

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXIII

Settore Concorsuale: 12/E1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/13

IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI TRA
TUTELA DELL'INVESTITORE E PREROGATIVE STATALI NEL
PERSEGUIMENTO DEL PRINCIPIO DELLO SVILUPPO
SOSTENIBILE

Presentata da: Dott. Nico Longo

Coordinatore Dottorato:

**Chiar.mo Prof.
Renzo Orlandi**

Supervisore:

**Chiar.mo Prof.
Attila M. Tanzi**

Esame finale anno 2021

Ringraziamenti

Intendo sentitamente ringraziare per questo lavoro di tesi il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI), alla cui Carriera diplomatica appartengo, per avermi permesso di svolgere questo triennio di dottorato di ricerca, ed in particolar modo per la formazione professionale ricevuta da due colleghi, con cui ho collaborato alla DGMO-Direzione Generale per la Mondializzazione e le Questioni Globali dal 2015 al 2017. Il loro insegnamento è alla base del mio cammino di ricerca. Un sentito ringraziamento va quindi al Cons. Amb. Ugo Colombo Sacco di Albiano, con il quale ho avuto l'onore e la fortuna di collaborare, per avermi svezato allo studio della Responsabilità Sociale d'Impresa e per le sue fondamentali direttive, alla base del Cap. IV della presente tesi. Un caloroso ringraziamento va quindi al Min. Plen. Sergio Mercuri, Coordinatore per i temi della sostenibilità presso il MAECI dal 2016 al 2020, con il quale ho collaborato fianco a fianco dal 2015, approfondendo i temi dell'Agenda ONU 2030. All'Università di Bologna va un sentito ringraziamento per aver ospitato la mia attività di ricerca, ed *in primis* al Professor Attila Tanzi, mio supervisore, che con le Sue approfondite ed appassionate analisi sul diritto internazionale degli investimenti ha illuminato e dato linfa vitale all'impostazione del mio lavoro. Ringrazio altresì la Professoressa Elisa Baroncini per avermi coinvolto con sincero entusiasmo nei suoi molteplici progetti durante il triennio. Un ringraziamento va anche al dott. Gian Maria Farnelli per i suoi sempre preziosi suggerimenti. Ringrazio inoltre i due revisori, il Professor Pietro Gargiulo e il Professor Giuseppe Nesi, per gli utili commenti alla precedente versione del testo. Un ringraziamento va infine ai miei genitori e a mio fratello, per avermi accolto e dato paziente supporto nel triennio di dottorato.

Roma, 2 febbraio 2021

N.L.

*“And He shall judge among the nations, and shall rebuke many people:
and they shall beat their swords into plowshares,
and their spears into pruning hooks.
Nation shall not lift up sword against nation,
neither shall they learn war any more”.*

*“Egli sarà giudice fra le genti e sarà arbitro fra molti popoli.
Forgeranno le loro spade in vomeri,
le loro lance in falci;
un popolo non alzerà più la spada contro un altro popolo,
non si eserciteranno più nell’arte della guerra”*

La Sacra Bibbia, Isaia 2,4.

Indice

| | |
|---|-----|
| Lista delle abbreviazioni | 9 |
| Introduzione..... | 11 |
| | |
| Capitolo 1. Lo sviluppo sostenibile e l'Agenda ONU 2030..... | 15 |
| 1.1 La genesi del concetto: il Rapporto Brundtland..... | 16 |
| 1.2 I Principi di Rio per lo sviluppo sostenibile | 20 |
| 1.3 Dagli MDGs a Rio+20 | 30 |
| 1.4 L'Agenda ONU 2030 e gli SDGs..... | 37 |
| 1.4.1 SDG 7 e SDG 13: il nesso clima-energia..... | 46 |
| 1.4.2 SDG 16: <i>rule of law</i> e lotta alla corruzione internazionale | 57 |
| 1.5 Considerazioni conclusive..... | 62 |
| | |
| Capitolo 2. Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale..... | 63 |
| 2.1 Lo <i>status</i> giuridico dell'Agenda 2030 e la prassi di adempimento degli SDGs ... | 64 |
| 2.2 Lo sviluppo sostenibile nel panorama del <i>treaty-law</i> | 77 |
| 2.3 Lo <i>status</i> dello sviluppo sostenibile secondo la dottrina..... | 85 |
| 2.4 Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel <i>case-law</i> | 98 |
| 2.5 Considerazioni conclusive..... | 106 |
| | |
| Capitolo 3. Lo sviluppo sostenibile nel <i>treaty-law</i> tra tutela dell'investitore e prerogative statali | 109 |
| 3.1 I <i>non-trade values</i> nel WTO..... | 111 |
| 3.2 Aspetti procedurali e sostanziali degli IIAs..... | 119 |
| 3.3 La crisi percepita del sistema ISDS e modernizzazione degli IIAs..... | 127 |
| 3.4 Il ruolo riformatore dell'UE: Mega Regionals, CETA e sistema ISDS..... | 151 |
| 3.5 Lo sviluppo sostenibile nel panorama recente degli IIAs | 175 |
| 3.6 Le clausole di sostenibilità | 182 |
| 3.7 Considerazioni conclusive..... | 195 |
| | |
| Capitolo 4. La responsabilità sociale d'impresa per gli investitori | 198 |
| 4.1 Genesi ed evoluzione della RSI | 200 |
| 4.2 Il Global Compact ed altre iniziative auto-regolatorie..... | 206 |
| 4.3 UN Guiding Principles on Business and Human Rights..... | 212 |
| 4.4 Le Linee Guida OCSE | 218 |
| 4.5 Le rendicontazioni di sostenibilità..... | 220 |
| 4.6 Verso obblighi diretti in capo agli investitori..... | 225 |
| 4.7 Considerazioni conclusive..... | 238 |

| | |
|---|-----|
| Capitolo 5. Il bilanciamento di interessi <i>Investor-State</i> nel <i>case-law</i> | 240 |
| 5.1 Lo sviluppo sostenibile e l'interpretazione dei trattati..... | 241 |
| 5.2 Il ruolo del precedente giurisprudenziale..... | 254 |
| 5.3 Le innovazioni procedurali al sistema ISDS..... | 260 |
| 5.3.1 Il requisito di <i>clean hands</i> e le clausole di legalità..... | 261 |
| 5.3.2 L' <i>amicus curiae</i> | 275 |
| 5.3.3 Le <i>counterclaims</i> | 281 |
| 5.3.4 UNCITRAL Rules on Transparency..... | 285 |
| 5.4 Le frontiere di tutela dei diritti nel recente <i>case-law</i> | 287 |
| 5.4.1 Il caso <i>Iron Rhine</i> | 293 |
| 5.4.2 Il caso <i>Philip Morris</i> | 298 |
| 5.4.3 Il caso <i>Urbaser</i> | 303 |
| 5.5 Considerazioni conclusive..... | 311 |
| | |
| Conclusioni..... | 313 |
| Bibliografia..... | 317 |
| Giurisprudenza..... | 321 |

Lista delle abbreviazioni

| | |
|--------|---|
| ACFI | Agreement for Cooperation and Facilitation of Investments |
| ACHPR | African Commission on Human and Peoples' Rights |
| AEEP | Africa-EU Energy Partnership |
| AFCFTA | African Continental Free Trade Area |
| AICS | Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo |
| AREI | Africa Renewable Energy Initiative |
| ASviS | Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile |
| BHR | Business and Human Rights |
| BIT | Bilateral Investment Treaty |
| CCSI | Columbia Center on Sustainable Investment |
| CEM | Clean Energy Ministerial |
| CETA | Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada |
| CGUE | Corte di Giustizia dell'Unione Europea |
| CIG | Corte Internazionale di Giustizia (ICJ, <i>International Court of Justice</i>) |
| CITES | Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora |
| COMESA | Common Market for Eastern and Southern Africa |
| CoP | Conference of the Parties |
| CPA | Corte Permanente di Arbitrato |
| CPTPP | Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership |
| CUP | Cambridge University Press |
| CVDT | Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati |
| ECLAC | Economic Commission for Latin America and the Caribbean |
| ECOSOC | United Nations Economic and Social Council |
| ECOWAS | Economic Community of West African States |
| ECT | Energy Charter Treaty |
| EITI | Extractive Industries Transparency Initiative |
| ESG | Environmental, Social and Governance |
| FAO | Food and Agriculture Organization |
| FET | Fair and Equitable Treatment |
| FTA | Free Trade Agreement |
| GRI | Global Reporting Initiative |
| HLPF | High-level Political Forum on Sustainable Development |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| IDE | Investimenti Diretti Esteri (FDI, <i>Foreign Direct Investments</i>) |
| IEC | International Energy Charter |
| IEF | International Energy Forum |
| IIA | International Investment Agreement |
| IIED | International Institute for Environment and Development |
| IISD | International Institute for Sustainable Development |
| ILA | International Law Association |
| ILC | International Law Commission |
| IPCC | Intergovernmental Panel on Climate Change |
| IRENA | International Renewable Energy Agency |
| ISDS | Investor-State Dispute Settlement |
| JEFTA | Japan-EU Economic Partnership Agreement |
| JPOI | Johannesburg Plan of Implementation |
| MAECI | Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale |
| MATTM | Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare |

| | |
|----------|--|
| MDGs | Millennium Development Goals |
| MEAs | Multilateral Environmental Agreements |
| MFN | Most Favoured Nation |
| MISE | Ministero per lo Sviluppo Economico |
| NAFTA | North American Free Trade Agreement |
| OCSE | Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD, <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>) |
| OIL | Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO, <i>International Labour Organization</i>) |
| OMC | Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO, <i>World Trade Organization</i>) |
| OMS | Organizzazione Mondiale della Salute (WHO, <i>World Health Organization</i>) |
| ONG | Organizzazioni non governative (NGOs, <i>Non-Governmental Organisations</i>) |
| ONU | Organizzazione delle Nazioni Unite (UN, <i>United Nations</i>) |
| OUP | Oxford University Press |
| PCN | Punto di Contatto Nazionale |
| PTPA | United States-Peru Trade Promotion Agreement |
| RCEP | Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement |
| RSI | Responsabilità Sociale d'Impresa (CSR, <i>Corporate Social Responsibility</i>) |
| SADC | Southern African Development Community |
| SDGs | Sustainable Development Goals (OSS, Obiettivi di Sviluppo Sostenibile) |
| Se4All | Sustainable Energy for All |
| TFUE | Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea |
| TNCs | Transnational Corporations |
| TPNW | Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons |
| TUE | Trattato sull'Unione Europea |
| UK | United Kingdom |
| UNCAC | United Nations Convention Against Corruption |
| UNCBD | United Nations Convention on Biological Diversity |
| UNCCD | United Nations Convention to Combat Desertification |
| UNCED | United Nations Conference on Environment and Development |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| UNCTAD | United Nations Conference on Trade and Development |
| UNECE | United Nations Economic Commission for Europe |
| UNEP | United Nations Environment Programme |
| UNESCO | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization |
| UNFCCC | United Nations Framework Convention on Climate Change |
| UNGA | United Nations General Assembly |
| UNGC | United Nations Global Compact |
| UNPRI | United Nations Principles for Responsible Investments |
| UNRIAA | United Nations Reports of International Arbitral Awards |
| UNSDG | United Nations Sustainable Development Group |
| US | United States |
| USMCA | United States-Mexico-Canada Agreement |
| VNRs | Voluntary National Reviews |
| WCED | World Commission on Environment and Development |
| WSSD | World Summit on Sustainable Development |

Introduzione

Quando il 25 settembre 2015 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò la Risoluzione A/RES/70/1 “*transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*”, meglio nota come Agenda ONU 2030, un complesso processo politico internazionale durato decenni veniva finalmente raggiunto, consacrando a livello globale lo sviluppo sostenibile. L'Agenda ONU contiene 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) da raggiungere entro il 2030: un piano d'azione universale “*for people, planet and prosperity*”, come lo definisce il preambolo della Risoluzione, rivolto a tutti gli Stati (“*[a]ll countries and all stakeholders [...] will implement this plan*”; [...] *This is an Agenda of unprecedented scope and significance. It is accepted by all countries and is applicable to all*”, par. 5).¹ L'Agenda ONU detta la sfida planetaria per eccellenza per il decennio 2020-2030, in risposta alle emergenze climatiche ed ambientali, ma anche al modo di fare investimenti e di intendere il “progresso scorsoio”,² figlio di una globalizzazione senza regole e senza etica. Il Rapporto *Better Business, Better World* della *Business & Sustainable Development Commission* stima che porre gli SDGs al centro della strategia economica mondiale da qui al

¹ Le traduzioni in italiano degli Obiettivi e dei *targets* dell'Agenda 2030 presenti nel testo sono fornite dal Centro Regionale di Informazione delle Nazioni Unite (UNRIC, www.unric.org/it). È disponibile anche una traduzione della stessa Risoluzione A/RES/70/1, cfr. <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>.

² ZANZOTTO, *In questo progresso scorsoio. Conversazione con Marzio Breda*, Milano, ed. Garzanti, 2009.

2030 potrebbe generare una crescita pari a circa 12mila miliardi di Euro di nuova ricchezza e 380 milioni di nuovi posti di lavoro.³

Gli investimenti diretti esteri (IDE) permettono alle società straniere investitrici di creare valore e ricchezza per sé e per il Paese ospite dell'investimento (c.d. *Host State*) attraverso nuove infrastrutture, opportunità di formazione, trasferimento di *know-how*. Uno sviluppo che con l'Agenda ONU 2030 si pone su di un sentiero di crescita sostenibile in ambito ambientale, economico e sociale (“*[w]e are committed to achieving sustainable development in its three dimensions - economic, social and environmental- in a balanced and integrated manner*”, par. 2). Muovendo dall'impulso dell'Agenda ONU 2030 e dal suo appello al “*no one will be left behind*” (par. 4), che riecheggia nella coeva preoccupazione del Santo Padre Francesco di “*unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale*” (punto n. 13 dell'Enciclica *Laudato Si'*), il presente lavoro intende analizzare come lo sviluppo sostenibile possa fornire un fertile apporto al diritto internazionale degli investimenti.

La ricerca ripercorre la genesi storica e gli sviluppi che lo hanno caratterizzato nell'ambito del *soft law* onusiano dal 1987 fino all'avvento dell'Agenda ONU 2030 (Capitolo 1), per poi analizzare quali ne siano gli elementi caratterizzanti ed il suo attuale *status* giuridico, attraverso i contributi della dottrina, della prassi degli Stati, del fenomeno di “*treatification*” con riferimento al recente panorama del *treaty-law*, fino al suo esame in alcune pronunce delle Corti internazionali (Capitolo 2). Tale sforzo, necessariamente evolutivo, nel definire il principio dello sviluppo sostenibile, servirà a capire come esso possa ergersi a nuovo paradigma nel diritto internazionale degli investimenti. La presente ricerca ne sostiene il ruolo per aiutare a colmare le fisiologiche disparità di partenza tra i giocatori della partita *Investor-State*, tra tutela dell'investitore e prerogative statali, come

³ B&SDC, *Better Business, Better World. Executive Summary*, 2017, secondo cui “[a]chieving the Global Goals opens up US\$12 trillion of market opportunities” nei quattro ambiti dell'agro-alimentare, sviluppo urbano, energia, sanità. La Commissione è stata creata a Davos nel 2016 e riunisce imprese, mondo della finanza e società civile con l'obiettivo di mappare i vantaggi derivanti dal raggiungimento degli SDGs, cfr. <http://businesscommission.org>.

principio in grado di fare breccia e contribuire alla soluzione delle dispute in materia di investimenti tra investitori e *Host States*.

La definizione di tale ruolo si iscrive in un momento storico in cui il diritto internazionale degli investimenti, a sessant'anni ormai dal primo BIT (*Bilateral Investment Treaty*), affronta varie critiche affiancate ad altrettanti progetti di riforma, con un acceso dibattito fra i vari schieramenti, in particolare sullo strumento di risoluzione delle liti ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), meccanismo al quale solo gli investitori hanno accesso.

Si tratta di sforzi tesi a modernizzare il frammentato panorama degli oltre 3000 IIAs in vigore (*International Investment Agreements*), che confermano al contempo la vitalità di tale branca del diritto internazionale. Come nota SAUVANT, “[t]he regime has served international investors well. Yet, it needs to serve host countries more to maintain its legitimacy”.⁴ Il ruolo innovatore dello sviluppo sostenibile viene esaminato al Capitolo 3 come strumento per riconoscere e garantire lo *State’s right to regulate*, il diritto statale a legiferare a garanzia di preminenti interessi pubblici, quali la salvaguardia dei diritti umani e dell’ambiente, ma anche per introdurre clausole di sostenibilità che riflettano negli IIAs contenuti e principi ad esso sottesi. Tali clausole esprimono il contributo dello sviluppo sostenibile anche per esigere condotte responsabili in capo agli investitori stranieri ed in particolar modo si riferiscono alla Responsabilità Sociale d’Impresa (RSI), come insieme di regole volontarie di condotta affermatesi nel diritto internazionale. Il Capitolo 4 affronta l’affascinante prospettiva di come tali clausole della RSI possano essere utilizzate per dare contenuto e modellare negli IIAs forme di responsabilità di condotta in capo agli investitori stranieri.

Infine, l’analisi dei lodi emessi dai diversi tribunali arbitrali per la soluzione delle dispute tra investitori stranieri e *Host State* aiuterà a capire, nel Capitolo 5, in che misura e con quali margini di successo i principi sottesi allo sviluppo sostenibile abbiano fatto breccia nella logica decisionale e nel *case-law*. Grazie a questi

⁴ SAUVANT, *The state of the international investment law and policy regime*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 247 dell’11 marzo 2019, cfr. p. 1.

apporti, lo sviluppo sostenibile può pertanto aiutare a leggere le relazioni tra *Host State* ed investitori in termini più simmetrici, alla ricerca di un bilanciamento di interessi, radicando al tempo stesso una cultura dell'investimento con caratteristiche di sostenibilità.

* * *

Si precisa che le opinioni contenute nel presente lavoro di tesi sono espresse dall'Autore a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

Capitolo 1. Lo sviluppo sostenibile e l'Agenda ONU 2030

Il presente Capitolo ripercorre genesi ed evoluzione dello sviluppo sostenibile nel panorama onusiano fino all'adozione il 25 settembre 2015 da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (d'ora innanzi, "UNGA") dell'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile ("*Agenda for Sustainable Development*")⁵ che lo ha consacrato a livello globale. Questo *excursus* storico riguarda gli strumenti onusiani di *soft law*, attraverso i quali lo sviluppo sostenibile è apparso sulla scena internazionale ed è andato affermandosi per specificazioni successive. Si esamineranno al contempo i richiami agli investimenti in essi contenuti, come mezzo di promozione dello sviluppo sostenibile. Tali atti di *soft law* non fanno parte delle fonti formali richiamate all'art. 38 dello Statuto CIG⁶ annesso alla Carta ONU,⁷ ma non per questo sono giuridicamente irrilevanti. BOYLE notava che gli atti di *soft law* "*may lack the supposedly harder edge of a 'rule' or an 'obligation', but they are certainly not legally irrelevant. As such they constitute a very important form of law, which may be 'soft', but which should not be confused with 'non-binding' law*"⁸ e vi è chi, come SCHACHTER, si spinge a riconoscere efficacia vincolante agli strumenti

⁵ UNGA, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Ris. A/RES/70/1, adottata il 25 settembre 2015.

⁶ UNITED NATIONS, *Statute of the International Court of Justice* (I.C.J. Statute), 26 giugno 1945, in vigore dal 24 ottobre 1945, 3 Bevens 1179; 59 Stat. 1031; T.S. 993; 39 AJIL Supp. 215 (1945).

⁷ UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945, in vigore dal 24 ottobre 1945, 1 U.N.T.S. XVI.

⁸ BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 48(4), CUP, Cambridge, 1999, cfr. p. 907.

di *soft law* per mezzo della buona fede.⁹ Da tali strumenti può inoltre desumersi l'*opinio iuris sive necessitatis* degli Stati, che è elemento costitutivo, assieme alla *prassi* (o *diuturnitas*), della fonte consuetudinaria.¹⁰ Non va pertanto sottovalutata l'importanza degli strumenti di *soft law*, ed in particolare le Risoluzioni dell'UNGA -atti esortativi, con funzioni di raccomandazione in base all'art. 10 della Carta ONU-, perché essi possono contribuire ad accelerare l'evoluzione dello sviluppo sostenibile, sia dal punto di vista della specificazione dei suoi contenuti, che dello *status* normativo.¹¹ La reiterazione tralattizia dei contenuti dello sviluppo sostenibile in strumenti di *soft law* successivi nel tempo è un altro aspetto che ribadisce e rafforza la volontà degli Stati e che caratterizza il percorso temporale di questo Capitolo.

1.1 La genesi del concetto: il Rapporto Brundtland

Il concetto di sviluppo sostenibile compare per la prima volta a livello internazionale nel 1987 nel rapporto “*Our Common Future*” elaborato dalla *World Commission on Environment and Development* (WCED).¹² L'UNGA aveva

⁹ TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, 6^a ed., Padova, CEDAM, 2019, pp. 163-164. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 179-207.

¹⁰ Per la concezione dualistica delle norme di diritto internazionale generale, cfr. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2017, X ed., pp. 40-43. Una definizione della consuetudine internazionale (“*customary international law*”) è contenuta nel Trattato USMCA (cfr. *infra*, Cap. III), all'Allegato 14-A del Cap. 14, dedicato agli investimenti: “*a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation*”.

¹¹ VAN HARMELEN, VAN LEEUWEN, DE VETTE, *International Law of Sustainable Development: Legal Aspects of Environmental Security on the Indonesian Island of Kalimantan*, in *Prototype EnviroSecurity Assessments Kalimantan, Indonesia Part 2: Legal Analysis*. Institute for Environmental Security, The Hague, 2005, cfr. p. 17, in cui gli Autori evidenziano come “[...] *the relevance of soft law must not be underestimated, due to the very fact that the evolution of customary international law can be accelerated by the inclusion of principles in soft law agreements and in non-governmental declarations and resolutions*”. Secondo TANZI, va evidenziato come le Risoluzioni UNGA “*particolarmente in una prospettiva cumulativa, possano costituire prova dell'esistenza di una consuetudine, o risultare strumentali alla formazione di una nuova consuetudine, come espressione della opinio iuris degli Stati che hanno concorso alla loro adozione*”, cfr. TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, *ibid.*, p. 106.

¹² *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, UN Doc. A/42/427, 4 agosto 1987. Per una disanima della genesi dello sviluppo sostenibile,

affidato nel 1983 a tale Commissione il compito di redigere un rapporto sulla situazione mondiale della protezione dell'ambiente¹³ in relazione ai *trend* delle politiche di sviluppo economico.¹⁴ Tale documento è rimasto noto come *Rapporto Brundtland*, dal nome del Primo ministro norvegese, Gro Harlem Brundtland, che presiedeva la Commissione. Nel rispondere ai problemi sottesi alla relazione tra ambiente e sviluppo, il rapporto conia un nuovo strumento, introducendo così lo sviluppo sostenibile al punto n. 27 della parte introduttiva del rapporto (“*From one earth to one world*”): “[h]umanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs [...]”, come forma di sviluppo che risponde alle esigenze (“*needs*”) delle generazioni attuali senza compromettere la capacità di quelle future di soddisfare le loro. Nel rapporto Brundtland lo sviluppo sostenibile è un concetto non giuridico, programmatico, come interrelazione tra sviluppo e rispetto dell'ambiente in un'ottica di equità intergenerazionale,¹⁵ quella che dieci anni più tardi WEERAMANTRY chiamerà “*the*

cfr. BEYERLIN, *Sustainable Development*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, 2015; ATKINSON, DIETZ, NEUMAYER, AGARWALA, *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar Pub., 2^a ed., 2014; FRENCH, *Sustainable Development*, in FITZMAURICE, ONG, MERKOURIS (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2010, pp. 551-568; MAGRAW, HAWKE, *Sustainable Development*, in BODANSKY, BRUNNÉE, HEY (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, OUP, 2007, pp. 613-638; ELLIOTT, *An Introduction to Sustainable Development*. Routledge Perspectives on Development. London, ed. Routledge, 3^a ed., 2006; LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, ed. Il Mulino, 2006; SCHRIJVER, WEISS, *International law and sustainable development: principles and practice*. Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2004.

¹³ Un antecedente fu nel 1982 la c.d. *Carta Mondiale per la Natura* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (UNGA, *World Charter for Nature*, Ris. A/RES/37/7 del 28 ottobre 1982, UN doc. A/37/51), che -pur non menzionando lo sviluppo sostenibile- riconosceva nel preambolo la necessità di “*use natural resources in a manner which ensures the preservation of the species and ecosystems for the benefit of present and future generations*” e al punto n. 4 riconosceva, come principio generale, che “*ecosystems and organisms, as well as the land, marine and atmospheric resources that are utilized by man, shall be managed to achieve and maintain optimum sustainable productivity*”.

¹⁴ Al Cap. 1 punto n. 10, il rapporto si interroga sul fatto che “*many present development trends leave increasing numbers of people poor and vulnerable, while at the same time degrading the environment*”.

¹⁵ WEISS, *In fairness to future generations and sustainable development*, in *American University International Law Review-A.U.I.L.R.*, Vol. 8(1), Washington, 1992, pp. 19-26, ove l'Autore nota che “[s]ustainable development relies on a commitment to equity with future generations. This ethical and philosophical commitment acts as a constraint on a natural inclination to take

imperative of balancing the needs of the present generation with those of posterity”.¹⁶

Assieme alla definizione di sviluppo sostenibile, il rapporto cita anche quella di sostenibilità al cap. 2, punto 5 (“*[l]iving standards that go beyond the basic minimum are sustainable only if consumption standards everywhere have regard for long-term sustainability [...]*”) ed al punto 39 (“*[...] Sustainability requires views of human needs and well-being that incorporate such non-economic variables as education and health enjoyed for their own sake, clean air and water, and the protection of natural beauty*”). In tal senso, la sostenibilità è la proiezione dinamica, temporale (nel lungo periodo) dello sviluppo sostenibile, traducendosi nella qualità complessiva della crescita che le politiche di sviluppo sostenibile comportano.¹⁷ Lo sviluppo sostenibile implica un processo di cambiamento, teso ad orientare l’uso delle risorse naturali, tecnologie ed investimenti per i bisogni della generazione presente e di quelle future (cfr. punto n. 30: “*[y]et in the end, sustainable development is not a fixed state of harmony, but rather a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with future as well as present needs*”).¹⁸

advantage of our temporary control over the earth’s resources”, cfr. p. 19. Se la traduzione in inglese e quella italiana di sviluppo sostenibile evidenziano il nesso tra ambiente e sviluppo, quella in lingua francese (*développement durable*) ne mette meglio in risalto l’aspetto temporale.

¹⁶ *Separate Opinion* del giudice WEERAMANTRY alla sentenza CIG del 25 settembre 1997 sul caso *Gabčíkovo-Nagymaros* (vedi *infra*), p. 104.

¹⁷ SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden, Brill, 2008, ove l’Autore evidenzia la dimensione temporale come elemento costitutivo dello sviluppo sostenibile e nel fornire la definizione di sostenibilità, a p. 213: “*[...] the time element is inherent in the concept of sustainable development. This relates to sustainability in the most fundamental sense, which, at its base, always concerns temporality and, in particular, longevity. Hence, a sustainable system is usually defined as one which survives or persists*”.

¹⁸ La medesima definizione di sviluppo sostenibile, come processo antropico, è contenuta nella c.d. *Antigua Convention* del 2002, un Trattato non ancora entrato in vigore, teso a proteggere gli ecosistemi naturali delle aree costiere e marine degli Stati dell’America centrale che si affacciano sull’Oceano Pacifico nord-orientale. *Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific*, firmato il 18 febbraio 2002 ad Antigua (Guatemala), cfr. <https://www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/working-regional-seas/regional-seas-programmes/north-east-0>. La definizione di

Il rapporto ricorda il ruolo degli investimenti delle TNCs (*Transnational Corporations*) nell'incorporare tali *sustainable development criteria* ¹⁹ e come sia urgente riconoscere diritti e responsabilità degli individui e degli Stati per lo sviluppo sostenibile, anche modificando gli esistenti trattati internazionali “*in support of sustainable development*”,²⁰ dal momento che tale forma di sviluppo richiede un impegno sovranazionale (cfr. cap. 1, punto 52: “[*n*]o country can develop in isolation from others. Hence the pursuit of sustainable development requires a new orientation in international relations”). Il *Rapporto Brundtland* è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/RES/42/187 (96ma sessione plenaria dell'11 dicembre 1987), la quale nel preambolo auspica che lo sviluppo sostenibile diventi un “*central guiding principle*” non solo per l'ONU e per gli Stati, ma anche per i soggetti privati e le imprese (“[*b*]elieving that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises [...]”), facendo così evolvere il suo *status* da mero concetto a principio. Si tratta di una visione che denota la forza propulsiva ed evolutiva dello sviluppo sostenibile,

sviluppo sostenibile è contenuta all'art. 3(1)(a): “*For the purposes of this Convention: (a) 'Sustainable development' means the process of progressive change in the quality of life of human beings, which places them as the centre and primary subjects of development [...]. This process implies [...] full public participation, peaceful coexistence in harmony with nature, without prejudice to and ensuring the quality of life of future generations*”).

¹⁹ Vedasi il Cap. 3, par. 3 (*Ensuring responsibility in Transnational Investment*), punto n. 59: “[*i*n recent years, many developing countries have begun to take a more positive view of the role TNC investment can play in their development process [...]. For their part, many corporations have recognized the need to [...] pursue profit-seeking objectives within a framework of long-term sustainable development”; Cap. 12, punto n. 79: “[*e*]fforts are being made to stimulate private investment. These efforts should be geared to supporting sustainable development. The industrial and financial corporations making such investments, and the export credit, investment insurance, and other programmes that facilitate them, should incorporate sustainable development criteria into their policies”.

²⁰ Cfr. Cap. 12, punto n. 80: “[*n*]ational and international law has traditionally lagged behind events. [...] There is an urgent need: to recognize and respect the reciprocal rights and responsibilities of individuals and states regarding sustainable development, to establish and apply new norms for state and interstate behaviour to achieve sustainable development, to strengthen and extend the application of existing laws and international agreements in support of sustainable development [...]”.

in quanto diretto *erga omnes* e con un oggetto che l'Assemblea Generale già ampliava rispetto alla definizione Brundtland, affermando che esso deve includere (“*must include*”) anche gli aspetti sociali (“*satisfying human needs*”), tra cui spiccano la pace e la lotta alla povertà.²¹

1.2 I Principi di Rio per lo sviluppo sostenibile

Il primo momento di definizione dei contenuti dello sviluppo sostenibile avviene alla Conferenza ONU tenutasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992 (*United Nations Conference on Environment and Development, UNCED*)²², caratterizzata da ampia partecipazione e forte impatto mediatico, tanto da essere chiamata *Rio Earth Summit*,²³ tenutasi a venti anni di distanza dalla Conferenza dell'ONU

²¹ Cfr. punto n. 17 della Risoluzione (“*Calls upon Governments to involve non-governmental organizations, industry and the scientific community more fully in national and international activities to support efforts towards sustainable development;*”) e n. 5 (“*Concurs with the Commission that the critical objectives for environment and development policies which follow from the need for sustainable development must include preserving peace, reviving growth and changing its quality, remedying the problems of poverty and satisfying human needs, addressing the problems of population growth and of conserving and enhancing the resource base, reorienting technology and managing risk, and merging environment and economics in decision-making;*”).

²² *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992*, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I), Resolutions adopted by the Conference. (United Nations publication, Sales No. E.93.I.8).

²³ DODDS, STRAUSS, STRONG, *Only one Earth: the long road via Rio to sustainable development*, London, ed. Routledge, 2012; VIÑUALES, *The Rio Declaration on environment and development: a commentary*, OUP, 2015; PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, ed. Giuffrè, 1992, fasc. 3, pp. 705-712. Al Summit di Rio parteciparono 172 Stati, di cui 108 a livello di Capi di Stato o di Governo, cfr. <https://www.un.org/en/development/devagenda/sustainable.shtml>. Sul piano sociologico, le considerazioni sul rispetto della Terra, la nostra casa comune, contenute nel preambolo della Dichiarazione di Rio (“*Recognizing the integral and interdependent nature of the Earth, our home*”), sono state riprese nel 1994 dall'astronomo e divulgatore Sagan (1934-1996). Nell'omonimo libro a commento della “*Pale Blue Dot*”, una fotografia del nostro pianeta scattata nel 1990 a sei miliardi di chilometri di distanza dalla sonda Voyager 1, lo scrittore si riferisce a quel pallido puntino blu come “*the only home we've ever known*”, sottolineando la nostra responsabilità nel preservarlo. SAGAN, *Pale Blue Dot: a Vision of the Human Future in Space*, Ballantine Books, New York, 1994, cfr. Cap. 1: “[l]ook again at that dot. That's here. That's home. That's us. [...] The Earth is a very small stage in a vast cosmic arena [...]. Our planet is a lonely speck in the great enveloping cosmic dark [...]. There is perhaps no better demonstration of the folly of human conceits than this distant image of our tiny world. To me, it underscores our responsibility to deal more kindly with one another, and to preserve and cherish the pale blue dot, the only home we've ever known.”

sull'ambiente umano (*UN Conference on the Human Environment*, Stoccolma 5-16 giugno 1972). La Dichiarazione finale di Stoccolma²⁴ conteneva 26 principi che, pur non menzionando lo sviluppo sostenibile, esortavano gli Stati a politiche di integrazione di ambiente e sviluppo (cfr. principio n. 13: “[...] *States should adopt an integrated and coordinated approach to their development planning so as to ensure that development is compatible with the need to protect and improve environment for the benefit of their population*”). Rispetto al processo iniziato a Stoccolma nel 1972, il rapporto Brundtland nel 1987 dà veste a tali concetti coniando la definizione di sviluppo sostenibile, mentre l'UNCED nel 1992 ne specifica i contenuti nei due documenti conclusivi del Summit, entrambi adottati per *consensus*²⁵ il 14 giugno 1992: la *Dichiarazione di Rio*, composta da 27 principi, e l'*Agenda 21*, un corposo programma di attuazione sotto forma di raccomandazioni rivolte agli Stati. Inoltre, a Rio vennero aperte alla firma due *Convenzioni-quadro* in materia di cambiamenti climatici e biodiversità, e ne venne negoziata una terza, contro la desertificazione (*United Nations Framework Convention on Climate Change-UNFCCC*²⁶, *Convention on Biological Diversity-UNCBD*²⁷, *United Nations Convention to Combat Desertification-UNCCD*).²⁸

²⁴ *Stockholm Declaration on the Human Environment* (16 giugno 1972), in *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, UN Doc.A/CONF.48/14, at 2 and Corr.1. Come *follow-up* della Conferenza, venne creato il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (*United Nations Environment Programme*, UNEP), agenzia specializzata con sede a Nairobi, tesa a promuovere “*the coherent implementation of the environmental dimension of sustainable development within the United Nations system*” (cfr. <https://www.unenvironment.org/>).

²⁵ La procedura decisionale per *consensus*, invalsa nella prassi delle Organizzazioni internazionali, consiste nell'adozione di un atto senza che nessuno Stato membro si opponga, espressione di una volontà unanime per mezzo del silenzio o acquiescenza. Cfr. LANZONI, *L'acquiescenza nel diritto internazionale*, Tesi di dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche, Ciclo XXXII, Università di Bologna, 2020, pp. 123-124: “[...] *il meccanismo per consensus permette di derogare a una procedura formale passando direttamente all'adozione di un atto, purché nessuno Stato si opponga [...]. Il meccanismo per consensus si traduce dunque in una via di mezzo tra una votazione all'unanimità e una a maggioranza: da un lato, esso non richiede l'esplicita approvazione di tutti i votanti perché la decisione venga adottata. Dall'altro, garantisce un livello di consenso superiore rispetto a un procedimento a maggioranza, poiché una sola obiezione è suscettibile di inficiare la votazione*”.

²⁶ *United Nations Framework Convention on Climate Change*, fatta a New York il 9 maggio 1992, in vigore dal 21 marzo 1994, United Nations Treaty Series (U.N.T.S.) vol. 1771, n. 30822.

²⁷ *Convention on Biological Diversity*, fatta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, in vigore dal 29 dicembre 1993; U.N.T.S. 1760 n. 30619.

Tali *Convenzioni-quadro* si caratterizzano per la loro flessibilità, in quanto consistono in disposizioni di *soft law* in formato convenzionale, che dettano principi ed obiettivi, lasciando a Protocolli successivi l'attuazione di dettaglio. Attraverso tali Protocolli, gli Stati sono liberi di specificare, modulandoli gradualmente (“*stepwise approach*”), i contenuti del loro impegno. Si tratta di veri e propri Trattati, che vengono negoziati e adottati in seno ad un organo permanente delle *Convenzioni-Quadro*, le c.d. CoP (*Conferences of the Parties*).²⁹ La *Rio Declaration*, connotata dai suoi 27 principi, dà per la prima volta struttura allo sviluppo sostenibile. Come afferma BARRAL, essa è “*the structuring reference for sustainable development*”,³⁰ che viene testualmente citato in 12 principi su 27. Il principio n. 1 di Rio è quello “personalista”, a connotazione antropocentrica: “[*h*]uman beings are at the centre of concerns for sustainable development”. Tale impostazione viene ereditata dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, il cui principio n. 1 esordiva con una lista di diritti e responsabilità per l'uomo-artefice dell'ambiente in cui vive, ricordando che “[*m*]an has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations”.³¹

²⁸ *United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa*, fatta a Parigi il 17 giugno 1994, in vigore dal 26 dicembre 1996, U.N.T.S. 1954 n. 33480.

²⁹ Il grado di istituzionalizzazione di tali organi fa sì che si parli di “micro-organizzazioni” internazionali settoriali. Per partecipare agli incontri delle varie CoP, gli Stati devono presentare una Nota Verbale contenente le c.d. *credenziali*, con la composizione della delegazione nazionale che parteciperà ai lavori: il Capo delegazione (*Head of delegation*), uno o più vice (*Alternate*) ed i singoli delegati, conferendo al Capo delegazione i pieni poteri per la firma dei trattati approvati in seno alle CoP.

³⁰ BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law-EJIL*, Vol. 23(2), Oxford, OUP, 2012, p. 383. Altri Autori stigmatizzano l'aspetto che Rio non abbia presentato un concetto unificato di sviluppo sostenibile, ma piuttosto un insieme di principi e strumenti di cooperazione internazionale, cfr. PEREIRA ROLIM, *Reconciling Energy, the Environment and Sustainable Development*. Kluwer Law Intl., 2019, p.76; BANDI, SZABÓ, SZALAI, *Sustainability, Law and Public Choice*. Europa Law Publishing, Zutphen, 2014, p. 8.

³¹ In relazione alle dinamiche negoziali ed al complesso dibattito internazionale intervenuto tra le due Conferenze sui temi della protezione dell'ambiente tra paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo, vedasi PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di*

Il principio n. 4 di Rio è quello di integrazione tra protezione dell'ambiente e sviluppo economico: “[i]n order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it”. È un principio-cardine attraverso cui lo sviluppo sostenibile trova affermazione come legame indivisibile tra i due processi, laddove la protezione dell'ambiente deve costituire parte integrante dello sviluppo e non può essere considerata separatamente da esso. Nella ricerca della compatibilità tra sviluppo economico e tutela dell'ambiente, il principio di integrazione viene specificato, in dimensione temporale, dal principio n. 3, che introduce i concetti di equità intra ed inter-generazionale (“[t]he right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations”),³² ripresi dai principi n. 1 e n. 2 di Stoccolma (“protect and improve the environment for present and future generations”; “[t]he natural resources of the earth [...] must be safeguarded for the benefit of present and future generations”).³³

Il principio n. 5 di Rio è dedicato alla lotta alla povertà, definita requisito indispensabile per lo sviluppo sostenibile (“[...] eradicating poverty as an indispensable requirement for sustainable development”) ed esprime il pilastro sociale che emerge implicitamente dai dettami di Rio. Il n. 7 è il principio di

Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992), in *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, ed. Giuffrè, fasc. 3-4, 1994, pp. 493-513.

³² L'equità inter-generazionale del principio n. 3 verrà ripresa nel 1996 in un importante parere consultivo della CIG, che comprende le generazioni future nella definizione di ambiente, inteso come lo spazio dove vivono gli esseri umani e da cui dipende la qualità della loro vita e salute: “the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn”, cfr. par. 29 dell'Advisory Opinion “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, dell'8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226. Del pari, il Trattato sulla proibizione delle armi nucleari, in vigore dal 2021, pur non citando lo sviluppo sostenibile, afferma nel preambolo l'imperativo etico del disarmo (“[a]cknowledging the ethical imperatives for nuclear disarmament”) e l'importanza di preservare le generazioni presenti e quelle future (“the health of current and future generations”, “the risks and consequences of nuclear weapons for current and future generations”) all'insegna di una “sustainable peace and security”. Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW), adottato a New York il 7 luglio 2017, in vigore dal 22 gennaio 2021, CN.478.2020.Treaties-XXVI-9.

³³ BIFULCO, D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, ed. Jovene, 2008.

cooperazione tra gli Stati “*in a spirit of global partnership*” per preservare gli ecosistemi terrestri, declinato in termini di equità intra-generazionale o di “*responsabilità comuni ma differenziate*”.³⁴ Pertanto, gli Stati industrializzati sono gravati da maggiori oneri in base al principio di prevenzione, avendo essi sfruttato e inquinato per primi l’ambiente nei loro cicli di sviluppo: la priorità dell’uso giustifica, per ragioni di equità, il maggiore sforzo ad essi richiesto.

I principi 8, 9, 12 possono essere classificati come “lavoristi”, in quanto il lavoro e la produzione, così come la scienza e la tecnica che li rendono possibili, devono compiersi secondo percorsi di sostenibilità ed i prodotti, frutto del lavoro, devono poter circolare in un sistema economico internazionale aperto (cfr. principio 12: “[...] *promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and sustainable development in all countries [...]*”).

I principi 20, 21 e 22 sono accomunati dal principio “pluralista” o di eguaglianza: donne, giovani, popoli indigeni concorrono su basi di pari dignità sociale allo sviluppo sostenibile.

I principi 24 e 25 definiscono insieme l’assioma “irenista”, secondo il quale pace e sviluppo sostenibile sono interdipendenti (“[w]arfare is inherently destructive of sustainable development [...]”; “[p]eace, development and environmental protection are interdependent and indivisible”). In tal senso vanno anche le lungimiranti considerazioni del giudice della CIG, WEERAMANTRY, che considera lo sviluppo sostenibile un importante prerequisito per la pace.³⁵

³⁴ ROSSI, *Lo Sviluppo del Diritto Internazionale dell’Ambiente nella Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia*, tesi di laurea, Univ. LUISS, 2015, pp. 43-46.

³⁵ WEERAMANTRY, *Universalising International Law*, Leiden-Boston, Martinus-Nijhoff, 2004, p. 446: “*Exploitation of the Earth’s resources without regard to the future and the destruction of the environment are among the principal contemporary causes of global tension. Herein lie the seeds of future conflicts and sustainable development is an insurance against those conflicts and possibly wars of the future. [...] True peace is impossible without justice. A principal element of justice is economic justice. Economic justice is impossible without sustainable development. Sustainable development is thus an important prerequisite of peace.*” Tale passaggio e la relazione di mutua dipendenza tra la pace e lo sviluppo sostenibile vengono evidenziati da VOIGT, *Environmentally Sustainable Development and Peace: What Role for International Law?*, Research Paper Series No. 2015-23, University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, 2014, cfr.

Il principio 27 è quello “adempitivo” e di sviluppo progressivo del diritto internazionale per lo sviluppo sostenibile: “*States and people shall co-operate in good faith and in a spirit of partnership in the fulfilment of the principles embodied in this Declaration and in the further development of international law in the field of sustainable development*”. Esso contiene una disposizione finale di chiusura, richiamando gli Stati all’adempimento dei precedenti principi, aprendoli al contempo ad un cammino evolutivo, che l’Agenda 21 specifica al Cap. 39, par. 39.1(a) nel “*further development of international law on sustainable development, giving special attention to the delicate balance between environmental and developmental concerns*”. La Dichiarazione di Rio non solo dà struttura allo sviluppo sostenibile, ma diventa anche “*law-developing resolution*”, punto di partenza per l’evoluzione delle norme internazionali di tutela dell’ambiente.³⁶

L’Agenda 21 esorta inoltre ai parr. 39.1(e),(f) a condurre i negoziati per il “*progressive development and codification of international law on sustainable development*” coinvolgendo tutti gli Stati (“*on a universal basis*”) e ad avvalersi per tali futuri progetti dei lavori della Commissione di Diritto Internazionale dell’ONU.³⁷ Introducendo il riferimento alla codificazione -quale fenomeno ricognitivo di norme consuetudinarie non scritte- l’Agenda 21 sembra avvalorare un processo formativo già in atto di tali fonti consuetudinarie sullo sviluppo sostenibile. L’evoluzione dello sviluppo sostenibile è favorita inoltre dal meccanismo di *follow-up* previsto dall’UNCED, con la creazione in seno alle

p. 176. La pace ricorre nel preambolo dell’Agenda ONU 2030: “[w]e are determined to foster peaceful, just and inclusive societies which are free from fear and violence. There can be no sustainable development without peace and no peace without sustainable development.” Tali considerazioni emergono anche nel motto di Papa Pio XII, Eugenio PACELLI: *pax opus iustitiae* (la pace è l’opera della giustizia), cfr. CHENAUX, MORELLO, VALENTE, *Pio XII-L’Uomo e il Pontificato (1876-1958)*. Pontificio Comitato di Scienze Storiche, Libreria Ed. Vaticana, 2009.

³⁶ MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell’ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2017, cfr. pp. 13-14: “[l]a Dichiarazione presenta quindi le caratteristiche di una *law-developing resolution*, nel duplice senso che essa ha concorso ai processi formativi di norme consuetudinarie ambientali ed è stata utilizzata come punto di riferimento per la conclusione dei successivi accordi internazionali”.

³⁷ TANZI, *Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in Luigi Ferrari Bravo, *Il diritto internazionale come professione*, a cura di G. NESI, P. GARGIULO, Napoli, Ed. Scientifica, 2015, pp. 151 ss.

Nazioni Unite della *Commission on Sustainable Development* (UNCSD), rimasta operativa per un ventennio (1992-2012), col compito anche di “*enhance international cooperation and rationalize the intergovernmental decision-making capacity for the integration of environment and development issues*” (cfr. par. 38.11 dell’Agenda 21).

I principi di Rio sopra richiamati (ad eccezione del n. 3) fanno *expressis verbis* riferimento allo sviluppo sostenibile. Gli altri principi, pur non richiamandolo *per tabulas*, contribuiscono anch’essi a specificarne i contenuti. Così, il principio n. 2 contiene il divieto di inquinamento transfrontaliero (“*States have [...] the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction*”). Esso riproduce alla lettera il principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972, che a sua volta recepisce la giurisprudenza in materia, risalente allo storico caso *Fonderia di Trail* del 1941 (“*under the principles of international law [...] no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another [...] when the case is of serious consequence*”).³⁸ Il principio introduce in materia ambientale un dovere di diligenza (*due diligence*) come obbligo di comportamento per lo Stato di vigilare ed evitare che attività pericolose sul proprio territorio cagionino danni significativi all’ambiente di un altro Stato. Si tratta di un corollario del principio generale di buon vicinato, contenuto nel preambolo e all’art. 74 della Carta ONU, nonché del principio generale della buona fede, riassumibili entrambi nel brocardo latino “*sic utere tuo ut alienum non laedas*”.

Altri principi di Rio che specificano il contenuto dello sviluppo sostenibile sono quello partecipativo (n. 10), precauzionale (n. 15) e la valutazione dell’impatto ambientale (V.I.A. o *Environmental Impact Assessment*, n. 17), i quali possono

³⁸ *Trail smelter arbitration (USA v. Canada)*, 1941, in UNRIAA, III, p. 1965.

considerarsi come principi procedurali ³⁹ nel realizzare lo sviluppo sostenibile.⁴⁰ In particolare, merita attenzione il principio 10 (“*[e]nvironmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level*”) che afferma la partecipazione pubblica nei processi decisionali in ambito ambientale come “*fundamental prerequisite*” per lo sviluppo sostenibile (cfr. Agenda 21, Cap. 23, par. 23.2). Esso discende dall’art. 21.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 (“*ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese*”) ⁴¹ ed istituzionalizza la partecipazione in materia ambientale come forma di *good governance* dell’azione pubblica tesa a promuovere scelte inclusive, condivise, sancendo l’*ownership* del progetto da parte della collettività, quasi a far diventare le relative decisioni un atto complesso, al quale concorrono due volontà, dello Stato e della popolazione coinvolta. Il principio 10 si articola in tre sotto-principi: oltre alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali, esso contempla l’accesso all’informazione (“*each individual shall have appropriate access to information concerning the environment*”) come forma di trasparenza che è il presupposto per una corretta partecipazione al processo di *decision-making*, obbligando le Autorità pubbliche a rendere disponibili e conoscibili all’esterno le informazioni rilevanti (“*States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely*

³⁹ BOYLE; FREESTONE, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, OUP, Oxford, 1999, pp. 8-16. MONTINI, *The Role of Legal Principles for Environmental Management*, in CLINI, MUSU, GULLINO (eds.), *Sustainable Development and Environmental Management. Experiences and case studies*, ed. Springer, 2008, pp. 17-31.

⁴⁰ Il principio n. 17 di Rio introduce la V.I.A. come strumento preventivo a livello nazionale (“*[e]nvironmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment [...]*”), quando sia probabile che tali attività abbiano un significativo impatto negativo sull’ambiente. Nei casi invece di incertezza scientifica sul nesso di causalità tra una data attività umana ed i danni all’ambiente, entra in gioco il principio n. 15, che obbliga a non rimandare la tutela, ma ad agire adottando comunque misure preventive a protezione dell’ambiente, proporzionate al rischio paventato. Si tratta del principio di precauzione, da adottare ogniqualvolta la migliore scienza e tecnica del momento non siano in grado di provare con certezza l’esistenza di un nesso di causalità tra attività antropica e danno ambientale nei casi in cui “*[w]here there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*”.

⁴¹ UNGA, *Universal Declaration of Human Rights*, adottata il 10 dicembre 1948 con Ris. 217 A(III).

available”), nonché l’accesso alla giustizia come garanzia di un diritto di difesa effettivo (“*effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided*”).

La Dichiarazione di Rio fa emergere una dimensione a due pilastri (ambiente e sviluppo), che non esaurisce però la portata dello sviluppo sostenibile. Dai suoi principi è possibile desumere indirettamente un terzo pilastro, quello sociale, corollario della visione antropocentrica di Rio, che viene in vario modo declinato come lotta alla povertà (principio n. 5), partecipazione pubblica (n. 10), nel riconoscimento del ruolo delle donne (n. 20), dei giovani (n. 21), dei popoli indigeni e delle comunità locali (n. 22). La dimensione sociale campeggia nell’Agenda 21, la quale dedica la prima delle sue quattro sezioni alla dimensione economica e sociale dello sviluppo sostenibile. In particolare, viene evidenziato il ruolo degli investimenti (“*sustainable development requires increased investment*”) ⁴² e delle TNCs (al Cap. 30, rubricato “*strengthening the role of business and industry*”). Se da un lato l’Agenda 21 sostiene la necessità di un “*stable policy regime*” dello Stato come fattore *enabler* per il mondo del business, dall’altro richiama il ruolo delle TNCs come “*full participants*” nell’adempimento dell’Agenda 21 stessa (Cap. 30, par. 30.1), incoraggiandole a “*establish world-wide corporate policies on sustainable development*” (Cap. 30, par. 30.22). In particolare, il mondo del “*business and industry, including transnational corporations*” dovrebbe assicurare un “*responsible and ethical management*” dei propri prodotti e dei relativi processi produttivi dal punto di vista della salute, della sicurezza e dell’ambiente, anche grazie a forme di “*self-regulation*” per mezzo di codici di condotta (par. 30.26), nonché porre la gestione dell’ambiente “*among the highest corporate priorities and as a key determinant to sustainable development*” (par. 30.3).

⁴² AGENDA 21, Sezione I, Cap. 2, par. 2.23: “*Investment is critical to the ability of developing countries to achieve needed economic growth to improve the welfare of their populations and to meet their basic needs in a sustainable manner, all without deteriorating or depleting the resource base that underpins development. Sustainable development requires increased investment, for which domestic and external financial resources are needed*”.

Il terzo pilastro dello sviluppo sostenibile verrà consacrato espressamente solo nel 1995, quando 118 Paesi si riuniscono al *World Summit for Social Development* convocato dal Segretario Generale dell'ONU Boutros-Ghali in Danimarca (Copenaghen, 6-12 marzo 1995)⁴³ ed adottano una Dichiarazione politica in 29 punti, accompagnata da dieci impegni (“*commitments*”), la c.d. *Copenhagen Declaration on Social Development*.⁴⁴ Essa consacra il pilastro sociale dello sviluppo sostenibile e la triplice dimensione dei suoi componenti (economico, ambientale, sociale) attraverso una formula di interdipendenza basata sul carattere egualitario e non gerarchico dei tre pilastri, tra loro equiordinati e posti sullo stesso piano, introdotta al punto n. 6: “[...] *economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development*”. Si tratta di una formula che verrà d’ora in avanti ripresa nei successivi documenti in ambito onusiano per connotare i tre pilastri dello sviluppo sostenibile. La Dichiarazione assume una visione *people-centred* (cfr. punto n. 8: “[...] *people are at the centre of our concerns for sustainable development*”) e traduce i “bisogni” richiamati nella definizione di sviluppo sostenibile del *Rapporto Brundtland* come “*material and spiritual needs of individuals, their families and the communities in which they live*”, ai quali le società contemporanee devono rispondere anche attraverso forme di *good governance*, definite “*indispensable foundations for the realization of social and people-centred sustainable development*” (punto n. 4).⁴⁵ Al riguardo, l’impegno n. 1 della dichiarazione esorta gli Stati a creare un ambiente favorevole

⁴³ BERNSTEIN, KIMO, WAGNER, WISE, *Report of the World Summit for Social Development*, in *Earth Negotiations Bulletin*, Vol. 10, No. 44, IISD, Winnipeg, 15 marzo 1995.

⁴⁴ UNITED NATIONS. *Report of the World Summit for Social Development*, A/CONF.166/9, United Nations publication Sales No. 96.IV.8, New York, 1996.

⁴⁵ Si tratta di rispondere alle sfide poste dalla globalizzazione, in un mondo che vede crescere le disegualianze sociali (“*prosperity for some, unfortunately accompanied by an expansion of unspeakable poverty for others*”, punto n. 13 della Dichiarazione). Il punto n. 14 stigmatizza, accanto a quelli positivi, anche gli effetti negativi cagionati dalla globalizzazione, definita come una “*consequence of increased human mobility*” e che consistono in “[...] *intensified poverty, unemployment and social disintegration. Threats to human well-being, such as environmental risks, have also been globalized*”, assieme alla proliferazione di armi e di “*communicable diseases*” (cfr. punti 21-22).

allo sviluppo sociale in cinque ambiti (economico, politico, sociale, culturale e legale) attraverso “*a stable legal framework*” volto a “*create an enabling economic environment*” (n.1, lettere a) e b)) per promuovere commercio e investimenti (“*promote dynamic, open, free markets*”, “*promote stability and long-term investment*”; “*ensure fair competition and ethical conduct*”, “*harmonize economic and social development*”, n.1(e)), ed allo stesso tempo richiede che i trattati internazionali in materia di commercio, investimenti, tecnologia, debito pubblico e ODA (*Official Development Assistance*) vengano attuati in maniera tale da promuovere lo sviluppo sociale (n.1(k)).

1.3 Dagli MDGs a Rio+20

Nel 2000, l'UNGA adotta la *Millennium Declaration*⁴⁶, tesa ad affrontare le sfide poste dalla globalizzazione (cfr. par. 5: “*the central challenge we face today is to ensure that globalization becomes a positive force for all the world's people*”) ed identifica una serie di valori e principi nonché aree di intervento per rendere la globalizzazione “*fully inclusive and equitable*”. A muovere da tali indicazioni, l'ONU formula otto obiettivi globali di cooperazione allo sviluppo, i *Millennium Development Goals* (MDGs)⁴⁷, articolati in 21 *targets* e 60 indicatori⁴⁸, da

⁴⁶ UNGA, *United Nations Millennium Declaration*, Ris. A/RES/55/2, New York, 18 settembre 2000, che fa riferimento allo sviluppo sostenibile al par. 6 (“*Respect for nature. Prudence must be shown in the management of all living species and natural resources, in accordance with the precepts of sustainable development*”) e al par. 22: “*We reaffirm our support for the principles of sustainable development, including those set out in Agenda 21, agreed upon at the United Nations Conference on Environment and Development*”.

⁴⁷ UNGA, *Road map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration. Report of the Secretary-General*, doc. A/56/326, 6 settembre 2001, che contiene in allegato la definizione degli otto MDGs, con 18 *targets* e 48 indicatori. Al punto n. 2 dell'Allegato, si precisa che “[t]he eight goals represent a partnership between the developed countries and the developing countries determined, as the Millennium Declaration states, ‘to create an environment -at the national and global levels alike- which is conducive to development and the elimination of poverty’ (see General Assembly resolution 55/2, para. 12)”.

⁴⁸ Un precedente si ritrova nell'Agenda 21, che esortava a sviluppare un insieme di “indicatori” per lo sviluppo sostenibile (“[c]ommonly used indicators such as the gross national product (GNP) and measurements of individual resource or pollution flows do not provide adequate indications of sustainability [...]. Indicators of sustainable development need to be developed to provide solid

raggiungere entro il 2015. Gli MDGs inaugurano l'epoca di una “*global governance by goals*”,⁴⁹ attraverso il raggiungimento entro uno prefissato *dies ad quem* di obiettivi misurabili, dettagliati attraverso uno o più *targets*, ciascuno dei quali assistito da uno o più indicatori statistico-quantitativi.⁵⁰ Gli otto MDGs sono volti a combattere la fame, la povertà, a promuovere l'educazione, l'uguaglianza di genere, la riduzione della mortalità infantile, la salute materna, la lotta all'AIDS, alla malaria ed altre malattie (MDGs 1-6), a proteggere l'ambiente (MDG 7) e a definire forme di collaborazione allo sviluppo (MDG 8). Gli MDGs erano rivolti ad attività di cooperazione verticale, “nord-sud”, dai paesi ricchi ai paesi poveri, ma non ponevano obiettivi da raggiungere da parte di ogni singolo Paese, su tematiche trasversali e ad adempimento universale. Inoltre, lo sviluppo sostenibile figura soltanto al MDG n. 7 al target n. 9, che esorta a “*integrate the principles of sustainable development into country policies and programmes and reverse the loss of environmental resources*”. Il rapporto finale sugli MDGs, presentato nel 2015, individuava lacune ed aree non ancora raggiunte, consegnando al contempo all'ONU proposte per affinare il monitoraggio degli obiettivi.⁵¹

bases for decision-making at all levels and to contribute to a self-regulating sustainability of integrated environment and development systems”, cfr. Cap. 40, par. 40.4).

⁴⁹ FUKUDA-PARR, *Millennium development goals: ideas, interests and influence*, ed. Routledge, London, 2017.

⁵⁰ Ad esempio, MDG n. 1 (*eradicate extreme poverty and hunger*) è specificato da due *targets* da raggiungere entro il 2015 (“*halve, between 1990 and 2015, the proportion of people whose income is less than one dollar a day*”; “*halve, between 1990 and 2015, the proportion of people who suffer from hunger*”): il primo target è assistito da tre indicatori statistico-quantitativi (*population below \$1 purchasing power parity per day; poverty gap ratio; share of poorest quintile in national consumption*), il secondo da due (indicatori nn. 4-5: *prevalence of underweight children under five years of age; proportion of population below minimum level of dietary energy consumption*). Con successive Risoluzioni dell'UNGA, sono stati fissati 21 targets e 60 indicatori, prendendo come anno di riferimento (*baseline*) il 1990 e come termine finale l'anno 2015. Per un esempio di monitoraggio intermedio degli MDGs, vedasi l'Annesso statistico al documento UNGA, *Implementation of the United Nations Millennium Declaration. Report of the Secretary-General*, doc. n. A/59/282 del 27 agosto 2004.

⁵¹ UNITED NATIONS, *The Millennium Development Goals Report, 2015*. Il rapporto riconosce che “*[a]lthough significant achievements have been made on many of the MDG targets worldwide, progress has been uneven across regions and countries, leaving significant gaps*”, in particolare per le differenze di genere, il cambiamento climatico, conflitti e guerre, lotta alla povertà e fame (cfr. pp. 8-9). Così, in relazione al MDG n.1, il Rapporto è costretto a riconoscere che “*[a]lthough*

Nel 2002, a dieci anni dalla Conferenza di Rio, si tenne in Sudafrica il Vertice mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (*World Summit on Sustainable Development-WSSD*, dal 26 agosto al 4 settembre), i cui lavori sfociarono in due documenti finali, la *Johannesburg Declaration on Sustainable Development* in 37 punti ed il *Johannesburg Plan of Implementation (JPOI)* in 170 punti, emanati il 4 settembre 2002.⁵² In tali atti di *soft law* gli Stati non introducono nuovi principi o contenuti dello sviluppo sostenibile, ma riaffermano la volontà di raggiungerlo come obiettivo comune (cfr. punto n. 1 della Dichiarazione finale: “*reaffirm our commitment to sustainable development*”; “*the common goal of sustainable development*” al punto 16; “*our sustainable development goals and objectives*”, punto 33) attraverso “*a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development - economic development, social development and environmental protection- at the local, national, regional and global levels*” (punto n. 5). Oltre alla riconferma degli impegni assunti,⁵³ il

the MDG targets of halving the proportion of people living in extreme poverty and hunger have been met or almost met, the world is still far from reaching the MDG goal of eradicating extreme poverty and hunger. In 2015, an estimated 825 million people still live in extreme poverty and 800 million still suffer from hunger. Eradicating poverty and hunger remains at the core of the post-2015 development agenda” (p. 23). Un capitolo iniziale è dedicato inoltre ai criteri di misurazione (“*measure what we treasure: sustainable data for sustainable development*”, pp. 10-13). Vedasi anche NANDA, *The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 44(3), Denver, 2016, pp. 389-412, in cui l’Autore evidenzia l’aspetto adempitivo da parte statale, cfr. p. 395: “*These concentrated efforts at all levels -global, regional, national, and local- were unprecedented. The pertinent question is: how far have they succeeded in achieving the MDGs? The outcome, as evidenced in The Millennium Development Goals Report 2015, does show remarkable progress. But the gains have been uneven and the achievements in some areas have fallen short*”.

⁵² Entrambi i documenti sono contenuti nella Risoluzione UNGA “*Report of the World Summit on Sustainable Development. Johannesburg, South Africa, 26 August- 4 September 2002*”, UN Doc. A/ CONF.199/20 (United Nations publication, Sales No. E.03.II.A.1). Il JPOI affronta molteplici temi legati allo sviluppo sostenibile, dalla lotta alla povertà, ai modelli di consumo e produzione, alla salute, assieme ad analisi regionali, in particolare per i SIDS (*Small Island Developing States*) e per l’Africa. Esso esordisce al punto n.1 ribadendo l’impegno (“*we strongly reaffirm our commitment*”) agli strumenti onusiani sullo sviluppo sostenibile (i Principi di Rio, l’Agenda 21, gli MDGs, nonché gli “*outcomes of the major United Nations conferences and international agreements since 1992*”).

⁵³ Il punto n. 8 si pone in continuità con la Conferenza di Rio-UNCED, definita “*a significant milestone that set a new agenda for sustainable development*” e gli Stati rinnovano il loro impegno

valore del Summit di Johannesburg sta nell'aver radunato 191 Stati ed un migliaio di ONGs, per un totale di circa 21.000 partecipanti, costruendo un *global consensus* per lo sviluppo sostenibile (cfr. punto 10: “*At the Johannesburg Summit, we have achieved much in bringing together a rich tapestry of peoples and views in a constructive search for a common path towards a world that respects and implements the vision of sustainable development. The Johannesburg Summit has also confirmed that significant progress has been made towards achieving a global consensus and partnership among all the people of our planet*”).⁵⁴

Il Piano di attuazione-JPOI promuove lo sviluppo sostenibile secondo la formula di interdipendenza di Copenhagen, che viene ribadita al punto n. 2 (“*promote the integration of the three components of sustainable development - economic development, social development and environmental protection- as interdependent and mutually reinforcing pillars*”). Particolare attenzione viene posta alla *good governance* in quanto essenziale allo sviluppo sostenibile (punto n. 4: “[*g*]ood governance within each country and at the international level is essential for sustainable development”), declinata come rispetto della *rule of law*, lotta alla corruzione, eguaglianza di genere e come “*an enabling environment for investment*”, assieme al principio partecipativo, contemplato al punto n. 26 della Dichiarazione finale (“*sustainable development requires [...] broad-based participation in policy formulation, decision-making and implementation at all levels*”). Il JPOI richiama inoltre l'importanza della promozione degli investimenti diretti esteri (punto n. 84: “[*f*]acilitate greater flows of foreign direct investment so as to support the sustainable development activities [...] of

a dare seguito alla Dichiarazione di Rio e all'Agenda 21 (“*to which we reaffirm our commitment*”). L'impegno ad una “*effective implementation*” dell'Agenda 21 viene riaffermato assieme a quello di adempimento degli MDGs al successivo punto n. 30.

⁵⁴ SJÖSTEDT, *What did the World Summit on Sustainable Development (WSSD) accomplish?*, in KALLHAUGE, SJÖSTEDT, CORELL (eds.), *Global Challenges: Furthering the Multilateral Process for Sustainable Development*, Greenleaf Publishing Ltd., Londra, 2005, pp. 31-56. BEYERLIN, MARAUHN, *International Environmental Law*, Hart Publishing Ltd., Oxford, 2^a ed., 2011, cfr. Part I-Historical Development, Cap. 4, *Johannesburg and Beyond*. DEL VECCHIO, DAL RI, *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il Vertice di Johannesburg*, Napoli, Ed. Scientifica, 2005.

developing countries”) e della responsabilità sociale d’impresa per il settore privato (punto n. 18: “[e]nhance corporate environmental and social responsibility and accountability”; punto n. 49 “[a]ctively promote corporate responsibility and accountability, based on the Rio principles [...]”, concetti che saranno esaminati al Cap. IV).⁵⁵

Nel 2012, a venti anni dall’UNCED, l’ONU organizza a Rio de Janeiro la Conferenza sullo Sviluppo Sostenibile (UNCSD -*United Nations Conference on Sustainable Development*), denominata *Rio+20*. Nel documento finale “*The future we want*”⁵⁶, gli Stati rinnovano l’impegno per lo sviluppo sostenibile in chiave multi-pilastro, antropocentrica, legalistica e tralatizia. Il rinnovo di tale quadruplice impegno (“*renew our commitment to sustainable development*”, par. 1) avviene attraverso un riconoscimento della sua natura multidimensionale (“[...] *further mainstream sustainable development at all levels, integrating economic, social and environmental aspects and recognizing their interlinkages, so as to achieve sustainable development in all its dimensions*”, par. 3), antropocentrica (“*people are at the centre of sustainable development*”, par. 6) e nel rispetto dei diritti umani (parr. 7,9). Per il quarto aspetto, quello “tralatizio”, il documento cita i principali atti onusiani di *soft law*, dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972 (par. 14), alla Dichiarazione finale di Rio e l’Agenda 21, il JPOI di Johannesburg, la Millennium Declaration, nonché quelli “*of all the major*

⁵⁵ La Dichiarazione finale di Johannesburg esortava il settore privato a rafforzare la *corporate accountability*, al punto 29: “*We agree that there is a need for private sector corporations to enforce corporate accountability, which should take place within a transparent and stable regulatory environment*”.

⁵⁶ *The future we want*. Risoluzione UNGA n. A/RES/66/288, 27 luglio 2012. Per un’analisi delle tematiche affrontate dal *Summit Rio+20*, vedasi FITZMAURICE, MALJEAN-DUBOIS, NEGRI, *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014; PINESCHI, *La Conferenza di Rio 2012: dallo ‘Zero Draft’ a ‘The Future We Want’. Rio+20 o vent’anni trascorsi inutilmente?* in *Rivista giuridica dell’ambiente*, Milano, ed. Giuffrè, Vol. 27, fasc. 6, 2012, pp. 795-821, che nell’abstract afferma: “*Nel complesso, i risultati sono molto modesti. Alcuni Stati non accettano l’economia verde come modello di sviluppo sostenibile e la maggioranza non è disposta ad assumere obblighi precisi o a concordare strategie di cui si possano valutare i risultati. [...] Ciò che più preoccupa, però, è la particolare prospettiva in cui le questioni ambientali vengono considerate nel complesso: nel documento finale prevale un approccio antropocentrico e la tutela dell’ambiente è completamente riassorbita nella questione dello sviluppo sostenibile*”.

United Nations conferences and summits in the economic, social and environmental fields” (par. 16).

Tra i Trattati espressamente richiamati in “*The future we want*”, figurano le Convenzioni-quadro scaturite da Rio (“*recognize the importance of the three Rio conventions for advancing sustainable development, and in this regard we urge all parties to fully implement their commitments*”, par. 17); il contributo dei MEAs allo sviluppo sostenibile (“*We recognize the significant contributions to sustainable development made by the multilateral environmental agreements*”, par. 89) ed in particolare vengono citati i Trattati di Basilea, Rotterdam e Stoccolma sugli inquinanti chimici tossico-nocivi;⁵⁷ l’UNCLOS per il *sustainable use* delle risorse degli oceani (par. 158)⁵⁸ ed il relativo *Straddling Fish Stocks Agreement* (par. 169);⁵⁹ il Protocollo di Kyoto del 1997 (par. 192);⁶⁰ la Convenzione CITES (par. 203),⁶¹ la Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW, par. 236).⁶²

Oltre a riconoscere gli impegni già assunti per lo sviluppo sostenibile, il documento finale introduce un *quid pluris*, esprimendo la volontà politica di alzare il livello d’azione (“*[w]e are determined to reinvigorate political will and to raise the level of commitment by the international community to move the*

⁵⁷ Si tratta della *Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*, 28 I.L.M. 657 (1989); 1673 U.N.T.S. 125; *Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade* (U.N.T.S. Vol. 2244, n. 39973); *Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants* (2256 U.N.T.S. 119; 40 I.L.M. 532, 2001).

⁵⁸ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, in vigore dal 16 novembre 1994, 1833 U.N.T.S. 3, 397; 21 I.L.M. 1261 (1982).

⁵⁹ *United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, firmato a New York il 4 dicembre 1995, in vigore dall’11 dicembre 2001. U.N.T.S. Vol. 2167, n. 37924.

⁶⁰ *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, adottato a Kyoto l’11 dicembre 1997, in vigore dal 16 febbraio 2005. U.N. Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1; 37 I.L.M. 22 (1998); 2303 U.N.T.S. 148.

⁶¹ *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)* firmata a Washington il 3 marzo 1973, in vigore dal 1 luglio 1975, 27 U.S.T. 1087; 993 U.N.T.S. 243; 12 I.L.M. 1085 (1973).

⁶² *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, fatta a New York il 18 dicembre 1979, in vigore dal 3 settembre 1981. U.N.T.S. vol. 1249, n. 20378.

sustainable development agenda forward”, par. 18). Lo sviluppo sostenibile viene fatto evolvere attraverso la definizione di nuovi obiettivi, accompagnati dal divieto di tornare indietro con misure nazionali unilaterali *contra legem* (“*strongly urged to refrain from unilateral measures*”, “*not in accordance with international law and the Charter*”, cfr. par. 26).

Il documento finale introduce la formula “*internationally agreed development goals*” al par. 5 e la ripete nei successivi parr. 18, 23, 57, 94, 227, 229. È solo però ai parr. 245-250 che tali obiettivi assumono il nome di *Sustainable Development Goals*. Si tratta dei futuri SDGs dell’Agenda ONU 2030, il cui “d.n.a.” è scritto negli importanti parr. 246, 247, 250: gli SDGs dovranno riflettere tutti i principi di Rio, essere conformi al diritto internazionale ed integrare in modo bilanciato le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile.⁶³ Inoltre, devono essere di numero ridotto, chiari, facilmente comunicabili, universali e misurabili attraverso specifici *targets* ed indicatori.⁶⁴ L’ONU darà adempimento a tali indicazioni nel 2015, dopo tre anni di negoziati, con l’approvazione dell’Agenda ONU 2030. Il documento finale di *Rio+20* riconosce inoltre l’importanza dello sviluppo sostenibile “*as a key element of the overarching framework for United Nations activities*” (par. 81) e viene istituito, in sostituzione della Commissione sullo sviluppo sostenibile, l’*High-Level Political Forum-HLPF*, incaricato del monitoraggio del processo di adempimento dei futuri SDGs (cfr. parr. 84, 85).

⁶³ Vedasi par. 246: “[w]e further recognize the importance and utility of a set of sustainable development goals [...] which fully respect all the Rio Principles, taking into account different national circumstances, capacities and priorities, are consistent with international law, build upon commitments already made [...]. The goals should address and incorporate in a balanced way all three dimensions of sustainable development and their interlinkages”.

⁶⁴ Cfr. par. 247: “We also underscore that sustainable development goals should be action-oriented, concise and easy to communicate, limited in number, aspirational, global in nature and universally applicable to all countries, [...]”; par. 250: “We recognize that progress towards the achievement of the goals needs to be assessed and accompanied by targets and indicators, while taking into account different national circumstances, capacities and levels of development”.

1.4 L'Agenda ONU 2030 e gli SDGs

Il 25 settembre 2015 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla 70ma sessione, approva per *consensus* dei 193 Stati membri, la Risoluzione A/RES/70/1 dal titolo “*Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*”, nota come *Agenda ONU 2030*. Essa declina lo sviluppo sostenibile attraverso 17 Obiettivi di Sviluppo sostenibile - *Sustainable Development Goals*, SDGs- ed esorta tutti gli Stati dell'ONU a raggiungerli entro il 2030.⁶⁵ Un lungo processo internazionale viene con l'Agenda ONU 2030 finalmente raggiunto, attraverso un processo negoziale *multistakeholder* senza precedenti,⁶⁶ consacrando a livello globale il principio dello sviluppo sostenibile. Attraverso 17 SDGs, articolati in 169 *targets* (di cui 21 da raggiungere entro il 2020) ed oltre 200 indicatori, essa esprime le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile in un unico documento dotato di legittimazione universale e mirante ad un'attuazione globale (par. 2: “[w]e are committed to achieving sustainable development in its three dimensions - economic, social and environmental - in a balanced and integrated manner”; par. 5: “[t]hese are universal goals and targets which involve the entire

⁶⁵ Per una disanima degli SDGs, vedasi FRENCH, KOTZÉ, *Sustainable Development Goals: Law, theory and implementation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018; DANNECKER, *The Sustainable Development Goals: a new space for action?*, in C. AL-EKABI, S. FERRETTI (eds.), *Yearbook on Space Policy 2016*, Springer, Cham, 2018, pp. 175-184; KANIE, BIERMANN, *Governing through goals: sustainable development goals as governance innovation*, MIT Press, Cambridge (MA), 2017; BROWNE, *Sustainable development goals and UN goal-setting*, London, ed. Routledge, 2017; LONGO, *L'Agenda 2030 ed il principio della sostenibilità nel diritto internazionale*, in *Il Diritto penale della globalizzazione*, fasc. 3-4/2017, Pisa, Pacini ed., 2017, pp. 299-306; CHIUSI, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?*, in *La Comunità Internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2016, Vol. 71(1), pp. 49-70; WU, CLARK, *The Sustainable Development Goals: 17 Goals to Transform Our World*, in *Furthering the work of the United Nations: highlights of the tenure of Secretary-General Ban Ki-moon, 2007-2016*, UN Publications, New York, 2016, pp. 39-54; SHAWKI, *International norms, normative change, and the UN sustainable development goals*, Lexington Books, Lanham, 2016.

⁶⁶ NANDA, *The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 44(3), Denver, 2016, p. 406: “*The process of developing the SDGs shows a striking difference as contrasted with that of the MDGs. Instead of being formulated by the staff of the U.N. and a few other international organizations that had developed the MDGs, there was outreach, transparency, and openness in the creation of the SDGs. The U.N. outreach for consultation and review was historic and unprecedented*”.

world, developed and developing countries alike. They are integrated and indivisible and balance the three dimensions of sustainable development). In tal senso, secondo MONTINI, gli SDGs affermano una “supernorma”, sovraordinata e *overarching* rispetto agli stessi *Goals* e *targets*, da “*identificarsi nel macro-obiettivo generale della promozione dello sviluppo sostenibile, che costituisce la vera caratteristica unificante di tutto il sistema degli SDGs*”.⁶⁷

Gli SDGs si caratterizzano per essere universali, indivisibili ed interconnessi (“*integrated and indivisible*”, par. 18 ed al par. 55: “[*t*]he Sustainable Development Goals and targets are integrated and indivisible, global in nature and universally applicable”). Il loro adempimento è assistito dall’individuazione di una serie di *means of implementation* (parr. 39-46; 60-71), che sono anch’essi “*universal, indivisible and interlinked*” (par. 71), nonché da un “*systematic follow-up and review*” (par. 47), attraverso un meccanismo di *compliance* su base volontaria in seno all’ECOSOC (Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite), basato su relazioni annuali degli Stati. Si passa qui ad esaminare tali caratteristiche degli SDGs, mentre l’analisi sul valore giuridico dell’Agenda ONU 2030 sarà svolta al Cap. II.

SDGs universali. Tale carattere è duplice, rilevando in senso oggettivo e soggettivo. Per il primo aspetto, l’universalità è intesa come planetaria (cfr. l’inizio del preambolo: “[*t*]his Agenda is a plan of action for people, planet and prosperity”; par. 59: “*we reaffirm that planet Earth and its ecosystems are our common home*”), perché le tematiche dell’Agenda riguardano l’intero pianeta, la “casa comune” nel senso utilizzato dalla coeva Enciclica di Papa Francesco, *Laudato Si*.⁶⁸ L’Agenda ONU 2030 è un documento dotato di legittimazione

⁶⁷ MONTINI, *L’interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l’attuazione del diritto internazionale dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc.9, 2019, p. 6.

⁶⁸ *Lettera enciclica Laudato Si’ del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Roma, ed. Libreria Editrice Vaticana, 2015. Si tratta di una enciclica universale, che estende la dottrina sociale della Chiesa a tutti i popoli della terra, esortandoli ad una “conversione ecologica” (cfr. punti 216-221) immediata. Essa richiama lo sviluppo sostenibile per la cura della “casa comune” al punto n.13: “*La sfida urgente di proteggere la nostra casa comune comprende la preoccupazione di unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale, poiché sappiamo che le cose possono cambiare*”, secondo un approccio

universale anche in senso soggettivo, in quanto rivolto a tutti, *erga omnes*, come emerge dal preambolo “[a]ll countries and all stakeholders, acting in collaborative partnership, will implement this plan”, e dal par. 5: “[t]his is an Agenda of unprecedented scope and significance. It is accepted by all countries and is applicable to all, [...]. These are universal goals and targets which involve the entire world, developed and developing countries alike [...]” Corollario della universalità soggettiva è la visione antropocentrica dell’Agenda, richiamata al par. 2 (“*people-centred set of [...]Goals and targets*”) e al par. 4 con l’impegno al “*no one left behind*”, secondo la formula introdotta nel corso dei negoziati dall’Ambasciatore irlandese all’ONU, DONOGHUE.⁶⁹ È quindi una sfida universale, rivolta a tutti, con l’impegno che nessuno sarà lasciato indietro (“[a]s we embark on this great collective journey, we pledge that no one will be left behind”, par. 4).

Queste considerazioni sono *a fortiori* valide in seguito alla pandemia globale del Covid-19. Come è stato ben osservato, “[l]a crisi determinatasi si ripercuote ora, attraverso più canali, sulle relazioni politiche e diplomatiche fra gli attori della comunità internazionale, un ‘ecosistema’ dall’equilibrio già fragile, il cui ritardo sui temi della sostenibilità ostacola l’avanzamento del metodo multilaterale. [...] Se infatti l’intera società post-Covid 19 sarà diversa

intergenerazionale (punto n. 159: “*Ormai non si può parlare di sviluppo sostenibile senza una solidarietà fra le generazioni. [...] Non stiamo parlando di un atteggiamento opzionale, bensì di una questione essenziale di giustizia, dal momento che la terra che abbiamo ricevuto appartiene anche a coloro che verranno*”).

⁶⁹ Secondo lo stesso Amb. DONOGHUE: “*It fell to me to draft a large part of the 2030 agenda [...] I had an opportunity there to suggest that member states would give prominence to the idea that we would ‘Leave No One Behind’. That we would not merely focus on the mainstream but we would try to reach the poorest people, the most disadvantaged. Of course that’s utopian, but in a way it was important that world leaders would make clear this priority, and we added in a phrase to the effect that the 193 states of the UN will ‘reach the furthest behind first’*”, tratto da: <https://leavenoonebehind.ie/2018/04/18/david-donoghue-on/>. Cfr. par. 4 dell’Agenda ONU 2030: “*As we embark on this great collective journey, we pledge that no one will be left behind*”.

dall'attuale, quella internazionale non potrà fare eccezione e dovrà prendere atto della centralità se non della preminenza dello sviluppo sostenibile".⁷⁰

L'universalità differenzia gli SDGs dai precedenti MDGs, al cui adempimento erano chiamati solo i paesi ricchi in favore di quelli in via di sviluppo. Pur ponendosi in continuità con essi, gli SDGs se ne differenziano per essere universali e basati su una più ampia gamma di obiettivi, interconnessi ed integrati, assistiti da mezzi di attuazione (cfr. par. 16, 17).⁷¹ Come per gli MDGs, è presente la componente di cooperazione allo sviluppo, ed in proposito l'Agenda ONU 2030 ingloba il documento finale della *terza Conferenza internazionale sul finanziamento dello sviluppo*, tenutasi ad Addis Abeba dal 13-16 luglio 2015 (cfr. par. 40 e par. 62 come mezzo di attuazione degli SDGs: "*The Addis Ababa Action Agenda supports, complements and helps to contextualize the 2030 Agenda's means of implementation targets*").⁷²

Come corollario dell'universalità soggettiva, si pone anche il SDG n.17 dedicato a "*Strengthen the means of implementation and revitalize the Global Partnership for Sustainable Development*". Tale SDG mette in risalto, da una parte, l'esigenza di una *global solidarity* (target 17.16, anche attraverso *multi-stakeholder*

⁷⁰ MERCURI, *La gestione dei temi globali nella società internazionale post Covid-19*, in *Approfondimenti*, sito web ASviS, 23 aprile 2020, cfr. <https://asvis.it/>. Il Min. Plen. Mercuri è stato Coordinatore per i temi della sostenibilità presso il MAECI dal 2016 al 2020.

⁷¹ Cfr. par. 16: "[t]he new Agenda builds on the Millennium Development Goals and seeks to complete what they did not achieve", par. 17: "[i]n its scope, however, the framework we are announcing today goes far beyond the Millennium Development Goals. [...] it sets out a wide range of economic, social and environmental objectives. [...] It also, crucially, defines means of implementation. Reflecting the integrated approach that we have decided on, there are deep interconnections and many cross-cutting elements across the new Goals and targets".

⁷² *The Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Addis Ababa Action Agenda)*, Risoluzione UNGA A/RES/69/313 del 27 luglio 2015. Essa prevede nuove modalità di finanziamento allo sviluppo, avendo come obiettivo lo sviluppo sostenibile (cfr. par. 1: "We, the Heads of State and Government [...] affirm our strong political commitment to address the challenge of financing and creating an enabling environment at all levels for sustainable development [...] Our goal is to end poverty and hunger, and to achieve sustainable development in its three dimensions through promoting inclusive economic growth, protecting the environment, and promoting social inclusion"). Al par. 2 emerge come il finanziamento allo sviluppo sia strumentale alla realizzazione di quelli che saranno gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda post-2015, gli SDGs che verranno da lì a due mesi varati: "Our task is [...] to further strengthen the framework to finance sustainable development and the means of implementation for the universal post-2015 development agenda [...]".

partnerships), confermata nel preambolo della Risoluzione che invoca “*a spirit of strengthened global solidarity*” ed al par. 39, che ribadisce come “*the new Agenda requires a revitalized Global Partnership*”, nel senso di un rinnovato multilateralismo⁷³; dall'altra, SDG 17 valorizza il ruolo del settore privato e della società civile, anche attraverso *partnership* pubblico-privato⁷⁴ (*target 17.17: “incoraggiare e promuovere partnership efficaci nel settore pubblico, tra pubblico e privato e nella società civile basandosi sull’esperienza delle partnership e sulla loro capacità di trovare risorse”*). Viene così evidenziato il contributo dei portatori di interessi non-statali, a coronamento di un percorso di coinvolgimento della società civile iniziato dal Rapporto Brundtland e da allora portato avanti nei vari strumenti di *soft law* onusiani, a significare l’importanza del sapere costruire squadre, e con esse il “*know how with*”.⁷⁵ Dal 2015 sono sorti numerosi *network* privati, a livello nazionale, europeo ed internazionale, per contribuire all’adempimento degli SDGs.⁷⁶ In Italia, la più grande associazione

⁷³ L’importanza del multilateralismo era già contenuta nel rapporto Brundtland, come risulta dall’analisi della Relatrice Gro Harlem Brundtland: “[w]hen I look back at the words I wrote in the foreword of ‘Our Common Future’ in 1987, I am struck by their continued relevance today: ‘Our most urgent task today is to persuade nations of the need to return to multilateralism [...] the challenge of finding sustainable development paths ought to provide the impetus - indeed the imperative - for a renewed search for multilateral solutions and a restructured international economic system of co-operation’ [...]”. BRUNDTLAND, in prefazione a *Our Future on Earth 2020*, A. SCRUTTON (eds.), <https://futureearth.org/>, 2020.

⁷⁴ Cfr. par. 41, in cui il ruolo del settore privato viene evidenziato anche come mezzo di attuazione degli SDGs: “*We acknowledge the role of the diverse private sector, ranging from micro-enterprises to cooperatives to multinationals, and that of civil society organizations and philanthropic organizations in the implementation of the new Agenda*”. Si pensi, come esempio di *partnership* pubblico-privato, ai contratti stipulati tra investitore straniero e *Host State* per regola re il singolo progetto di investimento.

⁷⁵ CONDÒ, *Recensione al libro Bergogliomomics*, in *La Civiltà Cattolica*, Quaderno 4082, Vol. III, Roma, 2020, pp. 196-197: “*Nella vita bisogna sapere costruire squadre, e quindi il know how with è importante come e più del know how*”.

⁷⁶ Vanno in proposito ricordati: *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD) è un’organizzazione con sede a Ginevra che raggruppa i CEOs di oltre 200 aziende leader per accelerare la transizione verso un mondo sostenibile e che nel 2017 ha pubblicato la *CEO Guide to the SDGs*, cfr. <https://www.wbcsd.org/>; *United Nations Sustainable Development Solutions Network* (UN SDSN) è stato creato nel 2012 dal Segretario delle Nazioni Unite Ban-Ki Moon, col compito di mobilitare il mondo scientifico per lo sviluppo sostenibile, assieme alle aziende, mondo universitario e società civile. Esso si configura come un *network* di centri di ricerca, nazionali e regionali (<https://www.unsdsn.org/>). Il centro regionale *SDSN Mediterranean* è ospitato in Italia, presso l’Università di Siena (<http://www.sdsn-mediterranean.unisi.it/>), mentre *SDSN Italia* è il *network* nazionale di UN SDSN, ospitato dalla Fondazione Eni Enrico Mattei con sede a Milano; *SDG*

per la promozione degli SDGs è ASviS, *Alleanza Italiana per lo Sviluppo sostenibile*, nata nel 2016 con sede a Roma, su iniziativa della Fondazione Unipolis e dell'Università di Roma Tor Vergata.⁷⁷

SDG adempitivi. L'Agenda ONU 2030 si caratterizza per la dimensione trasformativa, di necessario adempimento (come attesta lo stesso *nomen iuris* della Risoluzione, il suo preambolo “*determined to take the bold and transformative steps*”, il par. 2 “*set of universal and transformative Goals and targets*” ed il par. 7 “*ambitious and transformational vision*”) per poter raggiungere entro il 2030 i 17 SDGs. L'Agenda ONU 2030 rappresenta un nuovo quadro di regole per i rapporti globali e allo stesso tempo è filo conduttore per gli obblighi preesistenti, rilette secondo un programma universale in cui aspettative ed esigenze, sia dei Paesi in via di sviluppo che delle economie più avanzate, sono contemporaneamente riflesse. L'Agenda ONU 2030 mette a disposizione un inedito ed innovativo quadro di adempimento *action-guiding*, rivolto non solo agli Stati ma anche ai soggetti privati: una cornice che favorisce lo sviluppo progressivo di regole per un ambiente legalmente orientato e per investimenti sostenibili. All'aspetto dell'adempimento si ricollegano i mezzi di attuazione e la misurabilità-rendicontazione degli SDGs. Specifici *means of implementation* vengono indicati ai parr. 39-46, 60-71, che riguardano la cooperazione allo

Watch Europe, alleanza di ONG europee della società civile, cfr. <https://www.sdwatcheurope.org/>; ESDN-European Sustainable Development Network, è una rete informale di amministratori pubblici ed esperti, creata nel 2003, che si occupano di strategie di sviluppo sostenibile in Europa. E' formata sia da soggetti istituzionali (tra cui la Commissione Europea, UNEP e vari Ministeri) che associazioni ed esperti nazionali, che può contare su un ufficio permanente con sede a Vienna ed uno *Steering group* composto da rappresentanti di otto Paesi europei (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Svizzera, cfr. <https://www.sd-network.eu/>); CSR Manager Network è una rete italiana di professionisti nata nel 2006 che si dedica a progetti socio-ambientali e di sostenibilità, cfr. <http://www.csrmanagernetwork.it>; G.O.L.D.E.N.- *Global Organizational Learning and Development Network for Sustainability*, è un *think tank* nato nel 2010 che prevede forme di collaborazione tra Università e mondo dell'impresa per trovare soluzioni innovative alle sfide poste dagli SDGs, cfr. <http://foundationgolden.org/>.

⁷⁷ ASviS conta 270 aderenti tra le più importanti associazioni, fondazioni ed esponenti della società civile italiana, con lo scopo di diffondere la cultura della sostenibilità. Il *Rapporto ASviS* è la pubblicazione principale dell'Alleanza per il raggiungimento degli SDGs in Italia, emanata a cadenza annuale. Dal 2017, ASviS organizza ogni anno il *Festival dello sviluppo sostenibile*, con iniziative in tutte le Regioni italiane, cfr. <https://asvis.it/>.

sviluppo, la mobilitazione di risorse finanziarie, dando “*full implementation of the Addis Ababa Action Agenda*” (parr. 40-41, 62-63), la quale “*supports, complements and helps to contextualize the 2030 Agenda’s means of implementation targets*” (par. 62), in particolare impegnando gli Stati donatori ODA (*Official Development Assistance*) a specifiche soglie di finanziamento rispetto al loro PIL.⁷⁸ Oltre al ruolo dei singoli Stati, viene riconosciuto anche il contributo adempitivo che può fornire il settore privato, la società civile ed il mondo del *business* (parr. 41, 45, 60, 67, nonché lo stesso SDG 17). Sono considerati mezzi di attuazione anche cinque iniziative regionali, dichiarate parti integranti dell’Agenda,⁷⁹ nonché il ruolo dell’ONU (par. 46) e delle istituzioni finanziarie internazionali (par. 44).

Gli sforzi degli Stati nell’adempimento volontario degli SDGs richiedono “*ambitious national responses*” (par. 78) e “*regular and inclusive reviews of progress*” (par. 77), attraverso meccanismi di *follow-up* definiti ai parr. 72-91. Tali processi di controllo e monitoraggio sono previsti a livello nazionale, regionale⁸⁰ e globale, e tutti i livelli sono caratterizzati dall’essere processi “*voluntary and country-led*” in base al par. 74(a), nonché “*robust, voluntary, effective, participatory, transparent and integrated*” (par. 72). Gli SDGs sono oggetto di rendicontazione periodica a livello globale, definita ai parr. 82-91 attraverso un meccanismo di *compliance* volontaria facente capo al *Forum Politico di Alto Livello* (HLPF, *High-level Political Forum on Sustainable Development*), organo dell’ECOSOC che riceve le *Voluntary National Reviews*

⁷⁸ Cfr. par. 43: “[...] to achieve the target of 0.7 per cent of gross national income for official development assistance (ODA/GNI) to developing countries and 0.15 per cent to 0.2 per cent of ODA/GNI to least developed countries”, ribadito anche come specifico target 17.2 del SDG17.

⁷⁹ Si tratta delle seguenti: *Istanbul Declaration and Programme of Action*; *SIDS Accelerated Modalities of Action (SAMOA) Pathway*; *Vienna Programme of Action for Landlocked Developing Countries for the Decade 2014–2024*; *African Union’s Agenda 2063*; *New Partnership for Africa’s Development-NEPAD* (parr. 42, 64).

⁸⁰ Cfr. per il livello nazionale, il par. 79: “*We also encourage Member States to conduct regular and inclusive reviews of progress at the national and subnational levels which are country-led and country-driven*”, per quello regionale i parr. 80-81: (“*We welcome in this respect the cooperation of regional and subregional commissions and organizations*”, “*we encourage all Member States to identify the most suitable regional forum in which to engage*”).

(VNRs) degli Stati. Il par. 84 specifica che tali esami devono essere periodici, volontari, “*State-led*”, senza distinzione tra paesi sviluppati ed in via di sviluppo.

In tale attività di misurazione, gli SDGs sono assistiti da *targets* (169, in totale) che specificano e dettagliano i singoli obiettivi e da 244 indicatori. Questi ultimi servono a rendicontare i progressi compiuti dagli Stati, sulla base di un *global indicator framework* (par. 83), redatto dall’*Inter-Agency and Expert Group on Sustainable Development Goal Indicators* (par. 75).⁸¹ Viene inoltre emanata una periodica “*Tier Classification for Global SDG Indicators*”, che classifica gli indicatori in tre livelli (*Tier I, II e III*).⁸² Tale classificazione individua, inoltre, le Organizzazioni internazionali e le Agenzie specializzate dell’ONU che possono fungere da *custodians* deputati, *rationae materiae*, al monitoraggio di uno o più indicatori, per i quali svolgono il compito di custodi dei dati statistici e della metrica di avanzamento insieme all’*Inter-Agency and Expert Group* e in collaborazione con l’UN Statistical Commission.⁸³

SDG integrati ed indivisibili. La loro natura combinata emerge fin dal preambolo introduttivo dell’Agenda ONU 2030 (“*[t]hey are integrated and indivisible and balance the three dimensions of sustainable development: the economic, social and environmental [...]. The interlinkages and integrated nature of the Sustainable Development Goals are of crucial importance in ensuring that the purpose of the new Agenda is realized*”) e al par. 55 (“*[t]he Sustainable*

⁸¹ Il *Global indicator framework* è stato adottato dall’UNGA con Risoluzione A/RES/71/313 del 6 luglio 2017.

⁸² Al primo livello appartengono gli indicatori con metodologia e standard statistici consolidati a livello internazionale, e che vengono regolarmente prodotti dai Paesi; nel secondo livello figurano gli indicatori che, nonostante abbiano metodologia e standard consolidati, non vengono regolarmente prodotti e messi a disposizione dagli Stati per i singoli indicatori; al terzo gli indicatori per i quali non siano disponibili metodologia e standard condivisi. La *tier classification* è reperibile al sito web <https://unstats.un.org/sdgs/iaeg-sdgs/tier-classification/>.

⁸³ Ad esempio, la FAO è *custodian agency* per 21 indicatori, riportati al sito <http://www.fao.org/sustainable-development-goals/indicators/en/>. Il ruolo delle agenzie ONU per gli SDGs e la *custodianship* è evidenziato anche dalla creazione dell’*UN Sustainable Development Group* (UNSDG), che mette insieme 40 agenzie specializzate e nasce come forum di alto livello per coordinare forme di cooperazione in 162 Paesi per il raggiungimento degli SDGs. È presieduto dal Vice Segretario Generale dell’ONU, da un vice-chair espressione di UNDP, entrambi assistiti da un Development Coordination Office (DCO) che funge da Segretariato del gruppo, cfr. <https://unsdg.un.org/>.

Development Goals and targets are integrated and indivisible, global in nature and universally applicable”). I 17 SDGs sono espressione della dimensione multi-pilastro dello sviluppo sostenibile (parr. 2, 5), pertanto non esiste una gerarchia tra loro, ma tutti sono posti sullo stesso piano, in relazione di interdipendenza.

