata riproducendo l’art. XX del GATT o l’art. XIV del GATS<sup>665</sup>. Le eccezioni generali solitamente prevedono un’ampia gamma di ragioni che possono giustificare la condotta lesiva tenuta dal Paese ospitante. Lo stesso art. XX GATT sul punto utilizza termini generali, come la tutela della vita animale o vegetale<sup>666</sup>. A ben vedere, in realtà, sembra riemergere qui la distinzione fra diritti umani e ambiente esaminata nel primo capitolo: infatti, spesso le eccezioni fanno riferimento alla tutela dell’ambiente o della salute, mentre un’attenzione minore è riservata ai diritti umani e alla tutela del patrimonio culturale<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit.; S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 578.

Si vedano ad esempio: model BIT Canada, 2003; BIT Canada – Perù, 2007, art. 10; CETA, artt. 19.3, ch. 8; ACIA, 2009; BIT Argentina – Nuova Zelanda, 1999; BIT Cina-Canada, 2012; BIT Canada-Ucraina, art. XVII; model BIT Norvegia, art. 24.

In alcuni FTA contenenti disposizioni in materia di investimenti, l’ambito di applicazione delle eccezioni generali è esteso anche a tali disposizioni. Si vedano ad esempio FTA Singapore – Giappone, 2003, art. 83; CECA India-Singapore, 2005; EPA Giappone – Malaysia, 2005; FTA Corea del Sud – Singapore, 2005; FTA Cina – Nuova Zelanda, 2008, art. 200; FTA EU – Vietnam, 2020, art. 4.6.

<sup>666</sup> Sul rapporto fra art. XX GATT e tutela dell’ambiente si rinvia ad esempio a E. BARONCINI, *L’articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell’interpretazione dell’Organo d’appello dell’OMC*, «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 49 (2010), pp. 617–656.

<sup>667</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., pp. 286 – 287, che evidenzia come in realtà i diritti umani possano rientrare in altre categorie come la tutela della vita, mentre per la cultura sembra meno agevole. Secondo l’A. la cultura potrebbe eventualmente essere ricompresa all’interno del concetto di *public order* o *public morals*.

Fra le eccezioni, nelle quali invece è prevista un’eccezione per la tutela del patrimonio culturale, si veda ad esempio BIT Francia – Uganda, 2003, art.6. Interessante anche la riserva posta dal Canada nel CPTPP, 2018, annesso II, alle norme in materia di non-discriminazione, *performance requirements*, *senior management* e *boards of directors*, affermando che “Canada reserves the right to adopt or maintain a measure conferring rights or privileges to a socially or economically disadvantaged minority”.

La dottrina ha sollevato dei dubbi sull'opportunità di riprodurre norme prese dal sistema WTO. Con riferimento all'art. XIV GATS è stato evidenziato che la norma non include la conservazione delle risorse naturali esauribili fra le ragioni giustificative delle misure pubbliche. Questo aspetto è però fondamentale in materia di investimenti esteri, dato che spesso gli investitori stranieri operano proprio nel settore primario nello sfruttamento di tali risorse<sup>668</sup>. In realtà, sotto questo profilo, talvolta anche le eccezioni presenti negli IIAs che non riproducono l'art. XIV GATS escludono comunque riferimenti alle risorse naturali esauribili, come ad esempio l'art. 24 dell'ECT<sup>669</sup>.

Con riferimento invece alla riproduzione dell'art. XX GATT ed alla giurisprudenza ivi connessa la dottrina è divisa.

Un primo orientamento sostiene che l'utilizzo dell'art. XX GATT e della giurisprudenza WTO non è auspicabile. Infatti tale norma nella prassi WTO ha ottenuto poco successo ed è stata spesso interpretata restrittivamente, soprattutto quando si è trattato di questioni legate alla tutela dell'ambiente. Il rischio sarebbe quindi quello di replicare gli stessi problemi dell'art. XX GATT e garantire così poco spazio alla tutela dell'ambiente anche nel diritto internazionale degli investimenti<sup>670</sup>. Inoltre, l'art. XX GATT e la giurisprudenza WTO appartengono ad un contesto che ha caratteristiche diverse rispetto al diritto internazionale degli investimenti, che risponde ad esigenze in parte differenti e che potrebbe quindi generare soluzioni inadeguate<sup>671</sup>.

---

<sup>668</sup> Sul punto si vedano anche i dati dell'OECD, disponibili presso <https://data.oecd.org/fdi/inward-fdi-stocks-by-industry.htm>.

<sup>669</sup> ECT, art. 24.

<sup>670</sup> V. VADI, *Human rights and investments at the WTO*, cit., p. 172; J. F. COLARES, *A theory of wto adjudication: From empirical analysis to biased rule development*, «Vand. J. Transnat'l L.», 42 (2009), pp. 383 ss.; J. KURTZ, *The use and abuse of WTO law in investor–state arbitration: competition and its discontents*, «European Journal of International Law», 20/3 (2009), pp. 749–771.

<sup>671</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 79 – 81, 90, 91 ad esempio evidenzia che nel caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, cit., il tribunale utilizza l'”*accordion of likeness*” test elaborato in ambito WTO ma per funzioni totalmente diverse, cioè non per valutare se i prodotti sono competitivi o sostituibili, ma per tenere conto delle preoccupazioni ambientali. L'A. evidenzia anche che nella giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti il *necessity test* non viene considerato, salvo nel caso *Occidenta v. Argentina*. In *Methanex Corporation v. United States of America* il tribunale, parr. 6-19,

Un'opposta tesi sostiene invece che l'art. XX GATT e la giurisprudenza WTO potrebbero essere un buon punto di riferimento e guidare anche il diritto internazionale degli investimenti e la giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti<sup>672</sup>.

Le due posizioni sono in realtà conciliabili e probabilmente la tesi preferibile sta nel mezzo. Una riproduzione tralatizia e acritica dell'art. XX GATT e della giurisprudenza WTO non è da ritenersi auspicabile, mentre sembra condivisibile l'idea di introdurre strumenti idonei a bilanciare interessi contrastanti, quali ambiente ed interessi economici, come è nell'idea dello stesso art. XX GATT<sup>673</sup>. La giurisprudenza WTO potrebbe inoltre offrire spunti di riflessione anche nell'ambito degli arbitrati di investimento, ove adattata alle peculiarità del sistema e ai differenti interessi e strumenti in gioco.

Secondo altra dottrina, sono rari i casi in cui gli arbitri hanno esperienza sia in ambito *trade* che *investment* e questo spiegherebbe la poca commistione della relativa giurisprudenza e idee<sup>674</sup>.

Oltre alla replica delle norme sopra citate, un altro modello comune di eccezioni generali sono quelle che parte della dottrina definisce *prohibition or restriction clauses*<sup>675</sup>. Esempio di questa eccezione è l'art. 11 del BIT Cina-Singapore del 1985: “*The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection or its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases and pests in animals or plants*

---

tende a leggere più criticamente i riferimenti alla giurisprudenza WTO. Si veda anche J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit.

<sup>672</sup> In dottrina, sull'applicabilità della giurisprudenza WTO: S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, «Journal of International Economic Law», 13/4 (2010), p. 1062.

<sup>673</sup> C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., p. 373, suggerisce, anziché replicare il modello WTO, di adattare lo stesso al contest del diritto degli investimenti.

<sup>674</sup> J. PAUWELYN, *The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus*, «The American Journal of International Law», 109/4 (2015), pp. 761–805.

<sup>675</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 7.

*or the protection of its environment*”. Tale modello presenta quattro peculiarità<sup>676</sup>: è utilizzato principalmente dai Paesi in via di sviluppo; prevede condizioni meno stringenti o un onere della prova più agevole delle clausole su modello dell’art. XX GATT, aumentando il rischio di abusi ma fornendo maggiore libertà agli Stati; le ragioni giustificative delle misure possono riguardare sia interessi pubblici generali come l’ambiente sia questioni quali sicurezza e ordine pubblico, che di solito sarebbero invece previste in clausole *ad hoc*; le condizioni previste per poter invocare la norma sono meno stringenti di quelle normalmente previste dalle eccezioni generali, probabilmente proprio a causa del fatto che fra le ragioni giustificatrici vi sono la sicurezza e l’ordine pubblico. Le *prohibition or restriction clauses* però normalmente non menzionano alcune importanti categorie di interessi previsti invece dall’art. XX GATT, quali ad esempio la conservazione delle risorse naturali esauribili o la tutela della vita animale e vegetale.

La seconda tipologia di eccezioni è quella delle eccezioni speciali. Tale specialità può essere intesa in due diversi sensi.

In un primo senso, la specialità riguarda la materia che può giustificare la misura adottata dallo Stato ospitante. Negli IIAs tali eccezioni riguardano ad esempio misure fiscali, o quelle in materia di tabacco, oppure la tutela della salute<sup>677</sup>.

In un secondo senso, la specialità riguarda l’ambito di applicazione, nel senso di applicarsi solamente a norme primarie specifiche, ad esempio le disposizioni in materia di espropriazioni o la clausola FET<sup>678</sup>. In queste ipotesi le eccezioni sono spesso *carve out* piuttosto che eccezioni in senso stretto: ciò è coerente con quanto detto precedentemente, cioè che le *carve out* solitamente hanno un ambito di applicazione speciale, a contrario delle eccezioni *stricto sensu*.

---

<sup>676</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>677</sup> USMCA, 2020, art. 14.16; CETA, art. 28.7; CPTPP con riferimento alle misure riguardanti il tabacco.

<sup>678</sup> BIT Canada – Nigeria, 2014, annesso B; BIT Camerun – Turchia, 2012, art. 6 par. 2; FTA Canada – Honduras, 2014, art. 10 par. 7, che peraltro riguarda una *carve out* per i *performance requirement*, che però secondo A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p.68 sarebbe un semplice chiarimento e non una vera e propria eccezione o *carve out*; NAFTA art. 1106, BIT USA – Ruanda, 2008; BIT USA-Uruguay, 2005, sempre in materia di *performance requirement*; model BIT USA, 2012, annesso B; BIT Marocco – Vietnam, 2012, art. 2, riguardante la clausola di non discriminazione.

In questo secondo senso, le ipotesi maggiormente ricorrenti e più studiate in dottrina sono le eccezioni alle norme sulle espropriazioni ed in particolare di espropriazione indiretta, mentre meno ricorrenti sono le eccezioni alle espropriazioni dirette<sup>679</sup>. La dottrina che si è occupata di eccezioni alle espropriazioni evidenzia la centralità di tale disposizione, poiché la tutela di interessi pubblici costituisce e costituirà il principale argomento di difesa invocato da parte degli Stati per giustificare misure dirette e indirette di esproprio<sup>680</sup>. Esempi importanti di eccezioni ambientali in materia di espropriazioni si rinviene ad esempio nel model BIT colombiano del 2017, secondo cui le misure non discriminatorie adottate per tutelare l'ambiente e la salute non costituiscono espropriazione<sup>681</sup>. Si veda a tal proposito anche la *carve out* contenuta BIT India – Trinidad e Tobago del 2007, che si applica alle espropriazioni dirette e alle nazionalizzazioni<sup>682</sup>, e l'art. 9 del modello BIT canadese del 2021<sup>683</sup>. Tali eccezioni, al ricorrere delle condizioni previste, solitamente sembrano prevedere l'integrale esclusione della responsabilità del Paese ospitante. Parte della dottrina ritiene però preferibile che queste norme non escludano integralmente l'obbligo di indennizzare l'investitore danneggiato, ma piuttosto ne riducano l'importo<sup>684</sup>.

Gli ambiti delle espropriazioni e delle clausole FET non sono però gli unici soggetti ad eccezioni speciali. In diversi IIAs di recente conclusione infatti l'eccezione non riguarda le norme sostanziali, quanto la possibilità di ricorrere all'arbitrato di investimenti. Un esempio peculiare in questo senso è l'art. 7 par. 5 del BIT Belgio/Lussemburgo – Colombia, che esclude la possibilità di ricorrere all'arbitrato di investimenti per contestare misure pubbliche adottate per la tutela dell'ambiente. Tale disposizione garantisce agli Stati contraenti la possibilità di adottare misure a tutela dell'ambiente senza il timore che queste possano essere contestate dinanzi ad un tribunale arbitrale<sup>685</sup>.

Anche le eccezioni speciali, come quelle generali, pongono alcuni problemi

---

<sup>679</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>680</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 290.

<sup>681</sup> Model BIT Colombia, 2017.

<sup>682</sup> FTA Cina – Nuova Zelanda, 2008, annex 10-B, art. 4; BIT India – Trinidad e Tobago, 2007, art. 5.

<sup>683</sup> Model BIT Canada, 2021, art. 9.

<sup>684</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 290.

<sup>685</sup> J. RUDALL, *Greening International Investment Agreements*, cit., p. 141.

interpretativi, soprattutto in materia di espropriazione indiretta.

Secondo una prima tesi, le eccezioni speciali potrebbero essere interpretate estensivamente, applicandole anche ad altre norme quali le clausole FET<sup>686</sup>. Tale interpretazione si basa su di una lettura estensiva alla luce della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e dell'oggetto e scopo di tali norme nel contesto del trattato di investimenti<sup>687</sup>.

Una seconda tesi, fondata invece sull'interpretazione letterale delle norme, sostiene che queste vadano interpretate restrittivamente e dovrebbero essere applicate solo alle norme primarie espressamente indicate<sup>688</sup>. Altra dottrina, coerentemente con questa tesi, sostiene un'interpretazione neutrale delle norme, secondo l'ordinario significato dei termini utilizzati<sup>689</sup>.

Si ritiene quest'ultima tesi preferibile. Come si spiegherà nel prosieguo, alcuni dei principali benefici delle eccezioni contenute negli IIAs sono la garanzia di una maggiore prevedibilità degli esiti degli controversie arbitrali e una maggiore chiarezza, per gli investitori, riguardo alle ipotesi in cui lo Stato potrebbe venir meno agli impegni assunti e di quelle in cui invece poter ragionevolmente attendersi di conservare le tutele per i propri investimenti. Inoltre, le eccezioni potrebbero prevedere delle condizioni o dei limiti che hanno senso solamente ove applicate a specifiche norme primarie. In queste ipotesi, interpretare estensivamente le eccezioni ed applicarle al di fuori dell'ambito letterale previsto non sembra auspicabile e potrebbe creare conseguenze negative ed impreviste, che non è detto siano vantaggiose alla luce delle funzioni svolte dalle eccezioni stesse.

Così come nel caso della distinzione fra *carve out* ed eccezioni *stricto sensu*, anche per la distinzione fra eccezioni generali e speciali non sembra che vi sia, in assoluto, una scelta preferibile. Le eccezioni speciali, in questo senso, dovrebbero essere redatte tenendo conto della norma primaria alla quale si applicano: le condizioni dovrebbero quindi essere più specifiche e potrebbero avere il vantaggio di fornire una guida più

---

<sup>686</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 291.

<sup>687</sup> *Ibidem*, 2023, p. 291.

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., p. 6.

precisa agli arbitri e di garantire maggiore prevedibilità rispetto alle eccezioni generali<sup>690</sup>. D'altra parte le eccezioni generali possono fornire standard generali maggiormente uniformi per l'intero trattato, sono uno strumento più elastico, oltre ad essere di applicazione più semplice laddove si debbano applicare per derogare a norme con una portata molto ampia, come le clausole FET<sup>691</sup>. Sembra inoltre che gli Stati siano maggiormente disponibili ad introdurre eccezioni generali, eventualmente affiancate anche da specifiche disposizioni di eccezione speciale<sup>692</sup>.

Talvolta gli IIAs contengono sia eccezioni generali che speciali<sup>693</sup>. Da un lato, l'utilizzo di più eccezioni nello stesso trattato potrebbe fornire diversi strumenti di difesa e garantire una tutela più completa. Dall'altro lato però la presenza di entrambe le eccezioni può porre dubbi interpretativi<sup>694</sup>. Gli IIAs infatti non definiscono mai chiaramente la natura delle eccezioni (*carve out* o eccezioni in senso stretto) e non forniscono indicazioni su come coordinare le diverse disposizioni presenti nel trattato<sup>695</sup>. Ulteriori dubbi interpretativi e di coordinamento derivano dal fatto che eccezioni generali e speciali possono prevedere presupposti diversi, più o meno rigidi<sup>696</sup>. Secondo parte della dottrina nel caso di concorso fra più eccezioni si dovrebbe applicare il principio di specialità<sup>697</sup>.

Laddove i negoziatori degli IIAs volessero comunque inserire, nel testo dell'accordo, sia eccezioni generali che speciali, una possibile soluzione potrebbe essere quella di escludere esplicitamente, dall'ambito di applicazione dell'eccezione generale

---

<sup>690</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, pp. 269, 283.

<sup>691</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., pp. 89-90.

<sup>692</sup> *Ibidem.*, p. 90.

<sup>693</sup> Ad esempio nel CETA o nel CAFTA-DR.

<sup>694</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., pp. 85 - 86.

<sup>695</sup> *Ibidem.*, pp. 85 - 86.

<sup>696</sup> *Ibidem.*; In giurisprudenza il problema della sovrapposizione fra norme si è ad esempio posto, con esiti decisamente sfavorevoli per la tutela dell'ambiente, nel lodo *Eco Oro v. Colombia*, sul quale si rinvia oltre.

<sup>697</sup> *Ibidem.*

le norme primarie per le quali è stata predisposta un'eccezione speciale<sup>698</sup>. In alcuni trattati, come l'FTA fra Australia e Giappone, è stata in effetti seguita questa soluzione<sup>699</sup>.

### **1.3. Il bilanciamento fra tutela di interessi generali e tutela dell'investitore nelle clausole di eccezione: le condizioni necessarie per poter invocare le eccezioni.**

Le clausole di eccezione previste negli IIAs normalmente prevedono delle condizioni o presupposti. La presenza di tali condizioni è necessaria, sia per chiarire i limiti e l'ambito di applicazione delle eccezioni, sia per impedirne abusi, sia per garantire maggiore certezza e prevedibilità, in favore sia degli investitori che degli Stati<sup>700</sup>. La previsione di condizioni peraltro si riflette anche sull'onere della prova, attesa la differenza sul punto fra *carve out* ed eccezioni<sup>701</sup>.

Gli IIAs non hanno una prassi uniforme. Mentre in alcuni casi le condizioni richieste sono particolarmente rigide e stringenti, in altri casi sono molto elastiche o sono richieste condizioni minime<sup>702</sup>. È opportuno esaminare alcune delle principali

---

<sup>698</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 86.

<sup>699</sup> FTA Australia – Giappone, 2014, art. 14.15.

<sup>700</sup> Per un'analisi specifica delle condizioni che dovrebbero essere considerate in un'eccezione si veda, con specifico riferimento ad una *climate change carve out*, J. PAINE – E. SHEARGOLD, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, «Journal of International Economic Law», 26/2 (2023), pp. 285–304.

<sup>701</sup> Così anche W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 6.

<sup>702</sup> Cfr. BIT Giappone-Perù, 2011, art. 19 e model BIT USA, 2012, art. 4.b con BIT Mauritius–Switzerland, 1998, art. 11.

Fra i modelli più interessanti sotto il profilo delle condizioni e della precision si segnala anche l'art. 10 del model BIT Marocco, che prevede: “c) *Consistent with the right of States to regulate and the principles of customary international law relating to State police powers, bona fide and non-discriminatory legislative and regulatory measures taken by a Party to protect or enhance legitimate public welfare objectives such as public health, safety environment and labor, or which result in legitimate general taxation or alteration of the value of the national currency or any type of action commonly accepted as falling within the police power of the States, do not constitute an indirect expropriation under this Article and therefore would not be subject to any requirement of compensation.* d) *In considering a claim of breach of this Article by an investor, the arbitral tribunal established under*

condizioni previste nei trattati.

Innanzitutto, le eccezioni prevedono sempre l'indicazione degli obiettivi di politica pubblica che possono giustificare le azioni statali. Spesso tali obiettivi sono indicati utilizzando termini generali quali ambiente, salute, sicurezza, proprio come avviene nell'art. XX GATT, che però non menziona ad esempio il termine ambiente<sup>703</sup>. In alcune ipotesi invece le norme indicano ambiti più specifici e questo avviene, in particolare, per le ipotesi di *carve out*. Un esempio in questo senso sono le eccezioni riguardanti la materia tributaria o le misure sul tabacco<sup>704</sup>. L'indicazione di obiettivi specifici in questo senso dovrebbe garantire maggiore certezza e prevedibilità, limitando però allo stesso tempo la libertà dello Stato ospitante.

Una seconda condizione particolarmente rilevante è il nesso causale fra la misura adottata dallo Stato e l'obiettivo perseguito. Spesso le eccezioni prevedono espressamente che vi sia un nesso fra la misura adottata e l'interesse perseguito, sebbene negli IIAs vengano utilizzati termini – e standard - diversi<sup>705</sup>. Il nesso causale dovrebbe garantire una certa ragionevolezza della misura adottata e tutelare maggiormente gli investitori dal rischio di abusi delle eccezioni. La presenza di tale requisito è quindi fondamentale, ma potrebbe a sua volta sollevare dubbi interpretativi. Ad esempio il termine *necessary*, utilizzato in diversi accordi, è ripreso dal contesto WTO, nel quale però ha sollevato dubbi su quale sia la soglia richiesta per ritenere una misura *necessaria*<sup>706</sup>. Tale dubbio potrebbe ripercuotersi anche nel diritto degli investimenti<sup>707</sup>.

---

*Section VI shall take into account whether that investor has pursued a remedy in the domestic courts of the Host Party prior to bringing a claim under this Agreement”.*

<sup>703</sup> Per un esempio recente si veda il BIT Svizzera – Indonesia, 2023, art. 41.

<sup>704</sup> BIT Hong Kong, Cina SAR – Nuova Zelanda, 1995, art. 8; FTA Singapore – Turchia, 2017, art 12.14; FTA Australia – Singapore, 2016, cap. 8, art. 22.

<sup>705</sup> Fra i termini utilizzati vi sono ad esempio: *necessary* (BIT Canada-Giordania, 2009, art. 10; art. XX GATT; FTA Cina – Nuova Zelanda, 2008, art. 200; BIT Nuova Zelanda-Argentina, 1999, Art. 5.3); *relating to* (ATS Australia – Giappone, 1981, art. 14.15); *directed to* (BIT Mauritius – India, 1998, art. 11); *for* (BIT UK-India, 1994, art. 11).

<sup>706</sup> F. FONTANELLI, *Necessity Killed the GATT: Art XX GATT and the misleading rhetoric about «weighing and balancing»*, «European journal of legal studies», (2012), disponibile presso <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28721>; D. H. REGAN, *The meaning of ‘necessary’ in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing*, «World Trade Review», 6/3 (11/2007), pp. 347–369.

In alcuni trattati, questa clausola viene totalmente meno e le clausole assumono una veste che la dottrina definisce *autogiudicante*<sup>708</sup>. In tali ipotesi, è lo stesso Stato ospitante a stabilire se la deroga alla tutela dell'investitore possa ritenersi giustificata da ragioni di interesse generale<sup>709</sup>. Una simile disposizione si rinviene ad esempio all'art. 10.15 par.1 del BIT Taiwan – Panama<sup>710</sup>: “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken under its ecological or environmental laws*”. Il vantaggio delle clausole autogiudicanti è quello di sottrarre agli arbitri la possibilità di stabilire, nella propria discrezionalità, se la misura pubblica abbia effettivamente perseguito interessi pubblici in modo sufficientemente serio<sup>711</sup>. D'altra parte, tali eccezioni rischiano di legittimare abusi da parte degli Stati<sup>712</sup>.

Un terzo elemento spesso previsto nelle eccezioni riguarda la previsione di limiti o linee guida nella condotta dello Stato. Il riferimento va soprattutto quelle formulate sulla base dell'art. XX GATT, è il cd. *chapeau*, cioè il divieto, per il Paese ospitante, di agire in modo abusivo, illegittimo e discriminatorio<sup>713</sup>. L'art. XX GATT, che viene spesso

---

<sup>707</sup> Per una ricostruzione delle possibili interpretazioni J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., pp. 5-6; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 76; J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit. sul rischio che questo standard venga interpretato in modo particolarmente rigido.

<sup>708</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 277; P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., p. 57.

<sup>709</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 277.

<sup>710</sup> Di simile tenore anche l'art. 22 del COMESA del 1994.

<sup>711</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 277. Si veda però *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, decision on liability, (3/10/2006), par. 214, nella quale si afferma che sarebbe possibile un'analisi sull'autodecisione dello Stato alla luce del principio di buona fede. Sulla lettura alla luce della buona fede di tali clausole si veda R. BREW, *Exception clauses in international investment agreements as a tool for appropriately balancing the right to regulate with investment protection*, «Canterbury Law Review», 25 (2019), pp. 228 – 232.

<sup>712</sup> S. SCHILL – R. BRIESE, “*If the state considers*”: *self-judging clauses in international dispute settlement*, «Max Planck Yearbook of United Nations Law Online», 13/1 (2009), p. 64.

<sup>713</sup> FTA Cina - Ecuador, 2023, art. 15.1.

riprodotto anche negli IIAs, prevede infatti che le misure “*are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade*”<sup>714</sup>. Non in tutti gli IIAs lo *chapeau* replica il modello dell’art XX GATT, ma talvolta presenta delle differenze, divenendo più rigido ovvero più flessibile<sup>715</sup>. La presenza dello *chapeau* offre importanti garanzie agli investitori, poiché dovrebbe impedire che gli Stati celino scelte protezionistiche e a scapito degli investitori dietro la maschera di misure prese tutela di interessi generali<sup>716</sup>. D’altra parte, il linguaggio utilizzato nello *chapeau* si presta a sua volta a dubbi interpretativi e rischia di riprodurre sotto una diversa veste, anziché eliminare, il rischio di abusi e l’imprevedibilità degli esiti delle controversie arbitrali<sup>717</sup>. In dottrina è stato suggerito di ricorrere anche nell’ambito degli investimenti al giudizio di proporzionalità delle misure adottate già previsto a livello giurisprudenziale in ambito WTO, ma parte della dottrina ha evidenziato come questo giudizio di proporzionalità sarebbe rischioso, in quanto permetterebbe agli arbitri di acquisire maggiore discrezionalità e di poter effettuare una sorta di prioritizzazione degli interessi, nonché il potere di rivedere la ponderazione degli interessi effettuata dagli Stati nazionali, profilo questo che va oltre le competenze e capacità di un tribunale arbitrale<sup>718</sup>.

---

<sup>714</sup> Art. XX GATT; art. XIV GATS. Non sempre lo *chapeau* inserito nei trattati di investimento replica la formulazione dell’art. XX GATT. Si veda ad esempio il BIT Turchia – Tanzania, 2011, art. 5: “*Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining, or enforcing any non-discriminatory legal measures*”. Sulla stessa scia i BIT della Turchia con Gabon e Bangladesh.

<sup>715</sup> BIT Turchia-Gabon, 2012, art. 5; BIT Turchia – Gambia, 2013, art. 5.

<sup>716</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 272; P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., p. 57; V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., p. 141; A. D. MITCHELL – C. HENCKELS, *Variations on a theme: comparing the concept of necessity in international investment law and WTO law*, «Chi. J. Int’l L.», 14 (2013); D. COLLINS, *The line of equilibrium: improving the legitimacy of investment treaty arbitration through the application of the WTO’s general exceptions*, «Arbitration International», 32/4 (2016), pp. 575–587.

<sup>717</sup> P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., p. 57.

<sup>718</sup> C. HENCKELS, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, «Journal of International Economic Law», 15/1

Per rimediare a tali criticità sono state allora proposte più soluzioni. La prima sarebbe quella di ricorrere a clausole autogiudicanti, come avviene in caso di clausole *national security*<sup>719</sup>, ma con gli stessi dubbi precedentemente sollevati. Una seconda soluzione, che sembra forse quella preferibile, consiste nell'analisi approfondita del caso concreto sotto i profili del nesso causale e della condotta tenuta dallo Stato ospitante<sup>720</sup>.

Da ultimo, sempre in materia di *chapeau*, è opportuno evidenziare che spesso tali clausole, seguendo il modello WTO, prevedono l'inciso *except in rare circumstances*. Tale inciso non è stato, ad oggi, oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza arbitrale, ed è quindi difficile capire cosa siano queste *rare circostanze* nelle quali le eccezioni non dovrebbero operare. Il suo utilizzo è stato allora criticando, auspicandone un'eliminazione nei futuri accordi di investimento e ritenendo che politiche pubbliche realizzate in modo non discriminatorio non dovrebbero mai essere considerate espropriazioni indirette<sup>721</sup>.

Accanto all'utilizzo di disposizioni simili allo *chapeau* sarebbe poi opportuno valutare l'inserimento di regole quali il rispetto del *due process of law* e del *fair trial*, principi peraltro già richiamati dalla giurisprudenza arbitrale che si è occupata di eccezioni<sup>722</sup>. Questi principi dovrebbero garantire la protezione degli investitori, anche

---

(2012), pp. 223–255; F. ORTINO, *Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing*, «Leiden Journal of International Law», 30/1 (2017), pp. 71–91. Per un'analisi critica dell'applicazione del principio di proporzionalità nel diritto internazionale degli investimenti si veda A. ARCURI – F. VIOLI, *Public Interest and International Investment Law: A Critical Perspective on Three Mainstream Narratives*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore 2021, pp. 2185–2210.

<sup>719</sup> *Ibidem*.

<sup>720</sup> Così anche W. W. BURKE-WHITE – A. VON STADEN, *Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties*, «Va. J. Int'l L.», 48 (2007).

<sup>721</sup> R. STUMBERG, *Securing American Sovereignty: A Review of the United States' Relationship with the WTO: Hearing Before the Subcomm. on Federal Financial Management, Government Information, and International Security of the S. Comm. on Homeland Security and Governmental Affairs, 109th Cong., July 15, 2005 (Statement of Professor Robert K. Stumberg, Geo. UL Center) (2005).*

<sup>722</sup> Sul punto si veda l'apposito paragrafo.

attraverso strumenti interni, e assicurare una maggiore trasparenza e un clima di collaborazione tra Stati e investitori. Ciò rileva in particolare in alcuni settori, quali gli investimenti energetici, nei quali sono previste spesso lunghe procedure amministrative nazionali e hanno costi molto elevati.

Da ultimo, la dottrina ha evidenziato l'importanza di chiarire espressamente le conseguenze e gli effetti dell'applicazione delle eccezioni, cosa che invece oggi generalmente non avviene negli IIAs, definendo in particolare se queste abbiano conseguenze solamente a livello processuale, impedendo o limitando il ricorso all'arbitrato, ovvero sostanziali, agendo direttamente sulle disposizioni sostanziali<sup>723</sup>.

Le condizioni sin qui esaminate sono quelle maggiormente ricorrenti negli IIAs. Accanto ad esse, in alcuni trattati sono state introdotte condizioni diverse e del tutto peculiari.

Un esempio rilevante, sotto questo profilo, si rinviene in alcuni trattati conclusi da parte del Giappone, ad esempio all'art. 16 del BIT Giappone-Corea del Sud del 2002<sup>724</sup> o all'art. 19 del BIT Giappone-Perù del 2008. Tali norme prevedono delle eccezioni su modello dell'art. XX GATT, ma introducono un ulteriore dovere amministrativo e procedurale: la Parte contraente che adotta misure finalizzate alla tutela di interessi generali di cui al par. 1 (fra cui anche la tutela della vita animale e vegetale e della salute) contrastanti con le norme primarie poste a tutela degli investitori, prima di adottare tali misure o comunque il prima possibile dopo la loro adozione, deve notificare la propria intenzione all'altro Stato, indicando il settore nel quale interviene la misura, le norme del trattato che andrebbe a violare, la fonte giuridica, una succinta

<sup>723</sup> J. PAINE – E. SHEARGOLD, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, cit.

<sup>724</sup> BIT Giappone-Corea del Sud, 2002, art. 16: “(1) Notwithstanding any other provisions in this Agreement ... each Contracting Party may ... take any measure necessary to protect human, animal or plant life or health. (2) In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement ... that Contracting Party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations. (3) In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement ... that Contracting Party shall, prior to the entry into force of the measure or as soon thereafter as possible, notify the other Contracting Party of the following elements of the measure: (a) sector and sub-sector or matter; (b) obligation or article in respect of which the measure is taken; (c) legal source or authority of the measure; (d) succinct description of the measure; and (e) motivation or purpose of the measure”.

descrizione del suo contenuto e gli obiettivi perseguiti. Tale norma dovrebbe così garantire maggiore trasparenza e diminuire il rischio che uno Stato cerchi di eludere le norme poste a tutela degli investitori<sup>725</sup>. D'altra parte, questa disposizione solleva molteplici dubbi. Innanzitutto, non è specificato quali siano le conseguenze in caso di violazione degli obblighi informativi, né è prevista alcuna procedura per imporne il rispetto. In secondo luogo, la norma potrebbe non essere facilmente accettata dagli Stati, dato che pone in capo ad essi dei nuovi oneri informativi, nonché il dovere di rendere conto ad un Paese terzo delle proprie misure interne adottate nell'esercizio della propria sovranità e per il perseguimento di interessi generali<sup>726</sup>. Non sembra allora un caso che questa condizione sia stata introdotta unicamente da parte del Giappone e compaia solo in nove trattati, sei dei quali conclusi con Paesi asiatici e otto dei quali con Paesi con un peso politico ed economico inferiore rispetto al Giappone e comunque non europei<sup>727</sup>.

Un ultimo profilo riguarda la portata *ratione temporis* delle clausole di eccezione. Vi sono infatti negli IIAs due eccezioni, che conviene segnalare, nelle quali le eccezioni possono operare *ex tunc*: nel BIT fra Russia e Svezia del 1995 e nel BIT fra Russia e Kuwait del 1994 è prevista la possibilità che l'eccezione generale ambientale operi retroattivamente: “*Each Contracting Party may have in its legislation limited exceptions to national treatment provided for in Paragraph (2) of this Article. Any new exception will not apply to investments made in its territory by investors of the other Contracting Party before the entry into force of such an exception, except when the exception is necessitated for the purpose of the maintenance of defence, national security and public order, protection of the environment, morality and public health*”<sup>728</sup>. Questi due trattati

---

<sup>725</sup> S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, cit., p. 1061.

<sup>726</sup> Sul rischio che gli Stati non siano disposti ad assumere nuovi obblighi si vedano P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., pp. 60 - 61; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 262.

<sup>727</sup> Tale clausola compare negli accordi conclusi con Corea del Sud, Vietnam, Malaysia, Filippine, Laos, Uzbekistan, Perù, Svizzera e Kuwait. Si può comunque evidenziare che i trattati conclusi con Perù, Svizzera e Kuwait, i tre Paesi non asiatici, sono anche i più recenti, sebbene comunque l'ultimo, cioè quello con il Kuwait, sia del 2012.

<sup>728</sup> BIT Russia – Svezia, 1995, art. 3.3; BIT Russia – Kuwait, 1994, art. 3.3.

rappresentano però le uniche ipotesi di eccezioni generali con efficacia retroattiva.

#### **1.4. L'utilizzo delle eccezioni negli IIAs: una prassi emergente ma estremamente frammentaria. Il caso dell'Unione Europea.**

Come per le altre norme riguardanti interessi non economici, storicamente i trattati di investimento non prevedevano clausole di eccezione<sup>729</sup>. In termini assoluti, anche oggi le eccezioni sono presenti solamente in un numero piuttosto limitato di IIAs<sup>730</sup>. La ragione storica di questa assenza è chiara: gli IIAs erano nati per garantire maggiori tutele agli investitori ed attrarre investimenti esteri, anche a scapito di spazi di libertà dei Paesi ospitanti, pertanto non vi era l'esigenza di inserire clausole di eccezione<sup>731</sup>.

La situazione è mutata negli IIAs di nuova generazione, nei quali clausole di eccezione sono sempre più comuni, sia negli accordi conclusi da Paesi del nord che del sud del mondo<sup>732</sup>.

L'Unione Europea rappresenta uno dei principali casi studio: negli accordi conclusi dall'Unione si rinvencono diverse clausole di eccezione e tali accordi rappresentano adeguatamente le luci e le ombre di una simile prassi.

Innanzitutto, eccezioni a tutela di interessi generali compaiono in due disposizioni dell'accordo EU – Singapore del 2015: una in materia di trattamento nazionale (art.2.3), modellata sull'art. XX del GATT, ed una *carve out* in materia di espropriazioni (annex 9-A). Quest'ultima rappresenta l'archetipo di *carve out* utilizzata nel contesto delle

---

<sup>729</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., p. 1.

<sup>730</sup> *Ibidem*; UNCTAD Investment Policy Hub, disponibile presso <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

<sup>731</sup> M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements*, cit., p. 210.

<sup>732</sup> J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law*, cit., pp. 14 – 17; J. E. VIÑUALES, *Foreign investment and the environment in international law: current trends*, cit., pp. 14 – 17; S. LUTTRELL, *Green multilateralism: 'mega FTAs' and the changing interface between environmental regulation and investment protection*, cit., p. 275; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., pp. 4-5; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., evidenzia che fra il 2010 e il 2015 il 45% di trattati di investimento ha incluso eccezioni ambientali, che il 53% di questi trattati erano BIT e non accordi economici contenenti solo capitoli sugli investimenti, e che il 90% di tali trattati era stato concluso da 4 Paesi, cioè Canada, Giappone, Colombia e Turchia, coinvolgendo un totale di 74 Paesi. Questo, secondo l'A., dimostra l'influenza che anche solo pochi Stati possono avere sulle politiche internazionali riguardanti il contenuto dei trattati.

espropriazioni, che cerca di bilanciare la tutela degli investitori con quella del *right to regulate*, prevedendo in particolare il rispetto di uno *chapeau* su modello di quello previsto all'art. XX GATT: “*For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, nondiscriminatory measure or series of measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public policy objectives such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation*”<sup>733</sup>.

Altro fondamentale trattato stipulato da parte dell'Unione Europea è il CETA, che prevede diverse disposizioni in materia di eccezioni.

Innanzitutto, si segnala l'art. 28.3, che incorpora l'art. XX del GATT. La norma però ha un ambito di applicazione ristretto, poiché è applicabile solamente alle sezioni B (stabilimento degli investimenti) e C (trattamento non discriminatorio) del capitolo dedicato agli investimenti e non si estende invece alla sezione D, cioè la parte dedicata alla protezione degli investimenti. Pertanto, l'eccezione non è applicabile ad esempio alle clausole FET, MFN e alle norme in materia di espropriazione.

Sono però previste specifiche eccezioni nella relativa sezione D. Innanzitutto, l'art. 8.9 prevede una serie di *legitimate policy objectives* a tutela del *right to regulate* degli Stati, fra i quali ambiente, questioni sociali e culturali<sup>734</sup>. La norma precisa che laddove una Parte agisca al fine di tutelare tali interessi pubblici, anche attraverso modifiche legislative o l'eliminazione di sussidi, incidendo negativamente su un investimento o interferendo con le aspettative di un investitore, non vi sarà automaticamente una violazione delle tutele previste ai sensi della sezione D<sup>735</sup>. Il CETA prevede inoltre all'annesso 8A una *carve out* in materia di espropriazioni dal contenuto analogo a quella prevista dall'annesso 9A dell'accordo fra UE e Vietnam, rimediando così almeno in parte all'inapplicabilità della clausola di eccezione generale.

Più di recente, un altro importante esempio è l'accordo EU – Vietnam del 2019. Tale trattato prevede innanzitutto un'eccezione che non riguarda interessi pubblici non economici ma la politica monetaria: “*Nothing in Chapter 2 (Investment Protection) shall apply to non-discriminatory measures of general application taken by any public*

---

<sup>733</sup> Art. XX GATT.

<sup>734</sup> Sulle clausole in materia di *right to regulate* e sulla natura di questa specifica disposizione si veda la parte dedicata alle *right to regulate clause*.

<sup>735</sup> CETA, 2017, art. 8.9.

*entity in pursuit of monetary policy or exchange rate policy. This Article shall not affect a Party's obligations under Article 2.8 (Transfer)*<sup>736</sup>. All'art. 4.6 il trattato prevede inoltre un'eccezione generale, che replica in buona parte l'art. XX del GATT<sup>737</sup>. L'ambito di applicazione di tale disposizione è però ridotto, in quanto si applica unicamente all'art.2.3 (National Treatment) e all'art.2.4 (Most-Favoured-Nation Treatment), escludendo così le disposizioni forse più significative in materia di espropriazione e di FET. Come nel caso del CETA è però presente una *carve out* nelle norme sull'espropriazione indiretta ma, curiosamente, la formulazione di tale eccezione è diversa rispetto a quella dei due trattati sopra esaminati: “*Non-discriminatory measures or series of measures by a Party that are designed to protect legitimate public policy objectives do not constitute indirect expropriation, except in the rare circumstances where the impact of such measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive*”<sup>738</sup>. La differenza più significativa è costituita dal fatto che manchi un riferimento espresso alla tutela dell'ambiente. Se da un lato il riferimento espresso all'ambiente poteva non essere necessario, dato che la norma menziona generali *public policy objectives*, nei quali l'ambiente potrebbe essere ricompreso, è curioso che, mentre nei precedenti trattati con Singapore e Canada vi fosse un espresso riferimento sia all'ambiente sia agli interessi pubblici generali, nel più recente accordo con il Vietnam tale riferimento sia stato omissso. Sempre in questo accordo è infine presente un'eccezione di particolare interesse all'art. 7.6, nel capitolo *Non-tariff barriers to trade and investment in renewable energy generation*. Tale norma infatti richiama nel proprio ambito di applicazione gli artt. 2.22, 8.53 (norma generale sulle eccezioni) e 9.3 (eccezione generale e sulla sicurezza), tutte norme che riproducono o incorporano l'art. XX GATT. Ai fini che qui rilevano, la norma sembra particolarmente significativa, visto che il settore delle energie rinnovabili è come sin qui visto uno dei più rilevanti per gli investimenti sostenibili e per la transizione energetica.

Le norme sulle eccezioni appena esaminate confermano quanto già detto più in generale sugli IIAs conclusi dall'Unione Europea: questi rappresentano una notevole

---

<sup>736</sup> FTA EU – Vietnam, 2019, art. 4.7.

<sup>737</sup> FTA EU – Vietnam, 2019, art. 4.6.

<sup>738</sup> FTA EU – Vietnam, 2019, annex 4.

evoluzione rispetto agli IIAs tradizionali, in quanto concedono maggiore spazio ad interessi ambientali e sociali, ma d'altro canto non sono poi così rivoluzionari e non segnano un vero punto di rottura rispetto al passato<sup>739</sup>. Sebbene gli accordi dell'UE prevedano diverse eccezioni per la tutela di interessi generali (fra cui ambiente e diritti umani), tali norme non sono innovative rispetto agli IIAs di ultima generazione. Inoltre, tali norme non sono di semplice interpretazione, dato che utilizzano concetti generali quali "ambiente" ma senza definirli e poichè contengono riferimenti limitati a profili quali sviluppo sostenibile e cambiamento climatico. Inoltre la strategia europea in materia di eccezioni non è particolarmente chiara, dato che le norme sono piuttosto frammentarie e non vengono sempre formulate nello stesso modo, sollevando ulteriori perplessità sulla loro possibile interpretazione e sulla loro coerenza sistemica. Anche l'utilizzo, per le eccezioni generali, del modello di cui all'art. XX GATT riporta ai problemi interpretativi posti da questa norma e sui quali ci si è già soffermati.

### **1.5. La prassi arbitrale in materia di eccezioni.**

Per poter comprendere se le eccezioni costituiscono un adeguato strumento di tutela per le misure adottate a tutela di interessi generali non economici, è necessario comprendere se ed in che modo l'attuale giurisprudenza arbitrale abbia interpretato le disposizioni già attualmente presenti negli IIAs. Sotto questo profilo, la situazione attuale non è positiva: la giurisprudenza arbitrale che si è occupata di eccezioni a tutela di interessi generali è piuttosto limitata. Inoltre, tale giurisprudenza si è spesso occupata solamente di tutela dell'ambiente, mentre non si è ancora pronunciata su altri interessi generali ai quali le clausole di eccezione fanno spesso riferimento, quali ad esempio i diritti dei lavoratori<sup>740</sup>. Infine, la giurisprudenza arbitrale ha dato poco peso alle difese

---

<sup>739</sup> Sul punto anche R. YOTOVA, *Balancing economic objectives and environmental considerations in new EU investment agreements: a brave new world?*, cit. Per una valutazione approfondita, con riferimento in particolare al CETA, si rinvia a E. BARONCINI – F. P. CUNSOLO, (a cura di) *L'Accordo CETA tra UE e Canada: sostenibilità e partecipazione*, Bologna: Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2021, disponibile presso <https://amsacta.unibo.it/id/eprint/6732/>.

<sup>740</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 284. Secondo l'A. tendenzialmente le questioni legate alla tutela dei lavoratori vengono affrontate ed esaurite mediante strumenti nazionali e non arrivano quindi ad essere esaminate negli arbitrati.

basate sulle eccezioni e le decisioni sono spesso state a sfavore dei Paesi ospitanti<sup>741</sup>.

Secondo la dottrina, ciò è dovuto principalmente a tre ragioni: la relativamente recente introduzione di queste clausole nei trattati; le difficoltà interpretative; la riluttanza degli investitori a presentare domande di arbitrato laddove il trattato applicabile prevedesse un'eccezione<sup>742</sup>. Una giurisprudenza significativamente maggiore si ha con riferimento alle *national security exception*, più volte invocate da parte dell'Argentina nel periodo della propria crisi economica<sup>743</sup>. Tale giurisprudenza non fornisce però indicazioni affidabili su come i tribunali arbitrali potrebbero interpretare altre clausole di eccezione, soprattutto quelle generali, poiché si fondano su presupposti ben diversi e specifici<sup>744</sup>.

Storicamente la giurisprudenza arbitrale, in assenza di eccezioni per la tutela di interessi generali non economici all'interno dei trattati, ha elaborato degli strumenti con effetti analoghi. Fra questi, il più rilevante è la dottrina del *police power*<sup>745</sup>, elaborata in materia di espropriazione. In base a tale dottrina, una misura statale adottata in buona fede, in modo non discriminatorio ed al fine di proteggere interessi pubblici generali non costituirebbe espropriazione e non legittimerebbe un risarcimento a favore dell'investitore danneggiato<sup>746</sup>. Il modo di operare della *police power doctrine* avvicina tale strumento alle *carve out clauses*, piuttosto che alle eccezioni in senso stretto: la

---

<sup>741</sup> Sul punto si veda la parte dedicata all'analisi della giurisprudenza arbitrale.

<sup>742</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 90. L'A. evidenzia che soprattutto sotto l'ultimo profilo, ha ottenuto conferme dagli investitori intervistati.

<sup>743</sup> Si veda ad esempio *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, cit.

<sup>744</sup> S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, cit., p. 1062.

<sup>745</sup> J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., p. 9, evidenzia come il risultato della *police power* e delle eccezioni è in sostanza il medesimo e che, quindi la *police power* potrebbe applicarsi nei trattati privi di eccezioni espresse.

In giurisprudenza, favorevole all'applicabilità della *police power doctrine*, si veda ad esempio *Methanex Corporation v. United States of America*, cit.

<sup>746</sup> V. VADI, *Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals*, «Vand. J. Transnat'l L.», 48 (2015), p. 1328; S. W. SCHILL, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, «Journal of International Arbitration», 24/Issue 5 (1/10/2007), pp. 472 – 473.

*police powers*, come le *carve out*, limita la portata delle norme primarie in materia di espropriazione, mentre le eccezioni in senso stretto giustificano il Paese ospitante in caso di violazione di tali obblighi<sup>747</sup>. Inoltre, la *police power* viene ad oggi applicata principalmente nel contesto specifico delle espropriazioni<sup>748</sup>. La differenza principale fra *carve out* e *police power* consiste piuttosto nella diversa origine: espressa menzione nei trattati la prima, giurisprudenziale la seconda.

Ad oggi il rapporto fra arbitrati di investimento e clausole di eccezione sta assumendo maggiore rilevanza, sia per il maggiore interesse mostrato in dottrina sia perché il numero di arbitrati che si sono occupati di eccezioni (soprattutto ambientali) sta crescendo<sup>749</sup>. Autorevole dottrina, occupandosi delle clausole generali elaborate su modello dell'art. XX GATT e della loro interpretazione giurisprudenziale, afferma che sono possibili tre approcci interpretativi<sup>750</sup>: ritenere che queste clausole forniscano una maggiore flessibilità normativa agli Stati nel regolare gli interessi pubblici, poiché il loro inserimento testimonia la volontà delle parti contraenti di assicurarsi maggiore libertà rispetto agli IIAs classici; ritenere che tali clausole siano semplicemente la codificazione di principi elaborati dalla giurisprudenza arbitrale, che forniscono quindi agli arbitri uno strumento formale di legittimazione per il bilanciamento fra interessi contrapposti; ritenere che queste vadano interpretate restrittivamente, enfatizzando la persistente finalità degli IIAs di promuovere e proteggere gli investimenti, con il risultato che da tali clausole derivi addirittura meno flessibilità rispetto a trattati di investimento privi di eccezioni generali. Quest'ultimo approccio restrittivo è stato ad esempio adottato nel lodo *Enron v. Argentina*<sup>751</sup>, ove è stato affermato che

---

<sup>747</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 19; C. LÉVESQUE, *The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy*, in R. ECHANDI – P. SAUVÉ (a cura di), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 18/4/2013<sup>1</sup>, p. 370.

<sup>748</sup> N. ZAMIR, *The Police Powers Doctrine in International Investment Law*, «Manchester Journal of International Economic Law», 14 (2017), pp. 318 ss.; O. E. BULUT, *Drawing boundaries of police powers doctrine: a balanced framework for investors and states*, «Journal of International Dispute Settlement», 13/4 (1/12/2022), pp. 583–607.

<sup>749</sup> Per una ricognizione di questa evoluzione, oltre a quanto già spiegato, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

<sup>750</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., pp. 8 – 9.

<sup>751</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, cit., par. 331.

l'interpretazione restrittiva della clausola di eccezione sarebbe obbligatoria e deriva dall'interpretazione dell'oggetto e dello scopo del trattato di investimento<sup>752</sup>. In altre decisioni, sempre sulla base di un'interpretazione rigida e restrittiva di tali disposizioni, gli arbitri hanno affermato che le ragioni che possono giustificare misure lesive degli investitori stranieri debbano essere particolarmente serie e significative, richiedendo sostanzialmente uno standard simile a quello previsto dal diritto internazionale pubblico per poter invocare lo stato di necessità<sup>753</sup>. In altre decisioni questo orientamento è stato però criticato, ritenendolo eccessivamente stringente<sup>754</sup>.

Sebbene non particolarmente numerose, le sentenze che si sono occupate di eccezioni sono significative. Tali sentenze possono essere divise in due principali filoni. Un primo filone riguarda decisioni nelle quali le clausole di eccezione sono state impiegate per la tutela del *right to regulate* del Paese ospitante; mentre in un secondo filone le eccezioni, anche ove presenti, non sono state invocate, non hanno assunto rilevanza nella decisione o gli arbitri vi hanno dato poco peso o interpretazioni non pienamente condivisibili.

Il primo filone giurisprudenziale, favorevole, è anche quello che prevede un minor numero di sentenze.

Caso significativo appartenente a questo orientamento è *David Aven v. Costa Rica*<sup>755</sup>. La vicenda nasceva dalla revoca di alcuni permessi di costruire precedentemente concessi ad un investitore statunitense, intenzionato a creare un hotel e un complesso immobiliare di lusso in una zona del Costa Rica che comprendeva parte di una riserva naturale, particolarmente importante per la tutela di alcune specie in via di estinzione<sup>756</sup>. Uno degli amministratori della società ricorrente, peraltro, era stato sottoposto a diversi procedimenti penali per i danni ambientali cagionati alla riserva naturale durante le attività edilizie<sup>757</sup>. Il tribunale arbitrale, all'esito della decisione,

---

<sup>752</sup> *Ibidem.*

<sup>753</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, cit., par.373; *LG&E v. Argentina*, cit., par. 245-258.; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, cit., par. 333.

<sup>754</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, annulment decision, (25/9/2007), par. 130

<sup>755</sup> *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, cit.

<sup>756</sup> *Ibidem.*, parr. 1 – 8.

<sup>757</sup> *Ibidem.*

rigettava il ricorso della società statunitense<sup>758</sup>.

Ai fini che qui rilevano, il profilo della sentenza di maggiore interesse è la parte nella quale il tribunale analizza l'annesso 10-C contenuto nel capitolo 17 del DR-CAFTA, disposizione che prevede una *carve out* ambientale ed invocata da parte del Costa Rica per giustificare la revoca dei permessi a costruire<sup>759</sup>. In merito all'interpretazione di tale norma, gli Stati Uniti avevano presentato una *submission* nella quale si affermava che *"This paragraph is not an exception, but rather is intended to provide tribunals with additional guidance in determining whether an indirect expropriation has occurred"*<sup>760</sup>. Il tribunale evidenziava la rilevanza della norma ai fini del bilanciamento fra tutela dell'ambiente e tutela dell'investitore, sottolineando che la prima fosse prevalente, sebbene questa esigenza non possa ritenersi assoluta e debba rispettare i requisiti minimi previsti dalla norma stessa, quali la non discriminazione e il *due process of law*: *"Although the express terms of Article 10.11 essentially subordinate the rights to investors under Chapter Ten to the right of Costa Rica to ensure that the investments are carried out "in a matter sensitive to environmental concerns", this subordination is not absolute in the view of the Tribunal. It requires that the actions to be taken by the States Parties to DRCAFTA act in line with principles of international law, which require acting in good faith. It is not a question of "not-applying" those provisions under Chapter Ten, but rather giving preference to the standards of environmental protection that were stated to be of interest to the Treaty Parties at the time it was signed"*<sup>761</sup>. Il tribunale aggiungeva inoltre che *"Although Respondent argues that when Article 17.2(1)(b) establishes discretionary powers to the Treaty member Party with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory and compliance for enforcement of environmental matters, this implies a manner of ensuring that a Party can, as it sees fit, implement its own environmental laws without fear of violating DR-CAFTA358, the Tribunal believes that this is not an absolute right either that may be exercised in any manner Respondent desires. By signing the Treaty, Respondent has*

---

<sup>758</sup> *Ibidem*.

<sup>759</sup> L'annex 10-C, par. 4.b, prevede che *"except in rare circumstances, nondiscriminatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations"*.

<sup>760</sup> *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, cit., par. 81.

<sup>761</sup> *Ibidem.*, par. 412.

*agreed that there are limits to the manner in which a Party may implement and enforce its own environmental laws. It must do so in a fair, nondiscriminatory fashion, applying said laws to protect the environment, following principles of due process, not only for its adoption but also for its enforcement*"<sup>762</sup>. Una volta chiarita l'interpretazione della norma, il tribunale esaminava le misure adottate dal Costa Rica per verificare se queste avessero rispettato le condizioni previste dal trattato ed i principi di diritto internazionale consuetudinario, concludendo che la condotta del Costa Rica rispettasse tali condizioni, era pertanto legittima e quindi nessun risarcimento era dovuto all'investitore<sup>763</sup>.

Il secondo filone, cioè quello in cui le clausole di eccezione non hanno assunto rilevanza ovvero non hanno garantito la tutela del *right to regulate* del Paese ospitante, è quello maggiormente diffuso.

Una prima sentenza che si inserisce in tale orientamento è *Copper Mesa v. Ecuador*<sup>764</sup>, ove in realtà la difesa ecuadoriana basata sull'eccezione ambientale contenuta nel trattato applicabile ha avuto uno spazio significativo nella decisione, resa però a favore dell'investitore straniero. La società ricorrente contestava l'annullamento della propria concessione mineraria con conseguente divieto di prosecuzione delle attività estrattive, affermando che tale revoca costituiva espropriazione indiretta e violazione delle clausole *national treatment*, FET e FPS<sup>765</sup>. Il trattato applicabile nel caso in esame, cioè il BIT Ecuador - Canada, prevedeva all'art. XVII par. 3 un'eccezione ambientale (su modello art. XX GATT), invocata dall'Ecuador: "*Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources*". Non

---

<sup>762</sup> *Ibidem.*, par. 413.

<sup>763</sup> *Ibidem.*, par. 588 – 636.

<sup>764</sup> *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, cit.

<sup>765</sup> *Ibidem.*, par. 2.1 ss.

è chiaro se tale norma sia un'eccezione in senso stretto o una *carve out*: secondo parte della dottrina che ha analizzato tale sentenza, sembrerebbe infatti che il tribunale ritenga l'art. XVII una restrizione dell'ambito di applicazione della norma primaria (e quindi una *carve out*), con la conseguenza che l'onere della prova ricada in capo al ricorrente<sup>766</sup>.

Nella propria difesa l'Ecuador, Stato convenuto, invocava tale eccezione affermando che: le misure adottate e che avevano danneggiato Copper Mesa rispondevano alla necessità di tutelare l'ambiente e la salute umana; tali misure rientravano nell'ambito di applicazione dell'eccezione generale; in ogni caso poteva essere invocata la *police power doctrine*<sup>767</sup>. Il tribunale, nella propria decisione, rimarcava la distinzione fra eccezioni e *police power* ma decideva di analizzare i due profili congiuntamente in quanto riguardanti i medesimi elementi sostanziali<sup>768</sup>. Il tribunale arbitrale decideva però a favore di Copper Mesa: sebbene l'eccezione fosse applicabile, le misure adottate dall'Ecuador erano state arbitrarie, avevano violato il *due process of law* e non avevano quindi rispettato i presupposti richiesti dallo *chapeau* dell'art. XVII e dalla *police power doctrine*<sup>769</sup>.

Un caso simile a *Copper Mesa*, sia a livello sostanziale sia per il ragionamento seguito da parte del tribunale, è il lodo *Bear Creek v. Peru*<sup>770</sup>. La vicenda, come nel caso *Copper Mesa*, riguardava la revoca di una concessione mineraria. La revoca era stata

---

<sup>766</sup> C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., pp. 366 – 367. La corte al par. 6.58 afferma: “As regards a measure amounting to a direct expropriation under the Treaty, the Tribunal considers that its constituent legal parts requires: (i) that the measure deprive the investor of its investment permanently; (ii) that the resulting deprivation finds no justification as the legitimate exercise of the Respondent’s police or regulatory powers and (iii) the non-application of Article XVII(3) of the Treaty. The primary issues here concern the second and third requirements: a revocation can amount to a permanent deprivation, as did the Termination Resolutions; but the Respondent seeks to justify that revocation as a legitimate response to a social and political problem confronting the nation as a whole, for which international law provides no remedy and in respect of which Article XVII(3) separately provides an express exception. In the present case, as explained below, the second and third requirements turn on the same factors”.

<sup>767</sup> *Ibidem*, par. 6.10 ss.

<sup>768</sup> *Ibidem*, par. 6.58.

<sup>769</sup> *Ibidem*, par. 6.84.

<sup>770</sup> *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, cit.

motivata dal fatto che la Costituzione peruviana prevede delle restrizioni al possesso di industrie nel settore minerario nelle proprie regioni di confine da parte di stranieri, salvo la sussistenza di ragioni di pubblica necessità. Inizialmente la società aveva ottenuto tale concessione ed era stata anche supportata da parte del governo peruviano. Dopo l'approvazione del progetto però le comunità indigene e la popolazione che viveva nella zona destinata al progetto si erano opposte alla sua realizzazione e, dopo circa tre anni di proteste, talvolta degenerate anche in modo violento, il Perù revocava la concessione e interrompeva l'attività di Bear Creek. Come nel lodo *Copper Mesa* il tribunale condannava lo Stato convenuto, nonostante il Perù nella propria difesa avesse invocato la clausola di eccezione generale di cui all'art. 2201 par. 3 dell'FTA fra Canada e Perù<sup>771</sup>. Innanzitutto, il decreto di revoca della concessione mineraria non faceva riferimento, come previsto invece dall'art. 2201, alla tutela della vita o salute umana o all'ambiente ma solo a *circostanze oggettive*, che in realtà consistevano nei disordini sociali incorsi nella zona della miniera<sup>772</sup>. In secondo luogo, il Perù non aveva rispettato il principio del *fair trial*, poiché non aveva garantito a Bear Creek alcun mezzo giurisdizionale effettivo per impugnare la revoca della concessione e pertanto non erano state soddisfatte le condizioni richieste dallo *chapeau* dell'art. 2201<sup>773</sup>. In terzo luogo, secondo il tribunale in ogni caso il decreto di revoca emesso dal Perù non avrebbe esonerato lo Stato dal pagamento di un indennizzo in favore dell'investitore<sup>774</sup>.

Un aspetto peculiare riguarda il fatto che il Perù, come nel caso *Copper Mesa*, aveva invocato sia la *police power doctrine* che l'eccezione generale contenuta nell'FTA. Ebbene, il tribunale rigettava tale linea difensiva affermando che l'eccezione generale è uno strumento esaustivo che va applicato come *lex specialis* e che quindi nessun'altra eccezione di diritto internazionale generale (nel caso di specie, la *police power doctrine*) potesse essere applicata al presente caso<sup>775</sup>. Tale affermazione è però controversa e lo stesso arbitro Professor Philippe Sands nella propria *dissenting opinion* evidenziava che eccezioni specifiche previste dal trattato non rendono automaticamente inapplicabili

---

<sup>771</sup> *Ibidem*, parr. 473 – 553.

<sup>772</sup> *Ibidem*.

<sup>773</sup> *Ibidem*.

<sup>774</sup> *Ibidem*.

<sup>775</sup> *Ibidem*., Par. 473 - 474.

altri argomenti difensivi derivanti dal diritto internazionale generale<sup>776</sup>.

Il caso invero più emblematico in materia di eccezioni ambientali è però sicuramente *Eco Oro v. Colombia*<sup>777</sup>, caso invero controverso e le cui conclusioni non si ritengono condivisibili. Ai fini che qui rilevano, la disposizione esaminata dal tribunale è l'art. 2201 par. 3 dell'FTA Canada – Colombia, che prevede un'eccezione generale su modello art. XX GATT<sup>778</sup>. La società ricorrente invocava la violazione degli artt. 805 (*minimum standard of treatment*) e 811 (*expropriation*) dell'FTA, affermando che la Colombia, revocando una parte considerevole della concessione mineraria per tutelare la zona protetta dei Paramòs, avesse sostanzialmente azzerato il valore dell'investimento.

La prima parte della sentenza sembrerebbe, invero, favorevole alla Colombia ed alla tutela dell'ambiente. Il tribunale infatti afferma che il trattato, alla luce del preambolo ambientale e della presenza dell'art. 2201, vada interpretato in senso *environmental oriented*<sup>779</sup>.

Il tribunale si occupa poi dell'asserita espropriazione. La Colombia, nelle proprie difese, richiamava l'annesso all'FTA, che prevede una *carve out* alle norme in materia di espropriazione (art. 811.2.b), ed invocava anche la *police power doctrine*<sup>780</sup>. I giudici sul punto davano ragione alla Colombia e ritenevano che non ci fosse stata alcuna espropriazione indiretta, sia sulla base della *police power doctrine* sia perché erano state rispettate le condizioni previste dall'art. 811.2.b<sup>781</sup>: le misure adottate non erano state

---

<sup>776</sup> *Ibidem*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands QC.

<sup>777</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit. Sull'analisi dei fatti, si rinvia al capitolo dedicato al preambolo degli IIAs.

<sup>778</sup> FTA Canada – Colombia, art. 2201: “3. *For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: To protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health; To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources*”.

<sup>779</sup> Sul punto si rinvia al capitolo dedicato al preambolo degli IIAs.

<sup>780</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit., Par. 581 – 616.

<sup>781</sup> *Ibidem*, par. 698.

discriminatorie, avendo colpito tutti gli investimenti nella zona dei Paramòs indiscriminatamente, avevano perseguito un obiettivo di welfare pubblico e di tutela dell'ambiente, erano state compiute in buona fede, non erano sproporzionate rispetto al fine perseguito<sup>782</sup>. Il tribunale affermava pertanto che nessun risarcimento era dovuto alla società ricorrente. Tale conclusione non era peraltro scontata: nel precedente *South American Silver v Bolivia* il tribunale arbitrale aveva infatti affermato che l'indennizzo all'investitore fosse dovuto anche nelle ipotesi in cui lo Stato avesse rispettato le condizioni necessarie per invocare la *police powers doctrine*<sup>783</sup>.

Conclusa l'analisi in tema di espropriazione, il tribunale passa a quella dell'art. 805. È questa la parte più controversa della decisione, anche ai fini qui in esame.

A fronte dell'asserita violazione dell'art. 805 invocata dal ricorrente, la Colombia invocava l'art 2201, affermando che in base a tale eccezione ambientale, non vi fosse alcuna responsabilità e pertanto nessun risarcimento fosse dovuto<sup>784</sup>.

Nella propria tesi difensiva la Colombia aveva peraltro fornito due importanti indicazioni su come l'art. 2201 andrebbe interpretato. Innanzitutto, sia la Colombia che il Canada (Paese di origine dell'investitore) ritenevano che l'art. 2201 avesse un ruolo fondamentale per la tutela dell'ambiente e che il suo effetto fosse quello di esonerare il Paese ospitante dal pagamento di ogni indennizzo a favore dell'investitore nelle ipotesi in cui l'espropriazione fosse stata compiuta per ragioni ambientali e secondo le condizioni previste dalla norma. Meriterebbero attenzione le affermazioni fatte dal Canada, secondo cui “*if the measure in question meets the requirements of Article 2201(3) then “[...] there is no violation of the Agreement and no State liability. Payment of compensation would therefore not be required*”<sup>785</sup>. L'affermazione pone dei dubbi sulla natura dell'art. 2201: dalla lettura del testo, tale norma sembrerebbe un tipico esempio di eccezione su modello WTO. Dalle parole del Canada sembra però che il modo di operare della norma, ed i suoi effetti, siano quelli di una *carve out*. Ma tale rilievo non viene approfondito dal tribunale.

---

<sup>782</sup> *Ibidem*, par. 699.

<sup>783</sup> *Ibidem*, parr. 622-630.

<sup>784</sup> *Ibidem*, parr. 362 ss.

<sup>785</sup> *Ibidem*, par. 836.

Inoltre, la Colombia riteneva che l'art. 2201 potesse rilevare già nella fase di rito<sup>786</sup>. Il tribunale, si ritiene più correttamente, afferma invece che la norma debba rilevare nella fase di merito, essendo un'eccezione *stricto sensu*<sup>787</sup>.

Ciò premesso, la conclusione del tribunale è stata invero spiazzante: la Colombia è stata condannata per la violazione dell'art. 805, poiché il suo comportamento era stato contraddittorio e aveva lanciato segnali contrastanti ed arbitrari ad Eco Oro sulla fattibilità del progetto, non garantendo un ambiente commerciale stabile<sup>788</sup>. Il merito all'eccezione ambientale ex. art. 2201, il tribunale arbitrale rigetta la tesi difensiva colombiana: sebbene l'art. 2201 permetta alla Colombia di adottare misure finalizzate alla tutela dell'ambiente, ciò non esclude la necessità di indennizzare l'investitore<sup>789</sup>.

È opportuno ricostruire il ragionamento del tribunale arbitrale.

In merito alle condizioni previste dall'art. 2201, il tribunale riconosceva che le misure adottate dalla Colombia avevano perseguito un fine legittimo (la tutela dell'ambiente) e che non erano discriminatorie, dato che aveva colpito in modo indiscriminato ogni concessione mineraria situata nella zona dei Paramos<sup>790</sup>.

Da qui in poi la decisione del tribunale arbitrale assume però toni diversi.

Innanzitutto, il collegio interpreta l'FTA Canada – Colombia alla luce dell'art.31 par. 1 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, concludendo che ai sensi del trattato la tutela dell'ambiente e la protezione degli investimenti stranieri sono entrambi interessi rilevanti<sup>791</sup>. Inoltre, nessuno dei due interessi è subordinato all'altro ed entrambi devono quindi coesistere in modo che siano di beneficio reciproco<sup>792</sup>. Alla luce di tale interpretazione, l'art. 2201 par. 3 va interpretato nel senso che la Colombia è legittimata ad adottare o applicare misure finalizzate alla tutela dell'ambiente, ma che in ogni caso la stessa norma non impedisce il pagamento di un indennizzo a favore dell'investitore danneggiato da tali misure<sup>793</sup>. Secondo il collegio arbitrale, a sostegno

---

<sup>786</sup> *Ibidem*, par. 362.

<sup>787</sup> *Ibidem*, par. 380 -381.

<sup>788</sup> *Ibidem*, par. 821.

<sup>789</sup> *Ibidem*, par. 829.

<sup>790</sup> *Ibidem*, parr. 636 – 640.

<sup>791</sup> *Ibidem*, par. 827.

<sup>792</sup> *Ibidem*, par. 828.

<sup>793</sup> *Ibidem*, parr. 827, 828.

della propria tesi, se i negoziatori del trattato avessero voluto includere una clausola relativa a circostanze in cui una misura pubblica non costituisce violazione del trattato o non comporta alcun risarcimento, allora lo avrebbero fatto espressamente, come avvenuto ad esempio in materia di espropriazione indiretta<sup>794</sup>. Non sarebbe quindi credibile che le parti contraenti non abbiano esplicitato nell'art. 2201 un fatto così rilevante come la propria volontà di esonerare gli Stati dalla responsabilità per la violazione di norme primarie<sup>795</sup>.

Quest'ultima affermazione è la manifestazione pratica di uno dei problemi già evidenziati in precedenza: se un IIA prevede sia eccezioni generali che speciali senza però prevedere meccanismi di coordinamento o interpretativi, il rischio è che sia concesso spazio ad interpretazioni abrogatrici o restrittive di una o di entrambe le norme, o comunque generare ipotesi di conflitto. Nel caso in esame l'esistenza di una *carve out* sull'espropriazione indiretta ha portato il tribunale a dare una lettura restrittiva dell'eccezione generale ex. art. 2201.

Il tribunale contesta inoltre le difese colombiane sotto il profilo dell'onere della prova: la Colombia non avrebbe dimostrato la correlazione fra tutela dell'ambiente e diniego del risarcimento all'investitore danneggiato<sup>796</sup> e nemmeno le ragioni per cui le misure adottate erano idonee a tutela contemporaneamente sia l'ambiente che l'investitore<sup>797</sup>. Si ritiene che questa parte della motivazione sia una forzatura del dato letterale. Innanzitutto, la tutela dell'ambiente dovrebbe giustificare le misure pubbliche adottate, mentre il pagamento – o mancato pagamento – di un indennizzo a favore dell'investitore ne rappresenta solo una conseguenza o un effetto. Inoltre, è evidente che misure ambientali quali quelle adottate nel caso di specie possa essere adottata solo per ragioni appunto ambientali, e non lasciano invece spazi per la tutela degli investitori. Casomai, è il procedimento decisionale che ha portato a tale misura che dovrebbe tener conto anche delle ragioni degli investitori, ma non è detto che questo comporti una soluzione per lui soddisfacente.

Ciò premesso, il tribunale arbitrale ritiene pertanto applicabile l'eccezione

---

<sup>794</sup> *Ibidem*, parr. 829 ss.

<sup>795</sup> *Ibidem*, par. 829.

<sup>796</sup> *Ibidem*, par. 832.

<sup>797</sup> *Ibidem*, par. 832.

ambientale al caso di specie, ma afferma che ciononostante la Colombia fosse tenuta al pagamento di un indennizzo nei confronti dell'investitore straniero danneggiato<sup>798</sup>. Poiché la Colombia non aveva ancora fornito alcun indennizzo ad Eco Oro, il tribunale rimette l'effettiva quantificazione della somma di denaro ad una successiva fase del giudizio<sup>799</sup>.

La decisione del tribunale non si ritiene condivisibile e ha sollevato molteplici perplessità, anche sul futuro impiego delle clausole di eccezione.

Innanzitutto la conclusione del tribunale contrasta con l'effetto ordinario delle eccezioni e le svuota completamente della loro funzione, poiché obbliga il Paese ospitante a corrispondere un indennizzo all'investitore danneggiato anche nelle ipotesi in cui l'eccezione è ritenuta applicabile<sup>800</sup>. Non si comprende allora quale dovrebbe essere la funzione di un'eccezione, se tanto l'indennizzo è sempre dovuto.

È stato inoltre osservato che, se da un lato il tribunale fonda la propria tesi sull'art.31 par. 3 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, dall'altro non ha considerato che la stessa norma, al par.2, prevede che qualsiasi accordo tra le parti sull'interpretazione del trattato o sull'applicazione delle sue disposizioni debba essere tenuto in considerazione ai fini interpretativi<sup>801</sup>. Nel caso di specie il Canada e la

---

<sup>798</sup> *Ibidem*, par. 830 ss.

<sup>799</sup> *Ibidem*.

<sup>800</sup> R. GARDEN, *Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions*, «ICSID Review», 38 (2023), pp. 17–24; R. MATHEWS – D. DEVITRE, *New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* - *Kluwer Arbitration Blog*, disponibile presso <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia/>; S. TREW, *The false hopes and empty promises of investment treaty modernization*, disponibile presso <https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization/>; J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit.

<sup>801</sup> R. MATHEWS – D. DEVITRE, *New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit. Gli AA. Evidenziano anche che il Canada, nel proprio model BIT del 2021, all'art. 32 ha previsto che “*If serious concerns arise as regards matters of interpretation, the Minister for International Trade of Canada and [\_\_\_\_\_] may agree to adopt an interpretation of this Agreement. An interpretation adopted by the Minister for International Trade of Canada and [\_\_\_\_\_] shall be binding on a Tribunal established under this Section*”.

Colombia, cioè le parti contraenti del trattato, avevano fornito la propria interpretazione (conforme) della norma, ma il tribunale non ne ha tenuto conto<sup>802</sup>.

Un'altra contraddizione nel ragionamento della Corte riguarda la mancata indicazione della fonte che imporrebbe l'indennizzo dovuto dalla Colombia<sup>803</sup>. Poiché l'eccezione ambientale limita la responsabilità dello Stato e quindi gli obblighi risarcitori, il tribunale avrebbe dovuto allora indicare a quale titolo aveva concluso, a contrario, che un indennizzo fosse senz'altro dovuto<sup>804</sup>.

Ancora, è stato criticato il riferimento fatto dal tribunale arbitrale alla decisione *Bear Creek v. Perù*. Gli arbitri avevano infatti sostenuto che l'FTA Canada – Colombia ed il trattato applicabile nella vicenda *Bear Creek v. Perù* contenessero un'eccezione analoga e che pertanto queste potessero essere interpretate nello stesso modo<sup>805</sup>. Già nella decisione *Bear Creek v. Perù*, come si è spiegato, il tribunale era giunto ad un'interpretazione restrittiva dell'eccezione ambientale. In realtà, è stato osservato che nel caso *Bear Creek v. Perù* la norma invocata riguardava un'eccezione in materia di espropriazione e non invece, come in *Eco Oro*, un'eccezione generale<sup>806</sup>.

A prescindere dalla correttezza o meno di tale conclusione, si condivide l'osservazione fatta in dottrina secondo cui il lodo *Eco Oro* possa fornire un importantissimo monito, ed una lezione, ai futuri negoziatori degli IIAs<sup>807</sup>. Altra dottrina ha sottolineato che questa sentenza dovrebbe suggerire agli Stati che, se si vogliono affrontare seriamente le preoccupazioni relative alla democrazia ed all'autonomia normativa che da tempo affliggono il diritto degli investimenti, non è sufficiente una mera introduzione marginale di clausole di eccezione nei trattati, ma è

---

<sup>802</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit., par. 836: “Whilst the Tribunal accepts that the State cannot be prohibited from adopting or enforcing an environmental measure in accordance with Article 2201(3), it cannot accept Canada’s statement that in such circumstances payment of compensation is not required. This does not comport with the ordinary meaning of the Article when construed in the context of the FTA as a whole and specifically in the context of Chapter Eight, as analysed in the preceding paragraphs”.

<sup>803</sup> J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit.

<sup>804</sup> *Ibidem*.

<sup>805</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit., par. 834.

<sup>806</sup> R. GARDEN, *Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions*, p. 23.

<sup>807</sup> J. RUDALL, *Greening International Investment Agreements*, p. 140; R. GARDEN, *Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions*, p. 23.

necessaria una seria e più generale riflessione sull'intero sistema<sup>808</sup>.

Si ritiene pertanto che le clausole di eccezione rappresentano uno fra i più significati strumenti di ribilanciamento di interessi economici e non economici sin qui analizzati. Ma, ciononostante, si concorda sul fatto che l'adozione di tali clausole dovrebbe essere accompagnata da una riflessione più generale sull'intero sistema e, con specifico riferimento alle eccezioni, sia necessaria un'attenta riflessione sul loro contenuto e sulle modalità in cui queste vengono formulate, oltre a favorire interpretazioni in linea con la loro funzione e non invece restrittive o abrogatrici.

La decisione nel caso *Eco Oro*, nonostante le molteplici perplessità, è stata seguita nel successivo caso *Infinito Gold v. Costa Rica*. Anche in tale decisione il trattato applicabile, cioè il BIT Canada – Costa Rica, prevedeva un'eccezione ambientale simile all'art. 2201 dell'FTA Canada - Colombia. Ma anche in tale sentenza, come nel caso *Eco Oro*, il tribunale affermava che l'applicazione dell'eccezione non esonerasse il Costa Rica dalla responsabilità per la violazione della norma primaria (nel caso di specie, la clausola FET) e dal pagamento di un indennizzo a favore dell'investitore danneggiato.

Un aspetto che lascia perplessi, in queste due decisioni, riguarda la norma primaria che è stata considerata violata. Da un'analisi della giurisprudenza arbitrale infatti sembrerebbe che le maggiori resistenze, sia in dottrina che in giurisprudenza, al diniego della compensazione riguardino la violazione del divieto di espropriazione. Nelle due decisioni appena esaminate invece le norme violate da parte dei Paesi ospitanti sono state la clausola MST nel primo caso e la clausola FET nel secondo. Se nel caso di espropriazione quindi si potrebbero comprendere le maggiori resistenze di dottrina e giurisprudenza, nelle altre due ipotesi lo svuotamento degli effetti della clausola di eccezione lascia maggiori perplessità e timori per le future decisioni. Ma sul punto, si ritiene condivisibile la tesi secondo cui l'interpretazione delle clausole di eccezione probabilmente varierà, in futuro, sulla base dello specifico trattato, valutandone il contenuto ed il contesto<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit.

<sup>809</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 91.

### 1.6. Le criticità delle clausole di eccezione.

La dottrina ha evidenziato diverse perplessità nell'introduzione ed utilizzo delle clausole di eccezione per la tutela di interessi generali negli IIAs. Il dibattito dottrina in merito ai vantaggi e svantaggi di tali clausole è particolarmente ricco e articolato.

#### 1.6.1. Le clausole di eccezione sono necessarie?

Innanzitutto, secondo alcuni autori l'inclusione di clausole di eccezione negli IIAs non avrebbe grandi conseguenze a livello pratico e tali clausole non sarebbero necessarie<sup>810</sup>. La giurisprudenza arbitrale, anche in assenza di clausole di eccezione, ha riconosciuto l'esistenza del *right to regulate* e la necessità di garantire la tutela e promozione di interessi pubblici degli Stati nazionali e, di conseguenza, ha talvolta giustificato misure di interesse pubblico generale prese a scapito degli investitori, o comunque sottolineato la necessità di bilanciare interessi degli investitori ed interessi pubblici non economici<sup>811</sup>. È opportuno fare alcuni esempi a proposito.

Nel caso *Methanex v. USA*<sup>812</sup> gli Stati Uniti avevano vietato la produzione e vendita di un additivo per la benzina considerato inquinante e un investitore canadese (fra i principali produttori e venditori di tale additivo negli Stati Uniti) si era rivolto all'ICSID per contestare tale decisione. Il tribunale rigettava il ricorso nel merito, ritenendo che la tutela di interessi generali potesse giustificare la violazione di norme primarie dell'IIA<sup>813</sup>. Nel caso di specie, la misura era stata presa per l'interesse generale alla tutela dell'ambiente e per la riduzione di inquinamento da sostanze chimiche pericolose, che costituiva quindi un interesse pubblico meritevole di tutela. In realtà, nel caso di

---

<sup>810</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., p. 3. W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., pp. 9-10, evidenzia che anche in assenza di clausole di eccezione la giurisprudenza arbitrale è giunta ad effettuare un bilanciamento fra interessi pubblici e tutela dell'investitore, come nel caso *Marion Unglaube v Republic of Costa Rica*, ICSID, No ARB/08/1, Award, (16/5/2012). Nello stesso caso e in altri però, come evidenzia l'A., la decisione è spesso stata a favore degli interessi degli investitori.

Si veda nello stesso senso *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, cit., Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, (17/5/2006); *Methanex Corporation v. United States of America*, cit.

<sup>811</sup> *Ibidem*, pp. 3, 9.

<sup>812</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, cit.

<sup>813</sup> *Ibidem*.

specie, il trattato applicabile era il NAFTA, che contiene un'eccezione ambientale. Il tribunale però giungeva a tali conclusioni anche senza invocare espressamente tale disposizione.

Un altro esempio importante in questo senso è il caso *Parkerings v. Lituania*<sup>814</sup>, già citato, riguardante l'apertura di un grande parcheggio nel centro storico di Vilnius. Il tribunale arbitrale riteneva legittimo il rifiuto del progetto di parcheggio da parte della Lituania, motivato da ragioni di tutela del patrimonio storico e culturale, pur in assenza di una clausola nel BIT che prevedesse tale eccezione o legittimasse il comportamento dello Stato<sup>815</sup>.

È stato inoltre affermato che, in alcuni casi, lo stesso effetto delle eccezioni potrebbe già essere svolto da altre clausole, rendendo quindi le eccezioni superflue. Ad esempio, sono stati citati gli allegati interpretativi dei nuovi BITs, che distinguono fra ipotesi di espropriazione indiretta compensabile e di regolamentazioni pubbliche non compensabili<sup>816</sup>. Inoltre, disposizioni quali la clausola FET e le norme poste a tutela contro le espropriazioni non prevedono una tutela assoluta per gli investitori ma richiedono anch'esse delle condizioni o standard minimi, quali il fatto che le misure pubbliche siano arbitrarie, discriminatorie, sproporzionate. Allo stesso tempo, le eccezioni normalmente non sono applicabili laddove le misure pubbliche siano state arbitrarie, ingiustificate o discriminatorie. Pertanto, è probabile che l'ambito di applicazione delle eccezioni coincida con quello delle misure pubbliche che già risulterebbero escluse dalla tutela prevista dalle norme primarie degli IIAs<sup>817</sup>.

Altra dottrina ha evidenziato infine il dubbio che, in presenza di altre e diverse disposizioni dei trattati riguardanti la tutela dell'ambiente, le clausole di eccezione potrebbero perdere la loro utilità e autonomia<sup>818</sup>.

---

<sup>814</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, cit.

<sup>815</sup> *Ibidem*.

<sup>816</sup> C. LÉVESQUE, *The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy*, cit. 368.

<sup>817</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit.; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 15.

<sup>818</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 77.

**1.6.2. Le clausole di eccezione potrebbero produrre effetti opposti a quelli voluti e causare un irrigidimento dei trattati.**

Le eccezioni potrebbero produrre addirittura un effetto opposto rispetto a quello immaginato e rendere i trattati più rigidi di quanto lo sono attualmente. In questo senso, gli arbitri potrebbero escludere la possibilità di ricorrere a strumenti e istituti elaborati a livello giurisprudenziale, ma non menzionati negli IIAs applicabili alla controversia, ovvero ritenere illegittime le misure pubbliche giustificate da interessi generali che non rientrano però in quelli espressamente menzionati dalle eccezioni alle tutele degli investitori (*list or lose it approach*)<sup>819</sup>.

Un esempio pratico in questo senso è il caso *Bear Creek v. Perù*, nel quale il trattato applicabile, cioè l'FTA fra Canada e Perù, conteneva un'eccezione generale applicabile anche alle norme in materia di investimenti<sup>820</sup>. Il Perù nella propria difesa affermava che, sulla base della dottrina del *police power*, la misura contestata da Bear Creek (revoca di una concessione mineraria) non poteva qualificarsi come espropriazione in quanto adottata per ragioni di tutela dell'ordine pubblico. Ebbene, il tribunale affermava sul punto che, essendo presente nell'FTA un'eccezione generale, quest'ultima era esaustiva e nessun'altra eccezione sulla base del diritto internazionale generale poteva essere invocata e ritenuta applicabile nel presente caso, nemmeno la *police power doctrine*<sup>821</sup>.

Tale orientamento è stato invero criticato. L'arbitro Philippe Sands nella propria *dissenting opinion* evidenziava infatti che le eccezioni specificamente formulate nel

---

<sup>819</sup> N. LOBEL – M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance*, cit., p. 974; C. LÉVESQUE, *The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy*, cit.; A. NEWCOMBE, *The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty?*, in A. L. C. DE MESTRAL – C. LÉVESQUE (a cura di), *Improving international investment agreements (Routledge research in international economic law)*, Routledge, Abingdon, Oxon ; New York 2013, p. 267; N. DIMASCIO – J. PAUWELYN, *Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?*, «American Journal of International Law», 102/1 (2008), pp. 82 – 83; J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit., evidenzia come l'utilizzo del termine *necessary* ha molti significati possibili, ma potrebbe portare a richiedere uno standard molto più severo di quello che normalmente si applica nei trattati di investimento.

<sup>820</sup> *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru*, cit.

<sup>821</sup> *Ibidem*, par. 473.

trattato non rendano automaticamente inapplicabili altri strumenti previsti dal diritto internazionale generale<sup>822</sup>. Alla medesima conclusione arriva il tribunale arbitrale nella sentenza *Eco Oro v. Colombia*, ove si afferma che l'esistenza di una specifica *carve out* nelle norme sull'espropriazione (art. 811 par. 2 FTA Colombia-Canada) non esclude automaticamente l'applicazione di altri strumenti di diritto internazionale generale<sup>823</sup>. La dottrina si è mostrata molto critica in merito a quanto affermato in *Bear Creek*<sup>824</sup> e, più in generale, ha criticato entrambi gli orientamenti giurisprudenziali poiché in nessuno dei casi qui citati il tribunale arbitrale aveva motivato adeguatamente la propria conclusione<sup>825</sup>.

### ***1.6.3. L'inadeguatezza di un approccio eccessivamente estensivo nell'indicazione delle ragioni che fondano le eccezioni.***

Un possibile metodo per contrastare il *list or lose it approach* potrebbe essere quello di ritenere non esaustiva la lista di ragioni di interesse pubblico generale menzionata nelle eccezioni<sup>826</sup>. Questo approccio presenta però delle criticità. Innanzitutto, ad una maggiore flessibilità corrisponde una maggiore imprevedibilità per gli investitori, perché renderebbe maggiormente indeterminate le ragioni per le quali lo Stato ospitante può adottare misure pubbliche senza andare incontro a violazioni degli IIAs<sup>827</sup>. La garanzia di una maggiore prevedibilità dovrebbe rappresentare invece uno dei principali vantaggi delle clausole di eccezione<sup>828</sup>. In secondo luogo, tale approccio potrebbe rendere più onerosa la prova richiesta al Paese ospitante, che dovrebbe dimostrare non

<sup>822</sup> *Ibidem*, partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands QC, (30/11/2017).

<sup>823</sup> *Ibidem*, Par. 626.

<sup>824</sup> C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., p. 366–67; J. PAINE, *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the social license of foreign investments and applying new style investment treaties*, «ICSID Review-Foreign Investment Law Journal», 33/2 (2018), p. 346.

<sup>825</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 19.

<sup>826</sup> R. BREW, *Exception clauses in international investment agreements as a tool for appropriately balancing the right to regulate with investment protection*, «Canterbury Law Review», 25 (2019), p. 219.

<sup>827</sup> A. VAN AAKEN, *International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, «Journal of International Economic Law», 12/2 (1/6/2009), pp. 523–524.

<sup>828</sup> Sul punto si veda oltre.

solo che che la misura ha perseguito un obiettivo di interesse generale, ma anche che lo specifico obiettivo perseguito è meritevole di tutela<sup>829</sup>. In questo senso il tribunale arbitrale potrebbe peraltro interferire nella valutazione di meritevolezza<sup>830</sup>. In terzo luogo, le clausole di eccezione attribuiscono allo Stato una posizione di vantaggio significativa, pertanto sembra ragionevole richiederli una presa di coscienza e una responsabilizzazione *ex ante* nel decidere per quali tipi di interessi pubblici riservarsi tale potere. Per evitare l'insorgere di tali problemi si ritiene che comunque non sarebbe necessaria un'indicazione puntuale delle specifiche esigenze, ma potrebbe essere sufficiente un'indicazione di materie generali quali *ambiente* o *tutela del patrimonio culturale*, come già peraltro avviene negli esempi di eccezioni sopra riportate, indicando però delle fonti o degli strumenti, anche di diritto interno, che permettano di individuare specificamente cosa rientri e cosa non rientri all'interno di tali categorie.

Infine, sempre sul problema della flessibilità, si evidenzia che secondo parte della dottrina tale problema è sovrastimato. Sul punto, vi sono tre obiezioni<sup>831</sup>: attualmente gli arbitri non interpretano in modo sistematico i trattati e sono, al contrario, poco coerenti nel considerare giustificazioni basate su interessi pubblici; le eccezioni generali si applicherebbero a tutte le disposizioni del trattato, non solamente ad alcune, e questo permetterebbe di superare il problema secondo cui gli arbitri si sono trovati nell'impossibilità di considerare l'interesse pubblico quando andavano richiamate certe disposizioni e non altre; le eccezioni potrebbero essere lette come nuovi strumenti interpretativi per estendere ulteriormente la tutela degli interessi pubblici e non solo come clausole a cui dare una lettura restrittiva.

#### ***1.6.4. Le clausole di eccezione sono opportune?***

Si discute inoltre della stessa opportunità di introdurre eccezioni negli IIAs<sup>832</sup>, soprattutto a causa degli effetti che potrebbero produrre sulla tutela contro le

---

<sup>829</sup> G. KAPTERIAN, *A Critique of the WTO Jurisprudence on 'Necessity'*, «International & Comparative Law Quarterly», 59/1 (2010), p. 116.

<sup>830</sup> *Ibidem*.

<sup>831</sup> *Ibidem*.

<sup>832</sup> H. MANN, *Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exceptions Clauses Create a Safe Haven for Governments*, International Institute for Sustainable Development Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, (2007).

espropriazioni e sul rapporto con la clausola FET.

Autorevole dottrina, sul punto, afferma che difficilmente un tribunale arbitrale, interpretando una clausola di eccezione, escluderebbe integralmente l'indennizzo a favore dell'investitore, ad esempio nel caso di espropriazione, essendo peraltro previsto dal diritto internazionale generale<sup>833</sup>. Si giungerebbe altrimenti ad una situazione paradossale, in cui uno strumento (il trattato di investimenti) creato per tutelare gli investimenti finirebbe per garantire una tutela inferiore a quella prevista dal diritto internazionale consuetudinario<sup>834</sup> o a privare totalmente di effetti una norma primaria contenuta nello stesso trattato<sup>835</sup>. Proprio alla luce di tale rilievo, in alcuni trattati è stata rigettata la proposta di introdurre eccezioni in materia di espropriazioni: in sede di redazione del MAI è stato affermato che la compensazione dell'investitore espropriato è una garanzia assoluta; nell'ECT le clausole di eccezione non si applicano alle norme sull'espropriazione e sul *fair and equitable treatment*<sup>836</sup>. Anche la recente proposta dell'Unione Europea di modificare l'ECT, sul punto, prevede importanti limiti per la clausola di eccezione all'espropriazione<sup>837</sup>.

Analogamente, non è chiaro come le eccezioni potrebbero coordinarsi con la clausola FET. È stato evidenziato che difficilmente una misura pubblica finalizzata alla tutela di interessi generali e che ha rispettato i requisiti minimi di condotta solitamente richiesti dalle eccezioni potrebbe essere lesiva degli standard minimi di trattamento

---

<sup>833</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., pp. 10 – 11; M. POTESTÀ, *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?*, p. 210 - 211.

<sup>834</sup> *Ibidem*, pp. 10-11; C. LÉVESQUE, *The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy*, cit., p. 368; H. MANN, *Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exceptions Clauses Create a Safe Haven for Governments*, cit.; S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, cit., p. 1064.

<sup>835</sup> J. E. ALVAREZ, *'Beware: Boundary Crossings' – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law*, cit., pp. 31 – 32 con riferimento a clausole generale di eccezione su modello dell'art. XX GATT.

<sup>836</sup> *Ibidem*, pp. 10-11; MAI draft consolidated, 1998, art. VI.1.

<sup>837</sup> C. ECKES – L. ANKERSMIT, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, cit.

necessari per violare la FET *clause*<sup>838</sup>. Delle due l'una: se la condotta è illegittima, probabilmente violerebbe la clausola FET e non rispetterebbe nemmeno le condizioni necessarie per invocare l'eccezione; se la condotta rispettasse le condizioni dell'eccezione, difficilmente violerebbe la soglia minima richiesta dalla clausola FET. Nella pratica definire concretamente gli standard minimi di una violazione non è semplice e potrebbero inoltre esistere situazioni complesse nelle quali le due norme non sono esattamente sovrapponibili, o nelle quali è preferibile tenere distinte le due valutazioni. Anche sotto un profilo di immagine pubblica, è differente ritenere che la condotta dello Stato non abbia violato la clausola FET ovvero che tale norma sia stata violata, ma la violazione sia stata giustificata ai sensi dell'eccezione<sup>839</sup>.

In ogni caso, la criticità appena esaminata potrebbe essere letta anche a contrario, seguendo il medesimo ragionamento già svolto in merito all'utilità delle eccezioni nei trattati. Per violare la clausola FET e le norme poste a tutela contro le espropriazioni, le misure statali devono essere arbitrarie, discriminatorie, sproporzionate. Allo stesso tempo, le eccezioni sono applicabili solo laddove le misure non siano state arbitrarie, ingiustificate o discriminatorie. Pertanto, non è detto che le eccezioni facciano salve quelle misure che violano radicalmente le norme primarie previste nei trattati di investimento<sup>840</sup>.

#### ***1.6.5. La mancanza di coerenza degli Stati e il rischio di abuso delle clausole di eccezione.***

Anche l'atteggiamento degli Stati e dei negoziatori nei confronti delle clausole di eccezione ha sollevato dubbi sull'uso di tali strumenti.

Innanzitutto, è già stato evidenziato che spesso le eccezioni previste nei trattati di investimento sono una mera copiatura tratteggiata di clausole più note come l'art. XX

---

<sup>838</sup> A. NEWCOMBE, *The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty?*, p. 11; K. J. VANDEVELDE, *Rebalancing through Exceptions*, «Lewis & Clark Law Review», 17 (2013), pp. 458-459.

<sup>839</sup> Come si è detto, l'eccezione rende lecita una condotta che però è da considerarsi poco desiderabile in quanto interferisce con la norma primaria.

<sup>840</sup> A. NEWCOMBE, *The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty?*, cit.; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 15.

GATT, senza alcun adattamento al contesto degli investimenti<sup>841</sup>. Molti Paesi inoltre non hanno mostrato coerenza in sede di redazione degli IIAs: alcuni Paesi hanno introdotto disposizioni in materia di eccezioni solamente in alcuni dei propri trattati, ovvero non hanno fatto alcun riferimento a simili eccezioni nei contratti conclusi con le imprese straniere<sup>842</sup>. Ancora, in diversi arbitrati gli Stati rispondenti avrebbero potuto invocare eccezioni presenti nei trattati applicabili alla controversia, ma non le hanno richiamate ovvero ne hanno fatto un cattivo uso<sup>843</sup>.

Infine, un problema al quale la dottrina sembra particolarmente sensibile è il rischio di abusi delle clausole di eccezione da parte degli Stati<sup>844</sup>.

La tesi secondo cui le eccezioni non potrebbero garantire un equo bilanciamento e potrebbero condurre ad abusi presenta alcune criticità. Innanzitutto, tale rischio è limitato dalla presenza delle condizioni, come lo *chapeau* o il nesso causale, che dovrebbero impedire un ricorso arbitrario alle eccezioni da parte del Paese ospitante e garantire che i procedimenti decisionali pubblici tengano in conto dell'interesse di tutte le parti, compresi gli investitori. In secondo luogo parte della dottrina, cosciente di tali rischi, ha suggerito di interpretare le clausole di eccezione alla luce del principio di proporzionalità<sup>845</sup>.

---

<sup>841</sup> *Ibidem*, p. 2, 5.

<sup>842</sup> *Ibidem*.

<sup>843</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit.; *Bear Creek v Peru*, cit., par. 460 – 462; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID, No. ARB(AF)/09/1; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID, No. ARB(AF)/11/2; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID, No. ARB(AF)/12/5; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, cit., in cui il Costa Rica invocava il par. 1, sebbene come evidenzia l'A. sarebbe stato preferibile invocare il par.2, che era una vera eccezione. Comunque il tribunale non ritiene tale norma crei un'eccezione agli standard.

<sup>844</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 9. In *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, cit., ad esempio ha concluso che il *ban* del prodotto chimico venduto dalla società ricorrente non era in realtà giustificato da ragioni ambientali e a tutela della salute, che avrebbe permesso di invocare l'eccezione contenuta nel NAFTA, ma era piuttosto una misura protezionistica a favore delle imprese canadesi; J. E. ALVAREZ, 'Beware: Boundary Crossings' – *A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law*, cit., pp. 65 – 66.

<sup>845</sup> V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, p. 84 si riferiscono alle *necessity clause*, ma il discorso può essere generalizzato.

### ***1.6.6. L'imprevedibilità delle decisioni arbitrali e dell'interpretazione delle clausole.***

Un ultimo problema, particolarmente rilevante, riguarda l'interpretazione delle clausole di eccezione, soprattutto nelle ipotesi di eccezioni generali: da un lato la formulazione generica delle clausole garantisce maggiore flessibilità, ma dall'altro rende poco chiaro il loro ambito di applicazione e come queste clausole possano essere interpretate da parte dei tribunali<sup>846</sup>. In questo senso il rischio è che le eccezioni lascino un ampio margine di discrezionalità ai giudici nel definire le misure pubbliche che rientrano nell'ambito di applicazione dell'eccezione<sup>847</sup>. Parte della dottrina ha evidenziato il rischio che le clausole di eccezione portino addirittura ad effetti opposti a quelli per cui le eccezioni sono state pensate, limitando cioè lo spazio normativo concesso agli Stati<sup>848</sup>. È stato evidenziato che questo timore ha portato in alcuni casi a non prendere in considerazione l'inserimento di eccezioni generali nei trattati di investimento<sup>849</sup>.

In senso uguale e contrario, gli arbitri potrebbero non dare rilevanza alle eccezioni presenti nei trattati, ovvero interpretare tali eccezioni in senso restrittivo o sostanzialmente abrogante, come avvenuto ad esempio nel più volte citato caso *Eco Oro v. Colombia*<sup>850</sup>. L'inserimento di un'eccezione non è in questo senso sinonimo di un suo utilizzo efficace.

D'altra parte, alcune decisioni arbitrali hanno evidenziato che la tutela degli investimenti non è l'unica finalità dei trattati e che interpretazioni eccessivamente orientate a favore degli investitori – e a sfavore degli Stati - potrebbero produrre come

---

<sup>846</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., p. 2, 9 ss.; R. MATHEWS – D. DEVITRE, *New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, cit.; J. B. HEATH, *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism*, cit.

<sup>847</sup> P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., p. 56.

<sup>848</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., p. 3.

<sup>849</sup> A. COSBEY, *The Road to Hell? Investor Protections in NAFTA's Chapter 11*, in *International Investment for Sustainable Development*, Routledge, 2004, p. 11 con riferimento al model BIT dell'IISD.

<sup>850</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., e giuri ivi richiamata. N. LOBEL – M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance*, cit., p. 974; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit.

effetto collaterale un irrigidimento degli Stati nell'accettare investimenti stranieri<sup>851</sup>.

## 1.7. I vantaggi derivanti dall'utilizzo di eccezioni all'interno degli IIAs.

### 1.7.1. *La tutela del right to regulate.*

Le eccezioni garantiscono una migliore tutela del *right to regulate* del Paese ospitante ed impediscono che uno Stato che adotta misure pubbliche a tutela di interessi generali (anche) non economici possa essere ritenuto responsabile per la violazione di norme dell'IIA poste a tutela degli investitori<sup>852</sup>. L'esigenza di tutelare il *right to regulate* senza interferenze da parte degli investitori è un'esigenza particolarmente sentita ed urgente in ambiti quali la lotta al cambiamento climatico<sup>853</sup>. Tale esigenza è stata efficacemente sottolineata anche nel Commentary to the American Law Institute's

---

<sup>851</sup> *Saluka Investment BV v. the Czech Republic*, cit., partial award, (17/3/2006), par 300; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, cit., decision on jurisdiction, (8/2/2005): “is mindful of Sir Ian Sinclair's warning of the “risk that the placing of undue emphasis on the ‘object and purpose’ of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties”.

<sup>852</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 300; V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., 2015, pp. 85, 88 ss.; V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, cit.; A. DE LUCA, *Non trade values protection and investment protection in EU investment policy*, cit., pp. 147–153; EUROPEAN PARLIAMENT. DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION., *The European Parliament's role in relation to human rights in trade and investment agreements.*, Publications Office, LU 2014; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 91; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, cit., p. 227; J. E. VIÑUALES (a cura di), *Normative priority between different legal systems*, in *Foreign Investment and the Environment in International Law (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 286; K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 15; J. RUDALL, *Greening International Investment Agreements*, cit., pp. 138 ss.; B. LEGUM – I. PETCULESCU, *GATT Article XX and international investment law*, in R. ECHANDI – P. SAUVÉ (a cura di), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, p. 356, che evidenziano l'utilizzo delle clausole come strumento di difesa contro le legittime aspettative degli investitori.

<sup>853</sup> N. LOBEL – M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance*, cit., p. 973; F. BAETENS, *Combating climate change through the promotion of green investment*, cit.

Restatement Third of Foreign Relations Law of the United States, ove si afferma che “*a state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory*”<sup>854</sup>.

Secondo parte della dottrina, tutelare il *right to regulate* e gli interessi pubblici non economici risulta molto più complesso laddove gli IIAs non contengano strumenti come le eccezioni<sup>855</sup>. Viene citato, in tal senso, il già menzionato lodo *SPP v. Egitto*<sup>856</sup>, riguardante la costruzione di un hotel nei pressi della piramide di Giza. La decisione venne presa in favore dell’investitore e l’Egitto fu condannato al risarcimento del danno, sebbene in parte ridotto in ragione delle ragioni di tutela del patrimonio culturale che avevano motivato la revoca dei permessi a costruire. Il tribunale, nella propria decisione, aveva sottolineato che proteggere reperti antichi facenti parte del patrimonio culturale fosse sicuramente un atto legittimo di sovranità statale, ma che nel caso di specie la rilevanza storico-culturale del sito di Giza era stata invocata solo ad investimento già avviato e che in ogni caso ciò non escludeva l’obbligo dello Stato di compensare l’investitore. La dottrina sopra citata osserva che il BIT applicabile nel caso di specie non prevede alcuna eccezione a tutela del patrimonio culturale e che, se tale clausola vi fosse stata, la decisione dei giudici, o perlomeno il ragionamento compiuto, forse sarebbe stato diverso<sup>857</sup>. Nel caso di specie si ritiene in realtà che il ritardo colpevole dell’Egitto nel sollevare questioni legate alla tutela del patrimonio culturale difficilmente avrebbe portato ad un esito diverso della decisione arbitrale. Analoghe considerazioni sono state svolte con riferimento al lodo *Chevron/Texaco v. Ecuador*<sup>858</sup>. Nel caso di specie il tribunale arbitrale condannava l’Ecuador a causa delle decisioni

---

<sup>854</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE-AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Restatement of the Law, the Foreign Relations Law of the United States. No. 540.*, (1987).

<sup>855</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 287.

<sup>856</sup> *SPP v. Egitto*, cit.

<sup>857</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 287.

<sup>858</sup> La vicenda è particolarmente complessa ed ha portato a due procedimenti arbitrali. Si vedano *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA, No. 34877; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA, No. 2009-23.

prese a danno dell'investitore straniero, motivate da gravi episodi di inquinamento e sversamenti petroliferi cagionati dalla ricorrente a danno dell'ambiente e delle popolazioni locali ed indigene<sup>859</sup>. Le ragioni addotte dall'Ecuador quindi erano particolarmente significative, ma ciononostante la sentenza è stata di condanna. È stato sul punto osservato che il BIT applicato da parte del tribunale arbitrale non conteneva alcuna eccezione ambientale o strumento per la tutela di interessi generali dell'Ecuador<sup>860</sup>.