Un esempio di tale interconnessione è dato dal SDG 7 (energia) rispetto agli SDGs 3,9,11,13: lo sviluppo di infrastrutture sostenibili (SDG 9) -specie quelle energetiche (SDG 7) - aiuta la lotta contro il cambiamento climatico (SDG 13). Queste soluzioni si possono combinare nella rigenerazione urbana attraverso le c.d. *smart cities*, in adempimento dello SDG 11 (città e comunità sostenibili),⁸⁴ per tale via migliorando la salubrità dell’ambiente e della salute umana (SDG 3).⁸⁵

Un altro esempio di SDG che funge da *enabler* o facilitatore per raggiungere altri SDGs è il n. 4 (istruzione di qualità), traducendosi in creazione di *capacity building* e sviluppo del capitale umano, come elementi essenziali per stimolare l’occupazione e la crescita economica.⁸⁶ L’interdipendenza tra SDGs

⁸⁴ L’ONU stima che più della metà dell’umanità - 4,2 miliardi di persone - viva in città e nel 2050 più di sei persone su dieci saranno abitanti cittadini. Le città occupano il 3% del pianeta, ma sono responsabili per il 60-80% dell’energia consumata a livello mondiale e del 75% delle emissioni di carbonio dell’intero pianeta: <http://in.one.un.org/page/sustainable-development-goals/sdg-11/>.

⁸⁵ Il target 3.9 del SDG 3 prevede di “*ridurre sostanzialmente il numero di decessi e malattie da sostanze chimiche pericolose e da contaminazione e inquinamento dell’aria, delle acque e del suolo*”. In proposito, uno studio compiuto nel 2020 dall’Università di Harvard ha confermato il legame esistente tra l’esposizione ad alti livelli di particolato fine nelle città (PM2.5, c.d. *polveri sottili*, prodotti dalla combustione di carburanti fossili) e l’aumento del rischio di morte per Covid-19 negli USA (DOMINICI, *Air pollution linked with higher COVID-19 death rates*, Harvard T.H. Chan School of Public Health website, <https://www.hsph.harvard.edu/news/hsph-in-the-news/air-pollution-linked-with-higher-covid-19-death-rates/>). Il documento onusiano *Shared responsibility, global solidarity* pone in relazione gli SDGs con il Covid-19, in quanto quest’ultimo è destinato a ritardare il loro conseguimento (UNSDG-United Nations Sustainable Development Group, *Shared responsibility, global solidarity: responding to the socio-economic impacts of COVID-19*, marzo 2020, p. 11). Tuttavia, come è stato ben notato, “*la relazione pandemia - sviluppo sostenibile rileva anche nel senso inverso. Il mancato conseguimento di molti degli SDG, o il disinteresse nei loro confronti nei modelli di sviluppo, ha posto le basi per l’insorgere e il diffondersi non più coercibile del virus*”, così MERCURI, *La gestione dei temi globali nella società internazionale post Covid-19*, in *Approfondimenti*, ASviS, 23 aprile 2020.

⁸⁶ Va ricordato il ruolo delle Università ed in Italia spicca la creazione del network RUS-Rete delle Università per la Sostenibilità, istituito nel 2015 presso la CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane) e che riunisce 42 Atenei italiani attivi sui temi della sostenibilità ambientale e della responsabilità sociale. L’Alma Mater Studiorum- Università di Bologna è socio fondatore del network RUS e ha presentato, in occasione del Vertice ministeriale G7 sull’ambiente (Bologna, 11-12 giugno 2017) il *Report on U.N. Sustainable Development Goals 2016*, divenendo così il primo Ateneo italiano ad essersi dotato di una cornice “adempitiva” dei 17 SDGs. Il

spiega anche il fatto che non esista uno specifico Obiettivo dedicato all'ambiente, come invece avveniva per il MDG n.7. La tutela dell'ambiente nasce dall'interconnessione degli SDGs 6, 13, 14, 15 (c.d. *environmental cluster*) e dalla presenza di ben 89 targets su 169 relativi all'ambiente.⁸⁷ Per capire meglio l'interdipendenza e la caratteristica *action-guiding* degli SDGs verranno ora esaminati gli SDG7-energia, SDG13-cambiamento climatico, SDG16-*rule of law*, in quanto trattano temi globali tra i più attuali e che stanno coagulando prassi di adempimento pressoché universali.

1.4.1 SDG 7 e SDG 13: il nesso clima-energia

L'SDG7, intitolato “*assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni*”, è un obiettivo che acquista autonomo rilievo grazie all'Agenda ONU 2030, in quanto non figurava nei precedenti MDGs. Esso si articola in tre *targets* rivolti ad assicurare entro il 2030: a) l'accesso universale a forme moderne di energia (“*garantire entro il 2030 accesso a servizi energetici che siano convenienti, affidabili e moderni*”, target 7.1), b) aumentare la quota di energie rinnovabili⁸⁸ nel mix energetico mondiale

documento è uno strumento di rendicontazione, aggiornato a cadenza biennale, che sintetizza i contributi generati dalle diverse attività istituzionali dell'Ateneo a favore del raggiungimento degli SDGs. Le attività dell'Università di Bologna per la sostenibilità risalgono al 2012 con l'adozione del primo bilancio sociale, seguito nel 2015 dal primo “*Gender Report*”. L'Università di Siena ospita dal 2013 il Centro per il Mediterraneo del *Sustainable Development Solutions Network* (UN SDSN), mettendo a punto varie progettualità in ambito ambientale. La *Venice International University-VIU*, università privata con sede a Venezia e presieduta dal 2001 dall'Amb. Umberto VATTANI, ha avviato numerose collaborazioni progettuali tra l'analisi scientifica e le politiche governative nei settori della sostenibilità ambientale, urbana, sociale, del mondo delle cooperative nonché dell'azione imprenditoriale italiana in direzione degli SDGs.

⁸⁷ SCHOLTZ, BARNARD, *The Environment and SDGs: We are on a Road to Nowhere*, in FRENCH, KOTZÉ (eds.), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2018, pp. 222, 224.

⁸⁸ Per rinnovabili si intendono quelle fonti derivanti da risorse naturali capaci di rigenerarsi ovvero non esauribili in tempi brevi e quindi utilizzabili anche dalle generazioni future. Ai fini definitivi, la Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, definisce come tali all'art. 2(a) l'“*energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrotermica e oceanica, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas*”. Vedasi anche CHIELLINO, *Lo sviluppo delle rinnovabili tra potenzialità ed ostacoli*, in *Il Sole 24 Ore Ambiente & Sicurezza*, Milano, 2009.

“*aumentare considerevolmente entro il 2030 la quota di energie rinnovabili nel consumo totale di energia*”, target 7.2) e c) “*raddoppiare entro il 2030 il tasso globale di miglioramento dell’efficienza energetica*” (target 7.3).⁸⁹ A tale obiettivo di sviluppo sostenibile sono inoltre riferibili numerosi processi intergovernativi. La formulazione dei tre *targets* del SDG7 ingloba il preesistente processo Se4ALL (*Sustainable Energy for All*), varato nel settembre 2011 dall’allora Segretario Generale dell’ONU, Ban Ki-moon. Se4ALL intendeva catalizzare l’impegno dei settori pubblico, privato e della società civile in favore di tre obiettivi da raggiungere entro il 2030: assicurare l’accesso universale a servizi energetici tecnologicamente moderni; raddoppiare il tasso di crescita dell’efficienza energetica e la quota di energie rinnovabili nel mix energetico mondiale. I tre obiettivi di Se4ALL sono stati nel 2012 inglobati nel documento finale di Rio+20⁹⁰, per poi confluire nel 2015 nei tre *targets* dell’SDG7, con la differenza che il target 7.2 non parla di “raddoppiare” ma di “aumentare considerevolmente” la quota delle rinnovabili a livello mondiale.

Nel 2009 nasce l’*Agenzia Internazionale per le Energie Rinnovabili* (IRENA), con sede ad Abu Dhabi. La sua creazione, al di fuori del contesto onusiano, è avvenuta alla Conferenza di Bonn del 26 gennaio 2009, con l’adozione dello Statuto da parte di 75 Paesi fondatori, tra cui l’Italia. Lo Statuto fa riferimento allo sviluppo sostenibile nel preambolo (“*[t]he Parties to the*

⁸⁹ ZUSMAN, OLSEN HØIBERG, YOSHIDA, NAKANO, *Sustainable Energy for All: Integrated Approaches to Energy under a 2030 Development Agenda* in N. SHAWKI (ed.), *International Norms, Normative Change and the UN Sustainable Development Goals*, Lexington Books, Lanham, 2016. VILLAVICENCIO, *The UN’s new sustainable development agenda and renewable energy: the challenge to reach SDG7 while achieving energy justice* in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 36, afl. 2, London, 2018, pp. 233-254.

⁹⁰ Ad esso vengono dedicati i punti 125-129 del documento *The future we want*. I punti 126, 127 e 128 stanno alla base dei tre *targets* che definiranno l’SDG7 (punto 126: “*We emphasize the need to address the challenge of access to sustainable modern energy services for all*”; l’incremento delle rinnovabili al punto 127, che parla di “*increased use of renewable energy sources and other low-emission technologies*” e dell’efficienza energetica al n. 128: “*We recognize that improving energy efficiency, increasing the share of renewable energy and cleaner and energy-efficient technologies are important for sustainable development*”). Il punto n.129 richiama l’iniziativa Se4All: “*We note the launching of the ‘Sustainable Energy for All’ initiative by the Secretary-General, which focuses on access to energy, energy efficiency and renewable energies. We are all determined to act to make sustainable energy for all a reality [...]*”.

IRENA Statute, desiring to promote the widespread and increased adoption of renewable energy with a view to sustainable development”) nonché all’art. 2, che individua gli obiettivi statutarî di IRENA.⁹¹ Rispetto alle altre organizzazioni internazionali di settore -*in primis*, l’Agenzia Internazionale dell’Energia (AIE) nata nel 1974 in ambito regionale OCSE in risposta alla crisi petrolifera, con specifico *focus* sugli idrocarburi⁹²- IRENA si caratterizza per vocazione universale, con una *membership* di 162 Stati membri, compresa l’UE.⁹³ L’Agenzia, che non persegue dirette finalità di sviluppo industriale, promuove ed incoraggia politiche che favoriscano investimenti nelle rinnovabili, offrendo analisi, studi, assistenza normativa ai Paesi membri che ne facciano richiesta.⁹⁴ IRENA funge inoltre da Segretariato della GGA-*Global Geothermal Alliance*, creata tra i paesi dotati di fonti e tecnologie geotermiche.⁹⁵ I rapporti e le analisi svolte da IRENA confermano la funzione di *enabler* dell’SDG 7, in quanto obiettivo facilitatore per la promozione di altri SDG, ed in particolare gli Obiettivi

⁹¹ Cfr. art. 2: “*The Agency shall promote the widespread and increased adoption and the sustainable use of all forms of renewable energy, taking into account: [...] b.) the contribution of renewable energy to environmental preservation, through limiting pressure on natural resources and reducing deforestation, particularly tropical deforestation, desertification and biodiversity loss; to climate protection; to economic growth and social cohesion including poverty alleviation and sustainable development;*”, attività da condurre in conformità con le politiche onusiane sullo sviluppo sostenibile, cfr. art. 4(b)(1): “*act in accordance with the purposes and principles of the United Nations to promote peace and international cooperation, and in conformity with policies of the United Nations furthering sustainable development*”.

⁹² L’AIE è un organo semi-autonomo dell’OCSE e pone a carico dei paesi membri di dotarsi di stock strategici di petrolio ed un meccanismo di riserve di sicurezza in caso di crisi di forniture. La più rinomata pubblicazione annuale dell’AIE è il *WEO-World Energy Outlook*.

⁹³ IRENA ha tre organi statutarî: l’Assemblea, che si riunisce una volta l’anno e comprende tutti gli Stati membri, il Consiglio (21 membri eletti ogni due anni dall’Assemblea) ed il Segretariato, guidato dal Direttore Generale che resta in carica per un mandato quadriennale, rinnovabile una sola volta, cfr. www.irena.org.

⁹⁴ Tra queste attività di analisi, *REmap 2030* identifica politiche e migliori pratiche al fine di raddoppiare la quota di energie rinnovabili nel mix energetico globale entro il 2030. Di particolare interesse è anche l’*Africa Clean Energy Corridor*, iniziativa volta a promuovere in Africa Orientale e del Sud lo sviluppo delle rinnovabili e reti elettriche.

⁹⁵ Si tratta di una iniziativa aperta all’adesione degli Stati membri di IRENA, agenzie intergovernative, ma anche del settore privato e ONG per incentivare lo sviluppo mondiale della geotermia. L’Italia vi aderisce e ha ospitato nel 2017 a Firenze la prima Conferenza a livello ministeriale della GGA. BERTANI, *Geothermal Energy*, in C. CLINI, I. MUSU, M.L. GULLINO (eds.), *Sustainable Development and Environmental Management. Experiences and case studies*, ed. Springer Netherlands, 2008, pp. 207-219.

1,2,5,6,8 e 13.⁹⁶ La transizione energetica, con le rinnovabili e l'efficienza energetica al suo centro, si rivela fondamentale per contrastare i cambiamenti climatici (SDG 13), cagionati per i due terzi proprio dal settore energetico.⁹⁷

Sempre in materia energetica, sebbene al SDG 12 (consumo e produzione responsabili) *target* 12.c che riguarda l'energia prodotta da combustibili fossili (“razionalizzare i sussidi inefficienti per i combustibili fossili che incoraggiano lo spreco [...]”), va ricordato l'*International Energy Forum-IEF*, istituito in occasione della Conferenza ministeriale straordinaria di Riad il 22 febbraio 2011 con l'adozione della Carta istitutiva (*IEF Charter*) ratificata da 70 Paesi, tra cui l'Italia.⁹⁸ La finalità del Forum è la collaborazione tra paesi consumatori-importatori di energia e paesi produttori-esportatori nonché di transito delle risorse energetiche tradizionali. IEF si pone come piattaforma di dialogo per dare stabilità, trasparenza e sostenibilità ai mercati energetici (“*energy market transparency, stability and sustainability*”, cfr. art. 2 dell'*IEF Charter*), attraverso la promozione di principi e linee guida, ma anche analisi e studi che toccano i

⁹⁶ IRENA doc. C/15/DN/1, Note of the Director-General, *Accelerating renewable energy deployment towards SDG 7 and links to other SDGs*, Abu Dhabi, 8-9 maggio 2018, cfr. punto 8: “[...] Meeting SDG7 could also contribute directly or indirectly to several other SDGs, including those related to climate, cities, economic growth, jobs, agriculture, water and poverty. Analysis has found that renewable energy, together with energy efficiency, can achieve around 90% of the emissions reductions needed by 2050 in the energy sector to achieve the climate targets under the Paris Agreement (SDG 13)”; punto n. 9: “An energy sector transformation will also bring a wide range of socio-economic benefits, in terms of incomes, welfare and jobs. IRENA estimates that accelerated renewable energy deployment could boost global GDP by 1.4% in 2050 and create millions of jobs in the process (SDG8). Meanwhile, decentralised solutions support human development and resilience by facilitating access to basic services, improving human health and supporting income generation (SDG 1, 2, 5 and 6)”.

⁹⁷ IRENA doc. A/7/DN/3, Note of the Director-General, *Investment Pathways towards Advancing Nationally Determined Contributions*, Abu Dhabi, 14-15 gennaio 2017: “With approximately two-thirds of global carbon emissions emanating from the energy sector, the deployment of renewables to reduce carbon intensity in energy production and consumption will be critical to addressing climate change. Coupled with energy efficiency, renewable energy technologies offer the most technically feasible and economically viable solution to decarbonise energy production, build a climate-resilient future, and avoid catastrophic climate change [...]”.

⁹⁸ I paesi membri dell'IEF rappresentano quasi il 90% della domanda e offerta mondiale di petrolio e gas. IEF dispone di quattro organi statutari: la Conferenza dei Ministri (convocata a cadenza biennale); il Consiglio Esecutivo (*Executive Board*, organo decisionale composto da 31 Stati membri, di cui 23 sono delegati permanenti); il Gruppo Internazionale di Supporto (*International Support Group*, organo consultivo); il *Segretario Generale*, che dispone di un Segretariato con sede permanente a Riad, cfr. <https://www.ief.org/>.

temi salienti dello sviluppo sostenibile (energia ed ambiente, crescita economica e sviluppo).

A livello regionale, vanno ricordate le iniziative dell'UE in materia di energia, con la stipula di una serie di dichiarazioni congiunte per l'accesso a fonti energetiche sostenibili (*Joint declarations on reinforced cooperation in the field of sustainable energy*), concluse a partire dal 2014 con 21 Paesi,⁹⁹ di cui la maggior parte (15 su 21) africani.¹⁰⁰ Pur non essendo giuridicamente vincolanti¹⁰¹, esse contengono dettagliati programmi di assistenza tecnica, identificando progetti meritevoli di finanziamento e mobilitando le risorse necessarie. Inoltre, sempre per promuovere le energie rinnovabili nel continente africano, è stata creata nel 2007 l'AEEP, *Africa-EU Energy Partnership*, una piattaforma di dialogo strutturato tra la Commissione UE e la Commissione dell'Unione Africana.¹⁰² AEEP è una delle otto "*Joint Africa-EU Strategic Partnerships*" (JAES) varate al vertice Africa-UE di Lisbona del 2007. AEEP supporta vari progetti in Africa per le rinnovabili, con circa 200 MW di potenza prodotta.¹⁰³

⁹⁹ Il 23 settembre 2014 il Presidente della Commissione UE, Barroso, firmò le prime cinque a New York (Capo Verde, Costa d'Avorio, Liberia, Togo, Ruanda), cui seguirono quelle con Uganda e Sierra Leone, firmate a New York nel giugno 2015. A settembre 2015 vennero firmate sei Dichiarazioni congiunte con altrettanti Stati insulari del Pacifico (Isole Marshall, Micronesia, Palau, Nauru, Tonga, Niue). Il 7 dicembre 2015 alla CoP21 di Parigi ne vennero firmate sei con Benin, Camerun, Madagascar, Senegal, Kenya e Nigeria, mentre alla CoP22 tenutasi a Marrakesh nel 2016 vennero firmate quelle con Mozambico e Zambia, cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1026_en.htm.

¹⁰⁰ Capo Verde, Costa d'Avorio, Liberia, Togo, Ruanda, Uganda, Sierra Leone, Benin, Camerun, Madagascar, Senegal nonché Kenya, Nigeria, Mozambico e Zambia (queste ultime quattro Dichiarazioni sono state co-firmate anche dall'Italia).

¹⁰¹ Una clausola finale specifica che esse non creano obbligazioni giuridiche né finanziarie ("*[t]his Declaration does not, nor is it intended to, create any binding, legal or financial obligations on either side under domestic or international law*").

¹⁰² Priva di personalità giuridica, AEEP non ha un'autonoma struttura né gode di autonomia finanziaria. Gli organi di AEEP sono il Segretariato, ospitato da GET.pro (*Global Energy Transformation Programme*, piattaforma multi-donatore finanziata dalla Commissione UE, Germania, Svezia, Paesi Bassi, Austria) e lo *Steering Group*, organo decisionale della partnership. Esso è composto da sei co-presidenti (*co-chairs*) con diritto di veto: Egitto e COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*, area di commercio preferenziale tra 19 Stati, creata nel 1994 con sede a Lusaka in Zambia), due per la parte europea della partnership (Italia e Germania), più le due Commissioni UE e UA.

¹⁰³ I dati sono pubblicati nel sito web <https://www.global-energy-transformation.eu>. AEEP figura tra i *key actors* citati nell'Annesso alla Comunicazione finale del Vertice G7 di Elmau del 2015, con l'obiettivo di potenziare entro il 2030 l'accesso a forme sostenibili di energia in Africa. Cfr. G7

Un processo *Africa-owned* sostenuto da vari Paesi donatori è l'AREI-Africa *Renewable Energy Initiative*, un'iniziativa varata dai Capi di Stato africani sotto mandato dell'Unione Africana il 1 dicembre 2015 alla CoP21 di Parigi. AREI si pone l'ambizioso obiettivo di produrre 300 GW di nuova capacità di generazione energetica da fonti rinnovabili entro il 2030. L'*AREI Framework*, documento-guida dell'iniziativa, richiama lo sviluppo sostenibile definendolo ad un tempo come obiettivo e principio.¹⁰⁴ Il Vertice dell'UA di Kigali (Ruanda, 17-18 luglio 2016) ha definito la struttura istituzionale di AREI.¹⁰⁵

Va inoltre ricordato il Trattato della Carta dell'Energia (*Energy Charter Treaty-ECT*), in vigore dal 1998 insieme al Protocollo sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati (*Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*, PEEREA).¹⁰⁶ Si tratta di un trattato multilaterale per

SUMMIT, 7-8 giugno 2015, *Annex to the Leaders' Declaration*: "The aim of this effort is to improve sustainable energy access in Africa by 2030 by accelerating the deployment of renewable energy (solar, onshore and offshore wind power, hydro, biomass and geothermal, off-grid renewables, and grid and corridors deployment). [...] It is possible to build on existing multilateral and bilateral programmes - most notably the UN Sustainable Energy for All SE4All, IRENA Africa clean energy corridor and UNEP initiatives, Africa-EU Energy Partnership, African Union, NEPAD, AMCEN and AfDB flagship programmes including the African Power Vision, the U.S. Power Africa initiative and the EU's Electrification Financing Initiative (ElectriFi). [...]". Per uno studio sull'energia sostenibile in Africa, cfr. MANDELLI, BARBIERI, MATTAROLO, COLOMBO, *Sustainable energy in Africa: a comprehensive data and policies review in Renewable and Sustainable Energy Reviews*, n.37/2014, Amsterdam, ed. Elsevier, 2014, pp. 656-686.

¹⁰⁴ AREI, *Africa Renewable Energy Initiative Framework*, 2016, cfr. www.arei.org, p. 3: "The Africa Renewable Energy Initiative has two overarching goals. These are: (1) to help achieve sustainable development, [...]; and (2) to help African countries leapfrog towards renewable energy systems that support their low-carbon development strategies while enhancing economic and energy security. [...] In reaching these goals, the Africa Renewable Energy Initiative shall adhere to the following principles: contributing to achieving sustainable development in Africa [...];"

¹⁰⁵ Assemblea dell'Unione Africana, decisione n. AU/DEC.609 (XXVII), che prevede quattro organi: il *Board of Directors* l'organo decisionale formato da 5 Paesi africani a livello di Capo di Stato e da due seggi per i Paesi donatori; un *Technical Committee* formato da esperti per la selezione dei progetti; un *Trustee* delle risorse finanziarie di AREI, presso l'African Development Bank (AfDB) ad Abidjan; una *Independent Delivery Unit-IDU*, quale struttura tecnico-operativa.

¹⁰⁶ *Energy Charter Treaty* (ECT), adottato a Lisbona il 17 dicembre 1994, in vigore dal 16 aprile 1998. U.N.T.S. 95, 2080; 34 I.L.M. 360 (1995). ECT è stata ratificata da 50 Stati e dall'Unione Europea: vi partecipano tutti i Paesi dell'ex URSS (con l'importante eccezione di Russia e Bielorussia), i Paesi dell'Europa centrale e orientale, il Giappone e gli Stati membri dell'UE, tranne l'Italia. Va in proposito menzionato il recesso dell'Italia dall'ECT, a partire dal 1° gennaio 2016. Gli effetti del recesso sono peraltro sterilizzati dalla *sunset clause* contenuta all'art. 47(3) ECT, in forza del quale lo Stato denunciante resta vincolato alla Carta -compresa la clausola di

promuovere il commercio e gli investimenti nel settore energetico, applicandosi a tutte le fonti di energia (non solo *oil&gas*, ma anche il nucleare, le rinnovabili, ecc.) con l'obiettivo di stabilire un quadro giuridico certo e promuovere gli scambi energetici tra Est e Ovest.¹⁰⁷ In un periodo storico che vedeva aprirsi nuove prospettive con la fine della guerra fredda, il Trattato ECT venne preceduto nel 1991 dalla Carta Europea dell'Energia (*European Energy Charter-EEC*), documento conclusivo della Conferenza dell'Aja del 17 dicembre 1991, quale dichiarazione politica non vincolante, strumento di *soft law* le cui disposizioni sono state elevate a rango di norme pattizie dando vita nel 1994 al Trattato ECT. Tutti e tre questi strumenti (EEC, ECT, PEEREA) sono basati sullo sviluppo sostenibile. Nella EEC del 1991, esso figura tra gli obiettivi preambolari (“*[w]illing to do more to attain the objectives of security of supply and efficient management and use of resources, and to utilise fully the potential for environmental improvement, in moving towards sustainable development*”). L'ECT ne fa un obiettivo da raggiungere nel ridurre l'impatto ambientale delle operazioni energetiche (cfr. art. 19: “*in pursuit of sustainable development*”). Il Protocollo PEEREA lo prevede come obiettivo dell'efficienza energetica all'art. 1

consenso all'arbitrato, ex art. 26 ECT- per i vent'anni successivi alla denuncia. Nonostante il recesso dell'Italia, l'UE ha continuato a confermare il proprio sostegno all'ECT. Vedasi in proposito WILSON, *Energy Charter. A multilateral process for managing commercial energy relations*, EPRS- European Parliamentary Research Service, 2017, cfr. p. 4: “*All EU Member States have signed and ratified the ECT, although Italy withdrew from it in 2016. The precise reasons for Italy's withdrawal remain unclear*”; p. 1: “*The European Union and its Member States are actively involved in the Energy Charter process. The European Commission represents the Union at the Energy Charter Conference and supports the work of the Secretariat, including through financial contributions on an ad hoc basis. The Energy Charter has been strongly supported by the European Parliament in various resolutions [...]*”. CROSS, KUBE, *Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States? Analysis commissioned by Umweltinstitut München e.V.*, 2018. Gli Autori notano che “*[t]he sunset clause means that any investments in Italy by investors of other EU member states - as well as Italian investments in other member states- which were made as of 1 January 2016, are to remain covered by the relevant ECT provisions until 1 January 2036 (Article 47(3) ECT)*.” L'Italia è rimasta in ECT come osservatore e ha firmato nel 2015 l'*International Energy Charter*. La Commissione UE ha ratificato l'ECT, che continuerebbe pertanto a vincolare l'Italia ex art. 216(2)TFUE.

¹⁰⁷ La Parte III di ECT è dedicata alla promozione e tutela degli investimenti e l'art. 26 contiene la clausola arbitrale ISDS, cfr. *infra*, Cap. III.

“[t]he objectives of this Protocol are: (a) the promotion of energy efficiency policies consistent with sustainable development”).

Il 20 maggio 2015 è stata firmata all’Aja l’*International Energy Charter-IEC*. La Carta Internazionale dell’Energia si auto-qualifica nel preambolo come dichiarazione politica tesa a promuovere la cooperazione energetica tra i Paesi firmatari (*“a declaration of political intention aiming at strengthening the energy cooperation between the signatories and does not bear any legally binding obligation”*). Essa riconosce, nel preambolo, la sfida globale posta dalla sicurezza energetica, conciliandola con lo sviluppo economico e la protezione dell’ambiente attraverso lo sviluppo sostenibile (*“recognizing the global challenge posed by the trilemma between energy security, economic development and environmental protection, and efforts by all countries to achieve sustainable development”*; *“willing to do more to attain the objectives of energy security and efficient management and use of resources [...] in moving towards sustainable development”*).¹⁰⁸ Non è da escludere che la IEC possa costituire una tappa verso la creazione di un vero e proprio Trattato, in considerazione del numero di Stati firmatari (84) e delle organizzazioni regionali aderenti (*East African Community-EAC, Economic Community of Central African States-ECCAS, Economic Community of West African States-ECOWAS, G5 Sahel*, nonché l’UE).

Lo SDG 7 è strettamente connesso alla problematica del *climate change*, dal momento che il settore energetico, come visto sopra, concorre per i due terzi alla produzione di emissioni climalteranti. Pertanto, la transizione energetica non solo è fondamentale per raggiungere lo SDG 7, ma anche per adempiere allo SDG 13, dedicato alla lotta al cambiamento climatico. Il quadro normativo di riferimento

¹⁰⁸ La IEC ribadisce al titolo I che gli Stati firmatari sono *“desirous of sustainable energy development”*, in modo che l’intera filiera energetica, dalla sua produzione all’utilizzo finale, sia *“socially acceptable, economically viable, and environmentally sound”*. A tale fine, IEC sostiene l’accesso a forme sostenibili di energia (titolo II, punto 8: *“access to sustainable, modern, affordable, and cleaner energy, in particular in developing countries”*) in linea con SDG 7, nonché la liberalizzazione del commercio dell’energia (titolo II, punto 3) e la promozione e protezione degli investimenti (par. 4), garantendo a livello nazionale *“stable, transparent legal framework for foreign investments”* e il *“full access to adequate dispute settlement mechanism”*, incluso il ricorso all’arbitrato internazionale.

dell'Agenda 2030 per accelerare la riduzione dei gas serra è la Convenzione-quadro UNFCCC, riconosciuta al par. 31 come “*the primary international, intergovernmental forum for negotiating the global response to climate change*”. Tale Convenzione persegue l'obiettivo di ridurre le emissioni climalteranti in modo da “*enable economic development to proceed in a sustainable manner*” (cfr. art. 2)¹⁰⁹ ed è guidata dai principi n. 3 e 7 di Rio (art. 3 comma 1: “*The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. Accordingly, the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof*”), riconoscendo maggiori responsabilità per la riduzione delle emissioni di gas serra in capo ai 40 Paesi sviluppati elencati nell'Annesso I della Convenzione.¹¹⁰ La terza CoP dell'UNFCCC nel 1997 ha adottato il *Protocollo di Kyoto*, che vincola i predetti Paesi dell'Annesso I a specifici obiettivi di riduzione delle emissioni di CO₂ (art. 3), “*in order to promote sustainable development*” (art. 2).¹¹¹ Alla CoP21 nel dicembre 2015 viene firmato l'Accordo di Parigi, che vanta un numero di ratifiche quasi universale (189 sui 197 Paesi firmatari),¹¹² il primo trattato sul clima globalmente vincolante a stabilire l'impegno comune per tutti i paesi a contenere il riscaldamento terrestre al di sotto dei 2°C rispetto ai livelli preindustriali. Tutti i Paesi devono presentare, ad intervalli di cinque anni, e con obiettivi sempre più

¹⁰⁹ L'art. 2 della Convenzione recita: “*The ultimate objective of this Convention and any related legal instruments that the Conference of the Parties may adopt is to achieve, in accordance with the relevant provisions of the Convention, stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. Such a level should be achieved within a time frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner.*”

¹¹⁰ c.d. *Paesi dell'Annesso I*: vi figurano i Paesi europei, compresa la CEE (*European Economic Community*), ma anche USA, Canada, Giappone, Russia.

¹¹¹ Con il Protocollo di Kyoto per la prima volta venivano definiti obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni di gas serra. L'art. 3 prevede l'obbligo per i Paesi dell'Annesso I di attuare nel quadriennio 2008-2012 una riduzione complessiva delle loro emissioni climalteranti di almeno il 5% rispetto ai livelli del 1990.

¹¹² *Paris Agreement on Climate Change*, adottato a Parigi il 12 dicembre 2015 alla CoP21 dell'UNFCCC, in vigore dal 4 novembre 2016. UN Doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1.

ambiziosi, le proprie *Nationally Determined Contributions* (NDCs, art. 3) secondo meccanismi di trasparenza e pubblicità, con meccanismi di controllo dei progressi compiuti.¹¹³ L'Accordo di Parigi sul clima richiama lo sviluppo sostenibile nel preambolo (“[e]mphasizing the intrinsic relationship that climate change actions, responses and impacts have with equitable access to sustainable development and eradication of poverty”), all’art. 2(1) (“[t]his Agreement [...] aims to strengthen the global response to the threat of climate change, in the context of sustainable development”), all’art. 4(1) laddove la riduzione del surriscaldamento globale deve avvenire “in the context of sustainable development”, nonché agli artt. 6, 7, 8, 10.

Vari studi evidenziano le ripercussioni negative sul clima del nostro modello di sviluppo,¹¹⁴ che consuma risorse naturali al di sopra delle capacità di rigenerazione degli ecosistemi del pianeta (c.d. *overshoot*): nel 2020 l'*earth overshoot day* è stato raggiunto il 22 agosto, con un consumo pari a 1,6 pianeti terra all'anno.¹¹⁵ Le conseguenze hanno ricadute in termini di perdita di biodiversità e con essa di *welfare loss* per le popolazioni colpite. Si tratta di conseguenze negative non solo per l'ambiente, ma anche per la situazione dei

¹¹³ L'Accordo incoraggia l'azione *bottom-up* degli Stati, che ha come pilastro centrale gli NDCs, piani d'azione nazionali nella lotta al cambiamento climatico: “[t]he Paris Agreement provides a framework for bottom-up climate action and relies on all Parties to undertake ambitious actions tailored to their specific circumstances and capabilities. A central pillar inscribed in the Agreement are the Nationally Determined Contributions (NDCs), which are national climate action plans which outline each Party’s commitment to addressing climate change”, in IRENA doc. A/7/DN/3, *Note of the Director-General, Investment Pathways towards Advancing Nationally Determined Contributions (NDCs)*, Abu Dhabi, 14-15 gennaio 2017.

¹¹⁴ L'esistenza del nesso eziologico tra cambiamento climatico e attività antropiche è stata dimostrata dall'IPCC, l'*Intergovernmental Panel on Climate change*, il gruppo di esperti sul clima delle Nazioni Unite creato nel 1988 per studiare il fenomeno del cambiamento climatico. Il Quinto rapporto (*IPCC Fifth Assessment Report*, IPCC AR5) confermò che il riscaldamento globale è causato, con una certezza del 95%, da attività antropiche. IPCC, *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Core Writing Team, R.K. Pachauri, L.A. Meyer (eds.), IPCC, Ginevra, 2015, cfr. p. 5: “The IPCC is now 95 percent certain that humans are the main cause of current global warming”, cfr. <https://www.ipcc.ch/>.

¹¹⁵ Cfr. sito web: <https://www.overshootday.org/>.

diritti umani e per l'assetto economico-sociale di molte popolazioni,¹¹⁶ divenendo nuove concause di conflitti e fenomeni migratori. Il preambolo dell'Accordo di Parigi ricorda infatti che “[p]arties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights”. Lo studio di MASTROJENI e PASINI stima che, nei prossimi trent'anni, 135 milioni di persone saranno costrette a spostarsi a causa del degrado delle terre e della siccità. Già oggi gran parte dei migranti diretti in Europa provengono da zone aride e i due terzi delle terre in Africa sono degradate e sempre meno fertili. Non è un caso che la metà dei combattenti di Boko Haram, secondo tale studio, abbia dichiarato di arruolarsi per mancanza di lavoro ed altre opportunità economiche.¹¹⁷ Conseguenza del surriscaldamento del pianeta è anche l'acidificazione degli oceani, che assorbono l'80% dell'aumento del calore dovuto all'effetto-serra ed 1/3 dell'anidride carbonica immessa nell'atmosfera, formando composti che aumentano l'acidità delle acque. Gli effetti negativi sono il degrado delle barriere coralline e la diminuzione del fitoplancton, minando così alla base

¹¹⁶ Per contrastare i rischi prodotti dal cambiamento climatico (inondazioni, siccità, tsunami, specie per le popolazioni più vulnerabili), nel 2015 una Risoluzione UNGA adottava il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, approvato dalla terza Conferenza mondiale ONU sulla riduzione del rischio da disastro ambientale. *UN World Conference on Disaster Risk Reduction (Sendai, 14-18 marzo 2015). Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*, Risoluzione UNGA A/RES/69/283. Il DRR è considerato obiettivo essenziale dello sviluppo sostenibile al par. 19(h): “*Disaster risk reduction is essential to achieve sustainable development*”. Questo in adempimento al documento finale di Rio+20, “*The future we want*” che auspica una riduzione del rischio nel contesto dello sviluppo sostenibile (par. 186, “*with a renewed sense of urgency in the context of sustainable development*”).

¹¹⁷ MASTROJENI, PASINI, *Effetto serra, effetto guerra*, Milano, ed. Chiarelettere, 2017, pp. 61-62. L'Autore Mastrojeni, funzionario diplomatico, nel 2017 era il Coordinatore per le iniziative di Cooperazione allo Sviluppo in materia di eco-sostenibilità del MAECI. Grazie a tali esempi, si vede come SDG 13 sia interconnesso con SDG 2 (sconfiggere la fame) in quanto il *target* 2.4 richiede di sviluppare “*pratiche agricole resilienti [...] che rafforzino la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici, a condizioni meteorologiche estreme, siccità, inondazioni e altri disastri [...]*”, ma anche con SDG 3 sulla salute e con SDG 11, dal momento che l'inurbamento ha un forte impatto sul cambio climatico (cfr. *target* 11.b: “[...] *aumentare considerevolmente il numero di città e insediamenti umani che adottano e attuano politiche integrate e piani tesi all'inclusione, all'efficienza delle risorse, alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici [...]*”). Il cambiamento climatico era stato annoverato da ORD tra i quattro maggiori rischi planetari, assieme alla proliferazione nucleare, ad una incontrollata intelligenza artificiale (IA) e al diffondersi di “*engineered pandemics*”, cfr. ORD, *The Precipice: Existential Risk and the Future of Humanity*, Bloomsbury Publishing, Londra, 2020.

l'intera catena alimentare marina.¹¹⁸ È stato inoltre stimato che il non adottare un modello di sviluppo sostenibile, perpetrando il *business as usual*, comporterebbe una perdita di biodiversità negli ecosistemi da qui al 2050 pari a 479 miliardi di dollari US all'anno.¹¹⁹

Le CoP in ambito UNFCCC rappresentano il principale strumento di *governance* multilaterale del clima, ma non sono l'unico. Va ricordata in proposito la *Clean Energy Ministerial* (CEM), un foro di alto livello creato nel 2010 per accelerare la transizione globale verso un'economia a basso contenuto di carbonio, promuovendo forme di energie pulite. La CEM si è affermata come importante forum di confronto sui temi clima-energia, grazie alla sua duplice dimensione, politica (una sessione annuale dei Ministri dell'energia dei Paesi partecipanti) ed operativa (articolata in diversi gruppi di lavoro tematici), al costante coinvolgimento del settore privato e ad una *membership* ristretta, ma rappresentativa, che include i cinque Paesi BRICS (Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica) e che rappresenta circa il 75% delle emissioni globali di gas a effetto serra ed il 90% degli investimenti globali in energia pulita.¹²⁰

1.4.2 SDG 16: rule of law e lotta alla corruzione internazionale

Tale Obiettivo è rubricato “promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli” e si propone di “*fornire l'accesso universale alla giustizia ed a costruire istituzioni responsabili ed*

¹¹⁸ MASTROJENI, PASINI, *Effetto serra, effetto guerra*, Milano, ed. Chiarelettere, 2017, pp. 44-60.

¹¹⁹ ROXBURGH, ELLIS, JOHNSON, BALDOS, HERTEL, NOOTENBOOM, POLASKY, *Global Futures: Assessing the global economic impacts of environmental change to support policy-making*. Summary report, January 2020, <https://www.wwf.org.uk/globalfutures>. Inoltre, il Rapporto per il 2020 del WWF ha stimato una diminuzione a livello planetario del 68% dei vertebrati (pesci, anfibi, rettili, uccelli, mammiferi) rispetto al 1970, calo che diventa del 94% per le sub-regioni tropicali delle Americhe. ALMOND, GROOTEN, PETERSEN, *Living Planet Report 2020. Bending the curve of biodiversity loss*, WWF, Gland, 2020, p. 6.

¹²⁰ La CEM conta 25 Paesi membri, oltre alla Commissione UE. Il *Framework for the Clean Energy Ministerial*, adottato alla Settima CEM nel 2016, ne definisce principi direttivi e la struttura di *governance*. Cfr. <http://www.cleanenergyministerial.org/>.

efficaci a tutti i livelli. Esso si caratterizza per una varietà e trasversalità di target e di indicatori”.¹²¹ Esso si può riassumere nell’importanza della *rule of law* come affermazione dello stato di diritto e di una cultura della legalità. Nell’Agenda 2030 la *rule of law* è richiamata ai parr. 8, 9, 35 e viene definita componente essenziale dello sviluppo sostenibile al par. 9: “*democracy, good governance and the rule of law, as well as an enabling environment at the national and international levels, are essential for sustainable development*”, che riprende pressoché alla lettera il par. 10 del documento finale “*The future we want*” di Rio+20¹²². Come ben espresso dall’ex Segretario Generale dell’ONU, Ban Ki-Moon, “*the rule of law is crucial for promoting economic growth, sustainable development, human rights and access to justice. Where the rule of law is strong, people and businesses can feel confident about investing in the future*”.¹²³

Il SDG n. 16 delinea un percorso illuminato dal rispetto del principio di legalità attraverso cui si instaura a livello internazionale una visione di sviluppo progressivo delle regole per un ambiente socioeconomico legalmente orientato (A.L.O.)¹²⁴. Nell’Agenda ONU 2030, i *targets* 3,5,6,7,10 dell’SDG 16 sono espressione della lotta alla corruzione (*target* 16.5: ridurre sensibilmente la corruzione e gli abusi di potere in tutte le loro forme) e del principio partecipativo n. 10 di Rio, di cui ne confermano i tre capisaldi.¹²⁵ In particolare, il *target* 16.5

¹²¹ MICIELI DE BIASE, *L’Italia e il Goal 16: pace, giustizia e istituzioni solide*, in *Rivista Il Diritto penale della globalizzazione*, Pisa, Pacini ed., 2017. L’Autore era all’epoca funzionario economico-commerciale MAECI presso l’Ufficio II G7/G20 DGMO (Direzione Generale per la Mondializzazione). Vedasi anche ARAJARVI, *The Rule of Law in the 2030 Agenda*, in *Hague Journal on the rule of law*, 2018, Vol. 10, No. 1, pp. 187-217.

¹²² La *rule of law* venne enunciata già nel 1995 nella Dichiarazione di Copenhagen al *commitment* n. 1(a), che affermava di “*provide a stable legal framework*”, nel pieno rispetto della *rule of law*.

¹²³ UNGC, *Business for the rule of law framework*, UN Global Compact, New York, 2015, p. 4.

¹²⁴ DURANTE MANGONI, TARTAGLIA POLCINI, *La diplomazia giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane-E.S.I., 2019. Alfredo Durante MANGONI, Ministro Plenipotenziario, dal giugno 2016 è Coordinatore per le attività internazionali anticorruzione al MAECI. Giovanni TARTAGLIA POLCINI, magistrato, è Consigliere giuridico del MAECI. Gli Autori esaminano il ruolo dell’A.L.O. nella globalizzazione, approfondendo il contrasto alla corruzione nell’agenda multilaterale. L’azione diplomatica contribuisce all’A.L.O. come strumento per facilitare e far emergere un diritto penale della globalizzazione, come armonizzazione internazionale tra ordinamenti giuridici, forme di cooperazione giudiziaria e di polizia.

¹²⁵ La trasparenza e accesso alle informazioni sono contemplati al *target* 16.6 (“sviluppare a tutti i livelli istituzioni efficaci, responsabili e trasparenti”) ed al *target* 16.10 (“garantire un pubblico

recepisce la lotta alla corruzione, espressa in precedenti strumenti di *soft law*: l'Agenda 21 di Rio (cfr. Sezione I, Cap. 2, punto 2.32), la Dichiarazione di Copenhagen del 1995 (punto n. 20), la Dichiarazione di Johannesburg del 2002 (cfr. par. 4: “*the rule of law, anti-corruption measures, gender equality and an enabling environment for investment are the basis for sustainable development*”, affermando al par. 19 che la corruzione è una “*severe threat*” allo sviluppo sostenibile), fino a Rio+20 (par. 266: “[...] *corruption is a serious barrier to effective resource mobilization and allocation, and diverts resources away from activities that are vital for poverty eradication, the fight against hunger and sustainable development*”).¹²⁶

L'unico trattato globalmente vincolante in materia di lotta alla corruzione è la Convenzione ONU di Merida-UNCAC ¹²⁷ del 2003. Essa conta 187 Stati parte, un numero indicativo -secondo l'allora Segretario Generale dell'ONU, Kofi Annan- del “*remarkable commitment to tackling it*”, ¹²⁸ ed il cui preambolo stigmatizza il

accesso all'informazione”); la partecipazione pubblica alle decisioni al *target* 16.7 (“garantire un processo decisionale responsabile, aperto a tutti, partecipativo e rappresentativo a tutti i livelli”); l'accesso alla giustizia al *target* 16.3 (“promuovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti”).

¹²⁶ Per un'analisi della lotta alla corruzione in relazione agli investimenti, vedasi MAURO, *The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure*, in *IMF Working Paper* No. 96/98, International Monetary Fund-IMF, Washington, 1996, pp. 83-107; ELLIOTT, *Corruption and the global economy*. Peterson Institute for International Economics, Washington, 1997; DAVOODI, TANZI, V., *Corruption, Public Investment, and Growth*, in *IMF Working Papers* n. 97/139, 1997; DAVOODI, TANZI, V., *Roads to Nowhere: How Corruption in Public Investment Hurts Growth*, in *IMF Economic Issues*, Vol. 12, 1998; SARKAR, HASAN, *Impact of Corruption on the Efficiency of Investment: Evidence from a Cross-Country Analysis*, in *Asia-Pacific Development Journal*, Vol.8(2), 2001; ABED, GUPTA, *Governance, corruption, and economic performance*, IMF, Washington, 2002; EGGER, WINNER, *How Corruption Influences Foreign Direct Investment: a Panel Data Study*, in *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 54(2), University of Chicago Press, 2006, pp. 459-486; DIEL-GLIGOR, HENNECKE, *Investment in accordance with the law*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law*, ed. C.H. Beck-Hart-Nomos, 2015, pp. 566-576; HEIMANN, PIETH, *Confronting corruption: past concerns, present challenges, and future strategies*, OUP, 2017; SIMPSON, *Corruption, investment and natural resources*, in S.ALAM, J. H.BHUIYAN, J.RAZZAQUE (eds.), *International Natural Resources Law, Investment and Sustainability*, Routledge ed., 2018, pp. 416-434.

¹²⁷ *United Nations Convention Against Corruption*, fatta a New York il 31 ottobre 2003, in vigore dal 14 dicembre 2005. U.N.T.S. vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422.

¹²⁸ UNGA, *Implementation of the United Nations Millennium Declaration. Report of the Secretary-General*, doc. n. A/59/282 del 27 agosto 2004, par. 36: “*The support that it has*

vulnus allo sviluppo sostenibile arrecato dai comportamenti corruttivi (“*jeopardizing sustainable development and the rule of law*”).¹²⁹ Esistono inoltre trattati regionali che affrontano la lotta alla corruzione: in ambito OAS (*Organization of American States*), la Convenzione inter-americana contro la corruzione¹³⁰; nel 2003 la Convenzione anti-corruzione dell’Unione Africana (UA);¹³¹ in Europa, la Convenzione OCSE del 1997 contro la corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri nel quadro di transazioni internazionali (*OECD anti-Bribery Convention*),¹³² la Convenzione UE del 1997 contro la corruzione di funzionari nazionali degli Stati membri e delle istituzioni europee;¹³³ in ambito

received, measured by the number of countries that have signed, indicates both an acute awareness of the severity of the problem and a remarkable commitment to tackling it”.

¹²⁹ Si vedano i due riferimenti allo sviluppo sostenibile nel preambolo dell’UNCAC: “*Concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law*”; “*Concerned further about cases of corruption that [...] threaten the political stability and sustainable development of those States*” nonché all’art. 62(1): “*States Parties shall take measures conducive to the optimal implementation of this Convention [...] taking into account the negative effects of corruption on society in general, in particular on sustainable development*”). UNCAC non contiene una definizione di corruzione, ma si può fare ricorso a quella delineata dalla ONG *Transparency International*, fondata a Berlino nel 1993 ed operante in oltre cento Paesi, che la definisce come “*abuse of entrusted power for private gain*”: accezione ampia che comprende ogni forma di *mala gestio*, fondata sull’abuso di potere e su forme di indebito guadagno privato. Cfr. FASCI, *Cos’è la corruzione internazionale?* in *Rivista Il Diritto penale della globalizzazione*, Pisa, Pacini ed., 20 dicembre 2017.

¹³⁰ *Inter-American Convention Against Corruption*, firmata a Caracas il 29 marzo 1996, in vigore dal 3 giugno 1997, conta 34 ratifiche. U.N.T.S. 105-39, 35 I.L.M. 724.

¹³¹ *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*, firmata a Maputo l’11 luglio 2003, in vigore dal 5 agosto 2006. 43 I.L.M. 5. NONO, *Fighting Bribery and Corruption in Africa: from AU and OECD Conventions to a general principle of international investment law*, in IISD website, 10 marzo 2020, <https://iisd.org/>, ove in particolare l’Autore nota che “*even in the absence of a treaty-based anti-corruption obligation on investors, the arbitral jurisprudence admits that the prohibition of corruption is a general principle of international investment law*”, come meglio si vedrà al Cap. V.

¹³² *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, firmata il 17 dicembre 1997, in vigore dal 15 febbraio 1999 tra 44 Paesi. S. Treaty Doc. No. 105-43, 37 I.L.M. 1. La Convenzione OCSE riguarda alcuni tipi di corruzione per i funzionari pubblici stranieri, mentre l’UNCAC copre un numero maggiore di fattispecie, applicandosi sia per i funzionari pubblici, stranieri e nazionali, che per quelli del settore privato. Si veda in proposito BLUNDELL-WIGNALL, ROULET, *Foreign direct investment, corruption and the OECD Anti-Bribery Convention*, in *OECD Working Papers on International Investment*, n. 2017/01, OECD Publishing, Paris, 2017.

¹³³ Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari dell’UE o degli Stati membri dell’UE (“*Convenzione sulla base dell’articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull’Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti*

Consiglio d'Europa, due Convenzioni contro la corruzione nel 1999, rispettivamente in ambito civile e penale¹³⁴. Va inoltre ricordato l'Accordo di Cotonou concluso nel 2000 tra l'UE e 79 Stati ACP (Africa-Caraibi-Pacifico), il quale contiene un'articolata definizione di *good governance* finalizzata allo sviluppo sostenibile (art. 9) e l'impegno degli Stati contraenti a combattere la corruzione (art. 33 comma 2: “[t]he Parties shall work together in the fight against bribery and corruption in all their societies”).¹³⁵

Accanto a tali strumenti, numerosi fori internazionali sviluppano programmi d'azione contro la corruzione, sotto forma di raccomandazioni rivolte agli Stati. Ad esempio, il foro di dialogo politico G7 di Ise-Shima nel 2016 ha approvato il *G7 Action to fight corruption*.¹³⁶ In ambito G20, dal 2010 opera un *Anti Corruption Working Group-ACWG* e nel 2014 sono stati emanati i *G20 High-Level Principles on Corruption and Growth*.¹³⁷ In ambito ISO (*International Organization for Standardization*, fondata nel 1947 a Ginevra), è stata adottata nel

funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea”), in Gazzetta ufficiale GUCE n. C195 del 25 giugno 1997, in vigore dal 28 settembre 2005.

¹³⁴ Consiglio d'Europa. *Civil Law Convention on Corruption*, adottata a Strasburgo il 4 novembre 1999, in vigore dal 1° novembre 2003, STE No. 174; *Criminal Law Convention on Corruption*, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, in vigore dal 1° luglio 2002, STE No. 173. I sopracitati trattati si caratterizzano per prevedere un sistema di monitoraggio e meccanismi di valutazione (ad esempio, il GRECO-*Groupe d'Etats contre la corruption*, in ambito Consiglio d'Europa; il WGB-*Working Group on Bribery*, in seno all'OCSE; l'IRG-*Implementation Review Group* nell'UNCAC). Si veda in proposito SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi Giudici in Cassazione penale*, Vol. 52 fasc. 12, 2012, pp. 4270-4291.

¹³⁵ *Partnership agreement 2000/483/EC between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part*, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000 (n. OJ L317 del 15 dicembre 2000). Si veda all'art. 9 comma 3 la definizione ivi contenuta di *good governance*, come “*the transparent and accountable management of human, natural, economic and financial resources for the purposes of equitable and sustainable development. It entails clear decision-making procedures at the level of public authorities, transparent and accountable institutions, the primacy of law in the management and distribution of resources and capacity building for elaborating and implementing measures aiming in particular at preventing and combating corruption*”.

¹³⁶ *G7 Action to Fight Corruption*, Ise-Shima, Giappone, 27 maggio 2016, che esordisce riconoscendo “*the seriousness of the global problem of corruption and that the fight against corruption in all its dimensions is an important aspect to realizing the whole of the 2030 Agenda for Sustainable Development*”.

¹³⁷ In seno al G20 è stato istituito, in occasione del Summit di Toronto del 2010, il Gruppo di lavoro Anticorruzione (ACWG, *Anti-Corruption Working Group*), che promuove l'armonizzazione normativa sul piano dei principi tra gli ordinamenti dei Paesi membri.

2016 la certificazione UNI ISO 37001 per la prevenzione del rischio di corruzione.¹³⁸

1.5 Considerazioni conclusive

Il Capitolo ha offerto il percorso storico dello sviluppo sostenibile con l'intento di testimoniare le forti dinamiche evolutive che lo caratterizzano. Un cammino nel quale, fin dal rapporto Brundtland, gli investimenti diretti esteri e la *rule of law* accompagnano il suo affermarsi in un numero sempre maggiore di strumenti di *soft law* che ne hanno specificato il contenuto, lungo un cammino ininterrotto, culminato nel 2015 con l'Agenda ONU 2030. Si assiste con essa alla reiterazione di un impegno costante e indiscusso della *membership* onusiana per il perseguimento dello sviluppo sostenibile, instaurando una *governance* globale innovativa, fondata su obiettivi e meccanismi volontari di *compliance*. In particolar modo, gli SDGs in materia di energia, ambiente e *rule of law* (SDG 7, 13, 16) sono emblematici della volontà degli Stati per lo sviluppo sostenibile. Un impegno che si è tradotto in ratifiche quasi universali di trattati multilaterali che lo contemplano, dalle tre *Framework Conventions* di Rio -lotta alla desertificazione, al cambiamento climatico e sulla biodiversità- all'Accordo di Parigi sul clima, all'UNCAC, nonché nella nascita di nuove organizzazioni internazionali che operano per lo sviluppo sostenibile (Se4All, IRENA) insieme ad iniziative intergovernative, caratterizzate per ambito geografico o settoriale (AEEP, AREI, CEM). Lungi dall'essere rimasto un mero concetto, confinato a strumenti di *soft law*, il perseguimento dello sviluppo sostenibile è ormai un obiettivo globale. Si esamineranno nel prossimo Capitolo le implicazioni di tale evoluzione, per definirne lo *status* giuridico nel diritto internazionale.

¹³⁸ TARTAGLIA POLCINI, PORCELLI, *Profili giuridico/funzionali della nuova UNIISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione in La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n. 2, Plenum, p. 9.

Capitolo 2. Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale

Lo sviluppo sostenibile ha conosciuto genesi ed evoluzione in ambito onusiano, attraverso strumenti di *soft law* sempre più numerosi e dettagliati fino all'Agenda ONU 2030. Tale però non è rimasto nel tempo, venendo recepito nel *treaty-law*, attraverso norme giuridicamente vincolanti ex art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (d'ora in poi, CVDT).¹³⁹ Questo Capitolo esamina quale *status* giuridico abbia acquisito lo sviluppo sostenibile e sostiene quella parte della dottrina che delinea un'evoluzione verso una norma di diritto internazionale generale, valorizzando l'apporto dell'Agenda ONU 2030 in favore di un suo consolidamento in termini adempitivi. I meccanismi di *compliance* ed i regimi di regolamentazione e *follow-up* degli SDGs creati dagli stessi Stati, la prassi legislativa a livello nazionale, l'azione delle organizzazioni internazionali sempre più coinvolte nel *mainstreaming* dello sviluppo sostenibile nelle proprie attività e funzioni, confermano un impegno costante della comunità internazionale in tal senso. La *global governance by Goals* rafforza pertanto l'evoluzione dello sviluppo sostenibile, in adempimento al principio n. 27 di Rio. Si esaminerà, nell'ordine, il *legal status* dell'Agenda 2030, attraverso la prassi degli Stati e delle O.O.I.I. nell'adempire gli SDGs, il contributo del *treaty-law* che contiene lo sviluppo sostenibile e caratterizzato da un numero di ratifiche quasi universale, per poi esaminare le posizioni assunte da giurisprudenza e dottrina.

¹³⁹ UNITED NATIONS, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 maggio 1969, in vigore dal 27 gennaio 1980, U.N.T.S., vol. 1155, p. 331.

2.1 Lo status giuridico dell'Agenda 2030 e la prassi di adempimento degli SDGs

L'Agenda ONU 2030 è una Risoluzione dell'UNGA e come tale ex art. 10 della Carta ONU ha valore meramente esortativo, limitandosi secondo FRENCH ad impegni politici, retorici e idealistici.¹⁴⁰ Anche per KIM gli SDGs hanno natura politica, ma riconosce che alcuni SDGs e targets possano avere valore di *soft law*. Tale normatività discende dall'inglobare il riferimento, espresso o implicito, ad alcuni Trattati, ovvero a preesistenti norme pattizie e consuetudinarie oppure a strumenti di *soft law*, le cui disposizioni essi reiterano. Per tale carattere di normatività "tralatizia" o *per relationem*, gli SDGs possono considerarsi un "subset of existing intergovernmental commitments".¹⁴¹ Del resto, i parr. 10-13 dell'Agenda ONU 2030 dimostrano che gli SDGs non operano nel vuoto giuridico, ma sono saldamente radicati nel diritto internazionale. L'Agenda è guidata dai "purposes and principles of the Charter of the United Nations, including full respect for international law" (par. 10), si fonda sulla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, sulle norme degli "international human rights treaties" ed è "informed by other instruments".¹⁴² A tale ultimo

¹⁴⁰ FRENCH, *The global Goals: formalism foregone, contested legality and re-imaginings of International law*, in *Ethiopian Yearbook of International Law*, ed. Springer, Cham, 2017, pp. 164-165. Nell' abstract all'articolo, l'Autore così sintetizza la propria tesi: "The paper rejects the argument that they [the global Goals] represent customary international law due to weaknesses in State practice and opinio juris, and is unpersuaded that it is helpful to categorise them as soft law as their purpose is aspirational and not regulatory. Thus, the Goals exist in an arena of contested legality".

¹⁴¹ KIM, *The nexus between International Law and the SDGs*, in *Review of European Community & International Environmental Law-RECIEL*, Vol. 25(1), Wiley Online Library, 2016, pp. 15-16, ove secondo l'Autore "The 17 Sustainable Development Goals (SDGs) and 169 targets did not emerge from, and were not inserted into, a normative vacuum. They are grounded in international law and made consistent with existing commitments expressed in various international agreements and other soft law instruments".

¹⁴² Gli strumenti di *soft law* richiamati -oltre alla Dichiarazione Universale dei diritti umani (Ris. 217 A-III), alla *Millennium Declaration* del 2000 (Ris. 55/2), al *World Summit Outcome* del 2005 (Ris. 60/1) e Rio del 1992- sono: il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030* (Ris. 69/283); *The future we want* (Ris. 66/288); *Addis Ababa Action Agenda* (Ris. 69/313); *SIDS Accelerated Modalities of Action -SAMOA Pathway* (Ris. 69/15); *Vienna Programme of Action for Landlocked Developing Countries for the Decade 2014-2024* (Ris. 69/137); *New Partnership for Africa's Development* (Ris. A/57/304); *Declaration on the Right to Development* (Ris. 41/128); *Report of the International Conference on Population and Development* (Cairo, 5-13 settembre

riguardo, il par. 11 riafferma gli esiti di “*all major United Nations conferences and summits which have laid a solid foundation for sustainable development*”, citando in particolare “*all the principles of the Rio Declaration on Environment and Development*”. L’Agenda 2030 richiama inoltre i seguenti trattati multilaterali: il WTO ¹⁴³ (al par. 68), la *Framework Convention on Tobacco Control* del 2003 (SDG3, al *target* 3.a) ¹⁴⁴; la UNFCCC del 1992 (SDG 13, *target* 13.a); l’UNCLOS del 1982 (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, SDG 14 al *target* 14.c); la *Convention on the Rights of the Child* (par. 67) del 1989.¹⁴⁵

Secondo SPIJKERS, quando gli Stati danno esecuzione ad un trattato o a precedenti obblighi internazionali in adempimento agli SDGs, tale prassi di adempimento costituisce, ai fini interpretativi, “*subsequent practice in the application of the treaty*” in base all’art. 31(3)(b) CVDT (“*Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: [...] b) di ogni ulteriore pratica seguita nell’applicazione del trattato con la quale venga accertato l’accordo delle parti relativamente all’interpretazione del trattato*”).¹⁴⁶ Gli SDGs, quale prassi successiva, svolgerebbero quindi una funzione normativa sul piano interpretativo.

Altri autori hanno proposto la tesi di un nuovo “costituzionalismo”, che riconosca nell’integrità ecologica del pianeta la sua *grundnorm*, una norma-base come obiettivo ultimo al quale gli SDGs tendono, ma anche come principio

1994, United Nations publication, Sales No. E.95.XIII.18); *Report of the Fourth World Conference on Women* (Pechino, 4-15 settembre 1995, United Nations publication, Sales No. E.96.IV.13). Per il settore privato ed il mondo del *business*, vengono citati al par. 67 gli UN *Guiding Principles on Business and Human Rights* dell’ONU e gli *standards* ILO (*International Labour Organization*), di cui *infra* al Cap. IV.

¹⁴³ *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, firmato il 15 aprile 1994, in vigore dal 1 gennaio 1995, 1867 U.N.T.S. 154, 33 I.L.M. 1144.

¹⁴⁴ *WHO Framework Convention on Tobacco Control* (WHO FCTC), adottata a Ginevra il 21 maggio 2003, in vigore dal 27 febbraio 2005, U.N.T.S. vol. 2302, p. 166.

¹⁴⁵ UNGA, *Convention on the Rights of the Child*, adottata a New York il 20 novembre 1989, in vigore dal 2 settembre 1990, U.N.T.S. vol. 1577, p. 3.

¹⁴⁶ SPIJKERS, *The cross-fertilization between the SDGs and International Water Law*, in *Review of European Community & International Environmental Law-RECIEL*, Vol. 25(1), Wiley Online Library, pp. 39-49. L’Autore fa riferimento alla capacità dell’SDG6 a chiarire e sviluppare l’applicazione della *UN Watercourses Convention* del 1997, che così interpretata va a costituire una “*subsequent practice*”.

fondamentale in base al quale reinterpreto, per mezzo dell'art. 31(3)(c) CVDT (c.d. interpretazione sistemica, vedi *infra*, Cap. V), il diritto internazionale dell'ambiente.¹⁴⁷

SCHOLTZ e BARNARD sostengono che alcuni specifici SDGs presentano un valore normativo (“*some of the SDGs indeed hold some level of normative value [...] the SDGs carry normative weight as they may serve to evolve customary international law*”).¹⁴⁸ Anche per LONG, gli SDGs vanno considerati “*normative commitments*”, in quanto richiedono un’azione di adempimento degli Stati.¹⁴⁹ Gli argomenti di KIM sulla reiterazione e quelli di LONG sull’adempimento, ricalcano quelli già espressi da DI STASI in relazione al valore normativo del documento finale di Rio+20, *The future we want*, recepito nella Risoluzione UNGA n. 66/288. Essa sarebbe un atto di *soft law* munito di “*normative force*”, in quanto contiene disposizioni ed azioni specifiche che gli Stati si sono prefissati nel predetto Summit. Tale forza normativa proviene dai meccanismi adempitivi di *compliance* e *follow-up*, ma anche dal fatto che tali impegni assunti dagli Stati su base volontaria si fondano sulla incontestabile volontà di reiterare quelli già assunti nelle precedenti Conferenze ONU sullo sviluppo sostenibile.¹⁵⁰ Si tratta di un processo di *soft law* continuo ed ininterrotto, un costante *building upon* su

¹⁴⁷ KIM, BOSSELMANN, *Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law*, in *Review of European Community & International Environmental Law- RECIEL*, Vol. 24(2), 2015, p. 207: “*We propose to adopt safeguarding the integrity of Earth’s life-support systems as the priority goal for post-2015 SDGs. For an effective implementation of the SDGs, the priority goal needs to be legally binding. To that end, the goal should be recognized as a grundnorm, and instituted through global eco-constitutionalism*”; p. 205: “*As default law, an environmental grundnorm would underpin and guide the interpretation of existing and the creation of new laws*”.

¹⁴⁸ SCHOLTZ, BARNARD, *The Environment and SDGs: We are on a Road to Nowhere*, in FRENCH, KOTZÉ (eds.), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2018, p. 248. Gli Autori ritengono che “*a determination of the normative status of the Agenda requires an investigation of specific SDGs and their potential contribution to international law. It is only in this instance that a judgment may be made on the normative influence of the SDGs*”, cfr. p. 229.

¹⁴⁹ LONG, *Underpinning commitments of the SDGs: indivisibility, universality, leaving no one behind*, in FRENCH, KOTZÉ (eds.), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2018, p. 93.

¹⁵⁰ DI STASI, *The normative force of the outcome document ‘The Future we want’: brief remarks*, in FITZMAURICE, M., MALJEAN-DUBOIS, S., NEGRI, S. (eds.), *Environmental protection and sustainable development from Rio to Rio+20*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 7-26.

precedenti impegni volontari, mai smentiti, il cui adempimento diventa esigibile in forza dei principi di buona fede e di non contraddizione nel comportamento degli Stati. Tali argomenti si possono adattare all'Agenda 2030, dal momento che i 17 SDGs riaffermano precedenti impegni, contenuti in strumenti di *soft law* ed in vari Trattati, e per il fatto che l'Agenda 2030 contempla meccanismi di *compliance* e *follow-up*. Ogni riflessione sul suo valore giuridico non può infatti prescindere dal fatto che si tratta di una Risoluzione *action-guiding*. Tale natura si coglie se si considera il livello di ambizione e la natura "trasformativa" che gli Stati hanno voluto attribuire agli SDGs (cfr. par. 7: *[i]n these Goals and targets, we are setting out a supremely ambitious and transformational vision*) attraverso un "*governing through goals*",¹⁵¹ per mezzo di SDGs universali, adempitivi, integrati ed indivisibili. L'elevato numero di Paesi che si è volontariamente sottoposto, anche per più anni consecutivi, all'esame periodico del *High-level Political Forum* (205 le VNRs presentate dal 2016 al 2020 da parte di 168 Stati, tra cui l'Italia nel 2017),¹⁵² fa emergere una incontestata prassi quasi universale di adempimento agli SDGs ed al contempo il convincimento della necessità di darvi attuazione.¹⁵³ L'elenco dei 17 SDGs non è un catalogo di mere aspettative: i meccanismi di *compliance*, osservati dal 2015 da centinaia di Stati, fanno in modo che si assottigli sempre di più la differenza tra comportamento volontario e obbligatorio, dal momento che "*[t]he distinction between the strictly legal and the purely voluntary seems to be getting blurred, not least as accountability and reporting mechanisms are tightened*".¹⁵⁴ A riprova di tale prassi, va notato che dall'adozione nel 2015 dell'Agenda 2030, essa non è mai stata contestata dagli

¹⁵¹ LONG, *Underpinning commitments of the SDGs: indivisibility, universality, leaving no one behind*, *ibid.*, p. 92.

¹⁵² L'HLPF ha accolto la prima presentazione delle VNRs nel 2016 da parte di 22 Paesi, saliti a 43 nel 2017, 46 nel 2018 e 47 sia nel 2019 che nel 2020, per un totale di 205 VNRs (alcuni paesi hanno presentato più volte la propria VNR, in più anni successivi), cfr. *Voluntary National Reviews Database*: <https://sustainabledevelopment.un.org/vnrs/>.

¹⁵³ LONGO, *Lo sviluppo sostenibile dal Rapporto Brundtland all'Agenda ONU 2030 e l'interpretazione evolutiva nei trattati*, in *Il Tempo nel Diritto, il Diritto nel Tempo*, a cura di M.A. Lupoi, San Lazzaro di Savena, Bonomo ed., 2020, cfr. p. 234.

¹⁵⁴ OIL, *The future of Work Centenary Initiative*, ILC.104/DG/I, International Labour Conference, 104th Session, Ginevra, 2015, cfr. par. 81.

Stati, i quali, adempiendo agli SDGs, vedono inoltre accrescere in termini di reputazione il proprio *international standing*.

Si deve inoltre tener conto della prassi conformativa agli SDGs da parte delle Organizzazioni internazionali (O.O.I.I.). Vi è una innegabile e crescente interrelazione tra l'Agenda ONU 2030 e l'operato delle O.O.I.I. nel loro complesso, che sempre più sono impegnate a trasporre ed integrare gli SDGs nelle proprie attività istituzionali. Inoltre, l'influenza reciproca che questi fori multilaterali esercitano, con scelte talvolta adottate per analogia, non fa che rafforzare lo sviluppo sostenibile, coagulando una prassi comune sugli orientamenti assunti e dando un senso di doverosità nel rispettarli.

Una sintetica ricognizione dei fori multilaterali nei quali l'approccio adempitivo agli SDGs viene adottato istituzionalmente, o ha comunque assunto rilievo distinto, specie quando l'Organizzazione è investita del ruolo di *custodian* onusiano per uno o più SDGs, annovera almeno i seguenti ambiti. In seno all'ONU, l'annuale HLPF in quadro ECOSOC con le VNRs; il meccanismo di *monitoring and review* attraverso il contributo di O.O.I.I. ed Agenzie specializzate dell'ONU che fungono da custodi ("*custodians*") dei dati statistici e della metrica di avanzamento degli indicatori; UN-DESA (UN *Department of Economic and Social Affairs*), attraverso la propria divisione per gli SDGs (*Division for Sustainable Development Goals*, cfr. Ris. UNGA 70/299).

Vanno inoltre ricordate le elaborazioni statistiche, i rapporti e le basi dati dell'UNCTAD (che vanta 195 Stati membri) per il commercio internazionale,¹⁵⁵ dell'OIL (187 Stati membri) per il lavoro,¹⁵⁶ dell'UNEP per i record ambientali,¹⁵⁷

¹⁵⁵ UNCTAD, è un organismo permanente intergovernativo creato dall'UNGA nel 1964, con sede a Ginevra e che contribuisce al progresso di 52 *targets* per 10 SDGs (1, 2,5,8, 9,10,12,14,15,17), cfr. <https://unctad.org/en/Pages/About%20UNCTAD/UNCTAD-and-the-Global-Goals.aspx>.

¹⁵⁶ L'OIL contribuisce al raggiungimento di 43 *targets* per gli SDGs (1-6,8-10,16,17), cfr. https://www.ilo.org/global/topics/dw4sd/theme-by-sdg-targets/WCMS_558153/lang--en/index.htm. L'OIL venne creata nel 1919 ed ha sede a Ginevra. Caratteristica di tale Organizzazione internazionale è che ogni Stato membro è rappresentato da una delegazione tripartita, in cui al delegato del Governo si affianca uno espresso dai sindacati dei datori di lavoro, ed uno dai sindacati dei lavoratori. Parimenti, le norme OIL sono frutto di negoziati tripartiti fra rappresentanti dei governi, degli imprenditori e dei lavoratori, e vengono adottate dall'Assemblea generale OIL sotto forma di

della WHO (194 Stati membri) per le questioni sanitarie,¹⁵⁸ della FAO (194 Stati membri) per la lotta alla fame nel mondo,¹⁵⁹ della Banca Mondiale (189 Stati membri) nel monitoraggio globale degli SDGs,¹⁶⁰ dell'UNESCO (193 Stati membri) per il raggiungimento del SDG4,¹⁶¹ dell'UNIDO (*United Nations Industrial Development Organization*, con 170 Stati membri), in particolare per SDG 9¹⁶²; dell'UNICEF, che nel 2019 ha promosso un *global pledge* per i diritti dei minori nel raggiungimento degli SDGs, firmato da 110 Stati parte della

Convenzioni. In Italia, oltre all'Ufficio di Roma, l'OIL è presente con il Centro internazionale di formazione di Torino, fondato nel 1964 (c.d. Centro di formazione internazionale CIF-OIL).

¹⁵⁷ UNEP è l'agenzia specializzata ONU creata a conclusione della Conferenza sull'Ambiente Umano di Stoccolma nel 1972, incaricata della tutela ambientale e dell'uso sostenibile delle risorse naturali nel quadro ONU, ed ha sede a Nairobi. Nel proprio sito web, si definisce come “*leading global environmental authority that sets the global environmental agenda, promotes the coherent implementation of the environmental dimension of sustainable development within the United Nations system*”. UNEP è *custodian* per 25 indicatori relativi agli SDGs 6,8,12,14,15,17, cfr. <https://www.unenvironment.org/explore-topics/sustainable-development-goals/what-we-do/monitoring-progress>.

¹⁵⁸ WHO, *World Health Statistics 2018: Monitoring health for the SDGs*. Ginevra, 2018, che cura il monitoraggio di 36 indicatori relativi agli SDGs 1,2,3,6,7,11,13,16,17.

¹⁵⁹ FAO è custode di 21 indicatori per gli SDGs 2,5,6,12,14,15.

¹⁶⁰ WORLD BANK, *The World Bank Group's Twin Goals, the SDGs, and the 2030 Development Agenda*, in <https://www.worldbank.org/en/programs/sdgs-2030-agenda>, dove viene chiarito che: “*The SDGs, which were formulated with strong participation from the World Bank Group, are fully consistent with the World Bank Group's own twin goals to end poverty and build shared prosperity in a sustainable manner*”. Inoltre, la Banca Mondiale contribuisce al monitoraggio degli SDGs attraverso due raccolte dati (*World Development Indicators, The Atlas of Sustainable Development Goals*) e varie pubblicazioni, tra cui si segnalano GABLE, LOFGREN, RODARTE, *Trajectories for Sustainable Development Goals*, World Bank Group, Washington, 2015; WORLD BANK, *Global Monitoring Report 2015/2016, Development Goals in an Era of Demographic Change*, Washington, 2016.

¹⁶¹ L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, istituita a Parigi nel 1946, svolge un ruolo di primo piano nella salvaguardia e difesa del patrimonio culturale mondiale, ma anche per l'adempimento del SDG4. UNESCO, *Education for Sustainable Development Goals: learning objectives*, Parigi, 2017, cfr. p. 7, in cui il nesso educazione e sviluppo sostenibile (ESD) viene riconosciuto grazie alla “*United Nations Decade of Education for Sustainable Development (2005–2014) (DESD) aimed at integrating the principles and practices of sustainable development into all aspects of education and learning*” e ne viene riconosciuta la sua rapida affermazione internazionale come fattore chiave dello sviluppo sostenibile (“*International recognition of ESD as a key enabler for sustainable development has been growing steadily*”).

¹⁶² <https://www.unido.org/unido-sdgs>: “*fully committed to contributing to the achievement of the SDGs, while delivering on its mandate to support Member States in achieving inclusive and sustainable industrial development*”.

Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989;¹⁶³ nonché di IRENA (162 Stati membri) per le questioni energetiche che -insieme a *UN Statistics Division* (UNSD), AIE, Banca Mondiale e WHO- sono i cinque *custodians* onusiani per il monitoraggio dei *targets* 7.1, 7.2, 7.3 e 7.a, attraverso un rapporto annuale congiunto (*Tracking SDG 7: the energy progress report*).¹⁶⁴ Tali Organizzazioni internazionali sono depositarie di un *know-how* altamente qualificato, hanno affrontato questioni relative allo sviluppo sostenibile ben prima del 2015 e continuano a farlo per l'attuazione degli SDGs, in collaborazione con l'ONU e con i loro Paesi membri, che hanno sempre avallato l'impegno delle O.O.I.I. per l'Agenda 2030.

In ambito regionale, va citato il lavoro dell'OCSE¹⁶⁵, che con una *membership* di 37 Stati, si occupa di quasi tutti i settori cui si riferiscono gli SDGs e che fornisce un contributo prezioso di metodologia statistica sulla misurazione del posizionamento nazionale rispetto agli SDGs. L'OCSE si è dotata dal 2016 di un Piano d'Azione sugli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile, riconoscendo già allora lo “*strong global consensus*” di cui gode l'Agenda 2030.¹⁶⁶ Il Piano d'Azione

¹⁶³ UNICEF, *A global pledge: for every child, every right*, 2019, ove si afferma che “*children's rights cannot be realized without the successful implementation of the SDGs and vice versa*”, cfr. <https://www.unicef.org/child-rights-convention/global-action>.

¹⁶⁴ Il Rapporto 2020 è disponibile nel sito di IRENA, alla sezione “*pubblicazioni*”, <https://www.irena.org/publications/>. Il Rapporto 2020 evidenzia come il numero di persone senza accesso all'elettricità nel mondo sia sceso da 1,2 miliardi nel 2010 a 789 milioni nel 2018. Ogni anno circa 136 milioni di persone hanno accesso all'elettricità, ma a questi ritmi l'accesso universale previsto dal SDG7 non verrà raggiunto entro il 2030, quando si stima che 620 milioni di persone saranno ancora prive di elettricità (l'85% dei quali concentrati nell'Africa sub-sahariana).

¹⁶⁵ L'OCSE è stata istituita nel 1960 a Parigi in sostituzione dell'OECE, creata nel 1948 per amministrare il *Piano Marshall* dell'economia europea. Il Consiglio è l'organo politico decisionale composto dai Rappresentanti permanenti degli Stati Membri, è presieduto dal Segretario Generale e si riunisce una volta l'anno a livello ministeriale.

¹⁶⁶ OECD, *Better Policies for 2030. An OECD Action Plan on the Sustainable Development Goals*. Il Piano è stato approvato dal Consiglio dell'OCSE il 13 dicembre 2016, doc. C(2016)166/REV2, cfr. p. 3: “*The OECD welcomes the strong global consensus in support of the 2030 Agenda. [...] the OECD will: Support countries as they identify where they currently stand in relation to the SDGs, where they need to be, and propose sustainable pathways based on evidence[...]; Reaffirm its role as a leading source of expertise, data, good practices and standards in economic, social and environmental areas of public policy that are relevant to the SDGs; Encourage a “race to the top” for better and more coherent policies that can help deliver the SDGs, through the use of hallmark OECD approaches (e.g. peer reviews and learning; monitoring and statistical reporting; policy dialogue; soft law).*”

intraprende il monitoraggio nazionale degli SDGs su base volontaria e richiede il consenso del Paese interessato (“*demand-driven*”) ad essere oggetto di attività d’indagine da parte dell’Organizzazione. Al Piano d’azione ha fatto seguito la creazione nel 2017 del Consiglio OCSE per l’Agenda 2030 (*OECD Council and Partners on the 2030 Agenda*, che nella sessione 2020 ha riunito a Parigi 65 Stati partecipanti), convocato a cadenza annuale.¹⁶⁷ Nel 2019, l’OCSE ha varato il *Policy coherence for sustainable development (PCSD)*, una serie di raccomandazioni per fornire supporto agli Stati membri nell’accelerare l’adempimento degli SDGs col fine di “*develop a strategic vision for achieving the 2030 Agenda and the SDGs in an integrated and coherent manner*”.¹⁶⁸

Sempre a livello regionale, va ricordato il ruolo dell’Unione Europea, che può definirsi un *front-runner* dello sviluppo sostenibile. Essendo contenuto nei trattati istitutivi dell’Unione, esso è un principio direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri (cfr. TUE, preambolo: “*determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile*” e gli artt. 3(3), 3(5), 21(2)(d),(f); cfr. TFUE art. 11, nonché il preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali: “*essa si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile*” ed il successivo art. 37).¹⁶⁹ Nel 2016 la Comunicazione della Commissione n. 739 avvia il percorso di trasposizione dell’Agenda ONU 2030 nelle politiche dell’Unione riaffermando la triplice dimensione dello sviluppo sostenibile (cfr. punto 1.1: “[t]he 2030 Agenda

¹⁶⁷ Cfr. <http://www.oecd.org/sdgs/>.

¹⁶⁸ OECD, *Recommendation of the Council on Policy Coherence for Sustainable Development*, OECD/LEGAL/0381, Parigi, 2019, cfr. punto II. Tali raccomandazioni ruotano attorno a tre obiettivi del PCSD, indicati nella definizione dello stesso, al punto I, cfr. p. 6: “*to advance the integrated implementation of the 2030 Agenda by: (i) Fostering synergies and maximizing benefits across economic, social and environmental policy areas; (ii) Balancing domestic policy objectives with internationally recognized sustainable development goals; and (iii) Addressing the transboundary and long-term impacts of policies, including those likely to affect developing countries*”.

¹⁶⁹ *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea*, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, 2007/C 306/01, in G.U.C.E. C306 del 17 dicembre 2007. Il Trattato è composto dal Trattato dell’Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), in vigore dal 1° dicembre 2009. Vedasi anche GALLETTI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell’Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, fasc. 62, 2019, pp. 114-122.

integrates in a balanced manner the three dimensions of sustainable development - economic, social and environmental) e che “[t]he EU is fully committed to be a frontrunner in implementing the 2030 Agenda and the SDGs, together with its Member States” (punto 1.2).¹⁷⁰ Nel 2017 le Conclusioni del Consiglio definiscono lo sviluppo sostenibile un “*overarching EU objective*”, insieme al “*commitment of the EU and its Member States to achieve the 17 SDGs by 2030*” (cfr. punti n. 1, 7).¹⁷¹ Nel 2019 la Commissione ribadisce tali impegni di trasposizione degli SDGs ¹⁷² e sotto la guida di Ursula VON DER LEYEN, in carica dal 1 dicembre 2019, individua un modello di crescita (c.d. *green deal*) improntato al rispetto degli SDGs secondo quattro dimensioni (ambiente, produttività, stabilità ed equità) per guidare riforme, investimenti e politiche nei Paesi dell’Unione, indicando nel semestre europeo di presidenza del Consiglio il punto di riferimento nell’avanzamento degli SDGs.¹⁷³ Il primo rapporto statistico sul livello di

¹⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Communication “Next steps for a sustainable European future. European action for sustainability”*, Com(2016) 739 final, 22 novembre 2016, cfr. punto n.1 dell’introduzione: “*The EU’s commitment to sustainable development. Sustainable development has since long been at the heart of the European project. The EU Treaties give recognition to its economic, social and environmental dimensions which should be addressed together. [...] The EU has a strong starting position and track record, with a high level of economic development, social cohesion, democratic societies and a commitment to sustainable development which is firmly anchored in the European Treaties [...]*”.

¹⁷¹ CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *A sustainable European future: the EU response to the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Council conclusions, 20 giugno 2017, 10370/17, cfr. punto 1: “[...] *sustainable development lies at the core of European values and constitutes an overarching objective of the European Union as set out in the Treaties*”.

¹⁷² COMMISSIONE EUROPEA, *Documento di riflessione: verso un’Europa sostenibile entro il 2030*, pubblicato il 30 gennaio 2019, cfr. p. 33: “[l]’UE è pienamente impegnata nel conseguimento e nell’attuazione degli obiettivi dell’Agenda 2030 delle Nazioni Unite [...] è giunto il momento di definire di comune accordo in che modo intendiamo rispettare gli impegni che abbiamo preso collettivamente”.

¹⁷³ COMMISSIONE EUROPEA, *Annual Sustainable Growth Strategy 2020*. COM(2019) 650 final, 17 dicembre 2019, cfr. p. 3: “[e]nvironmental sustainability, productivity gains, fairness and macro-economic stability will be the four dimensions of our economic policy in the years to come. These dimensions, which are closely interrelated and mutually reinforcing, should guide structural reforms, investments and responsible fiscal policies across all Member States. These four key dimensions will be crucial in implementing the Sustainable Development Goals”; cfr. p. 13: “Over the past decade, the European Semester has established itself as the key tool for the coordination of national economic and employment policies. As such, it can help drive these policies towards the achievement of the SDGs by monitoring progress and ensuring closer coordination of national efforts”; p. 14: “[...] the European Semester will directly support the European Union and its Member States in delivering the SDGs across its economic and employment policies and ensure

raggiungimento degli SDGs da parte dell'UE è stato presentato il 7 febbraio 2020 da ASviS.¹⁷⁴ Sempre sul piano adempitivo regionale, la Commissione dell'Unione Africana ha adottato nel 2015 l'*Agenda 2063-The Africa we want*, articolata in sette “aspirazioni” ed un totale di 76 punti da raggiungere entro il 2063. Lo sviluppo sostenibile è menzionato nella prima delle sette aspirazioni (“*a prosperous Africa based on inclusive growth and sustainable development*”) e viene specificato al punto n.17 per la lotta al cambio climatico (“*Africa will participate in global efforts for climate change mitigation that support and broaden the policy space for sustainable development on the continent*”).¹⁷⁵

Tale prassi di adempimento degli SDGs passa anche dalla valorizzazione del ruolo delle legislazioni nazionali nel dare esecuzione allo sviluppo sostenibile. James CRAWFORD, eminente giurista e giudice CIG, sosteneva infatti che “*many of the things international law tries to do have to be done at the national level*”.¹⁷⁶ Questo è quanto mai vero con l'Agenda ONU 2030, dal momento che

that the economy works for everyone and growth is sustainable”. COMMISSIONE EUROPEA, *Il Green Deal europeo*, Comunicazione dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, cfr. punto n. 1 dell'introduzione: “*Il Green Deal è parte integrante della strategia della Commissione per attuare l'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite [...]. Nell'ambito del Green Deal la Commissione intende riorientare il processo di coordinamento macroeconomico del semestre europeo per integrarvi gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, al fine di porre la sostenibilità e il benessere dei cittadini al centro della politica economica e rendere gli obiettivi di sviluppo sostenibile il fulcro della definizione delle politiche e degli interventi dell'UE*”. PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal europeo*, n. P9_TA(2020)0005, cfr. par. 4: “*sottolinea che il Green Deal dovrebbe essere al centro della strategia europea per una nuova crescita sostenibile, pur nel rispetto dei confini planetari della Terra, nonché per creare opportunità economiche, stimolare gli investimenti e offrire posti di lavoro di qualità*”; par. 5: “*ritiene che gli obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS) delle Nazioni Unite debbano essere al centro del processo di definizione e attuazione delle politiche dell'Unione europea [...]*”).

¹⁷⁴ ASviS, Comunicato stampa del 7 febbraio 2020, relativo alla pubblicazione del Rapporto ASviS “*The European Union and the Sustainable Development Goals*”, cfr. https://asvis.it/public/asvis2/files/CS_07022020.pdf. Lo studio, basato su dati Eurostat, rileva che tra il 2010 e il 2017 l'UE è migliorata nel raggiungimento di 9 SDGs (3, salute; 4, educazione, 5, uguaglianza di genere; 7, energia; 8, occupazione; 11, città sostenibili; 12, produzione e consumo; 13, cambiamento climatico; 14, ecosistema marino), mentre peggiora per gli SDGs 15 e 17 (ecosistemi terrestri e cooperazione internazionale), sostanzialmente invariata restando la situazione per i restanti Obiettivi. Vedasi anche DI MARCO, *Obiettivi di sviluppo sostenibile e politiche europee. Dal Green Deal al Next Generation EU*, Quaderni dell'ASviS n.1, Roma, 2020.

¹⁷⁵ <https://au.int/en/agenda2063>.

¹⁷⁶ CRAWFORD, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2014, p. 214.

l'adempimento degli SDGs è prima di tutto demandato agli Stati, interessando tutti i livelli dell'azione statale, tanto domestica quanto internazionale (cfr. par. 47 dell'Agenda 2030: “*Our Governments have the primary responsibility for follow-up and review, at the national, regional and global levels, in relation to the progress made in implementing the Goals and targets over the coming 15 years*”).

Ci si soffermerà ad analizzare, a titolo di esempio, la prassi adempitiva dell'Italia. A differenza di altri Paesi che hanno introdotto lo sviluppo sostenibile nella propria Costituzione (Belgio, Francia, Norvegia, Svizzera, Portogallo, ma anche l'Ecuador che nel 2008 vi inserì il diritto al *buen vivir*, inteso come coesistenza rispettosa tra ambiente, cultura e sviluppo, agli artt. 71-74),¹⁷⁷ in Italia è stato finora presentato un disegno di legge costituzionale a tale scopo.¹⁷⁸

Lo sviluppo sostenibile, pur non previsto nella Costituzione, è presente nella recente legislazione italiana, anche in chiave attuativa degli SDGs.¹⁷⁹ L'Italia si è

¹⁷⁷ SMITH, *In Ecuador, Trees Now Have Rights*, in *Earth Island Journal*, 23(4):15-15, 2009. *Buen vivir* è traduzione dall'espressione “Sumac Kawsay” dei popoli Quechua delle Ande, cfr. http://www.earthisland.org/journal/index.php/eij/article/in_ecuador_trees_now_have_rights/.

¹⁷⁸ Proposta di legge costituzionale d'iniziativa dei Deputati DEL BARBA e altri, *Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile*, presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018 n. 240. Con essa si propone di modificare l'art. 2 Cost., estendendo l'adempimento dei diritti e doveri di solidarietà politica, economica e sociale anche alle generazioni future, in un'ottica di equità intergenerazione. Un secondo intervento tocca l'art. 9 Cost., relativo alla tutela del paesaggio e dei beni culturali, ma che nella sua versione attuale non contempla l'ambiente come bene a sé stante. Il disegno di legge vi introdurrebbe una duplice tutela, dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, aggiungendo dopo il secondo comma le parole: “*Riconosce e garantisce la tutela dell'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile*”. Infine, viene prevista la modifica dell'art. 41 Cost., dedicato alla libera iniziativa economica privata, introducendo un limite socio-ambientale alla stessa, non potendo svolgersi “*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana*”. Infine, al terzo comma dell'art. 41, dopo le parole “la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” si propone l'aggiunta “*e di sviluppo sostenibile*”.

¹⁷⁹ I valori definiti dai 17 SDGs possono peraltro trovare nella Costituzione le seguenti declinazioni. Gli SDGs 1,2,4,10 sono accumulati dalla lotta alle disuguaglianze nel mondo. Sconfiggere la povertà (SDG1), la fame (SDG2) e ridurre le disuguaglianze (SDG10) riecheggiano nel principio di uguaglianza sostanziale all'art. 3 comma 2 Cost. SDG 4 trova un riferimento negli art. 33-34 della Carta; SDG 5 è teso a raggiungere l'uguaglianza di genere, che trova un referente nel principio di uguaglianza formale all'art. 3(1) e agli artt. 37, 51. SDG8 sul lavoro dignitoso si ritrova all'art. 4 Cost. SDG 3 riecheggia nell'art. 32 Cost. mentre quanto all'SDG13 come tutela dell'ambiente come bene in sé, è possibile rinvenirlo nell'interpretazione combinata dell'art. 9 Cost. insieme all'art. 32 Cost., nonché nell'art. 117, 2° co., lett. s) Cost. che introduce il

infatti dotata nel 2006 di un Codice dell’Ambiente che contempla il principio dello sviluppo sostenibile,¹⁸⁰ dal 2015 è stata varata la “*Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile*” (SNSvS) aggiornata con cadenza triennale.¹⁸¹ La legge n. 125 del 2014 introduce all’art. 1(1) la formulazione “*cooperazione internazionale per lo sviluppo sostenibile, i diritti umani e la pace*”. La promozione dello sviluppo sostenibile è annoverata tra gli obiettivi della legge all’art. 1(2)(a) e l’art. 1(4) affida allo Stato il compito di promuovere l’educazione, la sensibilizzazione e la partecipazione di tutti i cittadini allo sviluppo sostenibile.¹⁸² Nel 2017 sono stati introdotti nel *Documento di Economia e Finanza* (DEF)¹⁸³ dodici indicatori del *Benessere Equo e Sostenibile* (BES) che

riferimento alla tutela dell’ambiente in sé considerato, attribuendo alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la “*tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali*”. SDG12 consiste nel garantire modelli sostenibili di produzione e consumo, ma si declina anche nella finanza sostenibile, rinvenibile nell’art. 45 Cost. in base al quale “*la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*”. SDG16 passa attraverso l’art. 24 e l’art. 111 Cost. (diritto di difesa, giusto processo). Infine, SDG17 è incoraggiato all’11 Cost. (c.d. principio internazionalista ed irenista). Il *target* 17.17, c.d. *multistakeholder approach*, trova un aggancio con l’art. 18 Cost. (diritto di associazione) e con l’art. 118(3) Cost. (principio di sussidiarietà). Per una disanima sul grado di raggiungimento degli SDGs da parte dell’Italia, vedasi ASVIS, *Rapporto ASviS 2019. L’Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*; ISTAT, *Rapporto SDGs 2020. Informazioni statistiche per l’Agenda 2030 in Italia*. Dal 2016 l’Istat ha reso disponibile la piattaforma informativa per gli indicatori SDGs e dal 2018 produce un rapporto nazionale sugli SDGs, cfr. <https://www.istat.it/>.

¹⁸⁰ D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 3-quater: “[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”.

¹⁸¹ Legge n. 221/2015, *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali*, in G.U. Serie Generale n. 13 del 18 gennaio 2016 (c.d. *collegato ambientale*), cfr. art. 3. Sono delegati ad adempiervi il Governo, previa delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), su proposta del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM). La Strategia, approvata nel 2017, declina a livello nazionale gli obiettivi dell’Agenda ONU 2030 cfr. <https://www.minambiente.it/pagina/la-strategia-nazionale-lo-sviluppo-sostenibile>.

¹⁸² Legge 11 agosto 2014, n. 125. *Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo*, in G.U. Serie Generale n.199 del 28 agosto 2014.

¹⁸³ Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 16 ottobre 2017 “*Individuazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES)*”, in G.U. Serie Generale n. 267 del 15 novembre 2017. I dodici indici, in aggiunta ai consueti indicatori di andamento del Prodotto Interno Lordo-PIL, sono: 1) reddito medio disponibile aggiustato *pro capite*; 2) indice di disegualianza del reddito disponibile; 3) indice di povertà assoluta; 4) speranza di vita in buona salute alla nascita; 5) eccesso di peso; 6) uscita precoce dal sistema di istruzione e formazione; 7) tasso di mancata partecipazione al lavoro, con relativa scomposizione per genere; 8) rapporto tra tasso di occupazione delle donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e delle donne senza figli; 9)

così per legge concorrono a definire la programmazione economica nazionale. L'idea di definire il livello di progresso di una società attraverso indici di percezione del proprio benessere è fatta risalire al quarto re del Bhutan, Jigme Singye Wangchuck, che nel 1972 coniò l'indice di *gross national happiness* (GNH), una sorta di prodotto nazionale lordo di felicità, concetto che “*implies that sustainable development should take a holistic approach towards notions of progress and give equal importance to non-economic aspects of wellbeing*”.¹⁸⁴ Nel 2011, su proposta del Bhutan, l'UNGA ha adottato la Risoluzione n. 65/309 che, riconoscendo la necessità di promuovere lo sviluppo sostenibile, invita gli Stati membri a elaborare indicatori in grado di “*better capture the importance of the pursuit of happiness and well-being*”.¹⁸⁵ Nel 2018 è stata emanata la Direttiva D.P.C.M. che istituisce la *Commissione Nazionale per lo sviluppo sostenibile*, incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e presieduta dal Presidente del Consiglio.¹⁸⁶ Infine, con D.P.C.M. dell'11 giugno 2019 è stata creata la Cabina di regia “Benessere Italia”, che assicura supporto tecnico al Presidente del Consiglio “*in ottemperanza agli*

indice di criminalità predatoria; 10) indice di efficienza della giustizia civile; 11) emissioni di CO2 e altri gas clima alteranti; 12) indice di abusivismo edilizio.

¹⁸⁴ *Bhutan's Gross National Happiness Index*, Oxford Poverty & Human Development Initiative (OPHI), in <https://ophi.org.uk/policy/national-policy/gross-national-happiness-index/>.

¹⁸⁵ UNGA, *Happiness: towards a holistic approach to development*, Res. A/RES/65/309 del 19 luglio 2011. Nel preambolo, la Risoluzione richiama lo sviluppo sostenibile in questi termini: “*Conscious that unsustainable patterns of production and consumption can impede sustainable development, and recognizing the need for a more inclusive, equitable and balanced approach to economic growth that promotes sustainable development, poverty eradication, happiness and well-being of all peoples, acknowledging the need to promote sustainable development and achieve the Millennium Development Goals*” e al punto n. 1 contiene la seguente raccomandazione: “*Invites Member States to pursue the elaboration of additional measures that better capture the importance of the pursuit of happiness and well-being in development with a view to guiding their public policies*”.

¹⁸⁶ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2018 “*Indirizzi per l'attuazione dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile*”, in G.U. Serie Generale n.137 del 15 giugno 2018. In particolare, l'art. 1 della Direttiva ricorda che “[i]l raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile rappresenta un obiettivo prioritario dell'azione del Governo italiano in virtù sia degli impegni presi all'Assemblea generale delle Nazioni unite il 25 settembre 2015, sia della necessità di migliorare il benessere dei cittadini, l'equità e la sostenibilità dell'attuale modello di sviluppo”.

impegni assunti per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2030".¹⁸⁷ Infine, in base alla legge n. 92/19, l'Agenda ONU 2030 ex art. 3(1)(b) e lo sviluppo eco-sostenibile ex art. 3(1)(e) sono divenute tematiche obbligatorie ed obiettivi di apprendimento nell'insegnamento scolastico dell'educazione civica.¹⁸⁸

2.2 Lo sviluppo sostenibile nel panorama del *treaty-law*

Dopo aver esaminato gli strumenti di *soft law*, la *prassi* degli Stati e delle O.O.I.I. in adempimento agli SDGs, si passerà ora in rassegna il *treaty law* sullo sviluppo sostenibile. Si esporranno, in ordine cronologico, i principali Trattati internazionali che richiamano *expressis verbis* lo sviluppo sostenibile e che hanno riscosso il maggior numero di ratifiche, raggiungendo un'adesione quasi universale.¹⁸⁹ Essi forniscono un esempio di adempimento del principio n. 27 di Rio per il "*further development of international law in the field of sustainable development*". Invero, la *prassi* convenzionale è fondamentale per affermare uno *status* giuridico allo sviluppo sostenibile perché, come è stato ben notato, "*sustainable development could attain this [legal] status eventually through its increasing use in bilateral and multilateral agreements and treaties*".¹⁹⁰

La *disanima* del *treaty-law* inizia ricordando le tre *Framework Conventions* scaturite dall'UNCED di Rio nel 1992. Tutte e tre godono di un numero di ratifiche quasi universale (197 Stati parte UNFCCC; 196 la UNCBD, 197 la UNCCD) e tutte richiamano lo sviluppo sostenibile. La Convenzione-quadro sui

¹⁸⁷ Cfr. art. 1 comma 2, avente "*finalità di coordinamento istituzionale, politico, strategico e funzionale per l'attuazione delle politiche di benessere equo e sostenibile (BES) e della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile (SNSvS), al fine di: [...] d) promuovere, potenziare e coordinare le politiche e le iniziative del governo italiano per l'attuazione della Strategia Nazionale, nell'ambito dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile [...], in ottemperanza agli impegni assunti per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2030*".

¹⁸⁸ Legge 20 agosto 2019 n. 92, *Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica*, in G.U. Serie Generale n.195 del 21 agosto 2019.

¹⁸⁹ Le informazioni sul numero di ratifiche sono tratte da: <https://treaties.un.org/>.

¹⁹⁰ HUSH, *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43(1), L. 93, Columbia University Libraries, New York, 2018, cfr. nota n. 21 a p. 100.

cambiamenti climatici riconosce all'art. 3(4) lo sviluppo sostenibile come diritto degli Stati (“[t]he Parties have a right to, and should, promote sustainable development”). La Convenzione ONU sulla biodiversità (UNCBD) del 1992 riguarda la conservazione ed uso sostenibile della diversità biologica per salvaguardare, anche attraverso specifiche aree protette, gli ecosistemi viventi grazie al loro “sustainable use”, che figura all'art. 1 come obiettivo del trattato e definito all'art. 2 come “the use of components of biological diversity in a way and at a rate that does not lead to the long-term decline of biological diversity, thereby maintaining its potential to meet the needs and aspirations of present and future generations”. Inoltre, all'art. 8(e) gli Stati si impegnano a “promote environmentally sound and sustainable development in areas adjacent to protected areas”.¹⁹¹ La UN Convention to Combat Desertification (UNCCD) del 1994 cita lo sviluppo sostenibile all'art. 2, dedicato agli obiettivi del trattato (“[t]he objective of this Convention is to combat desertification [...] with a view to contributing to the achievement of sustainable development in affected areas”).

Antesignane per la protezione della biodiversità, sebbene in ambiti più specifici, furono nel 1947 la Convenzione istitutiva dell'*International Poplar Commission* (IPC) per la protezione del pioppo,¹⁹² e nel 1973 la Convenzione CITES per la protezione di specie vegetali ed animali selvatici

¹⁹¹ In seno alle CoP di tale Convenzione-quadro sono stati adottati due Protocolli, nel 2000 il *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza* e nel 2010 il *Protocollo di Nagoya* sull'accesso condiviso alle risorse genetiche. Il Protocollo di Cartagena menziona lo sviluppo sostenibile nel preambolo (“Recognizing that trade and environment agreements should be mutually supportive with a view to achieving sustainable development, [...]”) e all'art. 1, che contiene gli obiettivi del Trattato, ove si fa riferimento al “sustainable use of biological diversity”. Il Protocollo di Nagoya prevede un meccanismo multilaterale di condivisione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche, norme sulla responsabilità ed il risarcimento del danno derivante alla biodiversità dai movimenti transfrontalieri di organismi geneticamente modificati. Il documento finale “The Future we want” di Rio+20 menziona entrambi i Protocolli ai par. 198 e 199.

¹⁹² La Convenzione è stata più volte emendata, da ultimo nel 2019, assumendo il nome di “Convention on the International Commission on Poplars and Other Fast-Growing Trees Sustaining People and the Environment”, allo scopo di promuovere non solo il pioppo ma anche altri alberi a crescita rapida (*fast-growing trees*) che grazie alla loro rapida crescita favoriscono la riabilitazione del suolo (contro deforestazione e fenomeni di desertificazione), contribuendo alla lotta del cambiamento climatico.

a rischio di estinzione. La Commissione IPC divenne organo della FAO nel 1961 e conta oggi 38 Stati membri. Il Trattato CITES, con 183 Stati parte, regola il commercio internazionale di specie vegetali ed animali, secondo diversi gradi di protezione, con un sistema di permessi e certificati, attraverso apposite delibere assunte dalle varie CoP circa l'iscrizione, il mantenimento o la cancellazione da apposite liste di protezione, che tutelano circa 5000 specie faunistiche e 30.000 specie di flora in tutto il mondo.¹⁹³

Il documento finale *The future we want* di Rio+20 inquadra CITES in chiave di uso sostenibile della biodiversità,¹⁹⁴ anche se il testo della Convenzione non cita lo sviluppo sostenibile. A tale lacuna hanno sopperito le recenti CoP, adottando la *CITES Strategic Vision 2021-2030* per orientare la Convenzione al perseguimento dello sviluppo sostenibile e degli SDGs (*"CITES policy development also contributes to and learns from international efforts to achieve sustainable development"*).¹⁹⁵

Nel 1994 vanno ricordati due Trattati che espressamente citano lo sviluppo sostenibile: l'*Energy Charter Treaty* (ECT, all'art. 19, dedicato agli aspetti ambientali) ratificato da 50 Stati e l'Accordo di Marrakesh per l'istituzione del WTO (*Agreement establishing the World Trade*

¹⁹³ Va ricordato in proposito il Vertice G20 di Amburgo nel 2017 che ha adottato i *"Principi di alto livello sul contrasto alla corruzione collegata al traffico illecito della fauna e flora selvatiche e dei suoi prodotti derivati"*. Tale azione si pone in adempimento dell'Agenda 2030 SDG 15.7, che prevede la fine del traffico illecito di flora e fauna selvatiche e delle forme di bracconaggio con azioni di contrasto, nonché della Convenzione CITES del 1973, proponendo di rafforzare il quadro sanzionatorio contro le forme di corruzione dei pubblici ufficiali che abbiano rilasciato permessi per la commercializzazione di fauna e flora selvatiche. MICIELI DE BIASE, *G20 High Level Principles on Combating Corruption Related to Illegal Trade in Wildlife and Wildlife Products*, in *Rivista Il Diritto penale della globalizzazione*, Pisa, Pacini ed., 29 luglio 2017.

¹⁹⁴ Cfr. par. 203: *"We recognize the important role of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, an international agreement that stands at the intersection between trade, the environment and development, promotes the conservation and sustainable use of biodiversity, should contribute to tangible benefits for local people and ensures that no species entering into international trade is threatened with extinction. We recognize the economic, social and environmental impacts of illicit trafficking in wildlife, where firm and strengthened action needs to be taken on both the supply and demand sides [...]."*

¹⁹⁵ *CITES Strategic Vision: 2021-2030*, CITES CoP 18 (Ginevra, 17-28 agosto 2019), Resolution Conf. 18.3, https://www.cites.org/eng/documents/Strategic_vision.

Organization), ratificato da 164 Stati, il cui preambolo cita “*the objective of sustainable development*”.

In seno all’UNECE, la Commissione economica delle Nazioni Unite per l’Europa, con sede a Ginevra che conta una *membership* pan-europea (56 Stati membri del continente, tra cui la Russia, ai quali si aggiungono USA e Canada), sono state negoziate negli anni ‘90 alcune Convenzioni in materia ambientale (c.d. MEAs, *Multilateral Environmental Agreements*) che espressamente menzionano lo sviluppo sostenibile.

La *Convenzione Espoo* del 1991, ratificata da 45 Stati,¹⁹⁶ stabilisce l’obbligo di valutazione d’impatto ambientale, nonché obblighi di informazione e consultazione per attività suscettibili di cagionare un significativo impatto sull’ambiente transfrontaliero. Lo sviluppo sostenibile è menzionato nel preambolo (“*The Parties to this Convention, aware of the interrelationship between economic activities and their environmental consequences, affirming the need to ensure environmentally sound and sustainable development [...]*”).

La Convenzione UNECE del 1992 sulle acque transfrontaliere, in vigore tra 44 Stati,¹⁹⁷ è tesa a rafforzare la cooperazione internazionale per un utilizzo sostenibile (il preambolo si riferisce al “*sustainable water management*” ed al “*sustainable use of transboundary waters*”). La *Guida* alla Convenzione UNECE

¹⁹⁶ *Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*, adottata a Espoo (Finlandia) il 25 febbraio 1991, in vigore dal 10 settembre 1997, U.N.T.S. Vol. 1989, p. 309, cfr. <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/ratification.htm>.

¹⁹⁷ *Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, Helsinki, 17 marzo 1992, in vigore dal 6 ottobre 1996, U.N.T.S. Vol. 1936, p. 269. Vi aderiscono, oltre all’Unione Europea e agli Stati del continente europeo, anche Ciad, Ghana e Senegal, essendo stata aperta dal 2016 all’accessione di tutti gli Stati membri dell’ONU. In tale contesto va ricordato che il 30 aprile 2008 è stata firmata a Niamey (Niger) la *Charte de l’Eau du Bassin du Niger*, un trattato non ancora in vigore per la regolamentazione del fiume Niger (lungo oltre 4000 km) da parte dei nove Stati del bacino (Burkina Faso, Benin, Camerun, Ciad, Costa d’Avorio, Guinea, Niger, Nigeria, Mali). Il preambolo del Trattato richiama sia la Convenzione UNECE del 1992 che quella ONU del 1997 sulle acque internazionali, ed assicura l’uso delle acque del bacino per lo sviluppo sostenibile (“*Convaincues de la nécessité d’une coordination et d’une gestion écologiquement rationnelle des ressources en eau du Bassin du Niger pour promouvoir le progrès économique et social de leur pays, lutter contre la pauvreté et assurer un développement durable*”). Lo sviluppo sostenibile è citato all’art. 2 come obiettivo (“*déterminer les règles relatives à la préservation et à la protection de l’environnement conformément aux objectifs du développement durable*”).

ritiene che il principio di “equo e ragionevole utilizzo” contenuto all’art. 2(2)(c) della *UNECE Water Convention* vada letto assieme all’art. 2(5)(c) sull’equità intergenerazionale,¹⁹⁸ ed in tal modo esso incorpora il principio dello sviluppo sostenibile, sicché l’utilizzo di una risorsa idrica internazionale non può considerarsi equo, e quindi legale, se non è sostenibile.¹⁹⁹

La Convenzione elaborata cinque anni più tardi in sede ONU nella stessa materia, la *UN Watercourses Convention* del 1997,²⁰⁰ in vigore tra 37 Stati, cita lo sviluppo sostenibile solo all’art. 24(2)(a) (“*planning the sustainable development of an International watercourse*”), riferendosi altrimenti al principio dell’“*optimal and sustainable utilization*” dei corsi d’acqua internazionali (cfr. preambolo e all’art. 5).²⁰¹

Nel 1992, la *UNECE Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents* promuove tra i 41 Stati membri misure di prevenzione degli incidenti industriali con effetti transfrontalieri, con la finalità di sviluppo sostenibile (“*to enable environmentally sound and sustainable economic development*”).²⁰²

¹⁹⁸ L’art. 2(5)(c) contiene il principio di equità intergenerazionale: “*Water resources shall be managed so that the needs of the present generation are met without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”, contenuto anche nella definizione fornita da UNCBD di “*sustainable use*” all’art. 2 come “[...] *the use of components of biological diversity in a way and at a rate that does not lead to the long-term decline of biological diversity, thereby maintaining its potential to meet the needs and aspirations of present and future generations*”).

¹⁹⁹ UNECE, *Guide to Implementing the Water Convention*, Ginevra, 2013, par. 102 a p. 23: “*Article 2, paragraph 2(c), should be read in conjunction with article 2, paragraph 5(c), according to which “water resources shall be managed so that the needs of the present generation are met without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. This is fully in line with the contemporary developments of international customary water law according to which the principle of equitable use incorporates that of sustainable development. That is to say that a use of an international water body may not be considered as equitable, therefore legal, if it is not sustainable*”.

²⁰⁰ *Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, adottata dall’UNGA a New York, 21 maggio 1997, in vigore dal 17 agosto 2014, U.N.T.S. Vol. 2999, Doc. A/RES/51/229.

²⁰¹ TANZI, *The Consolidation of International Water Law*, Napoli, ed. Scientifica, 2015, p. 67: “[e]xpressly mentioning sustainable utilization [...] enhances the normative relevance of the concept of sustainability in application of the principle of equitable utilization”.

²⁰² *Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents*, adottata a Helsinki, 17 marzo 1992, in vigore dal 19 aprile 2000, U.N.T.S. Vol. 2105, p. 457.

Nel 1998, la *Convenzione di Aarhus*, adottata dall'UNECE e ratificata da 46 Stati e dall'UE,²⁰³ dà adempimento in forma pattizia al principio n.10 di Rio nel suo triplice contenuto (cfr. art. 1: “[...] *each Party shall guarantee the rights of access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters [...]*”). È un Trattato che promuove forme partecipative di democrazia ambientale,²⁰⁴ in termini di sviluppo sostenibile, spesso citato nel preambolo.²⁰⁵ La Convenzione sostiene il coinvolgimento del pubblico, ONG e settore privato, riconoscendo specifici diritti di accesso alle informazioni ambientali (salve eccezioni per motivi di riservatezza sulle informazioni commerciali e industriali), di partecipazione ai processi decisionali, nonché il diritto di accedere a procedure di ricorso giurisdizionale per contestare le decisioni statali in materia ambientale.

Nel 2000, l'Accordo di Cotonou concluso tra l'UE e 79 Paesi ACP (Africa-Caraibi-Pacifico) contempla lo sviluppo sostenibile come obiettivo nel preambolo

²⁰³ *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, adottata a Aarhus (Danimarca) il 25 giugno 1998, in vigore dal 30 ottobre 2001; U.N.T.S. Vol. 2161, p. 447; 38 ILM 517. Essa dà attuazione al Principio n.10 di Rio, e dopo l'Agenda ONU 2030, si pone in adempimento del SDG 16, in quanto tali diritti partecipativi stanno alla base della *good governance* e della *rule of law*.

²⁰⁴ Così la definì, al momento della sua entrata in vigore nel 2001, il Segretario Generale dell'ONU Kofi Annan: “*the most ambitious venture in environmental democracy undertaken under the auspices of the United Nations. Its adoption was a remarkable step forward in the development of international law*”, cfr. UNECE, *Protecting your Environment: the Power is in your Hands, 20th Anniversary of the Adoption of the Aarhus Convention*, disponibile al sito web: <https://www.unece.org/>. TANZI, FASOLI, IAPICHINO, *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, ed. CEDAM, 2011; TANZI, *Controversial developments in the field of public participation in the international environmental law process*, in DUPUY, VIERUCCI (eds.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?*, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 135-148; WATES, *The Aarhus Convention: a Driving Force for Environmental Democracy*, in *Journal for European Environmental & Planning Law (JEEPL)*, Vol. 2(1), Leiden, Brill-Nijhoff, 2005, pp. 2-11.

²⁰⁵ Si vedano i seguenti passi preambolari: “*Affirming the need to protect, preserve and improve the state of the environment and to ensure sustainable and environmentally sound development, [...] Desiring to promote environmental education to further the understanding of the environment and sustainable development and to encourage widespread public awareness of, and participation in, decisions affecting the environment and sustainable development, [...]*”).

e all'art.1, nonché all'art. 9 laddove afferma che ne costituiscono parte integrante il rispetto dei diritti umani, la *good governance* e la *rule of law*.²⁰⁶

Nel 2003, è stata adottata la *Framework Convention on Tobacco Control* (FCTC): ratificata da 182 Stati, contiene nel preambolo ed agli artt. 4(6) e 26(3) tre riferimenti allo sviluppo sostenibile con il medesimo wording (“*in the context of nationally developed strategies of sustainable development*”). Nel 2003, viene adottata dall'Unione Africana l'*African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, trattato ratificato da 17 Stati,²⁰⁷ che dedica allo sviluppo sostenibile l'art. 14(b): “*in the formulation of all development plans, full consideration is given to ecological, as well as to economic, cultural and social factors in order to promote sustainable development*”.

Nel 2003 è stata adottata dall'UNESCO la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale.²⁰⁸ Ratificata da 178 Stati, essa fa riferimento allo sviluppo sostenibile nel preambolo (“*[c]onsidering the importance of the intangible cultural heritage as a mainspring of cultural diversity and a guarantee*

²⁰⁶ *Partnership agreement 2000/483/EC between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part*, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000. Nel 2019 ne è stata estesa la durata fino al 31 dicembre 2020 ovvero fino all'entrata in vigore o all'applicazione provvisoria del nuovo accordo sostitutivo, in corso di negoziato. Cfr. il preambolo: “*Affirming their commitment to work together towards the achievement of the objectives of poverty eradication, sustainable development [...]*”; l'art. 1: “*The partnership shall be centred on the objective of reducing and eventually eradicating poverty consistent with the objectives of sustainable development [...]*”; l'art. 9 comma 1: “*Cooperation shall be directed towards sustainable development centred on the human person, who is the main protagonist and beneficiary of development [...]. Respect for all human rights and fundamental freedoms, including respect for fundamental social rights, democracy based on the rule of law and transparent and accountable governance are an integral part of sustainable development*”; comma 3: “*good governance is the transparent and accountable management of human, natural, economic and financial resources for the purposes of equitable and sustainable development*”.

²⁰⁷ *African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources*, firmata a Maputo l'11 luglio 2003, in vigore dal 23 luglio 2016.

²⁰⁸ *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, adottata a Parigi il 17 ottobre 2003, in vigore dal 20 aprile 2006.

of sustainable development”) e all’art. 2(1) come requisito necessario ai fini della tutela del patrimonio culturale immateriale ²⁰⁹.

Nel 2009, il Trattato istitutivo di IRENA, l’Agenzia Internazionale per le Energie Rinnovabili, ratificato da 162 Stati, contempla lo sviluppo sostenibile nel preambolo e agli artt. 2 e 4.

Nel 2011, l’*International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (ITPGRFA), ratificato da 146 Paesi,²¹⁰ riconosce tra gli obiettivi del trattato il *sustainable use* delle risorse genetiche vegetali (artt. 1, 5), citando lo sviluppo sostenibile all’art. 6(2)(f).²¹¹

Nel 2015, l’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, con 189 ratifiche, richiama lo sviluppo sostenibile nel preambolo, nonché agli artt. 2,4,6,7,8,10.

Nel 2018, è stato adottato sulla base della Convenzione di Aarhus il c.d. *Escazú Agreement* da parte della Commissione economica delle Nazioni Unite per l’America Latina ed i Caraibi (ECLAC). Si tratta di un Trattato regionale aperto alla firma dei 33 Stati dell’area, che traduce in forma pattizia il principio n.10 di Rio (accesso alle informazioni, partecipazione del pubblico, giustizia in materia ambientale).²¹² Tale diritto di accesso è considerato espressione dello sviluppo sostenibile all’art. 1 e nel preambolo (“[c]onvinced that access rights contribute

²⁰⁹ Art. 2 comma 1: “For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development”.

²¹⁰ ITPGRFA, adottato a Roma il 3 novembre 2001 dalla 31ma Sessione della Conferenza FAO, in vigore dal 29 giugno 2004, U.N.T.S. Vol. 2400, p. 303. Il trattato assicura la conservazione e l’uso sostenibile delle risorse genetiche vegetali per la sicurezza alimentare e l’agricoltura, con meccanismi di accesso ai materiali genetici delle piante e di condivisione dei benefici derivanti dall’utilizzo di tali colture, individuate in un apposito elenco, nei settori della commercializzazione, scambio di informazioni e trasferimento tecnologico.

²¹¹ Art. 6 comma 2 (f): “[t]he sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture may include such measures as: [...] f) supporting, as appropriate, the wider use of diversity of varieties and species in on-farm management, conservation and sustainable use of crops [...], and promote increased world food production compatible with sustainable development;”.

²¹² ECLAC, *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean*, adottato ad Escazú (Costa Rica), il 4 marzo 2018. U.N.T.S. C.N.195.2018.Treaties-XXVII.18. Essendo stato ratificato da 11 Stati, è atteso entrare in vigore nel 2021.

to the strengthening of, inter alia, democracy, sustainable development and human rights”), quest’ultimo richiamando espressamente l’Agenda ONU 2030.²¹³ L’accordo si caratterizza altresì per proteggere i difensori dei diritti umani in materia ambientale, in modo che essi siano in grado di agire “*free from threat, restriction and insecurity*” (art. 9).

2.3 Lo status dello sviluppo sostenibile secondo la dottrina

La questione del *legal status* dello sviluppo sostenibile presenta da parte della dottrina un frammentato panorama di risposte, riconducibile a cinque tesi maggioritarie, così riassumibili e graduate in ordine di rilevanza giuridica che ciascuna attribuisce allo sviluppo sostenibile: *a)* tesi del mero concetto o dell’obiettivo politico; *b)* tesi dello strumento ermeneutico; *c)* tesi dell’oggetto o scopo del Trattato; *d)* tesi del valore normativo; *e)* rango di norma consuetudinaria.

La tesi *sub a)* ne disconosce *tout court* il valore giuridico, per confinarlo al ruolo di mero concetto o di obiettivo in senso politico, spesso sovrapponendo le due definizioni.²¹⁴ È questa la posizione incarnata dal LOWE²¹⁵ e con lui da quegli Autori che non riconoscono uno *status* normativo allo sviluppo sostenibile,

²¹³ Cfr. preambolo: “*Considering United Nations General Assembly resolution 70/1 of 25 September 2015, entitled ‘Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development’, by which it adopted a comprehensive, far-reaching and people-centred set of universal and transformative Sustainable Development Goals and targets, and reaffirmed its commitment to achieving sustainable development in its three dimensions -economic, social and environmental- in a balanced and integrated manner*” e l’art. 1: “*The objective of the present Agreement is to guarantee the full and effective implementation in Latin America and the Caribbean of the rights of access to environmental information, public participation in the environmental decision-making process and access to justice in environmental matters, [...] contributing to the protection of the right of every person of present and future generations to live in a healthy environment and to sustainable development*”.

²¹⁴ Come si vedrà *infra*, la giurisprudenza lo definisce in due casi come “concetto” (CIG nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* nel 1997; Organo d’appello del WTO nel caso *US-Shrimp* nel 1998).

²¹⁵ LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in BOYLE, FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, OUP, 1999, p. 26: “[t]he components themselves do not have the appearance of archetypal norms. Normativity, by definition, must express itself in normative terms: it must be possible to phrase a norm in normative language. But it is by no means clear that the components of sustainable development can be so phrased”.

stigmatizzandone il carattere troppo vago e ambiguo ²¹⁶, ovvero “*problematic and nebulous*”,²¹⁷ in quanto sarebbe “*too broad to pinpoint specific legal obligations*”²¹⁸. Lo stesso LOWE ritiene che “*at best, sustainable development looks like a convenient umbrella term to label a group of congruent norms [...]. Whatever the label might be, it is itself not a norm; it can be no more than a name for a set of norms. Indeed, it may not even be that*”.²¹⁹ Secondo FITZMAURICE, è un concetto caratterizzato da una triplice integrazione dei suoi elementi (“*[v]ery broadly, sustainable development can be defined as a concept, which attempts to integrate environmental considerations into economic and other development and which takes into account other than environmental needs while formulating the principles of environmental protection*”),²²⁰ ed in tal modo finisce col farlo coincidere con il principio di integrazione n. 4 di Rio. Un passo avanti si ha con MARONG, che vi intravede “*some degree of normative status*”, definendolo ad un tempo come concetto ed obiettivo (“*an established objective of the international*

²¹⁶ CONFORTI, *Diritto Internazionale*, XI ed., Napoli, Ed. Scientifica, 2018, cfr. pp. 242-243, ove l'Autore si interroga “*se lo Stato non sia addirittura obbligato dal diritto internazionale generale a gestire razionalmente le risorse del proprio territorio secondo i principi dello “sviluppo sostenibile” [...]. La risposta, in assenza anche qui di sicuri dati della prassi, non può essere positiva*”, ma al più si può parlare di una “*linea di tendenza che va affermandosi in seno alla comunità internazionale*”. Circa la vaghezza dei contenuti dello sviluppo sostenibile, l'Autore osserva che “*quando si parla di sviluppo sostenibile, ci si riferisce anche a tutta una serie di azioni che dovrebbero intraprendersi allo scopo di assicurare il benessere dell'umanità, l'eliminazione della povertà, la democrazia e il buon governo, la pace e la sicurezza, la tutela dell'ambiente, e quant'altro è necessario per raggiungere detto scopo. Al riguardo basta scorrere il documento finale della Conferenza sullo Sviluppo Sostenibile [...]. Il Documento [...] è intitolato il “Futuro che vogliamo”, consta di ben 283 punti e può essere sottoscritto da qualsiasi uomo di buona volontà. Ma quanto al diritto internazionale attuale, non ci sembra si possa andare oltre ciò che stiamo dicendo*”.

²¹⁷ Così si espresse nel 1998 BROWNLIE nella quinta edizione del volume “*Principles of Public International Law*” (OUP), ma Schrijver fa notare come il predetto Autore, già nella sesta edizione del 2003, avesse eliminato tali parole e “*was now able to identify the separate elements which compose this protean concept*”, cfr. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden, Brill, 2008, pp. 218-219.

²¹⁸ VAN HARMELEN, VAN LEEUWEN, DE VETTE, *International Law of Sustainable Development: Legal Aspects of Environmental Security on the Indonesian Island of Kalimantan*, in *Prototype EnviroSecurity Assessments Kalimantan, Indonesia Part 2: Legal Analysis*. Institute for Environmental Security, The Hague, 2005, p. 29.

²¹⁹ LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, *ibid.*, p. 26.

²²⁰ FITZMAURICE, *International Protection of the Environment*, in *Recueil des Cours*, Vol. 293, 2001, p. 47.

community and a concept with some degree of normative status in international law”).²²¹

Nel 2002, l'ILA (*International Law Association*) adotta la “*New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*”²²². Nel preambolo, lo sviluppo sostenibile è citato sia come “concetto” ampiamente riconosciuto, che come “obiettivo globale” largamente accettato dagli Stati: “[n]oting that sustainable development is now widely accepted as a global objective and that the concept has been amply recognized in various international and national legal instruments, including treaty law and jurisprudence at international and national levels”. Sempre nel preambolo della Dichiarazione, esso viene più volte richiamato come “obiettivo” (“[e]xpresses the view that the objective of sustainable development involves [...]”; “[c]onsiders that the application and, where relevant, consolidation and further development of the following principles of international law [...] would be instrumental in pursuing the objective of sustainable development in an effective way”). Il preambolo fa emergere un’ampia accettazione da parte degli Stati dello sviluppo sostenibile (“now widely accepted”, “amply recognized”), ad un tempo come concetto ed obiettivo, assieme al riconoscimento della necessità di un suo sviluppo nel diritto internazionale (“[r]ecognizing the need to further develop international law in the field of sustainable development”), richiamando il principio n. 27 di Rio ed il Cap. 39 dell’Agenda 21. Il preambolo contiene inoltre la seguente definizione lunga ed articolata di sviluppo sostenibile: “the objective of sustainable development

²²¹ MARONG, *From Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Norms in Sustainable Development*, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 16(1), Washington DC, 2003, p. 57.

²²² ILA, *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, 6 aprile 2002, Res. 2002/3, in ILA, *Report of the Seventieth Conference*, New Delhi (London: ILA, 2002). La Dichiarazione, frutto di dieci anni di lavori, venne presentata nel 2002 alla Conferenza ONU di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile. Cfr. SCHRIJVER, *Advancements in the Principles of International Law on Sustainable Development*, in M.C. CORDONIERSEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. London-New York, Routledge, 2017, pp. 99-108.

involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations". In modo congruente a tale definizione, la Dichiarazione di New Delhi identifica sette principi che specificano il contenuto dello sviluppo sostenibile (*sustainable use of natural resources, equity and eradication of poverty, common but differentiated responsibilities, precautionary approach, public participation, good governance, integration*).

In seguito, SANDS, dalla disanima di vari trattati internazionali, restringe a quattro i “*core legal elements*” dello sviluppo sostenibile: i due principi di equità inter- e intra-generazionale, il principio di *sustainable use* delle risorse naturali ed il principio di integrazione.²²³ SCHRIJVER, pur considerandolo un concetto sfaccettato (“*a concept with very many facets*”, “*a multi-faceted concept*”), ne identifica sette elementi costitutivi, in parte sovrapponibili a quelli enucleati dall’ILA: uso sostenibile delle risorse naturali, sviluppo macro-economico; protezione dell’ambiente; dimensione temporale; partecipazione pubblica; *good governance*; integrazione.²²⁴

Per altri, lo sviluppo sostenibile sarebbe un obbligo di carattere politico: “*it seems safe to conclude that evidence exists of a political obligation of states to ensure sustainable development*”.²²⁵ Lo ricostruisce come obiettivo politico anche PELLET, ritenendolo un “*policy goal*”, base ispiratrice per le regole di diritto (“*inspirational basis for rules of law*”, per mutuare l’espressione usata dalla CIG

²²³ SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2^a ed., 2003.

²²⁴ SCHRIJVER, *The evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden, Brill, 2008, pp. 208-219.

²²⁵ VAN HARMELEN, VAN LEEUWEN, DE VETTE, *International Law of Sustainable Development: Legal Aspects of Environmental Security on the Indonesian Island of Kalimantan*, *ibid.*, p. 31.

nel caso *South-West Africa* del 1966, circa il valore delle considerazioni di carattere umanitario ²²⁶). Per tal via, esso può influenzare la prassi statale, l'esito di contenziosi giudiziari o lo sviluppo di norme esistenti (“*[i]n sum, even if sustainable development is not in the nature of a legal obligation, it does represent a policy goal or principle that can influence not only State practice but also the outcome of litigation, and it may lead to significant changes and developments in the existing law*”).²²⁷

La tesi *sub b)* riunisce quegli Autori che vi attribuiscono un ruolo sul piano interpretativo, come strumento di logica decisionale. Lo stesso LOWE ritiene che esso possa avere *normative status* a livello interpretativo, come elemento di logica decisionale giudiziale. In tal caso, esso diviene norma “interstiziale” per dirimere i conflitti, riconciliando norme giuridiche tra loro in conflitto e appartenenti ad ambiti diversi, come ad esempio, in caso di contrasto tra norme per la protezione dell'ambiente, dell'economia o dello sviluppo sociale: “[s]ustainable development can properly claim a normative status as an element of the process of judicial reasoning. It is a meta-principle, acting upon other legal rules and principles - a legal concept exercising a kind of interstitial normativity, pushing and pulling the boundaries of true primary norms when they threaten to overlap or conflict with each other”.²²⁸ L'Autore colpisce nel segno quando prefigura le potenzialità dello sviluppo sostenibile come strumento interpretativo nelle mani dei giudici: “[i]t is a corollary of the view advanced here that the decision-makers need not wait on state practice and *opinio iuris* to develop the concept of sustainable development in the way that a primary rule of international law would be developed. They may

²²⁶ *South-West Africa, Second Phase, Judgment*, 18 luglio 1966, ICJ Reports (1966), par. 50.

²²⁷ PELLET, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, Gaetano Morelli Lectures Series, International and European Papers Publishing, Roma, 2018, p. 10. Inoltre, a p. 42, l'Autore ritiene che la CIG eserciterebbe un ruolo di “*progressive developer*” del diritto internazionale: “*the Court constantly and consistently (even if rather prudently) adapts the law to the new circumstances and needs of the international society, notably when it is clear that a more orthodox interpretation would lead to a dead-end or is no longer acceptable by the international society, or because there appears to be gaps in the existing applicable rules*”.

²²⁸ LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, *ibid.*, p. 31.

take the initiative and develop the concept themselves".²²⁹ Invero, attraverso le regole interpretative della CVDT esso può, come si vedrà nel Capitolo V, entrare nella logica decisionale e bilanciare per tale via gli opposti interessi negli arbitrati in materia di investimenti. Nel complesso, però la tesi anti-normativa del LOWE appare ormai datata,²³⁰ risalente ad un quadro giuridico di oltre vent'anni fa e contiene inoltre una intrinseca contraddizione quando parla di "*interstitial normativity*". Se la norma giuridica è per definizione un precetto obbligatorio, generale ed astratto, non può esistere una norma interstiziale o a "fisarmonica", che talvolta si comprime fino a negare del tutto la propria esistenza ed imperatività, e talaltra si allarghi fino a disapplicare o abrogare altre norme con essa in contrasto.

Per la tesi *sub c)*, lo sviluppo sostenibile rileva come "oggetto e scopo" del trattato. È una tesi che finisce per coincidere con quella *sub b)* come strumento interpretativo. Infatti, in base alla regola di interpretazione oggettiva dei Trattati, contenuta all'art. 31(1) CVDT, un Trattato deve essere interpretato in base al senso comune da attribuire ai suoi termini nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e scopo. Se lo sviluppo sostenibile costituisce oggetto o scopo di un Trattato, venendo come tale definito nel preambolo o nei suoi articoli, esso è chiamato a svolgere una funzione interpretativa dell'intero testo pattizio.²³¹

La tesi *sub d)* è disposta a riconoscere valore giuridico allo sviluppo sostenibile, come concetto normativo²³² o *legal norm*.²³³ Il giudice

²²⁹ LOWE, *ibid.*, p. 37.

²³⁰ HUSH, *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43(1), L. 93, 2018, in nota n. 21 a p.100, laddove l'Autore dubita della correttezza di tale impostazione: "*Lowe argued in the 1990s that sustainable development was inherently incapable of attaining the status of a rule of law [...] Whether Lowe is right remains to be seen, but it seems likely that sustainable development could attain this status eventually through its increasing use in bilateral and multilateral agreements and treaties*".

²³¹ CORDONIER SEGGER & KHALFAN, *Sustainable Development Law: Principles, Practices & Prospects*, Oxford, OUP, 2004; FRENCH, *International Law and Policy of Sustainable Development*, Manchester University Press, 2005.

²³² VOIGT, *Sustainable Development as a General Principle of Law*, in *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflict between Climate Measures and WTO Law*, Chapter 6, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, definito come "concetto normativo" ("*[t]he*

WEERAMANTRY lo considera un “*principle with normative value*”²³⁴ e secondo il giudice TRINDADE esso è un principio generale.²³⁵ La maggioranza degli Autori concorda nel considerarlo un principio pluralista, formato da diversi componenti, sotto-principi o regole accessorie che collettivamente cercano di promuoverne la realizzazione,²³⁶ come “*insieme di principi, di natura sia sostanziale che procedurale, caratterizzati da diversi gradi e differenti livelli di rilevanza giuridica*”.²³⁷ La stessa *New Delhi Declaration* dell’ILA, pur definendolo come concetto, lo declina in sette “*principles of international law*”, frutto di una estesa analisi ricognitiva dell’allora vigente prassi pattizia e degli strumenti di *soft law*. Dieci anni più tardi, l’ILA adotta i dieci “*Sofia Guiding Statements*” (GS) che integrano e chiariscono la portata dei sette principi, riconoscendo il cammino di

repetitious references to sustainable development throughout a multitude of international and domestic laws, regulations, conventions and non-binding documents is evidence of its general acceptance as a normative concept”).

²³³ VERSCHUUREN, *The Growing Significance of the Principle of Sustainable Development as a Legal Norm* in D. FISHER (ed.), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, E. Elgar Publishing Ltd., 2016.

²³⁴ *Separate Opinion* del giudice WEERAMANTRY alla sentenza CIG del 25 settembre 1997 nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* (vedi *infra*), p. 85.

²³⁵ *Separate opinion* del giudice CANÇADO TRINDADE alla sentenza CIG del 20 aprile 2010 nel caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, trattato *infra*. Cfr. par. 138: “*Numerous international instruments have captured today the rationale of sustainable development. Contemporary expert writing is also gradually recognizing its relevance; while a great part of that writing continues, somewhat hesitantly, to refer to sustainable development as a ‘concept’, there are also those who seem today to display their preparedness and open-mindedness to admit that it has turned out to be a general principle of International Environmental Law*”; par. 139: “*There are strong reasons for recognizing sustainable development as a guiding general principle for the consideration of environmental and developmental issues*”.

²³⁶ CORDONIER SEGGER, HARRINGTON, CORDON, *Judicial deliberations and progress on sustainable development*, in M.C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. London-New York, Routledge, 2017, p. 813: “[r]ather than one principle of international law that all development must be sustainable, there are several principles, which collectively seek to promote more sustainable development as an object or purpose. These principles are recognized in many laws and treaties, and are used to guide the interpretation and implementation of legal instruments that aim to promote sustainable development”.

²³⁷ MONTINI, *L’interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l’attuazione del diritto internazionale dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc.9, 2019, p. 9.

maturazione dello sviluppo sostenibile da concetto a “*principle of international law*” (GS n. 1).²³⁸

La tesi *sub e*) considera lo sviluppo sostenibile come norma consuetudinaria di diritto internazionale, dando per confermata la sussistenza dei due requisiti, *prassi* ed *opinio juris*, richiesti dall’art. 38(1)(b) dello Statuto CIG. Secondo SANDS, “[t]here can be little doubt that the concept of ‘sustainable development’ has entered the corpus of international customary law, requiring different streams of international law to be treated in an integrated manner [...]”.²³⁹ VOIGT lo fa rientrare tra i principi generali di diritto previsti dall’art. 38(1)(c) dello Statuto CIG.²⁴⁰ Dello stesso parere è MONTINI, ritenendo che possa essere “ragionevolmente qualificato come un principio generale di diritto”.²⁴¹ La dottrina, in generale, riconosce una diffusa *prassi*, mentre dubita circa l’esistenza

²³⁸ ILA, *Sofia Guiding Statements on the Judicial Elaboration of the 2002 New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, Risoluzione n. 7/2012 della 75ma Conferenza dell’ILA (Sofia, 26-30 agosto 2012). GS n.1: “Recourse to the concept of ‘sustainable development’ in international case law may, over time, reflect a maturing of the concept into a principle of international law, despite a continued and genuine reluctance to formalise a distinctive legal status”.

²³⁹ SANDS, *Principles of International Environmental Law*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 2003, p. 254. Nove anni più tardi, nell’edizione dei Principi del 2012, l’Autore ritiene che “[i]nternational law recognises a principle of sustainable development”, cfr. p. 217.

²⁴⁰ VOIGT, *The principle of sustainable development: integration and ecological integrity*, in VOIGT (ed.), *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 146-157: “What is sustainable development, then? My argument is that it is a general principle of law. Its normative force, broad scope and support in the international community are indicative of its principled character and make it difficult to argue otherwise. Sustainable development has a normative content that is defined by the reconciliation of present and future economic, social and environmental interests within the limits set by certain essential ecological functions. Sustainable development has been recognized widely both by international and national legislatures and jurisprudential practice. His general recognition of its normative content can be understood as forming an *opinio juris communis*. The classification of sustainable development as a general principle of law according to Article 38.1(c) of the Statute of the International Court of Justice is thus legitimized by its widespread use in many national legal systems and in international law - signifying a common conscience - and the jurisprudence of international courts and tribunals, as well as by its moral necessity”. I principi generali di diritto sono definiti dalla dottrina come una categoria di norme di diritto internazionale generale, cfr. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 11^{ma} ed. a cura di M. IOVANE, Napoli, Ed. Scientifica, 2018, p. 51; TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, *ibid.*, p. 115.

²⁴¹ MONTINI, *L’interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l’attuazione del diritto internazionale dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc.9, 2019, p. 13.

di una conforme *opinio iuris*.²⁴² L'Agenda ONU 2030 sta facendo emergere dal 2015 una *prassi* statale di adempimento degli SDGs finora incontestata: un dato non irrilevante, dal momento che, come osserva TANZI, “*l'indicatore principale - per quanto non esclusivo- dell'effettività di un sistema di regole giuridiche è costituito dal tasso di osservanza spontanea delle stesse*”.²⁴³ Non sarebbe di ostacolo il fatto che si tratti di prassi statuali non sempre uniformi tra loro, perché lo sviluppo sostenibile inteso come obbligazione di mezzi ammette di per sé condotte adempitive diverse per raggiungere il medesimo obiettivo, richiedendo “*various types of conduct to be adopted, because it is an objective, because it is intrinsically evolutive, and because as an obligation of means it requires a series of different types of effort towards the fulfilment of the objective it lays down*”.

In questo senso, secondo BARRAL, lo sviluppo sostenibile non è ancora una norma consuetudinaria di risultato (“*[i]s there a general obligation to develop sustainably? And certainly the answer is no*”), ma come obiettivo già costituisce “*principle of customary law*”.²⁴⁴ In questo percorso evolutivo, l'Agenda ONU 2030 potrebbe costituire inoltre una Risoluzione UNGA espressiva di *opinio iuris* verso il perseguimento dello sviluppo sostenibile,²⁴⁵ utilizzando la felice

²⁴² CORDONIER SEGGER, WEERAMANTRY, *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. London-New York, Routledge, 2017, cfr. p. 65 ove l'Autore ritiene che “[i]n sum, there is sample, significant and voluminous evidence of State practice making commitments to sustainable development. [...] The answer to the question of *opinio iuris* is, however, not quite so straightforward”; e a p. 94: “[i]n conclusion, it is not clear whether a legally binding ‘principle of sustainable development’ has been agreed to by States as such”.

²⁴³ TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, *ibid.*, p. 49.

²⁴⁴ BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *The European Journal of International Law-EJIL*, Oxford, OUP, Vol. 23(2), 2012, pp. 386-388, ed in particolare a p. 388: “Hence, conduct aimed at achieving sustainable development, even if lacking uniformity, can still form valid precedents constituting evidence of the existence of a general practice of states. Despite clear judicial confirmation, it can thus be concluded that sustainable development, as an objective, already constitutes a principle of customary law, even if this principle is a very general one, with a high degree of abstraction and which requires case by case substantiation”.

²⁴⁵ SPIJKERS, *The cross-fertilization between the SDGs and International Water Law*, in *Review of European Community & International Environmental Law-RECIEL*, Vol. 25(1), Wiley Online Library, ove l'Autore, citando il par. 70 dell'*Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* della CIG, così osserva a p. 40: “The SDGs can also be used to affirm an already evolving customary practice. That legally non-binding UNGA resolutions can have this

intuizione di TRINDADE per cui l'*opinio juris* può essere intesa come *ius necessarium*, quale coscienza evolutiva che sprona gli Stati ad andare oltre le proprie determinazioni (*ius voluntarium*), permettendo di far evolvere nel tempo le regole che loro stessi si sono dati.²⁴⁶

Inteso come obbligazione di mezzi, diventa superabile anche la critica circa il contenuto vago o generico dello sviluppo sostenibile, dal momento che “*the softness of the provisions relating to sustainable development does not bar them from being valid normative propositions; rather, it just increases the margin of appreciation of the contracting parties in the execution of their obligations*”.²⁴⁷

Lo stesso SCHRIJVER nota che “[s]ustainability as a norm of international law is in principle no more abstract, nor more general than other important norms of the international community such as peace and security [...]”.²⁴⁸ Anche nel caso in cui i Trattati che richiamano lo sviluppo sostenibile contengano disposizioni preambolari o testuali troppo “*soft*” per imporre un obbligo di risultato a “*develop sustainably*”, BARRAL fa notare che il perseguimento dello sviluppo sostenibile può essere visto come un’obbligazione di mezzi, dal momento che tali disposizioni pattizie “*they may still impose an obligation on states to ‘strive to achieve’ or ‘promote’ sustainable development. Such an obligation, an obligation*

effect was already affirmed by the International Court of Justice in 1996, when it noted that ‘General Assembly resolutions can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris’. It all depends on whether an intention to give them legal value can be derived from the resolution’s content and the conditions of its adoption, but also from the way it influences decision making afterwards”.

²⁴⁶ *Separate opinion* del giudice C. TRINDADE alla sentenza CIG nel caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, I.C.J. Reports 2014, cfr. par. 89: “*The formation of international law in domains of public or common interest, such as that of conservation and sustainable use of living marine resources, is a much wider process than the formulation of its ‘formal sources’, above all in seeking the legitimacy of norms to govern international life*”; par. 90: “*Opinio juris communis, in this way, comes to assume a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom, and to exert a key role in the emergence and gradual evolution of international legal norms. After all, juridical conscience of what is necessary (jus necessarium) stands above the ‘free will’ of individual States (jus voluntarium), rendering possible the evolution of international law governing conservation and sustainable use of living marine resources [...]. Ultimately, this becomes of key importance to the realization of the pursued common good*”.

²⁴⁷ BARRAL, *ibid.*, p. 385.

²⁴⁸ SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden, Brill, 2008, p. 219.

of means, far from being deprived of normative character, is just a norm with a different object: not one that requests a result to be achieved, but only means to be put in place to try to achieve that result. Such conventional provisions can clearly grant sustainable development its normativity".²⁴⁹ La teoria di BARRAL è ben sintetizzata dall'analisi di MONTINI: "le caratteristiche del principio dello sviluppo sostenibile non costituirebbero un vero e proprio 'obbligo di risultato', ma farebbero sorgere in capo agli Stati un 'obbligo di mezzi' rispetto alla sua concreta attuazione, attraverso comportamenti coerenti e concludenti" e lo stesso Autore concorda nel sostenere che "sussista a carico degli Stati un 'obbligo di mezzi' consistente nella obligatorietà di adottare ed attuare processi decisionali finalizzati al perseguimento di percorsi di sviluppo sostenibile".²⁵⁰

Nello stesso senso, DIKIGOROPOULOU sostiene l'esistenza per gli Stati di un obbligo procedurale o di mezzi, "requiring the adoption of all possible and available means necessary to strive to achieve that result".²⁵¹ Questa argomentazione è rafforzata dal ragionamento di CORDONIER SEGGER, perché "when States commit to sustainable development in a treaty or international legal process, this is not legally meaningless. States are accepting an obligation to seek balance between sometimes conflicting economic, environmental and social priorities in the development process, in the interests of future generations".²⁵² Pertanto, secondo il predetto Autore, qualora una norma di diritto internazionale consuetudinario dovesse emergere, il principio

²⁴⁹ BARRAL, *ibid.*, p. 385.

²⁵⁰ MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc.9, 2019, pp. 11-13.

²⁵¹ DIKIGOROPOULOU, *The Legal Status of Sustainable Development*, Swansea University, 2016, cfr. l'abstract del volume: "there is little evidence to support a claim that there exists a legal obligation for states to develop sustainably. Nonetheless, [...] there is a procedural obligation on states to adopt the appropriate state conduct and governance processes to strive to make progress towards sustainable development. The treaties and soft law documents, which have endorsed sustainable development, require states to adopt the necessary means to promote, ensure, contribute to, or work towards the fulfillment of the sustainable development objective. In this respect, its normativity lies not in requiring that a specific end result be fulfilled, but in requiring the adoption of all possible and available means necessary to strive to achieve that result".

²⁵² CORDONIER SEGGER, *ibid.*, p. 8.

di integrazione sarebbe il candidato più probabile,²⁵³ fornendo il contenuto ad un obbligo positivo di *facere*, un'obbligazione di mezzi, come ipotizzato da BARRAL.

Un'altra teoria, sostenuta da TANZI, ritiene che il consolidamento dello sviluppo sostenibile passi attraverso il rispetto di una serie di regole accessorie o strumentali che ne definiscono il contenuto, ed il cui carattere precettizio in taluni casi è indiscusso, in altri dai contorni ancora incerti: “[i]l consolidamento in termini giuridicamente vincolanti di tali regole accessorie contribuisce contemporaneamente al consolidamento consuetudinario del principio di sviluppo sostenibile e alla determinazione dei suoi contenuti”.²⁵⁴ Alcune regole accessorie, desunte in particolare dai principi della *Dichiarazione di Rio* del 1992, si sarebbero già consolidate in norme consuetudinarie. È quanto accaduto per il divieto di inquinamento transfrontaliero che arrechi danni significativi all'ambiente (principio n. 2 di Rio). Secondo il parere consultivo della CIG sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari del 1996, “[t]he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”.²⁵⁵ La promozione al rango di norma consuetudinaria sarebbe già avvenuta anche per il principio n. 17 (V.I.A.) secondo la sentenza CIG nel caso *Pulp Mills*, che si esaminerà più avanti, e secondo il *Sofia Guiding Statement* n. 10 dell'ILA.²⁵⁶ Lo stesso sarebbe accaduto per due regole contenute nel principio n. 4 di Rio, la c.d. *no-harm rule* ed il “*sustainable use*” delle risorse naturali, secondo -rispettivamente- il lodo arbitrale

²⁵³ CORDONIER SEGGER, *ibid.*, p. 90: “[i]f a customary international rule named sustainable development were to emerge, the principle of ‘integration in order to achieve sustainable development’ is the most likely candidate”; p. 71: “At present, if a sustainable development principle exists in international law, its clearest expression is as a label for a principle requiring the integration of environment and socio-economic development [...]”.

²⁵⁴ TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, *ibid.*, pp. 167-168.

²⁵⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 p. 226, al par. 29.

²⁵⁶ GS n. 10: “*Environmental impact assessment is a mandatory rule of customary international law and must be recognised by judicial bodies [...]*”.

Iron Rhine del 2005 (vedi *infra*) ed il *Sofia Guiding Statement* n. 3.²⁵⁷ Il principio partecipativo (n. 10 di Rio) sarebbe diventato norma consuetudinaria per quanto riguarda l'obbligo di consultazione dei popoli indigeni, secondo la Corte Interamericana dei diritti umani, nel caso *Sarayaku c. Ecuador* che verrà esaminato al Capitolo V. Resta incerta, invece, la natura di norma consuetudinaria del principio di precauzione (n. 15 di Rio),²⁵⁸ del principio n. 3 (equità inter-generazionale) e n. 16 (“*chi inquina paga*”),²⁵⁹ che possono essere considerati come altrettante regole accessorie o strumentali alla realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile.

²⁵⁷ GS n. 3: “As a matter of common concern, the sustainable use of all natural resources represents an emerging rule of general customary international law, with particular normative precision identifiable with respect to shared and common natural resources”.

²⁵⁸ Nel 1998 l'UE aveva sostenuto nel caso *EC-Hormones* di fronte all'Organo d'appello del WTO tale natura di norma consuetudinaria (cfr. par. 16 del Rapporto), peraltro senza successo (par. 123). Appellate Body Report, *European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R del 5 gennaio 1998, cfr. par. 123: “The status of the precautionary principle in international law continues to be the subject of debate among academics, law practitioners, regulators and judges. The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear”. Tre anni prima, la sua natura consuetudinaria venne sostenuta dal giudice PALMER nella propria *Dissenting Opinion* all'Ordine della CIG del 22 settembre 1995, c.d. *Nuclear Tests II, New Zealand v. France* (“Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests New Zealand v. France Case*”), cfr. par. 91(d) a p. 128: “the norm involved in the precautionary principle has developed rapidly and may now be a principle of customary international law relating to the environment”.

²⁵⁹ WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion* al parere consultivo reso dalla CIG “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226). Tale parere CIG sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari riconobbe valenza consuetudinaria solo al principio di divieto di inquinamento transfrontaliero, mentre il giudice Weeramantry lo sosteneva anche per altri Principi di Rio, cfr. pp. 280-281: “Environmental law incorporates a number of principles which are violated by nuclear weapons [...] principle of intergenerational equity and the common heritage principle [...] the precautionary principle, [...] and the ‘polluter pays principle’ [...]”; p. 282: “These principles of environmental law thus do not depend for their validity on treaty provisions. They are part of customary international law. They are part of the sine qua non for human survival”. Va infine notato che tali principi di Rio (integrazione, equità inter-generazionale, precauzione, *polluter pays*, accesso alle informazioni, partecipazione pubblica e accesso alla giustizia in materia ambientale) sono stati integrati nel 2017 in una bozza di trattato multilaterale “*Global Pact for the Environment*” presentato dalla Francia all'UNGA, che con Risoluzione A/RES/72/277 del 10 maggio 2018 “*Towards a Global Pact for the Environment*” (adottata col voto contrario di USA, Russia, Turchia, Filippine, Siria) diede inizio al negoziato multilaterale. I negoziati sono tuttora in corso presso l'UNEP a Nairobi. Nella bozza attuale, lo sviluppo sostenibile viene citato nel preambolo e all'art. 3 (dedicato al principio di integrazione), secondo il quale gli Stati parte “*shall pursue sustainable development*”.

2.4 Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel *case-law*

Dopo l'analisi della dottrina sul *legal status* dello sviluppo sostenibile, è necessario esaminare il *case-law* dei tribunali internazionali che ha affrontato tale questione. Si tratta di un numero assai limitato di casi, qui sotto riassunti, che lo hanno affermato come concetto, obiettivo o come principio ²⁶⁰:

| Anno | Organo | Decisione | Sviluppo sostenibile |
|------|-------------------------------------|---------------------|--|
| 1997 | CIG | Gabčíkovo-Nagymaros | Come " <i>concept</i> " (Separate Opinion Weeramantry come " <i>principle with normative value</i> "). |
| 1998 | WTO | US- Shrimp | come " <i>concept</i> ". |
| 2005 | Trib. arbitrale <i>ad hoc</i> (CPA) | Iron Rhine | Come " <i>principio</i> ", <i>no-harm rule</i> come consuetudine. |
| 2010 | CIG | Pulp Mills | come " <i>objective</i> " (Separate Opinion Cançado Trindade come " <i>principle</i> "). |

Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros* del 1997, la giurisprudenza CIG menziona per la prima volta lo sviluppo sostenibile. Il caso riguardava i lavori di costruzione di un sistema di dighe idroelettriche sul Danubio, previsti dal Trattato concluso nel 1977 tra Ungheria e Cecoslovacchia, e sui quali sorse -successivamente al disfacimento del blocco sovietico nel 1989- una contestazione tra i due Stati circa la perdurante vigenza o meno del Trattato. Da una parte l'Ungheria decise di sospendere e poi di porre fine al progetto, denunciando il Trattato alla luce degli ingenti costi e dell'impatto ecologico ed ambientale che esso comportava, dall'altro la Cecoslovacchia tentava di continuare i lavori, avviando unilateralmente una variante agli stessi in contromisura alla violazione del trattato da parte ungherese. La CIG, ritenendo da una parte ingiustificato l'abbandono del trattato da parte ungherese, e dall'altra non proporzionata la contromisura di una variante unilaterale da parte cecoslovacca, invitò le parti a negoziare in buona fede una soluzione concordata, obbligandole a rileggere ("*look afresh*", par. 140) il

²⁶⁰ HUSH, *Where No Man Has Gone before: the future of sustainable development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and new generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43(1), L. 93, 2018, p. 135: "[t]he leading cases define sustainable development as a concept or principle that evolves over time, providing a measure of flexibility to the interpretive process".

Trattato bilaterale del 1977 alla luce delle norme di diritto ambientale di recente sviluppo (par. 112: “*newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty*”).²⁶¹

È in questo momento che viene indicato lo sviluppo sostenibile al par. 140 della sentenza, come un “concetto” in riferimento alle “*new norms and standards*”²⁶² che si sono progressivamente affermate in materia di protezione dell’ambiente: “[...] *new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development*”.

Lo sviluppo sostenibile riconcilia le esigenze dello sviluppo economico con quelle della protezione dell’ambiente, svolgendo una funzione di integrazione basata sul principio n. 4 della Dichiarazione di Rio, benché la CIG non ne faccia riferimento. Peraltro, in quanto concetto che le parti devono seguire nel trovare una soluzione concordata (“*this means that the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the Gabčíkovo power plant*”, par. 140), esso acquista una funzione-guida, quasi normativa (“*[i]t is for the Parties themselves to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty [...] as well as the norms of international environmental law and the principles of the law of international watercourses*”, par. 141).

²⁶¹ Cfr. par. 112: “*On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration [...]*”.

²⁶² *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, *I.C.J. Reports* 1997, p. 7. L’Ungheria invocava l’estinzione del trattato del 1977 sulla base del mutamento fondamentale delle circostanze (c.d. principio *rebus sic stantibus*, art. 62 CVDT), appellandosi -tra l’altro- al mutato regime politico ed alle preoccupazioni ambientali che animavano l’opinione pubblica.

Contro la definizione di mero concetto si esprime la *Separate opinion* alla sentenza dell'ex Vice Presidente CIG, WEERAMANTRY, secondo il quale la Corte avrebbe dovuto ritenere lo sviluppo sostenibile "*principle with normative value*", in virtù della "*wide and general acceptance*" di cui gode da parte degli Stati. Il giudice Weeramantry giunge a tale conclusione considerando che "[t]he concept of sustainable development is thus a principle accepted not merely by the developing countries, but one which rests on a basis of worldwide acceptance [...]. The principle of sustainable development is thus a part of modern international law by reason not only of its inescapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community".²⁶³

Nel 1998, l'Organo d'appello del WTO definisce lo sviluppo sostenibile come "concetto", nel caso *US-Shrimp*. Si tratta di un *obiter dictum*, un inciso contenuto in nota a piè di pagina (n. 107), a commento del par. 129 della decisione, in cui se ne riconosce al contempo la dimensione multi-pilastro ("*this concept has been generally accepted as integrating economic and social development and environmental protection*").²⁶⁴

Nel 2010, la CIG torna ad occuparsi dello sviluppo sostenibile nel caso *Pulp Mills* (Argentina c. Uruguay) o caso delle *fabbriche di carta sul fiume Uruguay*, definendolo come un "obiettivo".²⁶⁵ I due Stati in lite avevano stipulato nel 1975 un trattato per la gestione del fiume Uruguay (c.d. *Statuto del fiume Uruguay*), che fa da confine naturale tra i due paesi. Lo scopo del trattato (art. 1: "*establish the joint machinery necessary for the optimum and rational utilization of the River Uruguay*") viene esplicitato in due gruppi di obblighi, procedurali e sostanziali.

²⁶³ *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, The Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, cfr. pp. 91-92; inoltre a p. 85: "*The Court must hold the balance even between the environmental considerations and the developmental considerations raised by the respective Parties. The principle that enables the Court to do so is the principle of sustainable development. The Court has referred to it as a concept in paragraph 140 of its Judgment. However, I consider it to be more than a mere concept, but as a principle with normative value which is crucial to the determination of this case*".

²⁶⁴ APPELLATE BODY REPORT, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R del 6 novembre 1998.

²⁶⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

Un primo gruppo di articoli (da 7 a 12) prevede obblighi procedurali di reciproca informazione, consultazioni e notifiche preventive per opere e attività da cui possa derivare un impatto pregiudizievole alla navigazione, al regime del fiume o alla qualità delle sue acque, secondo lo spirito dell'art. 26 CVDT che impone alle parti di dare esecuzione ai trattati in buona fede. A tale scopo, il trattato istituiva una Commissione mista per la gestione del fiume (CARU), definendo precise modalità di consultazione e vigilanza, nonché meccanismi di soluzione delle controversie (negoziati, Commissione bilaterale di mediazione, e come ultima istanza, il ricorso alla CIG). Una serie successiva di articoli definiva obblighi sostanziali di rispetto dell'ambiente fluviale.²⁶⁶

A cavallo tra i due gruppi di norme, l'art. 27 ribadisce come il diritto statutale all'uso delle acque del fiume non deve pregiudicare la procedura informativa di cui agli artt. 7-12. La controversia ha origine quando l'Uruguay, violando le procedure di consultazione previste dallo Statuto, autorizza la costruzione sulle sponde del fiume di due cartiere senza coinvolgere la CARU.²⁶⁷ La sentenza CIG riconosce la responsabilità dell'Uruguay per aver violato gli obblighi procedurali di informazione previsti dallo Statuto del 1975, senza accogliere le rivendicazioni dell'Argentina, che aveva tentato di sostenere la duplice violazione dell'Uruguay, non solo procedurale per il mancato rispetto dell'art. 27, ma anche degli obblighi sostanziali, violando lo scopo e l'oggetto dello Statuto, consistenti nell' "*optimum and rational utilization*" del fiume. In sede di interpretazione dell'art. 27, la CIG fa riferimento allo sviluppo sostenibile come un "obiettivo" che riflette la necessità di trovare un bilanciamento tra l'uso delle acque e la protezione del fiume ("*the need to strike a balance between the*

²⁶⁶ Si tratta degli artt. 35 (uso del suolo e dei boschi), 36 (mantenimento dell'equilibrio ecologico), 41 (obbligo degli Stati di proteggere e preservare l'ambiente acquatico dall'inquinamento).

²⁶⁷ RUOZZI, *La tutela dell'ambiente fra obblighi procedurali ed obblighi sostanziali: la sentenza relativa alle cartiere sul fiume Uruguay*, in *Giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia. Casi scelti*", a cura di S. CANTONI, Torino, Giappichelli, 2014. LIGUORI, *International Court of Justice, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20 April 2010*, in *Il Diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, a cura di E. BARONCINI, Bononia University Press, 2018, pp. 291-306.

use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development”), tra sviluppo economico e protezione dell’ambiente, che è l’essenza dello sviluppo sostenibile (“*embodies [...] the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development*”).²⁶⁸ Lo sviluppo sostenibile è quindi definito come un obiettivo, al quale la condotta statale è tenuta a conformarsi.²⁶⁹

Se raffrontata alla sentenza CIG *Gabčíkovo-Nagymaros* del 1997, la necessità di “*reconcile*” sviluppo economico e protezione ambientale viene ora resa con “*balance*”, un bilanciamento che anche nel caso *Pulp Mills* non viene integrato nella propria decisione, in quanto la Corte evita di entrare nel merito e di pronunciarsi sul valore giuridico dello sviluppo sostenibile. Entrambe le sentenze, nello stabilire che la soluzione delle due vicende doveva essere improntata al suo rispetto, ne fanno emergere una funzione strumentale, per mediare tra gli opposti interessi ambientali e quelli dello sviluppo, in analogia col pensiero del LOEWE che lo considera norma interstiziale. In entrambi i casi, la CIG omette di indagare sul terzo pilastro, quello sociale, mancando un’analisi sull’integrazione delle tre dimensioni economica, ambientale e sociale.²⁷⁰ La sentenza reca la *Separate*

²⁶⁸ Cfr. par. 177: “*Regarding Article 27, it is the view of the Court that its formulation reflects not only the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between the use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development. [...] Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development*”.

²⁶⁹ BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, *ibid.*, 2012, cfr. p. 387: “*Although this fell short of granting it customary nature, sustainable development is now more than just a concept; it is an objective, and an objective with which specific state conduct (that defined in Article 27) must be consistent*”.

²⁷⁰ TLADI, *The Principles of sustainable development in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, in *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. London, ed. Routledge, 2017, pp. 253-254 ove si osserva come “[t]he Court appears to conceptualize sustainable development as a tool to balance economic development and environmental protection. This understanding ignores the evolution of sustainable development, away from the binary approach of balancing economic development and environment, to one which recognizes that sustainable development aspires to integrate environmental, economic and social concerns”, concludendo che “[t]he court is quite clearly aware of sustainable development and related principles. However, there is clear unwillingness to

Opinion del giudice CANÇADO TRINDADE, il quale sostiene che, come le parti in causa avevano riconosciuto allo sviluppo sostenibile il valore di principio, così avrebbe dovuto fare anche la CIG, anziché definirlo un obiettivo.²⁷¹

Va inoltre evidenziato che la sentenza *Pulp Mills* riconosce il valore di norma di diritto internazionale generale ai principi 2 e 17 di Rio. Il primo (divieto di inquinamento transfrontaliero) viene così riconosciuto al par. 193, in linea con quanto affermato nel 1996 dalla stessa CIG nel parere sulla *liceità sulla minaccia o uso delle armi nucleari*. Per il secondo, l'obbligo di valutazione di impatto ambientale laddove esista il rischio che l'attività industriale possa avere un impatto negativo significativo in un contesto transfrontaliero, la CIG riconosce per la prima volta al par. 204 come tale prassi statutale sia divenuta norma di diritto internazionale generale, in quanto avrebbe guadagnato “*so much acceptance among States*”.²⁷²

Nel 2005, la decisione di un tribunale arbitrale *ad hoc* nel caso *Iron Rhine*²⁷³ -che sarà per altri aspetti esaminato al Cap. V- richiama più volte la

fully integrate these concepts into the decision”. SZABÒ, *Sustainable development in the judgments of the International Court of Justice*, in *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. London, ed. Routledge, 2017, p. 274, nel senso che “[t]his narrow understanding [...] reduces sustainable development to a mere tool of balancing economic development and environmental protection”.

²⁷¹ *Separate opinion* del giudice CANÇADO TRINDADE alla sentenza CIG *Pulp Mills*, par. 147: (“Both Argentina and Uruguay were quite aware of the inter-temporal dimension underlying sustainable development as a principle of International Environmental Law, and the ICJ should, in my view, have taken note of, and endorsed, sustainable development as such, thus contributing to the progressive development of International Environmental Law”).

²⁷² Cfr. par. 204: “[...] In this sense, the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that 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, in particular, on a shared resource”.

²⁷³ *Case Concerning the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway (Belgium v. Netherlands)*, Award, 24 maggio 2005, PCA, 27 RIAA 35. Il “*Reno di Ferro*” era una linea ferroviaria che congiungeva il porto di Anversa alla Germania, in forza di un diritto di passaggio in territorio olandese a scopi commerciali. Dopo essere stata definitivamente chiusa, il Belgio ne chiese la riattivazione, nonostante nel frattempo la legislazione olandese avesse vincolato alcune aree attraversate un tempo dalla ferrovia a riserve e parchi naturali protetti. Per definire il riparto dei costi di riattivazione, sui quali era sorto il contenzioso, venivano in rilievo i principi affermatasi in diritto internazionale per la protezione dell'ambiente, di talché ogni attività di sviluppo economico

sentenza CIG *Gabčíkovo-Nagymaros* per risolvere la controversia, ma senza prendere posizione sul valore giuridico dello sviluppo sostenibile (“*the emerging principles, whatever their current status, make reference to conservation, management, notions of prevention and of sustainable development, and protection for future generations*”, par. 58 del lodo). Il tribunale arbitrale non si sbilancia sulla natura giuridica di tali “*emerging principles*”, ma ne delinea i contenuti come nesso di interdipendenza tra ambiente e sviluppo (definiti “*mutually reinforcing, integral concepts*”, par. 59) nel senso che qualsiasi processo di sviluppo deve integrare la protezione dell’ambiente.

Tale dovere di non recare danno all’ambiente (*no-harm rule*), ricavabile dal principio n. 4 di Rio, sarebbe diventato una norma di diritto internazionale consuetudinario (“*[e]nvironmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law*”, par. 59).

Va infine ricordato, benché si tratti di una sentenza nazionale, il caso *Vellore Citizens’ Welfare Forum*, con cui la Corte suprema dell’India giunse a ritenere nel 1996 - un anno prima della sentenza CIG *Gabčíkovo-Nagymaros* - lo sviluppo sostenibile come parte del diritto internazionale consuetudinario: “[w]e have no hesitation in holding that ‘Sustainable Development’ as a balancing concept between ecology and development has been accepted as a part of the Customary International Law, though its salient features have yet to be finalised by the International Law Jurists”.²⁷⁴ La questione riguardava l’inquinamento

(riabilitazione e *upgrade* commerciale della ferrovia) deve prevedere misure di protezione dell’ambiente, al fine di non recarvi danno.

²⁷⁴ *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India & Ors*, Supreme Court of India, Judgment, 28 agosto 1996, 5 SCR 241. Lo sviluppo sostenibile viene richiamato anche nella sentenza *Bulankulama and Others v. Secretary, Ministry of Industrial Development and Others (Eppawela case)*, Supreme Court of Sri Lanka, 2 giugno 2000. Il caso riguardava una proposta di accordo per una concessione mineraria a favore di una società straniera per lo sfruttamento di giacimenti di fosfato nella zona di Eppawela. Nella sentenza, il giudice afferma che “[i]n my view, the proposed agreement must be considered in the light of the foregoing principles. Admittedly, the principles

provocato da diverse conchiere per la lavorazione del cuoio nello Stato indiano del Tamil Nadu, i cui reflui contaminavano i suoli, le colture agricole e le falde di acqua potabile. La ONG *Vellore Citizens Welfare Forum*, allarmata dall'entità dell'inquinamento, presentò varie petizioni a seguito delle quali i giudici intimarono alle conchiere di creare idonei impianti di trattamento, oltre al risarcimento del danno ambientale cagionato. Si trattava di decisioni basate sulla legislazione nazionale indiana e sui principi di diritto internazionale in materia ambientale. In relazione a questi ultimi, la Suprema Corte indiana introduce lo sviluppo sostenibile (“[t]he traditional concept that development and ecology are opposed to each other, is no longer acceptable. ‘Sustainable Development’ is the answer”), ripercorrendo in ordine cronologico la sua evoluzione nel diritto internazionale dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972 al Rapporto Brundtland del 1987, fino all'UNCED di Rio nel 1992. Tali strumenti di *soft law* vengono richiamati non solo per radicare la sentenza in una prospettiva internazionale a rafforzamento della protezione ambientale, ma anche per riconoscere una soglia normativa, necessaria per considerare lo sviluppo sostenibile come principio legale.²⁷⁵

set out in the Stockholm and Rio de Janeiro Declarations are not legally binding in the way in which an Act of our Parliament would be. It may be. It may be regarded merely as ‘soft law’. Nevertheless, as a Member of the United Nations, they could hardly be ignored by Sri Lanka”, p. 274, cfr. <http://www.asianlii.org/lk/cases/LKSC/2000/18.html>. Per un compendio di decisioni nazionali in materia ambientale, cfr. UNEP, *Compendium of summaries of judicial decisions in environmental related cases*, 2004, <https://www.unenvironment.org/>.

²⁷⁵ PUGGIONI, *Access to Justice and Sustainable Development: the National Green Tribunal of India*. PhD Programme in Institutions, Politics and Policies. XXVII Cycle. IMT School for Advanced Studies, Lucca, 2016. L'Autore, funzionario diplomatico, nel 2016 era in applicazione al Servizio Affari Giuridici, Contenzioso diplomatico e Trattati del MAECI. Cfr. p. 193: “Although noteworthy for grounding the judgment in an international perspective and posing the bases for a strengthened protection of the environment, it should be noted that the Court relies on soft law instruments for recognising the ‘normative threshold’ necessary for considering sustainable development as a legal principle”.

2.5 Considerazioni conclusive

Nel giro di trenta anni lo sviluppo sostenibile è stato ripreso in un gran numero di atti “quasi giuridici” di *soft law* di matrice onusiana, avvinti dal 2015 dalla comune cornice dell’Agenda ONU 2030. Essa ha introdotto una prassi di adempimento universale anche grazie al coinvolgimento delle Organizzazioni internazionali, sempre più orientate al *mainstreaming* degli SDGs nelle proprie funzioni ed attività istituzionali. Allo stesso tempo, si è assistito ad una diffusa *treatification* dello sviluppo sostenibile, grazie a numerosi Trattati multilaterali che *expressis verbis* lo contengono, contando su di un numero di ratifiche quasi universali. Il fatto che la generalità degli Stati abbia, da una parte, adottato per *consensus* numerosi atti di *soft law* e, dall’altra, ratificato Trattati che contemplano lo sviluppo sostenibile, è un indicatore di *prassi* ed *opinio iuris* sempre più diffuse, sicché è stato correttamente osservato da MANJIAO che “*given its evolutive nature, further treatification and wide acknowledgment of sustainable development by states and the international community could grant sustainable development the status of customary law rule or general principle of law within the international law system*”.²⁷⁶ BARRAL sostiene che, dando adempimento a questi innumerevoli Trattati, gli Stati vanno maturando un obbligo di perseguire lo sviluppo sostenibile come obbligazione di mezzi, contribuendo “*day after day, to progressively making sustainable development requirements real*”.²⁷⁷ Si tratta di un esercizio di rafforzamento che si auto-alimenta (*self-feeding*, o con l’espressione di Virgilio, Eneide, IV, 175 “*vires acquirit eundo*”) e che potrà aiutare, in futuro, a promuovere il principio dello sviluppo sostenibile al rango di norma consuetudinaria.

²⁷⁶ MANJIAO, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*. London-New York, ed. Routledge, 2017, p. 14.

²⁷⁷ BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, *ibid.*, p. 398: “*States are under an obligation to pursue sustainable development; they are bound by an obligation of means, and by implementing these countless treaties they contribute, day after day, to progressively making sustainable development requirements real*”.

Dalla disanima degli strumenti di *soft law* e del *treaty law* compiuta in questo Capitolo, risulta innegabile che gli Stati abbiano creato ormai un percorso, prescelto dalla generalità di essi, sulla rilevanza dello sviluppo sostenibile, sufficiente a sostenere l'avvio di un percorso di consolidamento a “*principle of customary international law*”. Del resto, già nel 1992 con la UNFCCC la quasi totalità degli Stati del mondo (ben 197 ratifiche) aveva riconosciuto all'art. 3(4) il diritto di ciascuno Stato allo sviluppo sostenibile ed al contempo la responsabilità di perseguirlo (“*[t]he Parties have a right to, and should, promote sustainable development*”). In realtà, per le caratteristiche di interdipendenza dello sviluppo sostenibile, se tutti gli Stati hanno diritto allo sviluppo sostenibile, ogni Stato ha al contempo il dovere di promuoverlo, per consentire che tale diritto sia effettivo per gli altri Stati nonché per i propri cittadini. Questo è a maggior ragione vero oggi, leggendo l'art. 3 UNFCCC in base all'art. 31(3)(b) CVDT alla luce di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato. Grazie alla prassi successiva costituita dall'Agenda ONU 2030, non pare azzardato interpretare il “*should promote*” dell'art. 3 come “*shall promote*”.

È pertanto corretto sostenere, alla luce del principio 27 di Rio, che un consolidamento consuetudinario del principio dello sviluppo sostenibile sia in atto e che passerà attraverso il rispetto degli SDGs dell'Agenda ONU 2030, in forza di una prassi di adempimento finora incontestata. Come sostiene WEERAMANTRY, il miglior test per riconoscere l'esistenza di una norma di diritto internazionale generale è quello di verificare se essa sia ampiamente accettata dalla generalità degli Stati, in modo che difficilmente si possa presumere che uno Stato possa ripudiarla (“*[a] generally accepted test of recognition of rules of customary international law is that the rule should be 'so widely and generally accepted, that it can hardly be supposed that any civilized State would repudiate it'*”).²⁷⁸ A ben vedere, l'Agenda ONU 2030 costituisce tale test di conferma per lo sviluppo sostenibile. Oltre al contributo degli SDGs, anche il consolidamento in termini

²⁷⁸ WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion* al parere CIG “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996), pp. 264-265.

giuridicamente vincolanti delle regole accessorie o strumentali alla realizzazione dello sviluppo sostenibile, desunte in particolar modo dai principi della *Dichiarazione di Rio*, contribuirà al suo consolidamento consuetudinario e alla specificazione dei suoi contenuti (TANZI), venendo a configurarsi come un obbligo di mezzi (BARRAL, DIKIGOROPOULOU, MONTINI).

Nello sforzo di definire lo *status* giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale, la dottrina ha enucleato i suoi contenuti a partire dal 2002, grazie alla *Dichiarazione di Nuova Delhi* dell'ILA, come integrata dai successivi dieci *Sofia Guiding Statements* del 2012, con l'individuazione di sette principi: uso sostenibile delle risorse naturali, equità intra- e inter-generazionale, responsabilità comuni ma differenziate, precauzione, partecipazione, buon governo, integrazione. Essi forniscono un contenuto di misure che ci si può aspettare vengano adempiute, come obbligazione di *best effort*, dagli Stati come parte dei loro sforzi per facilitare il progresso verso lo sviluppo sostenibile. Tale contributo definitivo al contenuto dello sviluppo sostenibile risulterà prezioso nei prossimi Capitoli, per capire in che modo esso abbia fatto breccia e come sia stato finora declinato nel *treaty-law* e nel *case-law* dei lodi arbitrari nel diritto internazionale degli investimenti.

Capitolo 3. Lo sviluppo sostenibile nel *treaty-law* tra tutela dell'investitore e prerogative statali

Gli investimenti diretti esteri (IDE, o *Foreign Direct Investment*-FDI) hanno conosciuto un rapido aumento con la globalizzazione dei mercati e rappresentano un'importante forma di sviluppo per gli *Host States*, gli Stati che ospitano l'investimento, aprendo nuove opportunità e sfide per il perseguimento dello sviluppo sostenibile, specie per i paesi in via di sviluppo.²⁷⁹ Prima della pandemia COVID-19, che ha causato una forte contrazione degli FDI (-40% rispetto al 2019, portandoli sotto quota 1 trilione USD),²⁸⁰ il *World Investment Report 2019* dell'UNCTAD notava che, se dal 2016 essi andavano diminuendo a livello globale (-13% nel 2018), quelli diretti verso i paesi in via di sviluppo erano in costante aumento (+11% verso l'Africa, +4% in Asia nel 2018).²⁸¹ Col tempo, allo scopo di attrarre gli investitori stranieri,²⁸² è cresciuta la rete di trattati per la

²⁷⁹ Si veda il punto n.14 della *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*-WSSD del 2002: “*The rapid integration of markets, mobility of capital and significant increases in investment flows around the world have opened new challenges and opportunities for the pursuit of sustainable development. But the benefits and costs of globalization are unevenly distributed, with developing countries facing special difficulties in meeting this challenge*”.

²⁸⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2020*, Key Messages, p. X.

²⁸¹ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, Key Messages, p. IX.

²⁸² POHL, *Societal benefits and costs of International Investment Agreements: A critical review of aspects and available empirical evidence*, OECD Working Papers on International Investment No. 2018/01. Lo studio condotto dall'Autore dimostra come sia difficile provare il nesso causale tra IIAs ed effettivo aumento dei FDI. Nello stesso senso NEWCOMBE, *Sustainable Development and Investment Treaty Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 357(8), Brill-Nijhoff, Leiden, 2007, cfr. p. 372 dove l'Autore, a conferma di tale discussa relazione, porta il caso del Brasile, che pur non avendo ratificato alcun BIT né la Convenzione ICSID, è stato nel 2005 il principale destinatario di FDI nel Sud America: “[...] *the existence of a causal relationship and*

promozione e protezione degli investimenti: il primo BIT-*Bilateral Investment Treaty* risale al 1959 (venne concluso tra Germania e Pakistan) e nel giro di sessanta anni il numero degli IIAs-*International Investment Agreements* ha raggiunto i 3284 attualmente in vigore.²⁸³ Al contempo, si sono accresciute le forme di protezione accordate agli investitori grazie alla Convenzione ICSID (v. *infra*), ma sono anche emerse criticità nel sistema di protezione degli investimenti e nei meccanismi da esso previsti per la risoluzione delle controversie tra investitori e *Host States* (*Investor-State Dispute Settlement*, ISDS). Il presente Capitolo analizza come si siano affermate nei più recenti trattati nuove regole tese a bilanciare i rapporti tra investitori e *Host States*. Promuovere e attrarre investimenti stranieri rimane una priorità per lo sviluppo, ma vi è una crescente consapevolezza²⁸⁴ di iscriverli all'interno di una cornice di sostenibilità, dal momento che “[t]here is an increasing understanding that investment promotion and protection should not be an end in itself, but should be a means to advancing the Sustainable Development Goals (SDGs)”.²⁸⁵ In modo analogo, SAUVANT nota che “[p]romoting sustainable FDI is particularly important, considering that the UN’s sustainable development goals (SDGs) have become the lodestar of international economic policy”.²⁸⁶ In particolare, si esaminerà come la

the strength of that relationship remain disputed. For example, despite the fact that Brazil has ratified neither a BIT nor the ICSID Convention, it was the largest recipient of FDI in South America in 2005. Nevertheless, even if empirical evidence of a causal relationship is inconclusive, there remains strong competitive pressure for developing states to enter into IIAs, thereby signalling to foreign investors that the state has an enabling environment for foreign investment”.

²⁸³ UNCTAD, *World Investment Report 2020*, Key Messages, p. XII.

²⁸⁴ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, cfr. Executive Summary, cfr. p. 3: “[m]obilizing investment and ensuring that it contributes to sustainable development is a priority for all countries. A new generation of investment policies is emerging, pursuing a broader and more intricate development policy agenda, while building or maintaining a generally favourable investment climate”.

²⁸⁵ MOROSINI, PERRONE, SANCHEZ-BADIN, *Strengthening multi-stakeholder cooperation in the international investment regime: the Brazilian model*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 263 del 21 ottobre 2019, ove gli Autori notano a p. 1 che “[t]here is an increasing understanding that investment promotion and protection should not be an end in itself, but should be a means to advancing the Sustainable Development Goals (SDGs). The question is how the international investment regime can better serve this ultimate purpose”.

²⁸⁶ SAUVANT, *Promoting sustainable FDI through international investment agreements*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 251 del 6 maggio 2019, p. 1.

modernizzazione delle regole nel diritto internazionale degli investimenti passi sempre più attraverso un duplice impegno, da un lato consistente nel negoziare nuovi IIAs caratterizzati dall'espressa previsione dello sviluppo sostenibile e da clausole di sostenibilità, dall'altro attraverso puntuali innovazioni procedurali ai meccanismi ISDS, tese a renderli più trasparenti e partecipativi. A tale analisi verrà premessa una breve indagine dell'apporto fornito dal diritto del commercio internazionale per il perseguimento dello sviluppo sostenibile, in quanto le soluzioni elaborate a favore dei *non-trade values* hanno spesso ispirato, all'insegna della *cross-fertilization*, utili rimedi anche nel diritto internazionale degli investimenti.²⁸⁷

3.1 I *non-trade values* nel WTO

Nel 1994 con l'Accordo di Marrakesh veniva creata l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, in inglese WTO) con sede a Ginevra.²⁸⁸ Il Trattato istitutivo del WTO fa emergere una concezione valoriale del commercio internazionale che non deve essere solo libero, ma anche giusto,²⁸⁹ ispirato a valori superiori che richiamano una visione tomistica del diritto.²⁹⁰ La

²⁸⁷ WU, *The Scope and Limits of Trade's Influence in Shaping the Evolving International Investment Regime*, in Z. DOUGLAS et al. (eds.), *The Foundations of International Investment Law*, OUP, 2014, pp. 169-209.

²⁸⁸ *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, concluso il 15 aprile 1994, in vigore dal 1 gennaio 1995, 1867 U.N.T.S. 154, 33 I.L.M. 1144.

²⁸⁹ PAUWELYN, *How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, in *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, CUP, 2009, in cui l'Autore ritiene che “[t]he main challenge is to marry trade and non-trade rules, or economic and non-economic objectives, at the international level”.

²⁹⁰ Nella *Summa Theologiae* (Parte Seconda, I-II, Q. 90), San Tommaso d'Aquino (1225-1274) definisce la legge come un ordinamento della ragione con l'obiettivo del bene comune (“*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*”) rendendo tali valori degli elementi essenziali, inerenti alla legge stessa. Il libero commercio dovrebbe inoltre servire a promuovere la pace. Questo è l'insegnamento di MONTESQUIEU ne “*Lo spirito delle leggi*” del 1750: “*la pace è l'effetto naturale del commercio perché due nazioni che commerciano diventano reciprocamente dipendenti*”. Ne è un esempio la *Dichiarazione Schuman*, rilasciata dal Ministro degli Esteri francese SCHUMAN (9 maggio 1950), con cui si proponeva di mettere la produzione franco-tedesca di carbone e acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione aperta ad altri Stati europei. L'apertura dei mercati e la solidarietà di produzione erano il mezzo verso il fine dell'interdipendenza economica e di stabili relazioni politiche, a salvaguardia della pace in Europa.

liberalizzazione del commercio internazionale deve tendere all'obiettivo di migliorare gli *standards of living* dei popoli, in conformità ai *non-trade values* indicati nel preambolo stesso: assicurare la piena occupazione, la protezione dell'ambiente, l'uso ottimale delle risorse del pianeta e "*the objective of sustainable development*".²⁹¹ Tale inclusione preambolare rivela la scelta degli Stati parte -una *membership* quasi universale di 164 Paesi, oltre all'Unione europea- di un modello di sviluppo economico sostenibile.²⁹²

L'importanza del commercio internazionale per lo sviluppo sostenibile era stata già affermata nel principio n. 12 di Rio ("*States should co-operate to promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and sustainable development in all countries, [...]*"), nell'Agenda 21 al Cap. 2 par. 2.3 lettera a) ("*promoting sustainable development through trade liberalization*") ed in seguito nel JPOI del 2002 ²⁹³ e nel documento finale *The future we want* di Rio+20.²⁹⁴ L'Agenda ONU 2030 cita il WTO al par. 68

²⁹¹ Cfr. preambolo: "*Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development*".

²⁹² BARONCINI, *The applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol in the Appellate Body Report of the China-Raw Materials case: suggestions for a different interpretative approach*, in *China-EU Law Journal*, 1:1-34, ed. Springer, 2013, p. 23: "[t]he attention devoted by the WTO Preamble to environmental protection and the optimal use of natural resources, together with the explicit acknowledgement of the principle of sustainable development evidently reveal that the signatories of the multilateral trade agreements chose a model of economic development capable of being sustainable, i.e. constantly conjugated with the respect of the environment and social progress".

²⁹³ Cfr. par. 47(a): "*Continue to promote open, equitable, rules-based, predictable and non-discriminatory multilateral trading and financial systems that benefit all countries in the pursuit of sustainable development*" e par. 90: "*Recognizing the major role that trade can play in achieving sustainable development and in eradicating poverty, we encourage members of the World Trade Organization (WTO) to pursue the work [...]*".

²⁹⁴ Cfr. par. 281 ("*We reaffirm that international trade is an engine for development and sustained economic growth, and also reaffirm the critical role that a universal, rules-based, open, non-discriminatory and equitable multilateral trading system, as well as meaningful trade liberalization, can play in stimulating economic growth and development worldwide, thereby benefiting all countries at all stages of development as they advance towards sustainable development [...]*"). Fanno inoltre espreso riferimento al WTO i parr. 78, 142, 173, 282.

("International trade is an engine for inclusive economic growth and poverty reduction, and contributes to the promotion of sustainable development. We will continue to promote a universal, rules-based, open, transparent, predictable, inclusive, non-discriminatory and equitable multilateral trading system under the World Trade Organization [...]") ed in quattro *targets* (10.a, 14.6, 17.10, 17.12).²⁹⁵

Il trattato del WTO ammette inoltre alcune eccezioni di natura generale al commercio internazionale, elencate all'art. XX GATT 1994.²⁹⁶ Tali eccezioni sono espressione di un bilanciamento di interessi -operando in modo analogo allo *State's right to regulate*-²⁹⁷ tale da giustificare, a determinate condizioni, misure restrittive degli scambi. L'art. XX tutela alcuni interessi, tassativamente indicati e relativi a politiche pubbliche statali, in favore dei *non-trade values*.²⁹⁸ Pur presentati come eccezioni alla regola, essi sono espressione di valori sovraordinati a quelli mercantilistici del libero scambio. In tal senso, qualche Autore s'interroga

²⁹⁵ Il sito web del WTO (https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/sdgs_e/sdgs_e.htm) richiama l'impegno per nove SDGs: SDG1 (ridurre la povertà), SDG 2 (*zero hunger*), SDG 3 (salute: accesso a medicinali e vaccini a prezzi accessibili, cfr. *target* 3.b), SDG 5 (uguaglianza di genere), SDG 8 (lavoro dignitoso), SDG 9 (industrie e infrastrutture), SDG10 (ridurre le diseguglianze coi paesi più poveri); SDG 14 (vita nei mari, eliminando i sussidi a certe forme di pesca non sostenibile), SDG 17 (*Partnerships for the Goals*). Ogni anno il WTO presenta all'HLPF a New York un rapporto sull'adempimento di alcuni *trade-specific targets* da parte dell'Organizzazione, cfr. *WTO Contribution to the 2020 High Level Political Forum*, https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/sdgs_e/wtoachsdgs_e.htm.

²⁹⁶ *General Agreement on Tariffs and Trade*, firmato il 30 ottobre 1947; 55 U.N.T.S. 194; 61 Stat. pt. 5; TIAS 1700. Inizialmente, il GATT doveva far parte della c.d. *Havana Charter* per la creazione di una organizzazione internazionale del commercio (c.d. *ITO-International Trade Organization*). Dal 1 gennaio 1948 entrò in vigore attraverso un Protocollo di applicazione provvisoria ex art. 25 CVDT, ma poiché l'ITO non venne mai ad esistenza, il GATT è rimasto vigente fino al 1994, quando le sue disposizioni sono state incorporate nell'Accordo di Marrakesh, nell'Allegato 1A. Per una disanima storica, STOLL, *World Trade Organization (WTO)*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, OUP, 2015.

²⁹⁷ HUSH, *Where no man has gone before: the Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43:1, L.93, 2018, p. 133: "[l]ike the right to regulate and GATT Article XX, sustainable development involves balancing different interests".

²⁹⁸ "Article XX. General Exceptions. [...] nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) necessary to protect public morals; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; [...] (e) relating to the products of prison labour; [...] (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption; [...]"

se l'art. XX non sia una vera e propria porta d'accesso alla tutela dei diritti umani (“*a back door for human rights*”)²⁹⁹ e più in generale allo sviluppo sostenibile.³⁰⁰ L'art. XX contiene infatti una lista di valori che, benché invocabili in via di eccezione, emergono come superiori a quelli commerciali, vista la perentorietà del linguaggio usato nell'introdurli (“*nothing in this Agreement shall...prevent the adoption*”). L'art. XX permette agli Stati di difendere il proprio *right to regulate*, il diritto di legiferare con misure di natura generale, a tutela della vita e della salute (art. XX lettera b), delle risorse naturali e dell'ambiente (art. XX lettera g).

Ne sono spesso seguite in tali materie controversie inter-statali sottoposte al meccanismo di risoluzione delle controversie del WTO, dotato di un doppio grado di giudizio (decisioni o *reports* adottati in primo grado dai *panels*, costituiti volta per volta, e ricorribili dinnanzi all'Organo d'appello permanente, *Appellate Body*, composto da sette membri, per i soli profili di legittimità e non di merito).³⁰¹ L'inclusione dello sviluppo sostenibile tra gli obiettivi preambolari ne fa un parametro invocabile per la soluzione delle *trade disputes* nel WTO, tra obiettivi di commercio e valori non economici, usando come specificazione del

²⁹⁹ ERES, *The Limits of GATT Article XX: a Back Door for Human Rights?* in *Georgetown Journal of International Law*, 2004. Ancora più ampia è la portata dell'eccezione di pubblica sicurezza dell'art. XXI GATT, quasi una “*self-judging clause*” dal momento che è lo stesso Stato che la invoca a deciderne portata e contenuto, in quelli che esso consideri suoi “*essential interests*”.

³⁰⁰ BARONCINI, *Organo d'appello dell'OMC e non-trade values*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, a cura di M.A. LUPOI, San Giustino (PG), Revelino ed., 2019, pp. 175-208. SCHURMANS, *Sustainable development is emerging as a core tenet of WTO case law. To what extent has it helped enshrine this as a legal concept?* in *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 24(2), 2015.

³⁰¹ RONZITTI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2016, pp. 309-313. Sul funzionamento del sistema di risoluzione delle liti nel WTO, vedasi anche SACERDOTI, *The WTO Dispute Settlement System*, in ELSIG M., HOEKMAN B., PAUWELYN J. (eds.), *Assessing the World Trade Organization: fit for Purpose?*, Cambridge, CUP, 2017, pp. 147-174. MCRAE, *The WTO Appellate Body: a Model for an ICSID Appeals Facility?* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1(2), 2010, pp. 371-387. HOWSE, ESSERMAN, *The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism*, in SACERDOTI G., YANOVICH A., BOHANES J. (eds.), *The WTO at Ten: the Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, CUP, 2006, Cap. 5.

suo contenuto i sette elementi costitutivi individuati dalla Dichiarazione di New Delhi dell'ILA.³⁰²

Nel caso *China-Raw Materials*, l'Organo d'appello nota come gli Stati membri abbiano voluto un equilibrio tra “*trade and non-trade-related concerns*” che il Trattato WTO deve riflettere nella sua interezza (*as a whole*), suggerendone un'interpretazione integrata: “[*t*]he preamble of the WTO Agreement lists various objectives [...]. Based on this language, we understand the WTO Agreement, as a whole, to reflect the balance struck by WTO Members between trade and non-trade-related concerns”.³⁰³

In particolare, le decisioni dell'Organo d'appello hanno attirato l'attenzione dell'opinione pubblica su temi strettamente connessi allo sviluppo sostenibile, tra protezione dell'ambiente e ragioni dello sviluppo economico-commerciale.³⁰⁴ Per rendersi conto dell'assetto valoriale sotteso a tali dispute, basterà leggere questi passi della decisione dell'Organo d'appello nel caso *Brazil-Retreaded Tyres* del 2007, generato dal divieto brasiliano di importare pneumatici ritrattati dall'UE, in quanto vettori di malattie ed inquinanti per l'ambiente a causa del loro difficile smaltimento: “*few interests are more 'vital' and 'important' than protecting human beings from health risks, and that protecting the environment is no less important*” (par. 144); “[*i*]t [the Panel] found that risks of dengue fever and

³⁰² GEHRING, CORDONIER SEGGER, *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, 2005, cfr. p. 185, in cui tali Autori lo intendono alla stregua di un concetto interstiziale, secondo la teoria del Lowe: “[...] the objective of sustainable development has specific consequences for adjudicators in WTO and other trade dispute settlement bodies, when they seek to interpret trade law in cases where trade, environment and social norms intersect. Where overlaps or even conflicts between economic, social and environmental rules and regimes are possible, treaties increasingly refer to the 'sustainable development objective' as the concept that guides their decision at the interstices of the regimes. This concept can be further developed, in world trade law, and applied where appropriate in each context. Principles of sustainable development law, including the principle of integration; sustainable use of natural resources; and equity and poverty eradication; and as well as precaution; public participation, access to information and justice; good governance; and common but differentiated responsibilities, might eventually play a role in the resolution of trade disputes”.

³⁰³ APPELLATE BODY REPORT, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, 22 febbraio 2012, par. 306.

³⁰⁴ ALA'I, *Free trade or sustainable development? An analysis of the WTO Appellate body's shift to a more balanced approach to trade liberalization*, in *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999.

malaria arise from the accumulation of waste tyres and that the objective of protecting human life and health against such diseases 'is both vital and important in the highest degree'. The Panel noted that the objective of the Import Ban also relates to the protection of the environment, a value that it considered - correctly, in our view- important” (par. 179).

La questione sollevata dal bando delle importazioni illustra bene *“the tensions that may exist between, on the one hand, international trade and, on the other hand, public health and environmental concerns”*.³⁰⁵

Come nota BARONCINI: *“[p]ur non mancando reports o parti di reports non privi di criticità, in generale è considerevole l’apporto dato dalla giurisprudenza d’appello all’affermazione del modello di sviluppo economico sostenibile che rappresenta il fine del sistema multilaterale, come chiaramente indicato dal Preambolo dell’Accordo istitutivo dell’OMC, e più in generale, dalla struttura stessa degli accordi di Marrakech, caratterizzati dal costante binomio tra regole di liberalizzazione degli scambi ed eccezioni alle stesse per tutelare i valori non commerciali”*.³⁰⁶ L’Autore chiarisce, attraverso una serie di esempi tratti dal *case-law* dell’Organo d’appello, come *“l’interpretazione di ogni regola OMC debba sempre essere in armonia con l’obiettivo dello sviluppo sostenibile”* e conclude notando che *“[m]assima è, quindi, l’apertura dell’Organo d’appello ai valori non commerciali”*.³⁰⁷

Va notato che nel 2018 alcune soluzioni, sostanziali e processuali, proprie dell’Accordo di Marrakesh, sono state adottate dall’Accordo di Libero Scambio

³⁰⁵ APPELLATE BODY REPORT, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R del 17 dicembre 2007, cfr. par. 210: *“At this stage, it may be useful to recapitulate our views on the issue of whether the Import Ban is necessary within the meaning of Article XX(b) of the GATT 1994. This issue illustrates the tensions that may exist between, on the one hand, international trade and, on the other hand, public health and environmental concerns arising from the handling of waste generated by a product at the end of its useful life”*.