Infine, partendo dall'affermazione fatta in dottrina secondo cui la presenza di eccezioni nei trattati ha diminuito il numero di domande proposte dagli investitori nei confronti dei Paesi ospitanti<sup>861</sup>, si deve concludere che l'introduzione di clausole di eccezione è un utile strumento per prevenire il contenzioso arbitrale e per ridurre il *regulatory chill* e le interferenze degli investitori privati nelle misure pubbliche adottate per la tutela di interessi generali.

### ***1.7.2. Il bilanciamento fra interessi degli investitori ed interessi pubblici non economici.***

Le eccezioni permettono, negli IIAs, di bilanciare adeguatamente un forte sistema di protezione degli investimenti stranieri con un efficace sistema di tutela di interessi generali<sup>862</sup>. Tale bilanciamento si allinea efficacemente agli obiettivi di sviluppo sostenibile<sup>863</sup>. Sotto questo profilo, L'UNCTAD ha evidenziato che normalmente

---

<sup>859</sup> *Ibidem*.

<sup>860</sup> J. RUDALL, *Greening International Investment Agreements*, cit., 143.

<sup>861</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 90.

<sup>862</sup> V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., pp. 88 ss.; V. KUBE – E.-U. PETERSMANN, *Human rights law in international investment arbitration*, (2016) disponibile presso <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/38985>, p. 84; EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION, *The European Parliament's role in relation to human rights in trade and investment agreements.*, cit., pp. 20 – 21; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 10, che evidenzia come in assenza di clausole spesso il risultato era sbilanciato in favore degli investitori; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, cit., p. 228; S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, cit., pp. 1059, 1060, 1074, 1075.

<sup>863</sup> V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit., pp. 88, 103.

l'inclusione di disposizioni a tutela del *right to regulate* per obiettivi di sviluppo sostenibile non comporta una riduzione del livello di protezione degli investimenti, ma al contrario spesso garantisce elevati standard di tutela<sup>864</sup>.

La garanzia di un equo bilanciamento fra tutela degli investitori e degli interessi generali sarebbe garantita dall'esistenza di condizioni per l'applicazione delle eccezioni. Le condizioni previste per le eccezioni, come ad esempio il coinvolgimento dell'investitore nelle decisioni che lo riguardano, la trasparenza, il *due process of law* ed il *fair trial*, o i divieti di misure discriminatorie, ingiustificate ed arbitrarie dovrebbero migliorare e rendere più democratiche le modalità nelle quali gli Stati prendono le decisioni, anche ove motivate da interessi pubblici generali<sup>865</sup>. L'esistenza di un sistema arbitrale di controllo su tali misure e sul rispetto dei requisiti previsti dalle eccezioni dovrebbe favorire l'efficienza di tale sistema<sup>866</sup>.

La dottrina evidenzia che la presenza di condizioni permetterebbe di impedire abusi delle eccezioni da parte degli Stati e questo è testimoniato anche dalla giurisprudenza. Già nel contesto WTO la giurisprudenza tende a valutare in maniera piuttosto rigida il rispetto in buona fede dei requisiti previsti dall'art. XX GATT e, probabilmente, un analogo controllo stringente verrebbe svolto anche nel contesto degli investimenti<sup>867</sup>. Con specifico riferimento agli arbitrati di investimenti un esempio importante in questo senso è il già citato caso *Bear Creek v. Perù*, ove il tribunale, pur riconoscendo la portata e gli effetti della clausola di eccezione prevista nel trattato applicabile e l'importanza della tutela ambientale e sociale, riteneva che il Paese ospitante non avesse rispettato il *fair trial* e, pertanto, rigettava la difesa peruviana basata sull'eccezione ambientale.

Infine, un ulteriore vantaggio deriva da quanto detto precedentemente in merito al significato normativo delle eccezioni. Come spiegato infatti le eccezioni giustificano

---

<sup>864</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>865</sup> J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., p. 10.

<sup>866</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>867</sup> L. SABANOULLARI, *The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice*, *Investment Treaty News*, disponibile presso <https://www.iisd.org/itn/en/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>.

condotte che siano state effettivamente ritenute violazioni di una norma primaria. Per quanto l'eccezione faccia venir meno la responsabilità dello Stato, comunque testimonia la non desiderabilità di condotte in violazione di tali norme<sup>868</sup>. Tale aspetto potrebbe allora costituire un aspetto positivo in termini mediatici per l'investitore (i suoi diritti sono stati effettivamente violati e ciononostante non ottiene una compensazione) e un danno di immagine per lo Stato (che ha sì agito a tutela di interessi generali, ma questi hanno danneggiato ingiustamente un l'investitore).

### ***1.7.3. Il valore simbolico e politico delle clausole di eccezione. Il cambio di paradigma nel diritto internazionale degli investimenti.***

L'introduzione di eccezioni per la tutela di interessi generali negli IIAs testimonia la presa di coscienza, da parte degli Stati, delle possibili conseguenze negative dell'attuale sistema economico e finanziario, e sottolinea un cambio di paradigma nel diritto internazionale degli investimenti<sup>869</sup>.

Nel contesto storico attuale, gli Stati intendono garantirsi degli spazi regolatori per la tutela di interessi generali non economici e per contrastare fenomeni quali l'inquinamento, il cambiamento climatico e le violazioni dei diritti fondamentali<sup>870</sup>. Le clausole di eccezione possono allora contribuire all'interpretazione del trattato, chiarendone oggetto e scopo, e favorire letture *social* o *environmental oriented*, più integrate con le altre branche del diritto internazionale e che garantiscono una maggiore

---

<sup>868</sup> C. HENCKELS, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, cit., p. 371.

<sup>869</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 303; V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, p. 478, secondo cui l'utilizzo di eccezioni può favorire l'ingresso di considerazioni legate alla tutela del patrimonio culturale nel diritto internazionale degli investimenti; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 89; S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, «Journal of International Economic Law», 13/4 (2010), p. 1042.

<sup>870</sup> D. COLLINS, *An introduction to international investment law*, 2022, cit., p. 303; V. VADI, *Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration*, p. 478; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., p. 89; S. A. SPEARS, *The quest for policy space in a new generation of international investment agreements*, cit., p. 1042.

coerenza generale del sistema<sup>871</sup>. Tale interpretazione potrebbe anche essere rafforzata da una lettura combinata delle eccezioni e di altre norme poste a tutela di interessi non economici, come il preambolo<sup>872</sup>. Un esempio evidente in questo senso è il già citato caso *al Tamimi v. Oman*<sup>873</sup>, nel quale il tribunale arbitrale utilizzava la *carve out* ambientale prevista all'art.10.10 dell'FTA US-Oman per fornire una lettura *environmental oriented* del trattato e interpretare restrittivamente la clausola MFN prevista all'art. 10.5, affermando che le ragioni di tutela ambientale invocate dall'Oman giustificassero la restrizione della tutela prevista dalla stessa clausola MFN. Grazie a tale interpretazione, il tribunale rigettava le pretese dell'investitore statunitense ricorrente<sup>874</sup>.

Le eccezioni possono inoltre fornire un *entry point* per applicare fonti di diritto internazionale dell'ambiente o sui diritti umani nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti. Analogamente a quanto affermato parlando del preambolo degli IIAs, tali fonti potrebbero essere utilizzate come parametri di riferimento per chiarire concetti generali utilizzati nelle eccezioni, come quello di *ambiente* o *diritti umani*. La dottrina, ad esempio, ha affermato che l'utilizzo del termine *ambiente* o della *protezione della vita animale e vegetale* o la *conservazione delle risorse biologiche* potrebbe giustificare politiche pubbliche prese in attuazione della UN Convention on Biological Diversity<sup>875</sup>.

#### ***1.7.4. Le eccezioni possono garantire maggiore prevedibilità e certezza, sia dei diritti e doveri reciproci di Stati ed investitori, sia delle decisioni in sede di arbitrato di investimenti.***

L'inclusione di eccezioni nei trattati di investimento rende chiare ed esplicite le ipotesi e le ragioni per cui gli Stati possono derogare alle norme primarie poste a tutela

---

<sup>871</sup> A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., 88.

<sup>872</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>873</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*, cit.

<sup>874</sup> *Al Tamimi v. oman*, cit.

<sup>875</sup> F. BAETENS – J. CAIADO, *Frontiers of International Economic Law*, cit., p. 63. L'A. afferma che quindi la convenzione potrebbe confermare l'inesistenza di espropriazioni indiretta o la non discriminatorietà di una misura.

degli investitori<sup>876</sup>.

In secondo luogo, la presenza di eccezioni limita la discrezionalità degli arbitri e riduce l'imprevedibilità delle decisioni arbitrali, definendo più chiaramente i rapporti fra le parti, nonché i rispettivi diritti e doveri<sup>877</sup>.

Affinché possano svolgere tale funzione, le eccezioni devono essere formulate in modo preciso, in particolare sotto il profilo dei presupposti e del proprio ambito di applicazione, impedendo che gli arbitri abbiano un'eccessiva discrezionalità e riducendo eventuali dubbi interpretativi<sup>878</sup>. L'applicazione ed interpretazione di tali clausole dovrà avvenire in modo altrettanto serio sia da parte degli Stati che degli arbitri<sup>879</sup>.

La critica alle eccezioni precedentemente sollevata, cioè che queste siano superflue e che si possa giungere agli stessi risultati grazie all'opera della giurisprudenza arbitrale, non tiene sufficientemente conto del fatto che i criteri elaborati non sono univoci né condivisi, mancano di chiarezza e aumentano l'imprevedibilità degli esiti delle controversie<sup>880</sup>. In particolare, come precedentemente spiegato, la *police power doctrine* ha un ambito di applicazione ristretto e non è completamente chiara nella sua ammissibilità e nei suoi requisiti, pertanto non garantisce adeguatamente e in maniera certa e chiara le politiche pubbliche dei Paesi ospitanti. Un esempio evidente in questo senso è il già citato caso *Rockhopper v. Italia*, nel quale la *police power doctrine* è stata rigettata sulla base del fatto che quest'ultima non sia applicabile alle ipotesi di

---

<sup>876</sup> A. NEWCOMBE, *General exceptions in international investment agreements*, cit., p. 3.

<sup>877</sup> *Ibidem*, p.3; J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., pp. 180–183; A. KEENE, *The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements*, cit., pp. 87 - 89; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 14; L. SABANOULLARI, *The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice*, cit.

<sup>878</sup> N. LOBEL – M. FERMEGLIA, *Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance*, cit., p. 974 che mettono in guardia dalle possibili conseguenze negative nel caso in cui i proponenti non tengano in conto dei dubbi interpretativi che le clausole potrebbero altrimenti comportare; W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit.

<sup>879</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., pp. 27 – 28.

<sup>880</sup> Anche *Ibidem*, p. 9, evidenzia che la giurisprudenza ha elaborato criteri non univoci alle eccezioni alla tutela degli investitori.

espropriazione diretta, come quella avvenuta secondo gli arbitri nel caso di specie<sup>881</sup>.

In questo senso, a contrario, le eccezioni possono fornire indicatori più precisi e positivizzare strumenti difensivi già elaborati a livello giurisprudenziale, rendendoli però più chiari ed imponendone l'applicazione alle parti ed agli arbitri<sup>882</sup>.

Garantire una maggiore prevedibilità e definire in modo più adeguato l'autonomia pubblica darebbe un beneficio innanzitutto per gli Stati, perché permetterebbe loro di conoscere anticipatamente i propri spazi di libertà. Anche gli investitori avrebbero diversi vantaggi in quest'ottica. Innanzitutto, vi sarebbe maggiore prevedibilità, sotto una duplice prospettiva. Da un lato, conoscerebbero in anticipo i limiti entro cui lo Stato può legittimamente intaccare i loro interessi. Dall'altro lato, anche gli esiti delle controversie in sede arbitrale sarebbero maggiormente prevedibili e vi sarebbe anche una più attenta ponderazione su quali siano i casi in cui il ricorso all'arbitrato di investimenti sarebbe davvero utile ed efficace<sup>883</sup>. Oltre a garantire maggiore prevedibilità, le condizioni dovrebbero inoltre mettere parzialmente gli investitori al riparo da possibili abusi dei Paesi ospitanti, grazie alla previsione di specifiche

---

<sup>881</sup> *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, cit. Sul punto si veda A. ARCURI – K. TIENHAARA – L. PELLEGRINI, *Investment law v. supply-side climate policies: insights from Rockhopper v. Italy and Lone Pine v. Canada*, «International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics», 2024, disponibile presso <https://link.springer.com/10.1007/s10784-023-09622-w>.

<sup>882</sup> *Ibidem.*, pp. 8 – 9; S. LUTTRELL, *Green multilateralism: 'mega FTAs' and the changing interface between environmental regulation and investment protection*, p.277 afferma che le eccezioni rendono più facile per gli Stati invocare dottrine difensive quali *police powers* e *necessity*; B. LEGUM – I. PETCULESCU, *GATT Article XX and international investment law*, p. 362.

<sup>883</sup> N. DIMASCIO – J. PAUWELYN, *Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?*, cit, p. 76 evidenziano che: “Generally, tribunals were open to any legitimate policy objective, in contrast to the closed list of policy exceptions in GATT Article XX. Finally, tribunals have begun to address the appropriate standard of review for these policies. The majority of tribunals have once again taken a considerably softer approach than the “necessity test” under many GATT Article XX exceptions, looking only for a “reasonable” or “rational” nexus between the measure and the policy pursued (...) In the investment context, the broad reference to investors “in like circumstances” has consistently enabled tribunals to balance investor interests with an unlimited list of legitimate government concerns--a list far broader than the exceptions in GATT Article XX”.

condizioni per poter invocare tali eccezioni e del possibile controllo in sede arbitrale<sup>884</sup>.

### 1.8. Conclusione.

In definitiva, si ritiene che le eccezioni siano un importante strumento che permetterebbe di ribilanciare la tutela degli investitori stranieri con la tutela di politiche pubbliche finalizzate alla protezione e promozione di interessi generali non economici.

Le eccezioni, come spiegato, potrebbero apportare agli IIAs e all'intero sistema di *governance* degli investimenti internazionale molteplici benefici.

D'altra parte, si ritiene che le criticità esaminate non siano tali da ritenere preferibile l'esclusione delle eccezioni dagli IIAs. Piuttosto, tali criticità sono frutto di legittime preoccupazioni per le possibili conseguenze incerte di queste clausole, ma derivanti dall'innovatività di tali strumenti e da una diversa concezione degli accordi di investimento. Inoltre, tali criticità non dovrebbero costituire un ostacolo all'introduzione di eccezioni negli IIAs, quanto piuttosto essere indicatori volti a meglio formulare le clausole e le loro condizioni di applicazione. Il timore per potenziali abusi delle eccezioni, ovvero il rischio di violare gli standard minimi di tutela degli investitori riconosciuti dal diritto internazionale, potrebbero essere limitati laddove il testo delle clausole di eccezione tenesse conto di tali preoccupazioni.

Anche l'utilizzo sporadico e spesso a sfavore dei Paesi convenuti delle eccezioni da parte della giurisprudenza arbitrale desta delle preoccupazioni. Ciò è avvenuto in alcuni casi per valutazioni proprie degli arbitri ed in altri a causa di strategie difensive, da parte degli stessi Paesi ospitanti, non ottimali. Questo profilo, più che ad escludere le eccezioni, dovrebbe portare a riflettere su quali siano le ragioni di una giurisprudenza così restrittiva e come le clausole stesse potrebbero esser riformate – o interpretate - per diventare più efficaci. Definire, ad esempio, l'ambito di applicazione e le conseguenze dell'applicazione delle clausole in maniera specifica sarebbe fondamentale. Quando si

---

<sup>884</sup> *Ibidem.*, pp. 9 – 10; N. DiMASCIO – J. PAUWELYN, *Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?*, cit.; V. UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, p. 104, che sottolinea come l'abuso delle clausole possa essere limitato specificando che la clausola possa essere applicata solo in modo non arbitrario e proponendo anche la possibilità di sottoporre la definizione di cosa si debba intendere per misura giustificata ad un comitato congiunto fra le parti; J. OSTRANSKY, *How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?*, cit., p. 4.

parla di misure finalizzate a contrastare il *climate change* o a tutela dell'ambiente, è necessario che sia espressamente definito cosa si intenda, entro quali termini e quali siano le conseguenze a livello sostanziale e processuale dell'invocazione di simili clausole da parte degli Stati. Ciò potrebbe avvenire mediante un rimando a fonti nazionali o internazionali specifiche, mediante apposite dichiarazioni interpretative, tramite la creazione di strumenti amministrativi e giurisdizionali ad hoc, o ancora mediante accordi definitivi preventivi fra le Parti contraenti<sup>885</sup>. Maggiore precisione dovrebbe garantire maggiore prevedibilità, sia dell'esito delle controversie che degli spazi di tutela degli investitori e dei Paesi ospitanti<sup>886</sup>.

È inoltre necessario che le condizioni previste per le eccezioni tengano conto del contesto di riferimento, cioè quello degli investimenti internazionali, e non siano invece una mera replica di norme quali l'art. XX del GATT. Queste possono certamente costituire un buon modello di riferimento, ma elementi quali il *proportionality test* devono essere attentamente ponderati nell'ambito degli IIAs, per mantenere obiettivi di certezza e prevedibilità ed evitare che problemi interpretativi o potenziali abusi – o inefficienze della norma – si ripresentino sotto una nuova veste. In questo senso, ad esempio, si ritiene necessario che le misure adottate dal Paese ospitante rispettino principi quali il *fair trial*, il *due process of law*, non siano discriminatorie né arbitrarie, e vengano prese all'esito di procedimenti trasparenti. Anche l'esistenza di un nesso causale fra la misura adottata e le ragioni perseguite dovrebbe emergere chiaramente.

Si ritiene inoltre che non vi sia, come spiegato, una scelta preferibile in assoluto fra *carve out* ed eccezioni in senso stretto. Entrambe presentano vantaggi e svantaggi e probabilmente la scelta dipende e dipenderà dalle politiche dei vari Paesi. È però necessario che vi sia un'attenta ponderazione nella scelta fra i due strumenti. Mentre l'eccezione in senso stretto, che solitamente ha un ambito di applicazione ampio, fornisce una *via di fuga* generale e più ampia agli Stati, strumenti specifici come le

---

<sup>885</sup> J. PAINE – E. SHEARGOLD, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, cit., pp. 285–304.

<sup>886</sup> A. ARCURI – K. TIENHAARA – L. PELLEGRINI, *Investment law v. supply-side climate policies: insights from Rockhopper v. Italy and Lone Pine v. Canada*, cit., pp. 17 – 19 evidenziano che gli arbitri hanno ignorato o frainteso anche chiarimenti destinati ad essere resi vincolanti, come le Note interpretative NAFTA. Da un lato questo evidenzia la necessità di clausole estremamente precise e che lascino pochi margini interpretativi agli arbitri, ma dall'altro evidenzia che anche disposizioni nate per fornire linee guida interpretative e limitare la discrezionalità degli arbitri ad oggi non hanno ottenuto gli effetti sperati.

*carve out* potrebbero adattarsi meglio alle singole disposizioni o a specifiche materie.

Inoltre, se le *carve out* fossero utilizzate per rispondere ad esigenze urgenti quali il cambiamento climatico, o operassero in settori strategici e delicati quali quello energetico, potrebbero essere accettate più facilmente e potrebbero avere maggiore attenzione in sede di redazione dei trattati, che ne beneficerebbero sotto il profilo qualitativo. Al fine di rispondere a specifiche esigenze di tutela di interessi pubblici non economici, pertanto, si ritiene preferibile un approccio settoriale e specifico. Tale approccio permetterebbe di redigere eccezioni più adeguate alle specifiche norme primarie o agli specifici settori economici nei quali dovrebbero agire, o alle specifiche ragioni alla base delle politiche pubbliche contestate. I modelli elaborati, ad esempio, in materia di *carve out* per le misure fiscali o per la limitazione del tabacco sarebbero esempi da seguire. Autorevole dottrina ha recentemente proposto un simile approccio, che si ritiene condivisibile<sup>887</sup>. Non è invero scontato che, anche in queste ipotesi, sia però sempre preferibile l'utilizzo delle *carve out*. Queste ultime infatti, essendo mezzi sensibilmente più incisivi sulla tutela degli investitori, dovrebbero essere limitate solo ad esigenze particolarmente rilevanti e specifiche quali il settore energetico o le misure di contrasto al cambiamento climatico. Una combinazione con eccezioni a carattere generale sarebbe quindi auspicabile, con la condizione che sia chiaramente definito il rapporto fra eccezioni generali e speciali (o fra *carve out* ed eccezioni in senso stretto).

Come per le altre clausole sin qui esaminate, le eccezioni non permetterebbero però, da sole, di riequilibrare interessi economici e non economici nell'ambito degli investimenti internazionali. Piuttosto, dovrebbero essere anch'esse inserite in un armonico procedimento di riforma generale del sistema.

Infine, è opportuno evidenziare che per loro natura le eccezioni svolgono una funzione difensiva e, quindi, successiva (*ex post*). Tuttavia, tali clausole potrebbero anche svolgere una funzione preventiva. Chiarire anticipatamente in quali contesti gli Stati possono derogare alle tutele offerte dagli IIAs ed in quali non è invece possibile, così come prevedere adeguate condizioni, svolgerebbe un'efficace funzione preventiva sia per gli Stati che per gli investitori. A questi ultimi, in particolare, permetterebbe di avere una maggiore prevedibilità delle politiche pubbliche e di ponderare meglio la decisione di effettuare un determinato investimento in uno specifico Paese straniero.

---

<sup>887</sup> J. PAINE – E. SHEARGOLD, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, cit.

Allo Stato, invece, imporrebbe maggiore attenzione e responsabilità sulla decisione di ammettere investimenti, ma garantirebbe maggiori certezze sulle ragioni per le quali potrebbe derogare, senza interferenze, alla tutela degli investimenti stranieri. La chiarezza e trasparenza in fase preventiva, si ritiene, è fondamentale ed è per questo motivo che le eccezioni, ove ben strutturate, potrebbero svolgere un ruolo determinante ai fini qui in esame.

La possibilità per investitori, Stati e parti civili di predeterminare chiaramente diritti e doveri reciproci e spazi per eventuali mutamenti nelle tutele e nelle garanzie è pertanto in linea con un diritto internazionale degli investimenti maggiormente equilibrato ed attento alle esigenze di tutte le parti coinvolte, soprattutto in un'ottica preventiva e di *governance* delle attività di investimento.

## 2. Il concetto di *right to regulate* ed il suo utilizzo negli IIAs.

Nel corso del presente lavoro si è parlato diverse volte della necessità di proteggere, entro certi limiti, il *right to regulate* degli Stati nazionali a fronte delle possibili pressioni e intrusioni degli investitori. Si è anche accennato che lo stesso concetto di *right to regulate* compare negli IIAs. È ora necessario approfondire quale sia il ruolo del *right to regulate* all'interno degli IIAs e comprendere se clausole in materia di *right to regulate* possano avere una rilevanza per la tutela e promozione di interessi non economici.

Un'analisi approfondita del concetto di *right to regulate* e dei problemi che questo ha posto in dottrina e giurisprudenza va oltre i fini del presente lavoro<sup>888</sup>. È però opportuno fornire alcune indicazioni generali su questo dibattito e sulle sue principali conclusioni, in quanto torneranno utili ai fini della presente analisi.

Il concetto di *right to regulate* compare per la prima volta all'art. 2 par. 2 della *Charter of Economic Rights and Duties of States* del 1974, come corollario del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. Il *right to regulate*, in quell'ottica, era il principio in base al quale nessun impegno internazionale poteva limitare il potere normativo statale esercitato conformemente agli obiettivi e alle priorità nazionali<sup>889</sup>.

Nel diritto internazionale degli investimenti, la dottrina ha fornito diverse interpretazioni del concetto di *right to regulate*.

Un primo orientamento, molto diffuso, afferma una nozione generale di *right to regulate*, ritenendo che questo vada inteso come semplice affermazione del tradizionale concetto di sovranità, che consiste nell'esercizio di poteri pubblici di uno Stato nella

---

<sup>888</sup> Sul punto si vedano ad esempio Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, Kluwer Law International, B.V, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2019; L. W. MOUYAL, *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective*, Routledge, London New York, 2018; A. TITI, *The right to regulate in international investment law*, Nomos, Baden-Baden, 2014; UNCTAD, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives: Proceedings of the Expert Meeting Held in Geneva from 6 to 8 November 2002*, UN, 2003, pp. 5 – 7, 209 ss.

<sup>889</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, (28/7/2023) disponibile presso <https://www.isdc.ch/media/2375/23-016-e-avis.pdf>, p. 4.

propria giurisdizione<sup>890</sup>.

Altri autori sottolineano che il *right to regulate* sia un'esternazione della sovranità statale e che vada inteso come diritto dello Stato a porre limiti in nome dell'ordine pubblico e come strumento per proteggere interessi generali<sup>891</sup>.

Altra dottrina fornisce una nozione più specifica di *right to regulate*, con implicazioni dirette sulle norme primarie degli IIAs a tutela degli investitori. Secondo questa tesi, il *right to regulate* sarebbe il diritto dello Stato ospitante di adottare leggi o altre misure in deroga agli impegni sostanziali assunti negli IIAs, senza dover risarcire gli investitori danneggiati<sup>892</sup>, ovvero il diritto degli Stati di scegliere le proprie priorità politiche, sociali ed economiche, entro certi limiti, attraverso l'adozione di leggi e pratiche amministrative, senza violare le norme internazionali che proteggono gli investimenti stranieri<sup>893</sup>. Tali definizioni pertanto implicano che l'esercizio del *right to regulate* potrebbe far venir meno il diritto alla compensazione a favore degli investitori.

Infine, altra dottrina offre una lettura diversa del *right to regulate*, che andrebbe inteso come *duty of regulate*<sup>894</sup>. Questa nozione implicherebbe un cambio di paradigma: sottolineerebbe il dovere, e non solo il diritto, dello Stato di esercitare il potere regolatorio per gli interessi pubblici e garantirebbe che tale dovere influisca inevitabilmente sulle norme primarie a tutela degli investitori<sup>895</sup>.

---

<sup>890</sup> L. W. MOUYAL, *International investment law and the right to regulate*, cit., p. 31; P. PAZARTZIS – P. MERKOURIS, *Permutations of Responsibility in International Law*, Brill | Nijhoff, 11/2/2019, p. 158.

<sup>891</sup> Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, cit., p. 27.

<sup>892</sup> C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)*, «International and Comparative Law Research Center» (2022), pp. 17 – 18: “the host state’s legal right to adopt legislation or other measures in derogation of substantive commitments it has undertaken in its international investment treaties without having to compensate aggrieved investors”.

<sup>893</sup> L. W. MOUYAL, *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective*, cit., p. 31: “affirmation of the sovereign right for states to choose their political, social and economic priorities – within certain limits – through the adoption of legislation and administrative practices without violating international rules protecting foreign investments”.

<sup>894</sup> R. POLANCO, *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?*, Cambridge University Press, 2019, p. 310; L. W. MOUYAL, *International investment law and the right to regulate*, cit..

<sup>895</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., p. 7.

Gli IIAs non definiscono mai chiaramente il concetto di *right to regulate*. Solitamente i trattati affermano semplicemente l'esistenza di un *right to regulate* finalizzato alla tutela di interessi di ordine generale (fra i quali ambiente e diritti umani). Tutt'al più, i trattati forniscono indicazioni generali su come il *right to regulate* influisca su altre disposizioni del trattato<sup>896</sup>.

Il concetto di *right to regulate* compare nei trattati di investimento in almeno quattro diverse modalità:

- Nel preambolo degli IIA<sup>897</sup>;
- Nelle *right to regulate clauses*<sup>898</sup>, che costituiscono l'ipotesi principale<sup>899</sup>;
- In altre disposizioni non dedicate espressamente, o solamente, al *right to regulate*<sup>900</sup>;
- In più parti del trattato<sup>901</sup>.

Il numero di trattati che si riferiscono espressamente al *right to regulate* è piuttosto limitato: circa 140 in totale fra trattati di investimento e trattati commerciali contenenti disposizioni in materia di investimenti<sup>902</sup>. Come per le altre clausole riguardanti interessi non economici il numero è però in netta crescita<sup>903</sup>. Inoltre, tale numero non

---

<sup>896</sup> Sul punto si veda oltre.

<sup>897</sup> CEPA Indonesia – Emirati Arabi Uniti, 2022; ECTA Australia – India, 2022; CEEPA Mauritius – India, 2021; BIT Myanmar – Singapore, 2019; BT Australia – Uruguay, 2019; BIT Australia – Hong Kong, 2019; BIT Colombia – Spagna, 2021.

<sup>898</sup> FTA Canada - Ukraine Modernized, 2023, art. 17.4; FTA EFTA-Moldova, 2023, art. 5.4, 9.2; BIT Turchia-Senegal, 2010, art. 4; FTA Pacific Alliance – Singapore, 2022, art. 8.3; Canada's Foreign Investment Promotion and Protection Agreement Model 2021, art. 3; CEPA Regno Unito – Giappone, 2020, art. 16.2; BIT Costa d'Avorio – Portogallo, 2019, art. 6; BIT Argentina – Emirati Arabi Uniti, 2018, art. 11.

<sup>899</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., p. 8.

<sup>900</sup> CEPA Turchia – Emirati Arabi Uniti, 2023, art. 10.2 che non menziona il concetto nel preambolo ma nell'oggetto e scopo del capitolo dedicato all'*investment facilitation*; EPA Regno Unito – Camerun, 2021, art. 60; UE – Regno Unito, 2020, TCA; TCA Canada – Regno Unito, *joint interpretation*; FTA UE – Vietnam, 2019, art. 2.2;

<sup>901</sup> FTA UE – Nuova Zelanda, 2023.

<sup>902</sup> <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>.

<sup>903</sup> C. BALTAG FCIARB – R. JOSHI – K. DUGGAL, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, «ICSID Review-Foreign Investment Law Journal» (2023), p. 391, evidenziano che fra il 2018 e il 2020 norme

considera gli IIAs che non si riferiscono espressamente al concetto di *right to regulate*<sup>904</sup> ma che contengono comunque riferimenti al potere normativo e regolatorio degli Stati nazionali. Spesso tale potere normativo è indicato come uno dei limiti alla portata o agli effetti delle norme primarie degli IIAs a tutela degli investitori<sup>905</sup>. Ciò avviene ad esempio in materia di FET, espropriazione, eccezioni, *non-lowering standards*, nello standard di trattamento nazionale, nelle restrizioni ai trasferimenti, nelle misure prudenziali, nei *performance requirements*<sup>906</sup>.

È interessante anche l'analisi geografica degli Stati che introducono il concetto di *right to regulate* negli IIAs. Curiosamente, nessuno di questi 140 trattati vede come parte contraente la Cina e gli Stati Uniti (con eccezione del TIFA con l'Argentina, nel quale però il riferimento è limitato al preambolo<sup>907</sup>). A contrario, l'Unione Europea e i Paesi europei sembrano i maggiori promotori di questo tipo di clausole<sup>908</sup>. La ragione di questo *favor* europeo va probabilmente individuata nel timore, dei Paesi europei, che gli accordi economici internazionali possano costituire una limitazione della loro sovranità

---

generali sul *right to regulate* comparivano rispettivamente nel 27.27%, 36.36% e 40%. Il trend quindi è in crescita e la percentuale, equiparata al numero assoluto di IIAs, è nettamente superiore. Gli AA. Affermano però che le norme nei tre anni non si siano sviluppate molto e che rispetto ad altri tipi di disposizioni la percentuale è rimasta più bassa. Ad esempio le *transfer* e *non precluded measures* compaiono in percentuali molto più alte di trattati, fra l'80 e il 100%.

<sup>904</sup> FTA UE – Singapore, 2018, art. 2.2; NAFTA, art. 1114; BIT Lituania – Turchia, 2018, art. 3. In dottrina R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., pp. 3, 8 evidenzia che se si cercano disposizioni sul *right to regulate* senza cercare espressamente *right to regulate*, il numero di norme aumenta molto.

<sup>905</sup> M. E. FOOTER, *Bits and pieces: social and environmental protection in the regulation of foreign investment*, «Mich. St. U. Coll. LJ Int'l L.», 18 (2009), pp. 42 -43; Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, cit., p. 27; T. GLEASON – C. TITI, *The Right to Regulate*, Academic Forum on ISDS Concept Paper, (2022); C. GIANNAKOPOULOS, *The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach*, in P. PAZARTZIS – P. MERKOURIS (a cura di), Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands 2019, p. 159; C. BALTAG FCIARB – R. JOSHI – K. DUGGAL, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, cit.

<sup>906</sup> *Ibidem*.

<sup>907</sup> TIFA Argentina – Stati Uniti, 2016.

<sup>908</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., p. 8.

e del loro *right to regulate*<sup>909</sup>. Sicuramente hanno inoltre influito la pressione e lo scetticismo dell'opinione pubblica durante la conclusione di trattati quali il CETA<sup>910</sup>.

### 2.1. *Le right to regulate clauses.*

Le *right to regulate clauses* sono disposizioni che rimarcano il diritto dello Stato di esercitare il proprio potere normativo per la tutela di interessi generali legittimi, quali la tutela dell'ambiente, dei diritti umani, del patrimonio culturale<sup>911</sup>. Ai fini che qui rilevano tali clausole riaffermano l'autonomia statale di regolare interessi pubblici non economici.

La finalità delle *right to regulate clauses* è principalmente interpretativa<sup>912</sup>. Autorevole dottrina, in una proposta del 2015 per un capitolo sullo sviluppo sostenibile e disposizioni correlate nel Partenariato transatlantico per il commercio e gli

---

<sup>909</sup> Gli Stati membri dell'Unione Europea avevano evidenziato il timore che gli accordi commerciali internazionali potessero interferire con il *right to regulate*. L'Unione Europea, a fronte di tale rilievo, aveva proposto l'inclusione di una *right to regulate clause* anche nel corpo del TISA. Si veda: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-012905\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-012905_EN.html).

In dottrina, I. DAMJANOVIC, *The European Union and International Investment Law Reform: Between Aspirations and Reality*, Cambridge University Press, 30/6/2023, p. 294, che evidenzia un possibile problema: il caso in cui i BITs interferiscano con il *right to regulate* di uno Stato membro esercitato in attuazione di normative europee, ovvero il caso di interferenze dirette fra normativa europea e accordi di investimento. Come evidenzia l'A., "an individual Member State will be required to choose whether to comply with its obligations under EU law or under IIL, and ultimately bear the cost of this choice".

<sup>910</sup> B. KYNAST, *Legal barriers to remunicipalisation? Trade agreements and investor-state investment protection in water services*, «Water Alternatives», 12/2 (2019), p. 340; C. ECKES – L. ANKERSMIT, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, Amsterdam Centre for European Law and Governance, disponibile presso <https://dare.uva.nl/search?identifier=3bf36b84-c28e-4bd3-bb21-704c4980c326>, p. 13.

<sup>911</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, in L. SACHS – J. COLEMAN – L. JOHNSON (a cura di), *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2018*, New York, Oxford 2018, pp. 3 – 4.

<sup>912</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p. 4; C. BALTAG FCIARB – R. JOSHI – K. DUGGAL, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?*, cit., p. 387; M. KRAJEWSKI, *The Impact of Services Trade Liberalisation on Human Rights-Revisiting Old Questions in New Contexts*, «Trade L. & Dev.», 12 (2020), p. 135; S. SCHACHERER, *Sustainable development in EU foreign investment law*, Brill Nijhoff, Leiden ; Boston, 2021, p. 77.

investimenti (TTIP), proponeva una *right to regulate clause*, specificando che la funzione di tale clausola non è introdurre una nuova disposizione sostanziale ma fornire una dichiarazione di obiettivi, da utilizzare a fini interpretativi<sup>913</sup>. Tali norme hanno quindi un valore politico e rimarcano l'autonomia normativa delle Parti contraenti nonostante l'esistenza del trattato di investimento, soprattutto per regolare interessi pubblici quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente<sup>914</sup>. Tutt'al più, parte della dottrina suggerisce che simili clausole potrebbero essere utilizzate come una presunzione interpretativa, nel senso che le misure pubbliche non discriminatorie compiute in buona fede per ragioni ad esempio ambientali sono presunte conformi agli IIAs<sup>915</sup>.

Alla luce della loro funzione, le *right to regulate clauses* devono essere tenute distinte dalle eccezioni. Ciò sebbene le due disposizioni presentano somiglianze evidenti: entrambe sottolineano le prerogative dello Stato ospitante nella tutela di interessi generali e talvolta utilizzano un linguaggio così simile che non è facile determinare se la disposizione del trattato abbia una funzione meramente interpretativa o sia effettivamente un'eccezione<sup>916</sup>. Inoltre, in alcune ipotesi si potrebbe verificare una confusione fra gli effetti delle due disposizioni. Da un lato, come si dirà, in alcuni casi non si esclude che le *right to regulate clauses* possano avere effetti ulteriori rispetto a quello interpretativo. Dall'altro, come discusso in materia di eccezioni, talvolta a queste ultime è stato attribuito un valore semplicemente interpretativo<sup>917</sup>.

Mantenere distinti questi due strumenti e comprenderne i relativi effetti è però

---

<sup>913</sup> M. KRAJEWSKI – R. T. HOFFMANN, *Alternative Model for a Sustainable Development Chapter and Related Provisions in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, «Commissioned by The Greens/European Free Alliance in the European Parliament. Available at: [reinhardbuetikofer.eu/wp.../Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July\\_final.pdf](http://reinhardbuetikofer.eu/wp.../Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July_final.pdf)» (2016), p. 12.

<sup>914</sup> B. KYNAST, *Legal barriers to remunicipalisation? Trade agreements and investor–state investment protection in water services*, cit., p. 340; C. MARTINI, *Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting*, «The International Lawyer», 50/3 (2017), p. 568.

<sup>915</sup> A. P. NEWCOMBE – L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, cit., p. 507.

<sup>916</sup> UNCTAD, *International Investment Policies and Public Health*, (2021), p.3.

<sup>917</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*, cit.

necessario perché questo potrebbe portare ad equivoci, anche in sede arbitrale<sup>918</sup>. Un esempio importante nel quale emerge questa distinzione fra *right to regulate clauses* ed eccezioni è il lodo *Infinito Gold v. Costa Rica*, caso riguardante la revoca di una concessione mineraria finalizzata all'estrazione di oro ed altri metalli preziosi. Il trattato applicabile era il BIT Costa Rica – Canada del 1998, che al par. 1 della sezione III dell'annesso I prevede una *right to regulate clause*<sup>919</sup>. Nella propria difesa il Costa Rica richiamava tale norma, qualificandola come un'eccezione e affermando che sulla base di questa disposizione non vi fosse alcuna responsabilità per violazione delle norme primarie (nel caso specifico, la clausola FET)<sup>920</sup>. Il tribunale arbitrale non condivideva però la tesi difensiva: richiamando l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, sottolineava come il testo del BIT vada interpretato secondo il proprio significato ordinario, nel contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, ed evidenziava che in realtà il par. 1 della sezione III dell'annesso I non è un'eccezione e non possa costituire uno scudo in caso di violazione delle norme primarie del BIT, operando solamente come una generale riaffermazione del *right to regulate*<sup>921</sup>. Essendo una clausola di questo tipo, e non un'eccezione, non poteva quindi esonerare il Costa Rica da responsabilità per la violazione del BIT.

In dottrina è stata evidenziata una certa fallacia nella difesa del Costa Rica. Innanzitutto, tale Paese avrebbe dovuto invocare non tanto il par. 1 della sezione III dell'Annex I, che prevede una generale *right to regulate clause*, ma piuttosto il par. 2, che prevede invece, secondo questa dottrina, una vera e propria eccezione per la tutela di interessi generali, fra cui l'ambiente<sup>922</sup>. Inoltre, la difesa del Costa Rica non sembra particolarmente chiara nemmeno sotto il profilo della qualificazione delle norme, dato

---

<sup>918</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p.27.

<sup>919</sup> BIT Costa Rica – Canada, 1998, Section III(1), Annex I: “*Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns*”.

<sup>920</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, cit., parr. 757 – 763.

<sup>921</sup> *Ibidem*, parr. 772 – 773.

<sup>922</sup> W. ALSCHNER – K. HUI, *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, cit., p.27.

che nella memoria difensiva non si specifica se la disposizione invocata è un'eccezione o una *carve out* da esaminare come questione preliminare ovvero una difesa affermativa (quindi un'eccezione in senso stretto) da esaminare nella fase di merito<sup>923</sup>.

Tornando a concentrarsi sulle *right to regulate clause*, nei vari trattati queste presentano sensibili differenze di formulazione.

Il modello più tradizionale di *right to regulate clause* si rinviene ad esempio all'art. 11 del BIT Argentina – Emirati Arabi Uniti: “*recognise their right to regulate in their territories in order to achieve legitimate public policy objectives, such as national security, the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer protection, or the promotion and protection of cultural diversity*”<sup>924</sup>. Sebbene vi possano essere delle differenze, ad esempio sugli interessi pubblici menzionati o sulla scelta lessicale, questa formulazione è quella maggiormente ricorrente.

Tale modello è molto simile alle ipotesi in cui, nel preambolo degli IIAs, viene fatto riferimento al *right to regulate*. Ad esempio il CEPA Emirati Arabi Uniti – Indonesia afferma “*Recognising their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, and protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety, environmental protection, conservation of living or non-living exhaustible natural resources, integrity and stability of the financial system, and public morals, in accordance with the rights and obligations provided in this Agreement*”<sup>925</sup>.

Sembra ragionevole supporre che clausole formulate in modo simile abbiano un'efficacia limitata a scopi puramente interpretativi. Ciò deriva dalla mancanza di riferimenti specifici a strumenti di *enforcement* o a spiegazioni su come queste clausole incidano sulle norme primarie degli IIAs a tutela degli investitori.

Invero, ci si potrebbe interrogare su quali potrebbero essere gli effetti di tali clausole nel momento in cui il concetto di *right to regulate* fosse interpretato come un limite all'applicazione delle norme primarie o come *duty to regulate*, secondo quanto affermato da parte della dottrina sopra esposta. In tali circostanze infatti non è da

---

<sup>923</sup> *Ibidem*.

<sup>924</sup> BIT Argentina – Emirati Arabi Uniti, 2018, art. 11

<sup>925</sup> CEPA Emirati Arabi Uniti - Indonesia, 2022.

escludere che anche clausole formulate in modo generico possano avere effetti ulteriori rispetto a quello meramente interpretativo. Tuttavia, al momento non vi sono precedenti giurisprudenziali e verosimilmente una simile lettura richiederebbe uno sforzo interpretativo significativo.

In altre ipotesi le norme precisano la necessità di garantire il *right to regulate*, ma in conformità con le disposizioni del trattato. Si veda ad esempio il CEPA Turchia – Emirati Arabi Uniti: “*The Parties recognise the right to regulate and introduce new regulations in order to meet national policy objectives in a manner consistent with their obligations and commitments under this Agreement*”<sup>926</sup>. Analogamente l’art. 1114 NAFTA: “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns*”<sup>927</sup>. Autorevole dottrina ritiene che tale norma vada letta nel senso che la conformità agli obblighi del trattato sia prioritaria rispetto al *right to regulate*<sup>928</sup>. Ma una simile formulazione rischia di annullare i possibili vantaggi interpretativi della clausola, come dimostrato nel lodo *Infinito Gold v. Costa Rica*<sup>929</sup>, ove il trattato applicabile, il già citato BIT Costa Rica – Canada, conteneva una *right to regulate clause* formulata analogamente alle disposizioni appena esaminate. Secondo gli arbitri una norma formulata in questo modo doveva essere interpretata nel senso che le misure adottate dal Paese ospitante a tutela di interessi generali devono anche essere coerenti con le protezioni degli investimenti stabilite nel BIT e che, pertanto, tali disposizioni non permettono di superare gli obblighi derivanti dal trattato<sup>930</sup>.

Un caso interessante è quello dell’ECT, che ricalca modelli tradizionali ma con alcune precisazioni ulteriori. La Carta dell’Energia prevede infatti all’art. 18 una norma

---

<sup>926</sup> CEPA Turchia – Emirati Arabi Uniti, 2022, art. 10.2.

<sup>927</sup> NAFTA, art. 1114.

<sup>928</sup> H. MANN, *The Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: House of Commons submission*, (2013) disponibile presso <https://www.iisd.org/publications/report/canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-house-commons-submission>, p.8.

<sup>929</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, cit.

<sup>930</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, cit., parr. 772 – 773.

in materia di *right to regulate*, che presenta però due importanti limiti<sup>931</sup>. Innanzitutto, riguarda solamente le misure in materia di sovranità sulle risorse naturali. In secondo luogo, la norma è esclusa dalla giurisdizione arbitrale, poiché si trova collocata nella parte IV del trattato e, ai sensi dell'art. 26 ECT, la giurisdizione del tribunale arbitrale è limitata alle controversie sulla parte III<sup>932</sup>. L'Unione Europea, che, come detto, è invece promotrice di questo tipo di clausole, nella propria proposta di riforma dell'ECT del 2020 suggeriva anche l'introduzione di una *right to regulate clause* nella parte III della Carta<sup>933</sup>.

Un modello alternativo, che sembra stemperare la rigidità delle clausole tradizionali, si rinviene nel model BIT Colombia del 2008. All'art. VII (Investment and Environment) infatti si prevede che “*Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with environmental law of the Contracting Party, provided that such measures are proportional to the objectives sought*”<sup>934</sup>. Tale norma sostituisce il requisito della conformità delle misure pubbliche al trattato con un giudizio di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti e potrebbe quindi influire sull'interpretazione dei trattati da parte degli arbitri, fornendo effettivamente una difesa più efficace ai Paesi ospitanti<sup>935</sup>.

In altri IIAs, le norme in materia di *right to regulate* sono più complesse.

Un primo caso è ad esempio l'art. 24.3 del CETA che, sebbene non si occupi

---

<sup>931</sup> Art. 18 ECT.

<sup>932</sup> Art. 26 ECT.

<sup>933</sup> <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>.

<sup>934</sup> model BIT Colombia del 2008, art. VII (Investment and Environment). La stessa norma si rinviene nei successive BIT con Corea del Sud (2010) e Turchia (2014). Nei BIT con Regno Unito (2010) e Venezuela (2023) si aggiunge, aggiunge oltre al requisito della proporzionalità, anche quello della non discriminatorietà. Anche il successivo BIT del 2014 con la Francia prevede la stessa disposizione del BIT col Regno Unito, ma precisa che la norma non si applichi alle disposizioni in materia di espropriazioni.

<sup>935</sup> C. MARTINI, *Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting*, cit., p. 569. L'A. evidenzia che questa norma avrebbe senso soprattutto se letta in combinazione con il preambolo o con specifiche clausole di eccezione.

espressamente di investimenti, è inserito nel capitolo dedicato alla tutela dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile e tratta di *right to regulate*. La norma prevede che “*The Parties recognise the right of each Party to set its environmental priorities, to establish its levels of environmental protection, and to adopt or modify its laws and policies accordingly and in a manner consistent with the multilateral environmental agreements to which it is party and with this Agreement. Each Party shall seek to ensure that those laws and policies provide for and encourage high levels of environmental protection, and shall strive to continue to improve such laws and policies and their underlying levels of protection*”. La prima parte della norma è interessante poiché si riferisce specificamente al *right to regulate* in materia ambientale e prevede che questo debba essere esercitato coerentemente con l’IIA ma anche con i trattati multilaterali in materia ambientale di cui le Parti sono contraenti. Se da un lato questo riferimento può fornire un parametro guida e interpretativo, dall’altro il concetto di trattati multilaterali in materia ambientale è piuttosto generico e tali trattati in realtà coprono una parte estremamente ridotta delle questioni ambientali di cui uno Stato deve occuparsi<sup>936</sup>. La seconda parte della disposizione è invece programmatica e non pone alcun obbligo diretto in capo agli Stati o agli investitori.

La disposizione forse più innovativa in materia di *right to regulate* è quella prevista all’art. 2.2 dell’FTA UE – Vietnam, nel quale si afferma che: *1. The Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection, or promotion and protection of cultural diversity. 2. For greater certainty, this Chapter shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change its legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of investments or the investor's expectations of profits. 3. For greater certainty and subject to paragraph 4, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy or a grant shall not constitute a breach of this Chapter in the following circumstances: (a) in the absence of any specific commitment to an investor of*

---

<sup>936</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, in M. M. MBENGUE – S. SCHACHERER (a cura di), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (Studies in European Economic Law and Regulation)*, Vol. 15, Springer International Publishing, Cham 2019, p. 348.

*the other Party or to a covered investment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy or grant; or (b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy or grant. 4. For greater certainty, nothing in this Chapter shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefor, where such action has been ordered by one of its competent authorities listed in Annex 1 (Competent Authorities).*

La prima parte della norma ricalca i modelli sopra esaminati, peraltro senza prevedere la clausola di conformità fra il *right to regulate* e le norme del trattato. I parr. 2 e seguenti sono particolarmente innovativi e affermano esplicitamente che: le disposizioni a tutela degli investitori non possono impedire un cambiamento del quadro normativo, anche se tale mutamento produrrà un danno agli investitori ed alle loro legittime aspettative; la decisione di non concedere, rinnovare o mantenere sussidi e contributi, se effettuata conformemente al quadro normativo vigente o senza specifici accordi fra Paese ospitante e investitore, non costituisce violazione dell’IIA; infine, nessuna disposizione del capitolo può essere interpretata come un impedimento per una Parte ad interrompere la concessione di una sovvenzione o a richiederne il rimborso, o imporre a tale Parte di risarcire l’investitore, qualora tale azione sia stata ordinata da una delle autorità competenti elencate nell’Allegato 1.

Il par. 2 sembra un’ulteriore indicazione sempre sul piano interpretativo, che rimarca il *right to regulate* ma non aggiunge nulla di significativo o innovativo.

I parr. 3 e 4 hanno invece una formulazione differente che solleva dei dubbi interpretativi sui loro effetti.

Innanzitutto, si occupano specificamente di sussidi e contributi: riguardano quindi misure molto specifiche.

In secondo luogo, utilizzano un linguaggio differente rispetto a quello dei primi due paragrafi, da cui derivano dubbi su quali possano essere i possibili effetti della norma. secondo una prima possibile interpretazione, anche i parr. 3 e 4 avrebbero una funzione meramente interpretativa. In base ad una diversa interpretazione, invece, tali paragrafi escluderebbero le misure riguardanti sussidi e contributi dall’ambito di applicazione delle norme primarie dell’IIA. Infatti, le disposizioni citate prevedono che in presenza di determinate circostanze una misura pubblica che incide su incentivi o sovvenzioni non

costituisca mai violazione del trattato, a prescindere dagli effetti sugli investitori.

Tale dubbio interpretativo è reso ancora più complesso dalla differente formulazione fra par. 3 e par. 4, che porta invero a ulteriori problemi.

Il par. 3 è quello per cui sembra più verosimile sostenere che la funzione non sia solamente interpretativa, alla luce del testo della norma, che sembra appunto delineare un'esclusione delle misure correlate al *right to regulate* dall'ambito di applicazione delle norme primarie e non solo una linea guida interpretativa. Tale affermazione aprirebbe però nuovi dubbi in merito alla natura di questa disposizione, dato che potrebbe essere qualificata come *carve out*, come eccezione in senso stretto ovvero come una disposizione differente. Sulla base di quanto affermato parlando di eccezioni e di *carve out* e alla luce della formulazione della norma (*shall not constitute a breach of this Chapter*) sembrerebbe che la tesi preferibile, in questo senso, è che si tratti di una *carve out*. Ad oggi il dubbio però permane, poiché non vi sono ancora state decisioni su questo specifico profilo, né casi in cui uno Stato abbia invocato una simile clausola.

Dubbi interpretativi differenti si pongono invece per il par. 4 che, a differenza del par. 3, torna a parlare di *interpretazione* (*shall be construed*). La norma ha un ambito di applicazione più specifico dei parr. 1 e 2 e contiene un rinvio, per il proprio ambito di applicazione, al precedente par. 3. Potrebbe pertanto avere una funzione meramente interpretativa, che opera però come chiarimento del par. 3, ma anche in questo caso il dubbio sulla natura della norma rimane.

L'FTA UE – Vietnam non è l'unico esempio di *right to regulate clause* formulata in questo modo<sup>937</sup>. Sempre in ambito europeo una simile disposizione si rinviene ad esempio all'art. 8.9 del CETA. La norma è formulata in modo simile all'art. 2.2 dell'accordo UE – Vietnam, ma contiene delle differenze di linguaggio che hanno anche qui indotto dubbi interpretativi: “1. *For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.* 2. *For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a*

---

<sup>937</sup> BIT San Marino – Ungheria, 2022, art. 3; FTA UE – Singapore, 2018, art. 2.2; CETA, art. 8.9.