³⁰⁶ BARONCINI, *Il funzionamento dell’Organo d’Appello dell’OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, Bonomo ed., 2018, pp. 46-48.

³⁰⁷ BARONCINI, *ibid.*, pp. 48-52. Così, *ex multis*, per mezzo dell’eccezione di cui all’art. XX lett. g) del GATT 1994, la nozione di *“exhaustible natural resources”* è stata interpretata in senso estensivo, includendo le risorse naturali viventi nel già citato caso *US-Shrimp* (parr. 130-131).

dell'Africa continentale (AFCFTA, *African Continental Free Trade Area*).³⁰⁸ L'Accordo prevede la liberalizzazione del commercio tra i 55 Stati che compongono l'Unione Africana (un potenziale mercato di 1,2 miliardi di persone), secondo le aspirazioni del punto n. 24 dell'Agenda 2063-*The Africa we want* dell'UA per un mercato continentale basato sulla libera circolazione di persone, capitali, beni e servizi. L'accordo AFCFTA copre anche gli investimenti ed altri ambiti ("*[t]his Agreement shall cover trade in goods, trade in services, investment, intellectual property rights and competition policy*", art. 6) e per ciascuno di essi è prevista l'adozione di un Protocollo *ad hoc*, che va a costituire parte integrante ed indissolubile dell'AFCFTA, secondo l'approccio -anch'esso proprio del WTO- del *single undertaking* (art. 8 commi 1, 2). L'Accordo ingloba i primi tre Protocolli (*trade in goods, trade in services, dispute settlement*), mentre quelli relativi ai restanti ambiti verranno adottati in successive fasi negoziali.

Il Protocollo sul *dispute settlement* nasce già allegato all'Accordo (*Protocol on Rules and Procedures on the Settlement of Disputes*) e prevede un sistema di risoluzione delle controversie "*transparent, accountable, fair, predictable*" (art. 2), relativo alle liti tra gli Stati parte (art. 3) e formato da un *Dispute Settlement Body*-DSB (art. 5), dai *Panel* e da un Organo d'appello permanente per un controllo limitato alla legittimità (art. 21 comma 3: "*[a]n appeal shall be limited to issues of law covered in the Panel report and legal interpretations developed by the Panel*"). I *non-trade values* sono tutelati nel preambolo dell'AFCFTA attraverso la previsione dello *State's right to regulate* ("*[r]eaffirming the right of State Parties to regulate within their territories and the State Parties' flexibility to achieve legitimate policy objectives in areas including public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity*"). Inoltre, in analogia con l'art. XX GATT 1994,

³⁰⁸ *Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area*, firmato a Kigali il 21 marzo 2018, in vigore dal 30 maggio 2019. E' stato in parallelo attivato dall'UA l'apposito portale ATO (*African Trade Observatory*, <https://ato.africa/en/>) in collaborazione con l'*International Trade Center* (ITC) di Ginevra, per raccogliere informazioni sui flussi commerciali intra-africani e sull'evoluzione delle condizioni di mercato nel continente.

un'apposita clausola di eccezioni generali è prevista nei due Protocolli sul commercio di beni e servizi (rispettivamente agli artt. 26 e 15), per proteggere “*human, animal or plant life or health*” e, nel Protocollo sui servizi, anche per prevenire pratiche ingannevoli e fraudolente, all'art. 15 (c)(i) (“*the prevention of deceptive and fraudulent practices*”).

Lo sviluppo sostenibile non figura, a differenza dell'Accordo di Marrakesh, nel preambolo dell'AFCFTA, ma viene citato nel preambolo del Protocollo sul commercio dei servizi, come declinazione dello *State's right to regulate* per soddisfare “*legitimate national policy objectives*”.³⁰⁹ Lo sviluppo sostenibile figura, inoltre, tra gli obiettivi del citato Protocollo, all'art. 3(2)(b), specificando che la sua promozione avviene in conformità con gli SDGs: “[*t*]he specific objectives of this Protocol are to: [...] (b) promote sustainable development in accordance with the Sustainable Development Goals (SDGs)”.

Nel 2020, la Cina ed i Paesi dell'area del Sud-est asiatico hanno firmato il RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*), un FTA volto alla liberalizzazione del commercio che ingloba alcune soluzioni dell'Accordo di Marrakesh, richiamato nel preambolo (“[*b*]uilding upon their respective rights and obligations under the Marrakesh Agreement [...]”), ma che contiene anche un apposito Capitolo, il n.10, dedicato agli investimenti.³¹⁰ Il

³⁰⁹ Cfr. il preambolo del Protocollo: “*Recognising the right of State Parties to regulate in pursuit of national policy objectives, and to introduce new regulations, on the supply of services, within their territories, in order to meet legitimate national policy objectives, including competitiveness, consumer protection and overall sustainable development with respect to the degree of the development of services regulations in different countries, the particular need for State Parties to exercise this right, without compromising consumer protection, environmental protection and overall sustainable development*”). L'importanza di “*fully preserve*” il *right to regulate* statale viene inoltre ribadita all'art. 3(2)(g) e all'art. 8 del predetto Protocollo.

³¹⁰ RCEP, *Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*, firmato il 15 novembre 2020 al 37mo Summit dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi ASEAN, tra i 10 Paesi dell'ASEAN (*Association of South East Asian Nations*, che comprende Birmania, Brunei, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malaysia, Singapore, Thailandia, Vietnam) e Cina, Giappone, Corea del Sud, Australia, Nuova Zelanda. I 15 paesi firmatari rappresentano circa il 30% del PIL mondiale ed un mercato di 2,2 miliardi di persone (un terzo della popolazione mondiale). L'accordo include, oltre a misure di natura commerciale, anche disposizioni per le piccole e medie imprese, l'e-commerce, proprietà intellettuale e cooperazione tecnica.

preambolo riconosce lo sviluppo sostenibile e garantisce lo *State's right to regulate* (“[r]eaffirming the right of each Party to regulate in pursuit of legitimate public welfare objectives; Recognising that the three pillars of sustainable development are interdependent and mutually reinforcing, and that economic partnership can play an important role in promoting sustainable development”). L’art. 17.12 garantisce inoltre lo *State's right to regulate* per mezzo di eccezioni generali, inglobando l’art. XX GATT 1994.³¹¹

3.2 Aspetti procedurali e sostanziali degli IIAs

Gli strumenti utilizzati a livello internazionale per promuovere e proteggere gli investimenti prendono la forma di Trattati che possono essere bilaterali, in quanto conclusi tra lo Stato di cittadinanza dell’investitore straniero (*Home State*) e l’*Host State* oppure multilaterali, caratterizzati per ambito geografico (è il caso dell’ACIA-ASEAN *Comprehensive Investment Agreement*, trattato regionale tra i Paesi del Sud-est asiatico³¹²) o per materia (come l’ECT, *Energy Charter Treaty*, dedicato agli investimenti energetici) o anche accordi commerciali, bilaterali o regionali (*Free Trade Agreements*, FTAs) contenenti un capitolo specifico dedicato agli investimenti. È questo il caso del CETA tra UE e Canada,³¹³ che combina la protezione del commercio e degli investimenti in un unico accordo, dedicando agli investimenti il Capitolo 8. In generale, si fa riferimento all’insieme di tali accordi col termine di IIAs o IITs (*International Investment Treaties*).³¹⁴ Il

³¹¹ Il RCEP contiene inoltre un sistema di *dispute settlement* interstatale, regolato al Capitolo 19 con la previsione di *panels* (art. 19.8), che emanano un *report* finale vincolante (art. 19.15). In caso di inadempimento o di contestazione delle misure di *compliance* contenute nel rapporto, non è previsto un Organo d’appello permanente, ma è possibile chiedere la riconvocazione di un nuovo *panel* (*Compliance Review Panel*, art. 19.16), da nominare volta per volta.

³¹² *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA), firmato il 26 febbraio 2009, in vigore dal 29 marzo 2012.

³¹³ *Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada* (CETA), Bruxelles, 30 ottobre 2016; provvisoriamente in vigore dal 21 settembre 2017, G.U.C.E. L11/23 del 14 gennaio 2017.

³¹⁴ Per una disanima storica, vedasi SABAHI, LAIRD, GISMONDI, *International investment law and arbitration: history, modern practice, and future prospects*, Brill, 2018; MILES, *The Origins of*

diritto internazionale degli investimenti risulta quindi composto da un quadro frammentato di fonti pattizie che impongono in capo agli *Host States* obblighi di tutela degli investitori stranieri e dei loro investimenti. Tali obblighi recepiscono le due regole vigenti nel diritto internazionale consuetudinario, che vanno sotto il nome di FET (*Fair and Equitable Treatment*), obbligo di trattamento giusto ed equo, che vieta comportamenti arbitrari e discriminatori contro gli investitori stranieri³¹⁵ ed il FPS (*Full Protection and Security*) come obbligo di fornire misure ragionevoli ed adeguate alla protezione fisica e giuridica dell'investimento straniero.³¹⁶ FET e FPS delineano il c.d. *international minimum standard*, standard minimo di trattamento che l'*Host State* è tenuto a garantire alle persone e ai beni degli investitori stranieri, ed in tal modo gli IIAs vengono a costituire per questi ultimi una specie di “rete di protezione”³¹⁷ che impedisce all'*Host State* di scendere al di sotto degli standard minimi richiesti.

Un esempio della formulazione delle clausole FET e FPS si rinviene nell'USMCA (*United States-Mexico-Canada Agreement*), firmato il 30 novembre 2018 ed in vigore dal 1° luglio 2020 tra USA, Canada e Messico,³¹⁸ in sostituzione del NAFTA (*North American Free Trade Agreement*)³¹⁹ tra le stesse parti contraenti.

International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital, Cambridge, CUP, 2013.

³¹⁵ SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6 n. 3, Werner Publishing, Ginevra, 2005. DE LUCA, SACERDOTI, *Investment dispute settlement*, in M. KRAJEWSKI, R. T. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2019, Cap. 7, pp. 193-240; ORTINO, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value and Reasonableness*, OUP, 2019.

³¹⁶ VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2018, p. 169 che parla in proposito di “legal security”.

³¹⁷ SACERDOTI, *Investment Protection and Sustainable Development: Key Issues*, in S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, OUP, 2016, e in *Bocconi Legal Studies*, Research Paper No. 2445366, 2014, cfr. p. 5 “[t]he treaty provisions intervene only, as a guarantee, when those internal provisions and requirements fall below what the treaty requires, as a kind of “safety net”.

³¹⁸ Cfr. <https://ustr.gov/usmca>.

³¹⁹ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), concluso il 17 dicembre 1992, in vigore dal 1 gennaio 1994, 32 I.L.M. 289, 605 (1993), cfr. preambolo USMCA: “replace the 1994 North American Free Trade Agreement with a 21st Century, high standard new agreement to support mutually beneficial trade leading to freer, fairer markets, and to robust economic growth in the region;”.

L'USMCA istituisce una zona di libero scambio e dedica il Capitolo 14 agli investimenti (in analogia al Cap. 11 NAFTA), ove all'art. 14.6 (rubricato "*Minimum Standard of Treatment*") si ritrova il riferimento a tali clausole: "[e]ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".³²⁰ Un altro esempio è l'art. 10(1) del ECT, nella specifica materia degli investimenti energetici, in cui si precisa che il rispetto del FET deve essere accordato sempre ("*at all times*"): "[e]ach Contracting Party shall [...] accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security [...]".

Oltre a questo standard minimo, l'*Host State* può negli IIAs vincolarsi a tutelare ulteriormente l'investitore straniero, ad esempio con la previsione della clausola MFN (*Most Favourite Nation*), in modo che le maggiori tutele concesse ad un terzo investitore di diversa nazionalità vengano estese a tutti gli altri, ovvero con la clausola di NT (*National Treatment*) prendendo come termine di paragone il trattamento accordato agli investitori nazionali, ovvero ancora inserendo nel trattato una *umbrella clause*, elevando così ad obblighi internazionali gli impegni contrattuali assunti dall'*Host State* a favore dell'investitore.³²¹ In caso di

³²⁰ Lo stesso art. 14.6 al comma 2 precisa che "[f]or greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights". L'art. 14.6 deve essere interpretato alla luce dell'Allegato 14-A, composto dal seguente articolo: "The Parties confirm their shared understanding that 'customary international law' generally and as specifically referenced in Article 14.6 (*Minimum Standard of Treatment*) results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. The customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the investments of aliens". Lo stesso linguaggio dell'art. 14.6 USMCA è ripreso nel RCEP del 2020, all'art. 10.5.2(c) ove si precisa che il FET e FPS "do not require treatment to be accorded to covered investments in addition to or beyond that which is required under the customary international law minimum standard of treatment of aliens, and do not create additional substantive rights".

³²¹ DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., OUP, 2012; MCLACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International investment arbitration: substantive principles*, OUP, 2017.

violazione di tali standard, l'investitore maltrattato può invocare la protezione diplomatica del proprio Stato di cittadinanza (*Home State*), secondo le regole consuetudinarie sul trattamento dello straniero, da cui storicamente trae origine la disciplina della protezione degli investitori stranieri. Queste regole prevedono come requisito necessario, oltre al legame di cittadinanza, il previo esaurimento dei ricorsi interni all'*Host State* (*Exhaustion of Local Remedies*, ELR), prima di chiedere l'intervento del proprio *Home State*.³²² La protezione diplomatica non è un diritto in capo al cittadino, ma un diritto dello Stato al trattamento del proprio connazionale ed è a discrezione dell'*Home State* decidere se intervenire o meno, attraverso i propri agenti diplomatici, svolgendo passi formali nel Paese ospite.³²³ Il suo utilizzo rischia pertanto di politicizzare la vertenza, irrigidendo i percorsi e talvolta creando frizioni, a detrimento delle relazioni tra gli Stati. Per scongiurare il sorgere di tali evenienze, gli Stati cominciarono ad inserire nei BITs di seconda generazione³²⁴ una specifica clausola volta a disciplinare la soluzione delle controversie in modo diretto tra l'investitore straniero e lo Stato ospite, riconoscendo in capo all'investitore (sia esso persona fisica o giuridica) il diritto ad avvalersi di appositi meccanismi, da attivare direttamente contro l'*Host State*.

³²² DIETRICH BRAUCH, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series, January 2017, in cui l'Autore nota come "[t]he origins of the ELR rule lie in the context of customary international law, following the logic that, 'before a state may exercise diplomatic protection, the foreign national must have sought redress in the host state's domestic legal system'", cfr. pp. 2, 24. Sul requisito di ELR, vedasi il c.d. *Interhandel case (Switzerland v. USA)*, Judgment (21 marzo 1959), I.C.J. Reports 1959, p. 6, a p. 27: "is a well-established rule of customary International law"; in *Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI)*, Judgment (20 luglio 1989), I.C.J. Reports 1989, p. 15, cfr. par. 59: "it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success".

³²³ CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2015, pp. 128-130.

³²⁴ TANZI, *Introduzione al Diritto internazionale contemporaneo*, *ibid.*, secondo cui "[t]ali BITs, c.d. di seconda generazione, si caratterizzano, oltre che per un maggior livello di specificazione della normativa di protezione degli investitori stranieri, per le clausole giurisdizionali che consentono al privato straniero di citare in giudizio arbitrale direttamente lo Stato d'investimento [...]. L'ammissibilità di attivazione di arbitrati di investimento direttamente dai privati contro lo Stato di investimento permette di superare i limiti e le controindicazioni della tradizionale protezione diplomatica [...]. In effetti, uno dei vantaggi principali del sistema arbitrale contemporaneo, che conferisce il diritto d'azione direttamente al privato, consiste proprio nel depoliticizzare le controversie in materia", cfr. pp. 548-549, 558-559.

Tali meccanismi si chiamano *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, mentre il relativo arbitrato è indicato con l'acronimo *ISA-Investor-State Arbitration*. La disposizione che li contempla all'interno del trattato è chiamata clausola compromissoria o clausola ISDS.

In questo modo, da una parte l'*Host State* accorda una più efficace tutela agli investitori stranieri, che godono di un *ius eligendi*, potendo scegliere il meccanismo ISDS a loro più congeniale tra quelli previsti dalla clausola compromissoria. Dall'altra, offrendo tale ventaglio di rimedi, entrambi gli Stati contraenti, *Home* e *Host State*, “limitando la propria sovranità, consentono di poter essere convenuti in giudizi arbitrali internazionali da soggetti privati che hanno investito nel loro territorio”³²⁵ ed evitano così frizioni e potenziali crisi politiche tra loro, scongiurando il ricorso alla protezione diplomatica.³²⁶

Tale clausola compromissoria contempla varie opzioni per la composizione della controversia, direttamente attivabili dall'investitore, permettendogli di citare in giudizio arbitrale (“*to sue directly*”) l'*Host State*, senza dover più passare per il previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni.³²⁷ Come è stato ben evidenziato, “tale scelta è completamente nelle sue mani poiché lo Stato ha già dato in anticipo il suo consenso” all'arbitrato, manifestato con la previsione nel Trattato della clausola ISDS³²⁸. Si elencano di seguito, a titolo esemplificativo, le opzioni arbitrali che ricorrono più frequentemente nelle clausole ISDS:

- procedure offerte dal Centro ICSID (acronimo di “*International Centre for Settlement of Investment Disputes*”), Centro internazionale per la composizione

³²⁵ TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, tesi di Dottorato di ricerca, Ciclo XXII, Università di Padova, 2011, p. 13.

³²⁶ La protezione diplomatica potrà rivivere, sempre a discrezione dell'*Home State*, solo dopo che l'arbitrato si sia concluso e l'*Host State*, quale parte soccombente, non abbia ottemperato al lodo arbitrale. Così prevede l'art. 27 della Convenzione ICSID di Washington (“*No Contracting State shall give diplomatic protection [...] unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute*”).

³²⁷ Il previo esaurimento dei ricorsi interni, nella Convenzione ICSID diventa l'eccezione e non più la regola, dal momento che l'art. 26 lo subordina ad una espressa richiesta degli Stati: “*A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention*”.

³²⁸ TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, *ibid.*, p. 122.

- delle controversie relative agli investimenti) per gli Stati parte della Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati del 1965 (*Convenzione di Washington o Convenzione ICSID*)³²⁹ ovvero facendo ricorso alle *Additional Facility Rules* stabilite nel 1978 dall'ICSID per gli Stati non-parte alla predetta Convenzione;
- regole arbitrali dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), adottate nel 1976;³³⁰
 - regole facoltative (“*Optional rules*”) della CPA (*Corte Permanente di Arbitrato*, o in inglese PCA- *Permanent Court of Justice*);³³¹
 - procedure offerte dalla Corte internazionale di arbitrato dell'ICC (*International Chamber of Commerce*);³³²
 - l'*Arbitration Institute* della Camera di Commercio di Stoccolma (*Stockholm Chamber of Commerce, SCC*).³³³

La procedura solitamente più seguita è quella dell'arbitrato presso il centro ICSID, organo della Banca Mondiale con sede a Washington³³⁴, attivabile a condizione che lo Stato di cittadinanza dell'investitore e l'*Host State* siano entrambi parti contraenti della Convenzione di Washington del 1965, ratificata ad oggi da 155 Stati.³³⁵

³²⁹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, adottata a Washington il 18 marzo 1965, in vigore dal 14 ottobre 1966, 575 U.N.T.S. 159. Per un commento sulla Convenzione, vedasi SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH, SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 2009.

³³⁰ La Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) promuove la progressiva armonizzazione ed uniformazione delle norme sul commercio internazionale, cfr. <https://uncitral.un.org/>.

³³¹ Si tratta delle “*Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of which only one is a State*”, adottate nel 1993.

³³² Cfr. sito web <https://iccwbo.org/>.

³³³ Cfr. sito web <https://sccinstitute.com/>.

³³⁴ Oltre all'ICSID, gli altri organi del Gruppo Banca Mondiale sono: IBRD (*International Bank for Reconstruction and Development*), IDA (*International Development Association*), IFC (*International Finance Corporation*) e MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*).

³³⁵ Cfr. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>. Bolivia, Ecuador e Venezuela hanno denunciato la Convenzione ICSID di Washington e non ne sono più membri. Ne è preclusa l'adesione da parte di organizzazioni internazionali (art. 67: “*This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank*”).

Essa viene, ad esempio, richiamata dalla clausola ISDS prevista nell'ECT all'art. 26, in forza del quale l'investitore straniero, decorsi infruttuosamente tre mesi dal tentativo di soluzione bonaria della controversia, può attivare a sua scelta contro *l'Host State* un arbitrato presso l'ICSID oppure presso l'*Arbitration Institute* della Camera di Commercio di Stoccolma, o avvalersi di un tribunale arbitrale *ad hoc* che applichi le *Arbitration Rules* dell'UNCITRAL. Per attivare tale clausola, è necessario che sia lo Stato di cittadinanza dell'investitore (*Home State*) che *l'Host State* siano parti dell'ECT.

Il collegio giudicante è composto da tre arbitri privati (*tres faciunt collegium*), scelti dalle parti stesse,³³⁶ che renderanno una decisione (*lodo arbitrale*) inappellabile³³⁷, definitiva e vincolante.³³⁸ Gli arbitri non sono tenuti ad attenersi ai lodi precedenti nel decidere il caso, non esistendo nel diritto internazionale l'obbligo di *stare decisis*.³³⁹

Tali connotati essenziali dell'arbitrato (parti, arbitri, lodo) risalgono al diritto romano ed un esempio di lodo arbitrale del I-II secolo D.C. è giunto, seppure

³³⁶ EBERHARDT, OLIVET, *Arbitrators' Role in the Recent Investment Arbitration Boom*, International Institute for Sustainable Development (IISD) website, 25 marzo 2013, in cui gli Autori stigmatizzano l'*élite* autoreferenziale prodotta dal sistema arbitrale ("However, we found evidence that arbitrators, particularly an elite group of them, bear considerable responsibility for promoting and perpetuating an ever-expanding investment regime that grants investors favourable treatment while generating lucrative business for the arbitrators themselves").

³³⁷ Cfr. l'art. 53 della Convenzione ICSID ("The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention") e l'art. 52 che ammette una richiesta di annullamento del lodo, limitata a cinque casi tassativi.

³³⁸ Il regime di riconoscimento ed esecuzione del lodo è delineato a gli artt. 53-55 della Convenzione ICSID: esso prevede che il lodo sia definitivo e vincolante, con valore equivalente ad un giudicato nazionale (*res iudicata*). Le parti sono obbligate a riconoscerlo e a darne esecuzione come fosse una sentenza definitiva del proprio ordinamento interno, non potendolo impugnare né a livello interno né innanzi ad istanze internazionali. Diversamente, per il lodo emesso secondo le *Additional facility Rules ICSID* (quando uno dei due Stati della controversia non è parte della Convenzione di Washington), non si applica il regime sopra delineato, ma si fa riferimento alla Convenzione ONU di New York del 1958 sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali, a condizione che i Paesi in cui si è svolto il procedimento arbitrale ne siano parti contraenti (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 10 giugno 1958; in vigore dal 7 giugno 1959, U.N.T.S. vol. 330, No. 4739, cfr. artt. 3, 5).

³³⁹ Tuttavia, come meglio si vedrà al Capitolo V, nella pratica si è instaurato un sistema di "precedente di fatto", in cui è d'uso fare riferimento a lodi pregressi per sostenere e rafforzare il ragionamento giuridico della decisione.

incompleto, nella iscrizione di Campomarino, una stele scoperta nel 1845.³⁴⁰ In analogia alla forma di apertura dei lodi attuali, l'iscrizione reca una introduzione riassuntiva, con i nomi dell'arbitro (*arbiter ex compromisso*, oggi reso con “*Rendered by an Arbitral Tribunal composed of*”, “*Members of the Tribunal*”), delle parti (“*Claimants, Respondent*”) e loro rappresentanti (“*procuratorem*”, che corrisponde ai “*Representing the Claimants*”, “*Representing the Respondent*”). Del pari, la parte dispositiva del lodo è introdotta con una formula (“*sententiam dixit*”) che corrisponde alle seguenti nei lodi ICSID: “*The Tribunal, composed as above, makes the following Award:*”, “*Based on the foregoing, the Arbitral Tribunals have decided as follows:*”, “*For the reasons set forth above, the Tribunal has decided that*”.³⁴¹

Con l'avvento degli IIAs di seconda generazione, caratterizzati dalla presenza di una clausola compromissoria ISDS, sono aumentate le dispute *Investor-State*, raggiungendo al 1° gennaio 2020 quota 1023. Se si considera l'esito di tutti i casi conclusi e resi pubblici dal 1987 al 2019, emerge una tendenza sostanzialmente equanime, con il 37% dei casi decisi a favore degli *Host States* ed il 29% a favore degli investitori.³⁴² Ad oggi, 120 *Host States* sono stati convenuti in tali arbitrati, e benché l'istituzione dell'ICSID risalgia al 1965, per molti si tratta di una evenienza recente. È il caso dell'Italia, che vanta una rete di 102 BITs di cui si sono avvalse le imprese italiane investitrici per tutelare i propri investimenti all'estero,

³⁴⁰ LUKITS, *The Inscription of Campomarino: Private Arbitration in Roman Times*, in GEISTLINGER, ROTH (eds.), *Yearbook on International Arbitration*, Zurigo, Dike Verlag AG, Vol. II, 2012, pp. 321-337.

³⁴¹ Al di là di queste analogie formali, diversi erano gli elementi costitutivi del lodo di diritto romano, che dall'*incipit* di tale iscrizione (“*C. Helvidius Priscus arbiter ex compromisso inter Q. Tillium Eryllum procuratorem Tilli Sassi et M. Paquium Aulanium actorem municipi(i) Histoniensium utrisq(ue) praesentibus iuratus sententiam dixit in ea verba q(uae) inf(ra) s(c)ripta s(unt): [...]*”) si ricava essere tre: il *compromissum*, o accordo delle parti di voler riconoscere il lodo, impegnandosi a pagare una penale in caso di mancato adempimento (il lodo non produceva effetti se non era accompagnato dalla volontà delle parti di *pecuniam promittere*); la presenza delle parti o dei loro rappresentanti alla pronuncia orale del lodo (*utrisque praesentibus sententiam dixit*); la previa prestazione di giuramento da parte dell'arbitro (*iuratus*).

³⁴² UNCTAD, *World Investment Report 2020*, pp. 110-112. I restanti casi sono stati diversamente risolti, con i seguenti esiti: 2% conclusi né in favore dell'*Host State* né degli investitori (“*breach but no damages*”), 11% interrotti, 21% risolti per via stragiudiziale.

figurando l'Italia in 41 arbitrati dell'ICSID come *Home State*.³⁴³ È tuttavia solo nel 2014 che l'Italia veniva citata per la prima volta come *Host State* nel caso ICSID *Blusun*, concluso nel 2016 con un lodo a favore dell'Italia.³⁴⁴

3.3 La crisi percepita del sistema ISDS e modernizzazione degli IIAs

Diversi fattori hanno posto gli IIAs al centro del dibattito globale sugli equilibri appropriati da raggiungere tra gli interessi degli investitori e quelli degli *Host States*. Con l'aumento degli IIAs e dei flussi di FDI a livello mondiale, è cresciuto anche il contenzioso arbitrale *Investor-State* (“*[a] trickle of arbitration claims under these treaties has become a surging stream*”),³⁴⁵ comportando frizioni in ambiti particolarmente sensibili per l'opinione pubblica e per le politiche nazionali di governo, dalle concessioni pubbliche dei servizi di base allo sfruttamento dei giacimenti minerari.³⁴⁶ Si sono per tal via accresciute le

³⁴³ Si tratta di arbitrati attivati da investitori italiani operanti, per la maggior parte dei casi, nel campo delle costruzioni (infrastrutture ed edilizia) e nel settore energetico, contro *Host States* concentrati nel Maghreb e vicino Oriente, America Latina, Europa e Africa, cfr. banca dati ICSID: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>, mentre per i dati sui BITs conclusi vedasi <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/105/italy>.

³⁴⁴ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 dicembre 2016. La società belga lamentava la violazione da parte dell'Italia dell'art.10.1 dell'Energy Charter Treaty (“*Each Contracting Party shall [...] encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors [...]*”), sostenendo che le modifiche legislative intervenute da parte italiana in materia di rinnovabili avevano causato ingenti perdite agli investimenti fotovoltaici effettuati in Puglia, e pertanto presentò una richiesta risarcitoria di quasi 188 milioni di Euro. Il lodo arbitrale rigettò la tesi dell'investitore, riconoscendo che le modifiche legislative italiane erano giustificate da interessi pubblici legittimi e proporzionate all'interesse che intendevano tutelare.

³⁴⁵ GURRÍA, *The Growing Pains of Investment Treaties*, in P. LOVE (ed.), *Debate the Issues: Investment*, OECD Publishing, Paris, 2016, p. 54.

³⁴⁶ COTULA, *Democracy and International Investment Law*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 30, 2017, pp. 351-382. L'Autore a p. 361 nota in particolare come “[...] several factors have placed investment treaties and arbitration at the centre of global debates about appropriate balances between corporate and public interests. These factors include the ability of foreign investors to challenge public action by directly accessing international investor-state arbitration; the openly worded investment protection standards contained in many investment treaties, which delegate considerable power to the arbitral tribunals interpreting those standards; and the growing number of actual arbitrations affecting an increasingly wide range of policy areas - including taxation, industrial policy, public health, redistributive reform and environmental protection, to name but a few. In turn, these factors raise issues of democratic governance,

preoccupazioni circa il rapporto conflittuale ³⁴⁷ tra gli obblighi internazionali degli Stati per la tutela degli investimenti stranieri e l'esercizio dello *State's right to regulate*, il diritto di ogni Stato a legiferare a salvaguardia di superiori interessi nazionali (come il rispetto dei diritti umani fondamentali, il diritto alla salute dei propri cittadini, il diritto umano all'acqua potabile, la protezione dell'ambiente),³⁴⁸ qualora i primi giungano a interferire sul secondo e quindi sulle scelte politico-normative dello Stato di stabilimento dell'investimento.³⁴⁹ Per tale via, come nota COTULA, "*the international investment regime subjects democratically decided measures to legal scrutiny [...]. In effect, investor-state arbitration has come to epitomize public concerns about the relationship between the international investment regime and national democratic space*". ³⁵⁰

Il crescente ricorso all'arbitrato da parte degli investitori privati ha visto il moltiplicarsi di casi in cui veniva contestato agli *Host States* di aver adottato misure legislative o regolamentari tali da diminuire la redditività

because arbitral tribunals usually comprising three private individuals are called to review the conduct of democratically elected governments or legislatures, or of national courts, based on treaty standards that leave significant scope for discretion".

³⁴⁷ LEÓN MORETA, *The Human Rights Fundamentals of Conservation in the Context of the Extraction of Energy Resources*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2015. L'Autore osserva che "*current proceedings before the International Centre for Settlement of Investment (ICSID) show growing concerns regarding the conflicting relationship between the obligation of States arising from bilateral investment treaties and their human rights obligation regarding the private supply of water services*", cfr. p. 257.

³⁴⁸ La necessità di garantire lo *State's right to regulate* emergeva già nella *Charter of Economic Rights and Duties of States* del 1974 (Risoluzione UNGA n. 3281 del 26 luglio 1974, UN doc. A/9361), all'art. 2(2)(a): "*Each State has the right: (a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment*".

³⁴⁹ RUGGIE, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN doc. A/HRC/8/5 (7 aprile 2008), par. 34: "*Consequently, host States can find it difficult to strengthen domestic social and environmental standards, including those related to human rights, without fear of foreign investor challenge, which can take place under binding international arbitration*". Inoltre, al par. 12: "*While providing legitimate protection to foreign investors, these treaties also permit those investors to take host States to binding international arbitration, including for alleged damages resulting from implementation of legislation to improve domestic social and environmental standards - even when the legislation applies uniformly to all businesses, foreign and domestic*".

³⁵⁰ COTULA, *Democracy and International Investment Law*, *ibid.*, pp. 365, 376-377.

dell'investimento, con violazione degli obblighi di protezione assunti negli IIAs, sebbene tali provvedimenti fossero stati adottati per migliorare gli standard di vita della popolazione o per proteggere l'ambiente.³⁵¹ Così, nel caso ICSID *Foresti* del 2010, alcuni investitori stranieri in Sudafrica contestarono gli effetti della nuova legislazione *anti-apartheid* (c.d. *Black Economic Empowerment*) in quanto andava a detrimento dei propri investimenti minerari³⁵², mentre nello stesso anno la multinazionale *Philip Morris* conveniva in giudizio arbitrale l'Uruguay per aver introdotto una normativa antitabagismo che imponeva, tra l'altro, l'aumento di dimensione delle avvertenze grafiche sui pacchetti di sigarette circa la nocività del fumo.³⁵³ Nel 2012, la multinazionale svedese *Vattenfall* chiedeva un risarcimento di 4,7 miliardi di Euro alla Germania a causa della normativa che stabiliva la definitiva chiusura di tutte le centrali nucleari, a seguito delle preoccupazioni suscitate nell'opinione pubblica dal disastro di Fukushima nel 2011.³⁵⁴

Nel corso degli anni si sono inoltre moltiplicate le critiche al sistema dell'*Investor-State Arbitration* a causa di *standard* redatti negli IIAs in termini generici e vaghi, suscettibili di essere interpretati con ampi margini di discrezionalità, con conseguente ampio potere interpretativo lasciato in mano ad un collegio di tre arbitri privati, la cui decisione è inappellabile e senza strumenti

³⁵¹ GURRÍA, *The Growing Pains of Investment Treaties*, in P. LOVE (ed.), *Debate the Issues: Investment*, OECD Publishing, Paris, 2016, cfr. p. 54: "Arbitration cases can involve challenges to the actions of national parliaments and supreme courts. As Chief Justice Roberts of the US Supreme Court wrote earlier this year, 'by acquiescing to [investment] arbitration, a state permits private adjudicators to review its public policies and effectively annul the authoritative acts of its legislature, executive, and judiciary'".

³⁵² LONGO, *ICSID Tribunal, Case No. ARB(AF)/07/01 Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, Award, 4 August 2010*, in *Il Diritto Internazionale come Strumento di Risoluzione delle Controversie*, a cura di E. BARONCINI, Bononia University Press, 2018, pp. 185-192.

³⁵³ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 luglio 2016.

³⁵⁴ ZIELINSKI, *Legitimate Expectations in the Vattenfall Case: at the Heart of the Debate over ISDS*, in *Kluwer Arbitration blog*, 10 gennaio 2017. Il caso *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, è incentrato sulla lesione delle legittime aspettative dell'investitore straniero. La legge tedesca prevedeva un graduale *shutdown* dei reattori (senza fissare un limite di tempo), ma dopo l'incidente di Fukushima fu decisa la chiusura di tutte le centrali del paese, entro l'anno 2022. Tale emendamento, benché dettato da scelte di protezione della salute pubblica e dell'ambiente, contraddiceva la precedente normativa che faceva sopravvivere una minima produzione da fonte nucleare, anche attraverso le centrali operate dalla ricorrente.

per verificarne la trasparenza ed indipendenza, tanto da essere definiti alla stregua di “*secret courts*”³⁵⁵.

Va peraltro notato che già nel 2006, nel lodo ICSID *Biwater c. Tanzania*, si affermava esistere una tendenza alla trasparenza nell’arbitrato internazionale degli investimenti³⁵⁶ e che né la Convenzione ICSID, né le *ICSID Arbitration Rules* contengono un obbligo generale di riservatezza.³⁵⁷ Nel 2010 un altro tribunale arbitrale ICSID, nel caso *Foresti c. Sudafrica*, adottò -come meglio si vedrà al Cap. V- inedite ed innovative forme di partecipazione e di trasparenza del lodo. Inoltre, la Convenzione ICSID prevede all’art. 57 la possibilità per le parti di chiedere la rimozione di un membro del tribunale arbitrale per “*manifest lack*”

³⁵⁵ JUNCKER, *Setting Europe in Motion: President-elect Juncker’s Main Messages from his speech before the European Parliament*. Dichiarazione alla sessione plenaria del Parlamento europeo, Strasburgo, 22 ottobre 2014, nella quale l’allora Presidente della Commissione UE, Juncker, così definì i tribunali arbitrali: “*secret courts to have the final say in disputes between investors and States*”, cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-705_en.htm. GURRÍA, *The Growing Pains of Investment Treaties*, *ibid.*, p. 55: “*The frequently secretive nature of investment arbitration under many treaties heightens public concerns. The treaties of NAFTA countries and some other countries have instituted transparent procedures. But nearly 80% of investment treaties create procedures that fall well short of international standards for public sector transparency. This is a major weakness*”. Vedasi anche BOISSON DE CHAZOURNES, BARUTI, *Transparency in Investor-State Arbitration: an Incremental Approach*, in *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2(1), 2015, pp. 59-76; WALLACE, *International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional and State Governance*, in *Sustainable Development Law & Policy*, Vol. 12(3), American University Washington College of Law (WCL), 2012, che a p. 27 identifica le principali “*areas of concern and criticism*” rivolte all’arbitrato degli investimenti internazionali: limitati meccanismi di revisione dei lodi, limitatissima partecipazione pubblica, lodi tra loro spesso difformi per assenza di un obbligo di *stare decisis*, la questione dell’imparzialità e indipendenza degli arbitri, notando a riguardo come i “*mechanisms for choosing arbitrators has resulted in an elite and narrow coterie of persons*”.

³⁵⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID case No. ARB/05/22. Procedural Order no. 3 del 29 settembre 2006, par. 114 (“*Without doubt, there is now a marked tendency towards transparency in treaty arbitration*”). Cfr. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2015, pp. 206-207.

³⁵⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, *ibid.*, par. 121: (“*[...] there is no provision imposing a general duty of confidentiality in ICSID arbitration, whether in the ICSID Convention, any of the applicable Rules or otherwise*”) e par. 125 (“*There is no provision in the ICSID Arbitration Rules which expressly provides for the confidentiality of pleadings, documents or other information submitted by the parties during the arbitration*”). Passando in rassegna le disposizioni esistenti (parr. 122-123), il tribunale ricorda che l’art. 48(5) della Convenzione ICSID permette la pubblicazione del lodo, se vi è il consenso delle parti (“*The Centre shall not publish the award without the consent of the parties*”); che l’art. 32(2) delle Regole arbitrali ICSID ammette l’udienza pubblica, a condizione che nessuna delle parti si opponga; che l’art. 37(2) delle stesse, come emendate nel 2006, prevede l’ammissione degli *amici curiae*.

delle caratteristiche di moralità, indipendenza e competenza richieste dall'art. 14³⁵⁸ ed una analisi di tali requisiti di indipendenza ed imparzialità si rinviene nel caso *Blue Bank c. Venezuela*.³⁵⁹

La tensione tra protezione degli investitori e salvaguardia dei *non-investment values*³⁶⁰ trova un esempio nel caso dell'Argentina, quale Stato ospite dell'investimento straniero. A seguito delle privatizzazioni compiute negli anni '90 e grazie ad una estesa rete di BITs, vennero attratti investitori stranieri che si aggiudicarono la gestione di servizi pubblici essenziali quali acqua, elettricità, e gas. Tuttavia, a causa della grave crisi finanziaria che colpì il paese tra il 2001 ed il 2002, il governo di Buenos Aires fu costretto ad adottare una legislazione emergenziale per far fronte alla recessione, tra cui la svalutazione monetaria del *peso* ed il congelamento delle tariffe dei servizi pubblici di base. Tali misure incisero sulla redditività degli investimenti delle società straniere concessionarie dei servizi pubblici privatizzati. Molti investitori iniziarono procedimenti arbitrari all'ICSID contro l'esercizio di tale *right to regulate*, giustificato dall'Argentina come necessario a garantire i servizi fondamentali alla popolazione. In uno di questi, il caso *Suez*, relativo alla concessione del servizio idrico, l'Argentina si difese invocando l'obbligo di proteggere i diritti umani fondamentali, quale è il diritto umano all'acqua (“[i]n order to judge whether a treaty provision has been

³⁵⁸ Cfr. l'art. 14.1: “Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators”.

³⁵⁹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20, *Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal*, 12 novembre 2013, par. 59-61.

³⁶⁰ Un esempio di tale preoccupazione per i *non-investment values* emerse nel corso dei negoziati in sede OCSE per un *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), iniziati nel 1995 e poi abbandonati nel 1998. Il rapporto “*Relationships between the MAI and Selected Multilateral Environmental Agreements (MEAs). Revised analysis by the OECD Secretariat*” del 17 marzo 1998, esaminò relazioni ed incompatibilità tra il MAI ed i principali accordi multilaterali esistenti in materia ambientale, cfr. <https://www.oecd.org/>. Vedi anche ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: is a Multilateral Approach Desirable?*, in G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 165-193.

violated, for example the provision on fair and equitable treatment, Argentina argues that this Tribunal must take account of the context in which Argentina acted and that the human right to water informs that context").³⁶¹

Queste tensioni denotano uno sbilanciamento di posizioni tra investitori stranieri e *Host State*, che è insito negli IIAs: essi impongono obblighi in capo all'*Host State*, ma non anche in capo agli investitori stranieri, ai quali viene riservato il diritto di attivare unilateralmente i meccanismi ISDS. È fisiologica l'asimmetria del sistema ISDS che nasce *one-sided*, riservando il diritto di ricorrere solo agli investitori privati e non anche agli Stati ("*the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States*")³⁶². Per tali ragioni è stato affermato che "[b]y signing investment treaties and agreeing to arbitration, states have indeed accepted to be sued by the devil in hell".³⁶³

Quanto agli obblighi in capo allo Stato ospite, esso non potrà addurre come giustificazione al proprio inadempimento il rispetto delle leggi nazionali che comprimano gli *standard* di protezione garantiti negli IIAs, ostandovi l'art. 27 CVDT. L'*Host State* non potrebbe neppure invocare il rispetto di plurimi obblighi internazionali, derivanti da altri trattati di cui è parte. Esso è tenuto a rispettare un duplice fascio di obblighi internazionali di fonte pattizia, come tali vincolanti in base all'art. 26 CVDT: quelli nascenti dai trattati sugli investimenti (IIAs) e quelli che derivano da tutti gli altri trattati ratificati, in particolare sul rispetto e protezione dei diritti umani, quali il *Patto ONU sui diritti civili e politici* del 1966,

³⁶¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, *Decision on Liability*, 30 luglio 2010, cfr. par. 252, con cui il tribunale arbitrale accertò la responsabilità dell'Argentina per aver violato lo standard FET contenuto nei BITs conclusi nel 1991 con Francia e Spagna, *Home States* degli investitori, e per questo venne poi condannata nel lodo del 9 aprile 2015 al pagamento di circa 383 milioni USD.

³⁶² *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 dicembre 2011, par. 871.

³⁶³ EBERHARDT, OLIVET, *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012, cfr. p. 11, ove gli Autori affermano inoltre che "[t]hese cases take place before an international tribunal of arbitrators, three people who decide whether private profits or the public interest are the most important. Across the world these tribunals have granted big business millions of dollars from taxpayers' pockets - often in compensation for the alleged impact on company profits of democratically made laws that protect the environment, public health or social well-being".

che è un trattato multilaterale che conta una adesione quasi universale, con 173 ratifiche.³⁶⁴

Questo è il punto di vista espresso nel predetto caso *Suez*, che - insieme al caso *Saur* del 2012- ha tuttavia il merito di aver invertito la tendenza dell'arbitrato degli investimenti a trascurare la rilevanza dei diritti umani, senza però farne applicazione ai fini del merito della causa.³⁶⁵ Al par. 262 della decisione sulla responsabilità, si riconosce che “*Argentina’s human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs*”, salvo concludere che l’Host State poteva adempiere entrambe le obbligazioni, quelle nascenti dai BITs e quelle in materia di diritti umani (“*Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligations, and must respect both of them equally*”).³⁶⁶ In modo analogo, il caso *SAUR c. Argentina*, riconosce che il diritto umano all’acqua fa parte dei principi generali del diritto internazionale, ed è quindi fonte applicabile per decidere il caso, ma nel merito ritiene che i due obblighi in capo all’*Host State* siano tra loro compatibili e distinti, in quanto operanti su piani differenti. Pertanto, l’*Host State* deve adempiere gli obblighi sui diritti umani e allo stesso tempo risarcire l’investitore per l’esproprio patito.³⁶⁷

³⁶⁴ *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), adottato dall’Assemblea Generale ONU con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976, 999 U.N.T.S. 171.

³⁶⁵ TANZI, *International law and foreign investment in hydroelectric industry: a multidimensional analysis*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI (eds.), *Foreign Investment in the Energy sector: balancing private and public interests*, The Hague, Brill-Nijhoff, 2014, p. 72.

³⁶⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, *Decision on Liability*, 30 luglio 2010, cfr. par. 262: “*Argentina and the amicus curiae submissions received by the Tribunal suggest that Argentina’s human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and that the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina’s human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as discussed above, Argentina could have respected both types of obligations*”.

³⁶⁷ *SAUR International SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4. *Decision on Jurisdiction and Liability*, 6 giugno 2012, par. 330: “*En réalité, les droits de l’homme en général, et le droit à l’eau*

Il *case-law* dimostra come i tribunali arbitrali rifuggano dall'affrontare le implicazioni dei diritti umani sull'investimento. Questo anche perché quasi mai nel testo degli IIAs figura un espresso riferimento al rispetto dei diritti umani, e dal momento che la giurisdizione arbitrale è controllata dal contenuto testuale degli IIAs stessi, ne consegue che “[i]nvestment arbitration cannot rule over claims other than those related to investment law”.³⁶⁸ Così, è stato notato che “ISDS tribunals are in principle rather reluctant to accept human rights based arguments and have not developed a coherent methodology for evaluating the human rights dimensions of investment disputes”.³⁶⁹

Nel caso *Glamis Gold c. USA*, il tribunale arbitrale si rese conto che sussiste “the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate”, ma decise di non affrontare la questione del rispetto dei diritti dei popoli indigeni, in ragione del proprio “case-specific mandate”.³⁷⁰

en particulier, constituant l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international [...]”; par. 331: “Mais ces prérogatives sont compatibles avec les droits des investisseurs à recevoir la protection offerte par l'APRI [Accord relatif à la promotion et la protection mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France, 3 juillet 1991]. Le droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI opèrent sur des plans différents [...] l'exercice de ces pouvoirs ne se fait pas de façon absolue et doit, au contraire, être conjugué avec le respect des droits et des garanties octroyés à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI. Si les pouvoirs publics décident d'exproprier l'investissement, [...] l'investisseur aura le droit d'être indemnisé dans les termes que le Traité lui accorde”.

³⁶⁸ RADI, *Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: a perspective from within the International Investment Law Toolbox*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 37, 2011, p. 1112.

³⁶⁹ KUBE, PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, p. 245.

³⁷⁰ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 giugno 2009, cfr. par. 8: “First, a tribunal should confine its decision to the issues presented by the dispute before it. The Tribunal is aware that the decision in this proceeding has been awaited by private and public entities concerned with environmental regulation, the interests of indigenous peoples, and the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate the use of property. These issues were extensively argued in this case and considered by the Tribunal. However, given the Tribunal's holdings, the Tribunal is not required to decide many of the most controversial issues raised in this proceeding. The Tribunal observes that a few awards have made statements not required by the case before it. The Tribunal does not agree with this tendency; it believes that its case-specific mandate and the respect demanded for the difficult task faced squarely by some future tribunal instead argues for it to confine its decision to the issues present ed

Nel caso *Santa Elena c. Costa Rica*, il tribunale arbitrale evita di prendere in considerazione gli obblighi internazionali di protezione dell'ambiente che gravano sul Costa Rica e che erano stati adottati per giustificare l'espropriazione in danno degli investitori: “[...] *the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference*” (par. 71).³⁷¹ Un'espropriazione per ragioni ambientali, fondata sulla legislazione interna o internazionale (“*whether domestic or international*”), per quanto socialmente utile (“*no matter how laudable and beneficial to society*”), resta pur sempre un'espropriazione e l'*Host State* deve risarcirla (par. 72). Anche il ragionamento seguito dal lodo ICSID *Tecmed c. Messico*, sempre in materia di espropriazione, prescinde dalla valutazione della fonte, nazionale o internazionale, alla base della decisione espropriativa, limitandosi a richiedere il requisito di proporzionalità tra i sacrifici imposti agli investitori e gli obiettivi perseguiti dall'azione pubblica.³⁷²

[...]”. La società mineraria canadese denunciava l'espropriazione del proprio investimento ex art. 1110 NAFTA da parte dello Stato della California, a causa dell'adozione di norme rigorose sull'apertura di miniere a cielo aperto, al fine di meglio proteggere i diritti dei popoli indigeni. Tali miniere d'oro interessavano le zone di insediamento delle tribù native degli indiani Quechuan, che furono ammessi a presentare osservazioni scritte come *amici curiae*. Il lodo non esamina il tema dei diritti umani dei popoli indigeni, ma respinge il ricorso sulla base di una interpretazione restrittiva delle violazioni del FET ex art. 1105 del NAFTA (rubricato “*Minimum Standard of Treatment*”).

³⁷¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 febbraio 2000. Il lodo sostiene la prevalenza del principio di “*full compensation for the fair market value*” (par. 73) dell'investimento espropriato rispetto ad altri obblighi, sia nazionali che di fonte internazionale (“*whether domestic or international*”): “[e]xpropriatory environmental measures -no matter how laudable and beneficial to society as a whole- are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains” (par. 72).

³⁷² *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 maggio 2003, par. 122: “[t]here must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure”. Il lodo lascia inoltre intendere che i costi di tali decisioni dell'*Host State* dovrebbero gravare sui propri cittadini perché, in fondo, gli investitori stranieri non sono in grado di incidere, ma solo subire le scelte del processo legislativo nazionale, cfr. par. 122 del lodo: “*On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights reserved to the nationals of the*

L'impermeabilità alle questioni attinenti ai diritti umani emerge nelle argomentazioni adottate in un "procedural order" nel caso *Border Timbers c. Zimbabwe*, con il quale si respingeva la richiesta di una ONG europea e di quattro comunità indigene di presentare osservazioni scritte nel procedimento promosso dagli investitori stranieri espropriati dalla riforma agraria dello Zimbabwe. Tra i vari argomenti addotti per motivare il rifiuto, il tribunale arbitrale sostenne che i richiedenti non avevano fornito la prova che il diritto internazionale degli investimenti e quello dei diritti umani siano interdipendenti.³⁷³

Vi è stato un tentativo in dottrina di affermare, al contrario, che le preoccupazioni circa i diritti umani "have always been part of the investment regime" al punto da definire "schizofrenico" il diritto internazionale degli investimenti, in quanto teso a proteggere sia gli interessi pubblici dell'Host State che gli investitori ("[...] *the regime of international investment law is arguably schizophrenic. It aims at protecting and promoting both the interests of the investor as well as public and general interest*").³⁷⁴ Tale posizione di RADI appare un'indulgente difesa dello *status quo*, nel quale ci sarebbe "ample room for consideration of human rights",

State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors". A sostegno di tale ragionamento, il lodo cita la sentenza della Corte EDU nel caso *James and Others v. UK* del 21 febbraio 1986, laddove sostiene, in tema di espropriazione, che "non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals".

³⁷³ *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25, Procedural Order No. 2, 26 giugno 2012, par. 58: "[t]he Petitioners provided no evidence or support for their assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete". La decisione ritiene che il diritto internazionale dei diritti umani, *sub specie* il diritto alla terra dei popoli indigeni, sia una questione al di fuori dell'ambito della controversia: "[...] *the putative rights of the indigenous communities as 'indigenous peoples' under international human rights law, a matter outside of the scope of the dispute*" (par. 60).

³⁷⁴ RADI, *Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: a perspective from within the International Investment Law Toolbox*, *ibid.*, p. 1114. Si tratta invero di una tesi costruita su pochissimi lodi arbitrali, spesso caratterizzati dalla particolare formulazione testuale del BIT e sul passaggio preambolare della Convenzione ICSID ("*[c]onsidering the need for international cooperation for economic development*"), in cui non vi è alcun cenno allo sviluppo sostenibile né allo *State's right to regulate*.

grazie all'uso degli strumenti ermeneutici (ad es. il principio di proporzionalità e l'interpretazione sistemica, cfr. *ultra*, Cap. V).³⁷⁵

Contro le resistenze dimostrate dei tribunali arbitrali ad aprirsi al resto del diritto internazionale ³⁷⁶, vanno le raccomandazioni emanate nel 2017 dal *Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (CESCR) dell'ONU: le norme sui diritti umani dettate dal relativo *Covenant* ONU del 1966 devono prevalere, in forza dell'art. 103 della Carta ONU, su quelle contenute nei trattati in materia di investimenti.³⁷⁷ Tali raccomandazioni del CESCR smentiscono pertanto il ragionamento seguito sette anni prima, nel 2010, dal tribunale arbitrale nel *caso Suez*. L'*Host State* può quindi eccepire che gli obblighi nascenti dagli IIAs debbano cedere davanti a quelli assunti in forza della Carta ONU. Inoltre, l'*Host State* può invocare la disapplicazione degli stessi IIAs in casi estremi di “*egregious behaviour*” dell'investitore che si sia macchiato di gravissimi atti di razzismo, genocidio, riduzione in schiavitù della popolazione, violando norme consuetudinarie di *ius cogens*, come tali inderogabili da parte di qualsiasi trattato ex art. 53 CVDT.

In tal senso, il lodo *Phoenix c. Rep. Ceca* sosteneva che “*nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in*

³⁷⁵ RADI, *ibid.*, cfr. p. 1185: “*this article shows that [...] there is ample room for consideration of human rights related issues. From a utilitarian perspective, this article invites the promoters of human rights to move beyond semantic activism focusing on the literal absence of human rights in investment law treaties and underlying their criticism of the regime as a whole. Rather, these promoters should adopt a more constructive approach by looking within the regime itself to see how its tools can be used to promote human rights, regardless of the semantics used*”.

³⁷⁶ BAETENS, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 482-493.

³⁷⁷ UN ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, E/C.12/GC/24, *General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, cfr. par. 13: “*The interpretation of trade and investment treaties currently in force should take into account the human rights obligations of the State, consistent with Article 103 of the Charter of the United Nations and with the specific nature of human rights obligations. States parties cannot derogate from the obligations under the Covenant in trade and investment treaties that they may conclude. They are encouraged to insert, in future treaties, a provision explicitly referring to their human rights obligations, and to ensure that mechanisms for the settlement of investor-State disputes take human rights into account in the interpretation of investment treaties or of investment chapters in trade agreements*”.

pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs".³⁷⁸ Sicché appare corretto per l'Host State "*invoke the superior status of peremptory norms as a justification for non-compliance with investment obligations*".³⁷⁹ Come ben sintetizza KARAMANIAN, "*ius cogens norms should trump obligations under an IIA if they are raised defensively*".³⁸⁰ In modo analogo si è espresso nel 2016 il lodo *Urbaser c. Argentina* ("*[...] such norms must certainly prevail over any contrary provision of the BIT [...]*").³⁸¹

Oltre a tali aspetti, una delle critiche più ricorrenti all'attuale sistema degli IIAs lamenta il fatto che gli *standard* di protezione siano redatti in modo generico

³⁷⁸ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 aprile 2009, par. 78.

³⁷⁹ HIRSCH, *Interactions between investment and non-investment obligations in international investment law*, in *Hebrew University International Law Research Paper*, 2006; HIRSCH, *Interactions between investment and non-investment obligations*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008. Nel predetto *research paper*, l'Autore notava a p. 30 che "*As analyzed [...], investment tribunals have generally not resorted to the relevant principles of public international law. This practical disregard of the regulatory rules of general international law stands in stark contrast to the extensive reliance of investment tribunals on other rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties*", ammonendo a p. 31 che "*[t]his current unawareness of investment tribunals may well change in the future with regard to fundamental human rights that are recognized in public international law as jus cogens rules. Parties involved in investment litigation (including NGOs) are likely to invoke the superior status of peremptory norms as a justification for non-compliance with investment obligations*".

³⁸⁰ KARAMANIAN, *The Place of Human Rights Law in Investor-State Arbitration*, in *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17(2), Portland, 2013, p. 435. L'Autore chiarisce inoltre a p. 436 che "*States cannot rely on an investment treaty to avoid jus cogens obligations [...]. These obligations are mandatory*". L'utilizzo dello *ius cogens* come mezzo difensivo da parte dell'Host State non comporta la nullità degli IIAs ex art. 53 CVDT, ma la loro disapplicazione nel caso specifico, cfr. pp. 436-7: "*In this sense, the state would use the jus cogens principle as a defence or shield to the investor's claim. Establishment of the defence would not necessarily invalidate the investment treaty; instead, it would simply mean that the investor could not prevail on its claim against the host state arising under the treaty*".

³⁸¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26. Award, 8 dicembre 2016, cfr. par. 1203. In senso contrario, vedasi il lodo *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 giugno 2012. Secondo tale lodo, va rigettata la tesi dell'Host State per cui le misure emergenziali statali volte a congelare i prezzi del servizio elettrico servano a far rispettare norme di *ius cogens* volte a salvaguardare "*basic human rights such as life, health, personal integrity and education*" (par. 910). Il lodo, nel contesto della crisi economica argentina del 2001, sposa invece il ragionamento dei ricorrenti, secondo i quali "*[...] no jus cogens norms were threatened. According to Claimants, commonly recognized examples of jus cogens norms include prohibitions against genocide or slave trading, not a right of Argentine citizens to consume electricity at reduced prices*" (par. 911).

e vago, lasciando ampio spazio alla discrezionalità interpretativa degli arbitri.³⁸² Un esempio di tale *open wording* è la clausola FET (*obbligo di trattamento giusto ed equo*) ed è solo grazie all'analisi condotta dalla giurisprudenza arbitrale se il suo contenuto è stato dettagliato e meglio specificato.³⁸³ Il lodo *Waste Management c. Messico* del 2004 affermò che “*the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the state and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process [...]. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant*”.³⁸⁴ Per quest'ultimo aspetto del FET, nel caso in cui l'*Host State* non mantenga le aspettative rappresentate all'investitore e sulle quali lo stesso abbia riposto affidamento, il lodo *Tecmed c. Messico* del 2003 enucleava per la prima volta le c.d. *legitimate expectations*, come specifico contenuto del FET basato sulla buona fede.³⁸⁵ Il lodo

³⁸² CLASMEIER, *Arbitral Awards as Investments. Treaty interpretation and the dynamics of international investment law*, Wolters Kluwer, 2017, ove l'Autore nel notare che “*the current state of international investment law has been famously described as a 'legitimacy crisis'*” (p. 47), cita in proposito, *ex multis*, l'opera di D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, 2005, Vol. 73, pp. 1521-1625, circa la “privatizzazione” subita dal diritto internazionale nelle mani di arbitri che sono soggetti privati e le cui decisioni appaiono spesso incoerenti. L'Autore, nel ritenere che “[t]he factors that trigger discontent with the international law of investments are myriad”, cita in proposito l'analisi di SCHILL (*International Investment Law and Comparative Public Law - an Introduction*, in *International Investment Law and Comparative Public Law*, Stephan W. Schill ed., 2010, p. 3) sui fattori di tale crisi di legittimità, rinvenuti nella vaghezza redazionale dei trattati e nel numero crescente di interpretazioni contrastanti ed incoerenti dei tribunali arbitrali (“[h]is analysis finds that the ‘vagueness of investment treaties’ and the ‘increasing number of conflicting and inconsistent interpretations by arbitral tribunals’ contribute heavily to the possible crisis”, cfr. p. 49).

³⁸³ KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in international investment law*, Cambridge, CUP, 2011; STONE, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25(1), 2012, pp. 77-107; PAPANISKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, OUP, 2013.

³⁸⁴ *Waste Management, Inc. v. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/3. Award, 30 aprile 2004, par. 98.

³⁸⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2. Award, 29 maggio 2003, par. 153: “*The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law*”.

ritiene che “*in light of the good faith principle established by international law*”, gli Stati parte del BIT debbano garantire agli investitori un trattamento che “*does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host state to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments [...]*” (par. 154).

Nel delucidare gli obblighi sottesi allo standard FET, emerge un riferimento al principio di sviluppo sostenibile della *good governance* (principio n. 6 della Dichiarazione di New Delhi), come obbligo statale di condotta trasparente (“*totally transparently in its relations with the foreign investor*”). In senso analogo, nel caso *LG&E c. Argentina*, il tribunale arbitrale ritenne che “*fair and equitable standard consists of the host State’s consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfil the justified expectations of the foreign investor*” (par. 131).³⁸⁶

La protezione delle legittime aspettative viene ormai considerata parte dello standard FET (“*protection of legitimate expectations is now considered part of the FET standard*”), in quanto “*firmly rooted in arbitral practice*”.³⁸⁷ Le legittime aspettative riguardano la situazione in cui “*a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure [...] to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages*”³⁸⁸ e

³⁸⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1. *Decision on liability*, 3 ottobre 2006.

³⁸⁷ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Award, 4 aprile 2016, par. 546.

³⁸⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL. Arbitral Award, 26 gennaio 2006, par. 147.

vengono tutelate nella misura in cui risultino ragionevoli, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.³⁸⁹

Nel 2006, il lodo *Saluka c. Rep. Ceca* ribadisce come, in base al FET, l'*Host State* abbia l'obbligo di non frustrare le legittime aspettative dell'investitore, il quale a sua volta ha il diritto di aspettarsi che l'*Host State* non agirà in modo manifestamente incoerente, non trasparente, irragionevole o discriminatorio nei suoi confronti (“*manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable or discriminatory*”).³⁹⁰ Inoltre, il lodo *Saluka* riconosce un *legitimate right to regulate* dell'*Host State*³⁹¹ e sostiene che, per capire se vi è stata violazione o meno degli obblighi FET, sia necessario bilanciare (“*weighing*”) le legittime aspettative dell'investitore con tale *State's right to regulate* esercitato nel pubblico interesse.³⁹² Due anni più tardi, il lodo *Biwater c. Tanzania* riassume il contenuto

³⁸⁹ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19. Award, 18 agosto 2008, par. 340: “*The stability of the legal and business environment is directly linked to the investor's justified expectations. The Tribunal acknowledges that such expectations are an important element of fair and equitable treatment. At the same time, it is mindful of their limitations. To be protected, the investor's expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State*”.

³⁹⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, decisione parziale, 17 marzo 2006, par. 309: “*The Czech Republic, without undermining its legitimate right to take measures for the protection of the public interest, has therefore assumed an obligation to treat a foreign investor's investment in a way that does not frustrate the investor's underlying legitimate and reasonable expectations. A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions). In applying this standard, the Tribunal will have due regard to all relevant circumstances*”.

³⁹¹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, *ibid.*, par. 305: “*In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well*”.

³⁹² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, *ibid.*, par. 306: “*The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other*”.

del FET in cinque componenti (“*protection of legitimate expectations, good faith, transparency, consistency, non-discrimination*”).³⁹³

Ancora, si deve al ragionamento giuridico dei lodi arbitrali *Mondev* del 2002³⁹⁴ e *ADF* del 2003³⁹⁵, richiamati entrambi nel successivo lodo *Azurix* del 2006,³⁹⁶ il chiarimento che la regola FET non ha un contenuto statico (“*is not a static photograph*”), ma va interpretata in modo evolutivo, tenendo conto del significato affermatosi nel tempo nel diritto internazionale degli investimenti. Analogamente, il lodo *Thunderbird* del 2006 riconosce che “[*t*]he content of the minimum standard should not be rigidly interpreted and it should reflect evolving international customary law”.³⁹⁷

Un'altra critica sollevata al sistema arbitrale è l'onerosità delle condanne irrogate agli *Host States*.³⁹⁸ Un tribunale arbitrale dell'ICSID ha condannato nel

³⁹³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID case No. ARB/05/22. Award, 24 luglio 2008, cfr. par. 602 (“*The general standard of 'fair and equitable treatment' as set out above comprises a number of different components, which have been elaborated and developed in previous arbitrations in response to specific fact situations. [...] In so far as they are relevant to the dispute here, these separate components may be distilled as follows [...]*”), e conclude al par. 603 che “[*i*]t is on the basis of these principles, and taking into consideration all the circumstances of the dispute, that the Arbitral Tribunal must determine whether the conduct of the Republic was consistent with its obligation to ensure fair and equitable treatment [...]”.

³⁹⁴ *Mondev International LTD v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2. Award, 11 ottobre 2002, che in relazione alla clausola FET contenuta nel NAFTA afferma come “*the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognized in arbitral decisions in the 1920s*” (par. 123) e che “[...] *In holding that Article 1105(1) refers to customary international law, the FTC interpretations incorporate current international law, whose content is shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce. Those treaties largely and concordantly provide for 'fair and equitable' treatment of, and for 'full protection and security' for, the foreign investor and his investments*” (par. 125).

³⁹⁵ *ADF Group Inc. v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1. Award, 9 gennaio 2003, sempre in riferimento all'art. 1105 NAFTA, al par. 179 “[...] *what customary international law projects is not a static photograph of the minimum standard of treatment of aliens as it stood in 1927 when the Award in the Neer case was rendered. For both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development.*”

³⁹⁶ *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12. Award, 14 luglio 2006, che al par. 368 riassume così il risultato dei due lodi: “*Arbitral tribunals under NAFTA have found, after the interpretation of the FTC, that the customary international law to be applied is the customary international law as it stood in 1994 not in 1927.*”

³⁹⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, *ibid.*, par. 194.

³⁹⁸ FRANCK, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, OUP, 2019 in cui l'Autore compie un'analisi sui costi nelle dispute ISDS, come sintetizzato nell'*abstract* del volume: “[*t*]he exercise is critical, as investment treaties grant international arbitrators the power

2019 il Venezuela a pagare 8,7 miliardi USD più interessi a favore degli investitori olandesi per l'espropriazione di tre giacimenti petroliferi³⁹⁹ e nel 2014 ammontò a ben 50 miliardi USD la condanna comminata all'*Host State* nel caso *Yukos Oil company c. Russia*.⁴⁰⁰ Una condanna in sede arbitrale, oltre che molto gravosa per le finanze pubbliche, mina altresì reputazione e credibilità dell'*Host State*, disincentivando futuri investitori stranieri. Tali preoccupazioni possono altresì portare al congelamento in via prudenziale dell'attività normativa (*regulatory chill*)⁴⁰¹, un limite che l'*Host State* si auto-impone per timore di violare gli obblighi previsti dagli IIAs ed esporsi al *threat of arbitration*⁴⁰². Ne risulta così compromesso lo *State's right to regulate*, quand'anche rivolto a tutelare superiori interessi pubblici (ambiente, salute, diritti umani) nei quali si traduce il perseguimento dello sviluppo sostenibile.

La giurisprudenza arbitrale ICSID è peraltro intervenuta per scongiurare le storture del *regulatory chill*, affermando nel lodo *El Paso* che “*it is inconceivable that any State would accept that, because it has entered into BITs, it can no longer modify pieces of legislation which might have a negative impact on foreign investors, in order to deal with modified economic conditions and must guarantee*

to order states -both rich and poor- to pay potentially millions of dollars to foreign investors when states violate the international law commitments made in the treaties”. Il Cap. 9 (*The way forward*) conclude evidenziando la necessità di trasparenza sui costi nonché un insieme di garanzie strutturali per il loro contenimento ed una maggiore prevedibilità.

³⁹⁹ COUGHLIN, *ICSID tribunal awards ConocoPhillips USD 8.7 billion plus interest in dispute with Venezuela*, cfr. sito web <https://iisd.org/>.

⁴⁰⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2018*, Cap. III, cfr. p. 95. DIETRICH BRAUCH, *Yukos v. Russia: Issues and legal reasoning behind US\$50 billion awards*, in *Investment Treaty News*, IISD, 2014. KNOWLES, MOYEED, LAMPROU, *The US\$50 billion Yukos award overturned - Enforcement becomes a game of Russian roulette*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 13 maggio 2016.

⁴⁰¹ TIENHAARA, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science* (October 28, 2010), in C. BROWN, K. MILES (eds.), *Evolution In Investment Treaty Law And Arbitration*, Cambridge, CUP, 2011.

⁴⁰² DE MESTRAL, *Second Thoughts? Investor State Arbitration Between Developed Democracies*. Centre for International Governance Innovation (CIGI), Canada, 2017. Nell'abstract al volume l'Autore ben sintetizza tali preoccupazioni: “*Criticism. Doubts. Second thoughts [...] and in recent years each new proposed agreement has sparked fresh rounds of protest. What engenders the controversy about ISA? While ISA's advantage is that it prevents escalation of international conflict by relieving states from feeling obliged to espouse claims of injured investors against foreign governments, it is criticized for creating regulatory chill whereby states are reluctant to make necessary public policy reforms for fear that changes to the investment environment will lead to expensive investor claims [...]*”.

absolute legal stability”⁴⁰³, aggiungendo che “*FET cannot be designed to ensure the immutability of the legal order, the economic world and the social universe*” (par. 368). È irrealistico sostenere che il FET preservi l’investitore straniero da tutti i cambiamenti legislativi e regolamentari.⁴⁰⁴ La stabilità di un “*enabling environment for investment*”, propugnata come corollario di sviluppo sostenibile in diversi strumenti onusiani di *soft law*, non va confusa con l’immutabilità del quadro giuridico, quanto come garanzia per l’investitore contro i cambiamenti ingiustificati, discriminatori, sproporzionati, arbitrari.⁴⁰⁵

Da tali critiche ai limiti del regime degli investimenti - del quale, come osservava UNCTAD nel 2015, molti Stati “*are not fully satisfied with its overall design*”⁴⁰⁶ - si è avvertita la necessità di una riforma a livello internazionale. Come è stato ben notato, “[*o*]ver the decades, especially after the Nineties, when recourse to investor-state arbitration increased, the system started to show its shortcomings, some concerning the rules of procedure, others the substance of the

⁴⁰³ *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15. Award, 31 ottobre 2011, par. 367.

⁴⁰⁴ SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6(3), Brill-Nijhoff, 2005. Secondo l’Autore, il FET “*is not absolute and does not amount to a requirement for the host state to freeze its legal system for the investor’s benefit. A general stabilization requirement would go beyond what the investor can legitimately expect. It is clear that a reasonable evolution of the host state’s law is part of the environment with which investors must contend*”.

⁴⁰⁵ Cfr. caso *El Paso*, *ibid.*, par. 350: “*In the Tribunal’s view, if the often repeated formula to the effect that “the stability of the legal and business framework is an essential element of fair and equitable treatment” were true, legislation could never be changed: the mere enunciation of that proposition shows its irrelevance. Such a standard of behaviour, if strictly applied, is not realistic, nor is it the BITs’ purpose that States guarantee that the economic and legal conditions in which investments take place will remain unaltered ad infinitum*”; cfr. par. 372: “*Under a FET clause, a foreign investor can expect that the rules will not be changed without justification of an economic, social or other nature. Conversely, it is unthinkable that a State could make a general commitment to all foreign investors never to change its legislation whatever the circumstances, and it would be unreasonable for an investor to rely on such a freeze*”.

⁴⁰⁶ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015. Il testo citato così afferma per intero: “*Most governments continue to participate in the process of adding ever more agreements to the system, despite the fact that many are not fully satisfied with its overall design. It has a number of systemic problems, including gaps, overlaps and inconsistencies in coverage and content; ambiguities in treaty interpretation by arbitral tribunals; onerous arbitration procedures and unpredictability of arbitration awards. Also, the “interconnect” between international investment policies and other policy areas such as trade, finance, competition or environmental (e.g. climate change) policies, is absent*”, cfr. p.17.

awards and the legal reasoning behind them".⁴⁰⁷ Ne è scaturita una duplice riflessione, che tocca sia i meccanismi procedurali ISDS, sia le disposizioni sostanziali degli IIAs, tesa a modernizzare gli IIAs esistenti o negoziarne di nuovi che meglio bilancino la protezione degli investimenti con le considerazioni degli interessi pubblici dell'*Host State* in ambito economico, sociale e della protezione dell'ambiente.⁴⁰⁸

In un rapporto del 2003, il Prof. J. G. Ruggie dell'Università di Harvard (già Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite per le imprese e i diritti umani dal 2005 al 2011) lamentava che il regime degli investimenti si è troppo concentrato sui diritti degli investitori, perdendo di vista la loro natura di diritti strumentali al raggiungimento dei più ampi obiettivi di sviluppo sostenibile: "*[i]nvestors' rights are instrumental rights. In other words, investors' rights are defined in order to meet some wider goal such as sustainable human development, economic growth, stability, indeed the promotion and protection of human rights. The conditional nature of investors' rights suggests that they should be balanced with corresponding checks, balances and obligations towards individuals, the State or the environment*".⁴⁰⁹ Ruggie sottolinea che il rispetto dei diritti umani non è un concetto vago e astratto ("*wishy-washy*", "*airy-fairy*") e che il sistema ISDS può limitare in modo inappropriato lo *State's right to regulate* ("*rules and tools of BITs and arbitration procedures may inappropriately constrain or punish governments for taking bona fide public*

⁴⁰⁷ CAPIELLO, *ISDS in European International Agreements: Alternative Justice or Alternative to Justice?*, in A. BJORKLUND et al. (ed.), *The CETA, Special Issue: Transnational Dispute Management*, 2016, pp. 3-4.

⁴⁰⁸ GAUKRODGER, *The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties*, OECD Working Papers on International Investment, 2017/03. GAUKRODGER, *Business Responsibilities and Investment Treaties. Consultation Paper by the OECD Secretariat*, OCSE, Parigi, 15 gennaio 2020, cfr. par. 60: "*There is growing criticism in particular of the perceived one-sided nature of investment treaties. They are seen as asymmetric, protecting covered investors and restraining host states while lacking accountability mechanisms for covered investors operating in those states*"; cfr. par. 58: "*The contrast with the access to remedies for ISDS claimants is notable. ISDS claimants generally have direct access to ISDS and can receive high-profile damages awards to compensate for financial losses. Investment treaties regularly give rise to large damages awards for claimants*".

⁴⁰⁹ RUGGIE, *Human Rights, Trade and Investment*, Report of the U.N. High Commissioner for Human Rights, E/CN. 4/Sub.2/2003/9.

interest measures”; “*under threat of binding international arbitration, foreign investors may be able to insulate their business venture from new laws and regulations [...] even if the policy enacted legitimate public interest objectives*”).⁴¹⁰

Nel 2015, l’Agenda ONU 2030 incoraggia e promuove gli investimenti attraverso cinque specifici *targets* relativi agli SDGs 1,2,7,10,17.⁴¹¹ Essa esorta, da una

⁴¹⁰ RUGGIE, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W. W. Norton & Company (ed.), 2013, cfr. p. 160, ove l’Autore si riferisce, senza citarli, ad alcuni casi ICSID in cui le imprese straniere contestavano lo *States’ right to regulate* volto a proteggere i diritti umani (dal caso *Foresti* dove gli investitori stranieri ricorrevano contro la legislazione *anti-apartheid* introdotta dal Sudafrica, ai ricorsi contro l’Argentina per aver salvaguardato il diritto umano all’acqua, e ad altri casi ICSID in cui le imprese minerarie ricorrenti lamentavano di aver subito un’espropriazione a causa delle leggi che proteggevano il diritto alle terre dei popoli indigeni): “[...] *in the already-mentioned case brought against South Africa by European investors who claimed that certain provisions of the Black Economic Empowerment Act were unfair, inequitable, and tantamount to expropriation, the government was not defending ‘wishy-washy’ or ‘airy-fairy’ concepts, but its own constitution and legislative acts that sought to establish restorative justice after decades of apartheid rule. Argentina may have botched its water privatization program, but there is nothing ‘vague’ about the need of its people to have access to clean and affordable drinking water. Protecting the rights of indigenous peoples when a mining company wishes to expand into ancestral burial grounds is not a ‘soft-law’ issue to them or to the host government with which the indigenous group may have a long-standing treaty. In short, the rules and tools of BITs and arbitration procedures may inappropriately constrain or punish governments for taking bona fide public interest measures, including meeting their human rights obligations, and even where the measures affect foreign and domestic investors equally*”; p. 127: “[...] *under threat of binding international arbitration, foreign investors may be able to insulate their business venture from new laws and regulations, or seek compensation from the host government for the cost of compliance, even if the policy enacted legitimate public interest objectives such as new labour standards or environmental and health regulations, and even if it applied in a non-discriminatory manner to domestic and foreign investors alike*”.

⁴¹¹ Si tratta del *target* 1.b SDG 1 (“[...] sostenere investimenti accelerati nelle azioni di lotta alla povertà”); *target* 2.a SDG 2 (“Aumentare gli investimenti, anche attraverso il miglioramento della cooperazione internazionale, in infrastrutture rurali, ricerca agricola e formazione, sviluppo tecnologico e le banche di geni vegetali e animali, al fine di migliorare la capacità produttiva agricola nei paesi in via di sviluppo, in particolare i paesi meno sviluppati”); *target* 7.a SDG 7 (“[...] promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e nelle tecnologie dell’energia pulita”); *target* 10.b SDG 10: “Incoraggiare l’aiuto pubblico allo sviluppo e i flussi finanziari, compresi gli investimenti diretti esteri, per gli stati più bisognosi, in particolar modo i paesi meno sviluppati, i paesi africani, i piccoli stati insulari in via di sviluppo e i paesi in via di sviluppo senza sbocco al mare, in conformità ai loro piani e programmi nazionali”; *target* 17.5 SDG 17: “Adottare e applicare regimi di promozione degli investimenti per i paesi meno sviluppati”. Come è stato osservato da FACCIO, “[n]el contesto dell’Agenda delle Nazioni Unite, gli IDE rappresentano una risorsa utile alla riduzione delle disuguaglianze che deve essere, tuttavia, impiegata in conformità con i piani e i programmi nazionali degli Stati di destinazione degli investimenti. Si tratta, in altre parole, della vexata quaestio relativa, da un lato, alla capacità degli Stati di attrarre e regolare gli IDE in modo che gli stessi contribuiscano allo sviluppo economico nazionale; e, dall’altro lato, della necessità di evitare che gli strumenti di attrazione e, i

parte, il settore privato a trovare soluzioni alle sfide dello sviluppo sostenibile (par. 67)⁴¹² e, dall'altra, salvaguarda il rispetto dello *State's right to regulate* (par. 63: “*We will respect each country's policy space and leadership to implement policies for poverty eradication and sustainable development, while remaining consistent with relevant international rules and commitments*”), dedicandogli il *target* 17.15 (“Rispettare lo spazio politico e la leadership di ogni paese per istituire ed implementare politiche per la lotta alla povertà e per lo sviluppo sostenibile”) nonché il par. 91 dell'allegata *Addis Ababa Action Agenda* (“*[t]he goal of protecting and encouraging investment should not affect our ability to pursue public policy objectives. We will endeavour to craft trade and investment agreements with appropriate safeguards so as not to constrain domestic policies and regulation in the public interest*”).

In adempimento all'Agenda ONU 2030, la Banca Mondiale, di cui ICSID è un organo, ha firmato con le Nazioni Unite nel 2018 un accordo di partenariato⁴¹³ che dimostra la comune volontà dei 189 Paesi membri della Banca Mondiale di contribuire a realizzare gli SDGs. Alla luce di tale impegno, sarebbe auspicabile una congruente modifica della Convenzione ICSID per inserirvi, nel preambolo, un richiamo allo sviluppo sostenibile come “*scope and objective*” degli investimenti privati. Tale richiamo darebbe risalto al ruolo già riconosciuto agli investimenti per la cooperazione allo sviluppo economico e colmerebbe le lacune della formula preambolare (“*[c]onsidering the need for international cooperation*

trattati di investimento in primis, limitino la capacità dello Stato di realizzare politiche di interesse generale”, cfr. FACCIO, *Sviluppo Sostenibile e Investimenti Diretti Esteri dopo l'emergenza Covid-19: quale ruolo per i contratti di investimento?* in P. ACCONCI, E. BARONCINI, (eds.), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione - Una prospettiva italiana*. Bologna, Dip. di scienze giuridiche, ALMA DL AMSActa, 2020, p. 297.

⁴¹² Cfr. par. 67: “[p]rivate business activity, investment and innovation are major drivers of productivity, inclusive economic growth and job creation [...]. We call upon all businesses to apply their creativity and innovation to solving sustainable development challenges”.

⁴¹³ WORLD BANK, *UN-World Bank Group Joint Statement on Signing of a Strategic Partnership Framework for the 2030 Agenda*, Press Release No. 2018/168/ECR. L'accordo è stato firmato il 18 maggio 2018 dal Segretario Generale dell'ONU António Guterres e dal Presidente della *World Bank Group*, Jim Yong Kim, ed interessa i seguenti ambiti: aiuto finanziario ai Paesi per facilitare il raggiungimento degli SDGs; impegno nella lotta al cambio climatico nonché in scenari post-conflitto e crisi umanitarie; raccolta dati statistici e monitoraggio degli SDGs, cfr. <https://www.worldbank.org/>.

for economic development, and the role of private international investment therein) che omette gli altri due pilastri, ambiente e dimensione sociale, dalla relazione investimento-sviluppo.⁴¹⁴

Sempre nel 2015, dal Rapporto annuale UNCTAD emergeva la necessità di una riforma complessiva del sistema degli investimenti internazionali (*“there is a pressing need for systematic reform of the global IIA”*),⁴¹⁵ identificando cinque settori di intervento: salvaguardare lo *State’s right to regulate* (come già ribadito nel WIR 2014: *“these treaties [IIAs] must not unduly undermine regulatory space required for sustainable development policies”*)⁴¹⁶; riformare il meccanismo ISDS (*“to address the legitimacy crisis of the current system”*); promuovere e facilitare gli investimenti; assicurare investimenti responsabili (*“ensuring responsible investment: options include adding not lowering of standards clauses and establishing provisions on investor responsibilities, such as clauses on compliance with domestic laws and on corporate social responsibility”*); migliorare la coerenza sistemica degli IIAs, sia tra di loro che con gli altri settori del diritto internazionale. Questi cinque punti di riforma tendono all’obiettivo dello sviluppo sostenibile (*“help achieve the objectives of all stakeholders: effectively harnessing international investment relations for the pursuit of sustainable development”*)⁴¹⁷ e, sempre nel 2015, UNCTAD emanò delle linee-

⁴¹⁴ MANJIAO, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, London-New York, ed. Routledge, 2017, p. 18: *“It should be noted that although a positive investment-development relationship is implied in the ICSID Convention, what is recognized is the economic dimension of development. Such recognition does not reflect the concept of sustainable development in its entirety, as it fails to take into account the environmental and social dimensions of this concept”*.

⁴¹⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance*, p. XI. Tale Rapporto notava come *“[r]eacting to the growing unease with the current functioning of the global IIA regime, together with today’s sustainable development imperative and the evolution of the investment landscape, at least 50 countries and regions were engaged in reviewing and revising their IIA models [...]. There is a pressing need for systematic reform of the global IIA regime. As is evident from the heated public debate and parliamentary hearing processes in many countries and regions, a shared view is emerging on the need for reform of the IIA regime to ensure that it works for all stakeholders”*.

⁴¹⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: an action plan*, p. 152.

⁴¹⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2015, ibid.*, p. XII.

guida per facilitare il recepimento di tali punti nei negoziati per i futuri IIAs.⁴¹⁸ Tali aree di riforma sono state confermate nel *reform package* dell'UNCTAD del 2018 che nota come “[s]ince 2012, over 150 countries have undertaken at least one reform action in the pursuit of sustainable development-oriented IIAs”.⁴¹⁹

Tali ambiti di riforma vengono ripresi anche dal G20, foro di dialogo che riunisce le principali economie emergenti ed in via di sviluppo. Già nel vertice del 2009 a Pittsburgh il G20 affermava l'importanza di un nuovo “*sustainable growth model*” basato sull'integrazione della dimensione economica, sociale ed ambientale,⁴²⁰ iniziando un percorso in cui quell'iniziale riferimento, seppur embrionale ed implicito, alle componenti dello sviluppo sostenibile porterà, con la Dichiarazione finale di Osaka del 2019, a propugnare la “*timely implementation*” dell'Agenda ONU 2030.⁴²¹ Inoltre, nel 2016 il G20 a presidenza cinese aveva adottato i “*G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*”, nove

⁴¹⁸ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 5. Tali linee guida aggiornavano quelle emanate dall'UNCTAD nel 2012, individuando quattro aree di intervento: promuovere e facilitare gli investimenti per lo sviluppo sostenibile; equilibrare gli impegni statali con gli obblighi degli investitori per investimenti responsabili (“*balancing State commitments with investor obligations and promoting responsible investment*”); garantire un adeguato equilibrio tra impegni di protezione e spazio normativo statale (“*ensuring an appropriate balance between protection commitments and regulatory space for development*”); proteggere gli *Host States* da responsabilità ingiustificate, evitando costi procedurali elevati nelle controversie ISDS.

⁴¹⁹ UNCTAD, *UNCTAD's reform package for the international investment regime*, 2018, pp. 7, 70.

⁴²⁰ *G20 Leaders Statement*, Pittsburgh Summit, 24-25 settembre 2009, cfr. par. 5: “[...] As we commit to implement a new, sustainable growth model, we should encourage work on measurement methods so as to better take into account the social and environmental dimensions of economic development”.

⁴²¹ *G20 Osaka Leaders' Declaration*, 28-29 giugno 2019, cfr. par. 3: “We will further lead efforts to foster development and address other global challenges to pave the way toward an inclusive and sustainable world, as envisioned in the 2030 Agenda for Sustainable Development”; par. 26: “[...] we remain resolved to playing a leading role in contributing to the timely implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Addis Ababa Action Agenda [...]. Building on the G20's Action Plan on the 2030 Agenda for Sustainable Development, the Osaka Update underscores the G20's collective and concrete actions contributing to the implementation of the 2030 Agenda and helping to ensure that 'no one is left behind' ”). In relazione al *G20's Action Plan on the 2030 Agenda for Sustainable Development*, vedasi l'analisi condotta da OECD e UNDP, *G20 Contribution to the 2030 Agenda. Progress and way forward*, Parigi, 2019, nel quale il Segretario Generale Gurría nota che “[o]verall, this assessment is good news. It shows that the G20's outputs and outcomes are increasingly aligned with, and are making a positive contribution to, the global goals, often working in close collaboration with international organisations”.

principi sotto forma di raccomandazioni non vincolanti,⁴²² tesi a promuovere investimenti rispettosi dello sviluppo sostenibile (“*aimed at fostering investment, consistent with the objectives of sustainable development and inclusive growth*”, cfr. principio n. 5). In essi si auspica un sistema ISDS giusto, aperto, trasparente (“*[d]ispute settlement procedures should be fair, open and transparent, with appropriate safeguards to prevent abuse*”, principio n. 3), garantendo lo “*State’s right to regulate*” (“*[g]overnments reaffirm the right to regulate investment for legitimate public policy purposes*”, principio n. 6).⁴²³

Tutti questi strumenti richiamano lo sviluppo sostenibile secondo le linee di riforma prefigurate dall’UNCTAD (“*[n]ew generation investment policies place inclusive growth and sustainable development at the heart of efforts to attract and benefit from investment*”), dal momento che “*[m]obilizing investment and ensuring that it contributes to sustainable development is a priority for all countries*”.⁴²⁴

I nuovi IIAs che incorporano una o più di queste soluzioni, attraverso la menzione dello sviluppo sostenibile, l’introduzione delle clausole di sostenibilità e la previsione di meccanismi innovativi ISDS, si possono definire di terza generazione per meglio marcarne la differenza rispetto a quelli previgenti. Come nota l’UNCTAD, perseguire gli SDGs implica negli IIAs un riorientamento sia delle disposizioni processuali che sostanziali (“*[p]ursuit of the SDGs and the 2030 agenda also implies changes to international investment policymaking, including IIAs. Both substantive rules and rules on dispute settlement need to be*

⁴²² I nove principi sono contenuti all’Annesso III del “*G20 Trade Ministers Meeting Statement*” tenutosi a Shanghai, dal 9 al 10 luglio 2016 sotto la Presidenza cinese del G20. La Dichiarazione ministeriale al punto 17 già precisava che “*Global investment is an engine of economic growth and sustainable development*” ed il preambolo iniziale dei nove principi richiama l’obiettivo dello sviluppo sostenibile (“*With the objective of [...] promoting inclusive economic growth and sustainable development, G20 members hereby propose the following non-binding principles*”).

⁴²³ È allo studio la definizione di *Guiding Principles* più ambiziosi, che approfondiscano i nove principi enunciati nel 2016. Vedasi in proposito SAUVANT, BERGER, GHOURI, ISHIKAWA, STEPHENSON, *Towards G20 Guiding Principles on Investment Facilitation for Sustainable Development*, studio presentato dalla presidenza giapponese del G20 e pubblicato il 7 maggio 2019 nel sito <https://www.g20-insights.org/>.

⁴²⁴ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, cfr. Executive Summary, p. 3.

oriented towards today's sustainable development imperative, which is the overarching objective of IIA reform").⁴²⁵

Si passerà ora ad analizzare un sottotipo di tali IIAs, i c.d. *Mega Regionals* adottati dall'UE, per poi trarre dal complessivo panorama degli IIAs di terza generazione il contenuto-tipo che li contraddistingue, con riferimento allo sviluppo sostenibile ed all'inserimento delle clausole di sostenibilità, unitamente alle innovazioni procedurali nei meccanismi ISDS.

3.4 Il ruolo riformatore dell'UE: Mega Regionals, CETA e sistema ISDS

Nel dibattito sulla riforma del diritto internazionale degli investimenti, si è rivelato prezioso il contributo dell'Unione europea, attraverso l'elaborazione di soluzioni innovative,⁴²⁶ concretatesi nei *Mega Regionals* conclusi con paesi terzi, tese a rendere il sistema ISDS più giusto e indipendente ("*fair and independent*"), secondo le parole usate dalla Commissione UE nel Concept paper "*Investment in TTIP and beyond-the path for reform*"⁴²⁷. In tale documento, originato per i negoziati TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) con gli USA

⁴²⁵ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: a Stocktaking*, IIA Issues Note, n.1, 2019, pp. 4, 23.

⁴²⁶ L'azione dell'UE per la promozione di investimenti sostenibili si riflette anche sul piano della cooperazione allo sviluppo. Il Piano europeo di investimenti esterni (*European External Investment Plan*, EEIP) è stato varato nel 2016 per sostenere gli investimenti in Africa e nel Vicinato meridionale ed orientale, cfr. Comunicazione della Commissione UE "*Potenziare gli investimenti per la crescita e l'occupazione: verso la seconda fase del Fondo europeo per gli investimenti strategici e verso il piano europeo per gli investimenti esterni*", Bruxelles, 14 settembre 2016, COM(2016) 581 final. L'EEIP si basa su tre pilastri: un fondo europeo per lo sviluppo sostenibile (EFSD), attivo dal 2017 con Regolamento (UE) 2017/1601 del 26 settembre 2017; assistenza tecnica alle controparti locali per sviluppare progetti finanziabili; miglioramento del *business environment* nei paesi partner (buon governo, lotta alla corruzione, rimozione degli ostacoli agli investimenti e delle distorsioni del mercato).

⁴²⁷ COMMISSIONE EUROPEA, Concept paper "*Investment in TTIP and beyond - the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*", pubblicato il 5 maggio 2015, cfr. p. 1: "*The key challenge for the EU's reformed investment policy is the need to ensure that the goal of protecting and encouraging investment does not affect the ability of the EU and its Member States to continue to pursue public policy objectives. A major part of that challenge is to make sure that any system for dispute settlement is fair and independent*".

poi abbandonati nel 2017,⁴²⁸ venivano precisati i termini del nuovo approccio europeo agli investimenti, teso a preservare il perseguimento di obiettivi di politica pubblica. Un precedente in tal senso fu nel 2011 la Risoluzione del Parlamento UE sulla futura politica europea in materia di investimenti internazionali, alla luce della nuova competenza esclusiva in materia di IDE acquisita dall'Unione in forza del Trattato di Lisbona.⁴²⁹ Tale Risoluzione evidenziava la necessità di proteggere lo *State's right to regulate*⁴³⁰ e di includere nei futuri accordi norme sociali ed ambientali, al punto 27: “*sottolinea che la futura politica dell'UE dovrà promuovere anche investimenti sostenibili, rispettosi dell'ambiente (in particolare nel settore delle industrie estrattive) e volti a incoraggiare le condizioni lavorative di buona qualità nelle imprese interessate dagli investimenti*”. La Risoluzione stigmatizza l'uso di un linguaggio troppo vago negli IIAs e l'ampio potere interpretativo degli arbitri, auspicando modifiche al sistema ISDS, anche con l'introduzione di un grado di appello.⁴³¹

⁴²⁸ I negoziati furono accompagnati da un acceso dibattito e critiche che coinvolsero l'opinione pubblica e varie ONG, contribuendo all'abbandono del TTIP. COTULA, *Democracy and International Investment Law*, *ibid.*, p. 374: “[...] public scrutiny by organized citizens also seems to be on the rise. Some recent investment treaty negotiations involved significant public mobilization [...]. Advocacy has relied extensively on social media campaigns, media outreach, and public protests [...]. In Europe, for example, citizens' groups filed a request for a 'European citizens' initiative' on two major proposed economic treaties. [...] The citizens' initiative asked the Commission 'to repeal the negotiating mandate for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) with the US, and 'not to conclude the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)' with Canada. [...] However, NGOs pushed ahead with the petition as a tool to catalyze awareness raising and citizen engagement, and the petition reportedly marshalled over three million signatures”.

⁴²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 6 aprile 2011, *Politica europea in materia di investimenti internazionali*, n. 2010/2203(INI), doc. P7_TA(2011)0141. Il punto A del preambolo ricorda che “il trattato di Lisbona ha posto gli investimenti esteri diretti (IED) tra i settori di competenza esclusiva dell'UE, come sancito dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), e dagli articoli 206 e 207 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)”.

⁴³⁰ Cfr. punto 23: “sottolinea che i futuri accordi di investimento conclusi dall'UE devono rispettare la capacità d'intervento pubblico” e punto 25: “chiede alla Commissione di integrare, in ogni futuro accordo, clausole specifiche che sanciscano il diritto di regolamentazione delle parti dell'accordo”.

⁴³¹ Cfr. punto 24: “esprime profonda preoccupazione riguardo al livello di discrezionalità di taluni arbitri internazionali nell'elaborare un'interpretazione ampia delle clausole di protezione degli investitori, determinando in tal modo l'esclusione di legittime regolamentazioni pubbliche; [...]”; punto G dell'introduzione: “considerando che dopo le prime procedure di risoluzione delle controversie degli anni 1990, e nonostante esperienze generalmente positive, sono emersi vari problemi, dovuti all'uso negli accordi di un linguaggio vago che lasciava spazio

Nel 2015, la Comunicazione *Commercio per tutti (Trade for all)* della Commissione UE faceva stato dell'esistente "accesso dibattito sull'equità e sull'esigenza di preservare il diritto delle autorità pubbliche a legiferare sia nell'UE sia nei paesi partner [...]. Il dibattito in corso ha messo in luce il rischio di abuso delle disposizioni comuni a molti di tali accordi, come anche la mancanza di trasparenza e di indipendenza degli arbitri".⁴³² Nel sopra richiamato Concept paper "Investment in TTIP and beyond" del 2015, la Commissione europea osserva che gli IIAs sono spesso elaborati tenendo presente la protezione degli investimenti piuttosto che lo *State's right to regulate* e che i tribunali arbitrali, nell'interpretarli, considerano solo l'obiettivo di proteggere gli interessi economici degli investitori, senza bilanciarlo con il diritto degli Stati di legiferare nell'interesse pubblico ("have not balanced it against the sovereign right of States to legislate in the public interest").⁴³³ In modo analogo, nel 2014, UNCTAD

all'interpretazione, in particolare per quanto riguarda il rischio di conflitto tra interessi privati e funzione regolatrice delle autorità pubbliche, ad esempio nei casi in cui l'adozione di una legislazione legittima ha condotto alla condanna dello Stato da parte di arbitri internazionali per violazione del principio di un 'trattamento giusto ed equo'; punto 31: "è persuaso che l'attuale sistema di risoluzione delle controversie vada modificato al fine di prevedere maggiore trasparenza, la possibilità per le parti di fare appello, l'obbligo di esperire i mezzi di ricorso locali ove siano sufficientemente affidabili per garantire un processo equo, la possibilità di usare le memorie a titolo di amicus curiae e l'obbligo di scegliere un solo luogo di arbitrato tra investitore e Stato".