*breach of an obligation under this Section. 3. For greater certainty, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy: in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy; or in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy, does not constitute a breach of the provisions of this Section. 4. For greater certainty, nothing in this Section shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidyFootnote5 or requesting its reimbursement where such measure is necessary in order to comply with international obligations between the Parties or has been ordered by a competent court, administrative tribunal or other competent authorityFootnote6, or requiring that Party to compensate the investor therefor”<sup>938</sup>.*

La dottrina ha evidenziato innanzitutto la maggior precisione di questa norma rispetto all’art. 1114 del NAFTA, dal quale l’art. 8.9 ha tratto spunto<sup>939</sup>. La formulazione generica e compromissoria dell’art. 1114 ha in realtà un motivo ben preciso: la norma è frutto di un compromesso in sede di redazione del NAFTA, ove da un lato il Canada propose un’eccezione generale di *public policy* da inserire nel capitolo dedicato agli investimenti, ma dall’altro Stati Uniti e Messico si opposero ad una proposta così radicale<sup>940</sup>.

Come per l’art. 2.2 dell’FTA UE- Vietnam, anche l’art. 8.9 CETA pone però diversi dubbi interpretativi. Innanzitutto non è chiaro quali siano le norme primarie incluse ed escluse dalla violazione del CETA in caso di esercizio del *right to regulate*<sup>941</sup>. In secondo luogo, non è chiaro se questa norma abbia semplicemente una funzione

---

<sup>938</sup> CETA, art. 8.9.

<sup>939</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, cit., p. 349.

<sup>940</sup> B. LEGUM, *Investment Disputes under NAFTA: an Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* by Meg N Kinnear, Andrea K Bjorklund, and John F.G Hannaford, «Arbitration International», 24/2 (1/6/2008), pp. 347–350; H. MANN, *The Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: House of Commons submission*, cit.

<sup>941</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, p. 348.

interpretativa, operi come eccezione in senso stretto, oppure sia una *carve-out*<sup>942</sup>. Attualmente mancano pronunce arbitrali che chiariscano tali dubbi, ma la crescente diffusione di simili disposizioni aumenta la probabilità che in futuro la giurisprudenza sia chiamata a pronunciarsi in merito.

Infine, alcuni modelli elaborati in dottrina vanno nella medesima direzione degli ultimi due esempi citati, prevedendo delle clausole sul *right to regulate* che sembrano avere gli stessi effetti di eccezioni o *carve out*, come ad esempio l'art. 25 dell'IISD Model<sup>943</sup>. A tali modelli elaborati in dottrina va anche aggiunta la recente proposta dell'UNCITRAL. L'art. 12, intitolato proprio *right to regulate*, prevede al primo paragrafo una disposizione generale simile a quelle già esaminate. Di maggiore interesse sono i successivi due paragrafi<sup>944</sup>: al par. 2 la norma prevede una *clausola di*

---

<sup>942</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, p. 348. Secondo gli AA. la norma probabilmente non va intesa come una *carve out*, poiché non è sufficientemente specifica e poiché gli interpreti tendono a leggere in modo molto cauto le eccezioni. Inoltre se l'art. 8.9 fosse una *carve out* l'eccezione generale prevista all'art. 28.3 non avrebbe senso di esistere. Ad ogni modo gli stessi AA. evidenziano che il dubbio rimane. Si veda anche P.-T. STOLL – P. ABEL, *The relevance of CETA's international investment protection for the EU precautionary principle*, Foodwatch, (2017), p.7.

<sup>943</sup> H. MANN ET AL, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, cit., art. 25: “*Inherent rights of states (A) Host states have, in accordance with the general principles of international law, the right to pursue their own development objectives and priorities. (B) In accordance with customary international law and other general principles of international law, host states have the right to take regulatory or other measures to ensure that development in their territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other social and economic policy objectives. (C) Except where the rights of a host state are expressly stated as an exception to the obligations of this Agreement, the pursuit of these rights shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of investors and investments and host states, as set out in this agreement, and consistent with other norms of customary international law. (D) Bona fide, non-discriminatory, measures taken by a Party to comply with its international obligations under other treaties shall not constitute a breach of this Agreement. (E) Host states may, through their applicable constitutional processes, fully incorporate this Agreement into their own domestic law so as to make the provisions herein enforceable before domestic courts or other appropriate processes*”.

<sup>944</sup> UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft provisions on procedural and cross-cutting issues. Note by the Secretariat.*, (2023), disponibile presso [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp\\_231\\_advance\\_copy.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp_231_advance_copy.pdf): “1. *Nothing in the Agreement shall be construed as preventing the Contracting Parties from exercising*

*deferenza* del tribunale arbitrale nei confronti delle politiche pubbliche adottate nell'esercizio del *right to regulate* per la tutela di interessi pubblici<sup>945</sup>; mentre al par. 3 prevede una vera e propria *carve out* (dal sistema di risoluzione delle controversie, non dalle norme primarie sostanziali) per le misure adottate a tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza pubblica<sup>946</sup>.

## **2.2. Le criticità delle *right to regulate clauses*: fra inefficacia, scarsa utilità e dubbi interpretativi.**

La dottrina si è diffusamente interrogata sull'utilità delle *right to regulate clauses*. Diversi autori hanno evidenziato tre significative criticità di tali clausole: sono poco efficaci; non sembrano particolarmente utili per la tutela del *right to regulate*; lasciano parecchi dubbi interpretativi.

La prima criticità delle *right to regulate clauses* riguarda la loro limitata efficacia. Come spiegato normalmente queste clausole non hanno effetti diretti, ma sono semplicemente degli strumenti utili a fini interpretativi. Sembra anche difficile poter

---

*their right to regulate in the public interest and to adopt, maintain and enforce any measure that they consider appropriate to ensure that investments are made in a manner sensitive to the protection of public health, public safety or the environment, the promotion and protection of cultural diversity, or [...].*  
 2. *When assessing the alleged breach by a Contracting Party of its obligation under the Agreement, the Tribunal shall give a high level of deference that international law accords to Contracting Parties with regard to the development and implementation of domestic policies, the right to regulate in the public interest and the right to adopt, maintain and enforce measures sensitive to the protection of public health, public safety or the environment, the promotion and protection of cultural diversity, or [...].* 3. *No claim may be submitted for resolution pursuant to Draft Provisions 3 or 4, if the measure alleged to constitute a breach of the Agreement was adopted by the Contracting State to protect public health, public safety or the environment (including compliance with the Paris Agreement or any principle or commitment contained in articles 3 and 4 of the United Nations Framework Convention on Climate Change), the promotion and protection of cultural diversity, or [...]."*

<sup>945</sup> J. PAINE – E. SHEARGOLD, *Shoehorning Substance into a Procedural Mandate? The Right to Regulate and UNCITRAL Working Group III*, (7/9/2023), disponibile presso <https://www.ejiltalk.org/shoehorning-substance-into-a-procedural-mandate-the-right-to-regulate-and-uncitral-working-group-iii/> evidenzia come la prassi di queste clausole di deferenza sia ricorrente in particolare nei BITs indiani. L'A. evidenzia inoltre una somiglianza fra questa clausola ed il principio affermato in alcune importanti pronunce arbitrali, prima fra tutte *SD Myers v. Canada*, cit.

<sup>946</sup> *Ibidem*, Dell'opinione che questa sia una vera e propria *carve out*.

ritenere che queste clausole, pure nelle loro formulazioni più recenti e innovative, abbiano effetti ulteriori rispetto a quello interpretativo, in assenza di orientamento giurisprudenziale o dottrinale consolidato in questo senso<sup>947</sup>. La differenza con le clausole di eccezione, sotto questo profilo, rimane rilevante.

La seconda criticità di tali clausole riguarda la loro poca utilità. Tali norme infatti non affermano nulla di nuovo o imprevedibile: la sovranità regolamentare degli Stati non è certo sancita da tali clausole e, anche in loro assenza, l’IIA non potrebbe impedire allo Stato di adottare misure finalizzate alla tutela di interessi pubblici<sup>948</sup>. Ciò rende tali clausole superflue e pleonastiche<sup>949</sup>.

Secondo autorevole dottrina, se il concetto di *right to regulate* fosse inteso come semplice estrinsecazione della sovranità statale, queste clausole non solo sarebbero superflue ma anche pericolose, perché potrebbero portare a concludere che in assenza di una simile clausola il trattato limiti il *right to regulate*<sup>950</sup> dei Paesi ospitanti.

Anche l’effetto interpretativo di tali clausole non va sovrastimato e non è garanzia di interpretazioni maggiormente attente alla tutela di interessi generali. Innanzitutto, non sembra esservi alcuna garanzia che un tribunale arbitrale terrà in dovuta considerazione

---

<sup>947</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, cit., p. 348; I. DAMJANOVIC, *The European Union and International Investment Law Reform: Between Aspirations and Reality*, cit., p. 295; M. KRAJEWSKI, *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies-Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights*, CIDSE, (2017), p. 20.

<sup>948</sup> P. ACCAOUI LORFING, *Unsustainable Investment: Scoping Expropriation without Compensation*, in O. QUIRICO – K. KWAPISZ WILLIAMS (a cura di), *The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements*, Springer Nature Singapore, Singapore 2023, p. 104; U. N. C. ON T. AND D. SECRETARIAT (GENEVA), *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives: Proceedings of the Expert Meeting Held in Geneva from 6 to 8 November 2002*, cit., pp. 208 ss.; R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., p. 6; M. KRAJEWSKI, *The Impact of Services Trade Liberalisation on Human Rights-Revisiting Old Questions in New Contexts*, cit., p. 135; A. P. NEWCOMBE – L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, p. 509.

<sup>949</sup> *Ibidem*.

<sup>950</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit., p. 6.

tale clausola<sup>951</sup>. La dottrina evidenzia che nella ventennale giurisprudenza NAFTA, le norme in materia di *right to regulate* (in particolare l'art. 1114) non hanno avuto alcun ruolo significativo<sup>952</sup>. Peraltro, anche nel contesto WTO i riferimenti al *right to regulate* tendono ad essere interpretati restrittivamente e ad avere una portata limitata, recessiva rispetto alle disposizioni dei trattati a tutela di interessi economici e commerciali<sup>953</sup>.

In definitiva ci si potrebbe chiedere se tali clausole rispondano realmente ai problemi dell'attuale diritto internazionale degli investimenti. Il problema principale, emerso anche negli arbitrati, non è tanto l'esistenza di un *right to regulate*, che è ormai pacifico, quanto piuttosto trovare un equilibrio tra tale principio e la protezione degli investimenti, che le *right to regulate clauses* però non risolvono<sup>954</sup>. Tali norme lasciano agli arbitri il compito di interpretare il trattato per trovare un equilibrio e non forniscono alcuna indicazione su come compiere questo bilanciamento<sup>955</sup>.

In dottrina si evidenzia che per garantire la protezione dell'interesse pubblico degli Stati sarebbe necessario redigere standard delle norme primarie a tutela degli investitori in senso maggiormente restrittivo e non sarebbe sufficiente una *right to regulate clause*<sup>956</sup>. Altra dottrina evidenzia allora che sarebbe preferibile inserire eccezioni o

---

<sup>951</sup> Con specifico riferimento alla *right to regulate clause*, sebbene come visto questo sia un problema ricorrente, si veda B. KYNAST, *Legal barriers to remunicipalisation? Trade agreements and investor-state investment protection in water services*, cit., p. 340.

<sup>952</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, cit., p. 349.

<sup>953</sup> R. HOWSE – A. ELIASON, *The Regulation of International Trade*, Routledge, Londra, 2013, pp. 496-97.

<sup>954</sup> S. SCHACHERER, *Sustainable development in EU foreign investment law*, cit., p. 77; P.-T. STOLL – P. ABEL, *The relevance of CETA's international investment protection for the EU precautionary principle*, cit., p. 7; M. KRAJEWSKI, *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies-Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights*, p. 20; A. P. NEWCOMBE – L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, cit., p. 506 - 508.

<sup>955</sup> *Ibidem*.

<sup>956</sup> M. FANOU, *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 22 (2020), pp. 106–132, che richiama il parere 1/17 della CGUE; I. DAMJANOVIC, *The European Union and International Investment Law Reform: Between Aspirations and Reality*, Cambridge University Press, 30/6/2023, p. 295; B. KYNAST, *Legal barriers to remunicipalisation? Trade agreements and investor-state investment protection in*

introdurre disposizioni specifiche che pongano il *right to regulate* su un piano paritario con le norme a tutela degli investitori, piuttosto che generali *right to regulate clauses*, e che fintanto che clausole come quelle ambientali non saranno *enforceable*, a differenza delle norme primarie a tutela degli investitori, il *bias* a favore degli investitori rimarrà inalterato<sup>957</sup>. Ma, sotto questo profilo, sembra che gli Stati siano maggiormente interessati ad utilizzare queste clausole per impedire una *race to the bottom* piuttosto che per richiedere standard di tutela più elevati<sup>958</sup>.

Infine, l'ultimo problema è quello interpretativo. Come spiegato, non è chiaro cosa si intenda per *right to regulate*<sup>959</sup>. Inoltre, le clausole più recenti o dal contenuto più specifico non danno particolari indicazioni su quali siano i loro effetti o sul loro rapporto con le norme primarie degli IIAs<sup>960</sup>. Non è d'aiuto, in questo senso, l'assenza di giurisprudenza in merito. Sebbene infatti in molte cause i tribunali arbitrali abbiano parlato di *right to regulate*, ad oggi nessuna decisione è stata basata su *right to regulate clauses*<sup>961</sup>.

### **2.3. I vantaggi derivanti dall'introduzione di *right to regulate clauses*.**

Parte della dottrina sembra favorevole alle *right to regulate clauses*<sup>962</sup>.

---

*water services*, p. 340, che si riferisce all'intero sistema, evidenziando che disposizioni sostanziali attentamente formulate forniscono maggiore chiarezza e prevedibilità.

<sup>957</sup> C. MARTINI, *Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting*, cit., p. 569.

<sup>958</sup> I. DAMJANOVIC, *The European Union and International Investment Law Reform: Between Aspirations and Reality*, cit., p. 295. Un esempio recente in questo senso è l'art. 6 par.4 del model BIT olandese del 2021.

<sup>959</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, cit., p. 347.

<sup>960</sup> OECD, *The future of Investment treaties – Track 1 sustainability cluster Illustrative case study on goals and challenges in treaty policy – exceptions clauses Note by the Secretariat*, (2021), disponibile presso [https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD\(2021\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD(2021)1/en/pdf), p. 14; M. KRAJEWSKI, *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies-Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights*, cit., p. 20.

<sup>961</sup> R. POLANCO LAZO – K. NADAKAVUKAREN, *Legal opinion on right to regulate*, cit.

<sup>962</sup> Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, cit.; O. QUIRICO, *From Investment Protection to*

Come spiegato infatti, queste clausole possono fornire un importante strumento interpretativo dei trattati, anche in sede arbitrale, per effettuare un bilanciamento fra interessi generali e tutela degli investitori. Anche gli Stati, in particolare quelli europei, hanno mostrato un certo gradimento verso tali clausole, che richiamando ampi obiettivi di interesse generale potrebbero influire su come gli arbitri eserciteranno la propria discrezionalità<sup>963</sup>.

Clausole riguardanti il *right to regulate* potrebbero poi essere utili per reinterpretare le *stabilization clauses*<sup>964</sup>. Queste ultime, se formulate in modo generico, potrebbero compromettere la capacità degli Stati di attuare i propri obblighi in materia di diritti umani<sup>965</sup>. L'utilizzo di *right to regulate clauses* in questo senso potrebbero rafforzare il diritto degli Stati di adottare misure a tutela dei diritti umani e limitare gli effetti delle *stabilization clauses*<sup>966</sup>.

Infine, non è sempre detto che queste clausole non riaffermino nulla di nuovo o siano pleonastiche. Ciò infatti dipende dal modo in cui queste vengono formulate. Se tali clausole semplicemente riaffermando la rilevanza del *right to regulate* ovvero subordinano il *right to regulate* al rispetto delle norme degli IIAs, effettivamente la loro rilevanza sarebbe decisamente limitata, al punto che si potrebbe anche discutere che queste possano avere rilevanza a fini interpretativi. Le versioni più recenti ed articolare

---

*Sustainability (via a Multilateral Investment Court): The EU and a New Universal Model for International Investment Agreements?*, in O. QUIRICO – K. KWAPISZ WILLIAMS (a cura di), *The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements*, Springer Nature Singapore, Singapore 2023, p. 69; D. MAGRAW ET AL., *Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change*, «Journal of International Arbitration», 36 (2019), pp. 95–134, si vedano in particolare gli artt. 5.1; 5.2; 6.1.

<sup>963</sup> S. SCHACHERER, *Sustainable development in EU foreign investment law*, cit., p. 77.

<sup>964</sup> Per la definizione di *stabilization clause* si rinvia alla parte prima del presente lavoro.

<sup>965</sup> B. CHOUDHURY, *Human Rights Provisions in International Investment Treaties and Investor-State Contracts*, in C. TAMS – R. HOFMANN – J. SCHEU – S. W. SCHILL (a cura di), *Investment Protection, Human Rights, and International Arbitration*, Edward Elgar, Forthcoming, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 87–118.

<sup>966</sup> UN OHCHR, *Open call for input for Working Group on Business and Human Rights' report on "Human Rights-compatible International Investment Agreements (IIAs)*, (2021), disponibile presso [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Submissions/CSOs/20210331-Open-call-for-input\\_WGonBHR\\_IIAs\\_H\\_de-Anzizu.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Submissions/CSOs/20210331-Open-call-for-input_WGonBHR_IIAs_H_de-Anzizu.pdf), p. 8.

della clausola però, come sopra esaminato, potrebbero svolgere quantomeno una funzione interpretativa forte, limitando la discrezionalità degli arbitri. Non è inoltre da escludere che queste acquistino un valore ulteriore rispetto a quello interpretativo, riducendo gli effetti e la portata delle norme primarie degli IIAs.

#### **2.4. Conclusione.**

Alla luce di quanto analizzato, si ritiene che la valutazione delle *right to regulate clauses*, sia simile a quella di inserire riferimenti ad interessi non economici nel preambolo: si vede con favore una simile prassi, che però non deve essere sovrastimata.

Come visto, infatti, tali clausole tendono ad avere un'efficacia limitata alla funzione interpretativa dei trattati. Per le disposizioni più innovative valgono invece le considerazioni già svolte in materia di eccezioni, sebbene si ritenga opportuno che nei futuri trattati si chiarisca espressamente se clausole di questo tipo devono essere intese come semplici indicazioni politiche ed interpretative ovvero se debbano avere finalità analoghe a quelle delle eccezioni e delle *carve out clauses*.

Due ragioni sembrano in questo senso decisive per dare un parere positivo a queste disposizioni. Innanzitutto, il fatto che molti Paesi, fra cui quelli europei, sembrano favorevoli ad inserire clausole di questo tipo nei trattati. Un simile interesse andrebbe quindi coltivato e sfruttato per favorire l'utilizzo di clausole specifiche. In secondo luogo, tali clausole possono favorire interpretazioni arbitrali maggiormente attente al *right to regulate* del Paese ospitante e rendere quindi le decisioni arbitrali maggiormente prevedibili e bilanciate. Dato che i trattati di investimento si basano su disposizioni generiche, una guida interpretativa che imponga di considerare anche il *right to regulate* del Paese ospitante potrebbe favorire un sistema più bilanciato.

D'altra parte, come detto, tali clausole non vanno sovrastimate. La loro funzione è principalmente interpretativa e per ottenere un vero mutamento nella *governance* degli investimenti internazionali sembra più urgente la modifica delle norme primarie e delle disposizioni sostanziali dei trattati.

In conclusione, si ritiene auspicabile un utilizzo di tali clausole, ma queste non devono essere considerate uno strumento esaustivo.

## CAPITOLO 6.

### LE DISPOSIZIONI CHE INTRODUCONO OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ IN CAPO AGLI INVESTITORI

#### 1. Introduzione.

Uno dei principali argomenti di discussione nell'attuale dibattito sugli IIA riguarda la possibilità di introdurre obblighi e responsabilità in capo agli investitori utilizzando tali trattati.

Il dibattito riguarda innanzitutto la possibilità e opportunità di inserire negli IIA delle disposizioni che impongano obblighi agli investitori in materia di tutela ambientale, sociale e giuslavoristica. Se la risposta è affermativa, la seconda questione diviene allora capire come ed entro quali limiti tali obblighi dovrebbero essere introdotti. Infine, una volta chiarito tale aspetto, l'ultima questione riguarda come assicurare che tali disposizioni siano effettive e quali dovrebbero essere le conseguenze in caso di loro violazione.

Con riferimento all'ultimo profilo, come si vedrà, non è possibile parlare di obblighi senza tenere in conto della responsabilità che da tali obblighi discende<sup>967</sup>.

#### 2. Inquadramento concettuale. La rilevanza della Corporate Social Responsibility.

Un primo importante profilo è rappresentato dall'inquadramento concettuale, cioè capire quali sono, concretamente, gli obblighi che potrebbero essere introdotti negli IIAs in capo agli investitori e quale sia la loro rilevanza per la tutela di interessi non economici, in particolare diritti umani, tutela dell'ambiente e dei lavoratori.

Sul punto, la dottrina e le istituzioni internazionali si sono soffermate in particolare sul concetto di *Corporate Social Responsibility* (CSR). Attualmente, non esiste una definizione unanimemente condivisa di CSR, sebbene sia stato evidenziato che il problema principale non sembra tanto definire cosa questa sia, quanto piuttosto capire come la CSR sia costruita in un contesto specifico e come tenerne conto quando si

---

<sup>967</sup> K. P. SAUVANT, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, «E15 Task Force on Investment Policy – Policy Options Paper. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum» (2016), p. 23.

sviluppano le strategie aziendali<sup>968</sup>. Ai fini che qui rilevano, con CSR si può intendere “*a concept that addresses the social, environmental and economic consequences of the activities of corporations, including their supply and value chains. CSR initiatives seek mechanisms to ensure corporations can be held accountable for these consequences, on the basis of internationally agreed standards and principles*”<sup>969</sup>. Le disposizioni in materia di CSR all’interno degli IIAs possono essere invece definite come “*the clauses in IIAs that refer to certain obligations and responsibilities of foreign investors concerning human rights, environmental and labour standards that have been imposed on investors, either directly or indirectly, through the contracting state*”<sup>970</sup>.

Il problema che permane in questi casi è però spesso l’indeterminatezza del concetto di CSR. Talvolta le clausole fanno riferimento, a fini definitivi, ad altre fonti come le già citate linee guida OECD o gli UNGPBHR. Ma questo rinvio non sembra totalmente soddisfacente e lascia comunque spazio a dubbi interpretativi.

Il concetto di CSR non è stato però l’unico invocato da dottrina e istituzioni internazionali. Si è parlato, più in generale, di *due diligence*, ovvero di responsabilità delle multinazionali per le attività illecite compiute nei Paesi stranieri. In quest’ottica spesso vengono richiamate importanti fonti internazionali di *soft law* su tali profili, come le OECD Guidelines on Multinational Enterprises<sup>971</sup> o gli United Nations Guiding

---

<sup>968</sup> A. DAHLSTRUD, *How corporate social responsibility is defined: an analysis of 37 definitions*, «Corporate Social Responsibility and Environmental Management», 15/1 (2008), p. 6: “*There are many available definitions of CSR and they are consistently referring to five dimensions. Although they apply different phrases, the definitions are predominantly congruent, making the lack of one universally accepted definition less problematic than it might seem at first glance. The CSR definitions are describing a phenomenon, but fail to present any guidance on how to manage the challenges within this phenomenon. Therefore, the challenge for business is not so much to define CSR, as it is to understand how CSR is socially constructed in a specific context and how to take this into account when business strategies are developed*”.

<sup>969</sup> M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, (2005), p. 2.

<sup>970</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, «Utrecht Law Review», 14/2 (2018), pp. 40–55.

<sup>971</sup> OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, 2011.

Principles on Business and Human Rights (UNGPs)<sup>972</sup>.

### 3. Inquadramento storico.

#### 3.1. Dall'asimmetria e assenza di obblighi agli investitori...

Storicamente gli IIAs hanno carattere asimmetrico, in quanto impongono obblighi esclusivamente in capo agli Stati e non agli investitori<sup>973</sup>.

Tale asimmetria è dovuta a ragioni storiche, politiche e opportunistiche<sup>974</sup>. Gli IIAs nacquero al fine di proteggere la proprietà privata straniera e gli investimenti stranieri, favorendo un contesto politico, giuridico ed economico prevedibile<sup>975</sup>. Nell'idea originaria dei trattati di investimento quindi non si poneva il problema degli obblighi e delle responsabilità degli investitori, ma solo dei loro diritti e della loro tutela<sup>976</sup>. Sarebbe stata la legge interna del Paese ospitante ad imporre regole agli investitori<sup>977</sup>. Autorevole dottrina evidenzia in tal senso un'analogia fra il diritto internazionale degli investimenti e la protezione dei diritti umani, poiché entrambi nascono come tutela di

---

<sup>972</sup> UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, 2011.

<sup>973</sup> H. GÖTT, *Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements*, cit., p. 133; G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, cit., pp. 56 - 59; K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., p. 5; M. KRAJEWSKI, *A Nightmare or a Noble Dream?*, cit., p. 106; G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., pp. 28 – 29; K. P. SAUVANT, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, cit., p. 17; M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit., cit.

<sup>974</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. DOMMEN – M. ABEBE – H. MANN – J. ZHANG, *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*, International Institute for Sustainable Development, 2018, p. 6.

<sup>975</sup> G. VENTURINI (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, cit.; G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., p. 28.

<sup>976</sup> R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 85.

<sup>977</sup> G. BOTTINI, *Extending Responsibilities in International Investment Law. E15Initiative*, disponibile presso <https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Bottini-Final.pdf>, p.1.

una parte debole nei confronti dello strapotere degli Stati nazionali<sup>978</sup>.

Inoltre, sino a tempi recenti, vi sarebbe stata una certa riluttanza, da parte degli Stati, ad imporre obbligazioni e riconoscimento di personalità giuridica di diritto internazionale alle imprese<sup>979</sup>. In quest'ottica la mancanza di personalità giuridica di diritto internazionale delle imprese è l'effetto della storica opposizione da parte degli Stati nazionali<sup>980</sup>. Il problema da risolvere pertanto non sarebbe tale carenza, quanto piuttosto cambiare la mentalità dei Paesi nazionali.

Volendo contestualizzare storicamente tale asimmetria, è in particolare negli anni '90 che si verificò una totale dissociazione fra diritti e responsabilità degli investitori che portò a porre in secondo piano le loro responsabilità ed al consolidamento invece dei loro diritti<sup>981</sup>. Nello stesso periodo fallirono inoltre alcuni dei principali tentativi di regolamentazione internazionale della responsabilità delle multinazionali<sup>982</sup>.

In questa prospettiva, l'unica eccezione che storicamente compare negli IIAs è l'obbligo di stabilirsi in conformità alla normativa del Paese ospitante e di rispettarne le leggi, che è però una conseguenza intrinseca allo stabilimento in un determinato Stato<sup>983</sup>. Peraltro, solitamente il Paese ospitante non ha bisogno di ricorrere a strumenti di diritto internazionale per imporre il rispetto delle proprie leggi nazionali all'investitore<sup>984</sup>.

### 3.2. ... *Ad un nuovo paradigma.*

L'asimmetria degli IIAs sta progressivamente scomparendo, ma solo in tempi

---

<sup>978</sup> E. U. PETERSMANN, *Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication?*, p. 16.

<sup>979</sup> Y. RADI, *Introduction: taking stock of the societal and legal interplay between human rights and investment*, in Y. RADI, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 7; H. L. MANN, *International Investment Agreements, Business, and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, (2008).

<sup>980</sup> *Ibidem*.

<sup>981</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 176 ss.; S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., p. 1737.

<sup>982</sup> S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., p. 1737.

<sup>983</sup> G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., pp. 28 - 29.

<sup>984</sup> *Ibidem*.

recenti<sup>985</sup>.

Una prova significativa di questo cambio di mentalità – almeno in parte – è rappresentato dalla politica estera dell’Unione Europea in materia di investimenti. Già nel 2010 la Commissione Europea evidenziava che l’inserimento delle linee guida in materia di *Corporate Social Responsibility (CSR)* nei trattati di investimento potesse rappresentare uno strumento importante per bilanciare diritti e responsabilità degli investitori ed allineare la politica di investimenti esteri con i principi e gli obiettivi dell’azione esterna dell’Unione, in particolare la promozione dello stato di diritto, la tutela dei diritti umani e lo sviluppo sostenibile<sup>986</sup>. Nel 2011 il Parlamento Europeo auspicava l’inclusione di effettive clausole in materia di *CSR* nei propri futuri trattati in materia di investimenti<sup>987</sup>. In seguito, durante la negoziazione del TTIP, sempre la Commissione Europea aveva sollevato preoccupazioni sul fatto che gli accordi di investimento non ponessero alcun obbligo agli investitori<sup>988</sup>. Sull’effettiva coerenza fra questa dichiarazione e i successivi trattati conclusi da parte dell’UE, invero, si potrebbe discutere. Negli accordi di investimento conclusi da parte dell’Unione infatti le disposizioni in materia di *CSR* pongono obblighi solamente in capo agli Stati e mai direttamente alle imprese<sup>989</sup>. Tali disposizioni peraltro non introducono effettive obbligazioni, ma prevedono semplicemente l’impegno di questi ultimi a *invitare* le imprese ad adottare standard internazionali e buone prassi in materia di *CSR*.

Tale inversione di tendenza e la recente apertura alla possibilità di integrare obblighi – e non solo diritti – agli investitori è comprensibile e auspicabile anche alla luce dello

---

<sup>985</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 176 ss.

<sup>986</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, COM(2010)343 final, (2010), p. 9.

<sup>987</sup> EUROPEAN PARLIAMENT, *Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy*, (2010/2203(INI)).

<sup>988</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, (2015), p. 33.

<sup>989</sup> CETA, art. 22.3; FTA EU – Vietnam, 2019, art. 13.10; FTA EU – Corea del Sud, 2011, annex 13; FTA EU – Giappone, 2019, artt. 16.5, 16.12; FTA EU – Singapore, 2019, art. 12.11; FTA EU – Nuova Zelanda, 2022, artt. 13.14 (che peraltro riguarda espressamente il settore energetico e quello delle materie prime), 19.12; EU – Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement, 2023, art. 34.

stesso fondamento degli attuali trattati di investimento.

L'asimmetria, come spiegato, era storicamente dovuta ad una posizione di inferiorità degli investitori nei confronti degli Stati nazionali. Ad oggi però la situazione è radicalmente mutata, dato che le imprese si possono porre sullo stesso piano di forza degli Stati e influenzarne le politiche pubbliche<sup>990</sup>.

Inoltre, l'inserimento negli IIAs di obblighi in capo agli investitori rappresenta un naturale conseguenza dell'affermazione del movimento internazionale volto all'attribuzione di personalità giuridica e di responsabilità internazionale delle multinazionali, che ha trovato solide basi ad esempio nelle Linee Guida OSCE sulle imprese multinazionali<sup>991</sup>, nei principi del Global Compact<sup>992</sup>, negli UNGPs del 2011<sup>993</sup>. Anche l'UNCTAD si è occupata di tale profilo con riferimento proprio al diritto internazionale degli investimenti<sup>994</sup>, affermando che gli obblighi degli investitori potrebbero essere la base per stabilire negli IIAs le conseguenze del mancato rispetto delle leggi nazionali da parte di un investitore<sup>995</sup> e che potrebbero, sotto questo profilo, fare riferimento a standard internazionali comunemente riconosciuti e sostenere la diffusione degli standard di CSR<sup>996</sup>. Sebbene quindi gli strumenti internazionali di Business & Human Rights e gli accordi di investimento appartengano a contesti differenti e agiscano secondo modelli e strumenti diversi, ad oggi sembra verificarsi una

---

<sup>990</sup> Y. CASTILLO MENESES, *El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero: un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia 2015. Per un caso emblematico si veda M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit., cit., p. 3, in merito alla situazione delle piantagioni di the in India e delle attività di lobbying e di circonvenzione della normativa compiute dagli investitori stranieri al fine di derogare alle norme minime in materia di tutela dei diritti dei lavoratori.

<sup>991</sup> OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, 2011.

<sup>992</sup> UN, *Global Compact*, 2000.

<sup>993</sup> UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, 2011.

<sup>994</sup> UNCTAD, *Investment policy framework for sustainable development*, cit. Per un precedente si veda M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit., cit.

<sup>995</sup> *Ibidem.*, p. 8.

<sup>996</sup> *Ibidem.*, p. 8.

crescente convergenza<sup>997</sup>.

Infine, tale cambio di paradigma è probabilmente dovuto anche al fatto che fra i principali scetticismi riguardanti l'attuale diritto internazionale degli investimenti vi è, come già spiegato, il problema che quest'ultimo possa costituire un ostacolo all'implementazione di normative e meccanismi in materia di CSR<sup>998</sup>.

#### **4. Le disposizioni che attualmente prevedono obblighi per gli investitori all'interno degli IIAs.**

Attualmente alcuni IIAs includono obblighi o forme di responsabilità per gli investitori in materia di tutela di diritti umani o di ambiente. Come per le altre clausole sin qui esaminate, i dati statistici hanno due volti: da un lato, la percentuale assoluta di trattati contenenti simili disposizioni è estremamente bassa; dall'altro lato, tale percentuale cresce enormemente se si considerano solo i trattati di ultima generazione<sup>999</sup>.

Tali riferimenti possono essere esaminati sotto due profili: quello contenutistico e quello geografico.

Sotto il profilo contenutistico, il riferimento maggiormente ricorrente negli IIAs è quello alla CSR: 148 trattati, di cui 59 BITS<sup>1000</sup>. Meno diffuso è anche il concetto di *responsible business conduct*, che compare in 40 trattati (di cui solo 14 BITS) e quello di *due diligence*, che compare invece in 35 trattati (di cui solo 11 BITS)<sup>1001</sup>. È interessante notare che in molte ipotesi i trattati che contengono riferimenti a questi tre concetti sono gli stessi: quando vi è un riferimento, ad esempio, alla *due diligence*, il

---

<sup>997</sup> Sul punto, e sui profili connessi a tale convergenza, si vedano ad esempio D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 2; S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements: converging universes*, «Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper», 2019–18 (2018).

<sup>998</sup> M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit., cit., pp. 2 – 3.

<sup>999</sup> K. GORDON – J. POHL – M. BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey*, cit., in particolare p. 18.

<sup>1000</sup> <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>.

<sup>1001</sup> *Ibidem*.

trattato contiene quindi anche riferimenti alla CSR.

La definizione di concetti quali la CSR avviene, negli IIAs, secondo tre diverse modalità. In alcuni trattati tali concetti non vengono definiti e rimangono pertanto indeterminati. In un secondo gruppo di trattati viene operato un generico rinvio a fonti internazionali e standard internazionali, senza però specificare quali siano queste fonti<sup>1002</sup>. Infine, un terzo gruppo di trattati rinvia a specifiche fonti internazionali. La fonte maggiormente richiamata, sotto questo profilo, sono le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, attualmente menzionate in 54 trattati, di cui però solo 9 BITs<sup>1003</sup>. Di questi 9 BITs, 6 menzionano le linee guida in disposizioni *ad hoc* dedicate alla CSR<sup>1004</sup>, 2 nel preambolo<sup>1005</sup> ed 1 nella norma dedicata alla promozione degli investimenti<sup>1006</sup>. Fra i 6 che prevedono disposizioni specifiche, 3 (2 conclusi dal Brasile ed il BITs fra Olanda ed Emirati Arabi Uniti) si rivolgono direttamente gli investitori, mentre gli altri si rivolgono agli Stati. Meno ricorrenti sono invece gli UN Guiding Principles on Business and Human Rights, che compaiono solamente in 3 BITs<sup>1007</sup> ed in 23 trattati in totale<sup>1008</sup>.

Infine, si evidenzia che la collocazione di riferimenti ad obblighi e responsabilità in capo agli investitori varia notevolmente a seconda dello specifico trattato. In alcuni casi infatti tali riferimenti sono contenuti nel preambolo, con tutte le conseguenze che ne derivano, e sulle quali ci si è già soffermati, sotto il profilo dell'efficacia. In altre ipotesi, sulle quali si tornerà in seguito, vengono introdotte specifiche ed innovative disposizioni, che hanno come destinatari proprio gli investitori. Infine, in altri casi, tali riferimenti sono contenuti all'interno di disposizioni più tradizionali degli IIAs, quali ad esempio le norme dedicate alla promozione degli investimenti internazionali.

---

<sup>1002</sup> Si veda ad esempio il BIT Argentina – Qatar, 2016, art. 12.

<sup>1003</sup> <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>.

<sup>1004</sup> UE - Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement, 2023; CEI Cina – UE, 2021; BIT Brasile – Emirati Arabi Uniti, 2019; BIT Argentina – Emirati Arabi Uniti, 2018; BIT Brasile – Etiopia, 2018; ACFI Brasile – Cile, 2015.

<sup>1005</sup> BIT Austria – Kosovo, 2010; BIT Austria – Tajikistan, 2010.

<sup>1006</sup> BIT Olanda- Emirati Arabi Uniti, 2013, art. 2.

<sup>1007</sup> UE - Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement, 2023; BIT Repubblica Democratica del Congo – Ruanda, 2021; CEI Cina – UE, 2021.

<sup>1008</sup> <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>.

È interessante esaminare tali trattati anche sotto un profilo geografico, per verificare se la prassi di inserire obblighi e responsabilità in capo agli investitori sia tendenzialmente diffusa o appartenga ad alcuni Stati. La risposta sembrerebbe essere quest'ultima, poiché analizzando le parti contraenti degli IIAs contenenti tali disposizioni emerge che molto spesso alcuni specifici Paesi: il Canada (23 trattati), il Brasile (17 trattati), la Colombia (10 trattati), Regno Unito (10 trattati), l'Australia (8 trattati), l'Unione Europea (che ha sinora inserito riferimenti in ogni trattato stipulato in materia di investimenti)<sup>1009</sup>. A livello continentale, significativa la suddivisione dei riferimenti alla CSR, che compaiono in 58 trattati conclusi da Paesi asiatici, 53 da Paesi europei, 49 da Paesi centro-sudamericani, 23 da Paesi nord-americani (cioè quelli canadesi), 18 da Paesi africani<sup>1010</sup>. Da questa analisi a livello geografico si possono trarre alcune considerazioni. La prima è che vi è un certo gruppo di Stati, quelli sopra citati, che evidentemente hanno ormai una prassi diffusa nell'inserire riferimenti ad obblighi e responsabilità per gli investitori nei propri trattati di investimento. La seconda è che tale prassi non è stata ad ogni modo limitata a specifici contesti geografici, sebbene vi sia una prevalenza per gli IIAs stipulati con Paesi asiatici e sudamericani. D'altra parte, è importante evidenziare che gli Stati che hanno concluso la maggior parte di tali accordi sono Stati fortemente industrializzati e appartenenti al Nord del mondo<sup>1011</sup>, che quindi rappresentano ancora oggi i principali innovatori nel contenuto degli IIAs. Essendo Stati esportatori di investimenti internazionali, questo *favor* per le disposizioni in esame non era scontato.

Nonostante tali disposizioni siano particolarmente innovative, sia sotto il profilo simbolico che per le possibili ricadute applicative, rimangono seri dubbi sulla loro efficacia. Le norme solitamente prevedono un mero invito agli investitori a rispettare obblighi in materia di CSR o standard internazionali in materia di diritti umani e tutela ambientale, ovvero prevedono che gli investitori debbano tenerli in considerazione nello svolgimento delle proprie attività. Anche nelle ipotesi in cui il linguaggio è più incisivo e preveda ad esempio il *dovere* di rispettare tali fonti, le norme comunque non indicano le conseguenze in caso di una, né modalità per implementare tali standard, né vengono

---

<sup>1009</sup> *Ibidem.*

<sup>1010</sup> *Ibidem.*

<sup>1011</sup> Con l'eccezione di Brasile e Colombia.

previsti meccanismi di controllo e supervisione<sup>1012</sup>.

Analoghe considerazioni valgono per le disposizioni nelle quali i destinatari sono gli Stati, spesso formulate nello stesso modo<sup>1013</sup>. Le norme rivolte agli Stati presentano un problema ulteriore: attribuiscono solamente agli Stati, e non agli investitori, la responsabilità dell'attuazione o della mancata attuazione degli obblighi. L'effettiva realizzazione di tali obblighi finisce inoltre per dipendere interamente dalla volontà degli Stati<sup>1014</sup>.

Le disposizioni qui in esame presentano poi alcuni problemi interpretativi e di coordinamento con le norme nazionali o altre disposizioni degli IIAs.

In alcuni di questi trattati, come il BIT Brasile – Etiopia, è ad esempio previsto che l'integrazione della CSR debba avvenire conformemente alla legge del Paese ospitante<sup>1015</sup>. Questo inciso potrebbe porre dei problemi di coordinamento nel momento in cui gli standard previsti dalle linee guida fossero superiori a quanto previsto nella legislazione nazionale.

In altri accordi, in particolare quelli conclusi da parte del Canada, è inoltre prevista l'esclusione della violazione delle disposizioni in materia di CSR dalla giurisdizione del tribunale arbitrale<sup>1016</sup>. Si potrebbe sostenere che tali disposizioni possano comunque essere utilizzate nell'interpretazione e applicazione di standard che invece rientrano nella giurisdizione arbitrale, come le clausole FET, le norme in materia di espropriazione o la definizione della legittima aspettativa<sup>1017</sup>, ma in assenza di giurisprudenza arbitrale sul punto è difficile prevedere quali risultati questo potrebbe avere.

Il panorama generale non sembra quindi ad oggi confortante: gli accordi contenenti

---

<sup>1012</sup> Si veda ad esempio BIT Brasile – Sao Tome e Principe, 2023, art. 15.

<sup>1013</sup> Burkina Faso-Canada BIT, 2015, art. 16; Benin-Canada BIT, 2013, art. 16.

<sup>1014</sup> M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, p. 49.

<sup>1015</sup> BIT Brasile – Etiopia, 2018, art. 14.

<sup>1016</sup> Si vedano ad esempio I BIT Camerun – Canada, 2014, art. 20; BIT Canada – Nigeria, 2014, art. 21. Al di fuori del caso canadese si veda ACFI Brasile – Colombia, 2015, art. 23.

<sup>1017</sup> Y. ZHU, *Corporate social responsibility and international investment law: tension and reconciliation*, «NJCL» (2017), p. 118; L. DUBIN, *Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties*, cit..

disposizioni del tipo in esame sono pochi e spesso le norme sono inefficaci. Ciononostante, vi sono anche alcuni esempi positivi, come i recenti Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs) brasiliani<sup>1018</sup>. Tali accordi sono particolarmente innovativi poiché nascono con l'intento, da parte del Brasile, di rompere con la tradizione degli IIAs, a causa di importanti contestazioni politiche<sup>1019</sup>. Le disposizioni degli ACFIs innanzitutto si rivolgono direttamente agli investitori, sebbene il loro contenuto, in termini di *enforcement*, non sia poi così diverso rispetto agli altri trattati, quali quelli canadesi. Ad esempio l'art. 13 dell'ACFI col Messico, al par. 1, prevede che: “*1. Investors and their investment shall endeavour to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the host State and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, on the basis of the voluntary principles and standards set out in this article*”<sup>1020</sup>. Il par. 2 però definisce specificamente cosa ciò comporti per gli investitori e a quali standard ci si riferisca: “*2. Investors and their investment shall develop their best efforts to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible corporate behaviour and consistent with applicable laws in force in the host State receives the investment: a) Stimulate economic, social and environmental progress, with a view to achieving sustainable development; b) Respect for human rights of persons involved in the activities of enterprises, in accordance with international obligations and commitments of the host State; c) To promote the strengthening of local capacities through close collaboration with the local community; d) To encourage the development of human capital, in particular through the creation of employment opportunities and facilitate the access of workers to training; e) Refrain from seeking or accepting exemptions which are not covered by the legislation of the*

---

<sup>1018</sup> F. MOROSINI – M. R. S. BADIN, *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?*, «Investment Treaty News», 6/3 (2015).

<sup>1019</sup> F. MOROSINI – M. R. S. BADIN, *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?*, cit.; N. MONEBHURRUN, *Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model*, «Journal of International Dispute Settlement», 8/1 (2017), pp. 79 – 82.

<sup>1020</sup> ACFI Brasile – Messico, 2015, art. 13 par. 1.

*host State, in relation to the environment, health, safety or financial incentives, or other matter; f) Support and maintain principles of corporate governance and develop and implement the good practices of corporate governance; g) Develop and implement self-regulatory practices and effective management systems that foster mutual trust between enterprises and companies which lead operations; h) Promote awareness of workers on enterprise policy, through appropriate dissemination of this policy, including vocational training programmes; i) To refrain from taking discriminatory measures or disciplinary violations employees that submit reports to the Board or, where appropriate, the competent public authorities, on practices that violate the law or violate the standards of corporate governance to which the company is subject; j) Encourage, where possible, trade partners, including direct service suppliers and contractors, to apply the principles of business conduct consistent with the principles set out in this Article; and k) Respecting the activities and the local political system”<sup>1021</sup>.*

Da un lato tale disposizione è molto specifica e fa riferimento ad importanti elementi legati alla tutela dell’ambiente e dei diritti umani, definendo più specificamente cosa si intenda per CSR, problema che invece persiste in quei trattati che richiedono genericamente un rispetto degli “*standard in materia di CSR*”<sup>1022</sup>. Dall’altro lato la norma parla di principi e standard volontari, non prevede conseguenze nel caso di violazione o strumenti di controllo ed *enforcement*, ed utilizza un linguaggio principalmente esortativo (*their best efforts*, così come nel par. 1 parla di *highest possible level e high degree of socially responsible practices*).

Altro esempio di accordo particolarmente significativo è il più volte citato BIT Marocco – Nigeria<sup>1023</sup>. La dottrina ha evidenziato che la presenza di molteplici disposizioni in materia di obblighi per gli investitori in questo accordo è dovuta all’idea secondo cui gli investimenti esteri possono contribuire attivamente allo sviluppo sostenibile nel Paese ospitante<sup>1024</sup>. Oltre ad una innovativa ipotesi di *impact assessment clause*<sup>1025</sup> tale trattato prevede diverse disposizioni che contengono obblighi diretti agli

---

<sup>1021</sup> ACFI Brasile – Messico, 2015, art. 13 par. 2.

<sup>1022</sup> Ad esempio si veda BIT Turchia – Lituania, 2018.

<sup>1023</sup> BIT Marocco – Nigeria, 2016.

<sup>1024</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 46.

<sup>1025</sup> Sul punto si veda l’apposito capitolo.

investitori (artt. 17, 18, 19 e 24) nonché un apposito articolo in materia di responsabilità derivante dalla commissione di illeciti nello svolgimento di attività imprenditoriali (art. 20). Il trattato inoltre è particolarmente preciso, in quanto fa riferimento a specifici strumenti internazionali per l'individuazione degli standard da rispettare. Le fonti richiamate prevedono obblighi specifici: ad esempio, l'*ILO Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy* impone all'investitore di offrire un contributo positivo al progresso economico e sociale, alla realizzazione di un lavoro dignitoso e alla riduzione delle difficoltà a cui le loro varie attività possono dare origine<sup>1026</sup>. In caso di violazione delle linee guida, i tribunali potrebbero prendere in considerazione il comportamento nella valutazione della richiesta di risarcimento in caso di un eventuale arbitrato di investimenti, ove pertinente rispetto alla domanda proposta<sup>1027</sup>.

L'art. 20 del medesimo accordo prevede poi la possibilità di agire presso i giudici dello Stato di origine dell'investitore nelle ipotesi in cui quest'ultimo abbia commesso un illecito nel Paese ospitante. Tale norma pertanto fornisce la base giuridica per una sorta di giurisdizione internazionale per gli atti illeciti commessi da parte dell'investitore straniero. Secondo parte della dottrina tale norma risponderebbe ad un dovere, dello Stato di origine, di garantire che le proprie multinazionali agiscano in conformità con gli standard emergenti in materia di responsabilità delle persone giuridiche<sup>1028</sup>.

Invero, tale fondamento è controverso. Parte della dottrina ritiene che effettivamente esista un dovere di controllo da parte dei Paesi di origine sull'operato delle multinazionali, che sarebbe anche testimoniato dalla giurisprudenza nazionale di molteplici Paesi<sup>1029</sup>. Altra dottrina però è scettica sull'attuale esistenza di questo dovere ed evidenzia che anche recente giurisprudenza non sembra deporre a favore di una

---

<sup>1026</sup> ILO, *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration)* 2017.

<sup>1027</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 46.

<sup>1028</sup> *Ibidem.*, pp. 46 – 47; cit., p. 144.

<sup>1029</sup> *Ibidem.*

simile conclusione<sup>1030</sup>. Si pensi ad esempio alla giurisprudenza statunitense in materia di *Alien Tort Statute*<sup>1031</sup>, che per alcuni anni venne considerata un possibile fondamento per la giurisdizione universale civile, ma che dopo la nota sentenza *Kiobel*<sup>1032</sup> sembra ormai interpretato in senso riduttivo, arrivando così a negare sostanzialmente la portata extraterritoriale della giurisdizione civile statunitense nel caso di violazioni dei diritti umani commesse da parte delle multinazionali al di fuori dei confini statunitensi<sup>1033</sup>.

Una norma quale l'art. 20 del BIT Marocco – Nigeria però prescinderebbe da questo dibattito e permetterebbe anzi di aggirarlo, imponendo un obbligo positivo agli Stati parte dell'IIA di adottare normative interne che permettano di agire presso il Paese di origine dell'investitore anche per gli illeciti compiuti presso il Paese ospitante.

### **5. Le principali proposte di inserimento della CSR e degli obblighi in capo agli investitori: un'officina ancora aperta.**

Fra tutte le ipotesi di riforma degli IIAs le norme in materia di obblighi e responsabilità in capo agli investitori sono quelle che hanno stimolato maggiori proposte da parte della dottrina e delle organizzazioni internazionali. Conviene soffermarsi su alcune delle principali proposte, per valutare quali sarebbero quelle preferibili e per prevedere possibili indicazioni per i futuri IIAs.

Si possono distinguere tre diversi tipi di proposte:

- Introdurre di obblighi diretti in capo agli investitori<sup>1034</sup>.
- Condizionare la protezione degli investitori e la possibilità di godere dei benefici degli IIAs al rispetto di questi standard<sup>1035</sup>.
- Prevedere appositi meccanismi, strumenti e procedure di *enforcement* delle

---

<sup>1030</sup> Si veda J. SCHREMPF-STIRLING – F. WETTSTEIN, *Beyond guilty verdicts: Human rights litigation and its impact on corporations' human rights policies*, «Journal of Business Ethics», 145 (2017), pp. 545–562 per il dibattito dottrinale e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>1031</sup> Alien Tort Statute (ATS), 1789.

<sup>1032</sup> US Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013).

<sup>1033</sup> J. G. KU, *Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction Under the Alien Tort Statute*, «American Journal of International Law», 107/4 (2013), pp. 835–841.

<sup>1034</sup> S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements: converging universes*, cit.

<sup>1035</sup> *Ibidem*.

disposizioni in materia di obblighi<sup>1036</sup>.

In merito alla prima modalità, i casi sono diversi<sup>1037</sup>.

Un primo esempio importante, ma che non si ritiene ottimale per la scelta lessicale compiuta, è l'art. 24 del model PAIC<sup>1038</sup>. È stato evidenziato infatti che la norma utilizza il condizionale *should*: da qui i dubbi sulla vincolatività della disposizione, alla luce anche del fatto che in altre disposizioni, quali le norme in materia di corruzione, il model PAIC utilizzi l'imperativo *shall*<sup>1039</sup>.

A contrario, uno dei modelli più interessanti è rappresentato dal model SADC del 2017 (artt. 13 – 18).

L'art. 13 prevede innanzitutto l'obbligo di *impact assessment*<sup>1040</sup>.

L'art. 14 (*Environmental Management and Improvement*) prevede l'obbligo per le imprese di adottare un adeguato piano di *corporate governance* ambientale e di piani finalizzati ad affrontare emergenze o smantellamenti. Tali piani devono essere coerenti con la tutela dell'ambiente, nonché prevedere appositi fondi per far fronte alle eventuali

---

<sup>1036</sup> *Ibidem*.