⁴³² Comunicazione "Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile". Bruxelles, 14 ottobre 2015 COM(2015) 497 final, cfr. par. 4.1.2. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2016, pp. 233-239.

⁴³³ Commissione europea, *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond*, *ibid.*, punto I.1, p. 5: "[i]n the public debate about investment protection and ISDS, concerns have been expressed about potential limitations to the right of governments to regulate in the public interest. In particular, it has been argued that ISDS offers to investors the right to sue governments when ever new legislation negatively affects their profits. In the past, investment agreements have often been drafted more with the protection of investments in mind than the state's right to regulate. [...] It has also been argued in the public debate that arbitral tribunals, in interpreting the investment agreements, have only considered the objective of protecting the economic interests of the investors and have not balanced it against the sovereign right of States to legislate in the public interest". Vedasi ACCONCI, *L'inclusione del 'right to regulate' negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, Bari, Cacucci ed., 2019, pp. 89-106.

stabiliva che gli IIAs “*must not unduly undermine regulatory space required for sustainable development policies*”.⁴³⁴

Tale elaborazione di idee e progetti trova attuazione nei *Mega Regionals*, una serie di FTAs e IIAs conclusi dall’UE con Paesi terzi e volti ad esportare principi e valori su cui si fonda l’azione esterna dell’Unione, enunciati all’art. 21 TUE (democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale), riconducibili allo sviluppo sostenibile (“*[s]ustainable development is the framework and the ‘presiding principle’ upon which New Generation FTAs are built*”)⁴³⁵ e che costituiscono un formidabile valore aggiunto per lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti.⁴³⁶ I *Mega Regionals* attualmente in vigore o già firmati dall’UE comprendono il CETA con il Canada (*Comprehensive and Economic Trade Agreement*), due Accordi di Libero Scambio (ALS, o *Free Trade Agreement-FTA*) e due Accordi di protezione degli investimenti (Accordo sulla Protezione degli Investimenti-API, o *Investment*

⁴³⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: an Action Plan*, p. 152.

⁴³⁵ HUSH, *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43:1, L. 93, 2018, p. 108.

⁴³⁶ HOFFMEISTER, *The Contribution of EU Trade Agreements to the Development of International Investment Law*, in S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, OUP, 2016, cap. XV, pp. 357-376, ove secondo l’Autore “*the EU can contribute to the further development of international investment law in two ways: by emphasizing the ‘right to regulate’ and advocating reforms in investor-State-dispute settlement*”. Nello stesso volume, VANDUZER, *Sustainable development provisions in international trade treaties. What lessons for international investment agreements?*, pp. 142-148. Vedasi anche BARTELS, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, in *Legal Studies Research Paper Series*, No. 24/2012, University of Cambridge, 2012; NOWROT, *How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 612-644; DE LUCA, *Non Trade Values Protection and Investment Protection in EU Investment Policy*, in T. TREVES, F. SEATZU, S. TREVISANUT (eds.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London, ed. Routledge, 2014, pp. 132-148; DOUMA, *The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments*, in *European Business Law Review*, Vol. 28(2), 2017, pp. 197-216; KALFF, RENDA, *Hidden Treasures: mapping Europe’s sources of competitive advantage in doing business*, ed. CEPS (Centre for European Policy Studies), Brussels, 2019; ZAMFIR, *Human rights in EU trade agreements: the human rights clause and its application*. European Parliament Research Service, 2019.

Protection Agreement-IPA) conclusi con Vietnam⁴³⁷ e Singapore⁴³⁸, ai quali vanno aggiunti gli FTAs con la Corea del Sud⁴³⁹ ed il Giappone (*Japan-EU Economic Partnership Agreement*, individuato anche con l'acronimo JEFTA, *Japan-EU FTA*, benché sia rivolto pure agli investimenti)⁴⁴⁰.

Per quanto riguarda gli EU-FTAs, tutti parlano la stessa lingua sullo sviluppo sostenibile, menzionandolo nel preambolo e consacrando un apposito Capitolo, rubricato “*commercio e sviluppo sostenibile*” (Cap. 16 nel JEFTA, ed in particolare l'art. 16.5 rubricato “*trade and investment favouring sustainable development*”; Cap. 22 del CETA, Capo 13 nel FTA con il Vietnam; Capo 12 nel FTA con Singapore, Capo 13 nel FTA con la Corea del Sud). Tali accordi non si limitano a disposizioni di liberalizzazione commerciale, ma abbracciano -in maniera “*comprehensive*” - l'impegno delle Parti per lo sviluppo sostenibile ed i *non-trade values* (diritti umani, diritti dei lavoratori, tutela dell'ambiente). Tali FTAs intendono “*promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in modo da contribuire al raggiungimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile*” (art. 22.1.1 CETA), vedendo nel commercio un fattore *enabler* dello sviluppo sostenibile,⁴⁴¹ in linea con l'Agenda ONU 2030 (par. 68: “[i]nternational trade is

⁴³⁷ Quanto al Vietnam, il FTA e l'IPA sono stati firmati entrambi il 30 giugno 2019, di cui solo il primo è vigente (*Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam*, firmato ad Hanoi il 30 giugno 2019, in vigore dal 1° agosto 2020, in *Gazzetta Ufficiale U.E.*, L 186 del 12 giugno 2020). L'IPA, includendo materie di competenza concorrente degli Stati membri dell'UE, è un trattato “misto” e richiede la ratifica di ciascuno Stato membro.

⁴³⁸ Quanto a Singapore, il FTA e l'IPA sono stati firmati entrambi il 19 ottobre 2018, ed è vigente solo il FTA (*Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, firmato a Bruxelles il 19 ottobre 2018, in vigore dal 21 novembre 2019, riportato in *Gazzetta Ufficiale U.E.*, L 294 del 14 novembre 2019).

⁴³⁹ *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea*, dall'altra, in *Gazzetta Ufficiale U.E.*, L 127 del 14 maggio 2011.

⁴⁴⁰ *Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico*, firmato il 17 luglio 2018, in vigore dal 1° febbraio 2019, cfr. decisione del Consiglio (UE) 2018/1907 del 20 dicembre 2018, riportata in *Gazzetta Ufficiale U.E.*, L330 del 27 dicembre 2018.

⁴⁴¹ Cfr. art. 13.6.1 FTA Corea del Sud: “*Le parti confermano che il commercio deve promuovere lo sviluppo sostenibile in tutte le sue dimensioni*”; art. 13.10.1 FTA Vietnam “*Ciascuna parte riafferma il proprio impegno a migliorare il contributo del commercio e degli investimenti all'obiettivo dello sviluppo sostenibile nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale*”; art. 16.5 JEFTA: “*The Parties recognise the importance of enhancing the contribution of trade and investment to the goal of sustainable development in its economic, social and environmental*

an engine for inclusive economic growth and poverty reduction, and contributes to the promotion of sustainable development)”).

Lo sviluppo sostenibile viene introdotto richiamando i principali strumenti di *soft law* onusiani (art. 22.1 CETA, art. 12.1 FTA Singapore, art. 13.1 FTA Corea del Sud) ed in due casi richiamando l’Agenda ONU 2030 (art. 13.1.2 FTA Vietnam, art. 16.1. JEFTA). Esso è definito come “obiettivo” all’art. 22.3 CETA, all’art.13.1.2 FTA Vietnam, nel preambolo FTA Singapore, nonché all’art. 13.1.1 e all’art.1.1 lettera g) del FTA Corea del Sud (in quest’ultimo definito “*obiettivo di primaria importanza*”), mentre nel JEFTA compare nel preambolo come “*objective*” e all’art. 16.5 come “*goal*”. Lo sviluppo sostenibile viene reso in tutti i *Mega-Regionals* attraverso la formula di interdipendenza di Copenhagen.⁴⁴²

In tal modo questi FTAs si aprono ai *non-trade values*, costituiti dai diritti fondamentali dei lavoratori secondo gli standard dell’OIL ed in particolare la Dichiarazione OIL del 1998 sui principi e diritti fondamentali nel lavoro ⁴⁴³ (richiamata all’art. 23.3 CETA, che dedica ai diritti dei lavoratori l’intero Cap. 23; all’art. 13.4.2 FTA Vietnam, art. 12.3.3 FTA Singapore, art. 13.4.3 FTA Corea del Sud ed all’art. 16.3.2 JEFTA); dai principi sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 10 dicembre 1948 (in tutti i predetti Trattati venendo

dimensions”, intendendo il “*rafforzamento delle loro relazioni commerciali e della collaborazione in modo da promuovere lo sviluppo sostenibile*” (art. 12.1.4 FTA Singapore).

⁴⁴² Si veda l’art. 22.1.1 CETA: “[l]e parti riconoscono che lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione dell’ambiente sono interdipendenti e costituiscono componenti dello sviluppo sostenibile che si rafforzano reciprocamente”; l’art. 12.1.2 FTA Singapore: “Le Parti riconoscono che lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la tutela dell’ambiente sono interdipendenti e costituiscono componenti dello sviluppo sostenibile che si rafforzano reciprocamente”; art. 13.1.3 FTA Vietnam: “Le parti riaffermano il loro impegno ad adoperarsi per lo sviluppo sostenibile, costituito da sviluppo economico, sviluppo sociale e tutela dell’ambiente, tre elementi che sono interdipendenti e si rafforzano reciprocamente”; art. 13.1.2 FTA Corea del Sud: “Le parti riconoscono che lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la tutela dell’ambiente sono interdipendenti e sono componenti dello sviluppo sostenibile che si rafforzano reciprocamente”; art. 16.1.2 JEFTA “*The Parties recognise the contribution of this Agreement to the promotion of sustainable development, of which economic development, social development and environmental protection are mutually reinforcing components*”.

⁴⁴³ Con la *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* è stato recepito un nucleo irrinunciabile di norme sul lavoro, contenute in otto precedenti Convenzioni OIL. Si tratta di diritti che costituiscono l’asse portante del lavoro dignitoso: diritto alla libertà di associazione e alla contrattazione collettiva, eliminazione del lavoro minorile, del lavoro forzato e delle forme di discriminazione nel lavoro.

citata nel preambolo); dalla protezione dell'ambiente, intesa come un pilastro fondamentale dello sviluppo sostenibile (art. 24 CETA).⁴⁴⁴ Allo stesso tempo, tali FTAs prevedono che le disposizioni sullo sviluppo sostenibile vengano adempiute in modo trasparente e partecipativo, creando meccanismi di dialogo per coinvolgere la società civile (art. 16.16 JEFTA; art. 22.5 CETA; art. 13.15.5 FTA Vietnam; art. 13.12.5 ed art. 13.13 FTA Corea del Sud).⁴⁴⁵

Per quanto concerne i *Mega Regionals* sugli investimenti (IPA-Singapore, IPA-Vietnam e CETA, mentre il JEFTA non contempla disposizioni sui meccanismi ISDS), essi contengono disposizioni comuni sia di parte sostanziale, improntate allo sviluppo sostenibile,⁴⁴⁶ che per la parte processuale di risoluzione delle controversie ISDS, adottando il modello *Investment Court System-ICS* (tribunale permanente di primo grado ed uno d'appello), inaugurato per la prima volta nel

⁴⁴⁴ Cfr. art. 24.2 CETA “*le parti convengono che l'ambiente è un pilastro fondamentale dello sviluppo sostenibile*”, che dedica all'ambiente l'intero Cap. 24; art. 13.5 FTA Corea del Sud, con particolare riferimento ai MEAs; art. 13.5.1 FTA Vietnam, in cui le Parti “*sottolineano la necessità di rafforzare le sinergie tra commercio e ambiente*”; art.16.4.1 JEFTA, laddove le Parti ribadiscono l'importanza di “*achieving mutual supportiveness between trade and environment*”; mentre FTA Singapore vi dedica l'intera Sezione C del Trattato, rubricata “*Commercio e sviluppo sostenibile-aspetti ambientali*”, artt. 12.6-12.10.

⁴⁴⁵ Viene inoltre prevista la creazione di un comitato specializzato (“*Committee on Trade and Sustainable Development*”), composto da rappresentanti delle parti contraenti, per sovrintendere all'attuazione, anche con il coinvolgimento della società civile, del Capitolo dedicato allo sviluppo sostenibile (artt. 16.13, 22.3 JEFTA; art. 22.4 CETA; art. 13.15 FTA Vietnam; art. 12.15.2 FTA Singapore; art. 13.12.2 FTA Corea del Sud). L'art. 22.4 del CETA crea un comitato congiunto (“*Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile*”) con lo scopo di affrontare “*in maniera integrata qualunque questione di interesse comune per le parti attinente al collegamento tra lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione dell'ambiente*” (art. 22.4.1). Il comitato congiunto è anche un mezzo per scoraggiare forme unilaterali di *backsliding* dagli impegni assunti, funzionando come una clausola di *non-lowering of standards*, in analogia con lo spirito dell'Agenda ONU 2030 che al par. 30 invita gli Stati ad astenersi dal promulgare o applicare misure unilaterali di natura economica, finanziaria o commerciale non conformi al diritto internazionale ed alla Carta ONU e che siano di ostacolo al pieno raggiungimento dello sviluppo economico e sociale, in particolare nei paesi in via di sviluppo. L'art. 22.5 CETA prevede la creazione di un *forum* della società civile, da convocare una volta l'anno, al fine di instaurare un dialogo sugli aspetti che riguardano lo sviluppo sostenibile.

⁴⁴⁶ Lo sviluppo sostenibile ed i *non-investment values* vengono contemplati nel preambolo degli IPAs con Singapore e Vietnam (“*determined to strengthen their economic, trade 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 mindful of high levels of environmental and labour protection and relevant internationally-recognised standards and agreements to which they are parties*”, così l'IPA UE-Singapore, con *wording* sostanzialmente identico al preambolo dell'IPA-Vietnam).

CETA.⁴⁴⁷ Gli IPA declinano lo sviluppo sostenibile affermando il diritto statale a legiferare per il perseguimento di interessi pubblici fondamentali ed allo stesso tempo circoscrivendo le ipotesi di violazione del trattamento giusto ed equo (FET), sulla falsariga delle disposizioni introdotte nel 2016 dal CETA.⁴⁴⁸

Si passerà pertanto ad analizzare tali innovazioni muovendo dal *Mega Regional* che per primo le ha contemplate, il CETA tra Canada ed UE, entrato in vigore in via provvisoria il 21 settembre 2017, dal momento che esso fornisce un approccio comune che copre commercio e investimenti (ai quali dedica il Cap. 8)⁴⁴⁹ ed allo stesso tempo incarna la risposta dell'UE alle esigenze di riforma e modernizzazione del sistema ISDS⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ SCHILL, *Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals*, in S. GRILLER, W. OBWEXER, E. VRANES (eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, OUP, 2017. VAJDA, *The EU and Beyond: Dispute Resolution in International Economic Agreements*, in *European Journal of International Law-EJIL*, Vol. 29(1), OUP, 2018, pp. 205-224.

⁴⁴⁸ Queste analogie portano a considerare tali trattati come frutto di un'unica matrice, un implicito "modello BIT" seguito dall'UE nei propri negoziati. LENTNER, *A Uniform European Investment Policy: the Unwritten EU Model BIT*, in *Journal of Law and Administrative Sciences*, Vol. 2, HeinOnline, 2014, pp. 156, 165. KRIEBAUM, *FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 454-483. REINISCH, *Putting the Pieces Together - an EU Model BIT*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 679-704.

⁴⁴⁹ Va ricordato che in riferimento al FTA UE-Singapore, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha emesso l'Opinione n. 2/15 del 16 maggio 2017, che specifica i limiti della competenza esclusiva dell'UE, indicando in particolare le aree dei "portfolio foreign investments" e dell'ISDS come materie di competenza concorrente con gli Stati membri, che devono essere coinvolti nel procedimento di ratifica. Di conseguenza, gli accordi con Singapore e Vietnam, che -su modello del CETA- coprivano in capitoli appositi entrambe le relazioni, commerciali e di protezione degli investimenti, sono stati separati in due trattati distinti: uno di libero scambio (FTA) e un accordo di protezione degli investimenti (IPA). Cfr. PARLAMENTO UE, *Workshop Report. EU investment protection after the ECJ opinion on Singapore: Questions of competence and coherence*. Policy Department for External Relations, Directorate General for External Policies of the Union, PE 603.476 - March 2019, cfr. pp. 12, 23.

⁴⁵⁰ MARCEDDU, *The Emerging Profile of the European IIAs*, in A. BJORKLUND et al. (ed.), *The CETA, Special Issue: Transnational Dispute Management-TDM*, Nootdorp, 2016. PANTALEO, *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?*, in *European Business Law Review*, Vol. 28(2), 2017, pp. 163-184. PAPANINSKIS, *Investors' Remedies under EU Law and International Investment Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 17, Brill-Nijhoff, 2016, pp. 919-941. ACKHURST, NATTRASS, BROWN, *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: a brave new world for free trade*, in *ICSID Review*, Vol. 31(1), 2016, p. 59: "One of the most important aspects of CETA -its investment and investor-State dispute settlement (ISDS) provisions-may also be its most novel and controversial. [...] The innovative investment and ISDS provisions are particularly significant in that they represent a turning point in the approach to investment protection".

Nel CETA, lo sviluppo sostenibile è citato nel preambolo con l'impegno a promuoverne la triplice dimensione (“[r]iaffermando il loro impegno a promuovere lo sviluppo sostenibile e il potenziamento del commercio internazionale in modo da contribuire allo sviluppo sostenibile nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale”). Assieme allo sviluppo sostenibile, il preambolo richiama l'importanza dei diritti umani (“riaffermando il loro profondo sostegno alla democrazia e ai diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”) e l'esigenza di chiarezza, trasparenza, prevedibilità delle regole, sia per il commercio che per gli investimenti (“stabilire norme chiare, trasparenti, prevedibili e reciprocamente vantaggiose per disciplinare gli scambi e gli investimenti delle parti”). Oltre che nel preambolo, il CETA dedica l'intero Cap. 22 allo sviluppo sostenibile,⁴⁵¹ che i Capitoli 23 e 24 specificeranno, rispettivamente, per la dimensione sociale (diritti dei lavoratori e lavoro dignitoso) ed ambientale.⁴⁵² Il preambolo ed il Cap. 22 riferiscono, invero, lo sviluppo sostenibile al commercio e non anche agli investimenti. In realtà, nel preambolo, il riferimento al commercio va inteso in senso ampio, includendo gli investimenti come parte della politica commerciale internazionale.⁴⁵³ A riprova di tale lettura comune, il CETA contiene due articoli speculari, l'art. 23.4 e l'art. 24.5, entrambi rubricati “mantenimento dei livelli di protezione”, riguardanti rispettivamente il rispetto degli standard di tutela del lavoro e di quelli ambientali, ed entrambi fanno riferimento sia al commercio che agli investimenti.⁴⁵⁴ Del resto, la Commissione europea nella già ricordata

⁴⁵¹ PUCCIO, BINDER, *Trade and sustainable development chapters in CETA*. European Parliament Research Service, 2017.

⁴⁵² Cfr. art. 22.1.3: “A questo proposito, mediante l'attuazione delle disposizioni di cui ai capi 23 (Commercio e lavoro) e 24 (Commercio e ambiente), le parti mirano a: a) promuovere lo sviluppo sostenibile rafforzando il coordinamento e l'integrazione delle rispettive politiche e misure in materia di lavoro, ambiente e commercio”).

⁴⁵³ SCHACHERER, *The CETA Investment Chapter and Sustainable Development: Interpretative Issues*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, ed. Springer, Cham, 2019, pp. 214-215.

⁴⁵⁴ Cfr. art. 23.4.1: “[l]e parti riconoscono che non è opportuno incoraggiare gli scambi o gli investimenti indebolendo o riducendo i livelli di protezione accordati dalle rispettive norme e dalla rispettiva legislazione in materia di lavoro”; art. 24.5.1: “[l]e parti riconoscono che non è

Comunicazione *Commercio per tutti* accomunava il commercio e gli investimenti, basandoli su regole di trasparenza e su di un assetto valoriale fondato sullo sviluppo sostenibile,⁴⁵⁵ in particolare per garantire i diritti dei lavoratori e dell'ambiente (cfr. par. 4.2.2 “[l]’obiettivo è, in particolare, massimizzare il potenziale offerto da un aumento degli scambi e degli investimenti per garantire la dignità del lavoro e la protezione dell’ambiente [...]”).

Il CETA innova riducendo le ambiguità testuali dei tradizionali IIAs⁴⁵⁶ e garantendo lo *State’s right to regulate*. L’introduzione di definizioni dettagliate e precise evita eccessivi spazi di autonomia interpretativa degli arbitri ed il rischio di pronunce confuse o confliggenti tra loro, mentre il diritto dello Stato a legiferare per motivi di interesse pubblico pone un argine ai ricorsi arbitrali degli investitori contro provvedimenti normativi di interesse generale.

Circa gli *standard* di protezione, il CETA contiene all’art. 8.10.2 una definizione lunga e chiusa del FET che stabilisce quali comportamenti ne costituiscano violazione, codificando le ipotesi già a suo tempo tipizzate dalla giurisprudenza arbitrale.⁴⁵⁷ SACERDOTI definisce l’art. 8.10 “*a ‘gold standard’ in recent international investment agreements for how foreign investors should be treated, balancing their protection with host countries’ legitimate interests*”.⁴⁵⁸ Secondo tale dettagliato elenco, le parti violano l’obbligo di trattamento giusto ed equo quando commettono: *a)* un diniego di giustizia nei procedimenti penali, civili o amministrativi; *b)* una violazione fondamentale del principio del giusto processo, compreso l’obbligo di trasparenza; *c)* un comportamento

opportuno incoraggiare gli scambi o gli investimenti indebolendo o riducendo i livelli di protezione offerti dalla loro legislazione ambientale”.

⁴⁵⁵ Comunicazione “*Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*”, *ibid.*, cfr. par. 3 intitolato “*Una politica commerciale e di investimento più trasparente*” ed il par. 4, intitolato “*Una politica commerciale e di investimento basata su valori*”.

⁴⁵⁶ HENCKELS, *Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 19(1), OUP, 2016, pp. 27-50.

⁴⁵⁷ GELINAS, JADEAU, *CETA’s Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation*, in A. BJORKLUND et al. (ed.) *The CETA, Special Issue: Transnational Dispute Management-TDM*, Nootdorp, 2016.

⁴⁵⁸ SACERDOTI, *Is USMCA really ‘the new gold standard’ of investment protection?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 281 del 29 giugno 2020, cfr. p. 2.

manifestamente arbitrario; *d*) una discriminazione mirata, fondata in particolare sul sesso, razza o religione; *e*) un trattamento abusivo degli investitori, attraverso coercizioni, costrizioni, vessazioni.⁴⁵⁹ Un analogo elenco dettagliato del FET si rinviene all'art. 2.4 dell'IPA-Singapore e all'art. 2.5 dell'IPA-Vietnam.

Si tratta di un elenco chiuso di violazioni, non estensibile in via interpretativa. Lo conferma la successiva lettera *f*), laddove specifica che nuove violazioni possono essere introdotte solo su accordo delle parti contraenti, in sede di riesame periodico del contenuto del FET. Lo ribadisce l'art. 8.10.6, che precisa come la violazione di altre disposizioni del CETA o di un altro Trattato non costituisce inosservanza dell'obbligo di FET (in modo analogo dispongono l'art. 2.4.7. dell'IPA-Singapore e l'art. 2.5.7 dell'IPA-Vietnam). Dall'aggettivazione utilizzata ("fondamentale", "manifesta" arbitrarietà, discriminazione "mirata") emerge una responsabilità "a soglia" per l'*Host State*, limitata a violazioni particolarmente gravi del FET.⁴⁶⁰ Inoltre, l'ipotesi sub *d*) si presta ad introdurre nell'arbitrato degli

⁴⁵⁹ Questo linguaggio, usato nei punti *a*)-*e*) è il portato giurisprudenziale di lodi come il sopracitato *Waste Management* del 2004; del lodo *Glamis Gold, Ltd. v. USA*. UNCITRAL, Award, 8 giugno 2009, par. 616 "[...] to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking -a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons -so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)"; par. 828 "[t]he complained-of acts were not egregious and shocking-a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons" e al par. 829 "[t]here is simply not the egregiousness necessary to breach the fair and equitable treatment standard of Article 1105 as it currently stands [...] therefore a breach of Article 1105 still requires acts that exhibit a high level of shock, arbitrariness, unfairness or discrimination". In tal senso, si veda anche il lodo ICSID *CMS Gas* del 2005 (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 maggio 2005) al par. 290: "[a]ny measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment". Si veda inoltre il lodo *Parkerings* del 2007, (*Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 settembre 2007) secondo il quale è proibito che lo Stato agisca in modo sleale, irragionevole o ingiusto ("What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power", cfr. par. 332, ripetuto al successivo par. 337: "The record does not show that the State acted unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. The Claimant has failed to demonstrate that the modifications of laws were made specifically to prejudice its investment").

⁴⁶⁰ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, *ibid.*, cfr. par. 194: "[...] the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the

investimenti la tematica dei diritti umani, laddove ricorrano eclatanti discriminazioni (“*manifestly wrongful grounds*”).

Il CETA contiene anche le due clausole MFN (“*Most Favourite Nation*”) e di NT (“*National Treatment*”). Entrambe si rinvencono nella maggior parte degli IIAs e con l’analoga finalità di non discriminare il trattamento degli investitori⁴⁶¹ sul territorio dell’*Host State*.⁴⁶² Entrambe impongono il rispetto di uno standard relativo, costituito rispettivamente dal trattamento accordato dall’*Host State* agli investitori di un paese terzo ovvero agli investitori nazionali. Entrambe si basano su tre requisiti, identificati ed elaborati dalla giurisprudenza arbitrale: l’investitore discriminato deve trovarsi “*in like circumstances*” con l’investitore, straniero o nazionale, di riferimento; deve aver sofferto una discriminazione a cagione della propria nazionalità, ed il trattamento discriminatorio ricevuto non deve essere altrimenti giustificato.⁴⁶³ La clausola di NT è contenuta anche negli IPAs con

given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards”. Per tali motivi, è stato sostenuto che la tutela dell’investitore ne esce diminuita e che una lista chiusa e dettagliata di violazioni del FET impedisce il soccorso della flessibilità interpretativa. Così, GRILLER, OBWEXER, VRANES, *Mega-Regionals Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA-New Orientations for EU External Economic Relations*, OUP, 2017, p. 104: “*codification of these standards provides less protection for investors through terms requiring that arbitrary treatment be ‘manifest’ or that breaches of due process be ‘fundamental’*. Moreover, actually codifying arbitral practice in treaty language restricts the interpretative flexibility of arbitral tribunals”.

⁴⁶¹ ORTINO, *Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes*, in P. DUPUY, E. PETERSMANN, F. FRANCONI (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, OUP, 2009.

⁴⁶² Tale obiettivo di armonizzazione appare dal fatto che entrambe le clausole figurano sotto la medesima sezione “C” del CETA, rubricata “*trattamento non discriminatorio*”. Secondo la clausola NT, prevista all’art. 8.6 CETA, ciascuna parte accorda agli investitori ed agli investimenti dell’altra parte un trattamento non meno favorevole di quello accordato, in situazioni simili, ai propri investitori e ai loro investimenti per quanto concerne “*lo stabilimento, l’acquisizione, l’espansione, la conduzione, l’esercizio, la gestione, il mantenimento, l’uso, il godimento, la vendita o l’alienazione dei loro investimenti nel proprio territorio*”. Per la clausola MFN contenuta all’art. 8.7 CETA, ciascuna parte accorda agli investitori ed agli investimenti dell’altra parte un trattamento non meno favorevole di quello accordato, in situazioni simili, agli investitori di un paese terzo ed ai loro investimenti, per quanto concerne le stesse situazioni richiamate dalla clausola NT all’art. 8.6.

⁴⁶³ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8. Award, 11 settembre 2007. Il lodo fornisce una dettagliata analisi della clausola MFT e del requisito delle c.d. “*in like circumstances*”, cfr. par. 369: “*[t]he essential condition of the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in like circumstances*”). Inoltre, i due investitori devono operare nello stesso settore economico o commerciale (“*in the same economic*

Singapore (art. 2.3) e con il Vietnam (art. 2.3, mentre all'art. 2.4 è contemplata la clausola MFN).

Il CETA prevede espressamente lo *State's right to regulate*. Esso viene citato nel preambolo come “*il diritto delle parti di legiferare nei rispettivi territori e la flessibilità di cui dispongono nel perseguire obiettivi politici legittimi*”.⁴⁶⁴ Attraverso tale previsione, il CETA si uniforma alle raccomandazioni del Parlamento europeo⁴⁶⁵ e anche dell'UNCTAD, che nel 2015 auspicava una riforma degli IIAs che avesse come principale obiettivo quello di “*safeguarding the right to regulate in the public interest so as to ensure that IIAs' limits on the sovereignty of States do not unduly constrain public policymaking*”.⁴⁶⁶ Il *right to regulate* viene poi dettagliato all'art. 8.9.1 CETA, attraverso una formula aperta ed esemplificativa, con l'unica differenza rispetto al preambolo dell'aggiunta, tra gli esempi citati, della protezione sociale e quella del consumatore: “*le parti riaffermano il loro diritto di legiferare nei rispettivi territori al fine di conseguire*

or business sector”, par. 371). Al contrario, un trattamento meno favorevole è accettabile e la clausola MFN non si applicherà quando l'Host State abbia un “obiettivo legittimo” che giustifichi la disparità di trattamento (“*[a] contrario, a less favourable treatment is acceptable if a State's legitimate objective justifies such different treatment in relation to the specificity of the investment*”, par. 371). La tutela del patrimonio storico-culturale ed archeologico e la protezione dell'ambiente diventano il legittimo obiettivo dell'Host State che giustifica la disparità di trattamento, facendo venir meno l'operatività della clausola MFN (“*[t]he historical and archaeological preservation and environmental protection could be and in this case were a justification for the refusal of the project*”, par. 392).

⁴⁶⁴ Cfr. preambolo CETA: “*[r]iconoscendo che le disposizioni del presente accordo preservano il diritto delle parti di legiferare nei rispettivi territori e la flessibilità di cui dispongono nel perseguire obiettivi politici legittimi, ad esempio nei settori della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente, della morale pubblica e della promozione e tutela della diversità culturale*”. BONFANTI, *Domestic Policy Space and the Settlement of Trade Disputes under the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*, in A. BJORKLUND et al. (ed.) *The CETA, Special Issue: Transnational Dispute Management*, 2016; PUCCIO, *CETA: investment and right to regulate*, in *European Parliamentary Research Service*, Parlamento europeo, 2017; ACCONCI, *L'inclusione del 'right to regulate' negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 1, pp. 89-106.

⁴⁶⁵ Già nel 2011 il Parlamento europeo, nella sopra richiamata Risoluzione n. 2010/2203(INI), chiedeva alla Commissione “*di integrare, in ogni futuro accordo, clausole specifiche che sanciscano il diritto di regolamentazione delle parti dell'accordo, tra l'altro, nei settori della protezione della sicurezza nazionale, dell'ambiente, della salute pubblica, dei diritti dei lavoratori e dei consumatori, della politica industriale e della diversità culturale*”, cfr. punto 25.

⁴⁶⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance*, cfr. capitolo “*Reforming the International Investment Regime: an action menu*”, p. XI.

obiettivi politici legittimi come la tutela della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori nonché la promozione e la tutela della diversità culturale”.

L'art. 8.9.2 chiarisce che le norme sulla protezione degli investimenti non possano essere interpretate come un impegno dei governi a non modificare il proprio quadro normativo (*regulatory chill*).⁴⁶⁷ Un altro modo con cui il CETA tutela lo *State's right to regulate* è per mezzo di eccezioni generali, previste all'art. 28.3.1, che incorpora l'art. XX GATT 1994 ⁴⁶⁸.

Tale funzione di bilanciamento ⁴⁶⁹ del *right to regulate* rispetto all'obbligo di protezione degli investimenti viene valorizzata grazie allo sviluppo sostenibile nel preambolo del CETA, in quanto esso contiene i principi fondamentali che ispirano oggetto e scopo del Trattato, alla luce dei quali deve svolgersi l'interpretazione dell'intero suo contenuto. Come ben nota HUSH, “[r]eading CETA’s right to regulate in light of the agreement’s object and purpose strengthens and broadens the right’s scope to include sustainable development” e conclude che “[r]eading

⁴⁶⁷ Art. 8.9.2: “si precisa che il semplice fatto che una parte legiferi, anche modificando la propria legislazione, in modo tale da incidere negativamente su un investimento o da interferire nelle aspettative di un investitore, comprese le aspettative di profitto, non costituisce una violazione di un obbligo a norma della presente sezione [sezione D, protezione degli investimenti]”.

⁴⁶⁸ Art. 28.3.1 CETA: “L’articolo XX del GATT 1994 è integrato nel presente accordo e ne fa parte. Le parti convengono che le misure di cui all’articolo XX, lettera b), del GATT 1994 comprendono misure di carattere ambientale necessarie per tutelare la vita o la salute dell’uomo, degli animali o delle piante. Le parti convengono che l’articolo XX, lettera g), del GATT 1994 si applica alle misure relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili, biologiche e non biologiche”. Tali eccezioni generali sono previste anche nell’IPA con Singapore, allo scopo di derogare alla clausola di NT (art. 2.3.3) e nell’IPA con il Vietnam come deroghe alle clausole di NT e MFN (art. 4.6). Lo *State's right to regulate* figura nel preambolo dell’IPA-Singapore (“Reaffirming each Party’s right to adopt and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety, promotion and protection of cultural diversity”) e viene specificato per mezzo di una formula aperta ed esemplificativa (art. 2.2 IPA-Singapore, ed in modo analogo l’art 2.2 IPA-Vietnam: “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”).

⁴⁶⁹ MARKERT, *The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors’ Rights and Regulatory Interests of Host States*, in *European Yearbook of International Economic Law, Special Issue: International Investment Law and EU Law*, ed. Springer, 2011; HENCKELS, *Balancing Investment Protection and Sustainable Development in Investor-State Arbitration: The Role of Deference*, in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012-2013*, OUP, 2014, pp. 305-326.

binding sustainable development obligations into CETA is not only plausible, it is imperative".⁴⁷⁰

Strettamente correlati allo *State's right to regulate*, sono i casi di espropriazione regolati all'art. 8.12. Il CETA stabilisce che nessuna parte può nazionalizzare o espropriare un investimento né direttamente né indirettamente⁴⁷¹, mediante misure di effetto equivalente alla nazionalizzazione o all'espropriazione, tranne nei casi in cui l'espropriazione sia effettuata in conformità dei seguenti quattro requisiti: *a)* per un fine di pubblica utilità, *b)* nel rispetto del principio del giusto procedimento *c)* su base non discriminatoria *d)* dietro pagamento di un'indennità tempestiva, congrua ed effettiva ("*prompt, adequate and effective compensation*", in base all'equo valore di mercato dell'investimento espropriato, art. 8.12 CETA). Analoghe disposizioni sono contenute all'art. 2.6 dell'IPA-Singapore e all'art. 2.7 dell'IPA-Vietnam.⁴⁷² Si tratta di capire dove finisca il divieto di espropriazione, anche indiretta, e dove inizi il diritto a regolamentare "*without being obliged to pay compensation*".⁴⁷³ Il CETA risponde a questo interrogativo al comma 3 dell'Allegato 8-A, precisando che "*le misure non discriminatorie di una parte,*

⁴⁷⁰ HUSH, *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43(1), L. 93, 2018, pp. 127, 159.

⁴⁷¹ Il CETA definisce l'espropriazione indiretta all'Allegato 8-A comma 1, lettera b): "*l'espropriazione indiretta si verifica quando una parte adotta una misura o una serie di misure con effetto equivalente all'espropriazione diretta, in quanto l'investitore si vede sostanzialmente privato delle facoltà essenziali connesse al diritto di proprietà in relazione all'investimento, compreso il diritto di usare, godere e disporre del proprio investimento, senza che abbiano luogo un trasferimento formale del titolo di proprietà né una vera e propria confisca*".

⁴⁷² KRIEBAUM, *FET and Expropriation in the Comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA)*, in A. BJORKLUND et al. (ed.) *The CETA*, Special Issue TDM, 2016. ÜNÜVAR, *Is CETA the Promised Breakthrough? Interpretation and Evolution of Fair and Equitable Treatment and (Indirect) Expropriation Provisions*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARTESE (eds.), *The EU as an Actor in International Economic Law*, T.M.C. Asser Institute Press, 2017.

⁴⁷³ HUSH, *Where No Man Has Gone before*, *ibid.*, p. 104: "[w]ith regards to the valid exercise of the right to regulate, the issue is to what extent the State may regulate for a legitimate public purpose, without being obliged to pay compensation to an investor for indirectly expropriating their investment".

concepite e applicate per tutelare interessi pubblici legittimi come la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente, non costituiscono espropriazioni indirette".⁴⁷⁴ Si affronteranno ora i contributi del CETA all'innovazione degli IIAs sul piano procedurale dei meccanismi di risoluzione delle controversie *Investor-State*. Il CETA rimpiazza la clausola compromissoria ISDS con un sistema istituzionalizzato, munito di due gradi di giudizio, l'*Investment Court System-ICS*.⁴⁷⁵ Delineato nel 2015 nella Comunicazione della Commissione "*Commercio per tutti*" dedicata anche agli investimenti,⁴⁷⁶ nel 2017 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa lo indicò come un "*reasonable compromise*" tra lo *status quo*, frammentato in molteplici meccanismi ISDS, ed un ritorno alla protezione degli investitori da parte dei tribunali nazionali.⁴⁷⁷ Nella visione dell'UE, nel

⁴⁷⁴ È interessante notare come già nel 2007 si rinveniva analoga disposizione nell'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, mai entrato in vigore. Esso stabiliva che l'esercizio del *right to regulate* non poteva costituire una forma di espropriazione indiretta (cfr. art. 20.8: "*Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article*").

⁴⁷⁵ BERNARDINI, *The European Union's Investment Court System-A Critical Analysis*, in *ASA Bulletin*, Vol. 35(4), 2017, pp. 812-836. PANTALEO, *The participation of the EU in international dispute settlement: lessons from EU investment agreements*, Springer, 2019; BUNGENBERG, REINISCH, TIETJE, *EU and investment agreements: open questions and remaining challenges*, Baden-Baden: Nomos; Zurich: Dike, 2013. GRILLER, OBWEXER, VRANES, *Mega-Regionals Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA-New Orientations for EU External Economic Relations*, OUP, 2017, cfr. p. 147: "*After all, an appellate mechanism would have benefits that are similar to a multilateral investment court in terms of creating coherence and ensuring an appropriate balance in ISDS jurisprudence. Its great advantage, by contrast, would be that it is potentially more easily agreeable for a greater number of states. An appellate mechanism could also be combined more easily with the existing arbitral system serving as a first instance*". L'idea di un organo d'appello permanente per il sistema degli arbitrati di investimenti venne preconizzata già nel 2005 da FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, 2005, Vol. 73, p. 1524.

⁴⁷⁶ Cfr. par. 4.1.2: "[...] gli accordi bilaterali dell'UE avvieranno la trasformazione della vecchia procedura di risoluzione delle controversie investitore-Stato introducendo un sistema giudiziario pubblico per gli investimenti, composto da un tribunale di primo grado e da una Corte d'appello che operano come i tribunali tradizionali. Tale sistema prevede un codice di condotta chiaro che consenta di evitare i conflitti di interesse e giudici indipendenti con elevate qualifiche giuridiche e tecniche equiparabili a quelle richieste ai giudici dei tribunali internazionali permanenti, come la Corte internazionale di giustizia e l'organo di appello dell'OMC".

⁴⁷⁷ CONSIGLIO D'EUROPA. *Parliamentary Assembly*, Resolution n. 2151(2017), *Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements*", cfr.

sopra richiamato *Concept paper* elaborato in vista dei negoziati TTIP con gli USA, l'ICS costituisce un “*stepping stone*” verso la creazione di una Corte permanente multilaterale per gli investimenti.⁴⁷⁸ Si delinea così un modello a due stadi: un tribunale permanente, munito di un grado di appello (ICS), in vista della creazione di una *Multilateral Investment Court* (MIC), che lo rimpiazzerebbe come unica istanza competente per le ISDS a livello multilaterale.

Il modello “ICS+MIC” è stato inserito dall'UE nella bozza del TTIP, poi abbandonato⁴⁷⁹, negli IPA con il Vietnam e Singapore, nel CETA con il Canada. In questi *Mega Regionals*, con disposizioni analoghe tra loro, si prevede il sistema ICS e si ipotizza *pro futuro* l'istituzione di una MIC munita di un doppio grado di giudizio. La MIC costituisce un impegno negoziale *de contrahendo*, da promuovere assieme ad altri paesi *like-minded*,⁴⁸⁰ contenuto all'art. 8.29

par. 7: “[...] *the Assembly considers that replacing ISDS clauses by a permanent, multilateral ICS would be a reasonable compromise between the status quo, consisting of multiple ISDS mechanisms, and the full renationalization of investment protection. It would eliminate the most important drawbacks of the existing ISDS mechanisms whilst ensuring that foreign investments, especially those by small and medium-sized companies, continue to enjoy adequate legal protection at the international level*”.

⁴⁷⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond*, *ibid.*, cfr. pp. 6-12: “[...] *the proposals outlined above are intended as the stepping stones towards the establishment of a multilateral system. [...] Therefore, the EU should pursue the creation of one permanent court. [...] The objective would be to multilateralise the court either as a self-standing international body or by embedding it into an existing multilateral organization*”. L'analisi comincia al punto II.1, cfr. p. 6 elencando le criticità del sistema ISDS: “*Currently, arbitrators on ISDS tribunals are chosen by the disputing parties (i.e. the investor and the defending state) on a case-by-case basis. The current system does not preclude the same individuals from acting as lawyers (e.g. preparing the investor's claims) in other ISDS cases. This situation can give rise to conflicts of interest - real or perceived - and thus concerns that these individuals are not acting with full impartiality when acting as arbitrators [...]. One of the most persistent criticisms of the international investment arbitration process is that ISDS tribunals can get their decisions wrong, and there is no corrective mechanism via an appeal*”.

⁴⁷⁹ La proposta negoziale dell'UE sul Cap. 2 del TTIP, relativo agli investimenti e all'*Investment Court System* risale al 12 novembre 2015, ed è disponibile al sito web: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

⁴⁸⁰ REINISCH, *The European Union and Investor-State Dispute Settlement: from Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court*, in *Investor-State Arbitration Series*, paper No. 2-March 2016, Centre for International Governance Innovation, Canada, pp. 1-29. BUNGENBERG, REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, in *European Yearbook of International Economic Law-Special Issue*, 2018, Springer. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 1, 2017, pp. 133-169. HOWSE, *Designing a Multilateral Investment Court*:

CETA,⁴⁸¹ all'art. 3.12 dell'*EU-Singapore IPA* e all'art. 3.41 dell'*EU-Vietnam IPA*. La creazione della MIC avrebbe il pregio di uniformare l'interpretazione degli IIAs ed assicurare una maggiore coerenza delle decisioni emanate.⁴⁸² L'ipotesi del sistema MIC è in discussione, assieme ad altre opzioni di riforma, in seno al Gruppo di Lavoro III, istituito nel 2017 dall'UNCITRAL (*Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*)⁴⁸³.

Un'altra ipotesi allo studio consiste nel creare un meccanismo di appello unico, per mezzo di una Convenzione multilaterale che lo estenda a tutti i BITs, uniformandoli con una soluzione ad "ombrello" (*opt-in Convention*) analoga alla *Mauritius Convention*, con cui si estendono le *UNCITRAL Rules on Transparency* alle controversie non coperte dalle stesse, ovvero in analogia alla Convenzione multilaterale OCSE-BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), che armonizza tutta una serie di trattati bilaterali vertenti sulla stessa materia

Issues and Options, in *Yearbook of European Law*, Vol. 36(1), OUP, 2017, pp. 209-236. ZARRA, *The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, Bari, Cacucci, Vol. 2, 2018, pp. 389-412.

⁴⁸¹ Art. 8.29: “[l]e parti perseguono insieme ad altri partner commerciali la costituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti e l’istituzione di un meccanismo d’appello per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Al momento dell’istituzione di tale meccanismo multilaterale, il comitato misto CETA adotta una decisione che stabilisce che le controversie in materia di investimenti insorte nel quadro della presente sezione saranno risolte mediante ricorso a tale meccanismo multilaterale e adotta le misure transitorie appropriate”.

⁴⁸² ZARRA, *The issue of incoherence in investment arbitration: is there need for a systemic reform?*, in *Chinese Journal of International Law*, Oxford, OUP, Vol. 17, 2018, cfr. p. 141: “[...] the lack of coherence is to be considered also from the perspective of integration of values, within international investment law, which are protected by other fields of public international law (such as human rights and the protection of the environment), which often are in contrast with the protection of investors, and which have been taken into consideration only occasionally and unpredictably by investment arbitrators”. Resta aperto il problema della costituzione della MIC, come organizzazione autonoma e indipendente ovvero incardinata presso un organismo già esistente, ad esempio UNCITRAL, WTO o ICSID. Cfr. CALAMITA, *The Challenges of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID*, in *ICSID Review*, Vol. 32(3), 2017, pp. 611-624.

⁴⁸³ UNCITRAL, *Working Group III*, in cui le opzioni di riforma ISDS sono state riassunte nel documento n. A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1>.

fiscale.⁴⁸⁴ Tale soluzione ha il vantaggio di evitare le singole procedure di emendamento ex art. 39 CVDT dei numerosi BITs in vigore.

In alternativa, un'altra ipotesi prevede una modifica *inter se* della Convenzione ICSID ⁴⁸⁵ ex art. 41 CVDT. Per tale via, si rimpiazzerebbe la limitata procedura di annullamento del lodo, prevista dall'art. 52 della Convenzione ICSID, con un regime di appello valido unicamente *inter se* tra gli Stati aderenti.⁴⁸⁶ L'art. 52 enuncia cinque casi tassativi in cui è eccezionalmente ammesso il ricorso contro il lodo, nelle ipotesi in cui il tribunale arbitrale non sia stato regolarmente costituito o abbia agito in eccesso di potere, corruzione, o violando norme fondamentali di procedura, o in mancanza di motivazione del lodo.

Altri Stati hanno seguito percorsi diversi di riforma. Alcuni hanno ripudiato il sistema ISDS, denunciando la Convenzione ICSID (Bolivia, Ecuador e Venezuela). L'India, che non è parte della Convenzione ICSID, ha denunciato circa 60 BITs (tra cui quelli con gli Stati membri dell'UE) e adottato nel 2016 un nuovo *modello BIT*, nel quale rivive la regola del previo esaurimento dei ricorsi

⁴⁸⁴ *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, in vigore dal 1 luglio 2018. Tale meccanismo multilaterale per modificare la rete dei BITs ricade sotto la regola *lex posterior derogat priori* (art. 30.3 CVDT) ed era stato considerato dall'UNCITRAL nel doc.A/CN.9/917, in base al quale “*the relationship between the Opt-in Convention and the existing IIAs could be viewed as one of subsequent treaties having the same subject-matter. This appears indeed the more correct view*”.

⁴⁸⁵ La previsione di un *Appellate Body* è contenuta negli FTAs conclusi dalla Corea del Sud con USA, Australia, Canada, Nuova Zelanda (ad esempio, nel FTA con il Canada, cfr. Cap. 8, All. 8: “*Within three years after the date this Agreement enters into force, the Parties shall consider whether to establish an appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 8.24 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism*”).

⁴⁸⁶ BOTTINI, *Present and Future of ICSID Annulment: the path to an Appellate Body?*, in *ICSID Review*, Vol. 31(3), 2016, pp. 712-727. REINISCH, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 19(4), OUP, 2016, pp. 761-786. Tali modifiche *inter se* sembrano soddisfare i requisiti dell'art. 41 CVDT: non proibizione da parte del trattato, intangibilità dei diritti e obblighi delle altre parti nascenti dallo stesso, compatibilità con oggetto e scopo della Convenzione ICSID, ma per quest'ultima altri Autori oppongono il dato letterale dell'art. 53 (“*the award ...shall not be subject to any ... other remedy except those provided for in this Convention*”).

interni (art. 15.1).⁴⁸⁷ Altri paesi hanno denunciato i BITs esistenti ⁴⁸⁸ e avviato una riflessione per escludere la clausola ISDS nei loro accordi futuri (Ecuador, Venezuela, Sudafrica, Indonesia, Australia, India, Pakistan).⁴⁸⁹ Il Brasile con gli accordi ACFI, di cui si dirà *infra*, sposa esclusivamente procedure interstatuali di risoluzione delle controversie (*State-State Dispute Settlement*, SSDS). Il RCEP, per la parte investimenti al Cap. 10, prevede varie forme di collaborazione per facilitare la risoluzione delle liti (art. 10.17.2-4).⁴⁹⁰ Altri ancora hanno circoscritto l'operatività del sistema ISDS (Messico e USA nel USMCA; nel CPTPP, limitato ai casi previsti all'art. 9.19 e con esclusione dell'operatività della clausola MFN ex art. 9.5.3). L'USMCA mantiene l'attuale meccanismo ISDS, ma limitandolo doppiamente: *ratione personae*, applicandolo solo tra USA e Messico, mentre il Canada aderisce a procedure SSDS; *ratione materiae*, per i soli casi di violazione del trattamento nazionale (NT), *most-favored-nation* (MFN) e di espropriazione diretta, purché verificatisi nella fase post-costituzione degli investimenti (art. 14.D.3 dell'Allegato 14-D). In tal modo, l'USMCA potrebbe costituire, secondo CABRERA, un *new gold standard*, un modello limitato e circoscritto di ISDS adatto agli Stati che vogliano evitare rischi di *regulatory chill* e di compressione del proprio *State's right to regulate*, impedendo ricorsi basati sulle violazioni del FET o per espropriazioni indirette. Di contrario avviso SACERDOTI,

⁴⁸⁷ PRABHASH, *India and Bilateral Investment Treaties: Refusal, Acceptance, Backlash*, Oxford, OUP, 2019, nel cui *abstract* l'Autore nota che “[a]s a consequence of being sued by more than 20 foreign investors, India terminated close to 60 investment treaties and adopted a new Model bilateral investment treaty (BIT) purportedly to balance investment protection with the host state’s right to regulate”. L’India non ha aderito al CPTPP nel 2018, né al RCEP nel 2020.

⁴⁸⁸ JOHNSON, SACHS, GÜVEN, COLEMAN, *Clearing the Path: Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law*, in *CCSI Policy Paper*, New York, CCSI, 2018, in cui gli Autori notano come comune denominatore di tali scelte la “greater awareness of the need to design appropriate policies to maximize the contributions of cross-border investment to sustainable development objectives”.

⁴⁸⁹ TRAKMAN, MUSAYELYAN, *The Repudiation of Investor-State Arbitration and Subsequent Treaty Practice: the Resurgence of qualified Investor-State arbitration*, in *ICSID Review*, Vol. 31(1), 2016, pp. 194-218.

⁴⁹⁰ SCHACHERER, *Facilitating investment through IIAs: the case of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 295 del 11 gennaio 2021, pp. 2-3.

che suggerisce di individuare, come visto sopra, tale *gold standard* nell'art. 8.10.2 del CETA.⁴⁹¹

Va per completezza accennato che, se la MIC costituisce l'innovativa *roadmap* per il sistema ISDS con gli Stati terzi, nei rapporti invece tra Stati membri la Commissione europea sostiene l'incompatibilità con la normativa europea delle clausole ISDS contenute nei BITs *intra-UE*. Così, nel 2016, intervenendo nel sopra citato caso *Blusun c. Italia*, la Commissione eccepì il difetto di giurisdizione del tribunale arbitrale dell'ICSID: “[...] *the EC considers that the ICSID mechanism is inconsistent with the relationship between Member States, because the EU does not permit the settlement of intra-EU disputes outside the framework of the EU*” (cfr. par. 219 del lodo); “[...] *the proper interpretation is that the ECT is inapplicable between Member States, or at least Article 26 of the ECT does not apply between them*” (par. 228). Nel caso *Blusun*, il tribunale arbitrale, dopo aver passato in rassegna una decina di lodi ICSID che avevano “*consistently rejected*” l'obiezione *intra-UE* (“[o]verall the effect of these decisions is a unanimous rejection of the intra-EU objection to jurisdiction”, par. 303) concluse affermando la propria giurisdizione a decidere il caso, sulla base della perdurante validità dei BITs *intra-UE* (“[...] *in common with the other investment tribunals which have considered the question, the Tribunal rejects the intra-EU objection to its jurisdiction. In its view, the ECT continues to apply inter*

⁴⁹¹ CABRERA, *The US-Mexico-Canada Agreement: the new gold standard to enforce investment treaty protection?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 269 del 13 gennaio 2020, ove a p. 2 l'Autore nota che “[i]n the current investment arbitration crisis, USMCA presents a new gold standard to enforce investment protection. [...] Governments concerned with regulatory chill and the exercise of police powers should adopt the USMCA model, as it reduces the risk of ISDS claims related to the regulation of health, national security, morals, and the environment”. Di contrario avviso SACERDOTI, *Is USMCA really 'the new gold standard' of investment protection?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 281 del 29 giugno 2020, p. 2: “It is difficult to understand how such a 'double-standard' regime, based on purely political choices rather than a rational social-economic evaluation of the benefits of FDI protection, can be considered a 'gold standard'. [...] Where, then, to search for a 'gold standard' in recent international investment agreements for how foreign investors should be treated, balancing their protection with host countries' legitimate interests? It seems that the most innovate substantive standard is found in the detailed and restrictive definition (compared to the open-ended definition of 'traditional' BITs) of fair-and-equitable treatment in Article 8.10.2 of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)”.

se, as between the member states of the EU, under international law. The Tribunal accordingly has jurisdiction”, par. 309). Nel 2018 la CGUE dichiarò nella sentenza *Achmea* l’incompatibilità col diritto dell’Unione delle clausole arbitrali ISDS *intra-UE*.⁴⁹² Gli Stati membri UE, quali *Host* e *Home States* della controversia, devono pertanto d’ora in poi portare le liti insorte tra loro in materia di investimenti di fronte ai propri giudici nazionali. Di contrario avviso i tribunali arbitrali dell’ICSID, che nella prima occasione utile di pronunciarsi sulla sentenza CGUE *Achmea*, hanno confermato la propria giurisdizione a decidere le liti *intra-UE* in materia di investimenti.⁴⁹³ Per risolvere alla radice tali divergenze, 23 Paesi

⁴⁹² CGUE C-284/16 *Slovak Republic v. Achmea BV*, sentenza del 6 marzo 2018, cfr. par. 62 “Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may [...] bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept”. Il caso fu sollevato con questione pregiudiziale alla CGUE dalla Germania, in quanto Paese richiesto dell’esecuzione del lodo, emesso nella causa arbitrale tra Paesi Bassi e Slovacchia in materia di investimenti. La questione riguardava la compatibilità con l’art. 344 TFUE (“Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”) della clausola arbitrale ISDS contenuta nel *BIT Paesi Bassi-Rep.Cecoslovacca* del 1992. Il caso riguardava una liberalizzazione di licenze per assicurazioni malattia, poi revocate a seguito di una legislazione più restrittiva, con conseguente attivazione della clausola ISDS per la protezione dell’investimento, in base alle Regole UNCITRAL. Di fronte alla richiesta di eseguire il lodo *intra-UE*, la Germania sollevò la questione pregiudiziale alla base della sentenza *de qua*. Nel settembre 2017, venne emessa l’opinione non vincolante dell’Avvocato Generale della CGUE, secondo la quale la clausola ISDS era da ritenersi compatibile con la normativa UE: “According to the Advocate General, the arbitration system does not fall outside the scope of the preliminary ruling mechanism established by Article 267 TFEU and is, therefore, compatible with that article. Furthermore, in such a case, that system of arbitration cannot undermine either Article 344 TFEU, which requires the Member States to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to a method of settlement provided for therein, or the allocation of powers determined by the Treaties and, accordingly, the autonomy of the EU legal system”. Cfr. Press Release n.101/17 su www.curia.europa.eu. Nel corso della causa, la Commissione UE sostenne la tesi opposta, alla fine sposata dalla Corte.

⁴⁹³ *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. *Decision on the Achmea issue*, 31 agosto 2018, cfr. par. 232 che ha rigettato l’eccezione di giurisdizione sollevata dalla Germania, la quale sosteneva che la sentenza *Achmea* della CGUE si applica *erga omnes* e retroattivamente: “The ECJ Judgment, thus, applies *erga omnes*, with *ex tunc* effect, and in respect of all international agreements between EU Member States”, par. 49. Nel senso della vigenza dei BITs *intra-UE*, con inapplicabilità dell’art. 344 TFUE e confutazione delle tesi sulla loro estinzione o sulla disapplicazione delle clausole ISDS (rispettivamente in base agli artt. 59 e 30.3 CVDT), cfr. CAPPIELLO, *Gli investimenti esteri diretti nel diritto dell’Unione europea*, tesi di dottorato di ricerca, Ciclo XXVI, Università degli Studi di Milano, 2013.

membri dell'UE hanno firmato il 5 maggio 2020 un Trattato che estingue tutti i BITs *intra-UE* vigenti tra loro (“*termination agreement*”).⁴⁹⁴

Quanto al funzionamento del sistema ICS nel CETA, l'investitore presenta domanda al tribunale contro l'*Host State*, scegliendo quali regole procedurali applicare (quelle dell'ICSID, le regoli arbitrali UNCITRAL o qualunque altro regolamento concordato dalle parti, cfr. art. 8.23.2 CETA; analoga disposizione è contenuta all'art. 3.6 dell'IPA- Singapore e all'art. 3.33 dell'IPA-Vietnam).

L'art. 8.27 CETA affida la costituzione del tribunale al Comitato misto CETA (organo di rappresentanza degli Stati contraenti, istituito in base all'art. 26.1) che nomina i suoi 15 membri (cinque sono cittadini dell'UE, cinque del Canada e cinque di paesi terzi) per un mandato di cinque anni, rinnovabile una sola volta. Viene quindi meno la possibilità per le parti della controversia di scegliere e nominare esse stesse gli arbitri, come avviene nelle comuni procedure ISDS.⁴⁹⁵ In modo analogo, l'art. 3.9 dell'IPA-Singapore e l'art. 3.38 dell'IPA-Vietnam stabiliscono le modalità per l'istituzione e funzionamento del tribunale di primo

⁴⁹⁴ L'accordo afferma nel preambolo che “*investor-State arbitration clauses in bilateral investment treaties between the Member States of the European Union (intra-EU bilateral investment treaties) are contrary to the EU Treaties and, as a result of this incompatibility, cannot be applied*”, come ribadito all'art. 4 (“*arbitration clauses are contrary to the EU Treaties and thus inapplicable*”). L'accordo riguarda “*all investor-State arbitration proceedings based on intra-EU bilateral investment treaties under any arbitration convention or set of rules*”, ad eccezione delle liti arbitrali già decise, che non potranno essere riaperte (art. 6). Viene specificato che anche le *sunset clauses* contenute nei BITs *intra-UE* vengono terminate e non produrranno più alcun effetto (art. 3). Il trattato non copre la clausola ISDS contenuta all'art. 26 ECT (“*it does not cover intra-EU proceedings on the basis of Article 26 of the Energy Charter Treaty. The European Union and its Member States will deal with this matter at a later stage*”).

⁴⁹⁵ SARDINHA, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32(3), 2017, pp. 625-672. SARDINHA, *Towards a New Horizon in Investor-State Dispute Settlement? Reflections on the Investment Tribunal System in the CETA*, in *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 54, 2017, pp. 311-365. VON WALTER, ANDRISANI, *Resolution of Investment Disputes*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, ed. Springer, Cham, 2019, pp. 185-206. Il tribunale è organizzato in divisioni composte da tre membri, dei quali uno è cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, uno del Canada e uno è cittadino di un paese terzo (art. 8.27.6). In deroga a tale disposizione, le parti della controversia possono concordare che la causa sia istruita da un tribunale composto da un unico membro, nominato mediante estrazione a sorte tra i nominativi dei cittadini di paesi terzi, in particolare quando il ricorrente sia una piccola o media impresa o l'importo dell'indennizzo o del risarcimento sia relativamente basso (art. 8.27.9).

grado (formato da 6 membri nell'IPA-Singapore, 9 nell'IPA-Vietnam). Analoghe modalità sono statuite per il Tribunale d'appello permanente (art. 3.10 IPA-Singapore, art. 3.39 IPA-Vietnam), formato in entrambi da sei membri.

Il CETA richiede che i membri del tribunale (sia di primo grado che di appello) possiedano comprovati requisiti di professionalità (artt. 8.27.4, 8.28.4), indipendenza e terzietà. Per questi due ultimi requisiti, il CETA stabilisce all'art. 8.30 precise norme etiche, imponendo che i giudici non siano collegati ad alcun governo, non ricevano istruzioni da organizzazioni o Paesi in relazione a questioni attinenti al caso, né partecipino all'esame di altre controversie suscettibili di creare conflitti di interesse, anche solo indiretti (c.d. divieto di *double-hatting*).⁴⁹⁶ Analoghe norme etiche sono previste all'art. 3.11 dell'IPA-Singapore e all'art. 3.40 dell'IPA-Vietnam, venendo dettagliate in un apposito Codice di condotta (allegato n. 7 dell'IPA-Singapore, n.11 nell'IPA-Vietnam). Per quanto riguarda l'aspetto della trasparenza decisionale, il CETA prevede il rispetto delle “*norme di trasparenza UNCITRAL*” del 2013.⁴⁹⁷ Tali regole vengono inglobate nel CETA grazie all'art. 8.36, in base al quale “*ai procedimenti avviati a norma della presente sezione si applicano le norme di trasparenza UNCITRAL quali modificate dal presente capo*”. Benché il CETA non ne faccia espressa menzione, tale richiamo implica l'ammissibilità di osservazioni scritte da parte di terze parti

⁴⁹⁶ Inoltre, al momento della loro nomina, i membri del tribunale si astengono dall'agire in qualità di consulenti, esperti o testimoni di parte in qualunque controversia in materia di investimenti, nuova o già in corso, insorta nel quadro del CETA o di qualsiasi altro Trattato. Qualora una parte della controversia ritenga che un membro del tribunale abbia un conflitto di interesse, può presentare istanza motivata di ricasazione per farlo sostituire con un altro membro del tribunale (art. 8.30.2).

⁴⁹⁷ *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, elaborate dal *Working Group on Arbitration and Conciliation* dell'UNCITRAL ed approvate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 2013, con la Risoluzione n. 68/109. L'art. 1 delle Regole stabilisce che “[t]he UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“treaty”) concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty have agreed otherwise”. Esse prevedono la pubblicazione di una serie di documenti della causa arbitrale (art. 3), la possibilità di allegazioni scritte da parte di terze parti (*amicus curiae*) relative all'ambito della controversia (“*regarding a matter within the scope of the dispute*”, art. 4), udienze pubbliche (art. 6), fatti salvi all'art. 7 i documenti particolarmente sensibili, per i quali la riservatezza sia imposta dalla legge nazionale delle parti ovvero per le informazioni commerciali riservate.

(*amici curiae*, previsti all'art. 4 delle regole di trasparenza UNCITRAL)⁴⁹⁸. L'IPA con Singapore contiene le regole sulla trasparenza all'Allegato 8, che riprende, senza citarle, le regole UNCITRAL, il cui Segretariato viene incaricato di fornire al pubblico le informazioni previste nell'allegato. L'IPA col Vietnam richiama invece espressamente le regole UNCITRAL all'art. 3.46.

La sentenza del tribunale deve essere emanata entro 24 mesi dalla data di presentazione della domanda (art. 8.39.7). Si tratta di una sentenza appellabile: la novità rilevante del CETA, rispetto ai tradizionali sistemi ISDS, è quella di prevedere un tribunale d'appello permanente, all'art. 8.28. L'impugnazione va proposta entro 90 giorni dalla decisione di primo grado (così anche IPA-Singapore all'art. 3.19 e IPA-Vietnam all'art. 3.54). Il tribunale d'appello può confermare, modificare o respingere la sentenza sulla base di errori di diritto, di errori manifesti nella valutazione dei fatti, nonché nei casi previsti dall'art. 52 della Convenzione ICSID, configurandosi non solo come rimedio di legittimità, ma anche nel merito della controversia, con effetto sostitutivo della sentenza di primo grado.⁴⁹⁹ Così riassunto il contributo dell'UE nei *Mega-Regionals*, si esamineranno di seguito le risposte fornite dai recenti IIAs, con l'inserimento espresso nei Trattati dello sviluppo sostenibile e delle clausole di sostenibilità.

3.5 Lo sviluppo sostenibile nel panorama recente degli IIAs

Si passa qui ad analizzare gli IIAs di terza generazione in cui lo sviluppo sostenibile è entrato *expressis verbis* nella formulazione testuale. Come nota l'UNCTAD, “*investment policies (and IIAs) can no longer be designed in isolation, but need to be harmonized with, and made conducive to, the broader*

⁴⁹⁸ Con tale termine si intende indicare chiunque, che non sia parte in causa, offra volontariamente informazioni utili al giudice, in fatto o in diritto, per assisterlo ed aiutarlo a meglio decidere, in modo imparziale ed evitandogli errori nella decisione.

⁴⁹⁹ MBENGUE, NEGEM, *An African view on the CETA Investment Chapter*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the CETA*, ed. Springer, Cham, 2019, p. 263: “[b]y allowing appeals based on errors in the application or interpretation of law and manifest errors in the appreciation of fact, the CETA allows an extensive review of tribunal decisions”.

goal of sustainable development".⁵⁰⁰ L'inserimento dello sviluppo sostenibile negli IIAs dimostra che "[t]he objectives of sustainable development and of international investment law do not inherently conflict as both aim to achieve attainable economic progress for both investors and host states".⁵⁰¹ Dal 2015, con l'avvento dell'Agenda ONU 2030, il 59% dei nuovi IIAs include riferimenti allo sviluppo sostenibile nel preambolo.⁵⁰²

Tra i primi BIT ad includere tale riferimento testuale nel preambolo sono stati nel 2009 il PTPA, un FTA tra USA e Perù che contiene un apposito capitolo, il n.10, per la promozione e protezione degli investimenti, proprio come fosse un BIT all'interno dell'accordo ("*implement this Agreement in a manner consistent with environmental protection and conservation, promote sustainable development, and strengthen their cooperation on environmental matters;*")⁵⁰³ e nel 2011 il BIT Giappone-Papua Nuova Guinea che riconosce come "*cooperative efforts of the Contracting Parties to promote investment can play an important role in enhancing sustainable development*" e declina lo sviluppo sostenibile usando la formula di interdipendenza di Copenhagen ("*recognising that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development*").⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, p. 15; si tratta d'un cambio di paradigma qualitativo, perché "*IIAs have underused potential as an instrument for sustainable development objectives. First, they can do more to promote and facilitate investment and channel it to sustainable development. Today, increasing the quantity of investment is not enough. What matters is its quality, i.e. the extent to which investment delivers concrete sustainable development benefits*", p. 17.

⁵⁰¹ LEVASHOVA, *Role of sustainable development in bilateral investment treaties: recent trends and developments*, in *Journal of Sustainable Finance and Investment*, Routledge ed., 2012, p. 6. Vedasi anche GAZZINI, *Bilateral Investment Treaties and Sustainable Development*, in *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 15, Issue 5-6, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 929-963.

⁵⁰² UNCTAD, *World Investment Report 2020*, p. 219: "*Since the adoption of the SDGs, 190 international investment agreements (IIAs) have been concluded. Of those, over 30 per cent include provisions addressing the SDGs directly and 59 per cent include a reference to sustainable development in their preamble*".

⁵⁰³ *United States-Peru Trade Promotion Agreement*, firmato il 12 aprile 2006, in vigore dal 1° febbraio 2009.

⁵⁰⁴ *Japan-Papua New Guinea BIT*, firmato a Tokyo il 26 aprile 2011, testo reperibile -come per i seguenti BITs- al sito UNCTAD *Investment Policy Hub*: <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

Negli IIAs più recenti, lo sviluppo sostenibile viene citato, ad esempio, nel preambolo del BIT Argentina-Giappone del 2018 (“*[w]ith the aim of encouraging sustainable development of the Contracting Parties*”) ⁵⁰⁵.

I BITs conclusi dal Canada con: Perù ⁵⁰⁶ nel 2006, Giordania ⁵⁰⁷ nel 2009, Kuwait ⁵⁰⁸ nel 2011, Benin ⁵⁰⁹ nel 2013, Camerun,⁵¹⁰ Nigeria,⁵¹¹ Serbia ⁵¹², Senegal ⁵¹³, Mali ⁵¹⁴, Costa d’Avorio ⁵¹⁵ nel 2014, Guinea ⁵¹⁶ nel 2015, Mongolia nel 2016 ⁵¹⁷ e Moldova ⁵¹⁸ nel 2018 utilizzano la medesima formula preambolare (“*recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development*”), ripresa con qualche modifica nel BIT Canada-Tanzania del 2013. ⁵¹⁹ Nel preambolo dei *BIT Canada-Cina* ⁵²⁰ del 2012 e *Canada-Hong Kong (China, SAR)* del 2016, si mette invece l’accento sulla pluralità dei principi che compongono lo sviluppo sostenibile (“*recognizing the need to promote investments based on the principles of sustainable development*”).⁵²¹ Il preambolo del *BIT Canada-Burkina Faso* del

⁵⁰⁵ *Argentina-Japan BIT*, firmato a Buenos Aires il 1° dicembre 2018.

⁵⁰⁶ *Canada-Peru BIT*, firmato il 14 novembre 2006, in vigore dal 20 giugno 2007.

⁵⁰⁷ *Canada-Jordan BIT*, firmato il 28 giugno 2009, in vigore dal 14 dicembre 2009.

⁵⁰⁸ *Canada-Kuwait BIT*, firmato il 26 settembre 2011, in vigore dal 19 febbraio 2014.

⁵⁰⁹ *Canada-Benin BIT*, firmato il 9 gennaio 2013, in vigore dal 12 maggio 2014.

⁵¹⁰ *Canada-Cameroon BIT*, firmato il 3 marzo 2014, in vigore dal 16 dicembre 2016.

⁵¹¹ *Canada-Nigeria BIT*, firmato il 6 maggio 2014, non ancora in vigore.

⁵¹² *Canada-Serbia BIT*, firmato il 1° settembre 2014, in vigore dal 27 aprile 2015.

⁵¹³ *Canada-Senegal BIT*, firmato il 27 novembre 2014, in vigore dal 5 agosto 2016.

⁵¹⁴ *Canada-Mali BIT*, firmato il 28 novembre 2014, in vigore dall’8 giugno 2016.

⁵¹⁵ *Canada-Ivory Coast BIT*, firmato il 30 novembre 2014, in vigore dal 14 dicembre 2015.

⁵¹⁶ *Canada-Guinea BIT*, firmato il 27 maggio 2015, in vigore dal 27 marzo 2017.

⁵¹⁷ *Canada-Mongolia BIT*, firmato a Ulan Bator l’8 settembre 2016, in vigore dal 24 feb. 2017.

⁵¹⁸ *Canada-Moldova BIT*, firmato a Ottawa, 12 giugno 2018, in vigore dal 23 agosto 2019.

⁵¹⁹ *Canada-Tanzania BIT*, firmato il 17 maggio 2013, in vigore dal 9 dicembre 2013, cfr. “*desiring to intensify economic co-operation and promote sustainable development for the mutual benefit of both countries and to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Party in the territory of the other Party, recognizing that the promotion and reciprocal protection of such investments favour the economic prosperity and sustainable development of the two Parties by stimulating investment initiatives, [...]*”.

⁵²⁰ *Canada-China BIT*, firmato il 9 settembre 2012, in vigore dal 1° ottobre 2014.

⁵²¹ *Canada-Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China BIT*, firmato il 10 febbraio 2016, in vigore dal 6 settembre 2016.

2015 riconosce che l'investimento è una forma di sviluppo sostenibile, definito secondo la formula Brundtland: “[u]nderstanding that investment is a form of sustainable development that meets present needs without compromising the ability of future generations to meet their own needs and that it is critical for the future development of national and global economies as well as for the pursuit of national and global objectives for sustainable development;”.⁵²²

Lo sviluppo sostenibile è citato come obiettivo preambolare nel *BIT Marocco-Nigeria* del 2016 (“[r]ecognizing the important contribution investment can make to the sustainable development of the state parties [...]; [s]eeking to promote, encourage and increase investment opportunities that enhance sustainable development within the territories of the state parties; [u]nderstanding that sustainable development requires the fulfillment of the economic, social and environmental pillars that are embedded within the concept [...]”).⁵²³

In modo analogo, il preambolo del *BIT Corea del Sud-Uzbekistan*, firmato il 19 aprile 2019 e non ancora in vigore, riconosce che l'obiettivo di “reciprocal promotion and protection of investments” va bilanciato con una serie di *non-investment values*, quali obiettivi legittimi dell'azione statale per promuovere lo sviluppo sostenibile.⁵²⁴

⁵²² *Canada-Burkina Faso BIT*, firmato il 20 aprile 2015, in vigore dall'11 ottobre 2017. Il testo preambolare continua così: “Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party help stimulate mutually beneficial business activity, develop economic cooperation between the two countries and promote sustainable development, [...]”.

⁵²³ *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*, firmato ad Abuja il 3 dicembre 2016, non ancora in vigore. L'importanza di tali disposizioni emerge anche dal fatto che la Nigeria è il Paese più popoloso dell'Africa, ospitando circa 1/6 della popolazione del continente. Sempre in ambito africano, lo sviluppo sostenibile compariva come obiettivo preambolare dell'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, un trattato regionale per la protezione degli investimenti firmato il 23 maggio 2007 tra i 19 Stati membri del *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA) e mai entrato in vigore (“Bearing in mind that the measures agreed upon shall contribute towards the realisation of the Common Market and the achievement of sustainable development in the region”).

⁵²⁴ Cfr. testo del preambolo: “[d]esiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of consumer protection and internationally recognized labor rights, taking note of the need to ensure the attainment of legitimate governmental objectives to foster sustainable development”.

Lo sviluppo sostenibile compare nel preambolo di tutti gli accordi bilaterali ACFI (*Agreements for Cooperation and Facilitation of Investments*) stipulati recentemente dal Brasile, utilizzando in tutti la stessa formula preambolare (“*recognizing the essential role of investment in promoting sustainable development*”).⁵²⁵ Il caso del Brasile riveste particolare interesse, come esempio di *Host State* che attrae investimenti senza ricorrere ai BITs, ma attraverso un proprio peculiare modello di accordo. Pur avendo firmato 14 BITs tra il 1994 ed il 2002, non ne ratificò mai nessuno, né è mai stato membro dell’ICSID, e dal 2015 iniziò ad adottare tali *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* ⁵²⁶. Questi Trattati non contemplano meccanismi ISDS, ma riportano nell’alveo interstatale il sistema di risoluzione delle controversie, costruito come “*State-State Dispute Settlement*” ⁵²⁷, senza riconoscere agli investitori stranieri il diritto

⁵²⁵ Vedasi, ad esempio, tra gli ACFI più recenti (2018-2020), quello con la Guyana, firmato a Brasilia il 13 dicembre 2018, o l’ACFI con gli Emirati Arabi Uniti, firmato a Brasilia il 15 marzo 2019; per la medesima formula in lingua francese, cfr. ACFI col Marocco firmato a Brasilia il 13 giugno 2019 (“*[r]econnaissant le rôle essentiel des investissements dans la promotion du développement durable*”), mentre l’ACFI con l’India, firmato il 25 gennaio 2020, reca una diversa formula preambolare (“*Recognizing that the cooperation in and facilitation of investments [...] will be conducive to [...] the promotion of sustainable development [...]*”).

⁵²⁶ I primi sette ACFI firmati dal 2015 al 2016 sono quelli con: Mozambico (30 marzo 2015), Angola (1° aprile 2015), Messico (26 maggio 2015), Malawi (25 giugno 2015), Colombia (9 ottobre 2015), Cile (23 novembre 2015), Perù (28 aprile 2016).

⁵²⁷ NASSER, TIBA SATO, TAKITANI, *What is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI)*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 11 luglio 2017. Il sistema è articolato su tre livelli. Come primo livello, vengono creati i c.d. *focal points nazionali o Ombudsman*, incaricati di sorvegliare l’esecuzione del Trattato, supportare gli investitori stranieri, ricevendo e dando seguito alle loro richieste o proteste nei confronti dell’*Host State*, raccomandando le soluzioni più opportune per prevenire le liti. Come secondo livello, qualora il primo non sia bastato a prevenire il contenzioso, lo Stato di nazionalità degli investitori maltrattati può proporre ricorso al *Joint committee* composto da rappresentanti governativi dei due Paesi che deve redigere entro 60 giorni un rapporto per dirimere la controversia. Il *Joint Committee* può, a sua discrezione, ascoltare o meno l’investitore straniero, eventualmente assieme ad altri *stakeholders* coinvolti: la partecipazione degli investitori al procedimento è quindi solo eventuale. Come terzo livello, gli ACFI prevedono l’*Inter-state arbitration*. Se la disputa non viene risolta né tramite il rapporto del *Joint Committee*, né attraverso gli ordinari canali diplomatici (da intendersi sempre ammessi e non sostituiti dai precedenti rimedi), si prevede come *extrema ratio* il ricorso all’arbitrato *State-State*, da attivare entro cinque anni dai fatti oggetto di causa, attraverso un tribunale arbitrale *ad hoc* che applicherà le regole contenute nell’Accordo ACFI e solo in via sussidiaria le Regole arbitrali UNCITRAL.

di citare direttamente in giudizio l'Host State.⁵²⁸ Gli ACFI si prefiggono inoltre di instaurare una vera e propria *partnership* tra il Brasile e gli Stati firmatari, secondo uno schema istituzionalizzato di mutua cooperazione (“*through the establishment of an institutional framework*”), attorno al quale si snodano diritti e obblighi delle parti.⁵²⁹ L'originalità degli ACFI sta nel fornire non solo un sistema di soluzione di controversie basato su forme di dialogo e cooperazione tra *Home State* e *Host State*, ma anche nel rendere tale cooperazione bilaterale il pilastro per un corretto funzionamento degli ACFI stessi, offrendo soluzioni innovative alle esigenze di riforma del diritto internazionale degli investimenti.⁵³⁰

Continuando la rassegna degli IIAs più recenti che contengono espressamente il riferimento allo sviluppo sostenibile, va ricordato l'*Economic Partnership Agreement* (EPA) concluso nel 2019 tra i Paesi CARIFORUM ed il Regno Unito. Esso comprende sia disposizioni sul commercio che sugli investimenti, citando nel preambolo gli SDGs dell'Agenda ONU 2030 (“*considering the importance that they attach to the internationally agreed development objectives and to the United Nations Sustainable Development*

⁵²⁸ CAVALLO, *Learning from Brazil's bilateral investment treaties*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 270 del 27 gennaio 2020, cfr. p. 2: “*Brazil, which was swimming against the tide before by resisting the enactment of BITs, is swimming against the tide again as its BITs advocacy comes at a time when a number of countries are abrogating such treaties. Brazil is still not a member of ICSID, and its BIT model neither follows its rules nor provides for ISDS*”. MARTINS, *Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments*, in IISD.org website, 2017. BADIN, MOROSINI, *Navigating between resistance and conformity with the International Investment Regime*, in F. MOROSINI, M. R. SANCHEZ BADIN (eds.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, CUP, 2018, pp. 188-217.

⁵²⁹ Tale scopo è reso nel testo con la seguente formula: “*The objective of this Treaty is to promote cooperation between the Parties in order to facilitate and encourage mutual investment, through the establishment of an institutional framework for the management of an agenda for increased investment cooperation and facilitation*”.

⁵³⁰ MOROSINI, PERRONE, SANCHEZ-BADIN, *Strengthening multi-stakeholder cooperation in the international investment regime: the Brazilian model*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 263 del 21 ottobre 2019, ove gli Autori così notano: “*Despite its imperfections, Brazil's approach with the investment cooperation and facilitation treaties suggests institutional reforms based on strengthened cooperation. At least two features of Brazil's treaties use cooperation to promote FDI: investment facilitation through state-state cooperation and dispute resolution*”, cfr. p.1; e a p. 2: “*The rule of law and dispute avoidance and settlement may not be enough to turn FDI into a means to the realization of the SDGs. Multi-stake dialogue and cooperation should also be a central aspect of any institutional design. In this regard, the Brazilian model, at least in theory, scores better than most existing treaties and reform proposals*”.

Goals”) e lo sviluppo sostenibile (“*considering the need to promote economic and social progress for their people in a manner consistent with sustainable development*”).⁵³¹

Nel *Netherlands Model BIT* 2019,⁵³² intendendo per “*modello BIT*” la bozza comune di accordo che un Paese utilizza nei negoziati con i diversi Paesi interessati, si afferma nel preambolo l’impegno delle parti contraenti allo sviluppo sostenibile (“*[r]eaffirming their commitment to sustainable development and to enhancing the contribution of international trade and investment to sustainable development*”), ripreso all’art. 6 (“*[t]he Contracting Parties are committed to promote the development of international investment in such a way as to contribute to the objective of sustainable development*”).

Lo sviluppo sostenibile compare anche nel preambolo dell’USMCA (“*promote high levels of environmental protection, including through effective enforcement by each Party of its environmental laws, as well as through enhanced environmental cooperation, and further the aims of sustainable development, including through mutually supportive trade and environmental policies and practices;*”). Rispetto al NAFTA, esso contiene un apposito capitolo dedicato all’ambiente (Cap. 24), in cui viene più volte riconosciuto il nesso tra commercio, ambiente e sviluppo sostenibile (art. 24.2 comma 1: “*[t]he Parties recognize that a healthy environment is an integral element of sustainable development and recognize the contribution that trade makes to sustainable development*”).⁵³³ Un

⁵³¹ *CARIFORUM States-United Kingdom EPA*, firmato a Saint Lucia il 22 marzo 2019, non ancora in vigore. Lo sviluppo sostenibile è definito all’art. 183 come un “*overriding commitment*” del Trattato e viene annoverato tra gli obiettivi dello stesso all’art. 1 (“*a trade partnership consistent with the objective of sustainable development, and the Sustainable Development Goals*”) e all’art. 3 (“*The Parties reaffirm that the objective of sustainable development is to be applied and integrated at every level of their economic partnership*”).

⁵³² *Netherlands Model BIT*, pubblicato il 22 marzo 2019. DUGGAL, VAN DE VEN, *The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves*, in *Arbitration International*, Vol. 35(3), OUP, 2019, pp. 347-374.

⁵³³ Lo sviluppo sostenibile viene citato all’art. 24.2.2: “*The objectives of this Chapter are to promote mutually supportive trade and environmental policies and practices; promote high levels of environmental protection and effective enforcement of environmental laws; and enhance the capacities of the Parties to address trade-related environmental issues, including through cooperation, in the furtherance of sustainable development*”); all’art. 24.2.3: “[...] *the Parties*

altro aspetto tutelato è quello della biodiversità, all'art. 24.15.1 (“[t]he Parties recognize the importance of conservation and sustainable use of biological diversity, as well as the ecosystem services it provides, and their key role in achieving sustainable development”), specificando all'art. 24.22.1 la lotta all’“illegal take of, and illegal trade in, wild fauna and flora” nel rispetto della Convenzione CITES. Più in generale, il Cap. 24 esprime un *favor pactorum*, esortando USA, Canada e Messico all'adempimento dei MEAs di cui sono parti contraenti,⁵³⁴ in quanto tali Trattati costituiscono “a response of the international community to global or regional environmental problems” (cfr. art. 24.8.1).

3.6 Le clausole di sostenibilità

Lo sviluppo sostenibile riesce a fare breccia nei nuovi IIAs non solo per mezzo di una esplicita previsione testuale, ma anche in modo implicito, facendo emergere le questioni ad esso sottese attraverso apposite clausole di sostenibilità. I sette principi della Dichiarazione di New Delhi dell'ILA, che specificano il contenuto dello sviluppo sostenibile e che nel loro complesso sono tesi ad assicurare “an adequate living standard” dei popoli secondo il preambolo della già menzionata Dichiarazione e di quello dell'Accordo di Marrakesh, sono riconducibili e catalogabili negli IIAs attraverso i quattro *volets* della protezione dei diritti umani fondamentali, i diritti dei lavoratori, la tutela dell'ambiente e la lotta alla

recognize that enhanced cooperation to protect and conserve the environment and the sustainable use and management of their natural resources brings benefits that can contribute to sustainable development, [...]; art. 24.11.1: “The Parties recognize that air pollution is a serious threat to public health, ecosystem integrity, and sustainable development [...]”; art. 24.23.3: “The Parties recognize that forest products, when sourced from sustainably managed forests, contribute to fulfilling global environmental objectives, including sustainable development, [...]”; art. 24.24.1: “The Parties recognize the importance of trade and investment in environmental goods and services, including clean technologies, as a means of improving environmental and economic performance, contributing to green growth and jobs, and encouraging sustainable development, while addressing global environmental challenges”; art. 24.25.1: “The Parties recognize the importance of cooperation as a mechanism to implement this Chapter, to enhance its benefits and to strengthen the Parties' joint and individual capacities to protect the environment, and to promote sustainable development as they strengthen their trade and investment relations”.

⁵³⁴ In particolare, vengono enunciati sette “covered agreements” all'art. 24.8.4, tra i quali figura la Convenzione CITES.

corruzione. Questi quattro ambiti di tutela sono una declinazione dei tre pilastri (ambientale, economico e sociale) dello sviluppo sostenibile e possono essere utilizzati per identificare la presenza di una clausola di sostenibilità nel testo degli IIAs.⁵³⁵

Nel 2000, questi quattro ambiti vengono delineati dal *Global Compact* dell'ONU, l'iniziativa volontaristica di responsabilità sociale d'impresa più diffusa al mondo, di cui si tratterà *infra* al Cap. IV. Basterà qui premettere che per Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI, o *Corporate Social Responsibility*, CSR) si intende “*l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*”⁵³⁶ e può essere considerata, dal punto di vista dinamico, il momento adempitivo da parte degli investitori e del mondo imprenditoriale delle predette clausole di sostenibilità, per stimolare -come recita il CETA- “*una maggiore coerenza tra obiettivi economici, sociali e ambientali*” (cfr. art. 22.3).

Nel 2006 questi quattro *volets* vengono enunciati nel modello di IIA elaborato dall'IISD (“*IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*”) che li esprimeva all'art. 21 (“*Minimum standards for environmental, labour and human rights protection*”) nonché agli artt. 13, 22, 32 (clausola anticorruzione) ed all'art. 16 (clausola RSI).⁵³⁷

⁵³⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2020*, pp. 112-113: “*The reform of the IIA regime is well underway and is visible in the modernized provisions of the IIAs concluded in 2019 [...]. Provisions relating to the promotion of sustainable development permeate the 15 IIAs concluded in 2019 for which texts are available. Eleven of them make reference to the protection of health and safety, labour rights, and environment or sustainable development, while nine provide for general exceptions. More than half (eight) include provisions for the promotion of corporate and social responsibility, and only four explicitly recognize that parties should not relax health, safety or environmental standards to attract investment*”.

⁵³⁶ La definizione è contenuta nella Comunicazione della Commissione europea “*Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*”. Bruxelles, 25 ottobre 2011, COM(2011) n. 681 final.

⁵³⁷ MANN, COSBEY, VON MOLTKE, PETERSON, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development-Negotiators' Handbook*, 2^a ed., IISD, 2006. Tale bozza di modello IIA ha un valore unificativo a livello multilaterale, per proporre linee negoziali comuni contro la frammentarietà delle disposizioni del panorama degli IIAs: “*Viewed as a multilateral approach, the Model Agreement also provides a single window approach to addressing the defects in the now over 2,000 bilateral and regional agreements, all of which more or less share the same type of*

Nel 2014, tale metodologia è stata adottata da uno studio OCSE che esaminò 2.107 trattati di investimento alla ricerca nel loro testo di un “*SD/RBC language*” (*Sustainable Development/Responsible Business Conduct*), identificato attraverso disposizioni relative alla protezione dell’ambiente, diritti dei lavoratori, anticorruzione, diritti umani.⁵³⁸

Nel 2017, uno studio compiuto da SAUVANT e MANN ha cercato di identificare aspetti e caratteristiche empiriche che rendono un investimento “sostenibile”,⁵³⁹ passando in rassegna non solo gli IIAs, ma anche strumenti non giuridicamente vincolanti, quali linee guida e codici volontari di condotta per gli investitori ed il mondo del *business*. Dal loro raffronto, gli Autori hanno estrapolato dieci caratteristiche di sostenibilità comuni a tutti gli strumenti analizzati: rispetto dei diritti umani, diritti dei lavoratori, sicurezza sul lavoro, trasparenza, decarbonizzazione (basse emissioni di carbonio e quindi minori emissioni ad effetto serra), non-discriminazione, *resettlement*⁵⁴⁰, standard della catena di fornitura, coinvolgimento degli *stakeholders*, rispetto del principio di legalità (*rule of law*).

Le clausole di sostenibilità permettono un bilanciamento tra diritti dell’investitore e prerogative statali, elevato ad obiettivo preambolare nel *Model IIA 2006* dell’IISD (“[t]he Parties, seeking to promote sustainable development [...] Seeking an overall balance of rights and obligations in international investment between investors, host countries and home countries;”). L’ancoraggio testuale delle clausole di sostenibilità negli IIAs permette inoltre agli arbitri di tenerne conto nell’interpretazione del Trattato. Tali clausole sono conformi

model. Thus, IISD believes that a multilateral approach offers significant advantages over further proliferation of bilateral agreements and regional agreements”, cfr. p. XII dell’introduzione.

⁵³⁸ GORDON, POHL, BOUCHARD, *Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact-finding survey*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01, Paris, OECD Publishing, 2014.

⁵³⁹ SAUVANT, MANN, *Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics*, E15 Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, Geneva, 2017. Tale investimento viene definito come un “*commercially viable investment that makes a maximum contribution to the economic, social and environmental development of host countries and takes place in the framework of fair governance mechanisms*”, cfr. p. V dell’*Executive Summary* dello studio.

⁵⁴⁰ Si tratta di minimizzare e gestire i casi di involontario spostamento di popolazioni nel luogo interessato dall’investimento.

all'Agenda ONU 2030, che richiama al par. 67 gli ambiti di tutela che il mondo imprenditoriale deve rispettare (diritti dei lavoratori, ambiente e salute), nonché il raggiungimento di due *targets*, il 12.6 relativo all'adozione di rendicontazioni annuali non finanziarie ed il *target* 16.5 per la lotta alla corruzione.

In base al citato studio dell'OCSE del 2014, il primo BIT a contenere una clausola di sostenibilità relativa alla salute pubblica risale al 1985⁵⁴¹, mentre i diritti dei lavoratori appaiono per la prima volta nel 1990⁵⁴² e le clausole anticorruzione nel 2000⁵⁴³.

Il *BIT Cina-Tanzania* del 2013⁵⁴⁴ ricorda nel preambolo la finalità di “*improve the standard of living of nations*”, declinata come obiettivo preambolare di RSI (“*[e]ncouraging investors to respect corporate social responsibilities*”) e all'art. 10 come protezione della salute e dell'ambiente (“*[t]he Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures*”). In modo analogo, il *BIT Giappone-Arabia Saudita* del 2013 ricorda nel preambolo che l'obiettivo di “*progressive liberalization of investment*” può essere raggiunto nel perseguimento

⁵⁴¹ GORDON, POHL, BOUCHARD, *ibid.*, p. 11. Si tratta del *BIT China-Singapore* (cfr. art. 11 “*[t]he 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 of its essential security interests, or to the protection of public health [...]*”).

⁵⁴² Nel preambolo del *BIT Polonia-USA* (“*[r]ecognizing that the development of business and economic ties can contribute to the well-being of workers in both countries and promote respect for fundamental worker rights;*”). Con altra tecnica, in alcuni BIT si esclude l'attivazione delle procedure ISDS, impedendo agli investitori di iniziare una lite contro l'Host State che abbia adottato una normativa nazionale in ottemperanza alla tutela ambientale o dei diritti dei lavoratori, contemplate nei BIT stessi. Si pensi al *BIT Belgio/Lussemburgo-Colombia* del 2009 che prevede come “*[t]he dispute settlement mechanisms [...] shall not apply to any obligation undertaken in accordance with [articles VII on environment and VIII on labour]*”.

⁵⁴³ Si tratta del *BIT Austria-Uzbekistan* (art. 25: “*Either Party to the dispute may request the annulment of an award, in whole or in part, on one or more of the following grounds, that: [...] (c) there was corruption on the part of a member of the tribunal or on the part of a person providing decisive expertise or evidence [...]*”). Peraltro, la stessa Convenzione ICSID affrontava la lotta alla corruzione all'art. 52, prevedendo l'annullamento del lodo arbitrale se è provata la corruzione di uno di membri del tribunale arbitrale.

⁵⁴⁴ *China-Tanzania BIT*, firmato a Dar-es-Salaam il 24 marzo 2013, in vigore dal 17 aprile 2014.

di *non-investment values* (“*can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures*”) e del principio di trasparenza e pubblicità (art. 7).⁵⁴⁵

Il *BIT Turchia-Cambogia*, firmato il 21 ottobre 2018 e non ancora in vigore, afferma che gli obiettivi preambolari di sviluppo economico possono essere raggiunti “*without relaxing health, safety and environmental measures of general application as well as internationally recognized labor rights*”.

Una clausola anticorruzione è contenuta nel *BIT Giappone-Marocco* del 2020 (art. 7: “*Each Contracting Party shall endeavour to ensure that measures and efforts are undertaken to prevent and combat corruption regarding matters covered by this Agreement in accordance with its applicable laws and regulations*”) ⁵⁴⁶ e nel *BIT Giappone-EAU* del 2018 (art. 10) oltre ad una clausola di trasparenza e pubblicità nelle attività di investimento (art. 8).⁵⁴⁷ Il RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*), firmato nel 2020, impegna gli Stati parte ad adottare misure contro la corruzione all’art. 17.9.⁵⁴⁸

Tra i primi BITs a contenere una clausola di rispetto ambientale vengono ricordati il *BIT Russia-Ungheria* del 1996 (cfr. art. 2 comma 3, “*protection of the environment, morality and public health*”) ⁵⁴⁹ ed il *BIT Paesi Bassi-Costa Rica* del 1999. Tale clausola figura in tutti i BITs conclusi alla fine degli anni ’90 dall’Austria (ad es. *Austria-Kuwait BIT* del 1996), dal Canada (es. quelli con l’Ucraina nel 1994; Lettonia, Filippine e Sudafrica del 1995, il BIT con l’Egitto del 1996), dall’India (es. con Germania e Italia del 1995), Svizzera (es. con El

⁵⁴⁵ *Japan-Saudi Arabia BIT*, firmato a Gedda il 30 aprile 2013, in vigore dal 7 aprile 2017.

⁵⁴⁶ *Japan-Morocco BIT*, firmato a Rabat l’8 gennaio 2020, non ancora in vigore.

⁵⁴⁷ *Japan-UAE BIT*, firmato ad Abu Dhabi il 30 aprile 2018, non ancora in vigore, cfr. art. 8 comma 1 “*Each Contracting Party shall endeavour to promptly publish, or otherwise make publicly available, its laws, regulations, administrative procedures and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements which pertain to or affect the implementation and the operation of this Agreement*”.

⁵⁴⁸ Cfr. art. 17.9 comma 1: “*Each Party shall, in accordance with its laws and regulations, take appropriate measures to prevent and combat corruption with respect to any matter covered by this Agreement*”. L’accordo peraltro sottrae tale materia alla procedura di *dispute settlement*, al successivo comma 2: “*No Party shall have recourse to dispute settlement under Chapter 19 (Dispute Settlement) for any matter arising under this Article*”.

⁵⁴⁹ TANZI, CRISTANI, *International Investment Law and Arbitration. An Introductory Casebook*, Padova, CEDAM, 2013, p. 319.

Salvador del 1994, col Messico nel 1995), dagli USA (ad es. quelli con Uzbekistan, Georgia, Trinidad e Tobago nel 1994, con l'Honduras nel 1995, con l'Uruguay nel 2006).