<sup>1037</sup> Si vedano in particolare: IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2005; Commonwealth Template for International Investment Agreements, 2012; UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015; COMESA model Agreement, 2007; PAIC, 2016; model BIT India, 2015.

N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. DOMMEN – M. ABEBE – H. MANN – J. ZHANG, *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*, cit., pp. 12 – 13: “1. Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife. 2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998, as well as by the law in the Host State on labour standards. 3. Investors and their investments shall not establish, manage or operate investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher”.

<sup>1038</sup> S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements*, cit.

<sup>1039</sup> L. DUBIN, *Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties*, cit..

<sup>1040</sup> Sul quale si rinvia al capitolo in materia di *impact assessment*.

chiusure. La norma fissa anche linee guida piuttosto rigide con riferimento agli standard qualitativi richiesti alle imprese: i piani di *governance* devono essere in linea con gli standard internazionali e le buone pratiche (sebbene questi non vengano meglio specificati) e devono essere sottoposti a continui aggiornamenti nel corso dell'intera vita dell'investimento. Tali sforzi dovranno essere coerenti con le leggi nazionali applicabili e con i più elevati livelli di prestazione richiesti a livello internazionali per il proprio settore di riferimento. Il modello SADC prevede, per ogni disposizione, uno specifico commentario, che nel caso dell'art. 14 spiega i molteplici benefici di tale disposizione<sup>1041</sup>. Innanzitutto, l'art. 14 introduce un obbligo flessibile e concreto, modulato in base alla natura e alle dimensioni dell'investimento, in conformità con gli standard internazionali (richiamando ad esempio l'ISO 14000) e le buone prassi. In secondo luogo, favorisce meccanismi che garantiscano un effettivo rispetto delle leggi ambientali. In terzo luogo, non prevede solamente standard qualitativi minimi ma anzi richiede una diligenza costante e un miglioramento continuo sotto il profilo ambientale; risponde alla prassi degli investitori di utilizzare clausole di stabilizzazione per le leggi ambientali, ormai considerate inappropriate<sup>1042</sup>.

È opportuno prestare attenzione a quanto affermato nell'ultimo paragrafo del commentario all'art. 14, ove si sottolinea che la previsione di piani e di fondi di emergenza e di chiusura è una disposizione pensata principalmente per gli investimenti nel settore delle risorse naturali e dei grandi investimenti industriali, cioè i principali settori di investimento nella regione del SADC<sup>1043</sup>. Tale affermazione è significativa: come spiegato nel primo capitolo, si ritiene che uno dei principali difetti degli IIAs sia la tendenza a replicare disposizioni generali e a non parametrare le disposizioni del trattato sulla base dei singoli settori economici che interesseranno il Paese. Il model BIT SADC, invece, ha previsto un obbligo specifico pensato per i principali investimenti che caratterizzano la regione degli Stati membri e garantisce quindi maggiore specificità e pragmaticità rispetto ai normali IIAs.

L'art. 14 è strettamente correlato al successivo art. 16 par. 1, che richiede l'adozione di standard di *corporate governance* ambientale elevati soprattutto in materia di

---

<sup>1041</sup> Model BIT SADC, 2017.

<sup>1042</sup> *Ibidem*.

<sup>1043</sup> *Ibidem*.

trasparenza<sup>1044</sup>. Come spiegato nel cap. 1, il problema della trasparenza è strettamente collegato alla tutela dell'ambiente e dei diritti umani e può contribuire a prevenire fenomeni corruttivi ed intromissioni degli investitori nelle politiche pubbliche degli Stati nazionali<sup>1045</sup>.

Infine, l'art. 15 (*Minimum Standards for Human Rights, Environment and Labour*) fissa gli standard qualitativi minimi in materia di diritti umani, lavoro e ambiente che dovranno essere rispettati dagli investitori<sup>1046</sup>. Come osservato nel commentario, gli investitori hanno l'obbligo di rispettare anche gli standard internazionali non ancora pienamente incorporati nel diritto nazionale ma già ratificati dagli Stati di origine o ospitanti<sup>1047</sup>. La disposizione dovrebbe quindi garantire il rispetto della normativa internazionale anche a prescindere anche dall'inerzia statale. Rimangono però dei dubbi su quali siano questi standard, dato che la norma richiama solo quelli dell'ILO in materia di lavoro, e sulle specifiche modalità attuative. L'unica indicazione, in questo senso, è data dal par. 3 dell'art. 15, che prevede uno standard elevato ma *mutevole* sulla base del caso concreto: l'investitore è tenuto a rispettare la normativa che impone standard più elevati fra quella del proprio Paese di origine e quella del Paese ospitante. Una simile disposizione, che si rinviene anche all'art. 14 del BIT Marocco-Nigeria in materia di *impact assessment*, che pone sicuramente un onere molto gravoso in capo all'investitore in termini di valutazione della normativa, ma d'altra parte assicura un elevato standard qualitativo ed evita che gli investitori scelgano il Paese di stabilimento solamente sulla base dello Stato con la legislazione meno stringente e più favorevole.

---

<sup>1044</sup> *Ibidem*.

<sup>1045</sup> Si rinvia sul punto al primo capitolo.

<sup>1046</sup> Model BIT SADC, 2017, art. 15: “1. *Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.* 2. *Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998, as well as by the law in the host state on labour standards.* 2 3. *Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher”.*

<sup>1047</sup> *Ibidem*.

Un altro modello, simile a quello appena esaminato, che si ritiene possa costituire un buon esempio è quello elaborato in sede Commonwealth. Sul piano degli obblighi agli investitori, il modello presenta tre vantaggi<sup>1048</sup>.

Innanzitutto è molto specifico, poiché non rinvia semplicemente a fonti internazionali quali le convenzioni ILO, ma definisce e spiega gli standard di queste fonti che intende richiamare. Inoltre, aggiunge elementi ulteriori rispetto all'ILO, come ad esempio l'obbligo di creare un ambiente di lavoro sano e sicuro ovvero quello di garantire standard minimi di tutela elevati. Ciò dovrebbe avvenire imponendo agli investitori l'obbligo di rispettare gli standard contenuti nelle fonti internazionali in materia di ambiente, lavoro e diritti umani ratificate dallo Stato ospitante, anche se non ancora pienamente attuate nel diritto interno<sup>1049</sup>. Infine, tale modello introduce alcuni obblighi peculiari per gli investitori, come quello di acquistare un'assicurazione di responsabilità civile per conto della loro filiale locale e di costituire un'obbligazione a favore dello Stato ospitante nelle situazioni in cui la valutazione della sostenibilità rivelasse che i potenziali impatti negativi sui diritti umani, sui diritti del lavoro, sui diritti delle popolazioni indigene o sull'ambiente sono sufficientemente gravi da richiedere fondi ulteriori per soddisfare qualsiasi sentenza contro l'investitore per la violazione degli obblighi dell'investitore ai sensi del trattato<sup>1050</sup>.

La seconda modalità riguarda, come detto, la possibilità di condizionare la protezione degli investitori e la possibilità di godere dei benefici degli IIAs al rispetto di determinati obblighi e standard<sup>1051</sup>.

Questa modalità può condizionare innanzitutto l'accesso all'arbitrato. In dottrina è stato ad esempio ipotizzato che il rispetto di obblighi legati alla CSR possa essere considerato come una condizione per accedere all'arbitrato sugli investimenti o per

---

<sup>1048</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. DOMMEN – M. ABEBE – H. MANN – J. ZHANG, *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*, cit., p. 12.

<sup>1049</sup> *Ibidem*.

<sup>1050</sup> J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 390.

<sup>1051</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit.; L. DUBIN, *Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties*, cit.

invocare particolari disposizioni poste a tutela degli investitori<sup>1052</sup>. In alternativa, la condizionalità potrebbe riguardare la possibilità di invocare norme primarie sostanziali contenute negli IIAs, ovvero la condotta dell'investitore potrebbe influire sull'interpretazione della clausola FET o sulla valutazione della legittima aspettativa dell'investitore<sup>1053</sup>. Tale dottrina sottolinea però che questo sarebbe possibile solamente in presenza di norme chiare<sup>1054</sup>.

Tali proposte hanno avuto effettivi riscontri in sede di *policymaking*.

Una disposizione particolarmente significativa è l'art. 19 par. 1 del model BIT SADC, che si occupa della rilevanza nell'arbitrato di investimenti degli atti illeciti commessi da parte dell'investitore nel Paese ospitante. La norma prevede che in un eventuale arbitrato di investimenti gli arbitri, nella fase di merito, possano tenere conto degli illeciti commessi da parte dell'investitore. La norma è correlata alle nuove disposizioni sostanziali riguardanti gli obblighi degli investitori nei successivi articoli 13 ss. del model BIT SADC, la specificazione sembra opportuna e mira a garantire una maggiore efficacia di tali disposizioni. Ciò dovrebbe anche conferire una rilevanza specifica alle violazioni nel contesto di un arbitrato tra il Paese ospitante e l'investitore responsabile di attività illecite o dannose in tale Paese<sup>1055</sup>. Tale disposizione potrebbe esporsi a due critiche, sulle quali si tornerà meglio in seguito: da una parte, lascia discrezionalità agli arbitri sulla rilevanza di tali illeciti e sulle loro conseguenze; dall'altra, già oggi la condotta degli investitori viene talvolta presa in considerazione dagli arbitri nella valutazione del merito<sup>1056</sup>.

Un'altra proposta, di carattere sostanziale, è quella di introdurre un'apposita eccezione, su modello di quelle esaminate precedentemente, che escluderebbero le politiche pubbliche statali adottate in materia di CSR dall'ambito di applicazione delle norme primarie contenute negli IIAs<sup>1057</sup>.

---

<sup>1052</sup> *Ibidem*.

<sup>1053</sup> *Ibidem*., p. 48. In giurisprudenza si veda in particolare i casi *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*, cit.; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, cit.

<sup>1054</sup> *Ibidem*.

<sup>1055</sup> Sul punto si veda oltre.

<sup>1056</sup> Sul punto si veda oltre.

<sup>1057</sup> M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit.

Infine, un altro esempio che non incide direttamente sulle classiche norme primarie degli IIAs ma che potrebbe avere una pari, se non superiore, efficacia, sarebbe quella di introdurre un obbligo in capo ai Paesi di origine dell'investitore di condizionare incentivi economici, finanziamenti o assicurazioni al rispetto di determinati standard predeterminati, quali il rispetto dei diritti umani o lo svolgimento di una valutazione di impatto<sup>1058</sup>. Simili meccanismi sono peraltro già in uso presso importanti istituzioni bancarie e finanziarie. L'IFC ad esempio prevede, fra i requisiti per ottenere un finanziamento, che il progetto di investimento presso Paesi in via di sviluppo sia economicamente vantaggioso anche per le comunità locali e che rispetti gli standard IFC in materia sociale e ambientale<sup>1059</sup>. Analoghe condizioni sono previste da parte della World Bank<sup>1060</sup> e, in ambito europeo, da parte dell'EIB<sup>1061</sup>.

Accanto a proposte che si potrebbero definire *sanzionatorie*, sono state poi fatte anche proposte *premiali*, nel senso di garantire un trattamento preferenziale di ammissione agli investitori stranieri che rispettano criteri ambientali o sui diritti umani predeterminati<sup>1062</sup>.

Anche in merito alla terza modalità, cioè la creazione di appositi meccanismi o strumenti per garantire l'efficacia degli obblighi posti in capo agli investitori sono state avanzate diverse proposte<sup>1063</sup>. Questa terza categoria di norme rappresenta però quella di più difficile realizzazione, perché richiederebbe in modo più immediato un ripensamento della struttura del diritto internazionale degli investimenti<sup>1064</sup>.

Uno degli strumenti maggiormente caldeggiati in dottrina è rappresentato dal

---

<sup>1058</sup> K. P. SAUVANT – F. ORTINO, *Improving the international investment law and policy regime: options for the future*, Ministry for Foreign Affairs of Finland Helsinki, 2013, p. 73; D. HENDERSON, *Misguided virtue: false notions of corporate social responsibility*, Institute of Economic Affairs, London, 2001.

<sup>1059</sup> IFC, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2012, disponibili presso <https://www.ifc.org/en/insights-reports/2012/ifc-performance-standards>.

<sup>1060</sup> World Bank Environmental and Social Framework, 2016, e successivamente aggiornato, disponibile presso <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework>.

<sup>1061</sup> BEI, Environmental and Social Standards, 2022, disponibili presso [https://www.eib.org/attachments/publications/eib\\_environmental\\_and\\_social\\_standards\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/publications/eib_environmental_and_social_standards_en.pdf).

<sup>1062</sup> UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011.

<sup>1063</sup> Ex multis, K. P. SAUVANT, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, cit., pp. 7, 24.

<sup>1064</sup> *Ibidem*.

potenziamento dei *counterclaims*<sup>1065</sup>. Alcuni modelli di BIT in realtà rendono questo strumento ancora più radicale, rendendo possibili i *counterclaims* anche in assenza di una connessione con la causa principale<sup>1066</sup>. Altre proposte vorrebbero invece introdurre la possibilità di azioni dirette, indipendentemente dall'esistenza di una causa principale proposta da parte dell'investitore<sup>1067</sup>.

Anche il model BIT SADC, già esaminato sul piano degli obblighi sostanziali, predispone regole speciali in materia di responsabilità delle multinazionali per la commissione di atti illeciti e per la violazione di quelle stesse disposizioni sostanziali.

La prima disposizione rilevante in questo senso è l'art. 17 (*Investor Liability*)<sup>1068</sup>. La norma richiede agli Stati di eliminare i limiti giurisdizionali che potrebbero ostacolare la proposizione di azioni civili o penali, sia nel Paese ospitante che nel Paese di origine dell'investitore, per illeciti compiuti nel Paese ospitante. Come affermato dal commentario alla norma dell'art. 17, la *ratio* della norma è quella di superare possibili problemi di giurisdizione, che storicamente rappresentano uno degli ostacoli principali nella proposizione di azioni nei confronti delle multinazionali per i danni ambientali e le

---

<sup>1065</sup> Sul concetto generale di *counterclaims* si rinvia alla prima parte del presente lavoro. Per specifici riferimenti ai *counterclaims* in relazione agli obblighi posti in capo agli investitori si veda D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 50 ss.; L. DUBIN, *Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties*, cit.; S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements*, cit.; M. VANDER STICHELE – S. VAN BENNEKOM, *Investment agreements and Corporate Social Responsibility (CSR): contradictions, incentives and policy options*, cit., cit., p. 8.

<sup>1066</sup> SADC Model BIT (n 44) art 19.2; Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (signed 23 May 2007) art 28.9.

<sup>1067</sup> E. GUNTRIP, *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?*, «Ejil: Talk», 10 (2017).

<sup>1068</sup> Model BIT SADC, 2017, art. 17: “1. Investors and Investments shall be subject to civil and/or criminal actions for liability in the judicial process of their Home State for the acts, decisions or omissions made in the Home State in relation to the Investment where such acts, decisions or omissions lead to damage, personal injuries or loss of life in the Host State. 2. Home States shall ensure that their legal systems and rules allow for, or do not prevent or unduly restrict, the bringing of court actions on their merits before domestic courts relating to the civil or criminal liability of investors and investments for damages resulting from alleged acts, decisions or omissions made by Investors in relation to their Investments in the territory of the Host State”.

violazioni dei diritti umani compiuti, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo<sup>1069</sup>. L'attuazione di tale disposizione potrebbe però richiedere delle riforme nei Paesi contraenti<sup>1070</sup>. Ma su questo profilo lo stesso commentario prevede che il problema potrebbe essere risolto mediante un'adeguata formazione ai governi dei Paesi che dovranno predisporre tali riforme<sup>1071</sup>. Sebbene tale norma introduca direttamente un regime di responsabilità internazionale per gli illeciti commessi dall'investitore, denota quindi di avere presente i principali ostacoli processuali che si sono sinora posti nelle azioni avviate contro le imprese multinazionali e cerca quindi possibili soluzioni per superarli.

Tale disposizione può essere letta in combinato disposto con quanto previsto anche dal successivo art. 19 par. 4, che permette al Paese ospitante, ai suoi funzionari ed ai suoi cittadini di proporre azioni presso il Paese di origine dell'investitore per danni cagionati presso il Paese ospitante.

## **6. Riflessioni in base alla giurisprudenza arbitrale.**

Per valutare l'opportunità e le modalità di introdurre obblighi agli investitori negli IIAs, è imprescindibile aver chiaro l'attuale quadro della giurisprudenza arbitrale.

L'asimmetria fra diritti e obblighi fra Stati e investitori è essenzialmente confermata anche negli arbitrati di investimento. Ad oggi, nessun arbitrato di investimenti ha riguardato le – poche – norme in materia di CSR contenute nei trattati di investimento. Più in generale, gli arbitrati che si sono occupati di obblighi o responsabilità degli investitori sono ancora pochi.

Ciononostante in alcune recenti decisioni le parti e gli arbitri hanno fatto espresso riferimento ad obbligazioni degli investitori o all'esistenza di una loro responsabilità, nonché a concetti quali la CSR. La fonte di questi obblighi è stata rinvenuta nella normativa interna del Paese ospitante, considerata legge applicabile all'investitore e nella controversia, ovvero nel diritto internazionale generale. Ciò sembra dimostrare una

---

<sup>1069</sup> Model BIT SADC, 2017, art. 17, commentario: *“It simply terminates a civil jurisdictional barrier invented in a different era by courts operating under very different circumstances, and adds the need to address criminal law issues in the same way. This would ensure that an investor can be held liable for the impacts in foreign countries of its decisions in the Home State”*.

<sup>1070</sup> *Ibidem*.

<sup>1071</sup> *Ibidem*.

nuova consapevolezza delle potenzialità di questi strumenti anche in sede arbitrale<sup>1072</sup>.

Una delle prime decisioni nelle quali il tribunale arbitrale si pronuncia in materia di obblighi e responsabilità degli investitori è il caso *Maffezini v. Spagna*<sup>1073</sup>, ove il tribunale arbitrale sottolineava il dovere sia ai sensi del diritto nazionale che di quello internazionale di effettuare una valutazione preventiva di impatto ambientale sul progetto di investimento<sup>1074</sup>.

Alcune importanti decisioni arbitrali si sono recentemente occupate della responsabilità degli investitori per la violazione dei diritti umani o per danni ambientali.

Uno dei casi più rilevanti in questo senso è senz'altro la decisione sul *counterclaim* nel caso *Urbaser c. Argentina*<sup>1075</sup>. Il caso riguardava una concessione pubblica in materia di acque e fognature, ottenuta da Urbaser durante una fase di privatizzazione di alcuni servizi pubblici argentini. L'Argentina propose un *counterclaims* affermando che Urbaser avesse violato il diritto umano all'accesso all'acqua.

Ai fini qui in esame, la decisione presenta due volti. Da un lato, la decisione è senz'altro positiva, poiché il tribunale arbitrale riteneva ammissibile un *counterclaims* riguardante la violazione del diritto umano all'acqua da parte dell'investitore, anche in assenza di espressi riferimenti a tale diritto all'intero del BIT applicabile<sup>1076</sup>. Dall'altro lato però il tribunale arbitrale ha rigettato il ricorso incidentale proposto dall'Argentina, ritenendo che l'Argentina non avesse dimostrato l'esistenza di un obbligo positivo dell'investitore di garantire l'accesso all'acqua alla popolazione, né in base al diritto internazionale né in base al contratto fra Argentina e Urbaser<sup>1077</sup>.

Conviene soffermarsi su alcuni dei passaggi più significativi della decisione.

Innanzitutto il tribunale sostiene che il diritto internazionale pubblico deve essere

---

<sup>1072</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 7.

<sup>1073</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, cit.

<sup>1074</sup> *Ibidem.*, par. 67.

<sup>1075</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, cit., parr. 1110 ss.

<sup>1076</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 49.

<sup>1077</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, cit., parr. 1110 ss.

interpretato in senso unitario, non frammentario<sup>1078</sup>. Pertanto anche il BIT applicabile nella controversia deve integrarsi con le altre fonti di diritto internazionale, comprese quelle in materia di diritti umani<sup>1079</sup>.

Successivamente, il tribunale arbitrale afferma che il diritto internazionale dei diritti umani può imporre obblighi in capo agli investitori stranieri<sup>1080</sup>. Attualmente, le multinazionali non godono più di immunità dalla responsabilità internazionale; al contrario, sono considerate soggetti di diritto internazionale, detentrici di diritti e doveri e responsabili per le proprie azioni<sup>1081</sup>. Proprio con riferimento a tali obblighi, il tribunale parla espressamente di CSR: *“corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce (...) commitments to comply with human rights in the framework of those entities operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation (...) it is no longer the case that ‘companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law”*<sup>1082</sup>. D'altra parte, lo stesso tribunale evidenzia gli attuali limiti della CSR: *“Even though several initiatives undertaken at the international scene are seriously targeting corporations’ human rights conduct, they are not, on their own, sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights law. The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation’s specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual”*<sup>1083</sup>. Sebbene quindi il tribunale riconosca la possibile esistenza di una responsabilità sociale di impresa in capo agli investitori, ne evidenzia gli attuali limiti sotto i profili dell'effettività e specificità. Il tribunale arbitrale sembrerebbe quindi disponibile a considerare la CSR nella propria decisione ma, per farlo, servirebbe un quadro normativo chiaro e definito.

Alla luce della conclusione del tribunale, sembra quindi lecito riflettere sull'opportunità di inserire, anche nei trattati di investimento, norme in materia di CSR e più in generale regole sugli obblighi e sulla responsabilità degli investitori per attività

---

<sup>1078</sup> *Ibidem.*

<sup>1079</sup> *Ibidem.*, parr. 1115 ss.

<sup>1080</sup> *Ibidem.*

<sup>1081</sup> *Ibidem.*

<sup>1082</sup> *Ibidem.*, parr. 1195 ss.

<sup>1083</sup> *Ibidem.*, parr. 1195 ss.

potenzialmente correlate a violazioni dei diritti umani e del diritto ambientale. Come si dirà in seguito, una delle principali critiche a tale possibilità riguarda l'inutilità di disposizioni di questo tipo negli accordi di investimento, dal momento che potrebbero essere sufficienti le norme nazionali o altri strumenti di diritto internazionale. Ebbene, il caso Urbaser dimostra che ad oggi né le prime né le seconde sono adeguate. Una riflessione sull'opportunità di inserire anche nei trattati di investimento norme di questo tipo, che vadano a colmare eventuali lacune e a dare regole specifiche per il contesto degli investimenti internazionali, sembra quindi ragionevole. Il caso Urbaser infatti dimostra infatti l'ammissibilità, ad oggi, di azioni riconvenzionali fondate su violazioni dei diritti umani commesse da parte delle imprese<sup>1084</sup>.

Ancora più rilevanti, ai fini qui in esame, sono le due decisioni sui *counterclaims* proposte nelle vicende *Perenco v. Ecuador*<sup>1085</sup> e *Burlington v. Ecuador*<sup>1086</sup>. Sulla vicenda concreta ci si è già soffermati precedentemente. Ai fini che qui rilevano, oggetto del *counterclaims* erano i gravi danni ambientali causati da sversamenti petroliferi di cui si erano rese responsabili le due società. In entrambi i casi, il tribunale arbitrale condannava le società per il danno ambientale cagionato<sup>1087</sup>. Le due vicende rappresentano, ad oggi, i principali casi di *counterclaims* ambientale conclusesi favorevolmente per il Paese ospitante e sono quindi di insegnamento per futuri contenziosi arbitrali, ma anche per i futuri trattati di investimento.

Un altro importante filone giurisprudenziale riguarda alcune pronunce nelle quali la condotta diligente o negligente dell'investitore straniero è stata collegata alla possibilità di invocare le norme primarie degli IIAs poste a loro tutela, nonché nella valutazione della legittima aspettativa<sup>1088</sup>. In tal modo la giurisprudenza arbitrale giunge ai

---

<sup>1084</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 51.

<sup>1085</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*, cit.

<sup>1086</sup> *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, cit.

<sup>1087</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v. Ecuador*, cit.; *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, cit.

<sup>1088</sup> Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, cit.; M. POTESTÀ, *Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept*, «Icsid Review», 28/1 (2013), pp. 88–122; M. SORNARAJAH, *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 278.

medesimi risultati che, secondo parte della dottrina, si potrebbero ottenere modificando i trattati di investimento<sup>1089</sup>. Gli esempi in questo senso sono molteplici.

Nel caso *Biwater v. Tanzania*<sup>1090</sup> il tribunale arbitrale evidenziava che *fattori compensativi* come la responsabilità degli investitori stranieri, sia in termini di *due diligence* preventiva che di condotta successiva, devono essere considerati nella valutazione delle potenziali violazioni<sup>1091</sup>.

Nello stesso senso, nel caso *Parkerings v. Lituania*<sup>1092</sup> il tribunale arbitrale sosteneva che se l'investitore avesse condotto adeguatamente le pratiche di analisi dei rischi e di *due diligence*, avrebbe potuto anticipare i cambiamenti nel contesto geopolitico che stavano coinvolgendo la Lituania in quegli anni (l'uscita dal blocco sovietico e l'adesione all'Unione Europea) e prevedere eventuali modifiche legislative<sup>1093</sup>. Anche la dottrina in questo senso ritiene auspicabile e ragionevole richiedere che un investitore tenga conto dei rischi del Paese nel quale decide di investire e di parametrare il proprio legittimo affidamento non solo in base alle promesse fatte dallo Stato ospitante ed al quadro normativo vigente, ma anche alla stabilità e affidabilità del medesimo Paese<sup>1094</sup>.

In una decisione più recente in materia energetica il tribunale arbitrale appare ancora più perentorio. Nel caso *Charanne v. Spain*<sup>1095</sup> gli arbitri affermavano infatti che gli

---

<sup>1089</sup> Y. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, cit. Si veda anche quanto detto precedentemente.

<sup>1090</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID, No. ARB/05/22, (24/7/2008).

<sup>1091</sup> *Ibidem.*, par. 601.

<sup>1092</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Lituania*, cit.

<sup>1093</sup> *Ibidem.*, parr. 335 ss.

<sup>1094</sup> A. RIGO SUREDA, *Investment treaty arbitrator: judging under uncertainty*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2012; J. E. VINUALES, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, «ICSID Review», 32 (2017), pp. 363 ss.

<sup>1095</sup> *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC, No. V 062/2012, award, (21/1/2016). Si veda nello stesso senso anche *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID, No. ARB/11/24, award, (30/3/2015); *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, award (6/12/2016); *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, award (18/08/08).

investitori, per ottenere la protezione secondo lo standard delle legittime aspettative, sono tenuti ad applicare meccanismi di *due diligence* preventiva<sup>1096</sup>. Conseguentemente, un investitore può invocare la violazione della propria legittima aspettativa solo se le misure normative che l'hanno danneggiato non erano ragionevolmente prevedibili al momento dell'investimento<sup>1097</sup>. Nel caso di specie, il tribunale arbitrale riteneva che questi cambiamenti fossero prevedibili e rigettava pertanto la richiesta di risarcimento<sup>1098</sup>.

Se da un lato quindi sembra auspicabile che gli Stati prevedano adeguati strumenti di *impact assessment* dei progetti di investimento, dall'altro lato gli investitori dovrebbero svolgere, per tutelare sé stessi ed evitare problemi durante l'attività di investimento, adeguate analisi di *due diligence* e di *risk assessment* sulla situazione del Paese ospitante e su quei profili, giuridici o di altro tipo, che potrebbero interessare le loro attività di investimento<sup>1099</sup>.

Infine, è opportuno evidenziare che in alcuni arbitrati sono stati richiamati gli specifici strumenti internazionali in materia di CSR o di obblighi per gli investitori dei quali si è già trattato, come le linee guida OSCE o gli UNGPs. Ad esempio, nel caso *South American Silver v Bolivia*<sup>1100</sup>, la Bolivia invocava le linee guida OSCE e gli UNGPs come parte delle *applicable customary business practices and as evidence of international public order*<sup>1101</sup>. Secondo la società ricorrente, a contrario, non era stato dimostrato che tali strumenti siano vincolanti ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della ICJ<sup>1102</sup>. Il tribunale arbitrale sul punto affermava che XXXXXXXX. Analogo rinvio alle stesse fonti è stato fatto da parte del Canada nel caso *Mobil Investments v*

---

<sup>1096</sup> *Ibidem.*

<sup>1097</sup> *Ibidem.*, par. 505.

<sup>1098</sup> *Ibidem.*

<sup>1099</sup> Sul punto ex multis con particolare riferimento alla rilevanza della *due diligence* E. BARONCINI, *la convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità nella giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti*, cit., pp. 307 – 312.

<sup>1100</sup> *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA, No. 2013-15, award, (22/11/2018).

<sup>1101</sup> *Ibidem.*, parr. 200, 351, 354.

<sup>1102</sup> *Ibidem.*, parr. 189, 406.

*Canada*<sup>1103</sup>, al fine di interpretare il divieto di *performance requirement* previsto all'art. 1106.1.C NAFTA.

## **7. Il dibattito sull'introduzione di obblighi per gli investitori negli IIAs. Profili critici.**

La dottrina ha evidenziato diverse ragioni che depongono a favore di una loro inclusione, ma ha contemporaneamente sollevato alcune problematiche.

### **7.1. Un cambio di paradigma?**

La dottrina ha evidenziato che l'opportunità di integrare obblighi per gli investitori negli IIAs dovrebbe essere oggetto di una seria riflessione innanzitutto sotto il profilo simbolico, prima ancora che per gli effetti che questo produrrebbe. Infatti, imporre obblighi agli investitori tramite gli IIAs vorrebbe dire estendere lo scopo originale di tali accordi, che come spiegato hanno un fondamento storico ben preciso<sup>1104</sup>. Non si tratta pertanto di una semplice questione di individuazione, nelle difficoltà, delle migliori soluzioni sul piano giuridico e volontaristico, ma ancor prima di una valutazione sotto lo stesso profilo ideologico.

### **7.2. Le proposte sono, ad oggi, poco convincenti e difficilmente garantiscono il raggiungimento degli obiettivi preposti.**

Parte della dottrina ritiene che le clausole precedentemente analizzate e le principali proposte avanzate siano per ora poco convincenti<sup>1105</sup>. Sembrerebbe esserci un certo scetticismo sulla possibilità, o opportunità, di utilizzare gli IIAs per regolare l'attività degli investitori stranieri, dal momento che si ritiene che il diritto internazionale degli investimenti non sia forse la sede più adeguata a tale scopo<sup>1106</sup>. È stato anche

---

<sup>1103</sup> *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID, No. ARB(AF)/07/4, award, (20/2/2015).

<sup>1104</sup> K. P. SAUVANT – F. ORTINO, *Improving the international investment law and policy regime: options for the future*, pp. 72 – 74.

<sup>1105</sup> G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., p. 37 - 38;

<sup>1106</sup> M. BLOWFIELD – J. G. FRYNAS, *Setting New Agendas: Critical Perspectives on Corporate Social Responsibility in the Developing World*, «International Affairs (Royal Institute of International Affairs

evidenziato il timore che l'introduzione di tali obblighi abbia dei costi in termini economici e di tempo superiori rispetto ai vantaggi<sup>1107</sup>. L'attuale diritto internazionale degli investimenti, peraltro, si fonda su accordi principalmente bilaterali e ciò potrebbe causare una frammentazione degli obblighi e causare inefficienze del sistema così delineato<sup>1108</sup>.

Allo stato attuale sarebbero pertanto preferibili strumenti nazionali, quali incentivi o meccanismi di responsabilità di diritto interno, che forniscono risultati più immediati in termini di liquidazione, ovvero strumenti di diritto internazionale, quali meccanismi di cooperazione economica internazionale, o comunque altri strumenti con un maggiore e più diffuso consenso<sup>1109</sup>.

Tale tesi è, almeno in parte, condivisibile nella parte in cui evidenzia che le clausole attualmente previste sono insufficienti ed inadeguate ad introdurre specifici obblighi e responsabilità in capo agli investitori e a ribilanciare l'attuale diritto internazionale degli investimenti. Le disposizioni che introducono obblighi in capo agli investitori, che prevedono una loro responsabilità e più in generale il sistema di diritto internazionale degli investimenti presentano in effetti ancora oggi importanti limiti.

Le norme in materia di obblighi per gli investitori spesso hanno un contenuto generico ed indeterminato e, come visto, sono carenti sotto il profilo dell'effettività<sup>1110</sup>. Tali norme spesso non impongono obblighi diretti né agli Stati né agli investitori, non prevedono strumenti di *enforcement* o rimedi in caso di loro inattuazione o violazione

---

1944-)), 81/3 (2005), pp. 504 – 506; P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, pp. 58 – 59.

<sup>1107</sup> R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 85, sottolineano che strumenti quali gli *human rights audit* avrebbero sicuramente alti costi in questo senso.

<sup>1108</sup> S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements*, cit., p. 11, sebbene l'A. evidenzi che anche nel sistema attuale il funzionamento del diritto internazionale degli investimenti tenda, per certi versi, ad assomigliare a quello di un sistema multilaterale.

<sup>1109</sup> G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., p. 37 - 38; P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., pp. 58 – 59.

<sup>1110</sup> Ex multis, E. DE BRABANDERE, *Human rights and international investment law*, cit.

ed il loro rispetto finisce per dipendere dalla buona volontà di Stati ed investitori<sup>1111</sup>. La dottrina ha ad esempio evidenziato la poca coerenza di alcuni Paesi che, dopo aver introdotto disposizioni contenenti obblighi e responsabilità per gli investitori stranieri, non hanno poi compiuto le necessarie riforme per garantire una concreta attuazione di quelle stesse norme<sup>1112</sup>.

L'attuazione in sede arbitrale di tali disposizioni rimane incerto, poiché l'arbitrato di investimenti è ancora oggi uno strumento sbilanciato nel quale gli investitori hanno un ruolo privilegiato<sup>1113</sup>. L'arbitrato, in questo senso, offre pochi spazi ai privati e agli Stati per far valere le violazioni di tali disposizioni e la responsabilità degli investitori stranieri<sup>1114</sup>.

Anche i meccanismi alternativi all'arbitrato di investimenti ed elaborati specificamente per le disposizioni in esame hanno sollevato delle perplessità: di solito non sono previste procedure ad hoc ed anche quando previste, ad esempio ricorrendo a dialoghi intergovernativi o meccanismi di cooperazione, queste sembrano comunque meno efficaci rispetto all'arbitrato di investimenti<sup>1115</sup>.

---

<sup>1111</sup> R. PEELS – E. ECHEVERRIA – J. AISSI – A. SCHNEIDER, *Corporate Social Responsibility in International Trade and Investment Agreements: Implications for States, Business and Workers*, ILO Research Paper, (2016); D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., pp. 4 ss.; M. CHI, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, cit., p. 49; R. POLANCO LAZO – R. MELLA, *Investment arbitration and human rights cases in Latin America*, cit., p. 85.

<sup>1112</sup> Y. LEVASHOVA – K. AINI, *Investment Law: The Implementation of CSR under Indonesian Laws and the Indonesian BITs: A Lack of Coherency?*, in T. E. LAMBOUY – KONSTITUSI PRESS (a cura di), *CSR in Indonesia: legislative developments and case studies*, Konstitusi Press, Jakarta, Indonesia, 2013.

<sup>1113</sup> F. R. JACUR, *Corporate Social Responsibility in Recent Bilateral and Regional Free Trade Agreements: An Early Assessment*, «European Foreign Affairs Review», 23/Issue 4 (1/12/2018), pp. 478 ss.

<sup>1114</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 11.

<sup>1115</sup> *Ibidem.*, pp. 6 -7, che cita ad esempio gli artt. 22.3, 22.4, 23.11, 24.16, 25.4 del CETA. Stesso discorso si potrebbe fare per il recente meccanismo *ad hoc* in materia ambientale elaborato nell'EU – Nuova Zelanda FTA, nel quale per l'ambiente è previsto un meccanismo ad hoc, che sebbene sembri molto interessante sulla carta, si dovrà vedere quali effetti potrebbe avere.

### **7.3. I possibili effetti distorsivi di tali disposizioni. La potenziale distorsione della concorrenza e l'ampliamento del ruolo degli arbitri.**

È stato osservato che imporre obblighi specifici agli investitori stranieri rispetto a quelli locali potrebbe creare dei disequilibri in termini di competizione e disincentivare gli investimenti stranieri<sup>1116</sup>.

Nello stesso senso, con riferimento ai *performance requirement*, è stato evidenziato il rischio che imporre degli obblighi in capo agli investitori potrebbe di fatto alterare la concorrenza all'interno del Paese ospitante fra imprese nazionali e straniere<sup>1117</sup>.

Invero tale affermazione non è del tutto corretta visto che, come spiegato precedentemente, in diverse occasioni gli Stati hanno a contrario privilegiato gli investitori stranieri rispetto a quelli nazionali, anche disapplicando normative nazionali, creando un sistema anticoncorrenziale ma nel quale sono state le imprese nazionali ad avere la peggio<sup>1118</sup>.

Gli effetti distorsivi potrebbero non riguardare solo le dinamiche sostanziali, di svolgimento delle attività economiche e imprenditoriali, ma ripercuotersi anche sull'assetto del diritto internazionale degli investimenti ed in particolare dell'arbitrato.

Dalla decisione di introdurre tali nuove disposizioni deriverebbe probabilmente un ampliamento del ruolo e della competenza degli arbitri, che potrebbero essere chiamati a valutare questioni connesse agli obblighi ed alla responsabilità degli investitori stranieri<sup>1119</sup>. L'utilizzo di un linguaggio spesso ampio e indeterminato rischia inoltre di riproporre anche in questa sede il problema dell'imprevedibilità delle decisioni arbitrali<sup>1120</sup>. Parte della dottrina evidenzia che tali rischi, nell'arbitrato di investimenti, sono più significativi alla luce del background economico e commerciale degli arbitri,

---

<sup>1116</sup> G. SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development*, cit., p. 37 – 38.

<sup>1117</sup> Il problema è segnalato ad esempio da K. P. SAUVANT – F. ORTINO, *Improving the international investment law and policy regime: options for the future*, p. 71.

<sup>1118</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, cit., p. 110.

<sup>1119</sup> A. K. BJORKLUND, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, «Lewis & Clark Law Review», 17 (2013), pp. 461.

<sup>1120</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 47 evidenzia tale problema, nonché il fatto che la soluzione passi dall'adozione allora di norme più precise, come quelle previste nel BIT Marocco – Nigeria.

che potrebbero quindi giungere a decisioni dagli esiti ben diversi da quelli comunemente immaginati<sup>1121</sup>.

## **8. I vantaggi derivanti dall'inclusione di obblighi e responsabilità per gli investitori negli IIAs.**

### **8.1. Un nuovo paradigma nei trattati di investimento: verso un ribilanciamento di diritti e doveri.**

Le disposizioni qui in esame potrebbero rappresentare il simbolo di un cambio di paradigma nel diritto internazionale degli investimenti, che andrebbe ad orientare non solo il comportamento di Stati ed investitori, ma anche ad influire sulle decisioni arbitrali<sup>1122</sup>. Tale nuovo paradigma sarebbe indirizzato a ribilanciare la tradizionale asimmetria del diritto internazionale degli investimenti e a riequilibrare gli IIA, al fine di fornire, da un lato, lo spazio politico agli Stati ospitanti per regolamentare nell'interesse pubblico e, dall'altro, a garantire l'effettiva protezione degli investitori e la tutela della loro legittima aspettativa<sup>1123</sup>.

L'applicazione di tali principi nel diritto internazionale degli investimenti potrebbe portare ad un cambiamento nei comportamenti delle imprese, che per evitare possibili conflitti ed ottenere vantaggi dovrebbero agire in un'ottica preventiva<sup>1124</sup>.

Più in generale ciò permetterebbe di ricomporre, almeno in parte, la frammentazione che attualmente sussiste fra diritto internazionale degli investimenti e le altre branche del diritto quali la tutela dei diritti umani, i diritti dei lavoratori, il diritto ambientale, ricomporre e prevenire eventuali contrasti, giungendo a soluzioni che garantiscano gli obiettivi reciproci<sup>1125</sup>.

---

<sup>1121</sup> *Ibidem*.

<sup>1122</sup> UNCTAD, *World investment report 2017*, cit., p. 139.

<sup>1123</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., pp. 41 ss.;

<sup>1124</sup> S. W. SCHILL, *The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements*, cit., pp. 12 – 13.

<sup>1125</sup> P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*.

## 8.2. La creazione di un framework minimo ed il ruolo sussidiario nel colmare lacune interne.

L'introduzione di obblighi in capo agli investitori potrebbe garantire la creazione di un *framework* internazionale minimo comune in materia di obblighi e responsabilità per gli investitori stranieri<sup>1126</sup>. I vantaggi di un simile *framework* sarebbero molteplici.

Innanzitutto, queste disposizioni imporrebbero a Stati ed investitori degli obblighi in materia di diritti umani e ambiente, colmando eventuali lacune del diritto interno ed impedendo la diffusione di normative nazionali che favoriscano gli investitori stranieri a scapito della tutela e promozione di interessi non economici<sup>1127</sup>.

Laddove gli Stati fossero tenuti, ai sensi degli IIAs, ad introdurre, imporre e far rispettare regole minime in materia di obblighi per gli investitori, ciò dovrebbe porre gli Stati al riparo, almeno in parte, da fenomeni di *regulatory chill* e dal rischio di ritorsioni da parte degli investitori in sede arbitrale, o più in generale da intrusioni di questi ultimi nelle politiche pubbliche nazionali in materia ad esempio di CSR<sup>1128</sup>.

I riflessi degli obblighi statali si ripercuoterebbero anche sugli investitori, che non potrebbero così adottare o sfruttare standard ambientali o sui diritti umani poco elevati, anche se questi sono quelli normalmente applicati nei Paesi ospitanti<sup>1129</sup>. Anche l'UNCTAD ha segnalato che l'introduzione di standard che richiamano strumenti di *soft law* in materia di obblighi per gli investitori testimonierebbe un cambio di paradigma, permettendo di segnalare l'importanza della sostenibilità nelle relazioni tra investitore e Stato<sup>1130</sup>. Potrebbero anche sensibilizzare gli investitori sulle loro responsabilità legate allo sviluppo sostenibile e fungere da fonte interpretativa per i tribunali ISDS<sup>1131</sup>.

Infine, definire a livello internazionale degli standard minimi, anche negli IIAs, potrebbe fornire una linea guida ed una rotta agli Stati nazionali, garantendo un *framework* internazionale minimo ed aiutando soprattutto gli Stati con minori capacità

---

<sup>1126</sup> A. ARCURI – F. VIOLI, *Human Rights and Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 596.

<sup>1127</sup> *Ibidem*.

<sup>1128</sup> K. P. SAUVANT, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, cit., pp. 7, 24.

<sup>1129</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 45.

<sup>1130</sup> UNCTAD, *World investment report 2017*, cit., p. 139.

<sup>1131</sup> *Ibidem*.

di introdurre ed implementare normative su tali profili a colmare le proprie lacune interne<sup>1132</sup>.

Affinchè tali obiettivi vengano raggiunti, è necessario garantire una sufficiente determinatezza ed efficacia a tali disposizioni. È già stato evidenziato infatti come talvolta gli Stati nazionali prevedono, astrattamente, disposizioni in materia di CSR, ma le applichino solamente nei confronti delle compagnie nazionali e non per gli investitori stranieri ovvero tali obblighi rimangano solo sulla carta<sup>1133</sup>. Inoltre, nello stesso senso, queste norme non devono solo fornire un sostegno o uno standard volontario a favore degli Stati, ma dovrebbero introdurre specifici obblighi<sup>1134</sup>.

### ***8.3. Garantire maggiore chiarezza dei diritti e doveri reciproci e meglio definire i rapporti fra Stati ed investitori.***

Definire degli obblighi precisi per gli investitori, così come le conseguenze in caso di loro violazione, garantirebbe agli investitori una maggiore trasparenza, chiarezza ed una migliore definizione della legittima aspettativa. Ciò permetterebbe anche migliori valutazioni in termini di programmazione dell'attività economica.

Tale chiarezza avrebbe riflessi positivi anche negli arbitrati di investimenti e garantirebbe una maggiore prevedibilità che andrebbe a vantaggio anche degli stessi investitori<sup>1135</sup>.

Non sarebbe sufficiente, a tale scopo, affidarsi all'interpretazione giurisprudenziale. I tribunali arbitrali, come noto, non hanno formalmente precedenti vincolanti e non sono tenuti a uniformarsi a precedenti decisioni. Pertanto, la soluzione potrebbe essere l'introduzione di strumenti normativi che permettano *counterclaims* per violazioni dei

---

<sup>1132</sup> *Ibidem*.

<sup>1133</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, cit., p. 110; Y. LEVASHOVA – K. AINI, *Investment Law: The Implementation of CSR under Indonesian Laws and the Indonesian BITs: A Lack of Coherency?*, cit.

<sup>1134</sup> J. E. VINUALES, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, cit., p. 355.

<sup>1135</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. DOMMEN – M. ABEBE – H. MANN – J. ZHANG, *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*, cit., p. 8.

diritti umani, ovvero condizionare l'interpretazione della legittima aspettativa o l'applicazione di norme primarie al rispetto dei principi quali la *due diligence*<sup>1136</sup>.

#### **8.4. Trasformare strumenti di soft law in strumenti di hard law.**

I principali strumenti internazionali attualmente esistenti in materia di responsabilità delle multinazionali sono essenzialmente strumenti di *soft law*, ovvero si basano su approcci volontaristici e su codici di buona condotta aziendali.

L'introduzione di tali fonti nei trattati di investimento, ove supportata da adeguati sistemi di *enforcement* o condizionalità, potrebbe garantire maggiore effettività a tali fonti e principi<sup>1137</sup>.

La dottrina peraltro afferma che anche se strumenti come le linee guida OSCE non diventeranno tecnicamente vincolanti ai sensi degli AII, i tribunali arbitrali potranno utilizzarle per determinare lo spazio politico degli Stati nel regolamentare l'interesse pubblico, per ammettere domande riconvenzionali o semplicemente guardare con un certo sospetto gli investitori non conformi. In tutti questi casi, il rispetto delle Linee Guida diventerebbe un comportamento prudente per gli investitori stranieri sia da un punto di vista legale che commerciale<sup>1138</sup>.

Infine, potrebbe garantire una diffusione di principi quali la CSR presso Paesi ed imprese che attualmente non le applicano, dato che strumenti quali le linee guida OSCE si applicano solo alle imprese situate nei Paesi che vi aderiscono<sup>1139</sup>.

#### **8.5. Garantire una maggiore tutela per i Paesi ospitanti.**

L'inclusione di obblighi e responsabilità per gli investitori negli IIAs potrebbe svolgere una funzione *difensiva* a favore degli Stati nei confronti degli investitori stranieri<sup>1140</sup>.

---

<sup>1136</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 53 – 54.

<sup>1137</sup> *Ibidem.*, pp. 10 – 11; B. CHOUDHURY, *Spinning Straw into Gold: Incorporating the Business and Human Rights Agenda into International Investment Agreements*, «University of Pennsylvania Journal of International Law», 38 (2017), pp. 425 ss..

<sup>1138</sup> D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, cit., p. 10.

<sup>1139</sup> *Ibidem.*

A livello sostanziale, come già visto, le norme potrebbero introdurre meccanismi condizionali, sanzionatori o premiali legati al rispetto di tali disposizioni. In questa logica, le norme che impongono obbligazioni in capo agli investitori potrebbero legarsi a quanto precedentemente affermato in materia di nozione di investimento, *legality requirement*, clausole DOB e *impact assessment clauses*.

In sede arbitrale, dovrebbe garantire che la condotta negligente degli investitori entri nella valutazione arbitrale<sup>1141</sup>.

Sempre in ottica arbitrale, tali norme potrebbero favorire una deflazione del contenzioso arbitrale. Se gli investitori sono a conoscenza del rischio che i Paesi ospitanti potrebbero presentare con successo una domanda riconvenzionale invocando la loro mancanza di diligenza, potrebbero essere dissuasi dall'avviare un procedimento arbitrale che gli si potrebbe ritorcere contro<sup>1142</sup>. Pertanto il legame tra il dovere di diligenza (come descritto in una clausola CSR) e il diritto degli investimenti (attraverso le domande riconvenzionali) potrebbe contribuire a *moralizzare in modo significativo l'uso dell'arbitrato basato sui trattati*<sup>1143</sup>.

## 9. Conclusione.

Utilizzare i trattati di investimento per introdurre nuovi obblighi e responsabilità agli investitori, connessi alla tutela dei diritti umani e ambientale, o in attuazione di principi come la CSR, o di fonti internazionali come le linee guida OSCE o gli UNGPs, rappresenterebbe probabilmente il più significativo elemento di rottura rispetto alla tradizione degli IIAs e del diritto internazionale degli investimenti. Ciò testimonierebbe

---

<sup>1140</sup> *Ibidem.*, p. 9; K. P. SAUVANT, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, cit., p. 24.

<sup>1141</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. DOMMEN – M. ABEBE – H. MANN – J. ZHANG, *Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements*, cit., p. 8.

<sup>1142</sup> E. GAILLARD, *L'avenir des traités de protection des investissements*, «Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational», Pedone, Paris, (2015), p. 1040.

<sup>1143</sup> L. DUBIN, *Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties – Investment Treaty News*, cit.; E. GAILLARD, *L'avenir des traités de protection des investissements*, «Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational», Pedone, Paris, (2015), p. 1040.

chiaramente un cambio di paradigma, finalizzato in parte ad attuare una vera e propria *governance* degli investimenti internazionali.

Ai fini che qui rilevano, si ritiene che l'introduzione di simili disposizioni sarebbe auspicabile e si ritiene condivisibile quanto sostenuto in dottrina in merito ai vantaggi che ne deriverebbero.

Sono due gli ostacoli che si ritengono più rilevanti a tal fine. Innanzitutto, quello ideologico. Dato che il diritto internazionale degli investimenti ha una struttura ben delineata e finalizzata a determinati obiettivi, è necessario riflettere adeguatamente sulle conseguenze che deriverebbero da tali nuove disposizioni. Ma come si è spiegato nel corso del presente lavoro, si ritiene che il diritto internazionale degli investimenti debba orientarsi nel senso di un maggiore ribilanciamento fra diritti e doveri in capo agli investitori. Pertanto, sotto questo profilo, si ritiene l'ostacolo ideologico superabile.

Il secondo ostacolo è rappresentato dalle inadeguatezze delle attuali disposizioni in materia di obblighi per gli investitori. Contemporaneamente però sono state anche avanzate delle interessanti proposte volte a superare tali inadeguatezze. L'ostacolo principale è probabilmente rappresentato dal rischio che tali disposizioni siano scritte in modo eccessivamente generico e rimangano prive di efficacia. Questo potrebbe riprodurre problemi già evidenziati con gli atti di *soft law* in materia di Business & Human Rights. Disposizioni generiche e prive di strumenti di *enforcement* rischierebbero di rimanere lettera morta, salvo auspicare nella buona volontà di Stati ed investitori per la loro attuazione, che però non sarebbe in alcun modo imposta o incentivata. Inoltre, si potrebbe ripresentare un problema di imprevedibilità dei comportamenti di Stati ed investitori e degli esiti delle decisioni arbitrali. Questo danneggerebbe sia gli Stati, che potrebbero soffrire di *regulatory chill*, intrusioni indebite nelle proprie politiche pubbliche e inefficienze sul piano regolatorio; ma anche gli investitori, che non avrebbero chiari gli obblighi che le riguardano, con notevoli conseguenze negative sul piano dell'organizzazione delle attività imprenditoriali e della predisposizione di adeguati strumenti preventivi finalizzati ad evitare problemi sociali e ambientali e possibili contenziosi con i Paesi ospitanti.

Si ritiene pertanto necessario, innanzitutto, che i principi, gli obblighi, e le responsabilità degli investitori siano adeguatamente definiti nelle disposizioni dei trattati. Ciò potrebbe avvenire mediante un'indicazione diretta di tali standard o

mediante il rinvio a specifiche fonti o disposizioni di diritto interno o internazionale, seguendo gli esempi già tracciati dal BIT Marocco – Nigeria o dal model BIT SADC.