Va inoltre notato che, nei quattro ambiti afferenti alle clausole di sostenibilità, i nuovi IIAs contengono disposizioni che salvaguardano lo *State's right to regulate* con tecniche redazionali che vanno dal contemplare un elenco tassativo degli interventi statuali ammessi, a formule aperte, accompagnate o meno da elenchi esemplificativi.⁵⁵⁰

Un esempio di formula aperta è contenuta nel preambolo del *BIT Hong Kong SAR-EAU* del 2019: “[r]ecognising that investor protection objectives shall not override the Contracting Parties’ rights to take measures directed to protect legitimate public interest”,⁵⁵¹ e nel *BIT Marocco-Nigeria* del 2016, ove lo *State's right to regulate* è previsto nel preambolo (“[r]eaffirming the right of the State Parties to regulate”) e all’art. 23, legandolo allo sviluppo sostenibile e ad altri obiettivi legittimi, lasciati volutamente aperti: “the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives”. Il *BIT Australia-Uruguay* del 2019 contiene una formula preambolare aperta ed insieme esemplificativa (“such as”).⁵⁵² Il *BIT Francia-Colombia* del 2014 contiene specifiche clausole di sostenibilità (ambiente, salute e diritti dei lavoratori all’art.10; clausola di RSI all’art. 11 e di trasparenza all’art. 12), riconducibili all’obiettivo preambolare, aperto, di *State's right to regulate* (“sans préjudice du droit à réguler de chaque

⁵⁵⁰ Nel CETA il *right to regulate* è previsto all’art. 8.9.1 (con formula aperta ed esemplificativa) e all’art. 28.3 per mezzo di eccezioni generali sulla falsariga dell’art. XX GATT.

⁵⁵¹ *Hong Kong, China SAR (Special Administrative Region)-United Arab Emirates BIT*, firmato a Dubai il 16 giugno 2019, in vigore dal 6 marzo 2020.

⁵⁵² *Australia-Uruguay BIT*, firmato il 5 aprile 2019, non ancora in vigore, cfr. testo del preambolo: “[r]ecognising their inherent right to regulate and resolving to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non-living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals”.

Partie contractante et en vue de protéger des objectifs légitimes de politiques publiques”).⁵⁵³

Un esempio di formula chiusa è quella contenuta nel preambolo del *BIT Giappone-EAU* del 2018, non potendo gli obiettivi di promozione e protezione degli investimenti del trattato ledere misure regolatorie per salute, sicurezza e ambiente (“[r]ecognising that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application”).

In altri casi, il *right to regulate* viene salvaguardato utilizzando la tecnica redazionale dell’art. XX GATT sotto forma di eccezioni generali,⁵⁵⁴ riprendendo concettualmente l’idea di VAN AAKEN sulle “*smart flexibility clauses*”.⁵⁵⁵ Le *GATT-like general exceptions* figurano nei BITs conclusi dal Canada con Perù nel 2006 (art. 10), Lettonia (art. 17 comma 3), Repubblica Ceca (art. 9) e Giordania nel 2009 (art. 10), con la Slovacchia nel 2010 (art. 9), con il Kuwait nel 2011 (art. 17) e con la Mongolia nel 2016 (art. 17)⁵⁵⁶ e -con diverse formulazioni-

⁵⁵³ *Colombia-France BIT*, firmato a Bogotà il 10 luglio 2014, in vigore dal 14 ottobre 2020.

⁵⁵⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, cfr. p. 105 ove notava che in relazione agli IIAs conclusi nel 2018, 19 su 29 (pari al 65%) recavano eccezioni generali, tendenza confermata dal *WIR 2020* a p. 112: “*Elements aimed at safeguarding States’ policy space continued to abound in IIAs concluded in 2019. Of the 15 treaties reviewed, nine include general exceptions*”.

⁵⁵⁵ VAN AAKEN, *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 827-861. In tale articolo, l’Autore suggeriva di inserire negli IIAs “*smart flexibility clauses*”, facendovi ricomprendere “*explicit textual openings for policies of the host state exculpating it from violating the treaty. Flexibility clauses are to be found on a continuum and go from explicit essential security clauses on the one hand to explicit openings for certain regulatory goals on the other hand*” (cfr. p. 850). Esse comprendono le eccezioni generali e le clausole di salvaguardia sul modello degli artt. XX e XXI GATT, accompagnate dalla possibilità di uno scrutinio di buona fede, per contrastare decisioni altrimenti “*self-judging*” dell’Host State, cfr. p. 860: “*Flexibility clauses themselves should guide tribunals to distinguish between opportunistic and good faith crisis regulation*”; p. 861: “*For general exceptions, as for labor and environment, bona fide regulations should be explicitly allowed for with a view to controlling for discriminatory intent. National security exceptions should be screened for good faith limits as well, and should restrict the purposes for which they can be invoked*”.

⁵⁵⁶ Tali BITs contengono la stessa identica formula: “*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments 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: 1. to protect human, animal or plant life or health; 2. to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or 3. for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources*”.

compaiono anche nei BITs del Canada con altri sei paesi.⁵⁵⁷ I BIT conclusi dal Canada con Benin (art. 20) nel 2013, Camerun (art. 17), Nigeria (art. 18), Serbia (art. 18), Senegal (art. 18), Costa d'Avorio (art. 17) nel 2014 e con Guinea (art. 18) e Burkina Faso (art. 18) nel 2015, nonché nel BIT Canada-Moldova del 2018 (art. 17), sono tutti accomunati dalla medesima formulazione.⁵⁵⁸

Ulteriori esempi di *right to regulate* modellato sulla falsariga dell'art. XX si ritrovano nel *BIT Cina-Tanzania* del 2013 (art. 10: “*nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health*”), nel *BIT Colombia-UAE* del 2017⁵⁵⁹ e nel *BIT Australia-Uruguay* del 2019 (art. 15: “*nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent a*

⁵⁵⁷ Con diversa formulazione, tali eccezioni generali vengono riprese nel BIT Canada-Mali del 2014 (all'art. 17, con la formula “*subject to the requirement that [...] this Agreement does not prevent a Party from...*”), nel BIT Canada-Tanzania (all'art. 17, “*subject to the requirement that [...] this Agreement shall not be construed to prevent a Party from...*”). Formule identiche tra loro sono contenute nel *BIT Canada-Cina* (art. 33 comma 2) del 2012 e nel *Canada-Hong Kong (China SAR)* del 2016 (art. 17 comma 1): “[p]rovided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures...”. Formule tra loro uguali si trovano nei *BIT Canada-Uruguay* del 1997 (Allegato I, punto III, comma 2) e *Canada-Costa Rica* del 1998 (Allegato I, punto III, comma 2) (“*Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from...*”).

⁵⁵⁸ La formula ricorrente in tali BITs è: “[f]or the purpose of this Agreement: (a) a Party may adopt or enforce a measure necessary to: (i) protect human, animal or plant life or health, (ii) ensure compliance with domestic law that is not inconsistent with this Agreement, or (iii) conserve the living or non-living exhaustible natural resources; (b) provided that the measure referred to in subparagraph (a) is not: (i) applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or (ii) a disguised restriction on international trade or investment”.

⁵⁵⁹ *Colombia-United Arab Emirates BIT*, firmato a Dubai il 12 novembre 2017, non ancora in vigore. Dopo aver riconosciuto nel preambolo “*the right of each Contracting Party to regulate the investments made in its territory in order to protect legitimate public welfare objectives in the field of health, public order and environment*”, all'art. 11 rubricato “*general exceptions*”, così dispone: “*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or investors, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure that is appropriate: a. to ensure the compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; b. to protect human, animal, or plant life, health, or the environment; c. for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources; d. to preserve public order, the fulfilment of its duties for the keeping or restoration of international peace and security; or the protection of its own essential security interests*”.

Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health; (b) necessary to protect public morals or to maintain public order”).⁵⁶⁰

Il DR-CAFTA (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*)⁵⁶⁰ è un FTA che contiene al Cap. 10 -come in un BIT- la promozione e protezione degli investimenti, nel quale l’art. 10.9.3(c) è modellato sull’art. XX GATT, riprendendo in larga parte la formula del *BIT Canada-Cina* del 2012. L’art. 10.11 ne è una specificazione per la tutela ambientale, usando una formula che sarà ripresa successivamente nel CPTPP e nel USMCA (“*[n]othing 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*”).

Quanto alla RSI, uno dei primi accordi a contemplarla è stato nel 2009 il PTPA, un “*comprehensive*” FTA tra USA e Perù che, oltre ad eliminare dazi tariffari ed altre barriere al commercio di beni e servizi, introduce nel preambolo il richiamo allo sviluppo sostenibile e ad alcune clausole di sostenibilità in materia di lotta alla corruzione, diritti dei lavoratori ed ambiente.⁵⁶¹ In tale contesto, gli Stati contraenti si impegnano a diffondere informazioni e promuovere le migliori pratiche di lavoro, compresa la responsabilità sociale delle imprese, che migliorano la competitività ed il benessere dei lavoratori, come previsto all’Allegato 17.6, comma 2, lettera o).⁵⁶²

⁵⁶⁰ *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America*, firmato il 5 agosto 2004, in vigore dal 1 gennaio 2009.

⁵⁶¹ Per l’aspetto ambientale, vedasi anche il Cap. 10 del PTPA, dedicato agli investimenti, in riferimento ad alcune “*GATT-like general exceptions*” all’art. 10.9.3(c) ed all’art. 10.11, rubricato “*investment and environment*”.

⁵⁶² Cfr. testo del preambolo: “*Promote transparency and prevent and combat corruption, including bribery, in international trade and investment; Protect, enhance, and enforce basic workers’ rights, strengthen their cooperation on labor matters, and build on their respective international commitments on labor matters; Implement this Agreement in a manner consistent with environmental protection and conservation, promote sustainable development, and strengthen their cooperation on environmental matters;*”.

Tra i più recenti esempi di IIAs che contengono la RSI va ricordato nel 2019 il *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), un FTA concluso tra il Canada e 10 Stati dell'Asia e del Pacifico che comprende anche la tutela degli investimenti al Capitolo 9. Nel preambolo, esso promuove una serie di *non-trade values* tra i quali figura lo sviluppo sostenibile, equiparandoli alla salvaguardia dello *State's right to regulate*.⁵⁶³ Le clausole di sostenibilità sono riportate nel capitolo degli investimenti e vengono previste agli art. 9.16 e 9.17. Il primo, rubricato "*Investment and Environmental, Health and other Regulatory Objectives*", riprende alla lettera l'art. 10.11 del DR-CAFTA, con l'aggiunta della salute e facendo salvi, con formula aperta, altri obiettivi regolamentari ("*in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives*"). Il secondo, rubricato "*Corporate Social Responsibility*", reca la clausola di RSI, in forza della quale gli Stati parte sono chiamati ad incoraggiare le imprese che operano nel loro territorio o soggette alla loro giurisdizione ad incorporare volontariamente gli standard di RSI riconosciuti a livello internazionale o almeno per come adottati dal Paese ospite: "[*t*]he Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party" (art. 9.17). Il tenore letterale di tale articolo viene ripreso, pressoché identico, nel *BIT Argentina-Giappone* del 2018 (art. 17)⁵⁶⁴ nonché nell'art. 14.17 del *CEPA (Comprehensive Economic Partnership Agreement)* tra Indonesia ed Australia del 2019.⁵⁶⁵

⁵⁶³ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), firmato a Santiago del Cile in data 8 marzo 2018 tra Australia, Brunei Darussalam, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Singapore, Vietnam, in vigore dal 30 dicembre 2018. Vedasi il testo del preambolo: "[*r*]eaffirm the importance of promoting corporate social responsibility, cultural identity and diversity, environmental protection and conservation, gender equality, indigenous rights, labour rights, inclusive trade, sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving their right to regulate in the public interest".

⁵⁶⁴ *Argentina-Japan BIT*, firmato a Buenos Aires il 1 dicembre 2018, non ancora in vigore.

⁵⁶⁵ *Australia-Indonesia CEPA*, firmato il 4 marzo 2019, in vigore dal 15 luglio 2020.

Per quanto riguarda il Brasile, alcuni ACFI contengono dettagliate clausole sulla RSI. Quelli con India (del 2020, art. 12), Marocco (2019, art. 13), UAE (2019, art. 15) e Guyana (2019, art. 15) prevedono una identica clausola RSI, espressamente finalizzata allo sviluppo sostenibile: “[i]nvestors and their investment shall strive 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, based on the voluntary principles and standards set out in this Article”.⁵⁶⁶ Nei quattro ACFI esaminati, il comma 2 dei predetti articoli contiene una dettagliata clausola di RSI, sotto forma di elenco (“*The investors and their investment shall endeavour to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible business conduct [...]*”) composto da 11 principi-guida per gli ACFI con Guyana, India e UAE, che salgono a 14 nell’ACFI col Marocco (i tre aggiuntivi essendo relativi alla lotta alla corruzione),⁵⁶⁷ riguardanti in particolare lo sviluppo sostenibile, i diritti umani, diritti dei lavoratori, ambiente e salute.

Il Canada si contraddistingue per inserire clausole RSI nei propri BITs più recenti conclusi con Benin (nel 2013, cfr. art. 16), Burkina Faso (2015, art. 16), Serbia (2014, art.16), Nigeria (2014, art. 16), Senegal (2014, art. 16), Camerun (2014, art. 15 comma 2), Costa d’Avorio (del 2014, art. 15 comma 2), Mali (2014, art. 15 comma 3), Guinea (2015, art.16), Mongolia (2016, art. 14). Tutti questi trattati recano un’identica formula di RSI, molto simile a quella contenuta nel CPTPP ed in più elencano, in via esemplificativa, i quattro *volets* delle clausole di sostenibilità, come altrettante questioni sottese alla RSI.⁵⁶⁸ Si tratta di principi di

⁵⁶⁶ Nell’ACFI con gli UAE, tale ultimo inciso è sostituito con: “*set out in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*”, mentre l’ACFI con l’India contiene l’aggiunta “*and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties*”.

⁵⁶⁷ Negli ACFI con UAE e Guyana la lotta alla corruzione viene prevista in entrambi all’art. 16, mentre nell’ACFI con l’India all’art.10, tutti rubricati “*Investment Measures and Combating Corruption and Illegality*”.

⁵⁶⁸ La formula è: “[e]ach Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of

RSI che non vengono dettagliati, come negli ACFI, ma lasciati aperti (“*such as*”). Subito dopo tale *wording*, nel *BIT Canada-Mongolia* viene aggiunto, *ad abundantiam*, l’inciso che “[*t*]he Parties should remind those enterprises of the importance of incorporating such corporate social responsibility standards in their internal policies” e nel *BIT Canada-Senegal* compare un’importante precisazione: “[*s*]uch enterprises are encouraged to make investments whose impacts contribute to the resolution of social problems and preserve the environment”. Tale inciso incoraggia comportamenti responsabili per gli investitori, diretti a fini sociali ed ambientali, e per questo potrebbe costituire un esempio di linguaggio comune da inserire nel testo delle clausole di RSI per i nuovi IIAs o per modificare quelli esistenti.

L’USMCA (*United States-Mexico-Canada Agreement*) prevede varie clausole di sostenibilità, introdotte già nel preambolo (“*promote high levels of environmental protection, [...] promote the protection and enforcement of labor rights, [...] promote transparency, good governance and the rule of law, and eliminate bribery and corruption in trade and investment*”). Il Cap. 14 relativo agli investimenti contiene le clausole di sostenibilità agli artt. 14.16 e 14.17 in modo che testualmente ricalcano gli artt. 9.16 e 9.17 del CPTPP, con due differenze. Rispetto all’art. 9.16 CPTPP, l’art. 14.16 USMCA aggiunge il riferimento alla sicurezza (“*in a manner sensitive to environmental, health, safety, or other regulatory objectives*”). Si tratta peraltro di una aggiunta *ad abundantiam*, vista la formula aperta adottata (“*or other regulatory objectives*”). La seconda differenza sta all’art. 14.17 USMCA dedicato alla RSI, che dopo aver ripreso alla lettera l’art. 9.17 CPTPP vi aggiunge l’inciso “, *which may include the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. These standards, guidelines, and principles may address areas such as labor, environment, gender equality, human rights, indigenous and aboriginal peoples’ rights, and corruption*”. Con tale aggiunta, l’USMCA evidenzia come la RSI abbracci, sul piano adempitivo, gli

principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption”.

ambiti delle clausole di sostenibilità, nonché le Linee Guida OCSE di cui si tratterà al Cap. IV.

Nel 2019, l'*Economic Partnership Agreement (EPA) Cariforum-UK* contiene all'art. 196(2)(d) l'obbligo tra le parti contraenti a "*promoting corporate social responsibility through public information and reporting*" nonché ad inserire nella propria legislazione norme che obblighino le imprese a non commettere atti di corruzione, a rispettare i *core labour standards* dell'OIL, a non aggirare gli obblighi internazionali in materia di ambiente o lavoro derivanti da accordi di cui l'*Home* e l'*Host State* sono parti, nonché a garantire una interlocuzione partecipativa con le comunità locali incise dall'investimento (art. 72).

Per quanto riguarda l'utilizzo delle clausole di sostenibilità da parte dell'UE, completando l'analisi dei *Mega Regionals* condotta sopra, va ricordato che fin dal 2011 il Parlamento europeo chiedeva l'inclusione di norme sociali e ambientali nonché della RSI nei futuri Trattati.⁵⁶⁹ Le clausole di sostenibilità fanno oggi parte del bagaglio negoziale dell'Unione, venendo incorporate nei *Mega Regionals*, ma anche nei nuovi BITs tra singoli Stati membri e Paesi terzi, nei casi in cui la loro negoziazione sia stata autorizzata dalla Commissione.⁵⁷⁰ All'inserimento di

⁵⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 6 aprile 2011 "*sulla futura politica europea in materia di investimenti internazionali*" n. 2010/2203(INI), cfr. punto 28: "*ribadisce, per quanto concerne i capitoli di investimento dei più ampi accordi di libero scambio (ALS), la sua richiesta di prevedere una clausola sulla responsabilità sociale delle imprese nonché clausole sociali e ambientali efficaci in ciascun ALS firmato dall'UE*". Per quanto riguarda la clausola di RSI nei *Mega Regionals*, essa figura nel FTA Corea del Sud (art. 13.6.2: "*the Parties shall strive to facilitate and promote trade in goods that contribute to sustainable development, including goods that are the subject of schemes such as fair and ethical trade and those involving corporate social responsibility and accountability*"); nel CETA all'art. 22.3.2(b): "*stimolando lo sviluppo e l'uso di buone prassi di responsabilità sociale delle imprese, quali quelle contenute nelle linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali, per una maggiore coerenza tra obiettivi economici, sociali e ambientali*"; nel FTA Vietnam all'art. 13.10.2(e) e all'art. 13.14.1(i); nel FTA Singapore (art. 12.11.4); nel JEFTA all'art. 16.5(e).

⁵⁷⁰ Il Regolamento UE n. 1219/2012 disciplina il regime dei BITs conclusi dagli Stati membri dell'UE prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed autorizza la negoziazione di nuovi BITs con Paesi terzi, coi quali l'UE non abbia ancora in programma la negoziazione di un accordo. Lo scopo è quello di assicurare la coerenza dei BITs nazionali con l'azione esterna dell'Unione, in applicazione dell'art. 258 TFUE. A tale scopo, l'art. 9 del Regolamento prevede l'obbligo per gli Stati membri di "*include or remove from such negotiations and prospective bilateral investment agreement any clauses where necessary to ensure consistency with the Union's investment policy*".

clausole di sostenibilità si accompagna l'esigenza di farle rispettare, specie per gli FTAs stipulati con paesi partner che non abbiano i medesimi livelli di tutela economico-sociali ed ambientali. La Commissione europea si pose il problema nella già richiamata Comunicazione *Trade for All* del 2015, riconoscendo il sostegno di adeguate forme di cooperazione allo sviluppo.⁵⁷¹ Gli IIAs possono inoltre prevedere specifici meccanismi attuativi, come nel caso del citato PTPA tra USA e Perù che contiene all'art. 17.6 la previsione di un “*capacity building mechanism*” per l'adempimento delle disposizioni a tutela dei lavoratori previste al Cap. 17, meccanismo dettagliato all'Allegato 17.6 per mezzo di *contact points* nominati dagli Stati parte. Si possono inoltre prevedere appositi *Comitati* che, coinvolgendo anche la società civile, aiutino gli Stati a dare attuazione al capitolo dei *Mega Regionals* dedicato allo sviluppo sostenibile (così, ad esempio, l'art. 16.13 JEFTA).⁵⁷² Infine, dal 2015, la *compliance* all'Agenda ONU 2030 permette di far valere l'adempimento delle clausole di sostenibilità contenute negli IIAs come parte del complessivo impegno nazionale di attuazione degli SDGs.

3.7 Considerazioni conclusive

Le disposizioni modernizzatrici degli IIAs di terza generazione tendono a meglio bilanciare la tutela dell'investitore con la salvaguardia delle prerogative statali. Esse riguardano sia l'ambito processuale, relativo ai meccanismi ISDS, che quello

Per questo, in base all'art. 8, lo Stato membro è tenuto a notificare alla Commissione l'intenzione di avviare negoziati con i paesi terzi, sottoponendo la relativa bozza di accordo.

⁵⁷¹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione *Trade for All*, *ibid.*, punto 4.2.2: “*Una volta che gli ALS sono entrati in vigore, l'UE dovrà assicurarsi che le disposizioni in materia di commercio e sviluppo sostenibile siano effettivamente attuate e utilizzate, anche offrendo il sostegno appropriato mediante la cooperazione allo sviluppo. Si tratta di un passo cruciale per ottenere cambiamenti concreti. Il rispetto degli impegni assunti in materia di diritti dei lavoratori e protezione ambientale può rappresentare un notevole problema per alcuni dei nostri partner commerciali. La Commissione è pronta ad assistere i partner commerciali per migliorare la situazione*”.

⁵⁷² Nel CETA, per l'adempimento delle clausole di sostenibilità su lavoro e ambiente (Capp. 23, 24), sono previsti meccanismi di consultazione bilaterale (art. 23.9, art. 24.14) dopodiché la controversia viene deferita ad un *panel* di esperti (art. 23.10, art. 24.15) che emana un rapporto finale, non vincolante.

delle disposizioni sostanziali, per queste ultime includendo il riferimento testuale allo sviluppo sostenibile ed alle clausole di sostenibilità. La sfida dei prossimi anni è quella di uniformare l'intero complesso degli IIAs vigenti agli SDGs, seguendo l'auspicio dell'UNCTAD per cui *“the SDGs should be a core objective when negotiating new IIAs and modernizing ‘old-generation’ treaties”*⁵⁷³. Il fatto stesso di esser riusciti ad individuare dieci elementi comuni di sostenibilità è la prova che esiste già ora una convergenza sulle caratteristiche che gli investimenti devono avere per qualificarsi come sostenibili.⁵⁷⁴ Le risposte dei recenti IIAs in relazione al sistema ISDS restano invece frammentate, con diverse posizioni e approcci,⁵⁷⁵ impedendo ad un modello di affermarsi sugli altri.⁵⁷⁶ E' quindi

⁵⁷³ UNCTAD, *World Investment Report 2020*, p. 225. In adempimento alla Risoluzione UNGA A/RES/74/199 *“Promoting investments for sustainable development”* che chiedeva di identificare *“concrete recommendations for the advancement of investment for the implementation of the 2030 Agenda”* (par. 31), il Capitolo V del Rapporto (*“Investing in the SDGs”*) contiene un piano d'azione per uniformare gli investimenti agli SDGs, con una serie di iniziative a livello nazionale, ma riservando attenzione anche agli IIAs, auspicando che *“the SDGs should be a core objective when negotiating new IIAs and modernizing ‘old-generation’ treaties, based on UNCTAD’s IIA Reform Package and the forthcoming IIA Accelerator”*, sulla base del programma *“IIA Reform Accelerator”* che UNCTAD dovrebbe varare entro il 2020. Nei *Key Messages*, il WIR 2020 notava infatti a p. XVI che *“Factoring the SDGs into the international investment treaty regime also presents a daunting task. The vast majority of the 3,300 existing treaties pre-date the SDGs and need to be modernized. Recent treaties increasingly incorporate them [...] A more systematic approach is needed for mainstreaming SDGs into national investment policy frameworks and the IIA regime [...]”*.

⁵⁷⁴ SAUVANT, MANN, *Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics*, *ibid.*, cfr. *Executive Summary*, p. VI: *“The list of sustainability characteristics suggests that, de facto, an international consensus exists across a range of stakeholder groups as to what sustainable FDI is, reflected in these common and emerging sustainability characteristics of FDI.”*; p. 13: *“[i]n short, the consensus that is emerging is strong, as it includes a wide range of stakeholders and geographic regions, and it is underpinned by intergovernmental instruments that are based on a broad consensus of governments”*.

⁵⁷⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p. 106: *“Investor-State arbitration continues to be controversial, spurring debate in the investment and development community and the public at large. Five principal approaches emerge from IIAs signed in 2018: (i) no ISDS, (ii) a standing ISDS tribunal, (iii) limited ISDS, (iv) improved ISDS procedures and (v) an unreformed ISDS mechanism [...]. For 2018, the most frequently used approaches were ‘limited ISDS’ and ‘improved ISDS procedures’, often in combination”*.

⁵⁷⁶ SCHILL, VIDIGAL, *Investment dispute settlement à la carte within a multilateral institution: a path forward for the UNCITRAL process?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 248 del 25 marzo 2019, ove alle pp. 1-2 gli Autori notano che *“it is unlikely that one model will find universal support, as the different positions on investment dispute-settlement design reflect largely entrenched political stances. The predictable outcome of every party sticking to its own model -institutional fragmentation- threatens the achievement of key objectives of the current reform process, in particular the aim to enhance consistency, coherence and predictability”*.

probabile che i futuri IIAs mantengano il sistema ISDS attuale, ma innovato con regole procedurali all'insegna della maggior trasparenza, indipendenza e professionalità degli arbitri, e dotato di regole sostanziali ispirate ai principi dello sviluppo sostenibile. In quali modi la RSI, come momento adempitivo di tali clausole di sostenibilità, possa servire nel valutare il *behaviour of investor*, sarà oggetto di esame nel prossimo Capitolo.

Capitolo 4. La responsabilità sociale d'impresa per gli investitori

Nel precedente Capitolo si è documentato come sempre più IIAs incorporino come clausola di sostenibilità la RSI-*Responsabilità Sociale d'Impresa*, affermatasi inizialmente in strumenti di *soft law*, fin dall'esaminato Rapporto *Brundtland*, che conteneva esortazioni di condotta per le imprese investitrici (TNCs, *transnational corporations*).⁵⁷⁷ La RSI consiste in regole volontarie di condotta che un'impresa segue nella convinzione di ottenere dei risultati che possano arrecare benefici e vantaggi a sé stessa e al contesto in cui opera. Ciò si traduce nell'adozione di una politica aziendale che sappia conciliare gli obiettivi economici con quelli sociali ed ambientali, in modo da “*embrace a core business model that takes account of the environmental, social and governance impacts of their activities*”, secondo il linguaggio dell'Agenda di Addis Abeba.⁵⁷⁸

Gli standard volontari di RSI possono spingersi al di là degli obblighi previsti dalla legislazione dell'Host State, e pertanto non possono essere intercettati dalle clausole di legalità contenute in molti IIAs, in forza delle quali l'obbligo di rispettare le leggi ed i regolamenti nazionali è requisito per la protezione

⁵⁷⁷ Non si tratta di una tendenza uniforme e ovunque diffusa, ma in costante crescita. Se il *World Investment Report-WIR 2019* dell'UNCTAD notava che le clausole di RSI “*they still do not feature consistently in recent IIAs*”, comparando solo su 13 dei 29 IIAs conclusi nel 2018 (p. 105), il *WIR 2020* osserva che esse compaiono in più della metà di essi (8 su 15 IIAs conclusi nel 2019, cfr. p. 113).

⁵⁷⁸ *The Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development*, Risoluzione UNGA A/RES/69/313 del 27 luglio 2015, par. 37.

dell'investimento stesso.⁵⁷⁹ A seconda dell'*Host State* e della sua legislazione, l'obbligo di conformarsi alla legislazione nazionale potrebbe quindi non bastare a garantire il rispetto di standard internazionali di RSI. Allo stesso tempo, gli standard di RSI vengono sempre più invocati dagli Stati,⁵⁸⁰ al di là del rispetto delle norme positive (“*governments and the international community are increasingly spelling out what they expect of business, above and beyond compliance with the law*”)⁵⁸¹ e, come nota UNCTAD, “[i]nvestors are increasingly expected to do more than the minimum required by law”.⁵⁸²

Il presente Capitolo si propone di indagare come le regole di RSI possano essere utilizzate per modellare forme di responsabilità in capo agli investitori o addirittura veri e propri obblighi per creare un *level playing field* che colmi le fisiologiche disparità di partenza tra i giocatori della partita *Investor-State*, in un contesto -quello degli IIAs- dove le due posizioni nascono asimmetriche. Non si tratterebbe di uno *screening* preventivo su qualità e requisiti dell'investimento diretto estero -una tendenza parimenti in aumento, benché basata su diverse ragioni e presupposti-⁵⁸³, ma di forme di controllo successivo, permettendo

⁵⁷⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2018*, p. 109: “*To benefit from the protection of the agreement, more than 60 per cent of IIAs require that an investment must be made in accordance with domestic law*”.

⁵⁸⁰ ACCONCI, *La responsabilità sociale di impresa nel diritto internazionale*, in P. ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, E.S.I., 2009, pp. 3-23; ALBAREDA, LOZANO, TENCATI, MIDTTUN, PERRINI, *The changing role of governments in corporate social responsibility: drivers and responses*, in *Business Ethics*, Vol. 17(4), Wiley Online Library, 2008, pp. 347-363; ACCONCI, *La Corporate Social Responsibility quale strumento di contrasto della corruzione*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano, Egea ed., 2003, pp. 277-288; WALESON, *Corporate Social Responsibility in EU Comprehensive Free Trade Agreements: Towards Sustainable Trade and Investment*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, Vol. 42(2), pp. 143-174.

⁵⁸¹ OIL, *The future of Work Centenary Initiative*, ILC.104/DG/I, International Labour Conference, 104th Session, Ginevra, 2015, par. 80-81, ove si nota che: “*the era of accelerating globalization has seen the explosive growth of a wide range of initiatives commonly grouped under the heading of corporate social responsibility (CSR). [...] CSR has already been challenged to become more rigorous, and it is notable that governments and the international community are increasingly spelling out what they expect of business, above and beyond compliance with the law*”.

⁵⁸² UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, p. 15.

⁵⁸³ VELTEN, *FDI screening regulation and the recent EU guidance: what options do member states have ?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 284 del 10 agosto 2020, in relazione al Regolamento (UE) 2019/452 del 19 marzo 2019, in vigore dall'11 ottobre 2020, che istituisce un quadro per il controllo degli IDE nell'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico.

all'*Host State* di stigmatizzare e, in sede arbitrale, al giudicante di tenere in considerazione il comportamento dell'investitore straniero non conforme alla RSI.

4.1 Genesi ed evoluzione della RSI

La *Responsabilità Sociale d'Impresa* (RSI o in inglese CSR, *Corporate Social Responsibility*, indicata anche in senso lato come RBC, *Responsible Business Conduct*) stabilisce modelli comportamentali, su base volontaria, diretti al mondo imprenditoriale⁵⁸⁴. La RSI può essere definita come “*l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*”,⁵⁸⁵ ovvero come contributo positivo che le imprese possono dare allo sviluppo sostenibile, arrecando benefici e vantaggi sia all'impresa stessa che al contesto in cui essa opera, evitando impatti negativi delle proprie attività.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ MONEBHURRUN, *Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law*, in *Revista de Direito Internacional*, UniCEUB, Brasilia, 2017. Usando lo stesso metodo, l'Autore cerca di ricostruire, muovendo dalla massa esistente di *soft law*, una “*private companies' liability in international law*” attraverso l'uso della RSI: “[a]s such, a trend exists in recent investment agreements and also in the arbitral jurisprudence which oversees investors' malpractices so as to, firstly, foster a culture of corporate social responsibility and to, secondly, evaluate their intrinsic legal protection”.

⁵⁸⁵ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione “*Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*”, Bruxelles, 25 ottobre 2011 COM(2011) 681 final. Vanno inoltre ricordate, in ambito RSI, la Comunicazione della Commissione “*Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*”, COM(2012) 740 final, del 12 dicembre 2012; le Conclusioni del Consiglio sulle *Responsible Global Value Chains* (8833/16) e sul *Business and Human Rights* (10254/16). Nel 2017, il documento del Consiglio “*A sustainable European future: the EU response to the 2030 Agenda for Sustainable Development*” richiama la RSI al punto 25 (“*highlights the need for the private sector to adopt sustainable approaches and commit to responsible business conduct (RBC)*”).

⁵⁸⁶ GAUKRODGER, *Business Responsibilities and Investment Treaties*. Consultation paper by the OECD Secretariat, Paris, 2020, cfr. par. 7: “[RBC] ... It is a broad concept that focuses on two aspects of the business-society relationship: (i) the positive contribution businesses can make to sustainable development and inclusive growth; and (ii) avoiding adverse impacts on others and addressing them when they do occur”. NOVIK, DE CROMBRUGGHE, *Towards an International Framework for Investment Facilitation*, in *OECD Investment Insights*, Paris, 2018, p. 2: “RBC principles and standards set out an expectation that all businesses avoid and address negative impacts of their operations, while contributing to sustainable development of the countries in which they operate”.

Antesignana della RSI è stata la “*Dichiarazione Tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale*” adottata nel 1977 dall’OIL, frutto di un accordo tripartito tra governi, organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tale Dichiarazione, da ultimo emendata nel 2017, è volta ad incoraggiare pratiche socialmente responsabili nel mondo del lavoro (occupazione, formazione, condizioni di vita e di lavoro, relazioni industriali), invitando le imprese multinazionali ad osservarle su base volontaria (parr. 7, 10), muovendo dal presupposto che “[g]razie agli investimenti diretti internazionali, al commercio e ad altri strumenti, queste imprese possono apportare benefici sostanziali ai paesi di origine e a quelli ospitanti, contribuendo in tal modo ad un più efficace utilizzo del capitale, della tecnologia e del lavoro. Nell’ambito delle politiche di sviluppo sostenibile stabilite dai governi, le imprese multinazionali possono anche fornire in tutto il mondo un importante contributo alla promozione del benessere economico e sociale, al miglioramento dei livelli di vita e al soddisfacimento dei bisogni primari [...]” (par. 1).⁵⁸⁷

Dieci anni più tardi, nel 1987, il Rapporto Brundtland esorta le multinazionali ad incorporare i criteri dello sviluppo sostenibile nelle proprie politiche di investimenti all’estero (“*should incorporate sustainable development criteria into their policies*”).⁵⁸⁸ Nel 1992 l’Agenda 21 di Rio incoraggia a “*establish world-wide corporate policies on sustainable development*” (par. 30.22), attraverso condotte responsabili tramite forme di auto-regolamentazione (parr. 30.26, 30.3).⁵⁸⁹ Nel 1993 un ulteriore impulso alla RSI arriva dalla

⁵⁸⁷ OIL, *Dichiarazione Tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale*, 5° ed., Ginevra, 2017.

⁵⁸⁸ Cfr. Cap.12 punto 79 del Rapporto: “*Efforts are being made to stimulate private investment. These efforts should be geared to supporting sustainable development. The industrial and financial corporations making such investments, and the export credit, investment insurance, and other programmes that facilitate them, should incorporate sustainable development criteria into their policies*”.

⁵⁸⁹ Cfr. Agenda 21, Cap. 30, sezione b), dal titolo “*Promoting responsible entrepreneurship*” par. 30.22: “*Business and industry, including transnational corporations, should be encouraged to establish world-wide corporate policies on sustainable development, arrange for environmentally sound technologies to be available to affiliates owned substantially by their parent company in developing countries without extra external charges, [...].*”; par. 30.26: “*Business and industry,*

creazione dell'*Inspection Panel* in seno alla Banca Mondiale, allo scopo di controllare che, nei progetti finanziati nei paesi in via di sviluppo, gli investitori rispettino i diritti umani fondamentali, quali quelli dei popoli indigeni, i diritti delle minoranze, la salute e l'ambiente.⁵⁹⁰

A seguire, si annoverano la *Global Reporting Initiative* (GRI),⁵⁹¹ una cornice volontaria di rendicontazione imprenditoriale di carattere non finanziario in tema di sostenibilità creata nel 1997; il Global Compact dell'ONU del 2000, iniziativa che pone in capo alle imprese il rispetto di dieci principi, riassunti in quattro *volets* (rispetto dei diritti umani, diritti dei lavoratori, tutela dell'ambiente e lotta alla corruzione)⁵⁹²; nel 2000, le *Linee Guida OCSE* costituiscono un insieme di raccomandazioni rivolte dagli Stati alle imprese multinazionali che operano nel o dal loro territorio⁵⁹³. Nel 2002, la *Dichiarazione di New Delhi* dell'ILA richiama la RSI come corollario del principio n. 6 di *good governance*,⁵⁹⁴ ed il coevo *World Summit on Sustainable Development* (WSSD)

including transnational corporations, should ensure responsible and ethical management of products and processes from the point of view of health, safety and environmental aspects. Towards this end, business and industry should increase self-regulation, guided by appropriate codes, charters and initiatives integrated into all elements of business planning and decision-making, and fostering openness and dialogue with employees and the public”; par. 30.3: “Business and industry, including transnational corporations, should recognize environmental management as among the highest corporate priorities and as a key determinant to sustainable development [...]”.

⁵⁹⁰ FREESTONE, *The World Bank and sustainable development. Legal essays*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2013, pp. 16-20. Il *Panel* è un organo con funzioni arbitrali, su ricorso diretto di individui o gruppi esponenziali, come le ONG, che lamentino violazioni dei diritti umani da parte di un progetto finanziato dalla Banca Mondiale. Il *panel* conclude la propria indagine ispettiva con un rapporto che viene trasmesso al *Board of Directors*, per repliche e deduzioni. Spetterà poi allo stesso *Board*, assieme al Presidente della Banca Mondiale, adottare la decisione finale sulla controversia, cfr. www.inspectionpanel.org.

⁵⁹¹ Dal 2018, gli standard definiti dal GRI prendono il nome di “*Sustainability Reporting Standards*”, uniformando la rendicontazione dell'impatto economico, sociale e ambientale al linguaggio degli SDGs, cfr. <https://www.globalreporting.org/>.

⁵⁹² NAZIONI UNITE, *Global Compact*, cfr. sito web <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc>, ove esso viene definito come “[t]he world’s largest corporate sustainability initiative. A call to companies to align strategies and operations with universal principles on human rights, labour, environment and anti-corruption, and take actions that advance societal goals”.

⁵⁹³ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, cfr. <http://mneguidelines.oecd.org/>, vedi *infra*.

⁵⁹⁴ La *good governance* viene definita nella Dichiarazione di New Delhi come principio essenziale per lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale per lo sviluppo sostenibile (cfr. punto 6.1: “*The principle of good governance is essential to the progressive development and codification of international law relating to sustainable development*”); quanto ai contenuti, essa

richiama la RSI nei suoi due documenti finali, la Dichiarazione di Johannesburg (par. 29) e il JPOI- *Johannesburg Plan of Implementation* (parr. 49, 140).⁵⁹⁵ Nel 2006 vengono adottati i *Principles for Responsible Investment* (PRI), sei principi di matrice ambientale e sociale che gli investitori sono incoraggiati ad incorporare nelle loro decisioni quando operano sui mercati finanziari ⁵⁹⁶; nel 2010 viene emanata la UNI ISO 26000 *Guidance on Social Responsibility*, un insieme di linee-guida e standard per promuovere su base volontaria la RSI; ⁵⁹⁷ nel 2011 vengono adottati i Principi guida ONU su Imprese e Diritti umani (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights-UNGPs*), fondati sui tre pilastri: “*protect, respect, remedies*”.⁵⁹⁸ Nel 2012, il documento finale *The future we want* di Rio+20 esorta le imprese al rispetto della RSI, anche attraverso forme di rendicontazione non finanziaria.⁵⁹⁹

Nel 2015, gli SDGs rappresentano una *call for action for business* in base al par. 67 dell’Agenda ONU 2030 (“*[w]e call upon all businesses to apply their creativity and innovation to solving sustainable development challenges*”),

include un “*democratic and transparent decision-making*”, il giusto processo, la lotta alla corruzione, nonché la stessa RSI (punto 6.3: “*Good governance also calls for corporate social responsibility and socially responsible investments [...]*”).

⁵⁹⁵ Cfr. par. 29: “*We agree that there is a need for private sector corporations to enforce corporate accountability, which should take place within a transparent and stable regulatory environment*”; JPOI par. 49: “*Actively promote corporate responsibility and accountability, based on the Rio principles, including through the full development and effective implementation of intergovernmental agreements and measures, international initiatives and public-private partnerships and appropriate national regulations, and support continuous improvement in corporate practices in all countries*”; par. 140 lettera f): “*Promote corporate responsibility and accountability and the exchange of best practices in the context of sustainable development [...]*”.

⁵⁹⁶ Cfr. <https://www.unpri.org/>, vedi *infra*.

⁵⁹⁷ Le linee guida UNI ISO 26000 sono state emanate dall’ISO (*International Organization for Standardization*) e si rivolgono a tutte le imprese, a prescindere dalle dimensioni e struttura. ISO 26000 non è utilizzabile a fini certificativi, a differenza di quanto avviene per altri standard dell’Organizzazione.

⁵⁹⁸ *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, UN doc. HR/PUB/11/04.

⁵⁹⁹ Cfr. par. 46: “*We support national regulatory and policy frameworks that enable business and industry to advance sustainable development initiatives, taking into account the importance of corporate social responsibility. We call upon the private sector to engage in responsible business practices, such as those promoted by the United Nations Global Compact*”; par. 47: “*We acknowledge the importance of corporate sustainability reporting, and encourage companies, where appropriate, especially publicly listed and large companies, to consider integrating sustainability information into their reporting cycle*”.

richiamando il mondo imprenditoriale al rispetto dei diritti dei lavoratori, dell'ambiente e della salute, in conformità con gli accordi internazionali e gli standard applicabili in materia, citando gli UNGPs e l'OIL.⁶⁰⁰ Inoltre, il *target* 12.6 incoraggia le imprese, in particolare le grandi aziende multinazionali, ad adottare pratiche sostenibili e ad integrare le informazioni sulla sostenibilità nei loro resoconti annuali; il *target* 16.5 affronta la lotta alla corruzione ed il *target* 17.17 incoraggia *partnerships* tra pubblico e privato per il raggiungimento degli SDGs. L'Agenda di Addis Abeba, parte integrante dell'Agenda ONU 2030, richiama la RSI ai parr. 17, 26, 37, annoverando tra le *sustainable corporate practices* gli investimenti finanziari sostenibili e le rendicontazioni non finanziarie (ESG-*Environment, Social, Governance reporting*).⁶⁰¹

Tutti gli strumenti sopra elencati introducono regole volontarie di condotta ed auto-disciplina, sempre più percepite come tappe obbligatorie per le imprese che intendono investire ed operare a livello internazionale. L'attenzione della società civile e dell'opinione pubblica nonché la competizione con le altre imprese concorrenti, fanno percepire tali standard, di fatto, come obbligatori. Chi non li segue, rischia di mettersi fuori dal mercato. Le azioni di *business as usual*

⁶⁰⁰ Cfr. par. 67: “*Private business activity, investment and innovation are major drivers of productivity, inclusive economic growth and job creation [...]. We call upon all businesses to apply their creativity and innovation to solving sustainable development challenges. We will foster a dynamic and well-functioning business sector, while protecting labour rights and environmental and health standards in accordance with relevant international standards and agreements and other ongoing initiatives in this regard, such as the Guiding Principles on Business and Human Rights and the labour standards of the International Labour Organization, the Convention on the Rights of the Child and key multilateral environmental agreements, for parties to those agreements*”.

⁶⁰¹ Il richiamo alla RSI nell'Agenda di Addis appare al par. 17 (“*[w]e will promote corporate sustainability, including reporting on environmental, social and governance impacts, to help to ensure transparency and accountability*”), al par. 26 (“*[w]e underline the importance of corporate transparency and accountability of all companies, notably in the extractive industries*”), al par. 37: “*We will foster a dynamic and well-functioning business sector, while protecting labour rights and environmental and health standards [...]. We encourage impact investing, which combines a return on investment with non-financial impacts. We will promote sustainable corporate practices, including integrating environmental, social and governance factors into company reporting as appropriate, with countries deciding on the appropriate balance of voluntary and mandatory rules. We encourage businesses to adopt principles for responsible business and investing, and we support the work of the Global Compact in this regard. [...]*”.

che non incorporano tali dettami vengono sempre più stigmatizzate e diventa difficile giustificarle agli occhi dei consumatori o degli Stati che ospitano l'investimento. Il rispetto di tali standard è quindi divenuto un fattore strategico per le imprese,⁶⁰² perché la promozione di azioni di RSI aumenta il prestigio reputazionale ed allo stesso tempo crea vantaggio competitivo aziendale.⁶⁰³

Grazie alla RSI, si introduce la sostenibilità aziendale come declinazione dello sviluppo sostenibile, sostanziandosi *“in tre aspetti strettamente interrelati: la dimensione ambientale, quella sociale e quella economica. Essere sostenibile per un'azienda significa essere in grado di conseguire simultaneamente una sostenibilità in questi tre ambiti. Se anche in uno solo di essi l'azienda non è in grado di ‘soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri’, l'azienda non può definirsi sostenibile”*.⁶⁰⁴ La massa di *soft law* in materia di RSI, come sopra elencata, si è affermata come un corpo altamente pervasivo di raccomandazioni, ripetute nel tempo in diversi strumenti ed ambiti, e può essere oggi considerata

⁶⁰² PERRINI, TENCATI, *Corporate social responsibility. Un nuovo approccio strategico alla gestione d'impresa*, Milano, Egea ed., 2008. ZOLLO, MINOJA, CODA, *Responsabilità sociale e strategia d'impresa*, in M. ZOLLO, *Verso l'Impresa Responsabile*, Milano, Egea ed., 2008.

⁶⁰³ Le Università italiane appaiono sempre più interessate al tema della RSI, inizialmente nell'orbita dell'Università Bocconi di Milano, ove il Prof. ZOLLO, Ordinario di Strategia e Sostenibilità (Dip. di Management e Tecnologia), propiziò la nascita di laboratori sperimentali per il radicamento in Italia di nuove forme di *Sustainable Business Model* aziendali. Pari attenzione è emersa dall'opera del Prof. MOLteni, Ordinario di *Corporate Strategy* (Dip. di Scienze dell'economia e della gestione aziendale) all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Nel 2004 ha fondato ALTIS-Alta Scuola Impresa e Società, con progettualità formative sulla sostenibilità (<http://altis.unicatt.it/>), e nel 2006 ha fondato il *CSR Manager Network*, associazione che raccoglie i professionisti della sostenibilità e della RSI di varie imprese italiane.

⁶⁰⁴ PEDRINI, ZACCONE, *Le aziende diventano sostenibili*, ed. Pearson Area Giuridico-Economica, Torino, 2019, pp. 1-2. Gli Autori la definiscono come *“una nuova concezione dell'attività imprenditoriale, secondo cui il fine ultimo dell'attività d'impresa non può consistere nella sola massimizzazione del profitto (obiettivo tipicamente di breve periodo), ma va esteso alla creazione di valore nel lungo periodo, a vantaggio di tutti gli interlocutori aziendali e delle esigenze delle generazioni future. Un'azienda sostenibile deve quindi operare non solo con l'obiettivo di generare un ritorno economico per i proprietari (shareholders) [...] ma deve cercare di garantire benefici (economici e non) per tutti i soggetti che a vario titolo hanno a che fare con essa (stakeholders). Per essere sostenibile un'azienda deve trovare nuovi modelli di operatività che le permettano di generare valore per i proprietari (equi risultati economici), valore per i propri interlocutori (risultati sociali in linea con le attese) e preservare il valore delle risorse naturali (impatto positivo sull'ambiente)”*.

un'applicazione dello sviluppo sostenibile al settore privato.⁶⁰⁵ In proposito, MOLTENI osserva che “[q]uale grande impresa può non fare i conti con i Sustainable Development Goals, e non tentare di dimostrare con i fatti e non solo a parole che almeno alcuni di essi stanno dando una forma nuova ai prodotti e ai processi aziendali?”.⁶⁰⁶ Da qui l'importanza di analizzare i principali strumenti internazionali in materia di RSI, in quanto grazie ad essi si possono fondare forme di responsabilità per il comportamento tenuto dagli investitori.

4.2 Il Global Compact ed altre iniziative auto-regolatorie

Il Global Compact dell'ONU è un'iniziativa volontaria di auto-regolamentazione per le imprese multinazionali volta a promuovere valori riconducibili alla responsabilità sociale d'impresa. Nel 1999 al *World Economic Forum* di Davos l'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, invitò i leader dell'economia mondiale a sottoscrivere un patto globale per un'economia sostenibile e per affrontare gli aspetti più critici della globalizzazione. L'appello venne favorevolmente accolto dal mondo imprenditoriale e nel luglio 2000 veniva creato il Global Compact delle Nazioni Unite (UNGC). Attraverso il Global Compact, le imprese aderenti (ad oggi circa 11mila, da oltre 150 paesi)⁶⁰⁷ allineano le proprie attività e strategie a dieci principi, riconducibili ai quattro *volets* dei diritti umani fondamentali, diritti dei lavoratori, tutela dell'ambiente e lotta alla corruzione. Si tratta di principi universalmente riconosciuti e condivisi, in quanto desunti dalla Dichiarazione universale dei Diritti Umani (principio 1: “alle imprese è richiesto di promuovere e rispettare i diritti umani universalmente riconosciuti nell'ambito delle rispettive sfere di influenza”; principio 2: “assicurarsi di non essere, seppure indirettamente, complici negli abusi dei diritti

⁶⁰⁵ LONGO, *La tutela dei diritti fondamentali negli arbitrati internazionali degli investimenti alla luce dello sviluppo sostenibile*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, a cura di M.A. LUPOI, San Giustino (PG), ed. Revelino, 2019, pp. 209-225.

⁶⁰⁶ PEDRINI, ROSSI, *La sostenibilità come professione. Competenze ed esperienze per lo sviluppo delle imprese*, Milano, Egea ed., 2020, cfr. prefazione a cura del Prof. MOLTENI, p. XI.

⁶⁰⁷ Cfr. <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>.

umani”); dalla Dichiarazione OIL sui principi fondamentali e i diritti del lavoro (principio 3: “*alle imprese è richiesto di sostenere la libertà di associazione dei lavoratori e riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva*”; principio 4: “*eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato e obbligatorio*”; principio 5: “*effettiva eliminazione del lavoro minorile*”; principio 6: “*eliminazione di ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione*”); dalla Dichiarazione di Rio del 1992 (principio 7: “*alle imprese è richiesto di sostenere un approccio preventivo nei confronti delle sfide ambientali*”; principio 8: “*intraprendere iniziative che promuovano una maggiore responsabilità ambientale*”; principio 9: “*incoraggiare lo sviluppo e la diffusione di tecnologie che rispettino l’ambiente*”) e dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione-UNCAC (principio 10: “*le imprese si impegnano a contrastare la corruzione in ogni sua forma, incluse l’estorsione e le tangenti*”).⁶⁰⁸ Aderire al *Global Compact* significa stipulare un patto, attraverso il quale ci si impegna a perseguire tali principi, divulgando e condividendo esperienze, *best practices*, con benefici in termini di miglioramento di immagine e reputazione. Il rispetto di tali principi costituisce vincolo inderogabile per la *membership*, con obbligo di rendicontazione annuale dei progressi compiuti attraverso apposite *Communication on Progress* (COPs). Tali comunicazioni costituiscono una rendicontazione di sostenibilità, con cui le imprese rendono pubblicamente prova del loro impegno ad adempiere i dieci principi. L’impresa aderente che non presenta la Comunicazione nei tempi previsti viene dichiarata come “non comunicante” e se tale inadempimento permane anche per l’anno successivo, con l’omessa o incompleta presentazione della Comunicazione, è prevista la sanzione

⁶⁰⁸ Cfr. <https://www.globalcompactnetwork.org/it/il-global-compact-ita/i-dieci-principi/introduzione.html>. Il *Global Compact Network Italia*, nato nel 2002, si è costituito nel 2013 in fondazione con sede a Roma e si propone di diffondere la conoscenza del Global Compact sul territorio nazionale. Ne fanno parte circa 200 organizzazioni, tra cui tre Università (Ca’ Foscari-Venezia, Roma Tor Vergata e VIU-Venice International University) e alcune tra le più importanti aziende italiane.

dell'espulsione da UNGC, salvo poter richiedere di aderire di nuovo all'iniziativa, presentando contestualmente la propria Comunicazione annuale.⁶⁰⁹

UNGC persegue inoltre la missione di sostenere le Nazioni Unite nelle azioni mirate al conseguimento dell'Agenda ONU 2030.⁶¹⁰ Invero, l'applicazione dei criteri di sostenibilità nel mondo del *business* avevano trovato trattazione già nel *Corporate Sustainability Forum*, organizzato nel 2012 da UNGC come *side-event* alla Conferenza di *Rio+20*. L'obiettivo del Forum era quello di diffondere le pratiche di sostenibilità aziendale, come apporto del UNGC e del settore privato ai temi della Conferenza, ricordando in proposito che “[i]f that development is to be ‘sustainable’, it will not happen by accident, or by continued isolation of the stakeholders in their own worlds”.⁶¹¹ UNGC può essere pertanto annoverato fra le iniziative antesignane del riconoscimento della RSI a livello globale e può vantare il titolo di più grande iniziativa *corporate* di sostenibilità al mondo.

Altri casi di auto-regolamentazione per il mondo del *business* si trovano nel settore minerario ed estrattivo. Ne è esempio IGF, *Intergovernmental Forum on Mining, Minerals, Metals and Sustainable Development*, un forum intergovernativo, il cui Segretariato è ospitato dall'IISD ad Ottawa, che riunisce 75 Paesi oltre ad associazioni ed imprese del settore minerario. IGF nasce nel 2005 per promuovere prassi di sostenibilità⁶¹² sulla base dell'esortazione alla trasparenza e *good governance* del settore minerario promossa al *World Summit*

⁶⁰⁹ Cfr. <https://www.unglobalcompact.org/about/faq>.

⁶¹⁰ UNGC, *How your company can advance each of the SDGs*, cfr. <https://www.unglobalcompact.org/sdgs/17-global-goals>.

⁶¹¹ WALLACE, *International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional and State Governance*, in *Sustainable Development Law & Policy*, Vol.12(3), American University Washington College of Law (WCL), 2012, p. 28: “The Corporate Sustainability Forum is being held in conjunction with Rio+20, and its objectives are to strengthen the business contribution to sustainable development globally -seeking to bring greater scale to responsible business practices, to advance and diffuse sustainable innovation, and to stimulate broader collaboration between companies, governments, civil society and the UN. [...] Modern phenomena, including the powerful march of economic globalization, have vested international law and arbitration with unprecedented power to affect and shape international development. If that development is to be ‘sustainable’, it will not happen by accident, or by continued isolation of the stakeholders in their own worlds, but through concerted, collaborative action by all affected interests”.

⁶¹² Cfr. <https://www.igfmining.org/>.

on Sustainable Development (WSSD) di Johannesburg nel 2002 (punto n. 46 del JPOI: “*Enhancing the contribution of mining, minerals and metals to sustainable development includes actions at all levels to: [...] (c) Foster sustainable mining practices*”) e ribadita dal Summit Rio+20 nel 2012 (cfr. punto n. 227 del documento *The future we want*: “[...] *we recognize that governments need strong capacities to develop, manage and regulate their mining industries, in the interest of sustainable development*”). Le azioni e *best practices* raccomandate dall’IGF sono state riassunte nel documento “*Mining Policy Framework*”, la cui prima parte ha per titolo “*Mining and Sustainable Development: managing one to advance the other*”, evidenziando il contributo dell’attività estrattiva allo sviluppo sostenibile.⁶¹³ Alcuni Paesi hanno trasformato le linee-guida esistenti nel settore estrattivo in disposizioni vincolanti per le imprese. È questa la scelta compiuta dall’UE col Regolamento n. 281/17 sull’approvvigionamento responsabile di minerali e metalli. Esso stabilisce, a partire dal 1 gennaio 2021, a carico delle imprese UE importatrici di quattro minerali (stagno, tantalio, tungsteno, oro) originari di zone di conflitti armati o ad alto rischio di rispetto dei diritti umani, obblighi di diligenza nella catena di approvvigionamento (*supply-chain due diligence*), attraverso l’adozione di sistemi di gestione del rischio, obblighi di trasparenza e informazione, “*in modo da garantire la trasparenza e la sicurezza relativamente alle pratiche di approvvigionamento*” (art. 1, ed inoltre al punto 11 dei “considerando” al Regolamento: “[...] *l’esercizio del dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento è un processo costante, proattivo e reattivo, attraverso il quale gli operatori economici del settore controllano e gestiscono i loro acquisti e le loro vendite, al fine di garantire il rispetto dei diritti dell’uomo e la propria estraneità ai conflitti o agli effetti negativi ad essi conseguenti*”).⁶¹⁴

⁶¹³ IGF *Mining Policy Framework*, IGF Secretariat, 2013, <https://www.igfmining.org/wp-content/uploads/2018/08/MPF-EN.pdf>, p. 6: “*The Framework has universal application. It is as ambitious as it is necessary, particularly for developing countries. It represents the commitment of the IGF members to ensuring that mining activities within their jurisdictions are compatible with the objectives of sustainable development and poverty reduction*”.

⁶¹⁴ Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che stabilisce “obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli

Un altro esempio di auto-regolamentazione è il *Kimberley Process* (KP), un regime di auto-disciplina per il commercio internazionale di diamanti grezzi.⁶¹⁵ E' un'iniziativa nata nel 2003 sulla base dell'adesione volontaria degli Stati, ma con una composizione tripartita, essendo aperta anche al settore privato (ONGs) ed alle industrie diamantifere (in qualità di osservatori), che ha come obiettivo la certificazione della provenienza dei diamanti, per evitare il commercio di quelli provenienti da zone di guerra (*conflict diamonds*). La *membership* è composta da 55 Stati, oltre ai Paesi UE rappresentati dalla Commissione europea⁶¹⁶. I doveri

importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio", in G.U. dell'Unione europea, L 130/1 del 19 maggio 2017. Il Regolamento ricorda le iniziative multilaterali alla sua base (cfr. punto n. 4 dei "considerando": "[...] linee guida dell'OCSE sul dovere di diligenza per una catena di approvvigionamento responsabile di minerali provenienti da zone di conflitto o ad alto rischio (OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas) («Linee guida dell'OCSE sul dovere di diligenza»); mentre al punto n. 5 ricorda le fonti in ambito onusiano: "Il concetto di approvvigionamento responsabile, cui è fatto riferimento nella versione aggiornata delle Linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali, è in linea con i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani. Questi documenti mirano a promuovere l'esercizio del dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento laddove le imprese si approvvigionano in aree teatro di conflitti e caratterizzate da situazioni instabili. Al più alto livello internazionale, la risoluzione 1952 (2010) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, incentrata specificamente sulla situazione della Repubblica democratica del Congo (RDC) e dei paesi vicini dell'Africa centrale, invita a rispettare il dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento", mentre al punto n. 9 fa riferimento ad analoga normativa negli USA: "[...] il Parlamento europeo ha invitato l'Unione a legiferare sulla base del modello della legge statunitense sui minerali dei conflitti, articolo 1502 del Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Legge Dodd-Frank sulla riforma dei mercati finanziari e sulla protezione dei consumatori)".

⁶¹⁵ L'iniziativa prende il nome da un importante centro diamantifero sudafricano in cui i delegati di diversi Stati, di ONG e multinazionali diamantifere si riunirono per la prima volta nel 2000. Cfr. sito web: <https://www.kimberleyprocess.com/en/2020-kp-participants-list>. Le industrie e le multinazionali diamantifere, quali membri osservatori del KP, sono rappresentate dal *World Diamond Council*, con sede a New York (<https://www.worlddiamondcouncil.org/>). Un'altra organizzazione di imprese a livello internazionale che abbraccia il mondo orafa e la gioielleria è CIBJO, *World Jewellery Confederation*, che comprende aziende in oltre 40 paesi, tra cui *Federpreziosi* di Confcommercio per l'Italia. CIBJO vanta dal 2006 il *consultative status* come ONG all'ECOSOC ex art. 71 della Carta ONU ed ha creato un'apposita fondazione per promuovere i principi della RSI tra le aziende partecipanti (*World Jewellery Confederation Education Foundation*, WJCEF, cfr. http://www.cibjo.org/introduction_to_wjcef/).

⁶¹⁶ Il sistema di certificazione KP è stato attuato nel 2002 dall'UE con un Regolamento che istituisce il sistema europeo di certificazione e controlli all'import-export per i diamanti grezzi (art.1), tramite l'individuazione delle Autorità doganali dell'Unione competenti per la verifica delle importazioni e dei certificati di conformità (art. 4, che fungono da *entry-points* nell'Unione, dichiarandone l'immissione in libera pratica). *Regolamento (CE) 2368/2002 del Consiglio del 20*

degli Stati membri sono definiti dal protocollo KPCS (*Kimberley Process Certification Scheme*), *in primis* il divieto di commerciare con Paesi che non hanno aderito all'iniziativa o che vengono accusati di non rispettare gli standard del KPCS. Gli Stati membri certificano la provenienza dei diamanti “*conflict free*”, controllando che non provengano da regioni in guerra e li immettono sul mercato, rilasciando l'attestato di diamante “non insanguinato”.

Un'altra iniziativa di auto-regolamentazione è EITI- *Extractive Industries Transparency Initiative*, che richiede ai 54 Stati membri ed alle imprese nel settore minerario e dell'*oil&gas* che operano sul loro territorio di divulgare, in modo pubblico e trasparente, proventi e flussi di pagamenti frutto dell'attività estrattiva. EITI è pertanto uno standard globale di trasparenza e rendicontazione, lungo l'intera catena del valore.⁶¹⁷ L'iniziativa nasce a Londra nel giugno 2003 alla Conferenza di *Lancaster House*, organizzata dal governo britannico, con l'adozione da parte dei partecipanti (Stati, aziende estrattive ed organizzazioni della società civile) dei dodici *EITI Principles*, che legano l'uso delle risorse naturali e la trasparenza dei loro ricavi allo sviluppo sostenibile (cfr. principio 1: “[w]e share a belief that the prudent use of natural resource wealth should be an important engine for sustainable economic growth that contributes to sustainable development and poverty reduction, but if not managed properly, can create negative economic and social impacts”; principio 4: “[w]e recognise that a public understanding of government revenues and expenditure over time could help public debate and inform choice of appropriate and realistic options for sustainable development”).

Nel 2005 sono state adottate sei linee-guida (*EITI criteria*) che prevedono la presentazione di rapporti periodici, con il coinvolgimento della società civile per

dicembre 2002 relativo all'attuazione del sistema di certificazione del processo di Kimberley per il commercio internazionale di diamanti grezzi, in *G.U.C.E.*, L 358/28 del 31 dicembre 2002.

⁶¹⁷ Cfr. sito web EITI: <https://eiti.org/who-we-are>: “*EITI is the global standard to promote the open and accountable management of oil, gas and mineral resources [...]. The EITI Standard requires the disclosure of information along the extractive industry value chain from the point of extraction, to how revenues make their way through the government, and how they benefit the public*”.

monitorare il processo di *disclosure* (“*publish what you pay*”). Esse costituivano un’evoluzione rispetto al mero approccio volontaristico di RSI (“*a step forward in developing the EITI as a disclosure standard implemented by countries, rather than a voluntary corporate social responsibility standard*”)⁶¹⁸ e sono state sostituite dalle *EITI Rules* nel 2011, a loro volta rimpiazzate dal nuovo *EITI standard*, che ingloba anche i dodici principi fondativi, approvato nel 2019.⁶¹⁹

4.3 UN Guiding Principles on Business and Human Rights

I 31 Principi Guida delle Nazioni Unite sulle Imprese ed i Diritti Umani (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, UNGP o GPs)⁶²⁰ costituiscono il frutto del lavoro condotto per sei anni, dal 2005 al 2011, dall’*UN Special Representative on Business & Human Right*, Prof. Ruggie,⁶²¹ e sono stati

⁶¹⁸ EISEN, KAUFMANN, HELLER, WHITT, PICÓN, BASSETTI, HUDAK, *The TAP-Plus Approach to Anti-Corruption in the Natural Resource Value Chain*. Leveraging Transparency to Reduce Corruption (LTRC) research project. Brookings Institution (ed.), 2020, p. 75. Lo studio è teso a combattere la corruzione nel settore estrattivo attraverso formule di trasparenza, rendiconto e partecipazione (“*corruption in extractive industries is a barrier to good governance and sustainable development in countries around the globe [...]. Many anti-corruption practitioners and academics, particularly those working in the transparency and social accountability field, have coalesced in recent years around a troika of factors required for good governance progress - transparency (T), accountability (A), and participation (P), or TAP*”, cfr. p. 6) e contiene una approfondita analisi di EITI (pp. 70-89).

⁶¹⁹ *The EITI Standard 2019, The global standard for the good governance of oil, gas and mineral resources*, 15 ottobre 2019, EITI International Secretariat, Oslo, cfr. sito web: https://eiti.org/files/documents/eiti_standard_2019_en_a4_web.pdf. Tale documento funge anche da atto istitutivo della nuova EITI (cfr. Cap. II), organizzata come associazione *no-profit* di diritto norvegese (art. 3) e munita di propri organi (un Segretariato, una Conferenza generale da tenere ogni tre anni, un *Board* formato da 21 Stati membri) e formata da tre “*constituencies*” (art. 2): gli Stati partecipanti (“*implementing Countries*”) che soddisfano gli “*EITI requirements*” indicati nella prima parte del documento, le imprese estrattive e la società civile. L’associazione è tesa a perseguire lo scopo descritto all’art. 2.2: “*the objective of the EITI Association is to make the EITI Principles and the EITI Requirements the internationally accepted standard for transparency in the oil, gas and mining sectors, recognising that strengthened transparency of natural resource revenues can reduce corruption, and the revenue from extractive industries can transform economies, reduce poverty, and raise the living standards of entire populations in resource-rich countries*”.

⁶²⁰ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, HR/PUB/11/04, UN New York-Geneva, 2011.

⁶²¹ *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, n. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011. II

approvati il 16 giugno 2011, per *consensus*, dal Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite⁶²². Si tratta di un insieme di standard di comportamento che poggia sui tre pilastri del *Protect, Respect and Remedy framework*. Gli Stati hanno l'obbligo di proteggere i diritti umani contro violazioni ed abusi (*State duty to protect*: primo pilastro), le imprese hanno la responsabilità di rispettarli (*responsibility to respect*: secondo pilastro), che si traduce in un obbligo di comportamento secondo diligenza (*due diligence*) per evitare di violare i diritti umani e per affrontare gli impatti negativi che possono derivare dalle proprie attività. Sia gli Stati che le imprese sono tenuti, secondo il terzo pilastro, a garantire l'accesso a rimedi effettivi, giudiziali e non (“*non-judicial grievance mechanisms*”) in caso di violazione dei diritti umani. I GPs sono uno strumento di *soft law* che non crea obblighi giuridici né in capo agli Stati, né in capo alle imprese (cfr. par. 14: “[t]he Guiding Principles’ normative contribution lies not in the creation of new international law obligations but in elaborating the implications of existing standards and practices for States and businesses; [...]”). Gli UNGPs non impongono obblighi in capo alle imprese,⁶²³ anche se il par. 13 del *Rapporto Ruggie* lascia intravedere come la questione fosse lasciata in qualche modo aperta, facendo salvo un futuro sviluppo progressivo del diritto (“*without foreclosing any other promising longer-term developments*”).⁶²⁴ Del resto, otto anni prima, veri e propri obblighi in capo alle imprese erano stati contemplati dalle c.d. *Norme*, redatte nel 2003 dalla *UN Sub-Commission on the promotion*

c.d. *Rapporto Ruggie* presenta ed introduce i GPs, ciascuno seguito da un commentario, premettendovi 16 paragrafi introduttivi.

⁶²² Organo sussidiario dell'UNGA, in sostituzione dal 2006 della Commissione dei Diritti Umani.

⁶²³ Il preambolo degli UNGPs ricorda che “[n]othing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations”.

⁶²⁴ JÄGERS, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights-NQHR*, Vol. 29(2), 2011, pp. 159-163. L'Autore sostiene, citando il par. 13 del Rapporto, che “*the outright dismissal of the notion of corporate duties is regrettable and seems somewhat at odds with the intention that the Guiding Principles are to become ‘a common global platform for action on which cumulative progress can be built [...]*’”, cfr. p. 160.

and protection of human rights,⁶²⁵ nominata dalla Commissione ONU per i diritti umani, ma da questa mai approvate. Le *Norme* erano una bozza di trattato che imponeva *legal obligations* in capo alle TNCs, così riconoscendole come soggetti di diritto internazionale.⁶²⁶

In virtù del primo pilastro dei GPs, gli Stati restano gli unici *duty-bearers* dell'obbligo di proteggere i diritti umani (c.d. *State duty to protect*, cfr. GP 1: “*States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication*”). Gli Stati hanno l'obbligo di proteggere i diritti umani da ogni forma di violazione da parte di terzi, incluse le imprese nel proprio territorio o nell'ambito della propria giurisdizione, attraverso l'adozione di adeguate misure per prevenire, investigare, punire e risarcire tali violazioni. Il GP 2 invita gli Stati ad enunciare chiaramente l'aspettativa che tutte le imprese con sede nel proprio territorio o sotto la propria giurisdizione, anche se operanti all'estero, rispettino i diritti umani (“*States should set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations*”). Il GP 9 raccomanda agli Stati di conservare un “*adequate policy space*” che permetta di adempiere gli obblighi in materia di diritti umani nel rapporto con altri Stati o imprese, anche in riferimento ai trattati di protezione degli investimenti (“*States should maintain adequate domestic policy space to meet their human rights obligations when pursuing business-related policy*”).

⁶²⁵ *Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, UN document E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 del 26 agosto 2003, cfr. punto A-General Obligations, n.1: “[...] *transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law [...]*”.

⁶²⁶ BARAKAT, *The U.N. Guiding Principles: Beyond Soft Law*, in *Hastings Business Law Journal* Vol.12(3), University of California, Hastings College of the Law, 2016.

objectives with other States or business enterprises, for instance through investment treaties or contracts)⁶²⁷.

Il secondo pilastro è rivolto alle imprese come responsabilità, autonoma e indipendente dagli obblighi degli Stati, a rispettare i diritti umani (*corporate responsibility to respect*, GP 11: “*Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*”). Si tratta quindi non solo di evitare violazioni dei diritti umani, ma anche di saper affrontare, mitigare e risolvere gli impatti negativi, cagionati anche indirettamente dalle attività d’impresa (GP 13)⁶²⁸. Per diritti umani, UNGP si riferisce a quelli internazionalmente riconosciuti nel c.d. *International Bill of Human Rights*, formato dalla Dichiarazione Universale dell’ONU del 1948 e dai due Patti del 1966, nonché dalla *Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro* del 1998 dell’OIL (GP 12).⁶²⁹ Il secondo pilastro delinea una responsabilità in capo alle imprese come aspettative sociali di comportamento. Non si tratta di norme vincolanti, ma neppure di regole meramente volontarie, bensì d’un *tertium genus*, una “*extralegal creature born from social expectations and shaped by softer words and standards than its state counterpart*”.⁶³⁰ Il secondo pilastro definisce una responsabilità universale,

⁶²⁷ Nel *Rapporto Ruggie*, il commento al GP 9 così chiarifica: “*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. Therefore, States should ensure that they retain adequate policy and regulatory ability to protect human rights under the terms of such agreements, while providing the necessary investor protection*”.

⁶²⁸ Cfr. GP 13: “*The responsibility to respect human rights requires that business enterprises: (a) Avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; (b) Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts*”.

⁶²⁹ Il rispetto di tale nucleo irrinunciabile di diritti viene affermato al GP n. 12: “*The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights - understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*”.

⁶³⁰ THIELBORGER, ACKERMANN, *A treaty on enforcing human rights against business: closing the loophole or getting stuck in a loop*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24(1), Indiana University Maurer School of Law, Bloomington, 2017, p. 49.

minima, di diligenza. Universale, in quanto si applica a tutte le imprese, pubbliche (*state-owned*) e private, a prescindere dalla loro dimensione (GP 14: “*The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure [...]*”); minima (*baseline responsibility*), in quanto le imprese possono sempre integrarla assumendo ulteriori impegni volontari; di *due diligence*,⁶³¹ come procedimento *tailored-made* regolato dai GPs 17-21, attraverso cui l’impresa identifica -in base alle proprie dimensioni organizzative, la natura dell’attività svolta ed il contesto in cui opera- le principali aree di rischio per i diritti umani e adotta le misure per prevenirne la lesione e, laddove si verifichi, per ridurne la portata ed eliminarne le conseguenze (“*identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts*”, cfr. GP 15(b), GP 17)⁶³².

Il terzo pilastro, l’accesso al rimedio, riguarda sia gli Stati che le imprese, come specificazione, rispettivamente, dell’obbligo di proteggere e della responsabilità di rispettare i diritti umani. Allo Stato viene chiesto di approntare rimedi appropriati ed efficaci, a livello giurisdizionale e non (*State-based judicial and non-judicial grievance mechanisms*, cfr. GPs 25-27).⁶³³ Quanto alle imprese, esse devono garantire efficaci meccanismi di denuncia (*non-state-based, non-judicial grievance mechanisms*, cfr. GP 30: “*Industry, multi-stakeholder and*

⁶³¹ CHIUSSE, *Corporate human rights due diligence: from the process to the principle*, in *The Sources of Law Facing Business and Human Rights: Evolving Dynamics*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2019. Vedasi anche NOLAN, *The nexus between human rights and business: defining the sphere of corporate responsibility*, in J. FARRALL, K. RUBINSTEIN (eds.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World*, CUP, 2009, p. 221.

⁶³² GP 17: “*In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed*”.

⁶³³ Cfr. GP 25: “*States must take appropriate steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy*”. In base al GP 27, lo Stato è tenuto inoltre a garantire adeguati meccanismi di denuncia non-giudiziari, in aggiunta ai meccanismi giudiziari, allo scopo di evitare lacune di tutela (“*States should provide effective and appropriate non-judicial grievance mechanisms, alongside judicial mechanisms, as part of a comprehensive State-based system for the remedy of business-related human rights abuse*”).

other collaborative initiatives that are based on respect for human rights-related standards should ensure that effective grievance mechanisms are available).⁶³⁴ Al fine di garantirne l'efficacia, i meccanismi di denuncia non-giudiziari (sia quelli statali, sia quelli predisposti dalle imprese) devono rispettare secondo il GP 31 otto criteri, dovendo essere rimedi legittimi, accessibili, prevedibili, equi, trasparenti, *rights-compatible* (in linea con i diritti umani universalmente riconosciuti), *lesson-learned oriented* (come fonte di apprendimento continuo per migliorare il meccanismo nel tempo) e *dialogue-based*, in quanto basati sul dialogo e la collaborazione reciproca. Tali criteri sono riconducibili ad una condotta di buona fede dell'impresa con le parti coinvolte ed il commentario al GP 31 precisa in proposito che “[a] grievance mechanism can only serve its purpose if the people it is intended to serve know about it, trust it and are able to use it”. Un esempio di accesso al rimedio garantito dalle imprese è contenuto nell'accordo, raggiunto nel 2013, tra multinazionali straniere e sindacati dei lavoratori del settore dell'abbigliamento del Bangladesh, con l'obiettivo di assicurare la sicurezza e protezione nei luoghi di lavoro contro gli incendi ed altri gravi incidenti. La controversia sorse a seguito del crollo dell'edificio *Rana Plaza*, nei pressi della capitale Dhaka ⁶³⁵, che ospitava cinque fabbriche tessili e che causò la morte di oltre mille lavoratori per la mancanza di adeguate norme antinfortunistiche.⁶³⁶

⁶³⁴ Lo Stato dovrebbe valutare modalità per agevolare l'accesso a meccanismi di denuncia non-statali nei confronti degli abusi dei diritti umani connessi alle imprese (GP 28: “*States should consider ways to facilitate access to effective non-State-based grievance mechanisms dealing with business-related human rights harms*”).

⁶³⁵ Cfr. sito web <http://bangladeshaccord.org/>. All'art. 5 esso prevede un meccanismo di soluzione delle liti con due gradi di giudizio, in base al quale la decisione dello *Steering Committee* (composto da sette membri: tre in rappresentanza dei sindacati dei lavoratori, tre di parte datoriale ed un membro nominato dall'OIL) può essere impugnata attraverso un arbitrato internazionale, sottoposto alle regole arbitrali UNCITRAL ed amministrato dalla Corte Permanente di Arbitrato (CPA) dell'Aja. Il lodo emesso dalla CPA è vincolante e sottoposto al regime di riconoscimento ed esecuzione della Convenzione di New York del 1958.

⁶³⁶ GAUKRODGER, *Business Responsibilities and Investment Treaties*. Consultation paper by the OECD Secretariat, 2020, pp. 71-72. Vedasi anche il sito web della CPA <https://pca-cpa.org/en/cases/152/>.

Per garantire l'attuazione dei GPs, gli Stati sono invitati ad adottare *Piani d'azione nazionali* (PAN).⁶³⁷ Il primo Paese ad emanare un PAN è stato il Regno Unito nel 2013, seguito dai Paesi Bassi nello stesso anno. L'Italia ha adottato nel 2016 il suo primo PAN quinquennale che prevede, come indirizzo generale, un coordinamento con l'Agenda ONU 2030 ed evidenzia il nesso tra rispetto dei diritti umani e sviluppo sostenibile.⁶³⁸

4.4 Le Linee Guida OCSE

Le *Linee Guida OCSE destinate alle imprese multinazionali* o, più brevemente, *Linee Guida (LG)* sono un corpo di raccomandazioni, quali regole volontarie di condotta responsabile, rivolte dagli Stati alle imprese multinazionali. Sono state elaborate in sede OCSE e contenute in allegato alla *Dichiarazione sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali* del 1976, che conta oggi 49 Paesi aderenti (dei quali 12 non-OCSE).⁶³⁹ Le Linee Guida enunciano principi e standard volontari per un comportamento responsabile nella conduzione delle attività imprenditoriali, tesi a valorizzare il contributo apportato dalle imprese multinazionali per lo sviluppo sostenibile (“*to enhance the contribution to sustainable development made by multinational enterprises*”, punto n.1 della prefazione). Promuovere lo sviluppo sostenibile nell'*Host State* dovrebbe

⁶³⁷ I PAN nazionali sono disponibili al sito dell'*Office of the UN High Commissioner for Human Rights*: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

⁶³⁸ CIDU, *Piano di azione nazionale Impresa e Diritti Umani 2016-2021*, adottato il 1° dicembre 2016, cfr. p. 5: “*Coordinare l'attuazione del PAN nel quadro dei 17 Obiettivi dell'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile 2030 ed impegnarsi per una maggiore garanzia dei diritti umani e dello sviluppo sostenibile nelle sue tre dimensioni -economica, sociale ed ambientale- in particolare con gli Obiettivi 2030 5, 8, 10, 16, 17*”; p. 26: “*L'Italia, anche in considerazione dei requisiti stabiliti per l'attuazione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, considera l'avanzamento dei diritti umani nel mondo imprenditoriale una priorità [...]. L'Italia riconosce invero il legame tra diritti umani, sviluppo sostenibile, e competizione economica [...]*”. Il CIDU è stato istituito con D.M. 15 febbraio 1978 n. 519 allo scopo di assolvere agli obblighi assunti dall'Italia in esecuzione dei trattati ratificati in materia di protezione e promozione dei diritti umani. Il CIDU è collocato presso il MAECI, Direzione Generale Affari Politici (DGAP) ed è presieduto da un funzionario della Carriera diplomatica.

⁶³⁹ *OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, adottata nel 1976 ed emendata più volte negli anni successivi, da ultimo nel 2011, cfr. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>.

costituire una *general policy* per le multinazionali, come ribadito al punto 5 della prefazione alle LG: “[m]ultinational enterprises have the opportunity to implement best practice policies for sustainable development that seek to ensure coherence between economic, environmental and social objectives. The ability of multinational enterprises to promote sustainable development is greatly enhanced when trade and investment are conducted in a context of open, competitive and appropriately regulated markets”, nonché al Cap. II(A)(1) delle LG: “[e]nterprises should: 1. Contribute to economic, environmental and social progress with a view to achieving sustainable development”.⁶⁴⁰

I Paesi aderenti si impegnano ad incoraggiare le imprese operanti sul proprio territorio o ivi controllate all’osservanza delle LG e sono tenuti ad istituire un *Punto di Contatto Nazionale* (PCN) per favorire la divulgazione e l’applicazione delle Linee Guida (Cap. I, punti 3, 11). Per l’Italia, il PCN è stabilito presso il Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), in base alla legge n. 273/2002⁶⁴¹.

Un ulteriore compito del PCN è quello di offrire i propri buoni uffici, facilitando il dialogo tra le parti attraverso il *meccanismo delle istanze specifiche*, per arrivare ad una composizione consensuale delle controversie. Il PCN non può imporre la partecipazione delle parti, essendo una procedura meramente volontaria, né ha poteri decisionali, non potendo irrogare sanzioni o condanne. Usando il linguaggio dei UNGPs, le istanze specifiche sono un meccanismo di denuncia non giurisdizionale (*State-based non-judicial grievance mechanisms*, GP 27) per la composizione delle controversie sorte da un comportamento dell’impresa non conforme alle Linee Guida. Qualsiasi portatore di interessi (individui, associazioni

⁶⁴⁰ Vedasi in senso analogo i richiami al Cap. VI (“*Enterprises should [...] take due account of the need to protect the environment, public health and safety, and generally to conduct their activities in a manner contributing to the wider goal of sustainable development*”) ed in ambito scientifico-tecnologico (Cap. IX punto n. 4 “*When granting licenses for the use of intellectual property rights or when otherwise transferring technology, do so on reasonable terms and conditions and in a manner that contributes to the long term sustainable development prospects of the host country*”).

⁶⁴¹ La struttura del PCN è incardinata presso la Direzione Generale per la Politica Industriale, la Competitività e le Piccole e Medie Imprese e si articola in un *Direttore Generale* cui compete l’adozione degli atti definitivi e la rappresentanza del PCN; un *Comitato*, composto da rappresentanti dei Ministeri interessati e delle parti sociali, investito di funzioni consultive; un *Segretariato*, cfr. <http://pcnitalia.mise.gov.it/>.

rappresentative, ecc.) che si ritenga leso dal mancato rispetto delle LG può presentare un'istanza specifica. Il PCN assiste le parti nel trovare un accordo comune, emanando una dichiarazione conclusiva del procedimento. Le Linee Guida sono state aggiornate nel 2011, con l'inserimento del Cap. VI sulla protezione dell'ambiente e del Cap. IV sui diritti umani, che recepisce il secondo pilastro dei UNGPs. Secondo la *responsibility to respect*, le imprese dovrebbero adottare processi di *due diligence*, attraverso i quali identificare, prevenire e mitigare i rischi di violazione dei diritti umani nello svolgimento delle proprie attività (Cap. IV, punti 3, 5).⁶⁴²

4.5 Le rendicontazioni di sostenibilità

Una particolare declinazione della RSI è costituita dalla presentazione di rendiconti non finanziari e dalle attività di investimento finanziario etico, nel rispetto dei tre fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*). Si esaminano qui le principali iniziative internazionali di *reporting*, unitamente alle linee guida di RSI affermatesi in ambito finanziario.⁶⁴³

Il GRI-*Global Reporting Initiative* è la cornice di rendicontazione imprenditoriale di sostenibilità, su base volontaria, più diffusa al mondo. Toccando questioni cruciali come l'ambiente, diritti umani, lotta alla corruzione in cui si sostanziano molti degli SDGs, il GRI è una forma standardizzata di rendicontazione a carattere non finanziario, applicabile sia ad organizzazioni pubbliche che imprese

⁶⁴² Come negli UNGPs, tale responsabilità riguarda tutte le imprese, qualunque ne sia la dimensione, e si estende all'intera catena di fornitura, per promuovere una gestione responsabile verso tutti i partners di affari e gli stakeholders. La *due diligence* implica un processo decisionale volto a identificare e prevenire i rischi di violazioni di diritti umani coperti dalle LG, nonché ad affrontare gli impatti negativi, laddove si producano da parte delle specifiche attività svolte e tenendo conto delle situazioni in cui l'impresa opera (*risk-based due diligence*). L'OCSE ha sviluppato negli anni una serie di linee guida, sia generali che settoriali, per favorire il processo di *due diligence* da parte delle imprese.

⁶⁴³ Il *Corporate Sustainability Reporting* veniva auspicato, come visto, dal par. 47 del documento finale di Rio+20, *The future we want*, e nell'Agenda ONU 2030 dal target 12.6 (*"Incoraggiare le imprese, in particolare le grandi aziende multinazionali, ad adottare pratiche sostenibili e ad integrare le informazioni sulla sostenibilità nei loro resoconti annuali"*).

private, con adesioni da parte di aziende situate in più di 100 Stati.⁶⁴⁴ Per rendicontare la loro *performance* di sostenibilità, nel 2000 il GRI emanò la prima versione delle *GRI Sustainability reporting guidelines* (G1) e nel 2002 la seconda generazione di linee-guida (G2), presentata al *World Summit on Sustainable Development* di Johannesburg e menzionata nel JPOI al punto 18(a): “*Encourage industry to improve social and environmental performance through voluntary initiatives, including [...] public reporting on environmental and social issues, taking into account such initiatives as the International Organization for Standardization standards and Global Reporting Initiative guidelines on sustainability reporting, [...]*”. Nel 2006 è stata adottata la terza generazione (G3), caratterizzata dall’introduzione di linee guida *sector specific*, sostituite nel 2013 dalla quarta generazione (G4), che incrementava la comparabilità tra le misure della sostenibilità emerse in ambito internazionale. Dal 2018, le linee-guida G4 sono state sostituite dai *Sustainability Reporting Standards (GRI Standards)*, per uniformarle al linguaggio degli SDGs.⁶⁴⁵

Un altro strumento per la redazione del bilancio di sostenibilità sono le linee guida UNI ISO 26000-*Guidance on Social Responsibility*, emanate dall’ISO (*International Organization for Standardization*) nel 2010. Tali linee guida si rivolgono a tutte le imprese, a prescindere da dimensioni e struttura, per aiutarle ad integrare la RSI nelle proprie attività. ISO 26000 non è una norma né un sistema di certificazione, a differenza di quanto avviene per altri standard ISO, ma un insieme di raccomandazioni per promuovere la RSI in sette aree tematiche: *governance* dell’organizzazione, rispetto dei diritti umani, tutela del lavoro,

⁶⁴⁴ L’iniziativa nacque nel 1997 a Boston da due organizzazioni non-profit, la *Coalition for the Environmentally Responsible Economies* (CERES) ed il *Tellus Institute*, con il sostegno di UNEP. Si trattava di un meccanismo di rendicontazione del *responsible environmental behaviour* delle imprese. Tale finalità venne poi ampliata per includere altre dimensioni afferenti alla sostenibilità e ad aspetti sia sociali che di *governance*. Dal 1999 il GRI è diventata una istituzione permanente, dotata di un Segretariato con sede ad Amsterdam ed articolata in *regional hubs* con sedi in Brasile, Cina, Colombia, India, Sudafrica, USA, cfr. <https://www.globalreporting.org/>.

⁶⁴⁵ La base di ogni *report* consiste in tre standard universali: GRI 101 (*Foundation*), GRI 102 (*General disclosures*), GRI 103 (*Management approach*), cui seguono i tre standard GRI 200 (*economic*), GRI 300 (*environmental*), GRI 400 (*social*), cfr. <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/resource-center/>.

ambiente, pratiche operative leali, consumatori, coinvolgimento delle comunità locali. In particolare, il comportamento etico di un'azienda viene definito con riferimento a norme internazionali di comportamento (cfr. art. 2.7 delle linee guida: “*ethical behaviour: behaviour that is in accordance with accepted principles of right or good conduct in the context of a particular situation and is consistent with international norms of behaviour*”). E’ interessante notare la definizione che l’art. 2.11 fornisce di tali “*international norms of behaviour*”, intese come “*expectations of socially responsible organizational behaviour derived from customary international law, generally accepted principles of international law, or intergovernmental agreements that are universally or nearly universally recognized*”. Le imprese dovrebbero quindi ispirare la propria azione di RSI derivandola dalle norme consuetudinarie, dai principi generali di diritto e da quegli accordi internazionali che per numero di ratifiche siano universalmente vincolanti. Si tratta di norme rivolte agli Stati, ma che esprimono obiettivi e principi ai quali tutte le imprese possono, su base volontaria, aspirare (cfr. nota 2 all’art. 2.11: “[a]lthough customary international law, generally accepted principles of international law and intergovernmental agreements are directed primarily at states, they express goals and principles to which all organizations can aspire”).⁶⁴⁶

Forme di rendicontazione non finanziaria sono state introdotte, in ambito europeo, dalla Direttiva 2014/95/UE, recepita in Italia con D. Lgs. 30 dicembre 2016 n. 254.⁶⁴⁷ Essa prevede l’obbligo per le grandi aziende superiori a 500 dipendenti di redigere annualmente e divulgare una dichiarazione di carattere non finanziario, in modo da rendere pubbliche le informazioni circa l’impatto sociale del loro operato in ambito ambientale, diritti umani, diritti dei lavoratori, lotta alla

⁶⁴⁶ ISO 26000, cfr. art. 2 (rubricato “*terms and definitions*”), riportato al sito web: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:en:sec:4>.

⁶⁴⁷ Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante “modifica della Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni”, in *G. U. dell’Unione europea*, L 330/1 del 15 novembre 2014.

corruzione.⁶⁴⁸ La Direttiva, che può essere vista come una forma di adempimento allo SDG 12 per condotte responsabili di produzione, menziona gli standard di rendicontazione GRI e ISO 26000.⁶⁴⁹

Si devono infine ricordare gli strumenti adottati a livello internazionale per la finanza etica, tesi ad integrare le considerazioni ESG negli investimenti finanziari.⁶⁵⁰ Gli *Equator Principles* (EPs) consistono in dieci principi varati nel

⁶⁴⁸ GUBELLI, *Il bilancio di sostenibilità. Standard e strumenti per rendicontare l'impegno socio-ambientale*, in *Collana Imparare Sempre*, Pearson ed., 2020, cfr. p. 3: "A seguito della Direttiva europea n. 95/2014, recepita in Italia con il d.lgs. n. 254/2016, è stato fatto un passo fondamentale verso la standardizzazione della rendicontazione non finanziaria, per garantire maggiore trasparenza e comparabilità tra i diversi bilanci di sostenibilità. Tale normativa ha reso obbligatoria la rendicontazione non finanziaria per le aziende quotate o emittenti titoli obbligazionari di grandi dimensioni (ovvero con numero di dipendenti superiore a 500, e che abbiano un fatturato annuo superiore a 40 milioni di euro o totale dello stato patrimoniale superiore a 20 milioni di euro) e per le aziende del settore bancario-assicurativo con gli stessi criteri dimensionali. Sono poco più di 200 le aziende italiane soggette all'obbligo normativo di rendicontazione non finanziaria".

⁶⁴⁹ Cfr. punto 9 dei *considerando* della Direttiva: "Nel fornire tali informazioni, le imprese che sono soggette alla presente direttiva possono basarsi su standard nazionali, su standard unionali, quale il sistema di ecogestione e audit (EMAS), o su standard internazionali, quali il Patto mondiale (Global Compact) delle Nazioni Unite, i principi guida su imprese e diritti umani delle Nazioni Unite (Guiding Principles on Business and Human Rights) in attuazione del quadro di riferimento «Proteggere, Rispettare e Rimediare» («Protect, Respect and Remedy» Framework), gli orientamenti dell'OCSE per le imprese multinazionali, la norma ISO 26000 dell'Organizzazione internazionale per la normazione, la dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale dell'Organizzazione internazionale del lavoro, la Global Reporting Initiative o altri standard internazionali riconosciuti".

⁶⁵⁰ Nella cultura della RSI si definisce investitore etico colui che sceglie strumenti finanziari che permettono di coniugare gli obiettivi del rendimento economico con la duplice finalità di solidarietà e responsabilità sociale. Le prime forme di finanza etica si possono far risalire al XVIII secolo, in alcune correnti religiose del protestantesimo che ritenevano incompatibile con la dottrina cristiana la scelta di investire il risparmio in attività che facevano uso di schiavi o collegate alla vendita di armi, tabacco e alcolici o nel gioco d'azzardo. I *Fondi etici* garantiscono all'investitore una destinazione socialmente responsabile del proprio risparmio, imponendo vincoli sulla scelta degli investimenti posti in essere dai gestori dei fondi. Ciò che contraddistingue tali strumenti è il processo di selezione dei titoli tramite un *rating etico*, un punteggio che -accanto alle tradizionali metodologie di *rating* finanziario- considera anche il rispetto dei tre criteri ESG, incorporando informazioni non finanziarie sulle aziende in cui investire. Indici etici di borsa sono il *Ftse Epi Italia*, il *Ftse4Good* e il *Dow Jones Sustainability Index* (DJSI). Tali indici vengono rivisti periodicamente, per includere nuove aziende ed escludere quelle che non hanno mantenuto gli standard di sostenibilità richiesti. Si ringrazia per gli elementi riportati in questa nota il Cons. Amb. COLOMBO SACCO DI ALBIANO, con cui ho avuto l'onore di collaborare nel 2017 qua le funzionario diplomatico, alle dirette dipendenze del Direttore Generale per la Mondializzazione e le Questioni Globali del MAECI. Per ulteriori approfondimenti, vedasi BASILE, *Gli investimenti a impatto sociale: uno strumento promettente al servizio dell'Agenda 2030*, in *Bancaria*, fasc. 3, 2019; SABATINI, *Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle*

2003 dalla *International Finance Corporation* (IFC), organo della Banca Mondiale, e costituiscono un codice di condotta su base volontaria per le istituzioni finanziarie internazionali, volto a identificare, valutare e gestire il rischio ambientale e sociale dei progetti oggetto di prestiti, finanza di progetto e servizi di consulenza correlati. Gli EPs prevedono apposite valutazioni ed adempimenti preventivi, che le banche ed i finanziatori, ma anche le imprese clienti che chiedono il prestito, devono compiere prima di richiedere e concedere prestiti, in relazione ai potenziali rischi ed impatti ambientali e sociali. Il preambolo degli EPs ricorda il loro contributo nel raggiungere gli SDGs (“*the Equator Principles can contribute to delivering on the objectives and outcomes of the United Nations Sustainable Development Goals*”).⁶⁵¹ Tale processo di valutazione deve garantire l’osservanza della normativa e dei permessi dell’*Host State*, mentre l’impresa cliente si impegna ad adottare un piano di gestione ambientale e sociale per affrontare le eventuali criticità emerse dal processo di valutazione, con misure adeguate a soddisfare gli standard richiesti (principi 1-4). L’impresa è tenuta a coinvolgere le comunità locali, con forme di consultazione e partecipazione informata (principio 5 di “*stakeholder engagement*”, che si aggiunge agli obblighi di *reporting* periodico di cui al principio 10, a mezzo di dichiarazioni pubbliche su taluni aspetti di impatto ambientale del progetto). Inoltre, è tenuta a predisporre meccanismi chiari, trasparenti, accessibili e gratuiti di gestione delle lamentele, per facilitare la soluzione di controversie insorte con le comunità locali interessate sul piano ambientale e sociale (“*grievance mechanism*” del principio 6, che riflette le raccomandazioni dei GPs 30 e 31). Il principio 8 prevede che l’impresa cliente si impegni, mediante apposite clausole nel contratto di finanziamento, ad adempiere le norme ed i permessi amministrativi, ambientali e sociali, rilasciati dall’*Host State*. La documentazione di valutazione è sottoposta ad una *independent review* da parte di un consulente

banche europee, in *Bancaria*, fasc. 4, 2019, pp. 23-25; MICIOTTA, OULTON, *European SRI Study 2018*, Eurosif, Bruxelles, 2018.

⁶⁵¹ *Equator Principles: a Financial Industry Benchmark for Determining, Assessing and Managing Environmental and Social Risk in Projects*. Version IV, July 2020.

terzo, che verificherà anche il monitoraggio e la conformità agli EPs del progetto durante tutta la durata del prestito (principi 7, 9). Gli EPs sono stati finora adottati da 110 istituzioni finanziarie in 38 Paesi.⁶⁵²

Tre anni dopo il varo degli EPs, vennero redatti nel 2006 i *Principles for Responsible Investment* (PRI), un codice di condotta “*developed by investors, for investors*”, formato da sei principi di matrice ambientale, sociale e di *governance* aziendale (ESG) che gli investitori privati sono incoraggiati ad incorporare nelle proprie decisioni, su base volontaria, quando operano sui mercati finanziari.⁶⁵³ Gli investitori sono tenuti a incorporare la dimensione ESG nelle proprie decisioni (principi 1-2), attraverso impegni di trasparenza, pubblicità, mutua collaborazione (principi 3-6),⁶⁵⁴ al fine di gestire meglio il rischio e generare rendimenti sostenibili nel lungo termine.

4.6 Verso obblighi diretti in capo agli investitori

La mole di *soft law* sulla RSI formatasi a livello internazionale sta conoscendo una sempre più frequente *treatification* e viene inglobata nella maggioranza degli IIAs come obbligo per l'*Host State* di esortare le imprese al rispetto della RSI. Tuttavia, come nota COTULA, “[t]hese ‘best efforts’ clauses can send a signal to investors, but they are not enough to create a legally binding obligation for

⁶⁵² Secondo la definizione offerta dal relativo sito web (<http://www.equator-principles.com/>), gli EPs sono “*a risk management framework, adopted by financial institutions, for determining, assessing and managing environmental and social risk in projects and is primarily intended to provide a minimum standard for due diligence and monitoring to support responsible risk decision-making*”.

⁶⁵³ I principi vennero presentati nel 2006 alla *New York Stock Exchange*, come risultato del lavoro di investitori ed esperti che raccolsero l'appello che l'anno prima il Segretario Generale dell'ONU, Kofi Annan, rivolse ai grandi investitori istituzionali del mondo. L'ONU supporta i PRI attraverso *UNEP-Finance Initiative* ed il *Global Compact*, cfr. <https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>.

⁶⁵⁴ Principio 1: “*We will incorporate ESG issues into investment analysis and decision-making processes*”; principio 2: “*We will be active owners and incorporate ESG issues into our ownership policies and practices*”; principio 3: “*We will seek appropriate disclosure on ESG issues by the entities in which we invest*”; principio 4: “*We will promote acceptance and implementation of the Principles within the investment industry*”; principio 5: “*We will work together to enhance our effectiveness in implementing the Principles*”; principio 6: “*We will each report on our activities and progress towards implementing the Principles*”.

investors to comply with specified standards".⁶⁵⁵ In altri casi, la RSI viene inglobata negli IIAs obbligando sia l'*Host* che l'*Home State* ad introdurla nella propria legislazione nazionale. In ogni caso, la presenza di una clausola di sostenibilità di RSI rende gli IIAs più compatibili ed aperti allo sviluppo sostenibile,⁶⁵⁶ offrendo ai tribunali arbitrali lo strumento per interpretare gli IIAs in modo da tener conto del *behaviour of investor*, permettendo di meglio scrutinare la condotta dell'investitore.⁶⁵⁷

Come stadio finale di tale evoluzione, gli IIAs stessi potrebbero prevedere, utilizzando il contenuto della RSI, specifici obblighi in capo alle imprese straniere investitrici. Del resto, come gli investitori sono titolari in base agli IIAs del diritto di "*unilaterally trigger*" la procedura ISDS, è possibile sostenere che possano essere titolari anche di obblighi. La RSI potrebbe fornire il contenuto di questi obblighi, in un affascinante percorso evolutivo che la trasformerebbe da regola volontaria di condotta ad obbligo vincolante. Specifiche *international law obligations* a carico degli investitori non figurano nel panorama attuale degli IIAs,

⁶⁵⁵ COTULA, *Foreign Investment, law and sustainable development. A handbook on agriculture and extractive industries*, Natural Resource Issues No. 31, IIED, London, 2^a ed., 2016, p. 31.

⁶⁵⁶ MANJIAO, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, London-New York, ed. Routledge, 2017, p. 21: "Although the incorporation of soft-law rules in IIAs does not necessarily transform these rules to 'hard law' rules, and can hardly impose affirmative obligations on the contracting states and foreign investors, the presence of these rules is helpful in making IIAs more compatible with sustainable development".

⁶⁵⁷ NEWCOMBE, *Sustainable Development and Investment Treaty Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, Brill-Nijhoff, Leiden, 2007, cfr. pp. 405-406: "[i]t is desirable that IIAs [...] address the responsibilities of investors. At a minimum, references in IIAs to the expectation that investors comply with International Labour Organization's Tripartite Declaration of Principles of Multinational Enterprises and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises would be desirable. This would provide tribunals with contextual references for interpreting obligations such as fair and equitable treatment. For example, the legitimate expectations of the investors must be viewed not only in light of investors' rights but also their responsibilities". Vedasi anche SAUVANT, *Promoting sustainable FDI through international investment agreements*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 251 del 6 maggio 2019, p. 2: "incorporating binding references to corporate social responsibility (CSR) in IIAs can advance sustainable investment [...]. While often incorporated as soft law references to date, a growing body of work aims at expanding these references to hard law (in IIAs, domestic laws and international contracts), to enhance their impact. This CSR approach reflects a broader reorientation of IIAs, toward recognizing the responsibilities of investors in general".

se non in alcuni casi isolati, relativi a *modelli BIT* o a Trattati non ancora in vigore.

Obblighi in capo agli investitori erano previsti nel *Model BIT* dell'India del 2015, che come tale è un prototipo negoziale, in sé non giuridicamente vincolante. Tale modello rende centrale l'interesse dell'*Host State* allo sviluppo sostenibile, prevedendo agli artt. 9, 10, 11, 12 una serie di obblighi per gli investitori⁶⁵⁸ per garantire che la loro condotta sia coerente con le leggi dello Stato ospitante e rivolta al suo sviluppo sostenibile (art. 8.1).⁶⁵⁹ Si tratta di obblighi anti-corrruzione (art. 9), *disclosure* delle proprie attività, *governance* aziendale ed assetti finanziari (art.10), adempimenti fiscali (art. 11) ed un obbligo di rispetto della legalità (art. 12).⁶⁶⁰

Un altro esempio è il *BIT Marocco-Nigeria*⁶⁶¹ del 2016. Esso enuncia, tra gli obiettivi preambolari, quello di trovare un bilanciamento di diritti e doveri tra gli Stati e gli investitori (cfr. preambolo del trattato: “*seeking an overall balance of the rights and obligations among the State Parties, the investors, and the investments under this Agreement*”) e lo *State's right to regulate* è il risultato di

⁶⁵⁸ GAURAV, *Indian Model Bit 2015: an Alternate Approach to Investment Treaty Drafting* (October 15, 2017), disponibile al sito web: <https://ssrn.com/abstract=3053410>.

⁶⁵⁹ Tali obblighi sono contenuti nel Capitolo III, il cui obiettivo è esplicitato all'art. 8.1: “*The objective of this Chapter is to ensure that the conduct, management and operations of Investors and their Investments are consistent with the Law of the Host State, and enhance the contribution of Investments to inclusive growth and sustainable development of the Host State*”. In caso di violazione di tali obblighi, l'*Host State* può iniziare una “stand-alone” *counterclaim*, una domanda di risarcimento danni contro l'investitore (art. 14.11).

⁶⁶⁰ Vedasi l'art. 9.1: “*Investors and their Investments in the Host State shall not, either prior to or after the establishment of an Investment, offer, promise, or give any undue pecuniary advantage, gratification or gift whatsoever, whether directly or indirectly, to a public servant or official of the Host State as an inducement or reward for doing or forbearing to do any official act or obtain or maintain other improper advantage*”; art. 10.1 “*Investors and Investments must timely comply with the requirements of the Law of the Host State to disclose true and complete information regarding their activities, structure, financial situation, performance, relationships with affiliates, ownership, governance, or other matters*”; art. 11.1: “*Investors and their Investments must comply with the provisions of Host State's Law on taxation including timely payment of their tax liabilities in accordance with the Law of the Host State*”; art. 12.1 “*Investors and their Investments shall be subject to and comply with the Law of the Host State*”.

⁶⁶¹ Firmato ad Abuja il 3 dicembre 2016, non ancora in vigore.

siffatto equilibrio (cfr. art. 23 comma 2: “[...] a Host State’s pursuit of its rights to regulate shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of Investors and Investments and Host States, as set out in the Agreement”). Corollario di questo bilanciamento è la previsione di obblighi per gli investitori,⁶⁶² introdotti con la formula imperativa “Investors or the investment shall...” (cfr. art. 18 commi 2,3,4, che impongono l’obbligo di rispettare i diritti umani, i diritti dei lavoratori e l’ambiente)⁶⁶³ o tramite un obbligo negativo, come all’art. 17 per la clausola anticorruzione (“Investors shall not...”).⁶⁶⁴ Per quanto riguarda la clausola di sostenibilità RSI, contenuta all’art. 24, essa reca invece un linguaggio esortativo (“should strive to make”). Essa si pone come un requisito volontario, ultra-legale, in aggiunta agli obblighi derivanti dalle leggi dell’Host State e di quelli che il BIT pone in capo agli investitori (“in addition to the obligation to comply with [...]”), conforme all’Agenda ONU 2030 (“taking into

⁶⁶² E’ stato in proposito osservato che: “[t]he BIT is an interesting example of the move towards redistributing the balance of rights and obligations between investors and host States [...] through its more innovative provisions, such as crystallisation of the host State’s regulatory discretion, establishment of the Joint Committee and its role in dispute resolution, and the imposition of additional direct obligations on investors”, così LEON, CANNON, NAISH, REEVES, *Is the recently signed Morocco-Nigeria BIT a step towards a more balanced form of intra-African investor protection?*, in *Herbert Smith Freehills website*, 23 maggio 2017. Conseguenza di questo bilanciamento è anche la formula dell’art. 23, volta a scongiurare pronunce arbitrali contro l’Host State analoghe a quelle del caso *Suez* visto sopra, che ritenne l’Host State “subject to both international obligations” (diritti umani e gli obblighi del BIT) e quindi tenuto a rispettare “both of them equally”. Cfr. art. 23: “3) For greater certainty, non-discriminatory measures taken by a State Party to comply with its international obligations under other treaties shall not constitute a breach of this Agreement”.

⁶⁶³ Cfr. art. 18: “2) Investors and investments shall uphold human rights in the host state. 3) Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. 4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties”.

⁶⁶⁴ Cfr. art. 17 commi 2 e 3: “2) Investors and their Investments shall not, prior to the establishment of an Investment or afterwards, offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a public official of the Host State, or a member of an official’s family or business associate or other person in close proximity to an official, for that official or for a third party, in order that the official or third party act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to achieve any favour in relation to a proposed investment or any licences, permits, contracts or other rights in relations to an investment. 3) Investors and their Investments shall not be complicit in any act described in Paragraph 1 above, including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit of authorization of such acts”.

account [...] the Sustainable Development Goals”), finalizzato allo sviluppo sostenibile dell’Host State (*“the maximum feasible contributions to the sustainable development”*) e modificabile solo per raggiungere livelli adempitivi maggiori (o *reformatio in melius*: *“should strive to apply and achieve the higher level standards”*, al comma 3).⁶⁶⁵

Un altro BIT che contiene obblighi per gli investitori è l’*India-Kyrgyzstan BIT*, firmato il 14 giugno 2019 e non ancora in vigore. Il Cap. 3, rubricato *“investor obligations”* si compone di due articoli, l’art. 11 che detta quattro obblighi di *“compliance with laws”* (introdotti con la formula *“Investors and their investments shall...”*), in particolare con una clausola anticorruzione, e l’art. 12 dedicato alla RSI, peraltro in termini meramente volontari (*“Investors and their enterprises [...] shall endeavour to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies”*).

Contiene obblighi in capo alle imprese anche la bozza, finalizzata a dicembre 2016, da parte dell’Unione Africana del trattato PAIC (*Draft Pan-African Investment Code*)⁶⁶⁶. Al Cap. 4, rubricato *“Investors obligations”*, il PAIC prevede una serie di obblighi in capo agli investitori (artt. 19-24: *corporate governance*; obblighi sociopolitici, tra cui il rispetto dei valori culturali ed i diritti dei lavoratori; anticorruzione; RSI; obblighi sull’uso delle risorse naturali; etica imprenditoriale e diritti umani). In particolare, la RSI è contenuta all’art. 22,

⁶⁶⁵ Cfr. art. 24: *“1) In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investments, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices. 2) Investors should apply the ILO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist. 3) Where standards of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards”*.

⁶⁶⁶ Il testo è reperibile al sito web: <https://au.int/en/documents/20161231/pan-african-investment-code-paic>. Per un commento al PAIC, cfr. MBENGUE, NEGM, *An African view on the CETA Investment Chapter*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the CETA*, ed. Springer, Cham, 2019, pp. 239-269.

rubricato “*Corporate social responsibility*”. A differenza del BIT *Marocco-Nigeria* e del BIT *India-Kyrgyzstan*, il linguaggio di RSI è qui imperativo (“*Investors shall...*”) e finalizzato allo sviluppo sostenibile (commi 2 e 3), al di là e in aggiunta all’adempimento delle leggi dell’Host State, di cui al comma 1.⁶⁶⁷

Altri trattati -tutti riguardanti il continente africano- che contengono obblighi in capo agli investitori sono l’*Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries* (ECGLC Investment Code), firmato tra Burundi, Ruanda e Zaire il 31 gennaio 1982, in vigore dal 4 ottobre 1987 (art. 19); la *Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises of Eastern and Southern African States*, firmata il 23 novembre 1990 (art. 17)⁶⁶⁸; il *COMESA Investment Agreement*, firmato il 23 maggio 2007, ma non in vigore (art. 13).⁶⁶⁹

Va inoltre ricordato il *SADC model BIT del 2012 (Model Bilateral Investment Treaty of the Southern African Development Community)*, un modello BIT che contiene obblighi in capo agli investitori contro la corruzione (art. 10), per il rispetto degli standard ambientali (art. 13) e per la trasparenza dei contratti e pagamenti fatti all’Host State in relazione all’investimento (“*Investors or their investments shall make public in a timely manner all contracts [...] all payments [...]*”, art. 18 commi 1 e 2).⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Cfr. commi 2 e 3: “*Investors shall, in pursuit of their economic objectives, ensure that they do not conflict with the social and economic development objectives of host States and shall be sensitive to such objectives. Investors shall contribute to the economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development of the host State*”.

⁶⁶⁸ 30 I.L.M. 696, la *Carta del 1990* venne emanata in seno all’*Eastern and Southern African States Preferential Trade Area* (PTA) e firmata da Angola, Burundi, Gibuti, Kenya, Lesotho, Malawi, Mozambico, Ruanda, Somalia, Sudan, Tanzania, Uganda, Zambia, Zimbabwe.

⁶⁶⁹ *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, firmato tra i Paesi membri del *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA: Burundi, Comore, Rep. dem. del Congo, Gibuti, Egitto, Eritrea, Etiopia, Kenya, Libia, Madagascar, Malawi, Mauritius, Ruanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe).

⁶⁷⁰ *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, SADC Headquarters, Gaborone, Botswana, luglio 2012. Inoltre, esso incorpora il secondo pilastro degli UNGPs all’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*”) e all’art 15.3 impone agli investitori di osservare gli obblighi internazionali derivanti dai trattati ratificati dall’Host e dall’Home State in materia di diritti umani, ambiente e standard in materia di lavoro (“*Investors and their investments shall not manage or operate Investments in a manner inconsistent with international*

Va osservato che l'Unione africana ha deciso nel 2014 di munire la *African Court of Justice and Human Rights* di una sezione penale avente giurisdizione contro i crimini commessi dalle imprese, approvando il Protocollo emendativo allo Statuto della Corte (*Protocollo di Malabo*⁶⁷¹, all'art. 46C rubricato "*Corporate Criminal Liability*", comma 1: "[f]or the purpose of this Statute, the Court shall have jurisdiction over legal persons, with the exception of States" e comma 6: "[t]he criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices in the same crimes").⁶⁷²

Gli strumenti sopra citati, pur prevedendo obblighi direttamente in capo agli investitori stranieri, non definiscono sanzioni sul piano del diritto internazionale per il loro inadempimento,⁶⁷³ rendendo tali obblighi già in partenza claudicanti quanto a conseguenze ed effetti.⁶⁷⁴ Laddove la RSI riuscisse a tradursi negli IIAs in "*corporate obligations*", con precisi obblighi in capo agli investitori stranieri, resterebbero pertanto da definire le sanzioni per il loro inadempimento. Nel caso

environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher").

⁶⁷¹ *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, adottato a Malabo (Guinea Equatoriale) il 27 giugno 2014 dalla 23ma sessione ordinaria dell'Assemblea dell'Unione Africa. Il Protocollo, alla data del 20 maggio 2019, non era stato ratificato da nessuno Stato africano (sono necessarie 15 ratifiche per la sua entrata in vigore), <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>.

⁶⁷² KYRIAKAKIS, *Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court* (September 1, 2016), in C. JALLOH, K. CLARKE, V. NMEHIELLE (eds.), *African Court of Justice and Human and People's Rights in Context*, 2017.

⁶⁷³ Peraltro, va notato che il BIT Marocco-Nigeria e il *Model BIT 2019* dei Paesi Bassi prevedono la responsabilità civile dell'investitore, per alcuni casi particolarmente gravi di condotta, invocabili innanzi alla giurisdizione del proprio *Home State*. Cfr. l'art. 20 BIT Marocco-Nigeria ("*Investors shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state*") e con disposizione analoga l'art. 7(4) del Modello BIT 2019 dei Paesi Bassi: "[i]nvestors shall be liable in accordance with the rules concerning jurisdiction of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state".

⁶⁷⁴ COTULA, *Raising the Bar on Responsible Investment: What Role for Investment Treaties?*, in *International Institute for Environment and Development-IIED Briefing*, London, 2018, cfr. p. 4: "Simply affirming responsibilities or even obligations is unlikely to have much effect. Ensuring that any responsible investment provisions are effective would require clarifying the specific consequences of non-compliance in the context of dispute settlement".

in cui gli IIAs impongano invece “*State obligations*”, come obbligo per gli Stati parte di introdurre norme vincolanti di RSI nelle proprie legislazioni nazionali, gli IIAs non sembrano spingersi al di là di una generica previsione di sanzioni effettive e dissuasive, lasciandone agli Stati la definizione e l’adozione sul piano interno, quali loro *domestic rules*, come ad esempio dispone l’art. 199 dell’EPA *Cariforum-UK*.⁶⁷⁵

A questi Trattati o modelli BIT che contengono *obligations on investors*, si affiancano altri accordi che introducono forme stringenti di responsabilità per gli investitori, ma senza spingersi a contemplare veri e propri obblighi.

Si pensi alla sopra menzionata Convenzione OCSE contro la corruzione del 1997, che all’art. 2 prevede forme di responsabilità per le persone giuridiche (“*[e]ach Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official*”)⁶⁷⁶, obbligando a introdurre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 3), munite di un termine congruo di prescrizione (art. 6). In base alla specificazione preambolare, la Convenzione si occupa di contrasto alla corruzione negli scambi commerciali e negli investimenti, quindi tale responsabilità ex art. 2 investe anche le società straniere investitrici.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Tra le regole finali, l’art. 199 prevede alla lettera b) l’adozione di *enforcement mechanisms* (“*Appropriate mechanisms shall be in place to ensure that the following objectives are achieved: (i) to ensure a good level of compliance with the rules [...]; the existence of effective and dissuasive sanctions;*”), lasciando liberi gli Stati di curarne l’attuazione sul piano domestico.

⁶⁷⁶ Gli impegni della Convenzione, ed in particolare quello dell’art. 2, sono stati confermati nella Dichiarazione finale sottoscritta all’esito della Conferenza Ministeriale OCSE di Parigi del 16 marzo 2016 (“*OECD Anti-Bribery Ministerial Meeting*”), cfr. punto I, par. 1 “*Reaffirm our commitment to the continued implementation of the Anti-Bribery Convention, including the establishment of the liability of legal persons [...]*”.

⁶⁷⁷ Vedasi il testo del preambolo: “[*c*]onsidering that bribery is a widespread phenomenon in international business transactions, including trade and investment, which raises serious moral and political concerns, undermines good governance and economic development, and distorts international competitive conditions;”. Un esempio di responsabilità è quello di osservare regole contabili trasparenti (art. 8 comma 1), un obbligo di “*disclosure*” accompagnato da sanzioni per le società che non vi si attengono (art. 8 comma 2: “*Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for such omissions and falsifications in respect of the books, records, accounts and financial statements of such companies*”). PIETH, *Article 2: the responsibility of legal persons*, in M. PIETH, L.A. LOW, N. BONUCCI (eds.), *The OECD Convention on Bribery: a commentary*, 2014, pp. 228-247.

Il *modello BIT* dei Paesi Bassi del 2019 si caratterizza per alcune disposizioni innovative. Esso contempla nel preambolo l'idea di investimento responsabile e sostenibile (*“with a view to attract and promote responsible foreign investment of the Contracting Parties in their respective territories that contribute to sustainable economic development”*) e dedica alla RSI l'art. 7, con una formulazione quasi identica all'art. 9.17 CPTPP.⁶⁷⁸ Si tratta di standard volontari (*“encourage [...] to voluntarily incorporate”*, ribadisce l'art. 7), eppure tre disposizioni nel Modello BIT olandese 2019 accordano precise conseguenze giuridiche ai comportamenti dell'investitore contrari agli standard di RSI.

In primo luogo, l'art. 7 (rubricato *“Corporate social responsibility”*) al comma 4 stabilisce che gli investitori sono responsabili (*“shall be liable”*) secondo le norme relative alla giurisdizione del loro Stato di origine per le azioni o le decisioni prese in relazione all'investimento, qualora cagionino nell'*Host State* danni particolarmente significativi, lesioni personali o perdite di vite umane (*“[i]nvestors shall be liable in accordance with the rules concerning jurisdiction of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state”*).

Una seconda disposizione, nella sezione relativa ai meccanismi ISDS, è l'art. 16 che al secondo comma impone al giudice di rifiutare (*“shall decline”*) la propria giurisdizione se l'investimento è stato effettuato con dichiarazioni fraudolente, occultamento, corruzione o altra simile condotta in malafede, equivalente ad un abuso del processo (*“[t]he Tribunal shall decline jurisdiction if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or*

⁶⁷⁸ L'art. 7 comma 2 così recita: *“The Contracting Parties reaffirm the importance of each Contracting Party to encourage investors operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party [...]”*, ma rispetto al CPTPP, l'art. 7 continua così: *“such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, and the Recommendation CM/REC(2016) of the Committee of Ministers to Member States on human rights and business”*.

similar bad faith conduct amounting to an abuse of process”). Tale formula introduce pertanto una sanzione di ordine processuale (diniego di giurisdizione) per le condotte di mala fede dell’investitore. La stessa formula compare all’art. 8.18.3 CETA, ma priva di cogenza o imperatività (“*an investor may not submit a claim*”, “*non può presentare una domanda*”, nei testi inglese ed italiano). La stessa formula compare nell’IPA UE-Vietnam, sotto forma di divieto (“*shall not*”), all’art. 3.27.2: “*a claimant shall not submit a claim under this Section if its investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption or conduct amounting to an abuse of process*”.⁶⁷⁹

Una terza disposizione, l’art. 23 rubricato “*behavior of investor*” prevede che il tribunale arbitrale, nel decidere l’importo del risarcimento del danno, dovrebbe tener conto della non conformità della condotta dell’investitore alla RSI: (“*[...] a Tribunal, in deciding on the amount of compensation, is expected to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*”). Le formule esortative della RSI vengono per tal via munite di specifiche conseguenze che le avvicinano ai doveri piuttosto che ad esortazioni volontaristiche.⁶⁸⁰

In simile guisa, l’EPA *Cariforum-UK* del 2019 all’art. 72, rubricato “*behaviour of investors*” tende a dare corpo ad una responsabilità dell’investitore in quattro ambiti (corruzione, *core labour standards* dell’OIL, rispetto degli

⁶⁷⁹ Il CETA si poneva nel 2016 alle origini di questo *trend* interpretativo, secondo il quale le condotte di RSI sono sempre meno lasciate a comportamenti volontari degli investitori, per modellare forme di responsabilità verso cui si apre il Modello BIT olandese del 2019, nel quale l’originaria formulazione dell’art. 8.18.3 CETA evolve in formula imperativa all’art. 16.2. Inoltre, sia il CETA (cfr. art. 8.18.3) che il Model BIT olandese del 2019 (artt. 7.4, 16.2, 23) prevedono conseguenze giuridiche per l’investitore che non osserva la RSI, ma senza introdurre “*direct obligations on investors*” come invece fanno il *BIT Marocco-Nigeria* del 2016, il *Model BIT 2015 dell’India*, l’art. 3.27.2 dell’*IPA UE-Vietnam*.

⁶⁸⁰ GAUKRODGER, *Business Responsibilities and Investment Treaties*. Consultation paper by the OECD Secretariat, Paris, 2020, parr. 428-431, ove l’Autore nota che il linguaggio utilizzato all’art. 23 riconosce in capo all’investitore impegni (“*its commitments*”) e non responsabilità (termine, quest’ultimo, usato dagli UNGPs e dalle Linee Guida OCSE). Anche l’utilizzo del termine “*non-compliance*” evidenzia un inadempimento che contrasta con il mero “*incoraggiare*” condotte di RSI, come usato all’art. 7 comma 2 (“*to encourage investors operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate [...]*”).

obblighi in materia ambientale e di lavoro nascenti da trattati internazionali di cui siano parti gli stessi Stati contraenti, dialogo e coinvolgimento delle comunità locali interessate dall'investimento). Peraltro, ciò avviene in modo indiretto, imponendo tradizionali “*State obligations*”: sono gli Stati contraenti obbligati ad introdurre norme, nella propria legislazione interna, affinché gli investitori stranieri siano tenuti a rispettare la RSI ⁶⁸¹.

A livello onusiano, nel 2011 gli UNGPs avevano rinunciato ad imporre obblighi in capo alle imprese, ma il dibattito a livello internazionale non si è esaurito con la loro adozione, restando tuttora aperto. Dal 2014 è operativo presso il Consiglio ONU per i Diritti Umani un gruppo di lavoro (*Open-ended intergovernmental working group*) per negoziare uno strumento giuridicamente vincolante in materia ⁶⁸². La versione recente della bozza di tale trattato ⁶⁸³ non prevede obblighi in capo alle imprese multinazionali.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Cfr. art. 72: “*The United Kingdom and the Signatory CARIFORUM States shall cooperate and take, within their own respective territories, such measures as may be necessary, inter alia, through domestic legislation, to ensure that: (a) Investors be forbidden ... (b) Investors act ... (c) Investors do not damage ... (d) Investors establish and maintain ...*”, come pure l’art. 196(2)(d), che contiene l’obbligo di cooperazione tra gli Stati contraenti a “*promoting corporate social responsibility through public information and reporting*”.

⁶⁸² UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, Resolution 26/9, A/HRC/RES/26/9, 14 luglio 2014. Con tale risoluzione, adottata su proposta dell’Ecuador, si stabilì di creare un “*open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*”. L’adozione di tale Risoluzione dimostrò già allora la spaccatura degli Stati su tale tema, con 20 voti a favore (tra i quali Cina, India, Russia), 14 contrari (tra i quali i paesi europei, USA, Giappone), 13 astenuti: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>.

⁶⁸³ La versione più recente della bozza di trattato è del 16 luglio 2019 (*Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*) e non prevede obblighi in capo alle imprese multinazionali. Il preambolo precisa infatti che “*the primary obligation to respect, protect, fulfil and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, [...]*”. Colpisce l’assenza di riferimenti nel preambolo e nel testo all’Agenda ONU 2030, salvo uno scarno richiamo preambolare allo sviluppo sostenibile (“*Acknowledging that all business enterprises have the capacity to foster the achievement of sustainable development [...]*”). Il testo è disponibile al sito web https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

⁶⁸⁴ Il preambolo precisa infatti che “*the primary obligation to respect, protect, fulfil and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, [...]*”.

Secondo uno studio dell'UNCTAD, non ci sarebbero di per sé ostacoli ad inserire negli IIAs obblighi in capo alle imprese straniere investitrici (“[t]o correct this asymmetry, an IIA could also set out investor obligations or responsibilities”).⁶⁸⁵ L’attuale tendenza alla *treatification* della RSI negli IIAs denota, secondo TANZI, una “*propelling practice that may evolve into hard normative standards binding on corporations*”.⁶⁸⁶

Tali disposizioni innovative nello stabilire “*obligations on investors*” sembrano inoltre trovare conferma nel *case-law* del diritto internazionale degli investimenti. La direzione verso questo processo sembra confermata nel lodo ICSID *Urbaser c. Argentina* del 2016 (cfr. *infra*, Cap. V), in cui il tribunale arbitrale ritiene che gli investitori stranieri siano soggetti di diritto internazionale e tenuti ad una *obligation to abstain*, come obbligo di astenersi dal ledere i diritti umani. Il lodo perviene a tale risultato valorizzando la RSI, definita come “*standard of crucial importance*”, secondo il ragionamento enunciato al par. 1195 del lodo: “[t]he Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. [...] In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law”.⁶⁸⁷ Nello

⁶⁸⁵ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 106: “Most IIAs only set out obligations for States. To correct this asymmetry, an IIA could also set out investor obligations or responsibilities. Noting the evolving views on the capacity of international law to impose obligations on private parties, IIA policymakers could consider a number of options, each with its advantages and disadvantages. These options (i) condition treaty protection upon certain investor behaviour; (ii) raise the obligation to comply with domestic laws to the international level (increasing its relevance in arbitration); and (iii) take a best-endeavour approach to universally recognised standards or applicable CSR standards. To this add options that iv) strengthen CSR through cooperative measures between treaty Parties and that v) encourage home countries to include CSR considerations in their investment promotion activities”.

⁶⁸⁶ TANZI, *The Relevance of the Foreign Investor’s Good Faith* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, p. 220: “Some recent BITs include provisions encouraging, or even requiring, investors to abide by certain soft-law standards, hence, propelling practice that may evolve into hard normative standards binding on corporations”.

⁶⁸⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26. Award, 8 dicembre 2016, cfr. parr. 1195, 1210.

stesso senso si esprimerà, due anni più tardi, il lodo ICSID *Aven c. Costa Rica*. Il tribunale arbitrale rileva che, come gli investitori vantano diritti in base agli IIAs (“*investors enjoy by themselves a number of rights*”), è plausibile che essi siano destinatari anche di obblighi, richiamando il par. 1195 del lodo *Urbaser*.⁶⁸⁸

Quanto alla dottrina, vi è chi sostiene lo *status quo*, ritenendo che basti rafforzare la legislazione interna dei singoli Stati in modo da rendere giuridicamente vincolanti le regole della RSI per le imprese che vi operano, perché “[*it is now not time for new norm creation, but for implementation*”].⁶⁸⁹ Questo avrebbe ripercussioni anche sulla clausola di legalità, laddove presente nel testo degli IIAs. Operando a livello della definizione di investimento, tale clausola non potrebbe considerare investimento protetto quello che si realizzi in violazione di norme nazionali che rendano obbligatori gli standard di RSI.⁶⁹⁰ Altri Autori, invece, suggeriscono di far evolvere le UNGPs in una Convenzione-quadro: un trattato multilaterale che contenga i principi e gli obiettivi fondamentali e che possa contare sulla ratifica del gruppo di Stati che più sinceramente sostiene questo processo a livello multilaterale.⁶⁹¹ Una simile ipotesi di *UNGP-based*

⁶⁸⁸ *David R. Aven and Others v. Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3 (UNCITRAL arbitration rules). Award, 18 settembre 2018, par. 738: “*Under international law of investments, particularly under DR-CAFTA [il trattato applicabile nel caso de quo], the investors enjoy by themselves a number of rights both substantive and procedural, including the right to sue directly the host State when it breaches its international obligations on foreign investment (Section A of Article 10 in DR-CAFTA). What about the investor’s obligations arising of the investment according to international law? This 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*”.

⁶⁸⁹ THIELBORGER, ACKERMANN, *A treaty on enforcing human rights against business: closing the loophole or getting stuck in a loop*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24(1), 2017, p. 79: “*International attention should not focus on a top-down approach, that is, on creating a new treaty and hoping for change coming out of it. Instead, states should be pushed to alter their domestic legal systems directly by implementing the GPs. It is now not the time for new norm creation, but for implementation*”.

⁶⁹⁰ KRAJEWSKI, *A nightmare or a noble dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, in *Business and Human Rights Journal*, Cambridge, CUP, Vol. 5(1), 2020, pp. 105-129, nel cui abstract l’Autore “*suggests that the way forward will require domestic legislation in host and home states to establish investor obligations which can be taken into account when interpreting existing investment treaty clauses requiring the investor to adhere to domestic law*”.

⁶⁹¹ Come ben nota TANZI, “*una volta adottato un determinato testo - anche se in forma non vincolante - quando si aprirà un negoziato per l’adozione di una convenzione sulla stessa materia,*

framework Convention è stata analizzata prendendo come modello la Convenzione quadro sul controllo del tabacco.⁶⁹²

4.7 Considerazioni conclusive

La RSI offre uno strumento prezioso per dare contenuto negli IIAs a disposizioni che sanciscano forme di responsabilità o addirittura obblighi in capo agli investitori stranieri. Una simile evoluzione della RSI implica il superamento della divisione che vede da anni contrapporsi due blocchi di Stati, quelli favorevoli all'introduzione di obblighi di RSI in capo alle imprese multinazionali nei Trattati e quelli contrari. Tale contrapposizione non significa che obblighi in capo agli investitori siano giuridicamente impossibili.⁶⁹³ Molti Autori sono favorevoli alla loro adozione (*"obligations on investors are both possible and to many,*

il tenore letterale dello strumento di soft law costituirà un punto di riferimento dal quale sarà difficile discostarsi in modo significativo", cfr. *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, *ibid.*, p. 175.

⁶⁹² O'BRIEN C.M., *For a business and human rights treaty based on progressive national implementation of the UNGPs and modelled after the WHO Framework Convention on Tobacco Control*. Submission to UN Open-Ended Inter-governmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, 30 settembre 2016. Tale soluzione offre un approccio flessibile, adottando uno *stepwise approach* con ulteriori protocolli addizionali, per mezzo dei quali dettagliare tali principi, stabilendo, ad esempio, che le disposizioni di tale Convenzione-quadro siano vincolanti anche per le imprese investitrici. CHOUDHURY, *Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1-26, Cambridge, CUP, 2018, cfr. p. 19: *"If BHR issues can be narrowed to a more limited set of issues - such as by focusing on creating positive obligations for corporations for the most salient human rights issues - a framework/protocol two-step procedure may be better able to garner the necessary state support for binding obligations than the one-step binding instrument currently being negotiated"*.

⁶⁹³ WOUTERS, HACHEZ, *When rules and values collide: how can a balanced application of investor protection provisions and human rights be ensured?*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, n. 3-301, Cambridge, Intersentia ed., 2009, ove gli Autori riconoscono la possibilità giuridica di imporre obblighi in capo alle imprese, ostandovi però al momento la volontà politica degli Stati, cfr. p. 344: *"[...] the international community as a whole should develop a comprehensive body of binding rules and remedies which takes account of the potential abusive conduct which investors may sometimes adopt in respect of human rights, especially in developing countries. From a technical point of view, this does not seem to be such a daunting task. International obligations could be imposed on corporations either through international investment instruments themselves or through other international instruments, such as binding human rights norms. Adjudicatory forums and remedial techniques could be organised to allow host states and victims of corporate human rights abuses to hold the corporation accountable and demand compensation. However, political will to this effect seems largely absent for the moment"*.

desirable)⁶⁹⁴ ritenendola un'opzione legalmente fattibile: “[...] *most countries remain reluctant to stipulate direct obligations for investors, although it is a legally feasible option to ensure an appropriate balance in the realm of investment treaty practice between the legal protection granted to foreign investors, on the one side, and their responsibilities towards the societies in which they operate, on the other*”.⁶⁹⁵

L'affascinante prospettiva di una evoluzione della RSI in tal senso passa nel valorizzare adeguatamente, a livello multilaterale, la mole di *soft law* che gli Stati hanno formato nel tempo sulla RSI, quale ineludibile punto di riferimento della manifesta volontà degli Stati stessi, e richiede l'attivo coinvolgimento delle organizzazioni internazionali, forti di una *membership* quasi universale, grazie al loro contributo in termini di analisi, studi e come foro catalizzatore di dialogo.⁶⁹⁶ In ogni caso, come tappa intermedia volta a rafforzare l'attuale cammino di *treatification* della RSI, gli Stati potrebbero inserire sempre più negli IIAs obblighi interstatuali sull'esempio dell'art. 72 dell'EPA Cariforum-UK, vincolando *Home* e *Host State* ad introdurre nella propria normativa interna obblighi di RSI per gli investitori stranieri, anche come forma di adempimento nazionale agli SDGs dell'Agenda ONU 2030.

⁶⁹⁴ BERNASCONI-OSTERWALDER, MANN, *CETA and Investment: what is it about and what lies beyond?* in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the CETA*, Springer, Cham, 2019, p. 351. Tra gli Autori favorevoli all'imposizione di obblighi alle imprese transnazionali, cfr. RATNER, *Corporations and Human Rights: a theory of legal responsibility*, in *The Yale Law Journal-YLJ*, Vol. 111, The YLG Company, Inc., Danvers, 2001, p. 538: “*States could promote uniformity of regulation of TNEs [transnational enterprises] for activities with human rights implications through a multilateral instrument recognizing certain obligations upon corporations*”; MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, OUP, 2^a ed., 2007.

⁶⁹⁵ MBENGUE, NEGEM, *An African view on the CETA Investment Chapter*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the CETA*, Springer, Cham, 2019, p. 257. STEINHARDT, *Multinational Corporations and their Responsibilities under International Law*, in L. BLECHER, N.K. STAFFORD, G.C. BELLAMY (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts: new expectations and paradigms*, Amer. Bar Assn., 2015, pp. 27-50.

⁶⁹⁶ L'OCSE aveva organizzato a marzo 2020 una “*Conference on Business Responsibilities and Investment Treaties*”, poi rinviata a causa dell'emergenza sanitaria del Covid, per indagare come le responsabilità del mondo imprenditoriale in materia di rispetto dei diritti umani siano state recepite nei trattati commerciali e di protezione degli investimenti, cfr. <https://www.oecd.org/investment/conference-investment-treaties.htm>.

Capitolo 5. Il bilanciamento di interessi *Investor-State* nel *case-law*

In questo Capitolo si analizza con quali margini di successo il principio dello sviluppo sostenibile abbia fatto breccia nella logica decisionale, ai fini della soluzione nel merito delle controversie ISDS, alla luce del più recente *case-law* arbitrale. Lo sviluppo sostenibile può essere invocato valorizzando, innanzitutto, l'interpretazione dei Trattati grazie all'art. 31 CVDT, avvalendosi anche di canoni di logica giuridica, tra i quali figura il riferimento al precedente giurisprudenziale secondo una "*consistent line of reasoning*". In tale attività interpretativa, per identificare i contenuti dello sviluppo sostenibile, gli arbitri possono utilmente avvalersi dei sette principi della Dichiarazione di New Delhi dell'ILA, i quali "*taken together, provide considerable guidance for jurists seeking ways to balance conflicting or overlapping social, environmental and economic obligations*".⁶⁹⁷ I *Sofia Guiding Statements* del 2012 dell'ILA⁶⁹⁸ chiariscono l'importanza di una interpretazione conforme allo sviluppo sostenibile (GS n. 2:

⁶⁹⁷ VAN HARMELEN, VAN LEEUWEN, DE VETTE, *International Law of Sustainable Development: Legal Aspects of Environmental Security on the Indonesian Island of Kalimantan*, in *Prototype EnviroSecurity Assessments Kalimantan, Indonesia Part 2: Legal Analysis*. Institute for Environmental Security, The Hague, 2005, p. 21.

⁶⁹⁸ L'ILA formulò nel 2012 dieci dichiarazioni guida, c.d. *Sofia Guiding Statements* (GS), per l'applicazione dal punto di vista giudiziale dei sette principi enunciati nel 2002. FRENCH, *The Sofia Guiding Statements on Sustainable Development Principles in the decisions of International Tribunals*, in M.C. CORDONIER SEGGER with H.E. Judge C.G. WEERAMANTRY, *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*. Routledge, London, 2017, pp. 177-241.

“Treaties and rules of customary international law should be interpreted in the light of principles of sustainable development”).

Oltre all'utilizzo di questi canoni ermeneutici generali, lo sviluppo sostenibile può fare breccia per mezzo di appositi strumenti processuali da inserire negli IIAs. Si tratta di una serie di innovazioni al sistema ISDS, avvalendosi in particolare della dottrina di *clean hands* e di clausole di legalità in relazione alla definizione di investimento protetto, ma anche di strumenti procedurali volti a rendere il sistema arbitrale più trasparente e partecipativo, come gli *amici curiae*, le domande riconvenzionali o *counterclaims*, il richiamo alle regole di trasparenza elaborate dall'UNCITRAL. Di tali strumenti si studieranno i requisiti ed il loro utilizzo nel *case-law* nel senso auspicato dal *Sofia Guiding Statement* n. 7 (*“[t]he principles of public participation and access to information and justice are foundational to sustainable development, and judicial and quasi-judicial bodies must seek to affirm this in their substantive decisions and, as applicable, as elements of their own procedure”*). Si esamineranno infine una serie di lodi arbitrali nei quali i principi sottesi allo sviluppo sostenibile sono venuti in rilievo ai fini della decisione, permettendo al giudicante di bilanciare gli interessi dello Stato che riceve l'investimento con quelli degli investitori privati, secondo quel principio di integrazione che sta alla base del *Sofia Guiding Statement* n. 9.⁶⁹⁹

5.1 Lo sviluppo sostenibile e l'interpretazione dei trattati

L'interpretazione dei Trattati in materia di investimenti è il primo strumento utilizzabile per far entrare in campo lo sviluppo sostenibile contro la lamentata asimmetria delle disposizioni contenute negli IIAs. L'ingresso dello sviluppo sostenibile può avvenire valorizzando l'interpretazione oggettiva fornita dall'art. 31 CVDT, che contiene le regole di base per l'interpretazione dei

⁶⁹⁹ GS n. 9: *“The principle of integration and inter-relationship is the primary means by which courts and tribunals provide an overarching conceptual framework for sustainable development. In support of the principle of integration and the expectations of standards of due process, integrative decision-making and good faith negotiations should be further strengthened”*.

Trattati⁷⁰⁰, codificando regole consuetudinarie che impongono di esaminare - unitamente al testo- anche l'oggetto, lo scopo ed il contesto, ivi incluso il preambolo e gli eventuali allegati. Si tratta di regole obbligatorie e non lasciate al mero "si volam" dell'interprete o alle circostanze del singolo caso.⁷⁰¹

L'oggetto e lo scopo sono solitamente rinvenibili già nel preambolo, che fornisce gli obiettivi-guida del trattato, come nota il lodo *Saluka*: "[t]he 'object and purpose' of the Treaty may be discerned from its title and preamble".⁷⁰² Un esempio di interpretazione conforme all'oggetto e scopo del trattato è quella compiuta dalla sentenza CIG del 2014 nel caso *Whaling in the Antarctic*.⁷⁰³ L'Australia aveva accusato il Giappone di utilizzare strumentalmente l'art. VIII della Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia alle balene del 1946 (*International Convention for the Regulation of Whaling*, ICRW) che ne consentiva in via eccezionale la caccia e l'uccisione a scopi scientifici, ma di fatto usato dal Giappone come pretesto per l'abbattimento e l'immissione in commercio della carne di balena, molto ricercata nel mercato locale. L'oggetto e lo scopo della Convenzione consistono nella conservazione delle balene attraverso uno sfruttamento sostenibile ("The preamble of the ICRW indicates that the Convention pursues the purpose of ensuring the conservation of all species of

⁷⁰⁰ L'art. 31(1) stabilisce che "un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo"; nel testo inglese: "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

⁷⁰¹ BARONCINI, BRUNEL, *A WTO Safe Harbour for the Dolphins. The Second Compliance Proceedings in the US -Tuna II (Mexico) Case*, in *E.U.I. Working Papers*. Florence, European University Institute, 2019, cfr. p. 8: "In fact, pursuant to the international customary rules for treaty interpretation, codified in Article 31, paras. 1 and 2, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, an agreement 'shall [not may or can!] be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose,' having in mind that the 'context' of a treaty 'includ[es] its preamble,' i.e. that part of an agreement usually disclosing the purpose and mission assigned by the contracting parties to the treaty. [...] Such a mandatory treaty interpretation perspective is hence constant, not linked to any circumstances".

⁷⁰² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006, par. 299.

⁷⁰³ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

whales while allowing for their sustainable exploitation”, cfr. par. 56 della sentenza).⁷⁰⁴ La CIG interpreta l’art. VIII della Convenzione in conformità all’oggetto e scopo del Trattato, consistente nella “*conservation and sustainable exploitation*” delle balene ⁷⁰⁵, giungendo per tal via a condannare il Giappone alla revoca dei permessi e dei relativi programmi “scientifici” di caccia.

Una corretta applicazione dell’art. 31 evita inoltre interpretazioni che esauriscano l’oggetto e scopo degli IIAs alla sola protezione dell’investitore e dei suoi investimenti, sostenendo in modo aprioristico che “*the purpose of the Treaty is to promote and protect investments*”,⁷⁰⁶ riducendo così gli IIAs a “*property rights protection treaties*”.⁷⁰⁷ Tale interpretazione a senso unico, *pro investore*, si ridurrebbe secondo WAIBEL ad un “*ideological prior of maximal investment protection*”,⁷⁰⁸ con la tendenza di molti lodi arbitrali ad una “*cavalier attitude*” in

⁷⁰⁴ Dal 1987 al 2005 il Giappone diede inizio al programma di ricerca scientifica JARPA (*Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic*) che consentì alle baleniere giapponesi di dare la caccia alle balene per scopi scientifici nell’Oceano Antartico, possibile grazie all’art. VIII della Convenzione che permette ad ogni Stato contraente di accordare permessi speciali per cacciare e uccidere balene a fini di ricerca scientifica. I numeri elevati di balene abbattute nei 18 anni del programma JARPA, nonché la sua intensificazione con JARPA II dal 2005, portarono la Commissione ad adottare varie risoluzioni contro il Giappone, esprimendo perplessità sulle basi scientifiche del programma e raccomandandone l’interruzione.

⁷⁰⁵ Cfr. par. 55: “*The Court notes that Article VIII is an integral part of the Convention. It therefore has to be interpreted in light of the object and purpose of the Convention*”; par. 57: “*Australia and Japan have respectively emphasized conservation and sustainable exploitation as the object and purpose of the Convention in the light of which the provision should be interpreted*”.

⁷⁰⁶ *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 gennaio 2007, par. 300.

⁷⁰⁷ VAN AAKEN, *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 827-861, ove l’Autore sostiene a p. 859 che “*it is, for several reasons, untenable to suppose that investor protection is the only purpose of an IIA*”.

⁷⁰⁸ WAIBEL, *International Investment Law and Treaty Interpretation*, in R. HOFMANN, C. J. TAMS (eds.), *From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Baden-Baden, 2011, cfr. p. 30: “*Empirically, there appear to be few distinct patterns of treaty interpretation in investment arbitration, aside from an excessive reliance on the treaty’s object and purpose. Relying on the goal of maximizing investor protection as a default rule has its pitfalls*”; cfr. p. 40: “*This interpretative approach betrays a cavalier attitude to treaty interpretation. [...] The dividing line between favouring broad investment protection and construing the ordinary meaning of ambiguous treaty terms in light of an ideological prior of maximal investment protection is thin - tribunals cross it at their peril. In such cases, the interpreter’s prior of maximal investment protection as a good onto itself lurks visibly behind such outcome-driven interpretative strategies. The risk is a re-politicization of investment disputes and, in the long-run, losing support among*

spregio alle regole interpretative della CVDT (“[r]elying on the goal of maximising investor protection as a default rule has its pitfalls”).⁷⁰⁹

SCHEU evidenzia come la protezione dell’investitore possa costituire l’oggetto, ma non anche, allo stesso tempo, lo scopo del trattato. Una corretta interpretazione oggettiva permette di rintracciare lo scopo degli IIAs nella promozione dello sviluppo economico dell’Host State (“[t]hus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy”),⁷¹⁰ teso a migliorare le condizioni socio-economiche ed il benessere della popolazione, in definitiva nella promozione dello sviluppo sostenibile (“investment law’s veritable purpose is to promote sustainable development”).⁷¹¹

L’art. 31 CVDT permette inoltre, al par. 3, l’interpretazione sistemica e quella evolutiva del trattato. L’interpretazione sistemica (o sistematica) è tesa a leggere il singolo Trattato alla luce delle altre norme del diritto internazionale, evitando che esso operi “wholly independently” da esse,⁷¹² bensì facendo “reference to other

state parties”; cfr. pag. 51: “[t]he rule in dubio pro investore derived from the BIT’s object and purpose of maximizing investor protection, which criticized as an automatic rule earlier, [...]”.

⁷⁰⁹ WAIBEL, *ibid.*, cfr. p. 29: “Investment tribunals often profess fidelity to the rules on treaty interpretation contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). At first sight, they mention Article 31 and 32 VCLT with reassuring regularity. But first impressions may lead astray. My hypothesis is that many investment awards demonstrate a cavalier attitude to treaty interpretation. [...] These declarations of fidelity to the foundational principles of treaty interpretation, however, lack practical substance if tribunals soon thereafter pour cold water on their stated intentions. I contend that careful application of the principles of treaty interpretation to the facts is often wanting in investment arbitration”.

⁷¹⁰ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *Decision on Jurisdiction and Liability*, 14 gennaio 2010, par. 273. Va peraltro osservato come tali conclusioni siano permesse dal particolare tenore letterale del preambolo del BIT USA-Ucraina del 1996, che promuoveva più volte la reciprocità dello sviluppo economico (“the economic development of the Parties”, “contribute to the well-being of workers in both Parties”, “greater economic cooperation between them”).

⁷¹¹ SCHEU, *Trust Building, Balancing, and Sanctioning: Three Pillars of a Systematic Approach to Human Rights*, in *International Investment Law and Arbitration*, Georgetown Journal of International Law, Vol. 48, Washington DC, 2017, cfr. p. 456.

⁷¹² *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment (6 novembre 2003), I.C.J. Reports 2003, p. 161, cfr. par. 41: “[...] interpretation must take into account ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’ (Art. 31, para. 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force”.

rules of international law in the course of interpreting a treaty".⁷¹³ E' quanto prevede l'art. 31 par. 3 lettera c) CVDT, che permette di tener conto "di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti" (nel testo inglese: "[t]here shall be taken into account, together with the context: [...] c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties"). Per tal via, gli arbitri possono interpretare il singolo BIT inserendolo nel contesto più generale del diritto internazionale, anziché come strumento isolato, circondato dal vuoto giuridico.⁷¹⁴ Per mutuare un'espressione attinta dal *case-law* del WTO (caso *US-Gasoline* del 1996)⁷¹⁵, gli IIAs non vanno considerati in "*clinical isolation from public international law*": l'interpretazione sistematica aiuta così a rendere il diritto internazionale un universo di "isole interconnesse".⁷¹⁶

Il lodo *Phoenix c. Rep. Ceca*, richiamando il predetto caso *US-Gasoline*, sosteneva che "*the ICSID Convention's jurisdictional requirements - as well as those of the BIT - cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles*".⁷¹⁷ Il diritto internazionale degli

⁷¹³ MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54(2), Cambridge, CUP, 2005.

⁷¹⁴ GORDON, POHL, BOUCHARD, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a Fact Finding Survey*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01, OECD Publishing, 2014, p. 22: "[t]his would seem to imply that investment arbitration tribunals should interpret and apply IIAs in their general context, that is taking into account customary international law, general principles of law and consideration rules and principles from other fields of international law, including bodies of law relating to SD/RBC, where relevant and applicable."

⁷¹⁵ Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R del 20 maggio 1996, par. 17, nel quale l'Appellate Body riconosce che "*the General Agreement [GATT] is not to be read in clinical isolation from public international law*".

⁷¹⁶ PAUWELYN, *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Ann Arbor (MI), 2004. Vedasi anche LINDROOS, MEHLING, *Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO* in *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 16(5), OUP, 2006.

⁷¹⁷ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. Award, 15 aprile 2009, par. 78. L'interpretazione sistemica trova giustificazione letterale anche nell'art. 42 comma 1 della Convenzione ICSID che regola la legge applicabile, laddove richiama "*such rules of international law as may be applicable*": "*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict*

investimenti non costituisce un “*separate legal regime*” in quanto, secondo il lodo *AAPL c. Sri Lanka*, “*is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature*”.⁷¹⁸ Secondo il lodo *ICSID Urbaser* del 2016, il BIT non può essere interpretato in perfetto isolamento giuridico, come fosse un sistema chiuso (“*[a] BIT is not a set of self-contained rules*”, par. 555; “*The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. [...] The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights*”, cfr. par. 1200).

L’art. 31(3)(c) è stato definito la “*master key*” del diritto internazionale, per mezzo della quale si ammette l’applicazione di una regola esterna al Trattato, che sia rilevante e applicabile tra gli Stati-parte del Trattato da interpretare.⁷¹⁹ Sono da considerarsi “rilevanti ed applicabili” tutti i trattati multilaterali dell’ONU in materia di diritti umani, in quanto dotati di ratifiche universali (ad esempio, il *Patto Internazionale sui diritti civili e politici* del 1966). E se anche non fossero

of laws) and such rules of international law as may be applicable”. Il richiamo opera solo in caso di mancata *choice of law* delle parti. Ma va notato che anche nella legge nazionale prescelta è pur sempre previsto il recepimento delle norme di diritto internazionale, che quindi verrà applicato come parte della normativa nazionale. Alcuni lodi hanno inoltre sostenuto il ruolo correttivo del diritto internazionale sulla legge nazionale applicabile, cfr. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 settembre 2003, par. 207: “*It is further a well accepted practice that the national law governing by virtue of a choice of law agreement (pursuant to Article 42(1) first sentence of the ICSID Convention) is subject to correction by international law*” e in *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 febbraio 2006, par. 162: “*even if the law of Peru were held to apply [...], this Tribunal has the authority and duty to subject Peruvian law to the supervening control of international law*”, riportato in C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 2009, p. 585.

⁷¹⁸ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3. Award, 27 giugno 1990, par. 21.

⁷¹⁹ SIMMA, *Foreign investment arbitration: a place for human rights?* in *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, CUP, Vol. 60, 2011, pp. 573-596. L’Autore sostiene in proposito a p. 584 che: “*It was termed no less than the ‘master key to international law’, by the International Law Commission, codifying the so-called ‘systemic integration’ of treaties, and is by now itself part of customary international law*”.

ratificati da entrambi gli Stati-parte del trattato da interpretare, le loro disposizioni sui diritti umani li vincolerebbero comunque, quali obblighi *erga omnes*.⁷²⁰ Il lodo ICSID *Tulip c. Turchia* riconosce l'importanza dell'interpretazione sistemica per i diritti umani, notando che “[t]here is a widespread sentiment that the integration of the law of human rights into international investment law is an important concern”.⁷²¹ In virtù dell'interpretazione sistematica, gli arbitri possono quindi tener conto, quale diritto applicabile ex art. 31(3)(c), di tutti i Trattati in materia di diritti umani conclusi dall'*Home State* e dall'*Host State*, siano essi stati ratificati da entrambi o solo da uno dei due o addirittura da nessuno, laddove si tratti di obblighi *erga omnes*.⁷²²

Una specificazione dell'interpretazione sistemica è l'interpretazione evolutiva, ricavabile dall'art. 31 par. 3 CVDT. Essa permette un'applicazione

⁷²⁰ SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: a place for human rights?*, *ibid.*, cfr. p. 586: “It is more complicated if such treaty membership does not overlap, though this challenge may be met by resorting to the concept of obligations *erga omnes*”; p. 587: “[...] recourse to the concept of obligations *erga omnes* might still help us to secure economic and social human rights law as ‘rules of international law applicable in the relations between the parties’”.

⁷²¹ *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 dicembre 2015, par. 86. Il lodo riguardava la violazione di una “fundamental rule of procedure” ex art. 52(d) della Convenzione ICSID. È tale la violazione del diritto di difesa e del giusto processo, quale diritto umano fondamentale, riconosciuto in diversi trattati internazionali (“[p]rovisions in human rights instruments dealing with the right to a fair trial and any judicial practice thereto are relevant to the interpretation of the concept of a fundamental rule of procedure as used in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention”, par. 92).

⁷²² SCHEU, *Trust Building, Balancing, and Sanctioning: Three Pillars of a Systematic Approach to Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *Geo. J. Int'l L.*, Vol. 48, 2017, cfr. pp. 489-491, ove l'Autore afferma che “[...] human rights treaties which have been ratified by all contracting states to the investment treaty are to be taken into account pursuant to Article 31(3)(c) of the VCLT [...]. Human rights treaties that have been ratified only by the host state are also relevant because no investor can reasonably expect that the host state would be willing to ignore its own international human rights obligations. [...] the human rights obligations assumed by the investor's home state are also to be taken into account. As a result, the human rights obligations of the host and the home state should be shaping the tribunal's understanding of what constitutes a legitimate public policy regulation”. Vedi anche SANTACROCE, *The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, Vol. 34(1), pp. 136-155. Nell'abstract, l'Autore sintetizza le quattro modalità con cui i diritti umani possono entrare nella logica giudiziale: “(i) the fact that international human rights law is part of international law, which in turn governs the merits of investment disputes; (ii) the presence of express references to human rights in the investment treaty; (iii) the presence of implied references to human rights in the investment treaty; and (iv) the principle of systemic integration. Each of these grounds can be the basis for applying international human rights law as an interpretative tool”.

attualizzata ed effettiva del trattato e può rivelarsi un importante canone ermeneutico a favore del principio dello sviluppo sostenibile.⁷²³

Va premesso che nel diritto internazionale vige il principio di irretroattività (*tempus regit actum*), in base al quale ai fatti di ieri si deve applicare il diritto vigente all'epoca dei fatti (art. 28 CVDT: “*le disposizioni di un trattato non vincolano una parte per quanto riguarda un atto o un fatto anteriore alla data di entrata in vigore del trattato stesso*”), in modo tale che “*a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled*”⁷²⁴. Tuttavia il diritto applicabile, come individuato dalla regola *tempus regit actum*, non è statico.⁷²⁵ L'art. 31 par. 3 CVDT permette di interpretare il diritto internazionale in maniera evolutiva, in modo da tener conto degli sviluppi giuridici e sociali, alla luce delle condizioni attuali (“*in the light of present-day conditions*”, per usare il linguaggio della sentenza *Tyrer*, Corte EDU, 1978).⁷²⁶ Fermo restando il principio di irretroattività del diritto internazionale, ai fatti di ieri si applica il diritto di ieri (“*the law contemporary with it*”, per riprendere le parole dell'arbitro Max Huber nel lodo della sovranità sull'Isola di Palmas del 1928), ma il diritto di ieri va interpretato in modo che tenga conto degli sviluppi giuridici e sociali intervenuti nel tempo, desumibili da ogni successivo accordo,

⁷²³ HUSH, *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 43:1, L. 93, 2018, p. 127: “*Article 31.3 embodies the principle of ‘evolutionary interpretation’, acknowledging that the meaning of treaty provisions may develop over time. This injects flexibility and realism into the act of treaty interpretation, which may prove crucial to the achievement of sustainable development objectives*”.

⁷²⁴ *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, lodo del 4 aprile 1928, in *UN Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II pp. 829-871.

⁷²⁵ Viene tradizionalmente ricordata l'*advisory opinion* resa della CIG del 1971 sul caso della presenza del Sudafrica in Namibia. Essa ritiene che i termini utilizzati nel regime dei mandati della Società delle Nazioni non siano statici, ma per definizione evolutivi (“*not static, but were by definition evolutionary [...]. The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted them as such*”). *Namibia (SW Africa) Advisory Opinion*, 21 giugno 1971, I.C.J. Reports 1971 p.16, par. 53.

⁷²⁶ *Case of Tyrer v. United Kingdom (application no.5856/72)*, sentenza CEDU del 25 aprile 1978, Series A no.26, cfr. par. 31 “*the Convention [for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions*”.

da ogni successiva prassi tra le parti e da ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti, elementi indicati alle lettere a), b), c) del par. 3 dell'art. 31 CVDT.⁷²⁷

Nel 1998, l'Organo d'appello del WTO fornisce un'interpretazione evolutiva del trattato GATT 1947 nel caso *US-Shrimp*, esaminato *ut supra* in relazione al *legal status* dello sviluppo sostenibile. Quattro Stati membri (India, Malaysia, Pakistan, Thailandia) avevano attivato la procedura interstatale di *dispute settlement* del WTO contro gli USA, la cui legislazione vietava le importazioni di gamberetti da quei paesi che praticavano modalità di pesca a strascico. Una forma di pesca che uccideva le tartarughe marine, imbrigliate nelle reti di pesca, mettendole a rischio di estinzione. Gli USA invocarono l'art. XX GATT che alla lettera g) permette di introdurre limitazioni agli scambi commerciali per preservare le “*exhaustible natural resources*”. I ricorrenti obiettarono che le risorse “*exhaustible*” non potevano ricomprendere gli esseri viventi, in quanto in grado di riprodursi. L'Organo d'appello interpreta le disposizioni dell'art. XX GATT alla luce del preambolo dell'Accordo di Marrakech del 1994: esso contiene l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, dunque anche l'interpretazione dell'art. XX del Trattato GATT 1947 deve tenerne conto, ancorché negli anni '40 non esistesse il principio dello sviluppo sostenibile (“*this preambular language [...] it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements annexed to the WTO*”, par. 153)⁷²⁸. Grazie ad una interpretazione evolutiva della lettera g) dell'art. XX, la locuzione “*exhaustible natural resources*” viene letta alla luce delle

⁷²⁷ L'intero par. 3 così recita: “*verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti*”.

⁷²⁸ Cfr. par. 153: “*We note once more that this language demonstrates a recognition by WTO negotiators that optimal use of the world's resources should be made in accordance with the objective of sustainable development. As this preambular language reflects the intentions of negotiators of the WTO Agreement, we believe it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements annexed to the WTO Agreement, in this case, the GATT 1994. We have already observed that Article XX(g) of the GATT 1994 is appropriately read with the perspective embodied in the above preamble.*”

preoccupazioni contemporanee della comunità internazionale in merito alla protezione dell'ambiente,⁷²⁹ in modo da ricomprendervi tutte le risorse naturali, anche quelle viventi, come le tartarughe marine: “[t]he words of Article XX(g), ‘exhaustible natural resources’, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the WTO Agreement shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the WTO Agreement - which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements - explicitly acknowledges ‘the objective of sustainable development’” (cfr. par. 149). L’Organo d’appello parla in proposito di principio d’effettività (“*ut res magis valeat quam pereat*”) in quanto adatta e rende effettivi l’oggetto e lo scopo del trattato, vivificandoli nel tempo.⁷³⁰

L’interpretazione evolutiva traspariva indirettamente dalle considerazioni della CIG nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, già esaminato al Cap. II. Si trattava di una controversia insorta tra Ungheria e Cecoslovacchia per il mantenimento in vita di

⁷²⁹ BARONCINI, BRUNEL, *A WTO Safe Harbour for the Dolphins. The Second Compliance Proceedings in the US -Tuna II (Mexico) Case*, in *E.U.I. Working Papers*. Florence, European University Institute, 2019, cfr. p. 7 in cui gli Autori notano che, alla luce del SDG 12 dell’Agenda ONU 2030 (garantire modelli di consumo e produzione sostenibili), la protezione di una risorsa naturale - nel caso trattato, i delfini- è oggi un problema di sostenibilità, nel pieno rispetto del principio dello sviluppo sostenibile: “[...] as for example indicated by Goal 12 of the UN 2030 Agenda for Sustainable Development, devoted to ‘[e]nsure sustainable consumption and production patterns,’ the protection of a natural resource -as dolphins- is a sustainability issue [...] as a sustainability discipline, fully respecting the principle of sustainable development”.

⁷³⁰ Cfr. par. 131: “Given the recent acknowledgement by the international community of the importance of concerted bilateral or multilateral action to protect living natural resources, and recalling the explicit recognition by WTO Members of the objective of sustainable development in the preamble of the WTO Agreement, we believe it is too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of exhaustible mineral or other non-living natural resources [...]. We hold that, in line with the principle of effectiveness in treaty interpretation, measures to conserve exhaustible natural resources, whether living or non-living, may fall within Article XX(g)”. Nonostante l’accoglimento di tale interpretazione, gli USA persero il ricorso perché le loro azioni vennero considerate per altro verso discriminatorie ai sensi dell’art. XX.

un Trattato tra i due Stati risalente al 1977, relativo alla costruzione di un sistema di chiuse sul Danubio per la produzione di energia idroelettrica, progetto che l'Ungheria intendeva abbandonare per diverse ragioni economiche e di impatto ambientale. La CIG notava che, grazie ad alcune disposizioni contenute nel Trattato del 1977, gli obblighi delle parti non erano statici, ma “*necessarily evolving*” (par. 140)⁷³¹, aperti ad adattarsi alle nuove norme emergenti nel diritto internazionale in materia ambientale (“*the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law*”, par. 112).⁷³² Pertanto, invitava le parti a negoziare in buona fede una soluzione concordata, con l'obbligo di rivedere (“*look afresh*”) gli obiettivi del Trattato e gli effetti sull'ambiente del progetto alla luce di quelle “*new norms and standards*” (par. 140) affermatesi nel corso degli anni nel diritto internazionale, anche se il relativo concetto -ad esse sotteso- di sviluppo sostenibile non esisteva ancora nel 1977, all'epoca in cui il Trattato era sorto.⁷³³ Nel 2005, il lodo arbitrale *Iron Rhine*, già esaminato al Cap. II, notava il “*general support*” della dottrina per l'interpretazione evolutiva.⁷³⁴

⁷³¹ Cfr. par. 140: “*In order to evaluate the environmental risks, current standards must be taken into consideration. This is not only allowed by the wording of Articles 15 and 19, but even prescribed, to the extent that these articles impose a continuing - and thus necessarily evolving - obligation on the parties to maintain the quality of the water of the Danube and to protect nature*”.

⁷³² Cfr. par. 112: “[...] *On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations, to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan. By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of Articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan*”.

⁷³³ Cfr. par. 140: “[...] *For the purposes of the present case, this means that the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the Gabčíkovo power plant [...]*”; par. 141: “*It is not for the Court to determine what shall be the final result of these negotiations to be conducted by the Parties. It is for the Parties themselves to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty, which must be pursued in a joint and integrated way, as well as the norms of international environmental law and the principles of the law of international watercourses [...]*”.

⁷³⁴ Cfr. par. 81 del lodo: “*Finally, the Tribunal notes a general support among the leading writers today for evolutive interpretation of treaties. [...] notwithstanding the intertemporal rule, in some respects the interpretation of a treaty's provisions cannot be divorced from developments in the*

Nel 2009, la sentenza CIG nella disputa insorta tra Costa Rica e Nicaragua offre un'interpretazione evolutiva del Trattato bilaterale, risalente al 1858, relativo ai diritti di navigazione dei due Stati per finalità commerciali sul fiume San Juan. Alla luce degli sviluppi intervenuti durante più di un secolo di vigenza dell'accordo, il Costa Rica sosteneva che la finalità del trattato, espressa nel testo con una formula generica (art. 6, “*con objetos de comercio*”), andasse interpretata in modo evolutivo, in modo tale da ricomprendervi non solo il commercio di beni, ma anche le attività turistiche, dando al termine “commercio” il suo significato contemporaneo. La CIG accoglie l'interpretazione del Costa Rica, ritenendo che quando le parti usano termini generici in un Trattato sono consapevoli che il loro significato potrebbe evolvere nel tempo e, laddove l'accordo sia da lungo tempo in vigore, si presume che le parti abbiano inteso che tali termini siano dinamici, suscettibili di evoluzione (“*[...] where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is 'of continuing duration', the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning*”).⁷³⁵

Nel 2010, l'Organo d'appello del WTO utilizza l'interpretazione evolutiva nel caso *China-Publications and Audiovisual Products*,⁷³⁶ nato dal ricorso degli

law subsequent to its adoption [...] the concepts embodied in a treaty may be not static but evolutionary”.

⁷³⁵ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza CIG del 13 luglio 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 213, cfr. par. 66. Per un esame delle pronunce CIG sull'interpretazione evolutiva, vedasi HELMERSEN, *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*, in *European Journal of Legal Studies- EJLS*, Vol. 6(1), European University Institute-E.U.I., Fiesole, 2013, pp. 127-148.

⁷³⁶ Appellate Body Report, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R del 19 gennaio 2010. Le misure cinesi proibivano alle imprese investitrici straniere basate in Cina (*foreign-invested enterprises*) di importare e distribuire all'interno della Cina tali materiali audiovisivi e delle pubblicazioni periodiche, richiedendo che, diversamente dalla situazione per prodotti domestici simili, la distribuzione venisse condotta solo da imprese interamente di proprietà cinese (*wholly Chinese State-owned enterprises*) e solo per gli abbonati approvati dal governo cinese, nonché discriminavano le registrazioni sonore importate (*imported sound recordings*) e destinate alla distribuzione elettronica (musica, MP3, ecc.), sottoponendole a requisiti di revisione dei contenuti più onerosi rispetto ai prodotti domestici (cfr. par. 2-4).

USA contro una serie di misure cinesi che limitavano importazioni e distribuzione sul proprio territorio di pubblicazioni (libri, giornali, periodici) e prodotti audiovisivi (film e musica registrata su vari supporti magnetici o digitali, quali videocassette, CD, DVD). In appello, la Cina cercò di ribaltare il verdetto del *panel* che giudicò tali misure incompatibili con gli obblighi del WTO. In particolare, contestava l'interpretazione estensiva data alla dicitura "servizi di distribuzione di registrazioni sonore" ("*sound recording distribution services*"), contenuta nel Programma di adesione al GATS (*China's GATS Schedule*)⁷³⁷. Il *panel* del WTO l'aveva interpretata attualizzandola ("*according to the contemporary meaning of the words*", "*based on the meaning of those terms at the time of interpretation*"),⁷³⁸ in modo da ricomprendere anche la distribuzione di registrazioni sonore attraverso mezzi elettronici, non esistenti all'epoca della conclusione del predetto Programma. Secondo la Cina, quest'ultimo andava interpretato in modo statico, in base allo stato della tecnica esistente al momento della sua adozione, e non via evolutiva, alla luce degli sviluppi tecnico-scientifici successivi. L'Organo d'appello respinge tale argomentazione e, richiamando in nota la sentenza CIG *Costa Rica c. Nicaragua* del 2009 e la decisione dello stesso Organo d'appello sul caso *US-Shrimp* del 1998, ritiene che i termini utilizzati nel *China's GATS Schedule* siano sufficientemente generici da poter mutare ed evolvere nel tempo.⁷³⁹ Diversamente opinando, l'ammettere un'interpretazione

⁷³⁷ *The People's Republic of China, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/135*, relativo al General Agreement on Trade in Services (GATS).

⁷³⁸ Cfr. par. 390: "*China claims that the Panel interpreted the entry 'Sound recording distribution services' according to the contemporary meaning of the words it contains, but that the principle of progressive liberalization does not allow for the expansion of the scope of the commitments of a WTO Member by interpreting the terms used in the Schedule based on the meaning of those terms at the time of interpretation*".

⁷³⁹ Cfr. par. 396: "*More generally, we consider that the terms used in China's GATS Schedule ('sound recording' and 'distribution') are sufficiently generic that what they apply to may change over time [...]*". In nota a piè di pagina a questo paragrafo, (nota n. 705), l'Organo d'appello giustifica tale lettura richiamando due precedenti decisioni, illustrate *ut supra*: "*We consider such reading of the terms in China's GATS Schedule to be consistent with the approach taken in US-Shrimp, where the Appellate Body interpreted the term 'exhaustible natural resources' in Article XX(g) of the GATT 1994 (Appellate Body Report, US-Shrimp, paras. 129 and 130). We observe that the International Court of Justice, in Costa Rica v. Nicaragua, found that the term 'comercio' ('commerce'), contained in an 1858 'Treaty of Limits' between Costa Rica and Nicaragua, should*

degli impegni del GATS in base al significato che essi avevano al momento della conclusione del *China's GATS Schedule*, equivarrebbe a sostenere che impegni molto simili o formulati in modo identico possano avere contenuti diversi a seconda della data di adesione di ciascun Stato membro al medesimo Trattato. Una simile interpretazione frammentaria è pertanto da respingere, perché inficia la prevedibilità e la chiarezza degli impegni contenuti nei Trattati.⁷⁴⁰

5.2 Il ruolo del precedente giurisprudenziale

L'interpretazione può costituire un valido punto di ingresso per lo sviluppo sostenibile quando si avvale di alcuni canoni di logica decisionale, quali la proporzionalità, la reciprocità, la ragionevolezza e la buona fede,⁷⁴¹ unitamente al corretto esame delle circostanze nel caso concreto⁷⁴². Già solo avvalendosi di tale

be interpreted as referring to both trade in goods and trade in services, even if, at the time of the conclusion of the treaty, such term was used to refer only to trade in goods. (International Court of Justice, Judgment, Case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), 13 July 2009)".

⁷⁴⁰ Cfr. par. 397: "We further note that interpreting the terms of GATS specific commitments based on the notion that the ordinary meaning to be attributed to those terms can only be the meaning that they had at the time the Schedule was concluded would mean that very similar or identically worded commitments could be given different meanings, content, and coverage depending on the date of their adoption or the date of a Member's accession to the treaty. Such interpretation would undermine the predictability, security, and clarity of GATS specific commitments, which are undertaken through successive rounds of negotiations, and which must be interpreted in accordance with customary rules of interpretation of public international law". L'Organo d'appello conclude la riflessione al par. 398 ritenendo fondata l'interpretazione fornita dal panel in primo grado: "[...] We, therefore, do not consider that the Panel erred under Article 31 of the Vienna Convention in reaching 'the preliminary conclusion that this commitment extends to sound recordings distributed in non-physical form, through technologies such as the Internet'".

⁷⁴¹ TANZI, *International law and foreign investment in hydroelectric industry: a multidimensional analysis*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI (eds.), *Foreign Investment in the Energy sector: balancing private and public interests*, The Hague, Brill-Nijhoff, 2014, p. 73: "one may detect an increasing trend towards looking at the legal relationship between host States and foreign investors in more symmetrical terms. [...] it appears appropriate [...] to base such an assessment on the general principles of proportionality, reciprocity and good faith in more symmetrical terms than so far interpreted and applied in investment arbitration (i.e. also considering the conduct of foreign investors and the legitimate expectations of host States about it)".

⁷⁴² I lodi ICSID *Continental* e *El Paso* evidenziano l'importanza di una interpretazione che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto. *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9. Award, 5 settembre 2008, cfr. par. 255: "[...] the content of the obligation incumbent upon the host State to treat a foreign investor in a fair and equitable manner [...] varies in part depending on the circumstances in which the standard is invoked: the concept of

attività interpretativa, ad esempio, le clausole FET possono diventare un *entry point* per lo sviluppo sostenibile.⁷⁴³ Molte decisioni utilizzano il canone di proporzionalità per capire se l'esercizio dello *State's right to regulate* sia stato o meno legittimamente esercitato, attraverso un'analisi trifasica⁷⁴⁴ di adeguatezza (come effettiva idoneità a promuovere un legittimo scopo pubblico, in grado di proteggere almeno uno dei diritti umani pertinenti al caso in esame), necessità (non devono essere disponibili misure meno restrittive con lo stesso grado di efficienza), proporzionalità *stricto sensu* tra scopo pubblico e interesse privato inciso. Quest'ultimo passaggio appare come il più critico, perché alcuni ambiti valoriali (salute, sicurezza, ambiente) sono difficili da commensurare e riducono la proporzionalità ad una “*scale without weights*”,⁷⁴⁵ sicché come canone di bilanciamento essa è in dottrina “*both promoted and contested*”.⁷⁴⁶

fairness being inherently related to keeping justice in variable factual contexts”. Nel lodo *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 ottobre 2011, cfr. par. 364: “*In sum, the Tribunal considers that FET is linked to the objective reasonable legitimate expectations of the investors and that these have to be evaluated considering all circumstances*”.

⁷⁴³ KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, ove l'Autore ritiene a p. 203 che “[a]s a general clause, fair and equitable treatment is especially apt to act as a gateway for the integration of external principles into the investment process” e a p.213 afferma che “*the integrative flexibility of fair and equitable treatment represents a crucial tool for arbitrators to take a comprehensive approach in balancing the interests of investors and host states with regard to their wider implications on sustainable development*”. Del resto, il lodo *El Paso* affermava che “*fair and equitable treatment is a standard entailing reasonableness and proportionality*”, cfr. par. 373.

⁷⁴⁴ SCHEU, *Trust Building, Balancing, and Sanctioning: Three Pillars of a Systematic Approach to Human Rights*, *ibid.*, pp. 491-495. Per un'ulteriore analisi di tale partizione trifasica, vedasi LAMPO, *L'impatto del Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: le misure di contenimento dell'epidemia come espressione del “power to regulate” dello Stato ospite*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (eds.), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione - Una prospettiva italiana*. Bologna, Dip. di scienze giuridiche, ALMA DL AMSActa, 2020, pp. 257-262.

⁷⁴⁵ CALAMITA, *The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, OUP, 2014, pp. 174-175.

⁷⁴⁶ KUBE, PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 11:1, 2016, p. 102 ove gli Autori notano che il test di proporzionalità sia tutt'altro che pacifico quanto a portata e metodo: “*The need for balancing the reasonable, regulatory discretion of host states and investor rights is widely accepted. Proportionality as the appropriate weighing methodology has been both promoted and contested. Even if the legitimate public interest has a higher weight than the individual interests of foreign investors, it remains contested whether - and to what extent - such “weighing” can justify*

Il canone di ragionevolezza può permettere l'ingresso dello sviluppo sostenibile attraverso il precedente giurisprudenziale, al quale attenersi nelle decisioni aventi ad oggetto le stesse materie o casi analoghi. Una delle critiche avanzate al sistema ISDS sta proprio nel fatto che le decisioni arbitrali appaiono spesso tra loro discordanti, non coordinate, in quanto non esiste nel diritto internazionale l'obbligo del precedente vincolante (*stare decisis*). Lo conferma l'art. 53 della Convenzione ICSID, quando afferma che il lodo è vincolante solo per le parti. Analogamente, lo Statuto CIG annesso alla Carta dell'ONU afferma all'art. 59 che “*the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”.⁷⁴⁷ L'inesistenza del precedente vincolante viene ribadita nel lodo ICSID *SGS c. Filippine*: “[...] *there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals*”.⁷⁴⁸ Sarebbe tuttavia riduttivo concludere per la completa irrilevanza del precedente come canone di logica giuridica. Analizzando la prassi arbitrale, si assiste ad un sistema basato, di fatto, sul precedente ⁷⁴⁹. È infatti invalsa la prassi, fortemente seguita sia dalle parti che dai

a reduction of compensation protected under BITs. The “proportionality” and “weighting methodologies” applied in ISDS practices are often inadequately explained. The reasons for diverging applications of the proportionality method - when compared to rights-based constitutional law systems- are sometimes unclear”. Nel *case-law*, la proporzionalità venne usata nel lodo *Tecmed*, in relazione alle misure espropriative statali, per capire esse siano state “*proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality [...]. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure*”, par. 122 del lodo; ovvero nel sopracitato lodo *El Paso* del 2011, al par. 243: “*disproportionate general regulations have the potential to be considered as expropriatory if there is a sufficient interference with the investor’s rights*”.

⁷⁴⁷ United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 26 giugno 1945, in vigore dal 24 ottobre 1945, 3 Bevens 1179; 59 Stat. 1031; T.S. 993; 39 AJIL Supp. 215 (1945).

⁷⁴⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6. *Decision of the tribunal on objections to jurisdiction*, 29 gennaio 2004, par. 97.

⁷⁴⁹ SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2009, cfr. p. 321: “*arbitral tribunals actively produce coherent outcomes in their decision-making activity by relying increasingly on common law-type reasoning that takes into account, follows and/or*

giudici, di invocare decisioni precedenti a sostegno del proprio ragionamento giuridico. Il caso *El Paso c. Argentina* riferisce di prassi “*heavily relied on precedent*”, pur ribadendo di non esser a conoscenza dell’esistenza di alcun obbligo di *stare decisis*.⁷⁵⁰ Un passo avanti viene compiuto nel caso *Saipem c. Bangladesh* del 2007, ove il tribunale arbitrale, pur premettendo di non essere vincolato al precedente, ritiene di dover adottare soluzioni già stabilite in una serie di casi coerenti (“*a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases*”, fatti salvi impellenti motivi contrari, “*subject to compelling contrary grounds*”), ritenendo di dover contribuire con la propria logica giuridica allo sviluppo armonioso del diritto degli investimenti: “[*t*]he Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that [...] it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law”.⁷⁵¹ Nel 2005, in una *separate opinion* al lodo *Thunderbird*, l’arbitro WÄLDE ritiene che si debba rispettare, come canone di logica giuridica, una serie consolidata di precedenti (“*a consistent*

distinguishes earlier investment awards and decisions”. Dello stesso Autore, vedasi l’articolo *Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law*, in S. BESSON, J. D’ASPROMONT (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, OUP, 2017.

⁷⁵⁰ *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, decisione sulla giurisdizione, 27 aprile 2006, par. 39: “*ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of stare decisis. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent*”.

⁷⁵¹ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07. Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 marzo 2007, par. 67.

line of reasoning”), paragonabile al carattere della fonte consuetudinaria, salvo poter discostarsene in casi eccezionali, dandone motivata giustificazione.⁷⁵²

Nel 2010, nel caso *Burlington c. Ecuador*, un altro tribunale arbitrale ICSID ripeterà -quasi alla lettera- le considerazioni del caso *Saipem*, specificando di dover tenere in debita considerazione le decisioni precedenti che si siano consolidate (“*must pay due consideration to earlier decisions... established in a series of consistent cases*”) al fine di contribuire ad uno sviluppo armonioso del diritto internazionale degli investimenti.⁷⁵³ Lo stesso linguaggio viene ripetuto nel 2014 nella decisione sulla giurisdizione nel caso *Churchill Mining c. Indonesia*, laddove si afferma che: “[t]he Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. Specifically, it deems that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases”.⁷⁵⁴

Anche nel diritto del commercio internazionale, nel caso *US-Stainless Steel* del 2008, l’Organo d’appello del WTO riconobbe il valore del precedente, nel senso che “*absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case*”.⁷⁵⁵ Per tale via, il precedente diventa uno standard di riferimento, dal quale si può derogare solo per fatti o

⁷⁵² *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL. Separate Opinion of Prof. T.W. WÄLDE, 1 dicembre 2005, cfr. par. 16: “*While individual arbitral awards by themselves do not as yet constitute a binding precedent, a consistent line of reasoning developing a principle and a particular interpretation of specific treaty obligations should be respected; if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected. A deviation from well and firmly established jurisprudence requires an extensively reasoned justification*”.

⁷⁵³ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Jurisdiction, 2 giugno 2010, cfr. par. 100: (“*it [the tribunal] must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. The majority believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that [...] it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law*”).

⁷⁵⁴ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Decision on Jurisdiction, 24 febbraio 2014, cfr. par. 85.

⁷⁵⁵ Appellate Body Report, *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, del 20 maggio 2008, par. 160.

situazioni affatto nuove o diverse, ma qualora manchino fondate e convincenti ragioni in senso contrario, un organo giudiziario risolverà la medesima questione giuridica allo stesso modo nel caso successivo. Nello stesso senso si esprime il lodo *Daimler Financial Services* del 2012, riconoscendo che i casi simili dovrebbero essere decisi allo stesso modo, a meno che esistano validi motivi per discostarsene, a seconda di quanto sia simile il caso rispetto ai precedenti, del grado con cui è emersa una giurisprudenza costante e della valutazione del tribunale sulla persuasività del ragionamento seguito.⁷⁵⁶

Uno studio compiuto nel 2017 ha dimostrato come l'arbitrato in materia di investimenti si sia evoluto nel tempo attraverso pratiche basate su precedenti: “[t]he evidence shows that the regime has evolved into a tightly networked judicial system, through precedent-based practices”⁷⁵⁷. Si tratta di uno “*stare decisis de facto*”, che consiste nel prendere in considerazione il ragionamento giuridico seguito da altri tribunali, al fine di garantire una maggiore prevedibilità e coerenza dei lodi. È indubbio che un'interpretazione costante e ripetuta nel tempo acquisti considerevole autorevolezza, mentre il discostarsene e il non tenerne conto costituirebbe una forma di interpretazione contraria ai canoni di logica giuridica e alla buona fede, ex art. 31 CVDT. Questo *stare decisis de facto* può costituire pertanto un punto di ingresso per lo sviluppo sostenibile, in modo che l'aggregazione dei lodi arbitrali che si formassero nell'interpretare gli IIAs alla luce dello sviluppo sostenibile -declinato in termini di protezione dell'ambiente, tutela dei diritti umani fondamentali, tutela della salute- potrebbe diventare utile

⁷⁵⁶ *Daimler Financial Services AG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1. Award, 22 agosto 2012, cfr. par. 52: “[...] the Tribunal acknowledges that it is a fundamental principle of the rule of law that “‘like cases should be decided alike,’ unless a strong reason exists to distinguish the current case from previous ones.” This latter consideration will weigh more or less heavily depending upon: a) how “like” the prior and present cases are, having regard to all relevant considerations; b) the degree to which a clear jurisprudence constante has emerged in respect of a particular legal issue; and c) the Tribunal’s independent estimation of the persuasiveness of prior tribunals’ reasoning”. Alla luce di tali criteri, il tribunale arbitrale conclude nel senso di dover tenere conto delle decisioni precedenti (“will therefore have regard for the decisions of prior tribunals in accordance with these criteria”, cfr. par. 53).

⁷⁵⁷ SWEET, GRISEL, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, OUP, 2017, cfr. p. 169.

guida per future decisioni su casi simili o in materie analoghe, rafforzando le frontiere di tutela dei diritti e forme responsabili di investimento.

5.3 Le innovazioni procedurali al sistema ISDS

La modernizzazione del diritto internazionale degli investimenti, attraverso nuove regole procedurali per le controversie ISDS, può costituire un altro punto di ingresso per lo sviluppo sostenibile, rendendo il sistema arbitrale più trasparente e partecipativo. Trasparenza, accesso alle informazioni e partecipazione possono considerarsi una prassi di adempimento del SDG 16 e vengono enunciati al principio n. 10 della Dichiarazione di Rio del 1992, ai principi n. 5 (*public participation*) e n. 6 (*good governance*) della *New Delhi Declaration* dell'ILA, nonché nel *Sofia Guiding Statement* n. 7 che li considera “*foundational to sustainable development*”, in analogia al par. 43 del documento finale *The future we want* di Rio +20 (“*essential to the promotion of sustainable development*”).⁷⁵⁸ Si tratta quindi di introdurre regole procedurali negli IIAs (dottrina di *clean hands, amici curiae, counterclaims, UNCITRAL Rules on Transparency*) per dare rilevanza, nei meccanismi ISDS, ad alcuni principi dello sviluppo sostenibile (rispetto della legalità, partecipazione, trasparenza), tesi a responsabilizzare la condotta dell'investitore e che si passerà qui ad esaminare. Secondo UNCTAD, il sistema di risoluzione delle controversie deve essere, infatti, progettato in modo da produrre risultati giusti e che riflettano valori sociali-chiave, attraverso un processo decisionale da parte degli organi giudiziari che sia trasparente e inclusivo,⁷⁵⁹ in modo da promuovere “*equity and fairness in exercising their judicial function*” (*Sofia Guiding Statement* n. 4).

⁷⁵⁸ Cfr. par. 43: “[w]e underscore that broad public participation and access to information and judicial and administrative proceedings are essential to the promotion of sustainable development”.

⁷⁵⁹ UNCTAD, *Reforming investment dispute settlement: a stocktaking*, IIA Issues Note, n.1, 2019, p. 4: “*The investment dispute settlement system must be designed to produce just outcomes that are viewed as reflecting key societal values. Transparent and inclusive decision-making on reform as*

5.3.1 Il requisito di *clean hands* e le clausole di legalità

Il requisito di *clean hands*, elaborato in seno alla *common law*,⁷⁶⁰ si traduce nel valorizzare l'importanza della buona fede nel contegno processuale delle parti. L'investitore dovrebbe avvalersi della clausola ISDS solo se è in buona fede, senza abusare di tale strumento e senza aver commesso atti fraudolenti, corruttivi o *contra legem* nell'Host State. Il lodo ICSID *Inceysa* definisce la buona fede un "*supreme principle*" (par. 230), come "*absence of deceit and artifice during the negotiation and execution of instruments that gave rise to the investment, as well as loyalty, truth and intent to maintain the equilibrium between the reciprocal performance of the parties*" (par. 231).⁷⁶¹ Il lodo *Phoenix* considera la buona fede un "*general principle of international law*", come obbligo di comportamento onesto che le parti di una controversia devono tenere tra loro ("*deal honestly and fairly with each other, to represent their motives and purposes truthfully, and to refrain from taking unfair advantage*").⁷⁶² Il lodo *Sempra* la ritiene un "*common guiding beacon that will orient the understanding and interpretation of obligations*".⁷⁶³ Pertanto, gli Stati non possono offrire l'accesso al meccanismo ISDS agli investimenti effettuati in mala fede ("*States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in*

well as cross-fertilization and coordination between different processes, such as the 2030 agenda for sustainable development, are essential in this regard".

⁷⁶⁰ CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol.1, Milano, ed. Giuffrè, 1982, p. 536.

⁷⁶¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26. Award, 2 agosto 2006, par. 231, come definizione della buona fede in ambito contrattuale.

⁷⁶² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. Award, 15 aprile 2009, par. 107: "*The principle of good faith has long been recognized in public international law, as it is also in all national legal systems. This principle requires parties 'to deal honestly and fairly with each other, to represent their motives and purposes truthfully, and to refrain from taking unfair advantage ...' This principle governs the relations between States, but also the legal rights and duties of those seeking to assert an international claim under a treaty*"; par. 109: "*The Washington Convention as well as the BIT have to be construed with due regard to the international principle of good faith*".

⁷⁶³ *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16. Award, 28 settembre 2007, par. 297.

good faith)”.⁷⁶⁴ Parafrasando la massima della giurisdizione dell’*equity* del diritto inglese, si potrebbe sostenere che “*he who comes to arbitration, must come with clean hands*”. La dottrina di *clean hands* rende scrutinabile la condotta dell’investitore come condizione di procedibilità al ricorso ISDS, quale obbligo di contegno corretto e onesto in capo all’investitore ricorrente. Il mancato rispetto della buona fede è sanzionato col difetto di giurisdizione, dovendosi il tribunale arbitrale rifiutare di dare tutela all’investitore. E’ stato in proposito notato che “[t]he most severe and efficient sanction for abusive investor conduct is dismissing the request for arbitration for lack of jurisdiction”⁷⁶⁵. Così, nel caso *Hesham Talaat c. Indonesia*, l’Host State fa notare che l’investitore è un latitante condannato per furto, corruzione e riciclaggio di denaro, reati commessi in relazione all’investimento e per tali ragioni sostiene che “*the fact that he comes to this Tribunal with ‘unclean hands’ renders his claims inadmissible*” (par. 161), operando la dottrina di *clean hands* come un “*procedural bar to his claims*” (par. 164). Il tribunale arbitrale ritiene che “*the doctrine of ‘clean hands’ renders the Claimant’s claim inadmissible*” (par. 646).⁷⁶⁶

Anche se non espressamente contemplata nel testo degli IIAs, la sanzione di inammissibilità del ricorso si può ricavare in via interpretativa, applicando la dottrina di *clean hands*. Il giudice non può concedere tutela all’investitore che si macchi di gravi comportamenti, in forza del principio “*ex dolo malo non oritur actio*” o “*nemo auditur turpitudinem suam allegans*”, che altro non sono che i

⁷⁶⁴ Cfr. par. 106: “[...] States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith. The protection of international investment arbitration cannot be granted if such protection would run contrary to the general principles of international law, among which the principle of good faith is of utmost importance”.

⁷⁶⁵ SCHEU, *Trust Building, Balancing, and Sanctioning: Three Pillars of a Systematic Approach to Human Rights*, *ibid.*, p. 498.

⁷⁶⁶ *Hesham T. M. Al Warraq v. Indonesia*, UNCITRAL. Award, 15 dicembre 2014. Il tribunale ritiene la condotta del ricorrente (un insieme di frodi bancarie e finanziarie) pregiudizievole del “*public interest*” e non meritevole di risarcimento per la violazione acclarata del FET (“*the Claimant is prevented from pursuing his claim for fair and equitable treatment*”, par. 648), condannando le parti a sopportare, per metà ciascuna, le spese della procedura arbitrale (par. 683). Per un commento al lodo, cfr. NEWCOMBE, MARCOUX, *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia: Imposing International Obligations on Foreign Investors*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 30(3), 2015.

corollari processuali della dottrina di *clean hands*. Il lodo *Inceysa* rileva infatti che “*the foreign investor cannot seek to benefit from an investment effectuated by means of one or several illegal acts and, consequently, enjoy the protection granted by the host State, such as access to international arbitration to resolve disputes, because it is evident that its act had a fraudulent origin and, as provided by the legal maxim, ‘nobody can benefit from his own fraud’*”.⁷⁶⁷ Tale sanzione processuale è frutto del principio di non contraddizione, perché nessun sistema legale può consentire alla parte che ha commesso atti illeciti, corruttivi o fraudolenti di beneficiarne.⁷⁶⁸ In altre parole, come afferma il lodo ICSID *Hamester c. Ghana* al par. 124: “[t]hese are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty”.⁷⁶⁹

Va notato che nella maggioranza degli IIAs si rinvencono due condizioni di procedibilità che l’investitore ha l’onere di rispettare, se intende attivare la procedura di arbitrato, ed entrambe si basano sulla regola della buona fede. La prima condizione consiste nell’esperire un previo tentativo di composizione bonaria della controversia con l’*Host State* (“*amicable settlement*”),⁷⁷⁰ la seconda nel rispettarne le leggi (“*legality clause*”). Quest’ultima impone di non dare

⁷⁶⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, *ibid.*, par. 242.

⁷⁶⁸ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, *ibid.*, par. 240,243, 244. In particolare, cfr. par. 243: “[...] *Inceysa acted improperly in order to be awarded the bid that made its investment possible and, therefore, it cannot be given the protection granted by the BIT. Sustaining the contrary would be to violate the aforementioned general principles of law [...]*”; par. 244: “*Allowing Inceysa to benefit from an investment made clearly in violation of the rules of the bid in which it originated would be a serious failure of the justice that this Tribunal is obligated to render. No legal system based on rational grounds allows the party that committed a chain of clearly illegal acts to benefit from them*”.

⁷⁶⁹ *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Ghana*. ICSID Case No. ARB/07/24. Award, 18 giugno 2010. Vedi anche al par. 123: “[a]n investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State’s law”.

⁷⁷⁰ Alcuni tribunali sostengono invece che il mancato rispetto del periodo (di solito, sei mesi) per un tentativo di composizione amichevole della controversia non comporti la mancanza di giurisdizione da parte del tribunale arbitrale, cfr. il lodo emesso il 24 luglio 2008 a conclusione del già citato caso *Biwater Gauff*, al par. 343 (“[...] *this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. [...] Non-compliance with the six month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding*”).

protezione, negando l'accesso al rimedio ISDS, a chi abbia realizzato l'investimento in violazione delle leggi dell'Host State, macchiandosi di *unlawful conduct*, ad esempio compiendo atti di corruzione⁷⁷¹ o calpestando i diritti umani fondamentali. In siffatti casi, vale il brocardo latino *nemo auditur turpitudinem suam allegans* e la richiesta di arbitrato andrà dichiarata inammissibile (“*dismissed*”), senza entrare nel merito della controversia.

La clausola di legalità trasfonde nei BIT la dottrina di *clean hands* sotto forma di requisito di legalità dell'investimento, usando la formula-tipo “*in accordance with the laws of the host State*”, sempre più diffusa nei moderni BIT.⁷⁷² Tale clausola subordina la protezione accordata dagli IIAs alla condotta tenuta dall'investitore, elevando l'obbligo di rispettare le leggi nazionali a livello internazionale (“*raise the obligation to comply with domestic laws to the international level*”, secondo le parole dell'*Investment Policy Framework* dell'UNCTAD del 2015), tanto che tale clausola può essere considerata, secondo TANZI, una *umbrella clause* operante all'incontrario.⁷⁷³ Nello stesso senso, DE BRABANDERE riconosce che tramite tali requisiti di legalità “*the essentially*

⁷⁷¹ ICSID Case No. ARB(AF)/07/01 *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. South Africa*. Award, 4 agosto 2010. Per la parte della decisione relativa alle spese, il tribunale arbitrale rileva che i ricorrenti abbiano a lungo taciuto, ritardandone la comunicazione agli arbitri, un tentativo di corruzione avvenuto durante il negoziato tra le parti della controversia. Un membro del *team* legale che difendeva il Sudafrica sollecitò una bustarella per sé, in cambio della propria assistenza nel convincere il governo sudafricano ad accettare la rinuncia alla lite proposta dagli investitori, senza rifusione di costi e spese legali. Il tribunale arbitrale apprezzò il comportamento del Sudafrica che, nel quantificare la propria richiesta di rifusione spese, tolse da tale somma gli emolumenti relativi al legale accusato. Il Tribunale decide applicando un principio di buona fede e correttezza: non è consentito far valere un diritto quando alla sua base si pone un'immoralità, non potendosi riconoscere gli emolumenti a chi si macchia di atti corruttivi (“*a Tribunal cannot properly order that the costs of a Party's adviser who engages in the solicitation of bribes should be recovered from the other Party*”, par.120).