Inoltre, sarebbe necessario introdurre adeguati strumenti di *enforcement* di tali disposizioni. Ciò potrebbe avvenire mediante meccanismi sia sanzionatori che premiali. Sotto il primo profilo, si ritiene condivisibile la linea già tracciata in dottrina e parte della giurisprudenza, secondo cui la condotta negligente dell'investitore o la violazione di certe disposizioni dovrebbe condizionare l'operatività delle norme primarie dei trattati o influire, negativamente, sull'interpretazione di standard quali il trattamento giusto ed equo o la legittima aspettativa. Si ritiene più complessa la creazione di strumenti di responsabilità diretta in capo agli investitori che vadano oltre quanto previsto ad esempio in materia di *counterclaims*. In quest'ottica, sarebbe forse preferibile fornire delle indicazioni o prevedere specifiche obbligazioni in capo agli Stati che possano permettere di superare gli ostacoli attualmente esistenti per poter ricorrere a rimedi interni. Sono pertanto condivisibili le indicazioni fornite sempre dal BIT Marocco – Nigeria o dal model BIT SADC, o anche dal modello Commonwealth, che prevedono l'impegno degli Stati ad eliminare possibili ostacoli al ricorso a rimedi nazionali di responsabilità delle imprese.

Probabilmente, garantire la responsabilità internazionale delle multinazionali richiederebbe specifici e nuovi strumenti internazionali: tali strumenti però dovrebbero integrarsi nel diritto internazionale degli investimenti, mediante adeguate disposizioni anche negli IIAs. In assenza di simili strumenti però gli IIAs possono costituire almeno in parte un rimedio suppletivo.

Ugualmente, si ritiene possibile percorrere la strada di meccanismi premiali, ad esempio garantendo maggiore protezione ad investitori che si conformano a standard qualitativi elevati in materia sociale e ambientale, come già sostenuto in materia di nozione di investimento protetto. Su questo profilo si ritiene però che il diritto internazionale degli investimenti non possa fornire una completa soluzione e sufficienti meccanismi premiali, ma questi dovrebbero essere ricercati nelle regole in materia di finanziamento, assicurazione e prestiti, o nei meccanismi di finanza sostenibile, come peraltro sta già avvenendo presso importanti istituzioni come la World Bank o l'EIB o mediante il ricorso a codici di condotta e *policies* volontarie. Anche la previsione di apposite *human rights* o *environmental clauses* nei contratti attinenti alla *supply chain*

potrebbe fornire rimedi più diretti e incisivi di completamento rispetto alle previsioni dei trattati di investimento.

## CAPITOLO 7.

### LE VALUTAZIONI DI IMPATTO AMBIENTALE E SOCIALE E LE IMPACT ASSESSMENT CLAUSE

#### 1. Concetto e tipologie di impact assessment.

Con *impact assessment* si intendono procedimenti amministrativi finalizzati a valutare i possibili effetti positivi o negativi di un determinato progetto<sup>1144</sup>.

Nell'ambito del diritto internazionale economico e degli investimenti ci si può riferire a differenti tipologie di *impact assessment*.

La prima tipologia è l'*impact assessment* degli accordi internazionali, che consiste nella valutazione degli effetti derivanti dalla conclusione di un trattato internazionale<sup>1145</sup>. Questa tipologia di valutazione di impatto viene svolta prima della firma del trattato e verifica la compatibilità fra gli obblighi derivanti dall'accordo in esame e gli obblighi degli Stati contraenti in materie quali sviluppo sostenibile e diritti umani, prevenendo eventuali conflitti<sup>1146</sup>. È uno strumento molto diffuso nell'ambito di trattati in materie economiche, quali commercio e investimenti<sup>1147</sup>, ed è ampiamente

---

<sup>1144</sup> Convention on environmental impact assessment in a transboundary context, 1991, art.1.VI: "*Environmental impact assessment means a national procedure for evaluating the likely impact of a proposed activity on the environment*".

<sup>1145</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON THE RIGHT TO FOOD, OLIVIER DE SCHUTTER, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, 2011, A/HRC/19/59/Add.5; EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE GENERAL FOR TRADE, *Handbook for trade sustainability impact assessment*, 2016; M. GEHRING – S. STEPHENSON – M.-C. C. SEGGER, *Sustainability Impact Assessments as Inputs and as Interpretative Aids in International Investment Law*, «The Journal of World Investment & Trade», 18/1 (2017), pp. 163–199; M. G. PLUMMER, D. CHEONG, S. HAMANAKA, *Methodology for Impact Assessment of Free Trade Agreements*, Asian Development Bank, 2011.

L'obbligo di condurre valutazioni di impatto è previsto in diverse Piani Nazionali su Business e Human Rights. Si veda ad esempio l'art. 1 par. 3 del piano nazionale finlandese, disponibile presso <https://tem.fi/en/enterprises-and-human-rights>.

<sup>1146</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON THE RIGHT TO FOOD, OLIVIER DE SCHUTTER, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, 2011, A/HRC/19/59/Add.5, cit.; S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit.

<sup>1147</sup> *Ibidem*.

utilizzato da parte dell'Unione Europea<sup>1148</sup>.

La seconda tipologia sono i cd. *regulatory impact assessment*, che consistono in valutazioni riguardanti gli effetti positivi e negativi di una determinata proposta legislativa ovvero di leggi già vigenti<sup>1149</sup>. Ai fini che qui rilevano, i *regulatory impact assessment* sono uno strumento di particolare utilità per gli investitori, sia nella fase che precede lo stabilimento sia laddove l'attività sia già stata avviata, poiché rendono il quadro normativo più trasparente ed i suoi effetti maggiormente prevedibili<sup>1150</sup>. Al contrario, gli investitori potrebbero essere pregiudicati laddove il Paese ospitante modifichi inaspettatamente il proprio quadro normativo con effetti a loro svantaggio, soprattutto nelle ipotesi in cui era stato precedentemente promesso un ambiente normativo, politico, fiscale o economico favorevole<sup>1151</sup>.

Anche in questo caso si tratta di strumenti piuttosto diffusi nella prassi, ad esempio in ambito europeo, ove è stato espressamente inserito all'art. 25 del recente EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement<sup>1152</sup>.

In dottrina è stata proposta una terza tipologia, invero non propriamente di *impact assessment*, ma che vi si avvicina per metodologia e finalità. Ci si riferisce ai cd. *human rights audit*<sup>1153</sup>: tali procedimenti esaminano l'intero quadro normativo in materia di diritti umani di un determinato Paese e permettono così all'investitore straniero di conoscere *ex ante* quali sarebbero gli obblighi che deriverebbero dallo stabilimento in

<sup>1148</sup> [https://policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/impact-assessments\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/impact-assessments_en).

<sup>1149</sup> OECD, *Regulatory impact assessment*, OECD Publishing, Paris, 2020.

<sup>1150</sup> L' art. 25 dell'EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement a tal proposito afferma espressamente che "(1) *The Parties recognise the importance of an effective, consistent, transparent and predictable regulatory framework for investment. (2) Each Party is encouraged to carry out, in accordance with its respective rules and procedures, an impact assessment of major \_ measures of general application it is preparing that fall within the scope of this Agreement*".

<sup>1151</sup> D. ZANNONI, *The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty*, «Leiden Journal of International Law», 33/2 (2020), p. 463; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit.33 evidenzia che spesso i problemi connessi alla tutela della legittima aspettativa degli investitori non nascono dal sistema di diritto internazionale degli investimenti in sé, quanto piuttosto dalle promesse fatte dagli Stati agli investitori.

<sup>1152</sup> Art. 25 of EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement. Si veda anche EPA EU – Giappone, 2019, art. 18.8.

<sup>1153</sup> B. SIMMA, *Foreign investment arbitration*, cit., pp. 594 ss.

quel determinato Paese e di prevedere possibili future modifiche della legislazione vigente<sup>1154</sup>. Gli *human rights audit* garantiscono quindi una maggiore prevedibilità e trasparenza normativa e dunque una migliore definizione della legittima aspettativa dell'investitore<sup>1155</sup>. Nel caso di un eventuale arbitrato di investimenti, di conseguenza, gli arbitri avrebbero meno discrezionalità nel definire la legittima aspettativa dell'investitore<sup>1156</sup>.

L'ultima tipologia, sulla quale ci si soffermerà in modo più approfondito, è la valutazione di impatto ambientale dei progetti di investimento.

Le valutazioni di impatto ambientale o sociale (VIA o VIS, *environmental* o *social impact assessment*) sono procedimenti che identificano i possibili impatti sull'ambiente o sulla popolazione di un determinato progetto imprenditoriale<sup>1157</sup>. La dottrina definisce tali valutazioni di impatto come strumenti di *governance ambientale*, che integrano considerazioni ambientali – o sociali – nello sviluppo economico e nelle politiche decisionali pubbliche, permettendo di prendere decisioni maggiormente informate e pienamente consapevoli<sup>1158</sup>. Nei trattati di investimento, la definizione più significativa è quella contenuta nel BIT Marocco-Nigeria: “*Environmental Impact Assessment*” means the process used to predict the environmental consequences (positive or negative) of a plan, policy, program or project prior to move forward with the proposed

---

<sup>1154</sup> *Ibidem*.

<sup>1155</sup> *Ibidem*.

<sup>1156</sup> *Ibidem*.

<sup>1157</sup> Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 1991, art. 1; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, in *Polish yearbook of international law*, 2010, 30, p. 171; C. WOOD, *Environmental impact assessment: a comparative review*, Routledge, Oxford, 2013, p. 1 ss.; L. COTULA, *Foreign investment, law and sustainable development: a handbook on agriculture and extractive industries*, International Institute for Environment and Development, London 2016, p. 75.

<sup>1158</sup> K.R. GRAY, *International Environmental Impact Assessment-Potential for a Multilateral Environmental Agreement*, in *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, vol. 11, 2000, p. 88; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit.; C. WOOD, *Environmental impact assessment*, cit., p. 1, 3, ss.; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA AGUILAR, R. MACKENZIE, *Principles of international environmental law*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2018, p. 657. They refer to the environmental dimension, but this consideration can be extended also to social dimension.

*action*”<sup>1159</sup>.

Le valutazioni di impatto vengono normalmente previste *ex lege* e condotte da parte di specifici enti amministrativi, che assistono le autorità pubbliche nel decidere se e a quali condizioni approvare il progetto di investimento<sup>1160</sup>. Gli esiti delle valutazioni di impatto solitamente non vincolano direttamente le autorità decidenti, ma tendono ad influenzarne la decisione finale<sup>1161</sup>. In questo senso l’esito delle valutazioni di impatto può essere positivo o negativo. Nel primo caso, viene constatato che il progetto non presenta rischi significativi per l’ambiente o la popolazione, mentre nel secondo caso vengono evidenziate criticità più o meno consistenti. In questo secondo caso, le conseguenze sono diverse a seconda della gravità dei problemi rilevati. Laddove il progetto sia particolarmente pericoloso, potrebbe essere respinto. Laddove invece le criticità non siano particolarmente significative, le autorità pubbliche potrebbero approvare il progetto suggerendo o imponendo determinate modifiche o attività suppletive volte a scongiurare i rischi individuati<sup>1162</sup>.

Le valutazioni di impatto sono spesso accompagnate da *social* o *environmental management plans*, cioè piani strategici che identificano i potenziali rischi ed indicano come prevenirli o affrontarli<sup>1163</sup>. Tali piani seguono quindi l’impresa nel corso di tutta la sua attività produttiva e non solo nella fase iniziale dello stabilimento. Inoltre, spesso

---

<sup>1159</sup> BIT Marocco – Nigeria, 2016, art. 1.

<sup>1160</sup> INTERGOVERNMENTAL FORUM ON MINING, MINERALS, METALS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IGF), *The Importance of Consultation and Engagement in Environmental and Social Impact Assessments*, 2023, p.2, disponibile presso <https://www.iisd.org/system/files/2023-01/igf-case-study-environmental-social-impact-assessments.pdf>.

<sup>1161</sup> D. A. COLLINS, *Public Participation in Environmental Impact Assessments for Foreign Investment Projects: A Canadian Perspective*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, A. KENT, *Public Participation and Foreign Investment Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, p. 231.

<sup>1162</sup> L. COTULA, *Foreign investment, law and sustainable development*, cit., p. 75.

<sup>1163</sup> *Ibidem*, p. 75; G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements: Global Administrative Law and Transnational Cooperation*, in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, 2017, n.1, pp. 135 ss.; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., pp. 33 ss.; P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, in S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 60 - 61.

questi piani possono o devono essere soggetti a revisioni e modifiche periodiche o in base al mutamento di situazioni di fatto<sup>1164</sup>.

Anche all'interno della categoria di *impact assessment* per i progetti di investimento è possibile distinguere a seconda dell'oggetto di analisi e del tipo di rischi che si intendono prevenire.

La tipologia di *impact assessment* maggiormente nota ed impiegata è la valutazione di impatto ambientale (*environmental impact assessment* o EIA), che analizza i possibili rischi per l'ambiente di un determinato progetto di investimento, concentrandosi in particolare sulle aree ubicate nelle immediatezze del sito dell'attività<sup>1165</sup>.

Una seconda tipologia di *impact assessment* sono le valutazioni di impatto sociale (*social impact assessments* o SIA), che identificano gli effetti positivi e negativi di un determinato progetto sulla popolazione ubicata nel territorio in cui l'attività verrà svolta<sup>1166</sup>. Questo strumento va tenuto distinto dagli *human rights impact assessments*,

---

<sup>1164</sup> G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit., pp. 135 ss.

Per un esempio si veda UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON THE RIGHT TO FOOD, OLIVIER DE SCHUTTER, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, 2011, A/HRC/19/59/Add.5, p.8: «*all the impacts of the entry into force of a trade or investment agreement can be anticipated. Therefore, ex ante human rights impact assessments should be complemented by human rights impact assessments performed ex post, once the impacts are measurable. A human rights impact assessment should be conceived of as an iterative process, taking place on a regular basis, for instance, every three or five years*».

<sup>1165</sup> E. MORGERA, *Human Rights Dimensions of Corporate Environmental Accountability*, in P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, edited by Oxford University, Oxford, 2009, p. 518; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA AGUILAR, R. MACKENZIE, *Principles of international environmental law*, cit., p. 657; Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Akwé: Kon voluntary guidelines for the conduct of cultural, environmental and social impact assessment regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous and local communities*, 2004, p.7.

<sup>1166</sup> Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Akwé: Kon voluntary guidelines for the conduct of cultural, environmental and social impact assessment regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous and local communities*, 2004, cit., p.7; J. HARRISON, *Human rights*

che invece analizzano la compatibilità fra il progetto ed i principi in materia di diritti umani conformemente a standard internazionali riconosciuti<sup>1167</sup>.

Infine, un'ultima tipologia di *impact assessment* più recente sono i *sustainability impact assessment* o *sustainable development impact assessment*<sup>1168</sup>. Tale strumento ha un ambito di applicazione più ampio dei precedenti, in quanto effettua una valutazione integrata dell'impatto di un progetto imprenditoriale su tutte le dimensioni dello sviluppo sostenibile: quella economica, quella ambientale e quella sociale<sup>1169</sup>. Si ritiene che quest'ultima tipologia, in ottica comparata, sia quella preferibile fra le diverse analizzate poiché tiene conto sia del bilanciamento fra interessi economici e non economici sia del rapporto fra i vari interessi non economici. Quest'ultima tipologia di valutazione di impatto sembra maggiormente in linea con i Sustainable Development Goals (SDGs) e con il contrasto al cambiamento climatico<sup>1170</sup>.

Ad ogni modo, la distinzione fra le varie tipologie di *impact assessment* non va eccessivamente enfatizzata e nella pratica spesso ha poca rilevanza. Ad oggi infatti anche nelle valutazioni di impatto ambientale spesso si valutano le ricadute sociali e culturali di un progetto e si richiede il coinvolgimento della popolazione locale e

---

*measurement: reflections on the current practice and future potential of human rights impact assessment*, in *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, 2011, n. 2, pp. 162–167.

<sup>1167</sup> J. HARRISON, *Human rights measurement: reflections on the current practice and future potential of human rights impact assessment*, cit., pp. 162 - 167; S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., p.1751.

<sup>1168</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE GENERAL FOR TRADE, *Handbook for trade sustainability impact assessment*, 2016, cit.

<sup>1169</sup> *Ibidem*; S. SCHACHERER – R. T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., pp. 587 – 588.

<sup>1170</sup> F. BAETENS, *Combating climate change through the promotion of green investment: from Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement*, in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar, 2019, p. 119, propone di tenere conto, nelle valutazioni di impatto sui progetti, degli effetti che questo avrebbe sul cambiamento climatico e sullo sviluppo sostenibile, considerando anche fattori quali l'energia utilizzata per il trasporto del materiale e dei lavoratori, la riduzione della povertà, il trasferimento di know-how. Viene inoltre evidenziato come le linee guida su specifiche sotto aree del diritto internazionale dell'ambiente, come quella del cambiamento climatico, dovrebbero comunque essere bilanciate con quelle di altre aree, evitando che queste si ostacolino reciprocamente.

indigena<sup>1171</sup>. Talvolta, tali procedimenti sono integrati da strumenti quali la *social license to operate* o si richiede che la popolazione abbia rilasciato il proprio *free prior informed consent* (FPIC) al progetto<sup>1172</sup>.

Anche in questo senso è quindi da ritenere condivisibile un approccio integrato fra ambiente e diritti umani.

## 2. Impact assessment clauses e diritto internazionale degli investimenti.

Le valutazioni di impatto dei progetti imprenditoriali sono strumenti piuttosto diffusi nel diritto internazionale generale e sui quali sembra sussistere un consenso diffuso, in particolare con riferimento alle valutazioni di impatto ambientale<sup>1173</sup>. A livello di fonti, gli *impact assessment* sono presenti in un numero significativo di atti, sebbene con una prevalenza per gli strumenti di *soft law*<sup>1174</sup>. A livello giurisprudenziale invece il

---

<sup>1171</sup> J. A. VANDUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, Commonwealth Secretariat, cit.; M. PAPILLON – T. RODON, *Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada*, «Environmental Impact Assessment Review», 62 (2017), pp. 216–224; J. HILL, *The Importance of Consultation and Engagement in Environmental and Social Impact Assessments*, cit.

Si vedano ad esempio IFC, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, (2012), Performance Standard 1: Assessment and Management of Environmental and Social Risks and Impacts, o le già menzionate Akwè Guidelines.

<sup>1172</sup> *Ibidem*

<sup>1173</sup> D. SHELTON, *International Environmental Law: 3rd Edition*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 236 – 244; R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 525–556, p. 546.

<sup>1174</sup> D. SHELTON, *International Environmental Law: 3rd Edition*, cit., pp. 236 – 244; R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit., p. 546.

Si vedano ad esempio: Art. I, Kuwait Regional Convention (1978); Art. 13, West and Central African Marine Environment Convention (1981); Art. 10, South-East Pacific Marine Environment Convention (1981); 14(1) (a), Biological Diversity Convention (1982); Principle 11 of the World Charter for Nature (1982); Art. 206, UNCLOS (1982); Art. 14, ASEAN Agreement (1985); Artt. 6, 15, Tribal Peoples Convention 169 (ILO 169) (1989); Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo, (1991); art. 14, Convention on Biological Diversity; Principio 17 della Rio Declaration (1992); Art. 4(1) (f), Climate Change Convention (1992); Preambolo, Amendments to the Protocol for the

riconoscimento più significativo è probabilmente quello contenuto nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*<sup>1175</sup>, ove si afferma che «*it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context*»<sup>1176</sup>. Tale riferimento è estremamente significativo sebbene riguardi le attività imprenditoriali di rilevanza transfrontaliera.

Ad un riconoscimento piuttosto consolidato nel diritto internazionale pubblico generale, non corrisponde però un uguale riconoscimento anche nel diritto internazionale degli investimenti. Ad oggi, i riferimenti alle valutazioni di impatto nei trattati internazionali di investimento sono ben pochi<sup>1177</sup>. Gli *impact assessment* sono menzionati soltanto in 46 IIAs e peraltro molti di questi non sono BITs ma accordi commerciali o di cooperazione contenenti anche norme in materia di investimenti<sup>1178</sup>. Di questi 46 trattati, 40 menzionano gli *environmental impact assessment* e solamente 3 menzionano i *social impact assessment*<sup>1179</sup>.

Tali dati sembrano decisamente scoraggianti, poiché rappresentano circa l'1% del numero totale dei trattati di investimento. Sorprendentemente anche l'Unione Europea nei propri accordi internazionali di investimento utilizza le altre tipologie di *impact assessment*, ma non considera le valutazioni di impatto dei progetti di investimento. Ciò è ancora più sorprendente se si considera che le valutazioni di impatto sono in realtà strumenti ben conosciuti dall'Unione Europea: sul piano interno, l'Unione Europea ha da tempo adottato diverse normative riguardanti gli *impact assessments*<sup>1180</sup>; sul piano esterno, dei riferimenti alle valutazioni d'impatto per i progetti imprenditoriali si trovano

---

Protection of the Mediterranean Sea against Pollution from Land-Based Sources, (1996); art. 6, Aarhus Convention, (1998); UN Guiding Principles on Principles on Business and Human Rights (2011).

<sup>1175</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, I.C.J. Reports, 2010, (I), Exhibit CL-127.

<sup>1176</sup> *Ibidem*, par. 204.

<sup>1177</sup> J. A. VANDUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 268.

<sup>1178</sup> UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>1179</sup> *Ibidem*.

<sup>1180</sup> Direttive 2001/42/EC; 2011/92/EU; 2014/52/EU.

in accordi economici diversi da quelli sugli investimenti, come gli accordi di sviluppo e di cooperazione o di associazione, anche se questi accordi contengono anche disposizioni sugli investimenti, in particolare sulla fase di accesso al mercato e di stabilimento<sup>1181</sup>. Gli *impact assessment* sono poi menzionati in diversi accordi di cooperazione dell'Unione, ad esempio con Georgia, Israele, Bielorussia, Cambogia, ma tali accordi espressamente escludono norme in tema di protezione degli investimenti, riservando alle parti la contrattazione di futuri accordi in merito<sup>1182</sup>.

Altre istituzioni dell'Unione Europea sembrano in questo senso più attente: in particolare la Banca Europea degli Investimenti nel 2022 ha approvato dei nuovi standard ambientali e sociali ove si richiede che i progetti finanziati sia sul territorio dell'Unione Europea che nel resto del mondo debbano essere sottoposti ad una valutazione di impatto ambientale e sociale e possano essere finanziati solo se tale valutazione da esito positivo<sup>1183</sup>.

D'altra parte, nei 46 trattati che menzionano gli *impact assessment* qualche aspetto positivo sembra emergere. Innanzitutto, sono trattati recenti e questo potrebbe quindi rappresentare il primo nucleo di un trend emergente. Inoltre, fra questi 44 trattati ne figurano alcuni di quelli noti come i più interessanti e innovativi con riferimento alle disposizioni contenute in tema di diritti umani e ambiente, come il BIT Marocco -

---

<sup>1181</sup> FTA EU – Nuova Zelanda, 2022, art. 13.8: “*Each Party shall ensure that its laws and regulations require an environmental impact assessment for activities related to production of energy goods or raw materials, where such activities may have a significant impact on the environment*”. Nello stesso senso anche l’art. 22.8. Si veda anche TCA UE – Regno Unito, 2020, art. 7.4 par. 2: “*The Parties reaffirm their respective commitments to procedures for evaluating the likely impact of a proposed activity on the environment, and where specified projects, plans and programmes are likely to have significant environmental, including health, effects, this includes an environmental impact assessment or a strategic environmental assessment, as appropriate*”. Si vedano anche gli artt. TBT.4 e GRP.8; EPA EU – Giappone, 2020, art. 16.12; FTA EU – Nuova Zelanda, 2022, art. 13.8.

<sup>1182</sup> UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>1183</sup> European Investment Bank, *Environmental and Social Standards*, 2022, disponibili presso [https://www.eib.org/attachments/publications/eib\\_environmental\\_and\\_social\\_standards\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/publications/eib_environmental_and_social_standards_en.pdf), pp. 2 ss.

Nigeria<sup>1184</sup>. Ciò dimostra una certa attenzione agli *impact assessment* da parte di quegli operatori più attenti alla tutela di interessi non economici nell'ambito degli investimenti internazionali.

Nei 46 trattati che menzionano gli *impact assessment* lo spazio concesso a tali strumenti varia, da ipotesi nelle quali è inserito un riferimento incidentale<sup>1185</sup> a casi in cui invece sono introdotte vere e proprie *impact assessment clauses*<sup>1186</sup>.

Una disposizione particolarmente significativa è in questo senso l'art. 14 del BIT Marocco – Nigeria<sup>1187</sup>. La norma innanzitutto richiede che i futuri investimenti dovranno conformarsi ai procedimenti di *screening* e *impact assessment* applicabili prima dello stabilimento secondo gli standard previsti dalla legge più rigorosa fra quella del Paese ospitante e quella del Paese di origine dell'investitore. Da un lato quindi la norma impone l'obbligo di *impact assessment* agli investitori<sup>1188</sup>. Dall'altro lato, la norma richiede uno standard decisamente elevato: l'investitore dovrà svolgere una

---

<sup>1184</sup> IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2006, art. 12; SADC Model BIT, 2017, art.13.1; PAIC, 2016, art.37.4; BIT Marocco - Nigeria, 2016, art.14; model BIT Olanda 2019.

<sup>1185</sup> CEPA Cile – Indonesia, art. 9.5;

<sup>1186</sup> BIT Marocco-Nigeria, art.14; BIT Repubblica Centrafricana – Ruanda, art. 16; UE – Nuova Zelanda FTA, art. 13.8.

<sup>1187</sup> L'art. 14 del BIT Marocco-Nigeria prevede che “1) *Investors or the investment shall comply with environmental assessment screening and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment or the laws of the home state for such an investment, whichever is more rigorous in relation to the investment in question.* 2) *Investors or the investment shall conduct a social impact assessment of the potential investment. Ine Parties shall adopt standards for this purpose at the meeting of the Joint Committee.* 3) *Investors, their investment and host state authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigation or alternative approaches of the precautionary principle by investors and investments shall be described in the environmental impact assessment they undertake*”. La clausola ha un testo molto simile a quella prevista all'art. 16 del BIT Repubblica Centrafricana – Ruanda.

<sup>1188</sup> T. GAZZINI, *The 2016 Morocco–Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties – Investment Treaty News*, disponibile presso <https://www.iisd.org/itn/en/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>, evidenza che tale clausola è particolarmente significativa e contrappone alla protezione concessa agli investitori una serie di obblighi, aumentando la stessa legittimità del trattato.

valutazione comparativa fra la disciplina del proprio Paese di origine e quello di stabilimento, individuare quella più rigorosa ed adottare quest'ultima. In questo modo, la norma prevede innanzitutto che l'investitore non possa essere esonerato dall'obbligo di *impact assessment* – salvo il caso che tutti gli Stati contraenti non prevedano una disciplina a proposito – e, in ogni caso, verrebbe garantita l'applicazione della disciplina qualitativamente migliore. I problemi che questa norma potrebbe presentare sono casomai come individuare quale delle due normative sia la più stringente, come applicare concretamente tale disciplina, nonché il fatto che ciò comporti un onere gravoso in capo all'investitore. D'altra parte, potrebbero essere fissati dei criteri per individuare quale sia la disciplina più rigorosa, chiarendo tale dubbio, ed inoltre l'onere di *impact assessment* ha anche dei benefici per quest'ultimo, come si spigherà nel prosieguo.

La norma, al secondo paragrafo, introduce l'obbligo per l'investitore di condurre non solo una valutazione di impatto ambientale, ma anche una valutazione di impatto sociale. A tal fine, la norma richiede agli Stati di adottare delle disposizioni adeguate a creare appositi comitati misti (*Joint Committee*). Tali comitati sono strumenti particolarmente rilevante per assicurare la buona riuscita delle valutazioni di impatto sociale. Il secondo paragrafo sembra quindi imporre degli obblighi sia agli investitori che agli Stati: i primi sono tenuti ad effettuare la valutazione di impatto sociale, i secondi ad istituire un quadro normativo che consenta di svolgere adeguatamente tali valutazioni.

Da ultimo, la norma prevede al par.3 delle regole precise in merito ai principi e standard che debbano essere rispettati, richiedendo in particolare l'applicazione del principio di precauzione o di eventuali approcci alternativi o di mitigazione di tale principio ove necessario.

Sebbene tale clausola sia molto precisa, rimangono dei dubbi su quali conseguenze avrebbe, sul piano internazionale, una responsabilità per violazione delle *impact assessment clauses*<sup>1189</sup>. La clausola infatti potrebbe essere violata sia da parte dello

---

<sup>1189</sup> A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 52, nota 75, sottolinea che ai sensi dell'art. 37 par. 4 del model PAIC all'art. 37 par.4 gli Stati e gli investitori debbano effettuare una valutazione di impatto ambientale, ma non è spiegato quali siano le conseguenze della mancata esecuzione di tale valutazione.

Stato, laddove non prevedesse un'adeguata ed efficace legislazione in tema di *impact assessment*, sia da parte degli investitori. Per quanto riguarda la violazione del dovere di *impact assessment* da parte dell'investitore, verosimilmente la conseguenza dovrebbe essere il rifiuto dell'approvazione del progetto di investimento ovvero la revoca delle concessioni e permessi e delle tutele collegate, sia a livello di diritto interno sia derivanti dal trattato di investimento. Maggiori dubbi rimangono per le ipotesi in cui la violazione riguardasse una fase di vita dell'investimento successiva ma connessa a violazioni delle norme in materia di *impact assessment*, ovvero se fossero state violate le disposizioni contenute nel *management plan*<sup>1190</sup>. Con riferimento al caso in cui fosse lo Stato a violare i propri obblighi positivi in materia di *impact assessment*, in assenza di prese di posizione in dottrina e giurisprudenza in merito, il dubbio su quali potrebbero essere le conseguenze permane. Seguendo la logica dei trattati di investimento, si potrebbe invero sostenere che tale profilo possa assumere rilevanza in un'eventuale arbitrato di investimenti, mentre si ritiene poco verosimile, alla luce dei costi e dell'utilità di un arbitrato su questi profili, l'ipotesi che l'investitore proponga un'azione autonoma basata sulla violazione di tale obbligo.

Clausole come quelle del BIT Marocco - Nigeria rappresentano, come detto, un'eccezione. Alla luce di un contesto normativo che attualmente appare piuttosto desolante, è opportuno allora capire quali sarebbero i vantaggi e gli svantaggi nell'introduzione o potenziamento del ruolo degli *impact assessment* nel diritto internazionale degli investimenti e nei trattati di investimento.

### **3. I vantaggi derivanti dal potenziamento degli *impact assessment* nel diritto internazionale degli investimenti e negli IIAs.**

Innanzitutto, l'introduzione di *impact assessment clauses* negli accordi di investimento garantirebbe una rilevanza, sul piano internazionale, a tali procedimenti, con notevoli implicazioni benefiche.

In primo luogo, gli Stati potrebbero essere restii ad introdurre disposizioni che

---

<sup>1190</sup> A. ARCURI – F. MONTANARO, *Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties*, cit., pp. 2803 - 2804 evidenziano che anche nelle ipotesi in cui gli IIAs prevedono obbligazioni in capo agli investitori mancano però meccanismi di *enforcement*, con la conseguenza che l'asimmetria fra Stati e investitori rimane in parte irrisolta.

impongano loro obblighi sul piano interno, sia a livello normativo che esecutivo<sup>1191</sup>. Tale obbligo, in ogni caso, sarebbe particolarmente utile laddove gli Stati contraenti non avessero una normativa interna, ovvero laddove tale normativa fosse deficitaria e poco efficace.

In secondo luogo, renderebbe gli Stati e gli investitori responsabili sul piano internazionale per l'introduzione e concreta attuazione degli *impact assessment*<sup>1192</sup>. Clausole come l'art. 14 del BIT Marocco – Nigeria infatti introducono obbligazioni in capo ad entrambi. Stante l'assenza di strumenti internazionali che impongono specifici obblighi in materia di *impact assessment*, salvo rare ipotesi riportate precedentemente, gli IIAs potrebbero quindi svolgere tale funzione suppletiva a livello di diritto internazionale.

In terzo luogo, garantire una rilevanza internazionale a questi strumenti nei trattati di investimento potrebbe come spiegato ridurre la discrezionalità in capo agli arbitri, che sarebbero tenuti a prendere in considerazione tali procedimenti ed i loro esiti<sup>1193</sup>. Peraltro, è opportuno sottolineare che la normativa interna in materia di *impact assesment* potrebbe essere comunque indirettamente richiamata negli arbitrati di investimento come legge applicabile del Paese ospitante<sup>1194</sup>, ovvero laddove vengano

---

<sup>1191</sup> P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., pp. 60 - 61; J. A. VANDUZER – P. SIMONS – G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit., p. 262.

<sup>1192</sup> S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 606; A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 67: “*Investment treaties might thus be mobilized to encourage states to have not only laws on the books that require environmental impact assessments, but actual procedures to follow through on them*”. L’A. raccomanda però cautela: “*Yet here caution could be in order. Requiring an EIA might be beneficial, but it is not at all clear that it is possible for universally accepted standards to be included in the assessment*”.

A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, «*The Journal of World Investment & Trade*», 8/3 (2007), p. 403: “*imposing the requirements in IAs would ensure new projects using FDI are subject to an assessment*”.

Come si è visto ad esempio l'art. 14 del BIT Marocco – Nigeria introduce obbligazioni sia in capo ad investitori che alle Parti contraenti.

<sup>1193</sup> B. SIMMA, *Foreign investment arbitration*, cit., pp. 594 ss.

<sup>1194</sup> V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit., p. 202.

ritenute applicabili altre norme internazionali nelle quali compaiano riferimenti agli *impact assesment*<sup>1195</sup>.

Una seconda ragione a favore dell'introduzione e potenziamento degli *impact assesment* nel diritto internazionale degli investimenti riguarda il rapporto con il principio di sviluppo sostenibile. Le valutazioni di impatto nel contesto degli investimenti internazionali è stato riconosciuto come un importante strumento per attuare i Sustainable Development Goals e l'Agenda 2030<sup>1196</sup>. Contemporaneamente, anche i SDGs possono fornire dei criteri da applicare all'interno delle valutazioni di impatto<sup>1197</sup>, sebbene ad oggi questi spesso siano già menzionati ma senza alcuna concreta funzione<sup>1198</sup>. Più in generale è stato osservato che i benefici nell'utilizzo degli *impact assesment* sarebbero superiori alle criticità proprio perché contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi politici degli IIAs in materia di sostenibilità<sup>1199</sup>. Anche nell'arbitrato *Bilcon v. Canada* è stato sottolineato che la normativa ambientale, inclusa

---

<sup>1195</sup> Si veda la *partial dissenting opinion* del Professor Philippe Sands nel caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, award (30/11/2017), par. 11: «*The same considerations apply in the present case in relation to the requirements of ILO Convention 169, and in particular its Article 15 on consultation requirements. Article 837 of the Canada Peru FTA, on Governing Law, provides that this Tribunal "shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law". ILO Convention 169 is a rule of international law applicable to the territory of Peru. This Tribunal is entitled to take the Convention into account in determining whether the Claimant carried out its obligation to give effect to the aspirations of the Aymara peoples in an appropriate manner, having regard to all relevant legal requirements, including the implementing Peruvian legislation*».

<sup>1196</sup> Meetings of the Parties (MoP) to the UNECE Convention on Environmental Impact Assessment (EIA) in a Transboundary Context (Espoo Convention) and its Protocol on Strategic Environmental Assessment (SEA), Minsk Declaration, 2017; M. NILSSON – Å. PERSSON, *Policy note: Lessons from environmental policy integration for the implementation of the 2030 Agenda*, «*Environmental Science & Policy*», 78 (2017), pp. 36–39.

<sup>1197</sup> M. NILSSON, Å. PERSSON, *Policy note*, cit.

<sup>1198</sup> E. RAVN BOESS, L. KØRNØV, I. LYHNE, M. R. PARTIDÁRIO, *Integrating SDGs in environmental assessment: Unfolding SDG functions in emerging practices*, in «*Environmental Impact Assessment Review*», 2021, p. 90.

<sup>1199</sup> P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, cit., p. 60: «*the benefits of requiring a sustainability assessment are seen as outweighing these concerns in that this will help to realize the policy goals of the IIA in this area*».

quella in materia di *impact assessment*, e le norme poste a tutela degli investimenti devono essere bilanciate e possono rinforzarsi reciprocamente: “*Environmental regulations, including assessments, will inevitably be of great relevance for many kinds of major investments in modern times. The mere fact that environmental regulation is involved does not make investor protection inapplicable. Were such an approach to be adopted—and States Parties could have chosen to do so—there would be a very major gap in the scope of the protection given to investors. 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*”<sup>1200</sup>.

In terzo luogo, le valutazioni di impatto possono avere un ruolo fondamentale nella promozione della trasparenza e del diritto delle comunità locali e indigene a partecipare ai procedimenti decisionali pubblici riguardanti le attività economiche e di investimento, oltre a rendere la popolazione locale e gli stessi poteri pubblici pienamente consapevoli dei rischi derivanti dalle attività di investimento<sup>1201</sup>. Tale funzione è stata evidenziata anche nella giurisprudenza internazionale in materia di diritti umani<sup>1202</sup>. Anche la Carta dell’Energia, nonostante tutti i propri limiti in materia di tutela dell’ambiente, all’art. 19 evidenzia il legame fra tutela dell’ambiente, investimenti e trasparenza e prevede che gli Stati dovrebbero “*promuovere la*

---

<sup>1200</sup> *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA, Award on Jurisdiction and Liability, (17/3/2015) par. 597.

<sup>1201</sup> C. WOOD, *Environmental impact assessment*, cit., pp. 3 – 4; L. BOISSON DE CHAZOURNES – R. BARUTI, *Human rights, international investment law and transparency*, in Y. RADI (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 144; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit., pp. 202 – 204; S.R. BUTZIER - S.M. STEVENSON, «*Indigenous Peoples’ Rights to Sacred Sites and Traditional Cultural Properties and the Role of Consultation and Free, Prior and Informed Consent*, *Journal of Energy & Natural Resources Law*», cit. pp. 318 ss.

<sup>1202</sup> The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria African Commission on Human and Peoples’ Rights Communication 155/96 (27.10.2001), par. 53; The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic, and Social Rights v Nigeria, Communication n. 155/96 (27.05.2002); CEDU, *Taşkin e others v. Turkey*, application n. 46117/99; Inter-American Court of Human Rights Series, *Saramaka People v. Suriname*, C No 72 (I-ACHR, 28.11.2007), par. 129; CEDU, 27.01.2009, *Tatar v. Romania*, application n. 67021/01.

*valutazione trasparente, in una fase iniziale e prima della decisione, e il successivo monitoraggio, degli impatti ambientali dei progetti di investimento energetico significativi dal punto di vista ambientale*<sup>1203</sup>.

In quarto luogo, i risultati delle valutazioni di impatto possono essere utilizzati come strumenti di prova sia di fronte a giudici nazionali sia dinanzi agli arbitri, da parte degli investitori e dai Stati ospitanti<sup>1204</sup>. I tribunali arbitrali, in diverse decisioni, hanno mostrato una grande sensibilità e attenzione agli esiti delle valutazioni di impatto ambientale e sociale: nei casi *Glamis Gold v. USA*, *Methanex v. USA* e *Maffezini v. Spagna* gli esiti negativi degli *impact assessment* sono stati elementi decisivi nella decisione del tribunale arbitrale (a favore dello Stato). Nel caso *Cortec v. Kenya* la violazione della normativa sull'*impact assessment* è stata l'elemento determinante per il tribunale arbitrale per declinare la propria giurisdizione<sup>1205</sup>.

Infine, un ultimo vantaggio, che si ritiene particolarmente significativo, è la funzione preventiva degli *impact assessment*. Quando si parla di funzione preventiva, ci si riferisce sia agli *impact assessments* come strumenti di prevenzione di danni ambientali e sociali, sia come strumenti di prevenzione delle liti – nel caso specifico, di arbitrati internazionali.

La funzione di prevenzione di danni ambientali e ai diritti umani degli *impact assessment* si comprende avendo presente il loro modo di operare. Tali valutazioni, come detto, avvengono prima dello stabilimento dell'investitore e dovrebbero essere in grado di prevedere e prevenire eventuali danni all'ambiente o problematiche con la popolazione locale e indigena. Nel caso l'attività fosse particolarmente pericolosa, questa potrebbe essere direttamente impedita, profilo questo di particolare rilevanza laddove si avesse a che fare con attività ad alto impatto ambientale e sociale<sup>1206</sup>. Su tali basi, il *management plan* potrebbe anche imporre all'investitore appositi adeguamenti.

In quest'ottica gli *impact assessments* potrebbero quindi prevenire l'approvazione di

---

<sup>1203</sup> ECT, art. 19.i.

<sup>1204</sup> R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit., p. 546; J. PEEL, *The use of science in environment-related investor-state arbitration*, cit., pp. 244–263.

<sup>1205</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, cit. ; *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, cit.; *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit.

<sup>1206</sup> L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit., p. 147 si riferisce ad esempio agli investimenti nel settore minerario.

progetti nocivi, ovvero dovrebbero imporre degli adeguamenti al fine di rendere il progetto meno pericoloso. Questa prospettiva di prevenzione è preferibile rispetto a quella successiva, riparatoria e contenziosa. Autorevole dottrina sul punto afferma che prevenire danni ambientali o violazioni dei diritti umani è certamente preferibile rispetto ad una *full responsibility ex post* dell'investitore che ha causato il danno<sup>1207</sup>. Peraltro, eventuali risarcimenti del danno o riparazioni solleverebbero a loro volta ulteriori problemi *sull'an, quantum e quomodo*<sup>1208</sup>.

Le potenzialità degli *impact assessment* come strumenti di prevenzione dei danni ambientali sono state peraltro riconosciute anche negli arbitrati di investimenti. Fondamentale sul punto quanto affermato nella vicenda *Maffezini v. Spagna*: “(...) *the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law*”<sup>1209</sup>.

Gli *impact assessments* potrebbero inoltre prevenire e stemperare eventuali tensioni con la popolazione locale e potenziali violazioni ai diritti umani ed al patrimonio culturale<sup>1210</sup>. Gli *impact assessments* infatti, come spiegato, spesso richiedono il coinvolgimento della popolazione locale e di prendere in considerazione anche le loro istanze. È quindi essenziale verificare quale sia la posizione della popolazione locale e comprendere se possano esistere eventuali compromessi o accordi per prevenire

---

<sup>1207</sup> A.K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., pp. 53, 67; F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, cit., p. 433.

<sup>1208</sup> Si vedano ad esempio, in ambito di danni ambientali M. BOWMAN – A. BOYLE, *Environmental Damage in International and Comparative Law Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, Oxford, 2002; M. M. MBENGUE, *Critical Assessment of Reparation in International Environmental Law*, «Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)», 110 (2016), pp. 293–297.

<sup>1209</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID, No. ARB/97/7, award, (13/11/2000), par. 67. In dottrina, al fine di tutelare la biodiversità, A. TELESETSKY, *International investment law and biodiversity*, cit., pp. 131 - 132, 148 - 149.

<sup>1210</sup> F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, cit., pp. 432 – 433.

eventuali conflitti o danni in una fase successiva<sup>1211</sup>. Un'adeguata attività informativa potrebbe inoltre prevenire che la popolazione si opponga a progetti di investimento che, sebbene percepiti come pericolosi e nocivi, in realtà non presentano alcun particolare rischio per l'ambiente e per le comunità locali<sup>1212</sup>. È stato ad esempio osservato che una grande parte degli investimenti nel settore agricolo in Africa sono falliti a causa dei conflitti fra l'investitore, a cui il Governo aveva concesso diritti formali sulla terra, e la popolazione locale, che riteneva propria la terra sulla quale viveva e lavorava, ma in assenza di un formale riconoscimento del loro diritto di proprietà, possesso o di sfruttamento dei terreni (essendo la proprietà concetto occidentale e non diffuso in molti di questi Paesi, basati su principi di possesso consuetudinari)<sup>1213</sup>.

Alcune vicende giurisprudenziali dimostrano le conseguenze negative sull'ambiente e sulla popolazione che possono derivare laddove gli *impact assessment* non vengano svolti ovvero vengano svolti in modo inadeguato. La reazione della popolazione civile ai danni cagionati dall'investitore o al loro mancato coinvolgimento in questo senso è talvolta sfociata in veri e propri atti illeciti nei confronti degli investitori, o ha portato a violente proteste verso i poteri pubblici<sup>1214</sup>. Sebbene non frequenti, talvolta queste

---

<sup>1211</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. SMALLER, *Farmland Investments Are Finding their Way to International Arbitration*, disponibile presso <https://www.iisd.org/articles/insight/farmland-investments-are-finding-their-way-international-arbitration>; WORLD BANK, *The practice of responsible investment principles in largescale agricultural investments. Implications for corporate performance and impact on local communities*, 2014, disponibile presso [https://unctad.org/system/files/official-document/wb\\_unctad\\_2014\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wb_unctad_2014_en.pdf).

<sup>1212</sup> Compliance Advisor/Ombudsman, 7.09.2005, Assessment Report of a complaint in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala; R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit., p. 522.

<sup>1213</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER – C. SMALLER, *Farmland Investments Are Finding their Way to International Arbitration*, cit.; WORLD BANK, *The practice of responsible investment principles in largescale agricultural investments. Implications for corporate performance and impact on local communities*, cit.

<sup>1214</sup> In alcune ipotesi la popolazione civile si è rivolta a strumenti giuridici nazionali ed internazionali. Si vedano ad esempio *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria African Commission on Human and Peoples' Rights Communication 155/96 (27/10/2001)*, noto anche come caso Ogoni; *Investigation Report on Ecuador Mining Development and Environmental Control Technical Assistance Project*, Report No 21870, (23/02/2001); *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic, and Social Rights v Nigeria*,

vicende sono anche sfociate in arbitrati di investimenti, nei quali gli *impact assessment* hanno avuto un ruolo significativo.

Nelle vicende *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*<sup>1215</sup> e *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*<sup>1216</sup> i Paesi ospitanti, a causa dell'opposizione della popolazione, revocavano i permessi allo svolgimento delle attività di investimento. Gli investitori si rivolgevano quindi all'arbitrato affermando di non essere stati protetti a fronte delle proteste della popolazione civile e che la revoca dei permessi fosse illegittima. È plausibile che lo svolgimento di serie e adeguate valutazioni di impatto avrebbe potuto prevedere una simile opposizione della popolazione civile.

Fra i casi più rilevanti vi è poi la vicenda che ha condotto all'arbitrato *Burlington v. Ecuador*<sup>1217</sup>. Nel caso di specie, l'Ecuador aveva approvato un progetto di estrazione petrolifera da parte di un'importante multinazionale in un'area della foresta amazzonica ecuadoriana. La zona su cui insisteva il progetto era un'area naturale protetta, abitata anche da antiche popolazioni indigene che non vennero né informate né coinvolte nel procedimento di approvazione. Il mancato coinvolgimento delle tribù indigene era stato particolarmente grave in quanto la Costituzione ecuadoriana sancisce il loro diritto alle

---

Communication n. 155/96, (27/05/2002); Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, application n. 12338/2000, (28/11/2007); CEDU, *Tatar v. Romania*, application n. 67021/01, (27/01/2009); World Bank Executive Secretary Inspection Panel, Orkhon-Gobi Water Diversion project, (10/2/2015); *Bilcon v. Canada*, cit., par. 20, dove l'autorizzazione per il progetto è stata negata a causa di effetti sull'ambiente significativi e negative, che avrebbero inciso sui "valori fondamentali della comunità".

In altre ipotesi, la reazione della popolazione civile è stata invece particolarmente violenta, ricorrendo anche ad azioni illecite a danni dell'investitore, sfociando in violente proteste nei confronti degli Stati, ovvero minacciando conseguenze sul piano politico ed in vista delle elezioni. Si veda in tal senso *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, cit. nonché le sentenze precedenti alla vicenda arbitrale Court of Appeal for Ontario, ONCA 191, *Piedra v. Copper Mesa Mining Corporation*, (11/3/2011); *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, cit.

<sup>1215</sup> *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, cit.

<sup>1216</sup> *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, cit.

<sup>1217</sup> *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, cit. In dottrina per una ricostruzione completa della vicenda si veda C. BINDER, J. HOFBAUER, *Case Study: Burlington Resources Inc. v. Ecuador/Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador*, 2016.

terre e ad essere coinvolti nelle decisioni pubbliche che li riguardano, principio questo sancito anche dalla Corte Interamericana per i diritti dell'uomo<sup>1218</sup>. Le tribù indigene, a fronte della decisione di approvare l'investimento, prima avviavano violente campagne di opposizione contro tale decisione ed in seguito si rivolgevano alla Corte Interamericana, che dava loro ragione condannando l'Ecuador<sup>1219</sup>. Tale vicenda ebbe peraltro un epilogo drammatico anche sotto il profilo ambientale, poiché Burlington si rese responsabile di sversamenti petroliferi nella zona della foresta amazzonica<sup>1220</sup>. In sede di *counterclaims*, l'arbitrato si concludeva a favore dell'Ecuador e Burlington veniva condannata al risarcimento del danno ambientale cagionato all'Ecuador<sup>1221</sup>.

Tale vicenda, ai fini qui in esame, è particolarmente significativa poiché dimostra le conseguenze che possono derivare dal mancato compimento di un'adeguata valutazione di impatto, sia sul piano sociale – il mancato coinvolgimento degli indigeni – sia sul piano ambientale - il verificarsi di sversamenti petroliferi.

Altra vicenda particolarmente significativa è il caso *Metalclad v. Messico*<sup>1222</sup>. La società ricorrente in questo caso era un'impresa intenzionata a costruire una discarica di rifiuti speciali “nei pressi” (in realtà in sede di arbitrato veniva evidenziata la considerevole distanza) di alcune città messicane (San Luis Potosí e Guadalcázar). Tale impresa aveva seguito l'iter previsto *ex lege* ed aveva regolarmente ottenuto i permessi per avviare la propria attività. In un secondo momento però, ad investimento già avviato, le autorità revocavano i permessi a causa delle violente proteste dei cittadini di San Luis Potosí e Guadalcázar, contrari all'apertura della discarica e che non erano stati in alcun modo coinvolti nell'approvazione del progetto. Le autorità messicane, per evitare conseguenze sul piano politico, avevano ceduto alle proteste della popolazione e avevano revocato le autorizzazioni necessarie, impedendo il prosieguo dell'attività.

---

<sup>1218</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Kichwa indigenous people of Sarayaku v. Ecuador*, application n. 12465/2003, (27/06/2012).

<sup>1219</sup> *Ibidem*.

<sup>1220</sup> *Ibidem*.

<sup>1221</sup> *Ibidem*.

<sup>1222</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, cit.; A. TAMAYO, *The New Federalism in Mexico and Foreign Economic Policy: An Alternative Two-Level Game Analysis of the Metalclad Case*, in «*Latin American Politics and Society*», vol. 43, 2001, n. 4, pp. 67–90; F. EL-HOSSENY, *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*, Brill, Leiden, 2018, pp. 77 – 80.

Anche in questo caso quindi il mancato coinvolgimento della popolazione locale aveva portato ad un danno sia per l'investitore che per lo stesso Paese ospitante ed era sfociato in un arbitrato di investimenti in ragione della condotta illecita del Messico e per violazione della legittima aspettativa dell'investitore.

Gli esempi da ultimo riportati permettono di ricollegarsi alla seconda dimensione del ruolo preventivo degli *impact assessment*, cioè la prevenzione degli arbitrati di investimenti. Come visto, la commissione di illeciti ambientali da parte dell'investitore o le gravi tensioni insorte con la popolazione locale ed indigena avevano portato alla reazione del Paese ospitante, e alla revoca delle autorizzazioni agli investitori. Questi ultimi, infine, avevano fatto ricorso all'arbitrato. Laddove gli *impact assessment* fossero stati eseguiti correttamente forse si sarebbero evitati i problemi ambientali e sociali e non si sarebbe giunti all'arbitrato. In questo senso, l'utilizzo efficiente degli *impact assessment* può quindi prevenire il ricorso all'arbitrato<sup>1223</sup>.

Prevenire gli arbitrati andrebbe a vantaggio sia del Paese ospitante che dell'investitore. Per il Paese ospitante infatti, garantirebbe maggiore tutela della propria libertà nel regolare gli interessi pubblici. La decisione di non concedere l'autorizzazione all'investimento ovvero la revoca di tali autorizzazioni non sarebbe ingiustificata o arbitraria laddove fosse dovuta alla mancata approvazione dell'investimento a causa di una valutazione di impatto negativa, ovvero a causa della violazione del *management plan*<sup>1224</sup>. Nella denegata ipotesi in cui un arbitrato di investimenti venisse comunque

---

<sup>1223</sup> F. FRANCONI, *Dispute Avoidance in International Environmental Law*, in D. SHELTON, A. KISS, *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Wolters Kluwer, The Hague, 2003, p. 235; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit.

COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements*, cit., par. 57, evidenzia a contrario che fornire informazioni inadeguate o incomplete o non aggiornate agli investitori potrebbe invece ledere la loro legittima aspettativa e portare ad arbitrati.

<sup>1224</sup> Ad esempio J. PEEL, *The use of science in environment-related investor-state arbitration*, cit., pp. 244-263 evidenzia che l'utilizzo di prove scientifiche nelle decisioni pubbliche permette di non far sembrare tali decisioni come arbitrarie o ingiustificate. Così anche R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit.; M. A. ORELLANA, *The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment*, «Yearbook of International Environmental Law», 17/1 (1/1/2006), pp. 55 ss.

proposto, gli esiti della valutazione di impatto ambientale rappresenterebbero un importante mezzo di prova per lo Stato ospitante per giustificare la propria decisione. Ad esempio, nel caso *Glamis Gold v. USA*, la valutazione di impatto condotta dagli Stati Uniti aveva dimostrato che il progetto di una grande miniera a cielo aperto per l'estrazione di oro avrebbe distrutto irrimediabilmente alcuni terreni considerati sacri delle tribù indigene che ancora risiedevano nell'area sulla quale insisteva il progetto ed avrebbe rappresentato un serio pericolo per la tutela della biodiversità in quell'area<sup>1225</sup>. Gli esiti di queste valutazioni di impatto erano stati presentati come prova a favore degli Stati Uniti in sede di arbitrato e avevano convinto il tribunale arbitrale a dare ragione proprio al Paese ospitante, negando quindi il risarcimento all'impresa canadese ricorrente<sup>1226</sup>.

Per l'investitore, l'impiego efficace degli *impact assessment* permetterebbe di meglio tutelare la propria legittima aspettativa e i propri interessi economici<sup>1227</sup>. Laddove il progetto creasse dei problemi a livello ambientale e sociale e questo scatenasse la reazione della popolazione e del Paese ospitante, è inevitabile che l'investitore cercherebbe di tutelare i propri interessi, anche ricorrendo all'arbitrato. Laddove la valutazione di impatto avesse preventivato tali problemi, si ridurrebbe quindi il rischio di un successivo arbitrato. Come già detto, per l'investitore i costi sostenuti in una fase iniziale per le valutazioni di impatto sono minori e preferibili rispetto ai costi per un investimento fallimentare e per portare avanti un eventuale arbitrato di investimenti<sup>1228</sup>.

D'altra parte, nelle ipotesi in cui invece la valutazione di impatto fosse stata positiva ovvero il suo utilizzo fosse stato strumentalizzato a fini illegittimi da parte del Paese ospitante, gli esiti favorevoli – o la prova del suo abuso – potrebbero diventare un

---

<sup>1225</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, cit.

<sup>1226</sup> *Ibidem*.

<sup>1227</sup> COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements*, cit.; U. KRIEBAUM, *Human rights and international investment law*, cit., p. 33.

<sup>1228</sup> A.K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 67; F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, cit., p. 433.

importante strumento di prova in sede arbitrale a favore dell'investitore<sup>1229</sup>.

#### 4. I limiti delle *impact assessment clauses*.

Se questi sono i profili positivi nell'integrazione degli *impact assessment* nel diritto internazionale degli investimenti, invero è da evidenziare che sussistono anche diverse criticità.

Innanzitutto, è stato osservato in dottrina che forse gli accordi internazionali di investimento non costituirebbero il luogo più adatto nel quale introdurre regole sugli *impact assessment* e che, in questo senso, le norme e le proposte sulle valutazioni di impatto vanno oltre quello che ci si potrebbe ragionevolmente attendere da un trattato di investimento e rischierebbero di creare nuovi potenziali problemi anziché contribuire allo sviluppo e ridurre il rischio di arbitrati<sup>1230</sup>. Ciò potrebbe creare in particolare problemi tecnici e difficoltà attuative nei Paesi meno sviluppati sotto un profilo economico, amministrativo, procedurale<sup>1231</sup>.

A livello pratico sussistono poi numerose difficoltà.

Innanzitutto, si pone il problema dell'incertezza delle fonti<sup>1232</sup> e dell'individuazione di standard applicabili e adeguati<sup>1233</sup>. Nel diritto internazionale generale, come spiegato, le fonti in materia di *impact assessment* sono principalmente di *soft law*, mentre negli IIAs gli *impact assessment* sui progetti di investimento sono sostanzialmente assenti. A livello interno molti Paesi hanno adottato delle norme sulle valutazioni di impatto<sup>1234</sup>,

---

<sup>1229</sup> Nel caso *Bilcon v Canada*, cit., par. 25 l'investitore ha sottolineato che il comportamento scorretto del Paese ospitante aveva riguardato anche il modo in cui la valutazione di impatto ambientale era stata condotta, in quanto il ministro dell'Ambiente della Nuova Scozia si era rifiutato di incontrare la società per discutere del procedimento e dell'esito della valutazione ambientale e non aveva nemmeno permesso a Bilcon di rimediare alle criticità ivi evidenziate.

<sup>1230</sup> P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements*, in S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 60 – 61; A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 404.

<sup>1231</sup> A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 404.

<sup>1232</sup> S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 606.

<sup>1233</sup> A.K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 67; A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 359, 379 ss..

<sup>1234</sup> A.K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., pp. 52 – 53.

ma queste non sono sempre presenti e talvolta sono scritte in modo poco chiaro o non definiscono puntualmente gli standard della valutazione di impatto. Inoltre, la presenza di una normativa in materia di *impact assessment* non è sinonimo di qualità: gli strumenti esistenti potrebbero essere inadeguati a valutare grandi e complessi investimenti internazionali, caratterizzati da difficoltà tecniche e valori economici ingenti, ovvero la normativa potrebbe essere inefficace, male attuata o richiedere standard poco significativi<sup>1235</sup>. Le ragioni di tali inefficienze possono essere molteplici<sup>1236</sup>: l'inadeguatezza delle autorità responsabili nel compiere le valutazioni di impatto, la mancanza di strumenti o capacità nell'analizzare piani complessi sotto il profilo tecnico ed economico, pressioni sui responsabili del procedimento da parte dello stesso Governo e degli investitori, interessati nell'approvazione dell'investimento, ovvero fenomeni di corruzione.

Una valutazione di impatto condotta in modo inadeguato rischia di produrre gli stessi effetti negativi che avrebbe dovuto prevenire. Il rischio principale in questo senso è che eventuali criticità sotto il profilo ambientale o sociale non vengano individuate ovvero vengano nascoste o ritenute irrilevanti. La conseguenza sarebbe che problemi prevedibili in sede di valutazione di impatto si presentino poi *inaspettatamente* durante lo svolgimento dell'attività di impresa, con le conseguenze delle quali si è già trattato<sup>1237</sup>. Non è detto che in queste ipotesi le autorità pubbliche o l'investitore

---

<sup>1235</sup> L. COTULA, *Foreign investment, law and sustainable development*, cit., p. 79: «Recurring problems include: inadequate company systems and expertise; lack of institutional capacity in the government agencies that scrutinise impact studies and subsequently monitor compliance with management plans; lack of institutional independence between the project proponent and the party (often a consultant) carrying out the assessment; and weak negotiating power of environmental agencies with other ministries when it comes to investment decision making.

S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, cit., p. 606, evidenzia inoltre che le norme nazionali potrebbero non essere adeguate agli scopi.

<sup>1236</sup> L. COTULA, *Foreign investment, law and sustainable development*, cit., p. 79.

<sup>1237</sup> Compliance Advisor/Ombudsman, Assessment Report on the complaint regarding the Zambia Konkola Copper Mine Project, cit.; Assessment Report of a complaint in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala, cit.; G.W. FERNANDES ET AL, *Deep into the mud: ecological and socio-economic impacts of the dam breach in Mariana, Brazil*, in «*Natureza & Conservação*», vol.14, 2016, n. 2, pp. 35–45; R.M. TÓFOLI ET AL, *Gold at what cost? Another megaproject threatens biodiversity in the Amazon*, in «*Perspectives in Ecology and Conservation*», vol. 15, 2017, n. 2, pp. 129–131.

possano rimediare prontamente ed in modo adeguato. Un esempio recente in questo senso è la vicenda connessa alla costruzione della Khimti-Dhalkebar Transmission Line (KDTL), progetto peraltro finanziato da parte della World Bank. Il progetto era stato regolarmente approvato e supportato da una valutazione di impatto e da un *management plan*. Successivamente emerse però che la valutazione di impatto sociale conteneva molteplici errori e carenze, manifestando una grave ignoranza della cultura indigena e della composizione sociale delle persone che vivevano nelle zone che coinvolgevano il progetto. A causa anche di questa valutazione errata, erano sorti gravi contrasti fra la popolazione, gli investitori e le autorità nepalesi, che di fatto avevano ostacolato la costruzione dell'opera<sup>1238</sup>.

È stato poi osservato che anche laddove gli *impact assessment* venissero svolti in modo efficace, essi non costituirebbero una soluzione completa e definitiva, in quanto rimarrebbe la possibilità di eventi eccezionali, imprevedibili o imprevisti<sup>1239</sup>.

In tema di prevenzione del ricorso all'arbitrato inoltre non è del tutto corretto affermare che gli *impact assessment* costituiscano sempre un rimedio efficace.

Innanzitutto infatti il compimento di *impact assessment* non costituisce una preclusione all'arbitrato<sup>1240</sup>. Per gli investitori le valutazioni di impatto hanno anche aspetti negativi, poiché rallentano o potrebbero impedire l'avvio delle attività imprenditoriali ed interferiscono nel progetto industriale<sup>1241</sup>. Gli investitori, in questo

---

<sup>1238</sup> World Bank Inspection Panel, 'Nepal Power Development Project (P043311): Investigation Report', par. 36 disponibile presso <http://documents.worldbank.org/curated/en/55472146799985844/pdf/98524-INVR-P043311-INSP-R2015-0002-2-Box393172B-PUBLIC.pdf>; D. LIM, *Investments and human rights in Asia*, in Y. RADİ (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 501 ss.

<sup>1239</sup> S. SCHACHERER, R.T. HOFFMANN, *International investment law and sustainable development*, cit., p. 488.

<sup>1240</sup> G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit., p. 138; *Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd v. Republic of Slovenia*, Notice of Intent (23/7/2020).

<sup>1241</sup> R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit., p. 476; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit., p. 190; G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit. pp. 132, 138; *The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru [I]*, ICSID, No. UNCT/13/1, award (9/11/2016).

senso, potrebbero agire in sede arbitrale per contestare la normativa in materia<sup>1242</sup>, la legittimità del procedimento, o anche le modalità in cui questo è stato condotto o i suoi esiti<sup>1243</sup>.

Autorevole dottrina ha però evidenziato che gli investitori solitamente contestano le modalità in cui gli *impact assessment* sono stati condotti, piuttosto che il semplice fatto che essi siano stati svolti<sup>1244</sup>. La giurisprudenza arbitrale sul punto è piuttosto ampia e gli investitori hanno ad esempio contestato: la metodologia impiegata negli *impact assessment*<sup>1245</sup>; la loro inefficienza e poca trasparenza<sup>1246</sup>; le tempistiche entro cui sono state compiute le valutazioni di impatto, in particolare ove richiesto quando l'investimento era già stato approvato o le attività già avviate<sup>1247</sup>; l'utilizzo delle valutazioni di impatto come un mero pretesto da parte degli Stati per revocare investimenti per i quali si erano pentiti ovvero che non avevano prodotto sufficienti benefici in base a quanto preventivato<sup>1248</sup>; cambiamenti politici o l'introduzione di nuove normative più stringenti, che avevano portato ad effettuare nuove valutazioni di impatto dagli esiti differenti – e negativi – rispetto a quelle precedentemente condotte ovvero a rinnegare gli esiti delle precedenti valutazioni in nome di diverse ragioni di interesse pubblico<sup>1249</sup>.

Ulteriore profilo problematico riguarda il rapporto fra *impact assessment* e *chilling*

---

<sup>1242</sup> *Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd v. Republic of Slovenia*, cit.

<sup>1243</sup> G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit., p. 138.

<sup>1244</sup> V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit., p. 190; L. COTULA, *Foreign investment, law and sustainable development*, cit., p. 80 ss.

<sup>1245</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award 3 August 2005.

<sup>1246</sup> COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor–State arbitration in international investment protection agreements*, cit., p. 14.

<sup>1247</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, cit.; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID, No. ARB/01/7, award, (25/5/2004).

<sup>1248</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, cit.; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, (2/8/2010), par. 35 – 41; *Bilcon v Canada*, cit.

<sup>1249</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, cit.; *Copper Mesa Mining Corp. v Ecuador*, cit.; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID, No. ARB/09/12, award (14/10/2016); *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID, No. ARB/14/5, award (3/6/2021).

*effect*. Da un lato, la normativa in materia di valutazione di impatto potrebbe essere proprio l'oggetto di arbitrato, visto che come detto può rappresentare un ostacolo alle iniziative degli investitori<sup>1250</sup>. Il *chilling effect* in questo senso potrebbe portare il Paese ospitante a non introdurre, o rendere meno significativa, la normativa in tema di *impact assessment*, al fine di evitare controversie arbitrali in merito<sup>1251</sup>. Dall'altro lato, il *chilling effect* potrebbe estendersi non solo al potere normativo ma anche alle autorità amministrative responsabili della valutazione di impatto, che potrebbero astenersi dall'applicare in modo rigido le procedure previste ovvero potrebbero effettuare valutazioni amichevoli e favorevoli all'investitore, a causa della pressione dei propri politici o degli stessi investitori<sup>1252</sup>.

Infine, un ultimo profilo problematico riguarda il soggetto sal quale dovrebbero spettare gli obblighi in tema di valutazioni di impatto. Allo stato attuale infatti sembra che queste obbligazioni riguardino esclusivamente gli Stati, non gli investitori<sup>1253</sup>. Non vi sarebbero in questo senso conseguenze, sul piano giuridico internazionale, laddove l'investitore non effettuasse valutazioni di impatto ovvero non le effettuasse efficacemente. Casomai, questo potrebbe rilevare sul piano interno, conformemente alla legislazione del Paese ospitante. È anche vero, d'altra parte, che la normativa in materia di valutazioni di impatto potrebbe divenire indirettamente rilevante come legge nazionale applicabile negli arbitrati di investimento<sup>1254</sup>.

---

<sup>1250</sup> *Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd v. Republic of Slovenia*, Notice of Intent 23 July 2020.

<sup>1251</sup> *Ibidem*.

<sup>1252</sup> G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit., pp. 144 ss. Si veda anche la *dissenting opinion* in *Bilcon v Canada*, cit. del Professor Mc Rae.

<sup>1253</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, cit., parr. 101, 104; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID, No. ARB/14/3, award, (27/12/2016), parr. 275-6. Così anche A. K. BJORKLUND, *Sustainable development and international investment law*, cit., p. 38.

<sup>1254</sup> Si veda la *partial dissenting opinion* del Professor Philippe Sands nel caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, cit., par. 11: «*The same considerations apply in the present case in relation to the requirements of ILO Convention 169, and in particular its Article 15 on consultation requirements. Article 837 of the Canada Peru FTA, on Governing Law, provides that this Tribunal "shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law". ILO Convention 169 is a rule of international law applicable to the territory of Peru. This Tribunal is*

## 5. Conclusioni.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si ritiene auspicabile l'introduzione o il rafforzamento di *impact assessment clauses* all'interno degli accordi di investimento<sup>1255</sup>. Tali clausole potrebbero produrre importanti benefici.

La funzione preventiva di tali strumenti potrebbe evitare a monte episodi di danni ambientali, di violazioni dei diritti umani e tensioni con la popolazione locale e potrebbe anche ridurre il contenzioso in sede arbitrale. Inoltre, gli *impact assessment* renderebbero il sistema degli investimenti internazionali maggiormente democratico e trasparente, mediante l'utilizzo di strumenti quali il *free prior and informed consent* ed il coinvolgimento della popolazione locale ed indigena.

Introdurre riferimenti agli *impact assessment* nei trattati di investimento darebbe poi loro rilevanza sul piano giuridico internazionale, rendendo responsabili sia gli Stati che gli investitori per l'attuazione di valutazioni di impatto efficaci e per eventuali violazioni di tale obbligo. L'introduzione di un riferimento specifico a tali strumenti nei trattati di investimento darebbe sicuramente loro un peso maggiore anche in sede arbitrale, dal momento che svolgerebbero un ruolo chiave negli arbitrati di investimento sia nell'ottica preventiva sia come mezzo di prova.

Inoltre, ciò potrebbe contribuire a colmare eventuali lacune normative a livello interno.

Per le ragioni appena esposte, si ritiene che l'introduzione di una *impact assessment clause*, insieme ad un'efficace normativa interna, apporterebbe significativi benefici.

---

*entitled to take the Convention into account in determining whether the Claimant carried out its obligation to give effect to the aspirations of the Aymara peoples in an appropriate manner, having regard to all relevant legal requirements, including the implementing Peruvian legislation».*

<sup>1255</sup> R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law*, cit.; V. VADI, *Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence*, cit.; J. A. VANDUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*, cit.; G. MAYEDA, *Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements*, cit.; L. JOHNSON, *FDI, international investment agreements and the sustainable development goals*, cit.; S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights*, cit., p. 1751; A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 359, 369, 379 ss.

Sarebbe comunque necessario coordinare le norme in tema di *impact assessment* con le altre disposizioni dei trattati.

I problemi principali rimangono casomai quelli della concreta attuazione degli *impact assessment* e della definizione ex ante di specifici standard ai quali condizionare l'approvazione del progetto. Se male attuati, gli *impact assessment* come visto non comportano alcun beneficio ed anzi, a contrario, contribuiscono a causare o aggravare quegli stessi problemi che intendeva prevenire.

Per rimediare a questo problema e anzi per garantire che queste clausole abbiano uno scopo utile, si potrebbe valutare di utilizzare strumenti di cooperazione anche a livello internazionale che contribuiscano in particolare a definire dei livelli minimi o degli indicatori per le procedure di valutazione di impatto. Una soluzione potrebbe essere quella di riferirsi a fonti e standard internazionali (anche attualmente di *soft law*) ovvero a un'analisi delle *best practices* a livello internazionale, valorizzando i SGD<sup>1256</sup> e applicando procedimenti che tengano in conto sia i rischi ambientali sia quelli sociali.

Allo stato attuale, si ritiene che modelli quali quello contenuto all'art. 14 del BIT Marocco – Nigeria rappresentino un buon esempio di come tale clausola potrebbe essere concretamente formulata, fermo restando le perplessità sopra esaminate.

Una possibilità diversa dall'introduzione di clausole nei trattati di investimento, ma che si basa sempre su strumenti di diritto internazionale pubblico, potrebbe essere la creazione di un apposito trattato internazionale, basato anche sull'esperienza della Convenzione di Espoo, che affronti la materia delle valutazioni di impatto ambientale e sociale in modo ampio e approfondito<sup>1257</sup>.

Una recente vicenda giurisprudenziale che può dare un contributo significativo a questo dibattito è il già citato caso *Cortec v. Kenya*<sup>1258</sup>. Con riferimento al tema qui in esame, la sentenza è rilevante sotto più profili.

Innanzitutto, l'oggetto del contendere è stato proprio l'applicazione della normativa

---

<sup>1256</sup> A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 403 - 404 ss.; M. NILSSON, Å. PERSSON, *Policy note*, cit.; EUROPEAN COMMISSION, HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE, *Financing a sustainable european economy*, 2018, disponibile presso [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2018-01/180131-sustainable-finance-final-report\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2018-01/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf).

<sup>1257</sup> A. NEWCOMBE, *Sustainable development and investment treaty law*, cit., p. 404.

<sup>1258</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit.

kenyota in tema di valutazione di impatto ambientale e le conseguenze, sul piano internazionale, della violazione di tale normativa. Nella sentenza è stato espressamente affermato che il rispetto della normativa ambientale kenyota fosse un interesse pubblico significativo, che giustificava pertanto il diniego di tutela in caso di sua violazione<sup>1259</sup>.

La vicenda mostra inoltre chiaramente come sia possibile coordinare fonti nazionali ed internazionali in tema di investimenti e che l'utilizzo di strumenti ambientali efficaci a livello nazionale può influenzare direttamente la risoluzione di controversie fra Stati e investitori<sup>1260</sup>. La dottrina, commentando questa sentenza, ha fatto un'importante considerazione proprio sul tema degli *impact assessment*, della legge applicabile negli arbitrati di investimento e sulla rilevanza internazionale di tali strumenti. Da un lato è stato affermato che il diritto nazionale potrebbe essere in una posizione migliore, rispetto ai trattati, per regolare tali questioni e istituti, stabilendo una regolamentazione e un quadro normativo adatto al contesto nazionale ed applicabile a tutti gli investimenti su quel territorio<sup>1261</sup>. Dall'altro però, ha evidenziato che i tribunali arbitrali internazionali potrebbero avere competenze limitate nell'interpretare i requisiti legali nazionali e che applicare insieme norme nazionali ed internazionali potrebbe essere complesso<sup>1262</sup>. Tale considerazione è condivisibile e mostra come la possibilità di implementare strumenti in tema di *impact assessment* negli accordi internazionali potrebbe migliorare il coordinamento fra politiche economiche, ambientali e sociali e garantire maggiore efficacia nella governance ambientale, ma che d'altra parte l'attuazione di tali istituti e disposizioni a livello nazionale rimane in ogni caso il fattore determinante. Nel caso in esame, da un lato la normativa sugli *impact assessment* è stata decisiva ai fini della risoluzione della controversia anche in assenza di una specifica clausola sul punto, il che depone a favore della superfluità di clausole a riguardo. Dall'altro lato, una clausola specifica in materia di *impact assessment* avrebbe chiarito sin da subito all'investitore i propri obblighi in materia ambientale nonché le conseguenze che sarebbero derivate dalla violazione della normativa nazionale, anche

---

<sup>1259</sup> *Ibidem*, par. 333.

<sup>1260</sup> L. COTULA – J. T. GATHII, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, cit.

<sup>1261</sup> *Ibidem*, pp. 580 – 581.

<sup>1262</sup> *Ibidem*, pp. 580 – 581.

sul piano internazionale ed arbitrale.

È chiaro dunque che l'utilizzo delle valutazioni di impatto è fondamentale per garantire al meglio la tutela dei diritti umani e dell'ambiente, ma non è chiaro se clausole sulla valutazione di impatto negli accordi di investimento potrebbero dare un contributo effettivo a questo tema. Si ritiene in conclusione che varrebbe la pena di integrare tali clausole nei trattati: nella peggiore delle ipotesi, queste non comporterebbero alcun significativo cambiamento alla situazione attuale; ma nella migliore delle ipotesi, potrebbero costituire un importante strumento di bilanciamento fra interessi economici e non economici e rendere il quadro normativo degli investimenti internazionali maggiormente chiaro, prevedibile e attento alla prevenzione di danni ambientali e alle istanze sociali. Si ritiene che la migliore prospettiva auspicabile, per il tema in esame, sia quella della prevenzione, sia per la tutela dell'ambiente e dei diritti umani, sia per la tutela del *right to regulate*, ma anche per la tutela degli investitori stessi: e gli *impact assessment*, sotto questo profilo, rappresentano uno strumento sul quale sembra valer la pena investire anche nei trattati di investimento.

## CONCLUSIONI

Il bilanciamento fra interessi non economici, specificamente la tutela dei diritti umani e dell'ambiente, ed interessi economici, in particolare la tutela degli investitori stranieri, nel diritto internazionale degli investimenti è un problema la cui soluzione è oggi urgente.

Nella prima parte del lavoro si è cercato di dimostrare che il diritto internazionale degli investimenti è sbilanciato a favore degli investitori e non è adeguato ad affrontare i problemi che le attività economiche e imprenditoriali pongono alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente. Il diritto internazionale degli investimenti non sembra infatti totalmente coerente con il principio dello sviluppo sostenibile. Come noto, tale principio si fonda su tre pilastri: ambientale, sociale ed economico. Nel diritto internazionale degli investimenti il pilastro economico è adeguatamente tutelato, mentre quello sociale e quello ambientale hanno poco spazio.

Nel lavoro sono stati affrontati problemi connessi alla tutela ambientale e dei diritti umani, utilizzando la nozione unitaria di *interessi non economici*. Questo per più ragioni. Innanzitutto, gli strumenti giuridici idonei a tutelare i diritti umani e l'ambiente sono spesso gli stessi. In secondo luogo, utilizzare strumenti che si occupino unicamente della tutela dei diritti umani o dell'ambiente è una soluzione parziale, che non tiene conto delle reciproche intersezioni e che rischia pertanto di produrre nuove esternalità negative, mentre la nozione unitaria sembra quella maggiormente in linea con l'attuazione del principio di sviluppo sostenibile.

La prima parte del lavoro individua tre principali criticità. In primo luogo, le attività di investimento internazionale e gli investitori stranieri possono cagionare problemi ai diritti umani e all'ambiente ed interferire con le politiche pubbliche e la *governance* nel Paese ospitante. In secondo luogo, gli attuali trattati internazionali di investimento contengono poche disposizioni in materia di interessi non economici, che anche quando presenti sono poco efficaci. In terzo luogo, l'arbitrato di investimenti pone poca attenzione e rilevanza agli interessi non economici invocati dalle parti e in ogni caso gli arbitri non hanno gli strumenti – e nemmeno le disposizioni idonee – per affrontare adeguatamente tali profili.

La tradizionale lettura secondo cui il diritto internazionale degli investimenti debba occuparsi solamente della tutela degli investitori stranieri non è più attuale. Il diritto internazionale non dovrebbe essere inteso in senso frammentario e a compartimenti stagni, ma le varie branche, fra cui anche quella ambiente, dei diritti umani e il diritto internazionale degli investimenti, dovrebbero integrarsi o almeno confrontarsi reciprocamente. Anche da un punto di vista sostanziale la tradizionale lettura del diritto internazionale degli investimenti sembrerebbe miope, perché non tiene conto del fatto che le attività di investimento da un lato possono contribuire allo sviluppo sostenibile, al contrasto del cambiamento climatico, alla tutela e promozione dei diritti umani e dell'ambiente; ma dall'altro sono anche fra le maggiori responsabili degli attuali problemi all'ambiente, al clima e alla tutela dei diritti umani. Limitare il diritto internazionale degli investimenti solamente alla tutela degli investitori ne inibisce parte del potenziale.

Il diritto internazionale degli investimenti potrebbe costituire parte della *governance* degli investimenti internazionali, nella quale anche l'ambiente e i diritti umani acquisterebbero spazio. L'approccio alla materia dovrebbe pertanto essere maggiormente integrato e garantire tutela e promozione non solo agli interessi degli investitori, ma a tutti quegli interessi e quei soggetti che subiscono effetti – positivi o negativi – dalle attività internazionali di investimento.

Questa esigenza va temperata con la prospettiva degli investitori e con la necessità di garantire loro un ambiente stabile e favorevole. È infatti necessario promuovere e tutelare adeguatamente le attività economiche coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile. Contemporaneamente, è necessario prevenire abusi di potere da parte degli Stati e garantire un contesto prevedibile, equo e concorrenziale. Tale *framework* dovrebbe meglio tutelare la legittima aspettativa degli investitori e dovrebbe metterli nelle condizioni idonee per programmare le proprie attività economiche, anche integrando aspetti quali la CSR e le valutazioni di impatto preventive.

Alla luce di tutte queste considerazioni, la seconda parte del lavoro cerca di individuare delle concrete soluzioni. Sono state analizzate le clausole contenute o proposte nei trattati di investimento che potrebbero costituire un *entry point* per i diritti umani e per la tutela ambientale e garantire un'integrazione fra interessi economici e

non economici. I trattati di investimento rappresentano infatti la principale fonte del diritto internazionale degli investimenti ed una loro modifica contribuirebbe ad una riforma radicale dell'intero sistema. Inoltre, come visto, gli stessi trattati rappresentano oggi parte del problema.

Tutte le disposizioni esaminate nella seconda parte potrebbero garantire una tutela e promozione di interessi non economici nel diritto internazionale degli investimenti, sebbene in misura e con effetti diversi. Alcune disposizioni svolgerebbero unicamente una funzione interpretativa dei trattati e simbolica. Ci si riferisce al preambolo, alle *right to regulate clause* ed in parte anche alle eccezioni. Le riforme alla nozione di investimento e i *legality requirement* potrebbero invece garantire effetti molteplici, proteggendo gli investimenti sostenibili, garantendo la conformità delle attività di investimento al diritto interno e sanzionando le attività di investimento non in linea con la tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Le eccezioni e le *carve out clauses* avrebbero finalità principalmente *defensive* a tutela del *right to regulate* dello Stato ospitante e permetterebbero a quest'ultimo di regolare e proteggere interessi pubblici non economici anche a scapito delle attività di investimento straniera. Ciò permetterebbe anche di prevenire possibili conflitti. Sarebbe però necessario introdurre condizioni e limiti a tali strumenti, per evitare possibili abusi e per permettere, sia a Stati che investitori, di programmare adeguatamente le attività economiche e le politiche pubbliche finalizzate alla tutela di interessi generali. Infine, i trattati potrebbero introdurre obblighi e responsabilità in capo agli investitori e *impact assessment clauses*. Queste disposizioni permetterebbero di ribilanciare il rapporto fra diritti e obblighi in capo agli investitori, responsabilizzando meglio questi ultimi. I vantaggi di tali disposizioni si colgono sia sotto un profilo preventivo, dato che potrebbero imporre strumenti idonei a prevenire possibili conflitti e problemi ambientali o sociali, come la *due diligence* e le valutazioni di impatto, sia sotto un profilo successivo, prevedendo meccanismi di responsabilità di diritto interno o internazionale.

Per riformare in senso sostenibile il diritto internazionale degli investimenti nessuna delle disposizioni esaminate sarebbe autosufficiente. Per questo motivo, la scelta è stata quella di fornire un *arsenale* o una *cassetta degli attrezzi* per le riforme e per i futuri trattati internazionali di investimento. Si ritiene che tutte queste disposizioni dovrebbero essere integrate nei trattati. La scelta di quali disposizioni privilegiare e la loro concreta

formulazione dipenderà dalla volontà delle parti, dalle specifiche opportunità, nonché dagli interessi dei singoli Stati anche in funzione del tipo di obiettivi perseguiti e dei principali settori economici e di investimento che li interesseranno.

In ogni caso le disposizioni dovranno prevedere regole precise e specifiche, dotate di strumenti di *enforcement* ed in grado di ridurre un'eccessiva discrezionalità in sede arbitrale. Nell'ottica dello sviluppo sostenibile, le linee guida del diritto internazionale degli investimenti dovrebbero pertanto essere tre: integrazione, bilanciamento e prevenzione dei conflitti.

### BIBLIOGRAFIA

- ACCAOUI LORFING, P., Unsustainable Investment: Scoping Expropriation without Compensation, in O. QUIRICO – K. KWAPISZ WILLIAMS (a cura di), *The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements*, Springer Nature Singapore, Singapore, 2023, pp. 95–108 [[https://link.springer.com/10.1007/978-981-99-2329-8\\_6](https://link.springer.com/10.1007/978-981-99-2329-8_6)].
- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE’S RIGHTS, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* Communication No. 155/96, 2002.
- AISBETT, E., *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*, in K. P. SAUVANT – L. SACHS (a cura di), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009.
- ALFARO, L., *Gains from Foreign Direct Investment: Macro and Micro Approaches* World Bank’s ABCDE Conference, «*The World Bank Economic Review*» 2016, pp. 2–15.
- ALSCHNER, W. – HUI, K., *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*, in L. SACHS – J. COLEMAN – L. JOHNSON (a cura di), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018, Oxford University Press, New York, Oxford, 2018 [<https://www.ssrn.com/abstract=3237053>].
- ALVAREZ, J. E., *The once and future foreign investment regime*, in M. ARSANJANI – J. COGAN – R. SLOANE – S. WIESSNER (a cura di), *Looking to the Future*, M. Nijhoff, 2010.
- ———, ‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law, «*The Journal of World Investment & Trade*» 2016, pp. 171–228.
- AMERICAN LAW INSTITUTE-AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Restatement of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*. No. 540, 1987.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Contracting out of human rights: the Chad-*

- Cameroon pipeline project, Amnesty International UK, London, 2005.
- ———, A Dutch court is set to rule on Shell's role in executions of Ogoni Nine in Nigeria, 2019 [<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2019/04/nigerianetherlandsshell-involvement-in-execution-of-ogoni-nine-to-be-decided-by-court/>].
  - ANDERSON, R. J., Environment, foreign investment and gender, in K. MILES (a cura di), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 441–463 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00026.xml>].
  - ANGHIE, A., *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2011.
  - ARCURI, A., The great asymmetry and the rule of law in international investment arbitration, in L. E. SACHS – L. JOHNSON – J. COLEMAN, *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
  - ———, Boundary-work and dynamics of exclusion by law: international investment law as a case study, in M. BARTL – J. C. LAWRENCE (a cura di), *The Politics of European Legal Research*, Edward Elgar Publishing, 2022 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781802201185/9781802201185.00011.xml>].
  - ———, On how the ECT fuels the fossil fuel economy: *Rockhopper v Italy* as a case study, «*Europe and the World: A law review*» 7/1, 2023 [<https://scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2023.03>].
  - ARCURI, A. – MONTANARO, F., Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties, «*Boston College Law Review*» 59/8, 2018, pp. 2791–2824.
  - ARCURI, A. – TIENHAARA, K. – PELLEGRINI, L., Investment law v. supply-side climate policies: insights from *Rockhopper v. Italy* and *Lone Pine v. Canada*, «*International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*» 2024, [<https://link.springer.com/10.1007/s10784-023-09622-w>].

- ARCURI, A. – VIOLI, F., Public Interest and International Investment Law: A Critical Perspective on Three Mainstream Narratives, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore, 2021, pp. 2185–2210 [[https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-3615-7\\_105](https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-3615-7_105)].
- ARCURI, A. – VIOLI, F., Human Rights and Investor-State Dispute Settlement: Changing Almost Everything, so that Everything Stays the Same, «Diritti umani e diritto internazionale» 3, 2019, pp. 579–596.
- BAETENS, F., Combating climate change through the promotion of green investment: from Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement, in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 107–130.
- ———, Invoking Human Rights: A Useful Line of Attack or a Defence Tool for States in Investor-State Dispute Settlement?, in M. SCHEININ (a cura di), *Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts*, Cambridge University Press, 2019, pp. 227–262 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108584623%23CN-bp-8/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108584623%23CN-bp-8/type/book_part)].
- BAETENS, F. – CAIADO, J., *Frontiers of International Economic Law: Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2014.
- BALTAG, C., *Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration*, 2018 [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/human-rights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>], consultato in data 25/7/2022.
- BALTAG FCIARB, C. – JOSHI, R. – DUGGAL, K., Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?, «ICSID Review-Foreign Investment Law Journal» 382, 2023.
- BARONCINI, E., L’articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell’interpretazione dell’Organo d’appello dell’OMC, «Diritto comunitario e degli scambi internazionali» 49, 2010, pp. 617–656.

- ———, Land Deals e diritto internazionale, in Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna–Classe di scienze morali, Rendiconti degli anni, 2012-2013, Vol. 5, Bononia University Press, 2014, pp. 107–121.
- ———, La convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità nella giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti, «Diritto Del Commercio Internazionale» 37/2, 2023, pp. 279–312.
- BARONCINI, E. – CUNSOLO, F. P., L'Accordo CETA tra UE e Canada: sostenibilità e partecipazione, Bologna: Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2021.
- BAUMANN-PAULY, D. – JASTRAM, S. M., Assessing human rights issues in the fashion industry: challenges for investors, in Y. RADI (a cura di), Research Handbook on Human Rights and Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 452–467 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00023.xml>].
- BAUMANN-PAULY, D. – NOLAN, J., Business and human rights: from principles to practice, Routledge, 2016.
- BEHARRY, C. L. – KURITZKY, M. E., Going green: managing the environment through international investment arbitration, «American University International Law Review» 30, 2015, pp. 383–429.
- BENTON, L. A., Law and colonial cultures: legal regimes in world history, 1400 - 1900, Cambridge Univ. Press, Cambridge, UK, 2010.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N. – DOMMEN, C. – ABEBE, M. – MANN, H. – ZHANG, J., Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements, International Institute for Sustainable Development, 2018.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N. – MANN, H., CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?, in M. M. MBENGUE – S. SCHACHERER (a cura di), Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement CETA Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 15, Springer International Publishing, Cham, 2019, pp. 339–

- 361 [[https://link.springer.com/10.1007/978-3-319-98361-5\\_13](https://link.springer.com/10.1007/978-3-319-98361-5_13)].
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N. – SMALLER, C., Farmland Investments Are Finding their Way to International Arbitration, 2017 [<https://www.iisd.org/articles/insight/farmland-investments-are-finding-their-way-international-arbitration>].
  - BIGI, G., The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT, Foreign Investment, International Law and Common Concerns, Routledge, 2013, pp. 318–335.
  - BINDER, C. – HOFBAUER, J., Case Study: Burlington Resources Inc. v Ecuador/Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador, «Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador July 15, 2016», 2016.
  - BJORKKLUND, A. K., Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law, in A. K. BJORKKLUND (a cura di) International Investment Law and Soft Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012 [<https://www.elgaronline.com/edcollchap/edcoll/9781781003213/9781781003213.00009.xml>]
  - ———, The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law, «Lewis & Clark Law Review», 17, 2013, pp. 461ss.
  - ———, Sustainable development and international investment law, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 38–68 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00008.xml>].
  - BJORKKLUND, A. K. – VANHONNAEKER, L., Yukos: The Clean Hands Doctrine Revisited, «Diritti umani e diritto internazionale», 2, 2015, pp. 365–386.
  - BLOWFIELD, M. – FRYNAS, J. G., Setting New Agendas: Critical Perspectives on Corporate Social Responsibility in the Developing World, «International Affairs Royal Institute of International Affairs 1944-», 81/3, 2005, pp. 499–513.
  - BOISSON DE CHAZOURNES, L. – BARUTI, R., Human rights, international

- investment law and transparency, in Y. RADI (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 [<https://china.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00012.xml>].
- BONETTO, D., Counterclaims in Investment Treaty Arbitration: an analysis of the procedural hurdles, «*Diritto del commercio internazionale*», 1, 2021, pp. 3–25.
  - BONFANTI, A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente: profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2012.
  - ———, Applying Corporate Social Responsibility to foreign investments, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns* Routledge research in international economic law, Routledge, London New York, 2015.
  - ———, *Business and human rights in Europe: international law challenges*, Routledge, 2018.
  - BOTTINI, G., Legality of investments under ICSID jurisprudence, in *The backlash against international arbitration*. Kluwer Law International, Vol., 297, 2010.
  - ———, *Extending Responsibilities in International Investment Law*. E15Initiative. [<https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Bottini-Final.pdf>].
  - BOWMAN, M. – BOYLE, A., *Environmental Damage in International and Comparative Law Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
  - BRAUCH, M. D., Reforming International Investment Law for Climate Change Goals, 2020 [<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-300v-7h63>].
  - BREW, R., Exception clauses in international investment agreements as a tool for appropriately balancing the right to regulate with investment protection, «*Canterbury Law Review*», 25, 2019, pp. 205–242.
  - BROWER, I. I. – CHARLES, H., Obstacles and pathways to consideration of the public interest in investment treaty disputes, «*Yearbook on International*

Investment Law & Policy», 2009, 2008, pp. 347–378.

- BRUGNATELLI, S., International Investment Law and International Protection of Workers' Rights, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), Foreign investment, international law and common concerns Routledge research in international economic law, Routledge, Abingdon, Oxon, 2014, pp. 298–317.
- BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINISCH, A., International investment law: a handbook, Hart, Oxford, 2015.
- BULUT, O. E., Drawing boundaries of police powers doctrine: a balanced framework for investors and states, «Journal of International Dispute Settlement», 13/4, 2022, pp. 583–607.
- BURKE-WHITE, W. W. – VON STADEN, A., Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties, «Va. J. Int'l L.», 48, 2007, pp. 307.
- BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, Shell lawsuit re oil pollution in Nigeria [<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/shell-lawsuit-re-oil-pollution-in-nigeria/>], consultato il, 2/11/2022.
- ———, Philippines: Memorandum of agreement on Kaliwa Dam project contravenes laws on free, prior and informed consent, rights group alleged [<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/philippines-memorandum-of-agreement-on-china-backed-kaliwa-dam-contravenes-laws-on-free-prior-and-informed-consent-rights-group-alleged/>], consultato il 17/3/2023.
- ———, EU: European Investment Bank supports projects linked to human rights violations, NGOs claim [<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-european-investment-bank-supports-projects-linked-to-human-rights-violations-ngos-claim/>], consultato il, 2/1/2023.
- ———, Agro EcoEnergy sues Tanzania after govt. cancels project due to concerns over human rights impacts [<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/agro-ecoenergy-sues-tanzania-after-govt-cancels-project-due-to-concerns-over-human-rights-impacts/>], consultato il, 28/11/2023.

- BUTZIER, S. R. – STEVENSON, S. M., Indigenous Peoples' Rights to Sacred Sites and Traditional Cultural Properties and the Role of Consultation and Free, Prior and Informed Consent, «Journal of Energy & Natural Resources Law», 32/3, 2014, pp. 297–334.
- CAO, Assessment Report on the complaint regarding the Zambia Konkola Copper Mine Project, 2003.
- ———, Assessment Report of a complaint in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala, 2005.
- CARON, D. D., Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal, «ICSID Review», 7/1, 1992, pp. 21–56.
- CASSESE, A., International law, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2005.
- CASSESE, A. – GAETA, P. – VIÑUALES, J. E. – ZAPPALÀ, S., Cassese's International law, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom ; New York, NY, 2020.
- CASTILLO MENESES, Y., El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero: Un limite a la reponsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales, Universidad de los Andes, 2015.
- CHAISSE, J. – CHOUKROUNE, L. – JUSOH, S. (a cura di), Handbook of International Investment Law and Policy, Springer Singapore, Singapore, 2021.
- CHI, M., Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- CHIUSSI CURZI, L., Corporate Human Rights Compliance and Disinvestment: Lessons from the Norwegian Sovereign Wealth Fund, in A. BONFANTI (a cura di), Business and Human Rights in Europe, Routledge, 2018, pp. 145–156.
- CHOUDHURY, B., Spinning Straw into Gold: Incorporating the Business and Human Rights Agenda into International Investment Agreements, «University of Pennsylvania Journal of International Law», 38, 2016, pp. 425.
- ———, Human Rights Provisions in International Investment Treaties and Investor-State Contracts, in C. TAMS – R. HOFMANN – J. SCHEU – S. W.

- SCHILL (a cura di), *Investment Protection, Human Rights, and International Arbitration*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 87–118.
- CHOW, D. C., *Why China Opposes Human Rights in the World Trade Organization*, «U. Pa. J. Int'l L.», 35, 2013, pp. 61.
  - CIURTIN, H., *Beyond the Norm: The Hermeneutic Function of Treaty Preambles in Investment Arbitration and International Law*, «Rom. Arb. J.», 9, 2015, pp. 64.
  - COE, J. – RUBINS, N., *Regulatory expropriation and the Tecmed case: context and contributions*, in T. WEILER (a cura di), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Vol. 664, Cameron May, Londra, 2005, pp. 597–667.
  - COLARES, J. F., *A theory of wto adjudication: From empirical analysis to biased rule development*, «Vand. J. Transnat'l L.», 42, 2009, pp. 383.
  - COLE, M. A. – ROBERT J. R. ELLIOTT – FREDRIKSSON, P. G., *Endogenous Pollution Havens: Does FDI Influence Environmental Regulations?*, «The Scandinavian Journal of Economics», 108/1, 2006, pp. 157–178.
  - COLLINS, D., *The line of equilibrium: improving the legitimacy of investment treaty arbitration through the application of the WTO's general exceptions*, «Arbitration International», 32/4, 2016, pp. 575–587.
  - ———, *An introduction to international investment law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom ; New York, NY, 2022.
  - ———, *Public Participation in Environmental Impact Assessments for Foreign Investment Projects: A Canadian Perspective*, in E. DE BRABANDERE – T. GAZZINI (a cura di), *Public Participation and Foreign Investment Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2021, pp. 229–256.
  - CONFORTI, B. – IOVANE, M., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.
  - CORDES, K., *Investments and human rights in the agricultural sector*, in Y. RADII (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 414–451

[<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00022.xml>].

- COSBEY, A., *The Road to Hell? Investor Protections in NAFTA's Chapter 11*, in *International Investment for Sustainable Development*, Routledge, 2004.
- COTULA, L., *Land grab or development opportunity?: agricultural investment and international land deals in Africa*, IIED ; FAO : IFAD, London, Rome,, 2009.
- ———, *Land grabbing'and international investment law: toward a global reconfiguration of property*, in A. K. BJORKLUND, *Yearbook on international investment law & policy*, Vol., 2015, 2014, pp. 177–214.
- ———, *Foreign investment, law and sustainable development: a handbook on agriculture and extractive industries*, International Institute for Environment and Development, London, 2016.
- COTULA, L. – GATHII, J. T., *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec Pty Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, «*American Journal of International Law*», 113/3 7/2019, pp. 574–581.
- COTULA, L. – PERRONE, N. M., *Reforming Investor-State Dispute Settlement: What About Third Party Rights?*, pubblicato in IIED, 2019 [<https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17638IIED.pdf>].
- COTULA, L. – SCHRÖDER, M., *Community perspectives in investor-state arbitration*, International Institute for Environment and Development., 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, *Human rights compatibility of investor–State arbitration in international investment protection agreements*.
- COYLE, J., *The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era*, «*Columbia Journal of Transnational Law*», 51, 2012.
- CRAWFORD, J. – PELLET, A. – OLLESON, S. – PARLETT, K., *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.
- CRIVELLARO, A., *La nozione di investimento e di investitore*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato - L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Vol. XIII, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, pp. 291–333.
- CROSBIE, E. – THOMSON, G., *Regulatory chills: tobacco industry legal*

- threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand, «The New Zealand Medical Journal», 131/1473 2018, pp. 25–41.
- DAGBANJA, D. N., The Environment, Human Rights, and Investment Treaties in Africa: A Constitutional Perspective, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), Handbook of International Investment Law and Policy, Springer Singapore, Singapore, 2021, pp. 1903–1932 [[https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-3615-7\\_88](https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-3615-7_88)].
  - DAHLSTRUD, A., How corporate social responsibility is defined: an analysis of 37 definitions, «Corporate Social Responsibility and Environmental Management», 15/1 1/2008, pp. 1–13.
  - DAMJANOVIC, I., The European Union and International Investment Law Reform: Between Aspirations and Reality, Cambridge University Press, 2023.
  - DAWSON, F. G. – HEAD, I. L., International law, national tribunals and the rights of aliens, Syracuse Univ. Press, Syracuse 1971. ed.
  - DE BRABANDERE, E., Human rights and international investment law, in M-KRAJEWSKI – R. T. HOFFMANN (a cura di), Research Handbook on Foreign Direct Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 619–645.
  - ———, International Investment Law and Human Rights, in C. BINDER – M. NOWAK – J. A. HOFBAUER – P. JANIG (a cura di), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, pp. 267–277 [<https://www.elgaronline.com/view/book/9781789903621/b-9781789903621.international.investment.law.xml>].
  - ———, Human Rights Considerations in International Investment Arbitration, in M. FITZMAURICE – P. MERKOURIS (a cura di), The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights Legal and Practical Implications, Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2013, pp. 183–215 [<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004242838/B9789004242838-s008.xml>].
  - DE LUCA, A., Non trade values protection and investment protection in EU investment policy, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), Foreign Investment, International Law and Common Concerns, Routledge, Londra, 2013, pp. 137–153.

- DE NANTEUIL, A., *International investment law*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, UK, 2020.
- DE SANTIS, R., *Investimento diretto estero*, in *Dizionario di Economia e Finanza* Treccani, 2012, [[https://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero\\_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/investimento-diretto-estero_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/)].
- DE SCHUTTER, O., *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, 2011.
- ———, *Towards a new treaty on business and human rights*, «*Business and Human Rights Journal*», 1/1, 2016, pp. 41–67.
- DEININGER, K. W. – BYERLEE, D., *Rising global interest in farmland: can it yield sustainable and equitable benefits?*, World Bank, Washington, D.C, 2011.
- DEVA, S., *Human rights violations by multinational corporations and international law: where from here*, «*Conn. J. Int'l L.*», 19, 2003, pp. 1.
- ———, *Guiding principles on business and human rights: implications for companies*, «*Eur. Company L.*», 9, 2012, pp. 101.
- ———, *International Investment Agreements and Human Rights: Assessing the Role of the UN's Business and Human Rights Regulatory Initiatives*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore, 2022, pp. 1–26 [[https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_46-2](https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_46-2)].
- ———, *Managing States' "Fatal Attraction" to International Investment Agreements* [<https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements->], consultato il 11/12/2022.
- DI SALVATORE, L., *Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry*, 2021 [[https://www.researchgate.net/profile/Lea-Di-Salvatore/publication/357958414\\_Investor-State\\_Disputes\\_in\\_the\\_Fossil\\_Fuel\\_Industry/links/61e939fedafcdb25fd3c5356/Investor-State-Disputes-in-the-Fossil-Fuel-Industry.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Lea-Di-Salvatore/publication/357958414_Investor-State_Disputes_in_the_Fossil_Fuel_Industry/links/61e939fedafcdb25fd3c5356/Investor-State-Disputes-in-the-Fossil-Fuel-Industry.pdf)].
- DIMASCIO, N. – PAUWELYN, J., *Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?*, «*American Journal of International Law*», 102/1, 2008, pp. 48–89.

- DOLZER, R. – KRIEBAUM, U. – SCHREUER, C., Principles of international investment law, Oxford University Press, Oxford, 2022 Third edition.
- DOUGLAS, Z. – PAUWELYN, J. – VIÑUALES, J. E. (a cura di), The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice, Oxford University Press, 2014.
- DRIFFIELD, N. – HUGHES, D., Foreign and domestic investment: regional development or crowding out?, «Regional studies», 37/3, 2003, pp. 277–288.
- DUBIN, L., Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties – Investment Treaty News [<https://www.iisd.org/itn/en/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/>], consultato il 29/12/2023.
- DUDINE, K. – SZOKE-BURKE, S., Government Briefing: Incorporating Free, Prior, and Informed Consent into Investment Approval Processes [<https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Briefing-FPIC-and-investment-approval-July-2020.pdf>].
- DUMBERRY, P., State of confusion: the doctrine of ‘clean hands’ in investment arbitration after the Yukos award, «the journal of world investment & trade», 17/2, 2016, pp. 229–259.
- ———, The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law, «The Journal of World Investment & Trade», 21/4, 2020, pp. 489–527.
- DUMBERRY, P. – DUMAS-AUBIN, G., When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration, «The Journal of World Investment & Trade», 13/3, 2012, pp. 349–372.
- ———, The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law, «Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection», 10/1, 2014.
- DUNNING, J. H., Trade, location of economic activity and the MNE: A search for an eclectic approach, in The international allocation of economic activity, Springer, 1977, pp. 395–418.
- DUPUY, P.-M., Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law, in P.-M.

- DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press Oxford, 2001, pp. 45–62 [https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151926334].
- DUPUY, P.-M. – FRANCONI, F. – PETERSMANN, E.-U. (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2009.
  - DUPUY, P.-M. – VIÑUALES, J. E., VIII. *Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress*, in M. BUNGENBERG – J. GRIEBEL – S. HOBE – A. REINISCH (a cura di), *International Investment Law*, Bloomsbury Publishing, 2015, pp. 1739–1767 [https://www.nomos-elibrary.de/index.php?doi=10.5771/9783845258997-1788].
  - ———, *International Environmental Law: Second Edition*, Cambridge University Press, 2018.
  - ECHANDI, R., *What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?*, in J. ALVAREZ, K. P. SAUVANT, K. G. AHMED ET AL., *The Evolving*
  - *International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3–21.
  - ECKES, C. – ANKERSMIT, L., *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law* [https://dare.uva.nl/search?identifier=3bf36b84-c28e-4bd3-bb21-704c4980c326].
  - EL-HOSSENY, F., *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*, Brill, 2018.
  - EMMERT, F. – ESENKULOVA, B., *Balancing Investor Protection and Sustainable Development in Investment Arbitration – Trying to Square the Circle?*, «SSRN Electronic Journal», 2018 [https://www.ssrn.com/abstract=3260265].
  - ENNEKING, L. F., *The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria case*, «Utrecht Law Review», 10/1, 2014, pp. 44–54.
  - ERASMUS INSTITUTE FOR PUBLIC KNOWLEDGE, *An open letter to the*

chair of uncitral working group III and to All participating states concerning the reform of the investorstate Dispute settlement: addressing the asymmetry of isds [<https://www.eur.nl/en/news/erasmus-institute-public-knowledge>], consultato il 18/12/2022.

- ETHERINGTON, N., *Theories of imperialism: war, conquest and capital*, Routledge, London, 2015.
- EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL FOR TRADE., *Handbook for trade sustainability impact assessment.*, Publications Office, LU, 2016.
- EUROPEAN COMMISSION, HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE, *Financing a sustainable european economy*, 2018.
- EUROPEAN PARLIAMENT. DIRECTORATE GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES OF THE UNION., *The European Parliament's role in relation to human rights in trade and investment agreements.*, Publications Office, LU, 2014.
- FAHNER, J. H. – HAPPOLD, M., *The human rights defence in international investment arbitration: exploring the limits of systemic integration*, «International and Comparative Law Quarterly» 68/3 7/2019, pp. 741–759.
- FANOUE, M., *The shared territory of the ECHR and international investment law*, in Y. RADI (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 93–136 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00011.xml>].
- ———, *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 22 12/2020, pp. 106–132.
- FERGUSON, N., *Empire: how Britain made the modern world*, Allen Lane, London, 2003.
- FERNANDES, G. W. ET AL., *Deep into the mud: ecological and socio-economic impacts of the dam breach in Mariana, Brazil*, «Natureza & Conservação» 14/2 7/2016, pp. 35–45.
- FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of the International Court of*

Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points, «Brit. Yb Int'l L.» 33 1957, pp. 203.

- FONTANELLI, F., Necessity Killed the GATT: Art XX GATT and the misleading rhetoric about weighing and balancing, «European journal of legal studies», 2012 [<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28721>].
- FOOTER, M. E., Bits and pieces: social and environmental protection in the regulation of foreign investment, «Mich. St. U. Coll. LJ Int'l L.» 18, 2009, pp. 33.
- FOWLES, S., FPC Briefing: How Investment Treaties have a chilling effect on Human Rights, pubblicato in The Foreign Policy Centre: London, 2017 [<https://fpc.org.uk/wp-content/uploads/2017/05/1803.pdf>].
- FRANCONI F., Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?, in A. DI STEFANO – R. SAPIENZA (a cura di), La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale : XVI Convegno, Catania, 23 - 24 giugno, 2011 SIDI, Società Italiana di Diritto Internazionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.
- ———, Dispute Avoidance in International Environmental Law, in D. SHELTON – A. KISS (a cura di), Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements, Kluwer, 2003, pp. 229–243.
- FRANK, S., Stabilization clauses in long-term investment contracts in the energy sector in Africa, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 340–363 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00021.xml>].
- FRIENDS OF THE HEART INTERNATIONAL - GENDER ACTION, Broken Promises: Gender Impacts of the World Bank-Financed West-African and Chad-Cameroon Pipelines, 2011 [<https://www.genderaction.org/publications/11/chad-cam-wagp-pipelines.pdf>].
- GAGLIANI, G., La controversa definizione di ‘investimento’ alla prova della cultura e del patrimonio culturale e naturale: convergenze, divergenze e possibili integrazioni, «Diritto del commercio internazionale» 1, 2019, pp. 49 ss.

- GAILLARD, E., *L'avenir des traités de protection des investissements*, Pedone, Paris, 2015.
- GARCÍA-BOLÍVAR, O. E., *Defining an ICSID investment: Why economic development should be the core element*, «Investment Treaty News, April 13», 2012.
- GARDEN, R., *Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions*, «ICSID Review» 38, 2023, pp. 17–24.
- GARSOUS G. – KOZLUK T., *Foreign Direct Investment and The Pollution Haven Hypothesis: Evidence from Listed Firms*, «OECD Economics Department Working Papers» 1379, 2017 [[https://www.oecd-ilibrary.org/economics/foreign-direct-investment-and-the-pollution-haven-hypothesis\\_1e8c0031-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/foreign-direct-investment-and-the-pollution-haven-hypothesis_1e8c0031-en)].
- GAZZINI, T., *The 2016 Morocco–Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties* – Investment Treaty News [<https://www.iisd.org/itn/en/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>].
- GAZZINI, T. – SEATZU, F., *The Strange Case of Denial of Benefits Clauses: The Italian and Colombian Model BITs*, 2021 [<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/07/the-strange-case-of-denial-of-benefits-clauses-the-italian-and-colombian-model-bits/>].
- GEHRING, M. – STEPHENSON, S. – SEGGER, M.-C. C., *Sustainability Impact Assessments as Inputs and as Interpretative Aids in International Investment Law*, «The Journal of World Investment & Trade» 18/1, 2017, pp. 163–199.
- GEORGE, C., *Environment and Regional Trade Agreements: Emerging Trends and Policy Drivers*, 2014 [[https://www.oecd-ilibrary.org/trade/environment-and-regional-trade-agreements\\_5jz0v4q45g6h-en](https://www.oecd-ilibrary.org/trade/environment-and-regional-trade-agreements_5jz0v4q45g6h-en)].
- GIANNAKOPOULOS, C., *The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach*, in PHOTINI PAZARTZIS – PANOS MERKOURIS (a cura di), , Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2019, pp. 148–184 [<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004390485/BP000010.xml>].

- GIANSANTI, A., La tutela di interessi non economici nel sistema OMC: ambiente, salute dei consumatori e «core labour standards» nel diritto del commercio internazionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- GILPIN, R. – GILPIN, J. M., Global political economy: understanding the international economic order, Princeton University Press, Princeton, N.J, 2001.
- GLEASON, T. – TITI, C., The Right to Regulate, 2022.
- GOLDSTEIN, I. – RAZIN, A., Foreign Direct Investment vs. Foreign Portfolio Investment, National Bureau of Economic Research Cambridge, Mass., USA, 2005.
- 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» 1, 2014.
- GÖRG, H. – STROBL, E. – WALSH, F., Why Do Foreign-Owned Firms Pay More? The Role of On-the-Job Training, «Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv» 143/3, 2007, pp. 464–482.
- GÖTT, H., Linkages of Trade, Investment and Labour in Preferential Trade Agreements: Between Untapped Potential and Structural Insufficiencies, in M. BUNGENBERG – M. KRAJEWSKI – C. J. TAMS – J. P. TERHECHTE – A. R. ZIEGLER (a cura di), European Yearbook of International Economic Law, 2019 European Yearbook of International Economic Law, Vol. 10, Springer International Publishing, Cham, 2019, pp. 133–165 [[http://link.springer.com/10.1007/8165\\_2019\\_28](http://link.springer.com/10.1007/8165_2019_28)].
- GRAY, K. R., International Environmental Impact Assessment-Potential for a Multilateral Environmental Agreement, «Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y» 11, 2000, pp. 83.
- GROUP, U. N. I. L. C. S., Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007.
- GUNN, B. L., International Investment Agreements and Indigenous Peoples' Rights, in J. BORROWS – R. SCHWARTZ (a cura di), Indigenous Peoples and International Trade, Cambridge University Press, 2020, pp. 194–216 [<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108675321%23CN-bp->

8/type/book\_part].

- GUNTRIP, E., *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?*, «Ejil: Talk» 10, 2017.
- HARRISON, J., *Human rights measurement: reflections on the current practice and future potential of human rights impact assessment*, «Journal of Human Rights Practice» 3/2, 2011, pp. 162–187.
- HEATH, J. B., *Eco Oro and the twilight of policy exceptionalism – Investment Treaty News* [<https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>].
- HENCKELS, C., *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, «Journal of International Economic Law» 15/1, 2012, pp. 223–255.
- ———, *Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses*, in F. PADDEU – L. BARTELS (a cura di), *Exceptions in International Law* OUP, 2018, Society of International Economic Law SIEL, Fifth Biennial Global Conference, 2016.
- HENDERSON, D., *Misguided virtue: false notions of corporate social responsibility*, Institute of Economic Affairs, London, 2001.
- HEPBURN, J., *In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the «Defence» of Investor Illegality in Investment Arbitration*, «Journal of International Dispute Settlement» 5/3, 2014, pp. 531–559.
- HILL, J., *The Importance of Consultation and Engagement in Environmental and Social Impact Assessments*, 2023 [<https://www.iisd.org/system/files/2023-01/igf-case-study-environmental-social-impact-assessments.pdf>].
- HINDELANG, S. – KRAJEWSKI, M. (a cura di), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford University Press, Oxford, 2016 First edition.
- HIRSCH, M., *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 97–114 [<https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151931558>].

- ———, Social movements, reframing investment relations, and enhancing the application of human rights norms in international investment law, «Leiden Journal of International Law» 34/1 3/2021, pp. 127–154.
- HIRSCHMAN, A. O., The strategy of economic development, Yale Univ. Pr, New Haven, 1958.
- HOWSE, R., Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options, «Yearbook of European Law» 36, 2017, pp. 209–236.
- HOWSE, R. – ELIASON, A., The Regulation of International Trade, Routledge, Londra, 2013.
- HULME, M. H., Preambles in treaty interpretation, «University of Pennsylvania Law Review» 164/5, 2016, pp. 1281–1343.
- IFC, Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, 2012.
- INFLUENCEMAP, Big Oil’s Real Agenda on Climate Change, 2022 [https://influencemap.org/report/Big-Oil-s-Agenda-on-Climate-Change-2022-19585], consultato il 17/1/2024.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, Claim by Cargill leads to another loss for Mexico, pubblicato in Investment Treaty News,, 29/9/2009 [https://www.iisd.org/itn/en/2009/09/29/claim-by-cargill-leads-to-another-loss-for-mexico/].
- ———, Metalclad v. Mexico, pubblicato in Investment Treaty News, [https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/metalclad-v-mexico/].
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, «Yearbook of the International Law Commission», 2/2, 2001, pp. 49.
- ISHIKAWA, T., Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, «AJIL Unbound» 113, 2019, pp. 33–37.
- JACUR, F. R. – BONFANTI, A. – SEATZU, F., Natural resources grabbing: an international law perspective, Vol. 4, Brill, Leiden, 2015.
- JENSEN, NATHAN M. – CADDEL, J., Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?, 2014 [https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8M32SWK], consultato il 8/2/2023.

- JOHNSON, L., FDI, international investment agreements and the sustainable development goals, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 126–148 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781785369841/9781785369841.00011.xml>].
- JOHNSON, L. – SACHS, L. – LOBEL, N., Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals, «*Colum. J. Transnat'l L.*» 58, 2019, pp. 58 ss.
- KAMMINGA, M. T. – ZIA-ZARIFI, S., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, 2001.
- KAPTERIAN, G., A Critique of the WTO Jurisprudence on ‘Necessity’, «*International & Comparative Law Quarterly*» 59/1, 2010, pp. 89–127.
- KEENE, A., The incorporation and interpretation of WTO-style environmental exceptions in international investment agreements, «*The Journal of World Investment & Trade*» 18/1, 2017, pp. 62–99.
- KRAJEWSKI, M., Investment guarantees and international obligations to reduce poverty: A human rights perspective, in K. NADAKAVUKAREN SCHEFER (a cura di), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge University Press, 2013, pp. 189–210 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139507097%23c03274-1592/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139507097%23c03274-1592/type/book_part)].
- ———, *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies-Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights*, 2017.
- ———, The Impact of Services Trade Liberalisation on Human Rights-Revisiting Old Questions in New Contexts, «*Trade L. & Dev.*» 12, 2020, pp. 131.
- ———, A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application, «*Business and Human Rights Journal*» 5/1 1/2020, pp. 105–129.
- KRAJEWSKI, M. – HOFFMANN, R. T., *Alternative Model for a Sustainable*

Development Chapter and Related Provisions in the Transatlantic Trade and Investment Partnership TTIP, «Commissioned by The Greens/European Free Alliance in the European Parliament. Available at: [reinhardbuetikofer.eu/wp.../Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July\\_final.pdf](http://reinhardbuetikofer.eu/wp.../Model-SD-Chapter-TTIP-Second-Draft-July_final.pdf)», 2016.

- KRIEBAUM, U., Human rights and international investment law, in Y. RADI (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham,, 2018, pp. 13–40 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00009.xml>].
- ———, Water and investment, in K. MILES (a cura di), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham,, 2019, pp. 69–106 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00009.xml>].
- KU, J. G., Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction Under the Alien Tort Statute, «*American Journal of International Law*» 107/4 10/2013, pp. 835–841.
- KUBE, V., *EU Human Rights, International Investment Law and Participation: Operationalizing the EU Foreign Policy Objective to Global Human Rights Protection*, Vol. 4, Springer International Publishing, Cham, 2019.
- KUBE, V. – PETERSMANN, E.-U., Human rights law in international investment arbitration, 2016 [<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/38985>].
- ———, Human rights law in international investment arbitration, in A. GATTINI – A. TANZI – F. FONTANELLI (a cura di), *General principles of law and international investment arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, pp. 221–268.
- KURTZ, J., The use and abuse of WTO law in investor–state arbitration: competition and its discontents, «*European Journal of International Law*», 20/3, 2009, pp. 749–771.
- ———, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge University Press,, 2016.
- KYNAST, B., Legal barriers to remunicipalisation? Trade agreements and

- investor–state investment protection in water services, «Water Alternatives» 12/2, 2019, pp. 334–347.
- LANG, J., Symposium on the international regulation of foreign direct investment: Keynote address, «Cornell International Law Journal» 31/3 1998, pp. 455–466.
  - LANG, A., World trade law after neoliberalism: Reimagining the global economic order, Oxford University Press, 2011.
  - LEGUM, B., Investment Disputes under NAFTA: an Annotated Guide to NAFTA Chapter 11 by Meg N Kinnear, Andrea K Bjorklund, and John F.G Hannaford, «Arbitration International», 24/2, 2008, pp. 347–350.
  - LEGUM, B. – PETCULESCU, I., GATT Article XX and international investment law, in R. ECHANDI – P. SAUVÉ (a cura di), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge University Press, 2013, pp. 340–362  
[[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139565479%23c03586-22-1/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139565479%23c03586-22-1/type/book_part)].
  - LEHANE, G., Human rights at the World Bank Group, in Y. RADI (a cura di), Research Handbook on Human Rights and Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 186–219  
[<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00014.xml>].
  - LEVASHOVA, D. Y., The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law, «Utrecht Law Review» 14/2, 2018, pp. 40–55.
  - ———, The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment, Kluwer Law International, B.V, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2019.
  - LEVASHOVA, Y. – AINI, K., Investment Law: The Implementation of CSR under Indonesian Laws and the Indonesian BITs: A Lack of Coherency?, in T. E. LAMBOOY – KONSTITUSI PRESS (a cura di), CSR in Indonesia: legislative developments and case studies, Konstitusi Press, Jakarta, Indonesia, 2013.

- LÉVESQUE, C., The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy, in R. ECHANDI – P. SAUVÉ (a cura di), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 363–370 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139565479%23c03586-23-1/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139565479%23c03586-23-1/type/book_part)].
- LEVIN, M., Tobacco industry uses trade pacts to try to snuff out anti-smoking laws [<http://www.nbcnews.com/news/investigations/tobacco-industry-uses-trade-pacts-try-snuff-out-anti-smoking-flna1C7317536>], consultato il 28/8/2022.
- LIM, C. L. (a cura di), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- ———, Investments and human rights in Asia, in Y. RADI (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, 28/12/2018 [<https://china.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00025.xml>].
- LINARELLI, J. – SALOMON, M. E. – SORNARAJAH, M., *The Misery of International Law*, Vol. 1, Oxford University Press, 2018.
- LIPSON, C., *Standing guard: protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth centuries*, University of California Press, Berkeley Los Angeles London, 2020.
- LIU, P. (a cura di), *Trends and impact of foreign investment in developing country agriculture: evidence from case studies*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2013.
- LLAMZON, A., Yukos Universal Limited Isle of Man v the Russian Federation: the state of the ‘Unclean Hands’ doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha, «*ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*» 30/2, 2015, pp. 315–325.
- LLAMZON, A. – SINCLAIR, A., Investor wrongdoing in investment arbitration: standards governing issues of corruption, fraud, misrepresentation and other investor misconduct, «*Legitimacy: myths, realities, challenges*», 2015,

pp. 451–530.

- LOBEL, N. – FERMEGLIA, M., Investment protection and unburnable carbon: Competing commitments in international investment and climate governance, «Diritto del commercio internazionale»/4, 2018, pp. 945–976.
- LÓPEZ ESCARCENA, S., Indirect expropriation in international law, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2014.
- LUKE, E., Environment and human rights in an investment law frame, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 150–173 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00012.xml>].
- LUTTRELL, S., Green multilateralism: ‘mega FTAs’ and the changing interface between environmental regulation and investment protection, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 264–291 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00017.xml>].
- MAGRAW, D. – CHENNOUFI, L. – COWLING, K. – LEVA, C. – DRIMMER, J. – GIORGETTI, C. – LEE, Y. – LOW, J. – MAGRAW, K. – MCCAFFREY, S. – FIGUEROA, G. – PUIG, S. – ROSEMBERG, A., Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change, «Journal of International Arbitration» 36, 2/2019, pp. 95–134.
- MANDELBAUM, J. – LOUTIT, J., Extractive industry investments and human rights, in Y. RADI (a cura di), Research Handbook on Human Rights and Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 345–413 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00021.xml>].
- MANN, H., Private rights, public problems: a guide to NAFTA’S controversial chapter on investor rights, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001.
- ———, Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exceptions Clauses Create a Safe Haven for Governments, 2007.

- ———, Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development, «Lewis & Clark L. Rev.» 17:2, 2013, pp. 521–544.
- ———, The Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: House of Commons submission, 2013 [<https://www.iisd.org/publications/report/canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-house-commons-submission>].
- ———, International Investment Agreements, Business, and Human Rights: Key Issues and Opportunities, International Institute for Sustainable Development, 2008.
- MANN, H. – VON MOLTKE, K. – PETERSON, L. E. – COSBEY, A., IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2005.
- MARCOUX, J.-M., Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality?, «Leiden Journal of International Law» 34/1, 2021, pp. 109–126.
- MARRELLA, F., Manuale di diritto del commercio internazionale, Wolters Kluwer CEDAM, Padova, 2020.
- MARTINI, C., Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting, «The International Lawyer» 50/3, 2017, pp. 529–584.
- MATHEWS, R. – DEVITRE, D., New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* - Kluwer Arbitration Blog [<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia/>], consultato il 12/12/2023.
- MAY, J. R. – DAYO, T., Dignity and Environmental Justice in Nigeria: The Case of *Gbemre v. Shell*, «Widener L. Rev.», 25, 2019, pp. 269.
- MAYEDA, G., Integrating Environmental Impact Assessments into International Investment Agreements: Global Administrative Law and Transnational Cooperation, «The Journal of World Investment & Trade» 18/1,

2017, pp. 131–162.

- MBENGUE, M. M., The notion of preamble, in *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law Online Edition*, Oxford University Press Oxford, 2008.
- ———, Critical Assessment of Reparation in International Environmental Law, «Proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law» 110, 2016, pp. 293–297.
- MCCAFFREY, S. C. – LEB, C. – DENOON, R. T. (a cura di), *Research handbook on international water law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, 2019.
- MCCORQUODALE, R. – SIMONS, P., Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law, «The Modern Law Review» 70/4, 2007, pp. 598–625.
- MEHRANVAR, L. – SASMAL, S., The Role of Investment Treaties and Investor–State Dispute Settlement ISDS in Renewable Energy Investments, «Columbia Center on Sustainable Investment» 2022 [[https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable\\_investment/5](https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment/5)].
- MENDES, E., *Global governance, human rights, and international law: combating the tragic flaw*, Routledge, Abingdon, Oxon [UK] ; New York, 2022.
- MERRILL, E. – BRAUCH, M. – SACHS, L., International Investment Governance and Achieving a Just Zero-Carbon Future, «Columbia Center on Sustainable Investment», 2022 [[https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable\\_investment/3](https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment/3)].
- MIHALACHE-O’KEEF, A. – LI, Q., Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of Foreign Direct Investment on Food Security in Less Developed Countries, «International Studies Quarterly» 55/1, 2011, pp. 71–93.
- MILES, K., *The origins of international investment law empire, environment and the safeguarding of capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- MITCHELL, A. D. – HENCKELS, C., Variations on a theme: comparing the concept of necessity in international investment law and WTO law, «Chi. J. Int’l L.» 14, 2013, pp. 93.
- MOLOO, R., A comment on the Clean Hands doctrine in international law,

- «Inter Alia», 2010, pp. 39.
- MOLOO, R. – KHACHATURIAN, A., The compliance with the law requirement in international investment law, «Fordham Int'l LJ» 34, 2010, pp. 1473.
  - MONEBHURRUN, N., Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model, «Journal of International Dispute Settlement» 8/1, 2017, pp. 79–100.
  - MORGERA, E., Human Rights Dimensions of Corporate Environmental Accountability, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 511–524 [<https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151970930>].
  - MOROSINI, F. – BADIN, M. R. S., The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments ACFI: A New Formula for International Investment Agreements?, «Investment Treaty News» 6/3, 2015, pp. 3–5.
  - MOUYAL, L. W., International investment law and the right to regulate: a human rights perspective, Routledge, London New York, 2018.
  - MUCHLINSKI, P., Negotiating New Generation International Investment Agreements, in S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), Shifting Paradigms in International Investment Law, Oxford University Press, 2016, pp. 41–64 [<https://academic.oup.com/book/25332/chapter/192346991>].
  - ———, Advanced introduction to business and human rights, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022.
  - NAPOLITANO G. (a cura di), Foreign Direct Investment screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti, Il Mulino, 2020.
  - NEDUMPARA, J. J. – LADDHA, A., Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), Handbook of International Investment Law and Policy, Springer Singapore, Singapore, 2020, pp. 1831–1851 [[http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_82-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_82-1)].
  - NEWCOMBE, A., Sustainable development and investment treaty law, «The

- Journal of World Investment & Trade» 8/3, 2007, pp. 357–407.
- ———, General exceptions in international investment agreements, «Sustainable development in world investment law», 2008, pp. 363–364.
  - ———, The use of general exceptions in IIAs: increasing legitimacy or uncertainty?, in A. L. C. DE MESTRAL – C. LÉVESQUE (a cura di), Improving international investment agreements Routledge research in international economic law, Routledge, Abingdon, Oxon ; New York, 2013, pp. 267–284.
  - NEWCOMBE, A. P. – PARADELL, L., Law and practice of investment treaties: standards of treatment, Wolters Kluwer Law & Business ; Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Frederick, MD, 2009.
  - NGOBENI, L., Do the SALINI Criteria apply to the Definition of an Investment provided in Annex 1 of the, 2006 and, 2016 SADC Protocol on Finance and Investment? An Assessment, «Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad», 23/1, 2020.
  - NILSSON, M. – PERSSON, Å., Policy note: Lessons from environmental policy integration for the implementation of the, 2030 Agenda, «Environmental Science & Policy» 78 12/2017, pp. 36–39.
  - NINO, M., «Land grabbing», sovranità territoriale e diritto alla terra dei popoli indigeni, «Diritti umani e diritto internazionale»/1, 2016, pp. 185–208.
  - O'KEEFE, P. J., Foreign Investment and the World Heritage Convention, «International Journal of Cultural Property» 3/2 1994, pp. 259–266.
  - ODUMOSU-AYANU, I. T., Local communities, environment and development: the case of oil and gas investment in Africa, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 480–503 [https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00028.xml].
  - OECD (a cura di), Regulatory impact assessment, OECD Publishing, Paris, 2020.
  - ———, The future of Investment treaties – Track 1 sustainability cluster

- Illustrative case study on goals and challenges in treaty policy – exceptions clauses Note by the Secretariat, 2021 [<https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD20211/en/pdf>].
- ———, Survey of climate policies for investment treaties 11/10/2022 [<https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/WD20223/en/pdf>].
  - ORELLANA, M. A., The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment, «Yearbook of International Environmental Law» 17/1 1/1/2006, pp. 48–72.
  - ORTINO, F., Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford University PressOxford, 10/9/20091, pp. 344–366 [<https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151958409>].
  - ———, Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing, «Leiden Journal of International Law» 30/1 3/2017, pp. 71–91.
  - OSTRANSKY, J., How Can States Use Exceptions in Treaties to Defend Tobacco Control Legislation?, «Transnational Dispute Management TDM» 9/5, 2012.
  - PAINE, J., Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the social license of foreign investments and applying new style investment treaties, «ICSID Review-Foreign Investment Law Journal» 33/2, 2018, pp. 340–348.
  - PAINE, J. – SHEARGOLD, E., A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties, «Journal of International Economic Law», 26/2 11/5/2023, pp. 285–304.
  - ———, Shoehorning Substance into a Procedural Mandate? The Right to Regulate and UNCITRAL Working Group III 7/9/2023 [<https://www.ejiltalk.org/shoehorning-substance-into-a-procedural-mandate-the-right-to-regulate-and-uncitral-working-group-iii/>], consultato il 12/10/2023.
  - PAPILLON, M. – RODON, T., Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada, «Environmental Impact Assessment Review» 62, 2017, pp. 216–224.

- PAUWELYN, J., The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus, «The American Journal of International Law» 109/4, 2015, pp. 761–805.
- ———, , in L. BARTELS – F. PADDEU (a cura di), Exceptions in International Law, Oxford University Press, 18/6/2020, pp. 88–149 [<https://doi.org/10.1093/oso/9780198789321.003.0006>].
- PAVONI, R., Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford University Press Oxford, 10/9/2009, pp. 525–556 [<https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151972892>].
- PAZARTZIS, P. – MERKOURIS, P., Permutations of Responsibility in International Law, Brill | Nijhoff, 11/2/2019.
- PEEL, J., The use of science in environment-related investor-state arbitration, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 244–263 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00016.xml>].
- PEELS, R. – ECHEVERRIA, E. – AISSI, J. – SCHNEIDER, A., Corporate Social Responsibility in International Trade and Investment Agreements: Implications for States, Business and Workers, 29/4/2016 [[http://www.ilo.org/global/research/publications/papers/WCMS\\_476193/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/research/publications/papers/WCMS_476193/lang--en/index.htm)].
- PERKINS, R., Environmental leapfrogging in developing countries: A critical assessment and reconstruction, «Natural Resources Forum», 27/3 8/2003, pp. 177–188.
- PERRONE, N. M., The international investment regime and local populations: are the weakest voices unheard?, «Transnational Legal Theory» 7/3, 2/7/2016, pp. 383–405.
- ———, The “Invisible” Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime, «AJIL Unbound» 113, 2019, pp. 16–21.

- PETERSMANN, E. U., Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication?, in P.-M. DUPUY – E.-U. PETERSMANN – F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press Oxford, 10/9/2009, pp. 3–42 [<https://academic.oup.com/book/7245/chapter/151923931>].
- ———, *Human Rights in International Investment Law and Adjudication: Legal Methodology Questions*, Springer, 2020.
- PLUMMER, M. G. – CHEONG, D. – HAMANAKA, S., *Methodology for Impact Assessment of Free Trade Agreements*, Asian Development Bank, 2011.
- J. POHL, Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence, 2018 [<https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment->].
- POLANCO LAZO, R. – MELLA, R., Investment arbitration and human rights cases in Latin America, in Y. RADII (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 41–92 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00010.xml>].
- POLANCO LAZO, R. – NADAKAVUKAREN, K., Legal opinion on right to regulate, 28/7/2023 [<https://www.isdc.ch/media/2375/23-016-e-avis.pdf>].
- POLANCO, R., *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?*, Cambridge University Press, 10/1/2019.
- POON, F. – POPOVA, I. C., From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties, «BCDR International Arbitration Review», 2/Issue, 2 1/12/2015, pp. 223–260.
- POTEITÀ, M., Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept, «Icsid Review», 28/1, 2013, pp. 88–122.
- ———, Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements How Far Have We Gone?, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns* Routledge research in international economic law, Routledge,

- Abingdon, Oxon, 2014, pp. 231–250.
- PUIG, S., The merging of international trade and investment law, «Berkeley J. Int'l L.» 33, 2015.
  - PURVIS, B. – MAO, Y. – ROBINSON, D., Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins, «Sustainability Science» 14/3 5/2019, pp. 681–695.
  - QUIRICO, O., Investment governance between the Energy Charter Treaty and the European Union: resolving regulatory conflicts, Brill Nijhoff, Leiden, 2021.
  - ———, From Investment Protection to Sustainability via a Multilateral Investment Court: The EU and a New Universal Model for International Investment Agreements?, in O. QUIRICO – K. KWAPISZ WILLIAMS (a cura di), The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements, Springer Nature Singapore, Singapore, 2023, pp. 57–73 [[https://link.springer.com/10.1007/978-981-99-2329-8\\_4](https://link.springer.com/10.1007/978-981-99-2329-8_4)].
  - RADI, Y., Realizing human rights in investment treaty arbitration: a perspective from within the international investment law toolbox, «NCJ Int'l L. & Com. Reg.» 37, 2011, pp. 1107.
  - ——— (a cura di), Research handbook on human rights and investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA, 2018.
  - ———, Introduction: taking stock of the societal and legal interplay between human rights and investment, in Y. RADI (a cura di), Research Handbook on Human Rights and Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 1–11.
  - REGAN, D. H., The meaning of 'necessary' in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost–benefit balancing, «World Trade Review» 6/3 11/2007, pp. 347–369.
  - REINER, C. – SCHREUER, C., Human rights and international investment arbitration, in P.-M. DUPUY – F. FRANCONI – E.-U. PETERSMANN, Human rights and international investment arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 82–97.
  - RIGO SUREDA, A., Investment treaty arbitration: judging under uncertainty, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2012.
  - ROBERT-CUENDET, S., Protection of the environment and international

investment law, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 596–618

[<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781785369841/9781785369841.00030.xml>].

- ROMANIN JACUR, F., *Promoting Investments in Sustainable Development Through Multilateral Environmental Agreements*, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns* Routledge research in international economic law, Routledge, Abingdon, Oxon, 2014, pp. 170–190.
- ———, *Corporate Social Responsibility in Recent Bilateral and Regional Free Trade Agreements: An Early Assessment*, «*European Foreign Affairs Review*», 23/Issue 4 1/12/2018, pp. 465–483.
- RUDALL, J., *The Tribunal with a Toolbox: On Perenco v Ecuador, Black Gold and Shades of Green*, «*Journal of International Dispute Settlement*» 11/3 1/9/2020, pp. 485–500.
- ———, *Greening International Investment Agreements*, in D. DAM-DE JONG – F. AMTENBRINK (a cura di), *Netherlands Yearbook of International Law*, 2021 *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 52, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2023, pp. 133–160 [[https://link.springer.com/10.1007/978-94-6265-587-4\\_6](https://link.springer.com/10.1007/978-94-6265-587-4_6)].
- RUDRA, N., *Globalization and the race to the bottom in developing countries: who really gets hurt?*, Cambridge University Press, Cambridge, UK ; New York, 2008.
- RUGGIE, J. G., *The social construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *Research handbook on human rights and business*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 63–86.
- SABANOGULLARI, L., *The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice – Investment Treaty News* [<https://www.iisd.org/itn/en/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>], consultato il 17/12/2023.

- SACERDOTI, G., *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale*, Giuffrè, 1972.
- ———, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, Vol., 269, Nijhoff, 1997.
- ———, *Appeal and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the WTO appellate review*, in E.-U. PETERSMANN (a cura di), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997, pp. 245–280.
- ———, *Investment Protection and Sustainable Development*, in S. HINDELANG – M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, 21/1/2016, pp. 19–40 [<https://academic.oup.com/book/25332/chapter/192345533>].
- SACERDOTI, G. – ACCONCI, P. – VALENTI, M. – DE LUCA, A., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- SACHS, LISA - SAUVANT, KARL P., *BITs, DTTs, and FDI Flows: An Overview*, in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SANDS, P. – PEEL, J. – FABRA AGUILAR, A. – MACKENZIE, R., *Principles of international environmental law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom ; New York, NY, USA, 2018 Fourth edition.
- SAUVANT, K., *Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies*, in KARL. P., SAUVANT, *International investment yearbook, 2008–2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 214–272.
- ———, *The evolving international investment law and policy regime: ways forward*, «E15 Task Force on Investment Policy – Policy Options Paper. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development ICTSD and World Economic Forum», 2016.
- ———, *Multinational Enterprises and the Global Investment Regime: Toward Balancing Rights and Responsibilities*, in CHAISSE J. – CHOUKROUNE L.– JUSOH S. (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*,

- Springer Singapore, Singapore, 2020, pp. 1783–1831  
[[https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_127-1](https://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_127-1)].
- SAUVANT, K. P. – MANN, H., Towards an indicative list of FDI sustainability characteristics, «Geneva: ICTSD and WEF», 2017.
  - SAUVANT, K. P. – ORTINO, F., Improving the international investment law and policy regime: options for the future, Ministry for Foreign Affairs of Finland Helsinki, 2013.
  - SCHACHERER, S., Sustainable development in EU foreign investment law, Brill Nijhoff, Leiden ; Boston, 2021.
  - SCHACHERER, S. – HOFFMANN, R. T., International investment law and sustainable development, in M. KRAJEWSKI – R. HOFFMANN, Research Handbook on Foreign Direct Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 563–595, [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781785369841/9781785369841.00029.xml>].
  - SCHILL, S. W., Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?, «Journal of International Arbitration», 24/Issue 5 1/10/2007, pp. 469–477.
  - ———, Illegal investments in investment treaty arbitration, «The Law & Practice of International Courts and Tribunals» 11/2, 2012, pp. 281–323.
  - ———, The OECD guidelines for multinational enterprises and international investment agreements: converging universes, «Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper», 2019–18, 2018, pp. 63–78.
  - SCHILL, S. – BRIESE, R., “If the state considers”: self-judging clauses in international dispute settlement, «Max Planck Yearbook of United Nations Law Online» 13/1, 2009, pp. 61–140.
  - SCHNEIDERMAN, D., International Investment Law’s Unending Legitimation Project, «Loy. U. Chi. LJ» 49, 2017, pp. 229.
  - SCHREMPF-STIRLING, J. – WETTSTEIN, F., Beyond guilty verdicts: Human rights litigation and its impact on corporations’ human rights policies, «Journal of Business Ethics» 145, 2017, pp. 545–562.
  - SCHREUER, C. H. – MALINTOPPI, L. – REINISCH, A. – SINCLAIR, A.,

- The ICSID Convention A Commentary, Cambridge University Press, 23/7/2009.
- SCISO, E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, G. Giappichelli, Torino, 2021.
  - SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY, *Akwé: Kon voluntary guidelines for the conduct of cultural, environmental and social impact assessment regarding developments proposed to take place on, or which are likely to impact on, sacred sites and on lands and waters traditionally occupied or used by indigenous and local communities*, 2004.
  - SEIF, I., *Business and Human Rights in International Investment Law: Empirical Evidence*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore, 2020, pp. 1–24 [[http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_26-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_26-1)].
  - SEIFI, J. – JAVADI, K., *The Consequences of the “Clean Hands” Concept in International Investment Arbitration*, in *Asian Yearbook of International Law*, Volume 19, 2013, Brill Nijhoff, 2018, pp. 122–170.
  - SHELTON, D., *International Environmental Law: 3rd Edition*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2021.
  - SILVA, E. C. – ZHU, X., *Emissions trading of global and local pollutants, pollution havens and free riding*, «*Journal of Environmental Economics and Management*» 58/2, 2009, pp. 169–182.
  - SIMMA, B., *Foreign investment arbitration: a place for human rights?*, «*International and Comparative Law Quarterly*» 60/3 7/2011, pp. 573–596.
  - SIMMA, B. – KILL, T., *Harmonizing investment protection and international human rights: first steps towards a methodology*, in C. BINDER – U. KRIEBAUM – A. REINISCH – S. WITTICH (a cura di), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press Oxford, 21/5/2009, pp. 678–707 [<https://academic.oup.com/book/43020/chapter/361391729>].
  - SKOGLY, S. I. – GIBNEY, M., *Transnational human rights obligations*, «*Human Rights Quarterly*», 24/3, 2002, pp. 781–798.
  - SOLOWAY, J., *NAFTA’s Chapter 11: Investor Protection, Integration, and the*

Public Interest, in J. J. KIRTON, *Sustainability, Civil Society and International Governance: Local, North American and Global Contributions*, Taylor and Francis, London, 2017 First edition, pp. 137–176.

- SORNARAJAH, M., *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2015.
- ———, Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment, «*Journal of International Economic Law*», 23/2 17/8/2020, pp. 413–429.
- ———, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SPEARS, S. A., The quest for policy space in a new generation of international investment agreements, «*Journal of International Economic Law*» 13/4, 2010, pp. 1037–1075.
- ———, Making way for the public interest in international investment agreements, in C. BROWN – K. MILES (a cura di), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 17/11/2011, pp. 271–297  
[[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9781139043809A025/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9781139043809A025/type/book_part)].
- STEININGER, S., What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration, «*Leiden Journal of International Law*» 31/1 3/2018, pp. 33–58.
- STERN, B., The Contours of the Notion of Protected Investment, «*ICSID Review*», 24/2 1/9/2009, pp. 534–551.
- STOLL, P.-T. – ABEL, P., *The relevance of CETA's international investment protection for the EU precautionary principle*, 2017.
- STONE, R. W. – WANG, Y. – YU, S., Chinese Power and the State-Owned Enterprise, «*International Organization*» 76/1, 2022, pp. 229–250.
- STUMBERG, R., *Securing American Sovereignty: A Review of the United States' Relationship with the WTO: Hearing Before the Subcomm. on Federal Financial Management, Government Information, and International Security of the S. Comm. on Homeland Security and Governmental Affairs, 109th Cong.*,

July 15, 2005 Statement of Professor Robert K. Stumberg, Geo. UL Center, 2005.

- TAMAYO, A. B., The New Federalism in Mexico and Foreign Economic Policy: An Alternative Two-Level Game Analysis of the Metalclad Case, «Latin American Politics and Society» 43/4, 2001, pp. 67–90.
- TANZI, A., Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector: Problems and Prospects for an Integrated Approach, in T. TREVES – F. SEATZU – S. TREVISANUT (a cura di) Foreign investment, international law and common concerns, Routledge, 2013, pp. 318–335.
- ———, Bridging the Gap between International Investment Law and the Right of Access to Water, in Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment, Eleven International Publishing, 2016, pp. 187–214.
- TELESETSKY, A., International investment law and biodiversity, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 131–149 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00011.xml>].
- TIENHAARA, K., What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries, «Global Environmental Politics» 6/4 11/2006, pp. 73–100.
- ———, Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science, in C. BROWN – K. MILES (a cura di) (a cura di), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge University Press, 17/11/2011, pp. 606–628 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9781139043809A040/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9781139043809A040/type/book_part)].
- ———, Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement, «Transnational Environmental Law» 7/2 7/2018, pp. 229–250.
- ———, Does the green economy need investor-state dispute settlement?, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law,

Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 292–311 [https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00018.xml].

- TIGNINO, M., Private investments and the human right to water, in Y. RADI (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.
- TITI, A., *The right to regulate in international investment law*, Nomos, Baden-Baden [Germany], 2014 1st edition.
- ———, *The Right to Regulate in International Investment Law Revisited*, «International and Comparative Law Research Center», 2022.
- TÓFOLI, R. M. – DIAS, R. M. – ZAIA ALVES, G. H. – HOEINGHAUS, D. J. – GOMES, L. C. – BAUMGARTNER, M. T. – AGOSTINHO, A. A., Gold at what cost? Another megaproject threatens biodiversity in the Amazon, «*Perspectives in Ecology and Conservation*» 15/2 4/2017, pp. 129–131.
- TORAL, M. – SCHULTZ, T., The state, a perpetual respondent in investment arbitration? Some unorthodox considerations, in MICHAEL WAIBEL, ASHA KAUSHAL, KYO-HWA CHUNG, CLAIRE BALCHIN, *The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality*, 2010, pp. 577–602.
- TREVES, T. – SEATZU, F. – TREVISANUT, S. (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns*, Routledge, London New York, 2015 First issued in paperback.
- TREW S., The false hopes and empty promises of investment treaty modernization [https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization/], consultato il 17/12/2023.
- TROPPER, J., *Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is not Near* 4/11/2022 [https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/], consultato il 28/11/2023.
- UN OHCHR, *Open call for input for Working Group on Business and Human Rights’ report on “Human Rights-compatible International Investment Agreements IAs”*, 2021 [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Sub

missions/CSOs/20210331-Open-call-for-input\_WGonBHR\_IAs\_H\_de-Anzizu.pdf].

- ———, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Philip Alston, A/HRC/29/31, 2015.
- UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement ISDS Draft provisions on procedural and cross-cutting issues. Note by the Secretariat., 2023 [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp\_231\_advance\_copy.pdf].
- UNCTAD, World Investment Report 1996 1996.
- ———, The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives: Proceedings of the Expert Meeting Held in Geneva from 6 to 8 November, 2002, UN, 2003.
- ———, Expropriation - A Sequel: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 21/2/2013.
- ———, The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014, 2014.
- ———, World Investment Report, 2017, 2017
- ———, UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 2018 edition, 2018 [https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD\_Reform\_Package\_2018.pdf].
- ———, Investor-state dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in, 2019, 2019.
- ———, World Investment Report, 2021, 2021.
- ———, International Investment Policies and Public Health, 2021.
- ———, Review of, 2020 Investor-State Arbitration Decisions: IIA reform issues at a glance/2, 2022.
- ———, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments, 2022 [https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments].
- ———, Facts on investor-state arbitrations in, 2021: with a special focus on tax-related isds cases, 2022 [https://unctad.org/system/files/official-

document/diaepcbinf2021d7\_en.pdf], consultato il 18/11/2022.

- ———, World Investment report, 2023, 2023.
- ———, Investment policy framework for sustainable development, United Nations New York and Geneva, 2015.
- ———, Incentives and foreign direct investment, United Nations, New York 1996.
- ——— (a cura di), Taking of property, United Nations, New York, 2000.
- VADI, V., Environmental impact assessment in investment disputes: Method, governance and jurisprudence, «polish yearbook of international law»/30, 2010, pp. 169–204.
- ———, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, 13/3/2014.
- ———, Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals, «Vand. J. Transnat'l L.» 48, 2015, pp. 1285.
- ———, Human rights and investments at the WTO, in Y. RADI (a cura di), Research Handbook on Human Rights and Investment, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 158–185 [https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781782549116/9781782549116.00013.xml].
- ———, Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration, in K. MILES (a cura di), Research Handbook on Environment and Investment Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 464–479 [https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00027.xml].
- ———, Investing in Culture: Underwater Cultural Heritage and International Law, «Vand. J. Transnat'l L.» 42, 2009, pp. 853.
- VAN AAKEN, A., International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis, «Journal of International Economic Law» 12/2 1/6/2009, pp. 507–538.
- VAN HARTEN, G., Reforming the system of international investment dispute settlement, in C. L. LIM (a cura di), Alternative Visions of the International Law

- on Foreign Investment, Cambridge University Press, 29/2/2016, pp. 103–130 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316488317%23CN-bp-4/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316488317%23CN-bp-4/type/book_part)].
- VANDER STICHELE, M. – VAN BENNEKOM, S., Investment agreements and Corporate Social Responsibility CSR: contradictions, incentives and policy options, 2005.
  - VANDEVELDE, K., A comparison of the, 2004 and 1994 US Model BITs: rebalancing investor and host country interests, in KARL. P. SAUVANT (a cura di), Yearbook on international investment law & policy, Vol., 2009, 2008, pp. 282–316.
  - ———, Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation, Oxford University Press, Oxford ; New York, N.Y, 2010.
  - ———, Rebalancing through Exceptions, «Lewis & Clark Law Review» 17, 2013, pp. 449.
  - ———, The liberal vision of the international law on foreign investment, in C. L. LIM (a cura di), Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 29/2/2016, pp. 43–68 [[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316488317%23CN-bp-2/type/book\\_part](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316488317%23CN-bp-2/type/book_part)].
  - VANDUZER, J. A. – SIMONS, P. – MAYEDA, G., Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators, Commonwealth Secretariat, 2013.
  - VENTURINI, G. (a cura di), Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale, Giappichelli editore, Torino, 2009.
  - VIÑUALES, J. E., Foreign investment and the environment in international law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
  - ———Foreign Investment and the Environment in International Law, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, [<https://www.cambridge.org/core/books/foreign-investment-and-the-environment-in-international-law/normative-priority-between-different-legal-systems/6FDB7B2F6129463242FA41C5B200F885>].

- ———, Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments, «ICSID Review» 32, 2017 [<https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/262908>].
- ———, Foreign investment and the environment in international law: current trends, in K. MILES (a cura di), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 12–37 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00007.xml>].
- ———, Defence Arguments in Investment Arbitration, «ICSID Reports» 18, 2020, pp. 9–108.
- ———, Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law, in L. BARTELS – F. PADDEU, *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 65–87.
- VIOLI, F., la sovranità permanente degli stati sulle risorse naturali ed il fenomeno del land grabbing, [<https://air.unimi.it/handle/2434/251304?mode=full>], 2015, consultato il 12/12/2023.
- VIOLI, F., The practice of land grabbing and its compatibility with the exercise of territorial sovereignty, in F. ROMANIN JACUR – A. BONFANTI – F. SEATZU, *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective*, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, pp. 15–37.
- VIVIANI, A., Land grabbing e diritti umani, «Diritti umani e diritto internazionale»/1, 2016, pp. 209–233.
- VON BERNSTORFF, J., Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility. Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalten eigener Unternehmen im Ausland?, «Archiv des Völkerrechts» 49/1, 2011, pp. 34–63.
- WAIBEL, M. (a cura di), *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2010.
- WAR ON WANT, ISDS files: *Agro EcoEnergy v Tanzania*, 2019 [<https://waronwant.org/resources/isds-files-agro-ecoenergy-v-tanzania>],

consultato il, 27/1/2023.

- WELLS, L. T. – AHMAD, R., *Making foreign investment safe: property rights and national sovereignty*, Oxford University Press, Oxford ; New York, 2007.
- WOOD, C., *Environmental impact assessment: a comparative review*, Routledge, Oxfordshire, England, 2013 Second edition.
- WORLD BANK, *The practice of responsible investment principles in larger scale agricultural investments. Implications for corporate performance and impact on local communities*.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future Brundtland Report 1987* [<https://www.are.admin.ch/are/en/home/medien-und-publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/brundtland-report.html>].
- YACKEE, J. W., *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of International Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*, «*Law & Society Review*» 42/4, 2008, pp. 805–832.
- ———, *Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment-some hints from alternative evidence*, «*Va. J. Int'l L.*» 51, 2010, pp. 397.
- YENGOH, G. T. – STEEN, K. – ARMAH, F. A. – NESS, B., *Factors of vulnerability: How large-scale land acquisitions take advantage of local and national weaknesses in Sierra Leone*, «*Land Use Policy*» 50 1/2016, pp. 328–340.
- YOTOVA, R., *Balancing economic objectives and environmental considerations in new EU investment agreements: a brave new world?*, in K. MILES (a cura di), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 379–407 [<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784714628/9781784714628.00023.xml>].
- ZAGEL, G. M., *Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law*, in J. CHAISSE – L. CHOUKROUNE – S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapore, 2020, pp. 1933–1986 [[http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_57-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_57-1)].

- ZAMIR, N., The Police Powers Doctrine in International Investment Law, «Manchester Journal of International Economic Law» 14, 2017, pp. 318.
- ZANNONI, D., The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty, «Leiden Journal of International Law» 33/2 6/2020, pp. 451–466.
- ZARRA, G., Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration: An Analysis Through the Lens of State of Necessity, «Journal of International Arbitration» 34/Issue 4 1/8/2017, pp. 653–678.
- ———, International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors, in M. BUSCEMI – N. LAZZERINI – L. MAGI – D. RUSSO (a cura di), Legal Sources in Business and Human Rights, Brill | Nijhoff, Leiden, 21/5/2020, pp. 52–73 [https://brill.com/view/book/edcoll/9789004401181/BP000005.xml].
- ZHANG, S., Human Rights and International Investment Agreements: How to Bridge the Gap?, «The Chinese Journal of Comparative Law» 7/3 1/12/2019, pp. 457–483.
- ZHENG, J. – SHENG, P., The Impact of Foreign Direct Investment FDI on the Environment: Market Perspectives and Evidence from China, «Economies» 5/1 6/3/2017, pp. 8.
- ZHU, Y., Corporate social responsibility and international investment law: tension and reconciliation, «NJCL», 2017, pp. 90.
- ZUGRAVU-SOILITA, N., How does Foreign Direct Investment Affect Pollution? Toward a Better Understanding of the Direct and Conditional Effects, «Environmental and Resource Economics» 66/2, 2/2017, pp. 293–338.

### GIURISPRUDENZA CITATA

- Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz formerly Spence International Investments and others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2 (30/5/2017).
- Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33 (3/11/2015).
- Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16 (8/11/2010).
- Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants Netherlands v. Sweden, ICJ, (28/11/1958).
- Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21 (30/11/2017).
- Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No., 2009-04 (17/3/2015).
- Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, (27/10/1989).
- Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, (24/7/2008).
- Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, (27/12/2016).
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PetroEcuador (7/2/2017).
- Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARBAF/05/2 (18/9/2009).
- Case of the Kichwa indigenous people of Sarayaku v. Ecuador, Inter-American Court of Human Rights, (27/6/2012).
- Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, (21/1/2016).
- Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL formerly Crompton Corporation v. Government of Canada, (2/8/2010).
- Chevron Corporation USA and Texaco Petroleum Company USA v. The

Republic of Ecuador, PCA Case No. 34877).

- Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador II, PCA Case No., 2009-23).
- Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No., 2009-04 (17/3/2015).
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, award (6/12/2016).
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (12/5/2005).
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID, No. ARB/96/1, (17/02/2000).
- Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No., 2012-2 (15/3/2016).
- Cortec Mining Kenya Limited, Cortec Pty Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, (22/10/2018).
- Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARBAF/11/2 (4/4/2016).
- David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3 (18/9/2018).
- Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17 (6/2/2008).
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, (18/08/08).
- EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/17/33 (13/4/2022).
- Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41 (9/9/2021).
- Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (13/11/2000).
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, (22/5/2007).

- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25 (16/8/2007).
- Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL (8/6/2009).
- Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARBAF/09/1).
- Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL (12/1/2011).
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 (18/6/2010).
- Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL (15/12/2014).
- Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26r, (2/8/2006).
- Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/14/5 (3/6/2021).
- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20 (11/12/2013).
- John R. Andre v. Canada notice of intent (19/3/2010).
- L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3 (12/7/2006).
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (3/10/2006).
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 (16/4/2009).
- Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24 (30/3/2015).
- Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No., 2012-17, (24/3/2016).
- Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARBAF/97/1 (30/8/2000).
- Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5 (6/6/2008).
- Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3

- (4/10/2013).
- Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL (3/8/2005).
  - Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARBAF/07/4, (20/2/2015).
  - MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, (25/5/2004).
  - Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12 (14/10/2016).
  - Pantechniki S.A. Contractors & Engineers Greece v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30/7/2009).
  - Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (11/9/2007).
  - Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, (27/9/2019).
  - Peter A. Allard v. The Government of Barbados, PCA Case No., 2012-06, (27/6/2016).
  - Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5 (15/4/2009).
  - Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARBAF/07/01 (4/8/2010).
  - Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, (27/8/2008).
  - Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, (27/9/2012).
  - Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, (23/8/2022).
  - Romak S.A. Switzerland v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, (26/11/2009).
  - The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3 (6/5/2013).
  - Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARBAF/12/5).
  - RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands,

ICSID Case No. ARB/21/4.

- D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (30/12/2002).
- Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20 (14/7/2010).
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4 (31/7/2001).
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (17/3/2006).
- SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, (22/5/2014).
- Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8 (3/8/2004).
- South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No., 2013-15, (22/11/2018).
- Southern Pacific Properties Middle East Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, (20/5/1992).
- Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1 (7/12/2011).
- The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru [I], ICSID Case No. UNCT/13/1 (9/11/2016).
- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, (26/7/2007).
- Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL (12/6/2012).
- United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WTO Appellate Body, (21/11/2001).
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26 (8/12/2016).
- Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/15t, (25/5/2018).
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 (8/5/2008).
- Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6 (8/3/2017).
- Yukos Capital Limited formerly Yukos Capital SARL v Russian Federation, UNCITRAL Geneva Tribunal, PCA Case No., 2013-31, (23/7/2021).