⁷⁷² *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, *Decision on Jurisdiction*, 29 aprile 2004, par. 84: “*The requirement in Article 1(1) of the Ukraine-Lithuania BIT that investments be made in compliance with the laws and regulations of the host state is a common requirement in modern BITs*”.

⁷⁷³ TANZI, *The relevance of the foreign investor's good faith*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, cfr. p. 220 ove l'Autore nota come tale clausola operi “*similarly to a reverse umbrella clause, transforming breaches of domestic law into treaty breaches*”.

*domestic law obligations of the foreign investor are somehow 'internationalized'.*⁷⁷⁴

Il requisito di legalità opera in due modi, attraverso l'inserimento di una clausola specifica, o per mezzo della definizione che l'IIA fornisce di investimento protetto, in modo da considerare tali solo gli investimenti realizzati in conformità con le leggi dello Stato ospitante.⁷⁷⁵ Un esempio è fornito dal CETA che all'art. 8.1 definisce come investimento disciplinato e protetto dalle disposizioni del trattato ("*covered investment*") solo quello che sia stato realizzato, tra l'altro, "*in conformità della legislazione applicabile al momento in cui è effettuato l'investimento*". Ispirato al principio di buona fede è anche l'8.18.3 CETA, per il quale un investitore non può presentare ricorso se l'investimento è stato realizzato "*mediante inganno, occultamento, corruzione o comportamenti che costituiscono uno sviamento di procedura*".⁷⁷⁶ Leggendo l'art. 8.1 assieme all'art. 8.18.3 si

⁷⁷⁴ DE BRABANDERE, *Human Rights and Foreign Direct Investment*, in M. KRAJEWSKI, R.T. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, E. Elgar Pub., 2019, p. 619: "*there is a recent tendency in investment agreement to add so-called 'legality requirements' which imply an obligation for foreign investors to conform to and respect the domestic laws of the host state - including the applicable human rights obligations. When such clause is added in an investment agreement, the essentially domestic law obligations of the foreign investor are somehow 'internationalized' in the sense that the non-respect of the obligations in respect of human rights under domestic law may -depending on the precise formulation of the treaty- impact the admissibility of claims based on the treaty, or the existence, for the purposes of the treaty, of a covered investment*". L'Autore fa notare che tali requisiti di legalità non fanno nascere obblighi in capo agli investitori che l'Host State possa fare valere, ad esempio, con una domanda riconvenzionale: "*legality requirements as such do not contain any obligations on the part of the foreign investor -human rights obligations or other- which could form the basis of a claim from the host state against the investor*", cfr. p. 635 ove viene citato in proposito il par. 1185 del lodo ICSID *Urbaser*: "[...] *Article I(2) of the BIT, when requesting that an investment must be acquired or effected in accordance with the legislation of the country receiving the investment, relates to the definition of investments for the purposes of determining the scope of application of the BIT. It does not in itself contain an investor's obligation to comply with the host State's legislation when pursuing its investment with the effect that the host State would have a right to trigger the application of the BIT and its arbitration clause in case of a violation of its domestic law*".

⁷⁷⁵ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, *ibid.*, par. 185-6.

⁷⁷⁶ Per una definizione di abuso del processo, vedasi la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 155 del 29 settembre 2011 (c.d. *S.U. Rossi*), cfr. punto 15.2: "*l'abuso del processo consiste, dunque, in un vizio, per sviamento, della funzione; ovvero, secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione*".

ricava un onere di condotta in capo all'investitore, sanzionato con il divieto di accesso al rimedio ISDS.⁷⁷⁷

Anche in assenza di una definizione di investimento “*secundum legem*”, alla stessa conclusione si potrebbe giungere per via interpretativa. Dal momento che l'art. 25 della Convenzione ICSID non contiene una definizione di investimento, usando la formula aperta “*any legal dispute arising directly out of an investment*”, la giurisprudenza arbitrale dei tribunali ICSID ha individuato nel *Salini test* quattro elementi essenziali: l'apporto economico, la durata, il rischio ed un “*contribution to the economic development of the host State*”, quest'ultimo desunto in via sistematica dal preambolo della Convenzione ICSID che parla di “*international cooperation for economic development*”⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, MANN, *CETA and Investment: what is it about and what lies beyond?* in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investments under the CETA*, ed. Springer, Cham, 2019, pp. 350-351: “*The analysis of CETA [...] highlights the complete absence of investor obligations here, with one exception. This exception [...] does clarify the implications of the obligation of investors to make their investments in accordance with the law of the host state. [...] The consequence is that the investor is barred from access to investor-state dispute settlement as an enforcement mechanism. This is a first such direct expression that we are aware of in an IIA of an obligation on investors to make the investments in accordance with the relevant law, and a mechanism for enforcing it.*” Tutta via, subito dopo, gli Autori ammettono che si tratta di un obbligo *sui generis*, al confine con un onere, perché viene in rilievo solo in caso di proposizione di una domanda ISDS: “[a]t the same time, it must be noted that the obligations only come into play when an investor brings a claim against the host state. The host state can then respond with a defense and argue that the tribunal does not have jurisdiction in those limited instances”.

⁷⁷⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, decisione sulla giurisdizione, 16 luglio 2001, cfr. par. 52: “*In reading the [ICSID] Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition*”. In proposito, TANZI precisa che si tratta di un “*requisito fortemente dibattuto*”, ma che può essere “*ritenuto implicitamente compreso nel soddisfacimento dei primi tre requisiti*”, consistenti in un contributo economicamente rilevante all'Host State, significativa durata dell'investimento ed un rischio d'impresa. Cfr. TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, *ibid.*, pp. 556-557. Tale è la posizione assunta nel caso *L.E.S.I. S.p.A. and Astaldi S.p.A. v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, *Décision*, 12 luglio 2006, par. 72: “*Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il [un investissement] réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus*”. In senso contrario, il caso *Mitchell c. Congo* ove invece il tribunale arbitrale ritiene il contributo allo sviluppo economico un “*unquestionable criterion of the investment*”, cfr. *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, *Decision on the Application for Annulment of the Award*, 1 novembre 2006, cfr. par. 33: “*The ad hoc Committee wishes nevertheless to specify that, in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential -although not sufficient- characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution*

Da una parte, si tutelano gli investimenti con presenza vera ed effettiva nell'economia dello Stato ospite, escludendo situazioni fittizie o comunque prive di ancoraggio concreto nel tessuto produttivo locale. Dall'altra, i quattro criteri *Salini* possono fungere da porta d'ingresso per sostenere la necessità di investimenti sostenibili⁷⁷⁹. Non può pertanto considerarsi investimento tutelato quello che violi i diritti umani o procurato con frode o per mezzo di atti di corruzione, perché non contribuirebbe allo sviluppo economico dell'*Host State*.⁷⁸⁰

Il lodo *Phoenix* del 2009 fa evolvere la definizione di investimento protetto, aggiungendo ai quattro requisiti del *Salini test* quelli di legalità e buona fede ("5-assets invested in accordance with the laws of the host State; 6-assets invested bona fide", par. 114). Il lodo *Phoenix* sostiene che il requisito di legalità sia immanente ad ogni BIT, anche in assenza di una previsione espressa⁷⁸¹ e a tale proposito richiama il lodo *Plama c. Bulgaria* del 2008, relativo ad un ricorso basato sull'ECT. Il silenzio sul punto della Carta dell'Energia, che non contiene una clausola di legalità dell'investimento, non impedì al tribunale arbitrale di ritenere sussistente tale requisito.⁷⁸² In maniera efficace, il lodo *Phoenix* conclude

must always be sizable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case".

⁷⁷⁹ SAUVANT, *Promoting sustainable FDI through international investment agreements*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 251 del 6 maggio 2019, cfr. p.1.

⁷⁸⁰ SCHEU, *Trust Building, Balancing, and Sanctioning: Three Pillars of a Systematic Approach to Human Rights*, *ibid.*, p. 500: "arbitrators should come to the conclusion that when the violation of relevant human rights has such a strong negative indicative effect, the project in dispute cannot be characterized as an investment".

⁷⁸¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. Award, 15 aprile 2009, par. 101: "[i]n the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws [...] And it is the Tribunal's view that this condition -the conformity of the establishment of the investment with the national laws- is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT". Vedasi anche al par. 100: "The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments".

⁷⁸² *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24. Award, 27 agosto 2008, par. 139: "[...] the ETC does not contain a provision requiring the conformity of the Investment

affermando che “[t]he core lesson is that the purpose of the international protection through ICSID arbitration cannot be granted to investments that are made contrary to law” (par. 102). Se il lodo *Phoenix* apre ad una definizione più ampia di investimento, rendendovi immanente la buona fede ed il requisito di legalità, anche la dottrina sostiene con ACCONCI l’opportunità di una “*new conceptualization*” della definizione di investimento, in modo da farne un *entry point* per lo sviluppo sostenibile.⁷⁸³ Ne è esempio la definizione di investimento contenuta nel *BIT Nigeria-Marocco* del 2016, legata al requisito di contribuire allo sviluppo sostenibile nell’*Host State*.⁷⁸⁴

In senso analogo al lodo *Phoenix*, nel caso *Metal-Tech c. Uzbekistan* del 2013 l’*Host State* sostiene che il requisito di legalità sia immanente ed implicito in tutti i BITs, “*irrespective whether they contain a legality clause or not*” e che si possa invocare la dottrina di *clean hands* in modo che una “*significant misconduct directly related to its investment*” commessa dall’investitore (nel caso specifico, atti di corruzione) renda inammissibile il ricorso.⁷⁸⁵ Accogliendo tali argomenti, e

with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law”, par. 138; “[...] The Arbitral Tribunal concludes that the substantive protections of the ECT cannot apply to investments that are made contrary to law”.

⁷⁸³ ACCONCI, *Sustainable Development and Investment: Trends in Law-Making and Arbitration*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, pp. 317-318: “[a] new conceptualization of the issue of defining foreign investments could start from a development-friendly definition of investment, like a definition including a reference to the sustainable management of natural resources, [...]”.

⁷⁸⁴ Cfr. art.1: “Investment means an enterprise within the territory of one State established, acquired, expanded or operated, in good faith, by an investor of the other State in accordance with law of the Party in whose territory the investment is made taken together with the asset of the enterprise which contribute sustainable development of that Party and has the characteristics of an investment involving a commitment of capital or other similar resources, pending profit, risk-taking and certain duration”.

⁷⁸⁵ *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3. Award, 4 ottobre 2013, cfr. par. 110: “The requirement that investments must be made in accordance with the host State’s law is implied in BITs, [...] irrespective whether they contain a legality clause or not; [...] Alternatively, the claims should be dismissed because they are inadmissible on account of the Claimant’s unlawful conduct. Under the “clean hands” doctrine, the Claimant should not be allowed to pursue its claims because it has engaged in significant misconduct directly related to its investment”; inoltre al par. 195: “According to the Respondent, by promising to pay several individuals to obtain or influence the Government’s approval of its investment project, the

dopo aver passato in rassegna i Trattati internazionali in materia di lotta alla corruzione (parr. 290-291), il tribunale arbitrale dichiarò il proprio difetto di giurisdizione.⁷⁸⁶

Una peculiare ricostruzione del requisito di legalità si rinviene nel 2006 in due lodi coevi, emanati ad un mese uno dall'altro, *Inceysa e World Duty Free*. Essi introducono il concetto di “*transnational/international public policy*”, come insieme di norme superiori di condotta volte a preservare i valori del sistema giuridico internazionale, definite come “*an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora*” (par. 139).⁷⁸⁷

Nel caso *World Duty Free* la società investitrice era accusata di atti di corruzione,⁷⁸⁸ sotto forma di una tangente all'allora Presidente della Repubblica del Kenya per ottenere un contratto di gestione dei negozi *Duty free* negli

Claimant violated Uzbek laws on bribery as well as transnational principles and international public policy prohibiting corruption”.

⁷⁸⁶ *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, *ibid.*, par. 373: “*Uzbekistan’s consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes ‘concerning an investment.’ Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan’s consent. [...] Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute”.*

⁷⁸⁷ *World Duty Free Company Ltd. v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 25 settembre 2006. Si tratta di valori universali, desunti dall’esame di trattati ed atti di *soft law* in materia di lotta alla corruzione (parr. 143-145).

⁷⁸⁸ Per l’esame del *case-law* in materia di corruzione, vedasi SACERDOTI, *Corruption in Investment Transaction: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24(2), 2009, pp. 565-586; MENAKER, *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25(1), Spring 2010, pp. 67-75; PARTASIDES, *Proving Corruption in International Arbitration: a Balanced Standard for the Real World*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25(1), Spring 2010, pp. 47-62; MILES, *Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3(2), 2012, OUP, pp. 329-369; LLAMZON, A.P., *Corruption in international investment arbitration*, OUP, 2014; INAN, *Corruption in International Arbitration*. Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2018; BAO, *Corruption as a ‘Sword’ in Investor State Arbitrations*, in *Kluwer Arbitration Blog*, June 28, 2018, consultabile al sito web: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/28/corruption-as-a-sword-in-investor-state-arbitrations/>; BULOVSKY, *Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development*, in *Michigan Law Review*, Vol. 118(1), 2019, pp. 117-147; GREENWALD, IVERS, *Addressing corruption allegations in international arbitration*, Leiden-Boston, Brill, 2019; DEVENDRA, *State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10(2), OUP, 2019, pp. 248-287.

aeroporti di Nairobi e Mombasa. Il tribunale arbitrale dichiarò il ricorso inammissibile perché tali atti sono “*contrary to international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*” (par. 157). Il difetto di giurisdizione viene spiegato col fatto che “*the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of ex turpi causa non oritur actio*” (par. 179).

Di poco precedente è il lodo *Inceysa c. El Salvador*, ove era stata raggiunta la prova di una serie di atti fraudolenti e falsificazioni documentali da parte della società spagnola ricorrente per aggiudicarsi l’investimento in El Salvador (si trattava di una catena di officine e stazioni per il controllo delle immissioni di gas inquinanti degli autoveicoli). Il lodo specifica che “[i]nternational public policy consists of a series of fundamental principles that constitute the very essence of the State, and its essential function is to preserve the values of the international legal system against actions contrary to it”.⁷⁸⁹ L’inclusione della clausola “in conformità con la legge” nei vari BITs è una manifestazione di questa *international public policy*, che dimostra l’intenzione degli Stati di escludere dalla protezione offerta dal rimedio arbitrale gli investimenti *contra legem*.⁷⁹⁰ Il lodo considera tale *international public policy* una disposizione meta-giuridica (“*meta-positive provision*”), quasi ad unire la natura di principio generale di diritto con un obbligo etico di comportamento, e precisa che “*above any claim of an investor, there is a meta-positive provision that prohibits attributing effects to an act done illegally*”⁷⁹¹. In conseguenza, negava la propria giurisdizione sul ricorso perché

⁷⁸⁹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 agosto 2006, par. 245.

⁷⁹⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, *ibid.*, par. 246 “[...] the inclusion of the clause ‘in accordance with law’ in various BIT provisions is a clear manifestation of said international public policy, which demonstrates the clear and obvious intent of the signatory States to exclude from its protection investments made in violation of the internal laws of each of them”.

⁷⁹¹ Cfr. par. 248: “[i]t is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country. If this Tribunal declares itself competent to hear the disputes between the parties, it would completely ignore the fact that, above any claim of an

“[...] not to exclude Inceysa’s investment from the protection of the BIT would be a violation of international public policy, which this Tribunal cannot allow. Consequently, this Arbitral Tribunal decides that Inceysa’s investment is not protected by the BIT because it is contrary to international public policy” (par. 252).⁷⁹² Il riferimento all’*international public policy* è contenuto anche nel lodo *Plama c. Bulgaria*, in relazione ad una serie di dichiarazioni fraudolente per l’ottenimento di investimenti in campo energetico (raffinerie petrolifere), da cui la pronuncia del difetto di giurisdizione, con la condanna dell’investitore al pagamento di tutte le spese della procedura oltre alla rifusione di quelle di controparte, per circa 8 milioni USD.⁷⁹³

Nel caso *Fraport c. Filippine*, la società investitrice aeroportuale tedesca lamentava atti di corruzione e frode sia da parte di funzionari pubblici delle Filippine che da parte degli azionisti di controllo della sua stessa società partecipata locale, PIATCO, aggiudicataria dell’appalto per la costruzione e gestione di un nuovo *terminal* all’aeroporto internazionale di Manila. Invero, il lodo considera evidenti (*res ipsa loquitur*) le prove raccolte circa l’*“egregious behaviour”* tenuto dall’investitore (una serie di atti corruttivi) e conclude negando

investor, there is a meta-positive provision that prohibits attributing effects to an act done illegally”; par. 249: “[i]t is not possible to recognize the existence of rights arising from illegal acts, because it would violate the respect for the law which, as already indicated, is a principle of international public policy”.

⁷⁹² Conclusivamente, il lodo dichiarava il difetto di giurisdizione (par. 239: “By falsifying the facts, Inceysa violated the principle of good faith from the time it made its investment and, therefore, it did not make it in accordance with Salvadoran law. Faced with this situation, this Tribunal can only declare its incompetence to hear Inceysa’s complaint, since its investment cannot benefit from the protection of the BIT”) e condannava il ricorrente al pagamento di tutte le spese della procedura ICSID (par. 339).

⁷⁹³ *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 agosto 2008, par. 143: “[...] the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. The Tribunal is of the view that granting the ECT’s protections to Claimant’s investment would be contrary to the principle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy- that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal”; cfr. par. 325 recante il dispositivo della decisione: “[...] Claimant is not entitled to any of the substantive protections afforded by the ECT [...]. Claimant bears all fees and expenses of the Arbitral Tribunal as well as ICSID’s administrative charges, being USD 919,985 [...]. Claimant is ordered to pay Respondent USD 460,000 on account of Respondent’s advance on costs as well as USD 7,000,000 on account of Respondent’s legal fees and other costs”.

la propria giurisdizione (“[b]ecause there is no ‘investment in accordance with law’, the Tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae*”, par. 401).⁷⁹⁴

In altri lodi arbitrali è stato notato come la corruzione possa giustificare la pronuncia di invalidità di un contratto ⁷⁹⁵ o comportare una diminuzione della liquidazione dei costi sostenuti dalle parti in lite.⁷⁹⁶

La *clean hands* richiede un comportamento in buona fede delle parti che si traduce anche censurando ricorsi giuridicamente infondati o pretestuosi (*frivolous*

⁷⁹⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 agosto 2007, cfr. par. 4: “Respondent has alleged that the Claimant made its investment in violation of the laws of the Philippines, in particular foreign ownership and control legislation known as the Anti-Dummy Law (the ‘ADL’)”; par. 5 “[...] the Respondent has also made allegations of fraud and corruption on the part of PIATCO shareholders, including the Claimant, as well as on the part of various Philippine public officials”; par. 184 “[...] PIATCO’s controlling shareholder took ‘kickbacks’ and received ‘under-the-table’ payments”; par. 397: “In this case, the comportment of the foreign investor, as is clear from its own records, was egregious and cannot benefit from presumptions which might ordinarily operate in favour of the investor”; par. 399: “Even assuming, however, that the ‘preponderance of evidence’ test which applies in civil law must yield in the instant case to a ‘beyond a reasonable doubt’ test because the subject of the ‘in accordance’ inquiry is a Philippine criminal statute, this is a case in which *res ipsa loquitur*. The relevant facts, all of which are found in Fraport’s own documents, are incontrovertible”; par. 401: “Fraport knowingly and intentionally circumvented the ADL by means of secret shareholder agreements. As a consequence, it cannot claim to have made an investment ‘in accordance with law’”; par. 406: “[...] declare that the Centre does not have jurisdiction to hear this dispute”.

⁷⁹⁵ *Wena Hotels Ltd. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4. Decisione del 5 febbraio 2002 sull’annullamento del lodo arbitrale, cfr. par. 47: “The Applicant [l’Egitto, quale Host State] invokes three specific areas in which the Tribunal exceeded its powers as a consequence of not applying Egyptian law. The first concerns the validity of the leases in connection with an alleged incident of corruption or conflict of interest in the person of Mr. Kandil who was consulting Wena [Wena Hotels Limited, la società investitrice ricorrente, di nazionalità inglese, in cui favore il lodo si era pronunciato] while he acted also as Chairman of EHC. While such improper influence can invalidate the lease agreements under Egyptian law, or for the matter of corruption also under international law, such unlawful act has to be proved. The Tribunal did not consider that there was sufficient evidence to prove such a claim”.

⁷⁹⁶ Così avvenne nel caso ICSID *Foresti c. Sudafrica*, ove il tribunale rilevò che gli investitori ricorrenti avessero a lungo taciuto un tentativo di corruzione avvenuto durante il negoziato con l’Host State per una soluzione stragiudiziale della lite. Un membro del *team* legale che difendeva il Sudafrica sollecitò una bustarella per sé, in cambio della propria assistenza nel convincere gli investitori ad accettare la rinuncia alla lite, senza rifusione di costi e spese legali. Il Tribunale apprezzò invece il comportamento del Sudafrica che, nel quantificare la propria richiesta di rifusione spese, “*very correctly and wisely*” tolse da tale somma gli emolumenti relativi al legale accusato. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*: non è consentito far valere un diritto quando alla sua base si pone un’immoralità, e quindi il tribunale arbitrale non può riconoscere gli emolumenti a chi si macchia di atti corrottivi (“[a] Tribunal cannot properly order that the costs of a Party’s adviser who engages in the solicitation of bribes should be recovered from the other Party”, par. 120 del lodo). Anche in forza di tali aspetti, il tribunale condannò gli investitori alla rifusione parziale delle spese sofferte dall’Host State, pari a 400.000 Euro (par. 133).

claims). In simili casi, il CETA permette al convenuto di sollevare un'eccezione volta a dimostrare che la domanda del ricorrente è manifestamente priva di valore giuridico (art. 8.32) o giuridicamente infondata (art. 8.33), sulla quale il tribunale emanerà una decisione motivata.⁷⁹⁷ In modo analogo dispongono l'IPA UE-Singapore (domande manifestamente infondate, art. 3.14; domande giuridicamente infondate, art. 3.15) e l'IPA UE-Vietnam (eccezioni di manifesta infondatezza della domanda all'art. 3.44 o di infondatezza giuridica, art. 3.45). Una disposizione simile è contenuta nella Regola arbitrale 41.5 dell'ICSID, relativa alle *preliminary objections*, che permette alla parte di eccepire che “*a claim is manifestly without legal merit*”. Va ricordato anche l'art. 35 comma 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in base al quale la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale se lo ritiene “*incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo*”.⁷⁹⁸

Un esempio di mala fede nella condotta dell'investitore è il caso ICSID *Azinian*, ove il tribunale arbitrale respinse il ricorso degli investitori, cittadini statunitensi che avevano dissimulato lo stato di bancarotta della propria società

⁷⁹⁷ Inoltre, il CETA adotta, per scoraggiare ricorsi infondati o pretestuosi, il principio “*loser pays*” in ordine alla condanna alle spese della parte soccombente (art.8.39.5: “*Il tribunale condanna la parte soccombente della controversia al pagamento delle spese del procedimento. In casi eccezionali il tribunale può ripartire le spese tra le parti della controversia qualora tale ripartizione appaia giustificata dalle circostanze della domanda*”). Si tratta di una disposizione innovativa rispetto ai tradizionali sistemi ISDS, nei quali la parte vincitrice è comunque tenuta a pagare le proprie spese legali per la procedura arbitrale. NYER, *The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*, in *Journal of International Arbitration* Vol. 32, Wolters Kluwer, 2015, cfr. p. 709: “[t]he explicit adoption by CETA of the “*loser pays*” principle is, to the author’s knowledge, unique in investment treaties. The principle may further deter frivolous claims. In contrast to commercial arbitration proceedings, the traditional approach in investment arbitration has been for each party to bear its own costs of legal representation. While costs awards are becoming more frequent, there has been a perception that such orders are rarely made against unsuccessful claimants and in favor of respondent states”. PANTALEO, *Investment Disputes under CETA: from Gold Standards to Best Practices?*, in *European Business Law Review*, Vol. 28(2), Wolters Kluwer, 2017, cfr. p. 174: “[a]rticle 8.39 CETA [...] it adopts the ‘*loser pays*’ maxim as a general principle for the allocation of costs, thus reducing the risk of vexatious litigation”. Non possono essere riconosciuti risarcimenti di carattere punitivo (art. 8.39.4 CETA).

⁷⁹⁸ Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, fatta a Roma, 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953.

pur di aggiudicarsi un appalto in Messico.⁷⁹⁹ Nei due casi ICSID del 2009, *Europe Cement*⁸⁰⁰ e *Cementownia*,⁸⁰¹ viene in rilievo l'abuso del processo da parte di chi, fingendosi con artifizii e raggiri investitore straniero, mirava ad ottenere lucrosi risarcimenti abusando dell'arbitrato internazionale (*"the Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration; it purported to be an investor when it knew that this was not the case"*).⁸⁰² I tribunali arbitrali possono

⁷⁹⁹ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2. Award, 1 novembre 1999. Gli investitori avevano spacciato la loro attività per florida e con pluriennale esperienza al Consiglio comunale (*Ayuntamiento*) di Naucalpan, una popolosa città della cintura urbana della capitale Mexico City, in modo da ottenere la concessione decennale per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani (*"The Naucalpan authorities thus entrusted a public service to foreign individuals whom they were falsely led to believe were part of an experienced concern possessed of financial and technological resources adequate for the job"*, par. 31). Per tali ragioni, il tribunale si rifiutò di accogliere le difese dei ricorrenti (*"The Claimants obviously cannot legitimately defend themselves by saying that the Ayuntamiento should not have believed statements that were so unreasonably optimistic as to be fraudulent"*, par. 108), decidendo in favore dell'Host State (par. 128).

⁸⁰⁰ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2. Award, 13 agosto 2009.

⁸⁰¹ *Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2. Award, 17 settembre 2009.

⁸⁰² *Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v. Turkey*, *ibid.*, par. 158: *"[...]. In the case at hand, the Claimant is manifestly responsible for several procedural incidents: - It has filed a Request for Arbitration under an important international treaty framework and pursued it for two and a half years without being an investor [...]. - The arbitration proceeding and its schedule have been considerably delayed upon several requests of the Claimant [...]. - Meanwhile, Cementownia has sold virtually all of its operating assets and has gone out of business [...]"*. Il tribunale concludeva la lunga lista di addebiti elencati al par. 158 ritenendo che *"In light of all the above-stated considerations, the Arbitral Tribunal is of the opinion that the Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration; it purported to be an investor when it knew that this was not the case. This constitutes indeed an abuse of process. In addition, the Claimant is guilty of procedural misconduct: once the arbitration proceeding was commenced, it has caused excessive delays and thereby increased the costs of the arbitration"* (par. 159). Le due società polacche, in realtà controllate dalla stessa famiglia turca, avevano fatto ricorso contro il governo turco in base all'ECT per alcune revoche governative di licenze e concessioni relative al mercato dell'energia elettrica nell'Host State. La Turchia eccepì che i due ricorsi fossero stati orchestrati da cittadini turchi con l'ausilio di documenti contraffatti, con frode e in mala fede (*"[...] -Turkish nationals have used Cementownia as an instrument of fraud and abuse of process; [...] -Cementownia is only one part of the Uzan's family's illicit effort to use foreign corporate vehicles to assert baseless claims before a variety of international tribunals [...]"*, par. 151). Il tribunale arbitrale confermò che la società Cementownia fosse una scatola vuota (cfr. par. 158: *"The Arbitral Tribunal therefore agrees with the Respondent that Cementownia is now an empty shell the purpose of which was to pursue this arbitral proceeding without any exposure to an award of costs"*), privata dei suoi beni nel corso della causa, a sua volta intentata e portata avanti con espedienti dilatori al solo fine di ottenere risarcimenti abusando del rimedio arbitrale (*"the Claimant's claim is fraudulent and was brought in bad faith"*, par. 179) e condannò i ricorrenti al pagamento di 5,3 milioni USD in favore dell'Host State.

pertanto respingere il ricorso, anche in assenza di una specifica disposizione negli IIAs, in caso di corruzione, di ricorsi pretestuosi o temerari, invocando la dottrina della *clean hands* o il principio generale della buona fede, come forma di interpretazione degli IIAs che tenga conto del contegno dell'investitore straniero.⁸⁰³

5.3.2 L'*amicus curiae*

Un altro strumento processuale che può fungere da punto di ingresso dello sviluppo sostenibile nelle procedure ISDS è la partecipazione di soggetti terzi attraverso petizioni scritte, i c.d. *amici curiae*. Con tale termine si intende indicare chiunque, che non sia parte in causa, offra volontariamente informazioni utili al giudicante, in fatto o in diritto, per assisterlo ed aiutarlo a meglio decidere, in modo imparziale ed evitandogli errori nella decisione. Le petizioni *amici curiae* recano “*a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties*”⁸⁰⁴ e permettono al giudicante di venire a conoscenza di questioni relative allo sviluppo sostenibile che toccano l'investimento straniero (diritti umani, tutela dell'ambiente, diritti ancestrali sulla propria terra dei popoli indigeni, ecc.) ovvero di stigmatizzare la condotta tenuta dall'investitore, evidenziandone le responsabilità. Tale strumento, oltre che nelle dinamiche processuali ISDS, ha importanti implicazioni sostanziali, perché crea nuovi spazi partecipativi e forme di coinvolgimento della società civile nell'arbitrato internazionale.⁸⁰⁵ Gli *amici curiae* assicurano trasparenza e partecipazione nelle

⁸⁰³ VIÑUALES, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, in *ICSID Review*, Vol. 32(2), 2017, pp. 346-370, ove l'Autore nota a p. 368 che “*a change of mindset is necessary: one in which reliance on investment treaties is of course preserved but as part of a wider array of sources of foreign investment regulation; and one in which these different sources, including treaties, are interpreted in a more balanced manner, taking into account the degree of diligence displayed by foreign investors*”.

⁸⁰⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, UNCITRAL. Award, 8 giugno 2009, cfr. par. 286.

⁸⁰⁵ COTULA, *Democracy and International Investment Law*, in *Leiden Journal of International Law*, n. 30, Cambridge, CUP, 2017, p. 382: “*the investment regime has created new spaces for citizen engagement at the international level [...], and the growing body of amicus curiae submissions shows that these international processes provide some opportunities for citizen engagement*”.

scelte statuali, corollari dei principi 1, 10, 22 di Rio nonché dei *target* 16.6 e 16.7 del SDG 16.⁸⁰⁶

Ne è esempio il caso *Biwater c. Tanzania*,⁸⁰⁷ ove gli *amici curiae* (si trattava di cinque ONG, tra cui la canadese IISD- *International Institute for Sustainable Development*) introdussero il tema dello sviluppo sostenibile e del diritto umano all'acqua.⁸⁰⁸ Benché la società investitrice avesse smentito tali preoccupazioni (“*no environmental issues arise for determination in this case and that the arbitration raises no issues of sustainable development*”, cfr. par. 357), il tribunale ritenne di aver bisogno dell'apporto degli *amici curiae*, “*from all relevant standpoints*”, trattandosi di questioni rilevanti per la collettività e riprendendo il linguaggio del lodo *Methanex c. USA* del 2001: “*there is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. [...] There is also a broader argument [...]: the... arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive*” (cfr. par. 358).⁸⁰⁹

Gli *amici curiae* fanno la loro comparsa nel diritto internazionale degli investimenti proprio nel caso *Methanex c. USA*, ove per la prima volta un

⁸⁰⁶ COTULA, *Foreign Investment, law and sustainable development. A handbook on agriculture and extractive industries*, Natural Resource Issues, No. 31, IIED, London, 2^a ed., 2016, cfr. p. 5.

⁸⁰⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID case No. ARB/05/22. Award, 24 luglio 2008. La vertenza nasceva dall'affidamento ad una società investitrice inglese dei lavori di ammodernamento ed espansione del servizio idrico e fognario per la capitale Dar es Salaam, lavori per i quali la Tanzania aveva ottenuto dalla Banca Mondiale, dall'African Development Bank e dalla BEI (*Banca Europea per gli Investimenti*) un finanziamento di 140 milioni USD. Nel 2005 il governo tanzano revocò la concessione, sequestrò i beni della società e subentrò nella gestione del servizio idrico con un ente governativo di nuova costituzione. L'investitore iniziò un ricorso all'ICSID per espropriazione e violazione del FET.

⁸⁰⁸ Cfr. par. 379 del lodo: “[...] the Amici submit that, given the nature of the Project, the issue of investor responsibility in this case must be assessed in the context of sustainable development and human rights”.

⁸⁰⁹ Cfr. par. 358: “[...] the Arbitral Tribunal did not accept BGT's [Biwater Gauff (Tanzania) Limited] position. [...] It was therefore not inappropriate that the arbitral process permit some participation of interested non-disputing parties. It was also important that the Arbitral Tribunal be provided with information and submissions on the issues in dispute from all relevant standpoints. To this end, the Arbitral Tribunal respectfully adopted the words of the Arbitral Tribunal in *Methanex v. United States of America*, [...]”.

tribunale arbitrale accettò la petizione scritta presentata da alcune ONG, preoccupandosi che “*proceedings are perceived to be transparent rather than secretive*”.⁸¹⁰ Analoga petizione *amici curiae* viene accolta nel 2005 nel caso ICSID *Suez c. Argentina*, attraverso una motivazione lungimirante, ispirata anch'essa da esigenze di trasparenza ed apertura all'opinione pubblica sul funzionamento dell'ICSID (“*[p]ublic acceptance of the legitimacy of international arbitral processes [...] is strengthened by increased openness and increased knowledge as to how these processes function*”).⁸¹¹

Nel 2006 si arrivò all'istituzionalizzazione degli *amici curiae* nel sistema ICSID, introducendoli all'art. 37(2) delle *Arbitration Rules*.⁸¹² Questo articolo prevede cinque requisiti, in forza dei quali il contributo offerto dall'*amicus curiae* deve essere: 1) *utiliter datum*, fornendo al tribunale elementi di fatto e di diritto utili (“*would assist the Tribunal*”); 2) innovativo, recando un *quid novi* rispetto a

⁸¹⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as ‘*amici curiae*’, 15 gennaio 2001, cfr. parr. 52-53. Si trattava di un contenzioso attivato da una società canadese produttrice di metanolo, in base al Cap. XI del NAFTA ed amministrato dalle regole arbitrali UNCITRAL. Lo Stato della California aveva infatti messo al bando la produzione di un additivo per benzina, il MTBE, di cui il metanolo era il principale componente e per la cui produzione la società aveva investito negli USA. Il composto MTBE si era infatti rivelato, in base a studi scientifici, fortemente inquinante delle falde acquifere. In ambito WTO, la prima comparsa degli *amici curiae* risale invece al già citato caso *US-Shrimp* del 1998.

⁸¹¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19. Order in response to a petition for participation as *amicus curiae*, 19 maggio 2005, cfr. par. 22: “*The acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor-state arbitration. Public acceptance of the legitimacy of international arbitral processes, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openness and increased knowledge as to how these processes function. It is this imperative that has led to increased transparency in the arbitral processes of the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement. Through the participation of appropriate representatives of civil society in appropriate cases, the public will gain increased understanding of ICSID processes*”. Al par. 24 ne fornisce la seguente definizione: “[t]he purpose of amicus submissions is to help the Tribunal arrive at a correct decision by providing it with arguments, expertise, and perspectives that the parties may not have provided [...]”. Non altrettanto lungimirante fu la decisione coeva nel caso *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, 21 ottobre 2005, parr. 16-18.

⁸¹² L’art. 37(2), che permette “*to file a written submission*”, non va confuso con l’art. 32(2) delle Regole arbitrali ICSID, che ammette la partecipazione alle udienze di altre persone (“*may allow other persons, besides the parties*”), purché vi consentano entrambe le parti (“*unless either party objects*”).

quanto già contenuto negli atti di causa (“*a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties*”); 3) pertinente all’oggetto della causa (“*a matter within the scope of the dispute*”); 4) sorretto da un significativo interesse (“*a significant interest in the proceeding*”, quale interesse ad agire a loro proprio, che può coincidere anche con un interesse pubblico superiore); 5) indipendente, in posizione di terzietà (“*not...unduly burden or unfairly prejudice either party*”).

Il tribunale arbitrale è sempre tenuto a consultare le parti sull’ammettere o meno gli *amici curiae* (“*after consulting both parties*”),⁸¹³ ma la decisione finale è rimessa alla sua discrezionalità e prescinde dall’assenso delle parti.⁸¹⁴

Da ultimo, nel 2013, le *Rules on Transparency* dell’UNCITRAL (vedi *infra*) prevedono all’art. 4 la partecipazione dell’*amicus curiae* attraverso osservazioni scritte “*regarding a matter within the scope of the dispute*”.

Se lo strumento dell’*amicus curiae* appare oggi codificato, resta il fatto che nessuna disposizione obbliga i tribunali arbitrali ad accogliere né a tener conto ai fini della decisione delle osservazioni formulate dagli *amici curiae*, restando liberi sull’uso che intendono farne.⁸¹⁵ Così, nel caso *Pac Rim c. El Salvador*, l’*Host State* aveva revocato una concessione mineraria a causa dell’elevato impatto

⁸¹³ L’art. 37(2) delle Regole arbitrali ICSID così stabilisce: “After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “*non-disputing party*”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission”.

⁸¹⁴ MANJIAO, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*. London-New York, ed. Routledge, 2017, p. 132.

⁸¹⁵ COTULA, *Democracy and International Investment Law*, *ibid.*, cfr. p. 379: “[...] *arbitral tribunals enjoy considerable discretion in deciding whether to accept amicus curiae submissions, and what use, if any, to make of the arguments contained therein. Further, there is no systematic evidence of the difference, if any, that the submissions make to the outcomes of arbitration*”.

sull'ambiente e sulle risorse idriche dell'area interessata. Il tribunale arbitrale accettò le allegazioni scritte dell'*amicus curiae* (CIEL, *Center for International Environmental Law*) che confermavano l'impatto ambientale della miniera sulle comunità locali, ma al momento della decisione non ne tenne conto, ritenendo che “*the Tribunal’s decisions in this Award do not require the Tribunal specifically to consider the legal case advanced by CIEL: and, in the circumstances, it would be inappropriate for the Tribunal to do so*”.⁸¹⁶

Un altro esempio è la decisione di escludere gli *amici curiae* nel 2012 da parte di un tribunale dell'ICSID nel caso *Border Timbers* contro lo Zimbabwe.⁸¹⁷ La partecipazione della ONG *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) e di quattro comunità indigene dei popoli Chikukwa, Ngorima, Chinyai e Nyaruwache che reclamavano l'occupazione delle loro terre ancestrali, venne negata sotto un duplice punto di vista. Per le considerazioni di ordine sostanziale, il tribunale arbitrale sostenne l'estraneità dell'ambito dei diritti umani dal diritto internazionale degli investimenti (vedi *supra*, Cap. III), mentre dal

⁸¹⁶ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12. Award, 14 ottobre 2016, par. 3.30.

⁸¹⁷ La società *Border Timbers Ltd.* apparteneva alla famiglia *Von Pezold*, di doppia cittadinanza tedesca e svizzera, che nel 1988 avvalendosi dei BITS conclusi rispettivamente dalla Germania e dalla Svizzera con lo Zimbabwe, acquistò migliaia di ettari di terra nel paese. Le riforme agrarie volute nel 2005 dal Presidente Mugabe, definite dai difensori del ricorrente un “*racially discriminatory land reform program*” (cfr. l'articolo “*Steptoe Defeats Zimbabwe in Long-Running Land Dispute*” del 26 novembre 2018, reperibile al sito web <https://www.steptoelaw.com/>), scoraggiarono l'acquisizione di terre da parte dei bianchi, prevedendone l'espropriazione senza compensazione. Nella causa principale radicata all'ICSID (*Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15. Award, 28 luglio 2015), la famiglia von Pezold ottenne vittoria nel 2015, con l'ordine del tribunale allo Zimbabwe di restituire tutte le terre tolte. La possibilità per un tribunale dell'ICSID di ordinare rimedi non pecuniari era già stata affrontata nel 2008 in senso positivo nel lodo *Micula v. Romania* (*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*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 settembre 2008), par. 166: “*Under the ICSID Convention, a tribunal has the power to order pecuniary or non-pecuniary remedies, including restitution, i.e., re-establishing the situation which existed before a wrongful act was committed*”. Per un commento, GREENBERG, *ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms*, in *IISD Investment Treaty News*, 16 maggio 2016, cfr. <https://www.iisd.org/>.

punto di vista processuale ritenne mancanti i requisiti di indipendenza, terzietà e professionalità degli *amici curiae*.⁸¹⁸

Il caso *Foresti* del 2010 costituisce un precedente interessante sulla partecipazione all'arbitrato di soggetti terzi, estranei al contendere (*non-disputing parties*, NDPs) e sull'introduzione di innovative formule procedurali per tener conto del loro contributo.⁸¹⁹ Permettendo la presentazione di osservazioni scritte,⁸²⁰ il tribunale assicurò agli NDPs l'accesso e la conoscenza dei principali documenti di causa. L'accesso documentale è un fattore *enabler* perché mette i terzi in grado di fornire informazioni e contributi più mirati, grazie ad una adeguata cognizione dello stato degli atti ("*NDP participation is intended to enable NDPs to give useful information*", par. 28 del lodo). Poiché la procedura

⁸¹⁸ EULER, GEHRING, SCHERER, *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 155-156: i capi delle comunità indigene erano nominati dallo stesso Presidente della Repubblica e supportavano nei fatti la politica dell'Host State nell'invasione delle terre dei coloni bianchi, mentre per quanto riguarda la ONG europea il tribunale arbitrale ritenne che non avesse la necessaria *expertise* in materia, né un significativo interesse al caso.

⁸¹⁹ *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01. Award, 4 agosto 2010. Con la fine del regime di apartheid nel 1994, il Governo sudafricano approvò nuove leggi (*Black Economic Empowerment*, BEE) volte ad eliminare gli squilibri socio-economici causati dalla segregazione razziale, allo scopo di permettere una più equa redistribuzione delle ricchezze del Paese a favore degli "*historically disadvantaged South Africans*" (HDSAs). Nel 2004 entrava in vigore il "*Mineral and Petroleum Resources Development Act*" (MPRDA) in sostituzione del "*Mineral Rights Act*" risalente al 1991 e veniva approvata una *Mining Charter* con il coinvolgimento delle principali parti sociali del settore minerario. Con tali strumenti, il Sudafrica stabiliva un nuovo sistema di concessioni pubbliche, in forza del quale le società minerarie dovevano disinvestire parte del loro capitale, pari al 26% delle proprie azioni, trasferendole agli HDSAs (cfr. par. 56 del lodo). A causa di tale cambio di legislazione, alcuni investitori italiani ed una società lussemburghese ritennero di aver subito una ingiusta espropriazione delle concessioni minerarie ottenute sotto l'*apartheid* e nel 2006 fecero ricorso all'ICSID. Dal punto di vista extra-legale, si potrebbe discutere se fosse moralmente giusto che investitori stranieri si opponessero ad una legislazione tesa a promuovere l'affrancamento sociale ed economico, in una fase storica di cruciale passaggio verso l'affermarsi dei diritti umani in Sudafrica. Dal punto di vista giuridico, le società ricorrenti si sono avvalse della vigenza dei due BIT con il Sudafrica, conclusi rispettivamente dall'Italia nel 1997 e dal Lussemburgo nel 1998. Gli investitori consideravano la nuova legislazione del Sudafrica come una violazione degli obblighi di protezione contenuti nei due BIT (espropriazione e clausola FET). L'Host State difendeva il proprio *right to regulate*, dal momento che tale nuova legislazione aveva lo scopo di "*ameliorating the disenfranchisement of HDSAs and other negative social effects caused by apartheid [...], reducing the economically harmful concentration of mineral rights [...], and protecting the environment and the communities living in the vicinity of mining operations*" (cfr. par. 69). Il tribunale arbitrale non arrivò a decidere nel merito la lite, essendosi questa estinta per rinuncia di entrambe le parti al processo.

⁸²⁰ Si trattava di quattro ONG ed una associazione internazionale, la *International Commission of Jurists*, competenti in materia di diritti umani.

amicus curiae era all'epoca nuova nel panorama delle decisioni ICSID e veniva testata in uno dei primi casi (“*in view of the novelty of the NDP procedure*”, par. 29), il collegio arbitrale introduce inedite misure partecipative a favore degli NDPs. Così, viene richiesto sia alle parti che ai terzi NDPs brevi commenti sulla correttezza e sull'efficacia delle procedure adottate per la partecipazione degli NDPs stessi.⁸²¹ Il tribunale arbitrale si impegna inoltre ad includere un'apposita sezione nella decisione finale, ove riportare le opinioni espresse circa la “*fairness and efficacy*” della partecipazione dei NDPs e sulle *lesson learned* che se ne possono trarre.⁸²²

5.3.3 Le counterclaims

Tra gli strumenti processuali utili per introdurre nel giudizio i temi dello sviluppo sostenibile vi è la c.d. *counterclaim*, ovvero la possibilità per l'*Host State* di proporre una domanda riconvenzionale contro l'investitore ricorrente, tesa al risarcimento del danno per l'*illegal behaviour* da esso tenuto.⁸²³ Si tratta di uno strumento con cui l'*Host State* può far valere la violazione di obblighi e responsabilità da parte degli investitori, permettendo di dare una maggiore simmetria processuale al sistema ISDS, in quanto toglie agli investitori il

⁸²¹ WHITSITT, *An ICSID Tribunal Introduces Innovative Steps Into Non-Disputing Party Procedure*, in *IISD website reports*, 2009, cfr. <https://www.iisd.org/itm/2009/10/10/an-icsid-tribunal-introduces-innovative-steps-into-non-disputing-party-procedure/>.

⁸²² Col primo aspetto, si promuove un parere sulla “*fairness and effectiveness*” delle procedure adottate per la partecipazione dei terzi NDPs, cioè sulla correttezza ed efficacia del processo (“*where there is NDP participation, the Tribunal must ensure that it is both effective and compatible with the rights of the Parties and the fairness and efficiency of the arbitral process*”, par. 28). Il secondo aspetto, quello di “*lessons learned*”, con il compito di registrare nel lodo le opinioni espresse dalle parti e dai terzi, serve come *feedback*, per trarne utili indicazioni in futuri giudizi. A tale scopo, è prevista la pubblicazione della sentenza, e con essa la sezione dedicata alle opinioni espresse “*so that others might benefit from the experience*” (par. 29). Tali misure partecipative innovano all'insegna dei principi di correttezza ed efficienza, resi più volte nel testo coi termini “*fairness and efficiency*” (par. 28), “*fairness and effectiveness*” e “*fairness and efficacy*” (par. 29). Il tribunale arbitrale, attraverso l'adozione di tali misure partecipative, si è dimostrato capace di compiere scelte innovative ed in controtendenza rispetto alle esigenze di segretezza e *confidentiality* delle procedure arbitrali, sovente oggetto di critiche che paragonano tali collegi arbitrali a “*secret courts*”, come visto al Cap. III.

⁸²³ WAIBEL, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*. University of Cambridge, Faculty of Law Research Paper No. 9/2014, cfr. <https://ssrn.com/abstract=2391789>.

monopolio della domanda⁸²⁴ e li fa soggiacere al rischio di subirla a loro volta. Una *counterclaim* (contro-domanda o domanda riconvenzionale) dell'*Host State* può essere definita come “*a reaction to the main claim memorial filed by Claimants as it refers to the same dispute*” (cfr. par. 1138 del lodo *Urbaser c. Argentina*)⁸²⁵. La Convenzione ICSID regola il *counterclaim* all'art. 46 e nelle *ICSID Arbitration Rules*, richiedendosi il consenso delle parti ed un collegamento con l'oggetto del ricorso (“*arising directly out of the subject-matter of the dispute*”).⁸²⁶ In senso analogo dispone l'art. 19.3 delle regole arbitrali UNCITRAL: “[*i*n his statement of defence, [...] the respondent may make a counter-claim arising out of the same contract or rely on a claim arising out of the same contract for the purpose of a set-off”. Deve quindi sussistere una “*close connexion*” tra la *primary claim* e la domanda riconvenzionale, come conferma l'analisi svolta dal lodo *Saluka* che mette a confronto l'art. 19.3 delle regole arbitrali UNCITRAL, l'art. 46 della Convenzione ICSID e l'art. 2.1 dell'*Iran-US Claims Settlement Declaration*. Da tale esame, il lodo enuclea un “*general legal principle*”, in base al quale la domanda riconvenzionale deve costituire “*an indivisible whole with the primary claim asserted by the Claimant*”.⁸²⁷

⁸²⁴ GRILLER, OBWEXER, VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA*, Oxford, OUP, 2017, cfr. p. 93, ove l'asimmetria dei BITs nasce dal fatto che “*international investment law provides a cause of action for investors against states to protect investments in a host state, but does not provide a cause of action for host states against investors, and generally refutes attempts by states to bring counterclaims against investors*”.

⁸²⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26. Award, 8 dicembre 2016.

⁸²⁶ Cfr. art. 46: “*Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre*”. Quanto alle *ICSID Arbitration Rules*, in vigore dal 10 aprile 2006, cfr. Rule n. 40, “*Ancillary Claims*”, comma 1: “*Except as the parties otherwise agree, a party may present an incidental or additional claim or counter-claim arising directly out of the subject-matter of the dispute, provided that such ancillary claim is within the scope of the consent of the parties and is otherwise within the jurisdiction of the Centre*”, che riprende i tre requisiti dell'art. 46 Conv. ICSID.

⁸²⁷ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL. Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 maggio 2004, che pur alla fine negando la propria giurisdizione sul *counterclaim* dell'*Host State*, così elabora al par. 76: “[...] *all reflect essentially the same requirement: the counterclaim must arise out of the “same contract” (UNCITRAL Rules, Article 19.3), or must arise “directly out of an investment” and “directly out of the subject-matter*

Nel caso *Urbaser*, gli investitori ritengono che le domande riconvenzionali non possano essere presentate dall'*Host State* in base al BIT perché l'ammettere un "*right to counterclaim*" sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dei BITs stessi, menomando la loro ragion d'essere, vale a dire la protezione accordata all'investitore e agli investimenti: "*investment Treaties do not impose obligations upon investors and, accordingly, that host States cannot rely on the violation of the provision of any such Treaty as basis to sue an investor. Such a right to claim would run counter to the object and purpose of treaty arbitration, which is to grant the investors a one-sided right of quasi-judicial review of national regulatory action*" (par. 1120).⁸²⁸ Invero, l'*Host State* può presentare una domanda riconvenzionale solo nei casi in cui sia intervenuto l'accordo delle parti ex art. 46 Convenzione ICSID ("*except as the parties otherwise agree*"), oppure quando sia lo stesso BIT a permetterla ⁸²⁹, anche in modo implicito attraverso un *broad wording* sulle modalità di utilizzo della clausola ISDS.⁸³⁰ Quest'ultima

of the dispute" (ICSID, Articles 25(1) and 46), or must arise "out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of [the primary] claims" (Article II(1) of the Claims Settlement Declaration). The Tribunal is satisfied that those provisions [...] reflect a general legal principle as to the nature of the close connection which a counterclaim must have with the primary claim if a tribunal with jurisdiction over the primary claim is to have jurisdiction also over the counterclaim"; par. 79: "an indivisible whole' with the primary claim asserted by the Claimant, or as invoking obligations which share with the primary claim 'a common origin, identical sources, and an operational unity' or which were assumed for 'the accomplishment of a single goal, [so as to be] interdependent".

⁸²⁸ Cfr. par. 1120: "[c]laimants assert in the first place that the asymmetric nature of BITs prevents a State from invoking any right based on such a treaty, not even a right to submit a counterclaim against an investor. The main aim of such treaties is, indeed, to protect the investor's rights. BITs neither provide for the procedure for submission of State's counterclaims nor even mention the right of an investor to submit counterclaims. This means that investment Treaties do not impose obligations upon investors and, accordingly, that host States cannot rely on the violation of the provision of any such Treaty as basis to sue an investor. Such a right to claim would run counter to the object and purpose of treaty arbitration, which is to grant the investors a one-sided right of quasi-judicial review of national regulatory action"; par. 1141: "[c]laimants acknowledge the right of States to file counterclaims under the ICSID Convention, but they contend that such right cannot be exercised when a State is sued under a BIT".

⁸²⁹ Ne è esempio il *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), che prevede le *counterclaims* all'art. 9.19.2: "[...] the respondent may make a counterclaim in connection with the factual and legal basis of the claim or rely on a claim for the purpose of a set off against the claimant".

⁸³⁰ BRIERCLIFFE, *Holding investors to account for human rights violations through counterclaims in investment treaty arbitration*, in *Allen & Overy LLP website*, 30 gennaio 2017, in cui l'Autore così conclude: "it is notable that the tribunal was only able to entertain

evenienza si era verificata nel caso *Urbaser*, dove il testo del *BIT Spagna-Argentina* del 1991 permetteva ad entrambe le parti di fare ricorso (“*makes provision for either party being the claimant*”, par. 1125).⁸³¹ E’ quindi sulla base del BIT che il tribunale arbitrale ha ritenuto ammissibile la domanda riconvenzionale dell’Argentina,⁸³² con la quale si faceva valere l’obbligo di rispetto dei diritti umani da parte degli investitori, in relazione al diritto umano all’acqua. Il caso *Urbaser* contiene anche un’analisi dei requisiti di ammissibilità del *counterclaim*, accogliendo il ragionamento dell’Argentina basato sull’art. 46 della Convenzione ICSID. Dopo aver verificato che ricorrevano nel caso in esame i tre requisiti elencati all’art. 46, il tribunale arbitrale ritenne di avere giurisdizione sulla domanda riconvenzionale dell’Host State⁸³³.

L’anno dopo, nel 2017, un altro tribunale arbitrale ICSID nel caso *Burlington*⁸³⁴ ritiene ammissibile la *counterclaim*, in quanto basata sull’esplicito accordo delle parti (“*[t]he Tribunal’s jurisdiction in respect of Ecuador’s counterclaims is not challenged, and rightly so. [...] it derives from an agreement*

Argentina’s counterclaim because, as discussed above, the jurisdiction clause of the specific BIT at issue was drafted broadly. Nevertheless, provided that relevant jurisdictional requirements can be satisfied, the Urbaser decision potentially paves the way for states to bring human rights-based counterclaims in investment treaty arbitration in future. This is a development relevant to both states and investors. Should states prevail in future cases, this may expose investors to financial liability”.

⁸³¹ Cfr. par. 1143 “[...] This view is confirmed in Article X(3), stating that in certain circumstances the dispute may be submitted to an international arbitral tribunal “at the request of either party to the dispute.” It results clearly from these provisions that either the investor or the host State can be a party submitting a dispute in connection with an investment to arbitration”).

⁸³² Cfr. par. 1150 “The Tribunal therefore finds that the BIT accepts a possibility for Respondent to raise a counterclaim in the instant case”; “Article X of the BIT provides for a possibility of a host State submitting a claim or a counterclaim to international arbitration”, par. 1153.

⁸³³ Cfr. par. 1135 circa la tesi dell’Argentina: “Respondent states the principle retained in Article 46 of the ICSID Convention, whereby ICSID tribunals are under an obligation to determine any counterclaim filed by a party, provided that it arises directly out of the subject-matter of the dispute, is within the scope of the consent of the parties and is otherwise within the jurisdiction of the Centre. ICSID tribunals are under an obligation to resolve such claims provided that all applicable conditions are met”; par. 1155 per la determinazione del tribunale arbitrale: “[...] the tribunal concludes that it has jurisdiction to deal with Respondent’s Counterclaim in accordance with Articles 25 and 46 of the ICSID Convention and Article X of the BIT, and that this claim is admissible to be examined on the merits”.

⁸³⁴ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Counterclaims, 7 febbraio 2017.

entered into by the Parties on 26 May 2011 [...]”, par. 60) e perché soddisfaceva le tre condizioni ex art. 46 Convenzione ICSID.⁸³⁵

L’inserimento di questo rimedio processuale nel testo degli IIAs aiuta a superare il carattere asimmetrico dell’ISDS,⁸³⁶ ma rischia di essere un’arma spuntata se non viene accompagnato dall’imposizione di responsabilità ed obblighi in capo agli investitori. Così disponeva l’*India Draft Model BIT* del 2015, dove la previsione del *right to counterclaim* per l’Host State (art. 14) era accompagnata dall’introduzione di specifici obblighi per gli investitori (anticorruzione, rispetto della legislazione nazionale dell’Host State, obblighi fiscali e di *disclosure*).⁸³⁷ L’esame dei lodi *Urbaser* e *Aven* permetterà di capire l’atteggiamento del più recente *case-law* sui presupposti sostanziali del *counterclaim*.

5.3.4 UNCITRAL Rules on Transparency

Tra i meccanismi di trasparenza e pubblicità nelle procedure ISDS si devono ricordare le regole adottate dal Gruppo di lavoro II dell’UNCITRAL, le *UNCITRAL Rules on Transparency*.⁸³⁸ Esse prevedono la pubblicazione di una

⁸³⁵ Cfr. par. 62: “[s]ince the agreement just described deals with jurisdiction over counterclaims, one must in addition refer to Article 46 of the ICSID Convention. Article 46 allows for counterclaims “arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre”. These conditions are met here [...]”.

⁸³⁶ BONFANTI, DE LUCA, *Investment and human rights: is there an elephant in the room?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 282 del 13 luglio 2020, ove gli Autori affermano a p.1 che “[p]ermittiting free-standing counterclaims [...] would contribute to rebalancing IIAs’ asymmetrical character. Such counterclaims, as opposed to defensive counterclaims, would allow tribunals to take a holistic approach to disputes, and to adjudicate, alongside countries’ breaches of IIAs, the consequences of investors’ non-compliance with human rights obligations”.

⁸³⁷ Cfr. art. 14.11(i): “A Party may initiate a counterclaim against the Investor or Investment for a breach of the obligations set out under Articles 9, 10, 11 and 12 of Chapter III of this Treaty before a tribunal established under this Article and seek as a remedy suitable declaratory relief, enforcement action or monetary compensation.” Gli artt. 9,10, 11, 12 introducono veri e propri obblighi in capo agli investitori contro la corruzione (art.9), obbligo di *disclosure* sulle proprie attività, governance e assetti finanziari (art.10), obbligo di rispetto delle norme dell’Host state in materia fiscale (art.11), e in generale della legislazione dell’Host State.

⁸³⁸ *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, adottate dal “Working Group on Arbitration and Conciliation” (WG II) l’11 luglio 2013 ed approvate dall’UNGA il 16 dicembre 2013 con Risoluzione n. 68/109.

serie di documenti della causa arbitrale (art. 3), la possibilità di presentare osservazioni scritte da parte degli *amici curiae*, purché relative all'ambito della controversia (“*regarding a matter within the scope of the dispute*”, art. 4), ed udienze pubbliche (art. 6). Tali regole si applicano automaticamente (“*on a default basis*”) ⁸³⁹ alle controversie ISDS derivanti da IIAs conclusi dopo il 1° aprile 2014, a condizione che tali IIAs prevedano l'applicazione delle *Regole Arbitrali UNCITRAL* ⁸⁴⁰ e salvo *opting-out* delle parti (“*unless the Parties to the treaty have agreed otherwise*”).⁸⁴¹

Per gli arbitrati fondati su IIAs conclusi prima del 1° aprile 2014, gli Stati parte di tali IIAs che volessero utilizzare le *Rules on Transparency* dovrebbero raggiungere, volta per volta, un accordo tra loro per poterle applicare oppure dovrebbero emendare, uno ad uno, tali IIAs per inserirvi un richiamo alle *UNCITRAL Rules on Transparency*. Per facilitare l'applicazione delle Regole, nacque l'idea di mettere a disposizione degli Stati un unico strumento in grado, come un ombrello, di coprire tutti gli IIAs conclusi prima del 1° aprile 2014. Venne così aperta alla firma nel 2015 la *Convenzione ONU sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato (Mauritius Convention)* ⁸⁴², entrata in vigore il 18 ottobre 2017. Si tratta di un trattato di uniformazione, che estende l'applicazione delle *Rules on Transparency* non solo a livello temporale (retroattivamente, per gli IIAs conclusi prima del 1° aprile 2014), ma anche a livello procedurale, potendosi applicare a qualsiasi meccanismo ISDS (“*to any*

⁸³⁹ DELI, *Transparency in the arbitral procedure*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, p. 49.

⁸⁴⁰ Queste ultime sono state emendate nel 2013 in modo da incorporare le *Rules on Transparency*. Un esempio di IIA che incorpora le Regole UNCITRAL è il CETA, all'art. 8.36.

⁸⁴¹ L'art. 1 delle Regole stabilisce che “[t]he *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (“*Rules on Transparency*”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the *UNCITRAL Arbitration Rules* pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“*treaty*”) concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty have agreed otherwise”.

⁸⁴² *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*. Il nome deriva dal fatto che è stata aperta alla firma il 17 marzo 2015 a Port Louis, Mauritius. Essa venne elaborata dal *Gruppo di Lavoro II dell'UNCITRAL su arbitrato e conciliazione* ed adottata dall'UNGA il 10 dicembre 2014 con Risoluzione A/RES/69/116.

investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules”, cfr. art. 2). La Convenzione si fonda inoltre su un approccio basato su eccezioni, teso a massimizzarne la portata. Si tratta del *negative-list approach* previsto all’art. 3, per cui le *Rules on Transparency* si applicano a tutti gli IIAs anteriori al 1° aprile 2014, a meno che non venga formulata una espressa riserva, contenente la lista degli IIAs esclusi dalla sua applicazione. Perché il meccanismo operi, occorre pertanto che sia l’*Home* che l’*Host State* abbiano ratificato la *Mauritius Convention* e che nessuno dei due abbia escluso l’IIA su cui si fonda la controversia ISDS dall’applicazione della predetta Convenzione. Essa opera quindi sulla base della reciprocità.⁸⁴³

5.4 Le frontiere di tutela dei diritti nel recente *case-law*

Occorre ora indagare in quali occasioni più recenti i principi relativi allo sviluppo sostenibile, ed in particolare il fronte di tutela dei diritti umani, siano entrati in gioco nelle dispute *Investor-State* nel diritto internazionale degli investimenti, facendo breccia nella logica decisionale. Lo sviluppo sostenibile venne citato in due sentenze, pronunciate nel 2001 e nel 2012, da due Corti sovranazionali africane, entrambe riguardanti gli investimenti petroliferi stranieri in Nigeria, per difendere il diritto umano ad un ambiente salubre, minacciato dall’inquinamento petrolifero nel delta del Niger.⁸⁴⁴

In entrambe le decisioni viene citato l’art. 24 della Carta di Banjul (*African Charter on Human and Peoples’ Rights*) che prevede la tutela dell’ambiente come diritto collettivo dei popoli (“*All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development*”), autonomo e distinto

⁸⁴³ REITH, *The New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 - Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula*, Yearbook on International Arbitration, Vol. 4, Cambridge, Intersentia Ltd., 2015, pp. 142-145.

⁸⁴⁴ Si tratta di due sentenze di condanna contro la Nigeria, a seguito dei ricorsi promossi da alcune ONG locali che denunciavano lo sfruttamento petrolifero incontrollato del delta del Niger ai danni dell’ambiente e delle condizioni di salute e di vita delle popolazioni locali, che dall’agricoltura e dalla pesca sul fiume Niger traevano le proprie fonti di sostentamento.

rispetto al diritto alla salute, sancito invece all'art. 16. La sentenza del 2001 sul caso *SERAC c. Nigeria*, emanata dalla *African Commission on Human and Peoples' Rights*, cita lo sviluppo sostenibile ribadendo che: “[t]he right to a general satisfactory environment, as guaranteed under Article 24 of the African Charter or the right to a healthy environment, as it is widely known, therefore imposes clear obligations upon a government. It requires the State to take reasonable and other measures to prevent pollution and ecological degradation, to promote conservation, and to secure an ecologically sustainable development and use of natural resources”.⁸⁴⁵

Il secondo caso, *SERAP c. Nigeria*, è stato sollevato innanzi alla Corte di Giustizia dell'ECOWAS (*Economic Community of West African States*)⁸⁴⁶ da parte della ONG nigeriana *Socio-Economic Rights and Accountability Project* (SERAP). La Corte ECOWAS sostiene che il diritto dei popoli ad un ambiente sano ex art. 24 della Carta di Banjul costituisca un preciso obbligo sia di mezzi che di risultato per gli Stati.⁸⁴⁷ Come obbligo di mezzi, ogni Stato deve adottare le misure necessarie a mantenere la qualità dell'ambiente, inteso come un tutt'uno integrato ed indivisibile (“*as an integrated whole*”, “*an indivisible whole*”), in modo che possa soddisfare lo sviluppo sostenibile dei suoi abitanti (“*[a]rticle 24 of the Charter thus requires every State to take every measure to maintain the quality of the environment understood as an integrated*

⁸⁴⁵ *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 No. 155/96, decisione del 13 ottobre 2001, par. 52, cfr. <http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/155-96.html>.

⁸⁴⁶ *SERAP v. Nigeria*, Judgment n. ECW/CCJ/JUD/18/12, General List n. ECW/CCJ/APP/08/09. ECOWAS Court of Justice, 14 dicembre 2012.

⁸⁴⁷ Cfr. par. 100: “*Thus, the duty assigned by Article 24 to each State Party to the Charter is both an obligation of attitude and an obligation of result. The environment, as emphasised by the International Court of Justice, 'is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn' (Legality of the threat or use of nuclear arms, ICJ Advisory Opinion of 8 July 2006, paragraph 28). It must be considered as an indivisible whole, comprising the 'biotic and abiotic natural resources, notably air, water, land, fauna and flora and the interaction between these same factors' (International Law Institute, Resolution of 4 September 1997, Article 1)*”.

whole, such that the state of the environment may satisfy the human beings who live there, and enhance their sustainable development”, par. 101).⁸⁴⁸

La Corte ECOWAS declina lo sviluppo sostenibile anche sotto forma di principio di partecipazione della società civile alle decisioni ambientali. La Corte infatti riconosce il diritto di agire in giudizio (*locus standi*) alla ONG SERAP, invocando l’art. 2 della Convenzione di Aarhus ⁸⁴⁹, definita al par. 58 “*a persuasive evidence of an international communis opinio juris*” tesa a permettere alle ONG l’accesso alla giustizia per la protezione dei diritti umani, nonché riconoscendo che “[t]here is a large consensus in International Law that when the issue at stake is the violation of rights of entire communities, as in the case of the damage to the environment, the access to justice should be facilitated” (cfr. par. 56).⁸⁵⁰

Nello stesso anno, nel 2012, la sentenza di un altro tribunale regionale, la Corte Interamericana dei diritti umani nel caso *Sarayaku c. Ecuador*, declina lo

⁸⁴⁸ Quanto all’obbligo di risultato, è esaminando lo stato dell’ambiente che si giudica, *ex post*, se lo Stato abbia adempiuto o meno all’obbligo di mezzi, dal momento che “*la prova dell’adempimento degli obblighi da parte dello Stato di garantire una qualità soddisfacente dell’ambiente sono le condizioni dell’ambiente stesso*”. Così CUNSOLO, *Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS), SERAP (Socio-Economic Rights and Accountability Project) v. Federal Republic of Nigeria, Judgment n. ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 December 2012*, in *Il Diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, a cura di E. Baroncini, Bononia University Press, 2018, cfr. p. 256. PINESCHI, *Un’evoluzione imperfetta nella tutela del diritto a un ambiente soddisfacente: la sentenza della Corte di giustizia dell’ECOWAS sul caso SERAP c. Nigeria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 8, Bologna, ed. Il Mulino, 2014, pp. 103-132.

⁸⁴⁹ Cfr. par. 57 della sentenza: “*Article 2 (5) of Convention of “Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matter” defines the “public concerned” with environment protection as “public affected or likely to be affected by, or having an interest in the environment decision-making for the purposes of this definition non governmental organization promoting environment and meeting requirements under national law shall be deemed to have an interest”*”; par. 58: “*Although the convention is not a binding instrument on African States, its importance, as a persuasive evidence of an international communis opinio juris in allowing NGOs to access the Courts for protection of Human Rights related to the environment, cannot be ignored or underestimated by this court [...]*”.

⁸⁵⁰ La sentenza statuisce che il governo nigeriano ha violato l’art. 1 (obbligo degli Stati parte di adottare tutte le misure per rendere effettivi i diritti contenuti nella Carta africana) e l’art. 24, condannandolo ad adottare tutte le misure necessarie a garantire il ripristino ambientale e prevenire in futuro ulteriori danni, cfr. par. 112: “*Consequently, the Court concludes and adjudges that the Federal Republic of Nigeria, [...] in respect of the continuous and unceasing damage caused to the environment in the Region of Niger Delta, has defaulted in its duties in terms of vigilance and diligence as party to the African Charter on Human and Peoples’ Rights, and has violated Articles 1 and 24 of the said instrument*”.

sviluppo sostenibile in termini di rispetto dei diritti umani dei popoli indigeni (principio n. 22 di Rio). Il ricorso venne promosso da una ONG (*Centro de Derechos Economicos y Sociales*) in rappresentanza della popolazione indigena dei Sarayaku, che viveva nella parte di foresta amazzonica colpita dalle opere di estrazione petrolifera della società investitrice argentina. La Corte ritenne l'Ecuador responsabile di aver violato, autorizzando tale concessione estrattiva, il diritto di proprietà del popolo Sarayaku, condannandolo ad un risarcimento di circa un milione di dollari e soffermandosi sull'importanza del diritto partecipativo dei popoli indigeni.⁸⁵¹ Tale diritto ad una corretta informazione e partecipazione alle decisioni è riconosciuto dalla Convenzione OIL n. 169 del 1989 sui diritti dei popoli indigeni e tribali, che all'art. 6 impone agli Stati obblighi di consultazione “*in good faith*” con l'obiettivo di “*achieving agreement or consent to the proposed measures*”.

Il principio-guida è quello di permettere ai popoli indigeni decisioni consapevoli (art. 7: “*The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy [...]*”),⁸⁵² salvaguardando il diritto di partecipare alle decisioni sulle risorse naturali del loro territorio (art 15: “*The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources*”).

In modo analogo, la Risoluzione UNDRIP dell'UNGA richiama gli Stati all'obbligo di collaborazione e di consultazione in buona fede per ottenere il “*free, prior and informed consent*” delle popolazioni indigene, prima di adottare misure

⁸⁵¹ VERRUSO, *Inter-American Court of Human Rights, Case of The Kitchwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Judgment of 27 June 2012*, in *Il Diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, a cura di E. Baroncini, B.U.P., 2018, pp. 306-317.

⁸⁵² OIL, *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adottata a Ginevra alla 76ma sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, 27 giugno 1989, in vigore dal 5 settembre 1991.

legislative, amministrative o progetti che colpiscano i loro territori di insediamento, sfruttandone le risorse (artt. 19, 32).⁸⁵³

La Corte nota che vari Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) hanno incorporato questi *standard* nella loro legislazione nazionale, mentre nei paesi che non hanno ratificato la Convenzione alcuni tribunali fanno comunque riferimento alla necessità di effettuare consultazioni preliminari con le comunità indigene. Secondo la Corte, l'obbligo di consultazione dei popoli indigeni è pertanto un principio generale di diritto internazionale (“*the obligation to consult, in addition to being a conventional standard, is also a general principle of International Law*”).⁸⁵⁴

Questa importante decisione non è riuscita a fare breccia nel lodo ICSID *Bear Creek Mining c. Perù* del 2017, che pur riguardava l'applicazione della Convenzione OIL 169, ratificata dal Perù, in relazione ad un investimento canadese per un vasto progetto di sfruttamento minerario.⁸⁵⁵ A seguito delle proteste e della sollevazione della comunità indigena degli Aymara che abitava le terre colpite dal progetto, l'*Host State* decise di revocare la concessione estrattiva,

⁸⁵³ UNGA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Res. A/RES/61/295 del 13 settembre 2007, cfr. art. 19: “*States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them*”; art.32(2): “*States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources*”.

⁸⁵⁴ Cfr. par. 164: “*Various Member States of the Organization of American States have incorporated these standards into their domestic legislation, and through their highest courts [...]. Furthermore, a number of domestic courts of the countries in the region that have ratified ILO Convention No. 169, have made reference to the right to prior consultation pursuant to the provisions of that agreement. [...] Other courts of countries that have not ratified ILO Convention No. 169 have also referred to the need to carry out prior consultations with indigenous, native or tribal communities regarding any administrative or legislative measure that directly affects them, as well as on the exploitation of natural resources in their territory. In other words, the obligation to consult, in addition to being a conventional standard, is also a general principle of International Law*”; par. 165: “*In other words, nowadays the obligation of States to carry out special and differentiated consultation processes when certain interests of indigenous peoples and communities are to be affected is an obligation that has been clearly recognized [...]*”.

⁸⁵⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21. Award, 30 novembre 2017.

provocando il ricorso all'ICSID dell'investitore che lamentava un'espropriazione indiretta. Il Perù si difese affermando che i disordini sociali erano stati causati dalla condotta della società investitrice canadese che, secondo le allegazioni degli *amici curiae*, aveva agito senza procurarsi una “*social license*”, frutto di un obbligo di consultazione e coinvolgimento dei popoli indigeni. La tesi degli *amici curiae* desume il concetto di “*social license of foreign investments*” muovendo dalla RSI, dai UNGPs e dai rilevanti strumenti di diritto internazionale a difesa dei popoli indigeni, come l'art. 32(2) UNDRIP.⁸⁵⁶ Tale prospettiva degli *amici curiae* viene sposata dall'*Host State*,⁸⁵⁷ ma non verrà esaminata nel merito dal tribunale arbitrale, che pur aveva ritenuto di poter conoscere della Convenzione OIL n. 169 ed altri rilevanti strumenti del diritto internazionale, anche se non imponevano obblighi diretti in capo alle società investitrici straniere (“*[e]ven though the concept of 'social license' is not clearly defined in international law, all relevant international instruments are clear that consultations with indigenous communities are to be made with the purpose of obtaining consent from all the relevant communities*”, par. 406; “[t]his 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”, par. 11). Fermandosi a valutare il rispetto dell'*onus probandi*, il tribunale arbitrale ritenne che l'*Host State* non fosse riuscito a fornire

⁸⁵⁶ Cfr. par. 227: “*Already in 2008 and 2011, a company was responsible for respecting all human rights and, as part of that responsibility, it had the obligation to obtain consent of the local population to its operations in order to ensure its own sustainability. Claimant knew or should have known about these human rights standards, but either ignored them or failed to put them into practice. The concept of a 'social license' is closely related to the responsibilities of business enterprises to respect human rights. For a social license to exist, there must be legitimacy, trust, and consent - none of which existed or exist with regard to the Santa Ana Project*”.

⁸⁵⁷ Cfr. par. 328 del lodo: “*Respondent urges the Tribunal to find Claimant's claims inadmissible if it were to find that Claimant lacked a social license to build and operate the Santa Ana Project because it failed to comply with international standards when designing and executing its community outreach program*”; par. 256: “*The internationally-accepted concept of the 'social license' aligns closely with the requirements under Peruvian law. It is clear that Claimant failed to comply with internationally recognized norms*”; par. 257: “*a company obtains the necessary social license if and only if it is generally accepted by the relevant communities*”; par. 258: “*Since the social license is a de facto acceptance of the Project, there are few legal standards that can be applied to it*”.

la prova dei contestati inadempimenti di *outrreach* dell'investitore (par. 411). Inoltre, l'atto di revoca della concessione fu ritenuto del tutto arbitrario (par. 458), con conseguente violazione del FET e la condanna dell'*Host State* al risarcimento del danno, pari a 18 milioni USD (par. 738). Il lodo *Bear Creek Mining*, tuttavia, cita alcune importanti considerazioni del lodo *Urbaser* del 2016, che saranno esaminate assieme a quest'ultimo e che apportano un approccio innovativo per la tutela dei diritti, per un bilanciamento tra esigenze economiche, ambientali e sociali, filo-conduttore dei lodi che si esaminano qui di seguito.

5.4.1 Il caso Iron Rhine

L'affascinante vicenda alla base del lodo arbitrale del 2005 "*Reno di ferro*", già introdotto al Capitolo II, ha origine con la proclamazione dell'indipendenza del Belgio dai Paesi Bassi (1830), consacrata nel Trattato di Separazione (1839) che prevedeva all'art. 12 un diritto di transito a favore del Belgio in territorio olandese, attraverso nuove strade o canali navigabili, in modo da collegare il porto di Anversa alla regione tedesca della Ruhr. Nel 1873 Belgio e Paesi Bassi concludono un successivo accordo, col quale sostituiscono l'originaria modalità di passaggio (strada o fiume) con una linea ferroviaria denominata *Iron Rhine*, il "*Reno di Ferro*", un'immagine che rende bene il passaggio dalla via fluviale a quella su rotaia. La ferrovia *Iron Rhine* collegò dal 1879 al 1991 il Belgio alla Germania attraversando i Paesi Bassi. Quando nel 1998 il Belgio decise di riattivare la storica linea ferroviaria, emerse che alcune aree, un tempo da essa attraversate, erano state vincolate a riserve e parchi naturali in territorio olandese. Per rispettare tali aree naturali, i lavori di ammodernamento della linea richiedevano, secondo i Paesi Bassi, idonee modalità esecutive (tunnel sotterranei, barriere antirumore, aree di silenzio per la nidificazione della fauna selvatica, ecc.), con un sensibile incremento dei costi. Non accordandosi sul loro riparto, Belgio e Paesi Bassi addivengono nel 2003 ad un accordo di arbitrato, accettando di sottoporre la lite ad un tribunale arbitrale *ad hoc*, istituito avvalendosi dei

servizi e delle strutture della Corte Permanente di Arbitrato con sede all'Aja.⁸⁵⁸ Il tribunale arbitrale affrontò dapprima il problema dell'interpretazione dell'art. 12 del Trattato di Separazione del 1839, in cui si stabiliva il diritto del Belgio a costruire, a proprie spese (“*entièrement aux frais et dépens de la Belgique*”, “*le tout sans charge aucune pour la Hollande*”), una nuova strada o un nuovo canale in territorio olandese. Tale modalità di passaggio venne poi sostituita con la costruzione della linea ferroviaria *Iron Rhine* nel Trattato del 1873, tacendo però sul riparto dei costi in caso di ammodernamento dell'opera, né prevedendo misure di tutela ambientale. Oltre un secolo più tardi, i lavori di *upgrade* della linea ferroviaria potevano considerarsi rientrare, anche se non costituivano un nuovo *opus*, nell'art. 12 e quindi i relativi costi dovevano gravare in linea di principio solo sul Belgio. Al riguardo, il tribunale arbitrale sostenne un'interpretazione evolutiva dell'art. 12, in base all'art. 31(3)(c) CVDT, invocando il principio di effettività: se si vuole assicurare al trattato una durevole applicazione (*ut res magis valeat quam pereat*), occorre attualizzarne l'oggetto e lo scopo.⁸⁵⁹ Il tribunale arbitrale fa proprie le considerazioni che otto anni prima, nel 1997, la

⁸⁵⁸ Le parti accettano altresì di avvalersi delle *Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States* messe a disposizione dalla CPA. Si tratta di un gruppo di norme volte a definire composizione e funzionamento del Tribunale arbitrale, le regole di procedura che esso seguirà, nonché il carattere vincolante della decisione e l'obbligo per le parti di darvi esecuzione.

⁸⁵⁹ Sebbene Belgio e i Paesi Bassi siano entrambi parti della CVDT, quest'ultima stabilisce all'art. 4 la propria irretroattività, e ne conseguirebbe che la Convenzione di Vienna del 1969 non si applichi al Trattato di Separazione del 1839. Tuttavia, l'art. 31 CVDT è pacificamente considerato dalla giurisprudenza come norma ricognitiva del diritto internazionale consuetudinario, come tale applicabile a tutti i trattati. Il Tribunale arbitrale ricorda anche la regola generale dell'irretroattività del diritto internazionale (*tempus regit actum*) per cui ai fatti di ieri si deve applicare il diritto all'epoca vigente (“[b]y this, regard should be had in interpreting Article XII to juridical facts as they stood in 1839”, par. 79). Al tempo stesso, il collegio giudicante ritiene che questo non significhi obliterare gli sviluppi sociali e giuridici affermatosi nel corso del tempo (“this rule does not require the Tribunal to be oblivious either to later facts that bear on the effective application of the treaty, nor indeed to all later legal developments”, par. 79). Il diritto di transito a intere spese del Belgio -in questo risiede l'oggetto e lo scopo del Trattato del 1839- viene letto alla luce delle nuove norme di diritto internazionale ambientale che si sono affermate nel corso del tempo (“It may therefore be necessary to read into Article XII, so far as the allocation of contemporary costs for upgrading is concerned, the provisions of international law as they apply today”, par. 84; “the restoration and upgrading of the line as requested by Belgium falls to be analysed by reference of Article XII of the 1839 Treaty of Separation - not because it amounts to a ‘new line’ (the Netherlands’ view) but rather because the object and purpose of the Treaty suggests an interpretation that would include within the ambit of the balance there struck new needs and developments relating to operation and capacity”, par. 221).

CIG aveva svolto nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, riferendosi ai parr. 112 e 140 della sentenza CIG, a sostegno -rispettivamente- dell'interpretazione evolutiva e dell'applicazione di nuove norme e *standard* ambientali.

Per il primo aspetto, il tribunale arbitrale ritiene che “[...] *it seems that an evolutive interpretation, which would ensure an application of the treaty that would be effective in terms of its object and purpose, will be preferred to a strict application of the intertemporal rule. Thus in the Gabčíkovo-Nagymaros case, the International Court was prepared to accept, in interpreting a treaty that predated certain recent norms of environmental law, that ‘the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law’*” (par. 80).

Per il secondo aspetto, il tribunale arbitrale ritiene di dover tenere conto delle “*new norms and standards*” affermatesi in materia di protezione dell'ambiente, come indicate al par. 140 della sentenza CIG (“*this dictum applies equally to the Iron Rhine railway*”, par. 59).⁸⁶⁰ Il tribunale arbitrale riconosce che sono emersi nuovi principi che fanno riferimento allo sviluppo sostenibile, senza peraltro indagare sulla loro natura giuridica (“*[t]he emerging principles, whatever their current status, make reference to conservation, management, notions of prevention and of sustainable development, and protection for future generations*”, par. 58). Questi nuovi principi mettono assieme, integrandoli, lo sviluppo economico e la protezione dell'ambiente (“*[i]mportantly, these emerging principles now integrate environmental protection into the development process*”, par. 59; “*economic development is to be reconciled with the protection of the environment, and, in so doing, new norms have to be taken into consideration, including when activities begun in the past are now expanded and upgraded*”, par.

⁸⁶⁰ Cfr. par. 59: “*The Tribunal would recall the observation of the International Court of Justice in the Gabčíkovo-Nagymaros case that ‘[t]his need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development’ [...]. And in that context the Court further clarified that ‘new norms have to be taken into consideration, and...new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past’ (Ibid.). In the view of the Tribunal this dictum applies equally to the Iron Rhine railway*”.

221; “[t]he reactivation of the Iron Rhine railway cannot be viewed in isolation from the environmental protection measures necessitated by the intended use of the railway line”, par. 223). Il momento caratterizzante del lodo sta nel mettere in evidenza tre importanti implicazioni dello sviluppo sostenibile:

- a) il nesso di interdipendenza tra ambiente e sviluppo (definiti come “*mutually reinforcing, integral concepts*”);
- b) il fatto che qualsiasi attività legata allo sviluppo economico debba integrare in sé la protezione dell’ambiente, come dovere di non recarvi danno (“*duty to prevent, or at least mitigate, such harm*”);
- c) tale *no-harm rule*, contenuta nel principio n. 4 di Rio, si sarebbe consolidata in norma di diritto internazionale consuetudinario.

Queste tre considerazioni vengono enunciate al par. 59 del lodo, affermando che: “[e]nvironmental law and the law on development stand not as alternatives but as *mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law*”.

Pertanto, il tribunale arbitrale conclude ritenendo che le esigenze di protezione ambientale -benché non previste né esistenti all’epoca della conclusione del Trattato del 1839- debbano venire integrate nei lavori di ammodernamento della linea *Iron Rhine*, ma che il Belgio non debba da solo sostenerne tutti i costi, mitigando con tale interpretazione evolutiva la portata dell’art. 12. Il lodo indica un riparto delle spese tra i due Paesi, dettagliato a seconda dei vari segmenti del tracciato ferroviario e dei benefici apportati ai Paesi Bassi anche dalle misure ambientali di riattivazione della *Iron Rhine* (diminuzione del traffico e maggiore sicurezza stradale, rumorosità ridotta, ecc., cfr. par. 230), attraverso un “*careful balancing*” (par. 220) in grado di riconciliare il più possibile (“*as far as possible*”,

par. 221) sviluppo economico e rispetto dell'ambiente.⁸⁶¹ In tal senso, BAETENS sostiene che “*the true value of the Iron Rhine case precisely lies in its search for the ‘right balance’ of sustainable development in its economic and environmental form*”.⁸⁶²

Due anni più tardi, nel 2007, il tema del rispetto dell'ambiente -unitamente a considerazioni di ordine culturale- emerge dal lodo ICSID *Parkerings*, senza peraltro far menzione dello sviluppo sostenibile.⁸⁶³ La Municipalità di Vilnius, città dichiarata patrimonio mondiale dell'umanità dall'UNESCO, aveva appaltato ad un investitore norvegese la costruzione di un imponente parcheggio sotterraneo nel centro storico della capitale, salvo poi revocare l'appalto in favore di un investitore olandese per un analogo progetto, ma più contenuto in dimensioni e meno invasivo sul piano ambientale ed urbanistico.⁸⁶⁴ Il lodo riteneva che la

⁸⁶¹ Cfr. par. 220: “*the costs are not to be borne solely by Belgium as if it were ‘a new road’; but neither are they to be borne solely by the Netherlands. The financial obligations of the Parties must therefore be subjected to careful balancing*”; par. 221: “*Such exercise of Belgium’s right of transit and the Netherlands’ legitimate environmental concerns are to be, as far as possible, reconciled*”.

⁸⁶² BAETENS, *The Iron Rhine Case. On the Right Track to Sustainable Development?* in M.C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*, London-New York, Routledge, 2017, p. 298. LONGO, *The Arbitral Tribunal in the Arbitration Regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Award, 24 May 2005*, in *Il Diritto Internazionale come Strumento di Risoluzione delle Controversie*, a cura di E. BARONCINI, Bononia University Press, 2018, pp. 283-291.

⁸⁶³ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case ARB/05/8. Award, 11 settembre 2007.

⁸⁶⁴ Nel 1999 la Municipalità di Vilnius, capitale della Lituania, si accordava con la società norvegese *Parkerings-Compagniet AS* per costruire e gestire un parcheggio sotterraneo multipiano nel centro storico della capitale, in forza del BIT Lituania-Norvegia del 1992. All'epoca di tale accordo, la città vecchia (*Old Town*) di Vilnius, dove avrebbero dovuto sorgere i parcheggi, era già stata dichiarata patrimonio mondiale dell'umanità dall'UNESCO. Negli anni successivi, gli investitori dovettero confrontarsi con mutevoli cambi di legislazione, che in parte riducevano la redditività del loro investimento e, in aggiunta, alcune agenzie governative cominciarono ad opporsi al progetto, in quanto pregiudicava l'assetto culturale, archeologico ed ambientale della città vecchia tutelata dall'UNESCO. Gli investitori di *Parkerings* cercarono senza successo di rinegoziare l'accordo, ma la Municipalità di Vilnius decise nel 2004 di revocare l'appalto (cfr. par. 172, 188 del lodo). Gli investitori ricorsero all'arbitrato ICSID, ritenendo che le sopravvenute misure, regolamentari e legislative, fossero lesive dello standard di trattamento giusto ed equo (FET) previsto dal BIT. Inoltre, denunciavano il fatto che la Municipalità di Vilnius, mentre da una parte avversava il loro investimento, dall'altra favoriva un investitore olandese concorrente, *Pinus Proprius*, per un analogo progetto insistente nella stessa *Old Town*. Si trattava di una disparità di trattamento, in violazione dello stesso BIT che all'art. 4 prevedeva la clausola della nazione più favorita (*Most-favoured-nation*, MFN). Perché sussista la violazione della clausola

Lituania avesse un obiettivo legittimo di pubblico interesse per giustificare la disparità di trattamento tra i due investitori. Tale *State's legitimate objective* consisteva nelle ragioni di conservazione del patrimonio storico-culturale e nella protezione dell'ambiente: “[t]he historical and archaeological preservation and environmental protection could be and in this case were a justification for the refusal of the project” (par. 392); “[i]ndeed, the refusal by the Municipality of Vilnius [...] was justified by various concerns, especially in terms of historical and archaeological preservation and environmental protection” (par. 396). Tali preoccupazioni di tutela -culturali e ambientali- sono riconducibili allo sviluppo sostenibile, anche se esso non viene palesato nel testo della decisione.

5.4.2 Il caso Philip Morris

Il caso ICSID *Philip Morris c. Uruguay* del 2016⁸⁶⁵ affronta il diritto alla salute pubblica nell'esercizio dello *State's right to regulate* e viene considerato un punto di svolta ed espressione di maturità dell'arbitrato degli investimenti per la volontà di esaminare gli obblighi dell'*Host State* di proteggere i diritti umani nel contesto delle richieste avanzate dagli investitori.⁸⁶⁶ Tali preoccupazioni erano

MFN, è necessario provare il differente trattamento accordato ad un altro investitore straniero che si trovi in situazioni simili a quelle dell'investitore maltrattato (requisito delle c.d. *in like circumstances*, cfr. par. 369: “[t]he essential condition of the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in like circumstances”). Al contrario, un trattamento meno favorevole è accettabile quando l'*Host State* abbia un “obiettivo legittimo” che giustifichi la disparità di trattamento (“[a] contrario, a less favourable treatment is acceptable if a *State's legitimate objective justifies such different treatment in relation to the specificity of the investment*, par. 371). Entrambi gli investitori avevano presentato un identico progetto di parcheggi sotterranei da costruire nella città vecchia di Vilnius, ma le analogie finivano qui. A giustificare la disparità di trattamento tra Parkerings e Pinus Proprius, è decisivo il fatto che il progetto di Parkerings era molto più grande e più invasivo, in quanto si estendeva in modo significativo nella città vecchia tutelata dall'UNESCO (par. 380). Per queste ragioni, non ricorrevano tra i due investitori le “*like circumstances*” necessarie per invocare la clausola MFN.

⁸⁶⁵ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7. Award, 8 luglio 2016.

⁸⁶⁶ FERIA-TINTA, *Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay* in *Journal of International Arbitration*, Vol. 34(4), Kluwer Law International BV, 2017, p. 614: “*I propose that the Philip Morris v. Uruguay case represents a turning point in investment arbitration in Latin America, that of the willingness of investment arbitration to engage with human rights obligations in the context of investment claims. In doing*

emerse anche nel caso *Biwater* del 2008, quando il tribunale arbitrale così lucidamente riassumeva la posizione degli *amici curiae*: “[t]he Amici submit that human rights and sustainable development issues are factors that condition the nature and extent of the investor’s responsibilities, and the balance of rights and obligations as between the investor and the host State. They conclude that foreign corporations engaged in projects intimately related to human rights and the capacity to achieve sustainable development (such as the project here), have the highest level of responsibility to meet their duties and obligations as foreign investors, before seeking the protection of international law [...]” (par. 380), salvo poi non tenerne conto ai fini della decisione, evitando di compiere quel bilanciamento (“*balance of rights and obligations as between the investor and the host State*”) di cui aveva pur dimostrato d’intuire l’importanza.⁸⁶⁷

L’Uruguay, paese con uno dei più alti tassi di fumatori in America Latina (al terzo posto dopo Cile e Bolivia, cfr. par. 75 del lodo), aveva emanato nel 2008 una legislazione per arginare il consumo di tabacco, in conformità agli obblighi internazionali assunti con la ratifica nel 2004 della Convenzione-quadro sul Controllo del Tabacco emanata nel 2003 dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (par. 85), ma la società Philip Morris ritenne tale legislazione espropriativa dei propri investimenti nel predetto *Host State*, contro il quale attivò la tutela arbitrale all’ICSID in base al BIT tra Uruguay e Svizzera, sede legale della multinazionale.⁸⁶⁸ Il lodo sostenne invece che l’Uruguay avesse correttamente

so, it reflects the coming of age of investment arbitration” e a p. 624: “[t]he step taken by the Philip Morris tribunal, to centrally recognize the relevance of the right to health in resolving the dispute, nevertheless represents an important turning point in investment arbitration case-law”.

⁸⁶⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID case No. ARB/05/22. Award, 24 luglio 2008. Il tribunale arbitrale respinse il ricorso, compensando le spese tra le parti, senza esaminare nel merito il tema dei diritti umani sollevato dagli *amici curiae*, basandosi sul mancato raggiungimento della prova da parte dei ricorrenti circa i danni patiti (par. 814).

⁸⁶⁸ La nuova legislazione vietava la vendita di più di un tipo di sigarette per marchio (eliminando le varie classificazioni commerciali come *light, gold* e affini) ed introduceva la regola “80/80”, che prescriveva un aumento della dimensione delle avvertenze grafiche sulla nocività del fumo sulle confezioni delle sigarette (cfr. par. 9 del lodo). Tali scritte passavano dal 50% all’80% della superficie di ogni pacchetto, riducendo lo spazio per il logo e il marchio del produttore al restante 20% della confezione. La multinazionale Philip Morris e la società controllata, Abal Hermanos con sede a Montevideo e che vendeva sigarette nel mercato nazionale usando sei marchi

protetto il diritto alla salute dei propri cittadini, escludendo che la legislazione anti-tabacco avesse il carattere di un'espropriazione, dal momento che tale potestà legislativa era stata esercitata in conformità alla “*police power doctrine*” (“*[i]n the Tribunal’s view, the adoption of the Challenged Measures by Uruguay was a valid exercise of the State’s police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation [...]*”, par. 287). Tale dottrina riconosce allo Stato di esercitare un ragionevole controllo su beni e persone per assicurare gli interessi generali della comunità, quali l’ordine pubblico, la sicurezza, la salute. Essa garantisce allo Stato un diritto di regolamentazione nel pubblico interesse a salvaguardia di preminenti interessi pubblici, di cui il lodo ricostruisce l’affermazione storica nel diritto internazionale degli investimenti (parr. 291-300), concludendo che “*[i]n the Tribunal’s view, these provisions, whether or not introduced ex abundanti cautela, reflect the position under general international law*” (par. 301). La dottrina dello *State’ police power* era infatti stata affermata come norma internazionale consuetudinaria nel lodo ICSID *Feldman* del 2002⁸⁶⁹, nel lodo *Saluka* nel 2006,⁸⁷⁰ nella decisione sulla giurisdizione nel caso *Saur* nel

(*Marlboro, Fiesta, Philip Morris, Premier, Galaxy, Casino*) in diverse varianti (*Fresh Mint, Marlboro Red, Marlboro Blue, Marlboro Gold*, ecc.), ritennero tale legislazione lesiva degli investimenti effettuati in Uruguay e adirono il tribunale arbitrale ICSID grazie alla clausola ISDS contenuta all’art. 10 del BIT del 1988 tra l’Uruguay e la Svizzera, lamentando che la nuova legislazione li aveva espropriati dei loro marchi, in spregio all’art. 5 del BIT che vietava le misure espropriative sia dirette che indirette. La legislazione antifumo era inoltre ritenuta lesiva dell’obbligo di trattamento giusto ed equo (FET, art. 3 del BIT).

⁸⁶⁹ *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID case No. ARB(AF)/99/1. Award, 16 dicembre 2002. L’omonimo investitore statunitense attaccava la legislazione fiscale messicana che, attraverso nuove accise, colpiva la propria società esportatrice di sigarette, considerando tali misure espropriazione indiretta. Vengono invocati gli artt. 1102 (*National Treatment*) e 1110 (*Expropriation and Indemnification*) del Cap. XI del NAFTA, ma il Messico verrà condannato al risarcimento del danno solo per la violazione dell’art. 1102. Cfr. par. 103: “[...] *At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this*”.

⁸⁷⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, decisione parziale, 17 marzo 2006, par. 262: “*In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today*”.

2012⁸⁷¹ e come tale essa è fonte invocabile in base all'art. 42(1) della Convenzione ICSID sulla legge applicabile.⁸⁷² Il tribunale arbitrale rafforza tale analisi citando uno studio OCSE del 2004 (“[a]ccording to the OECD, ‘[i]t is an accepted principle of customary international law that where economic injury results from a bona fide non-discriminatory regulation within the police power of the State, compensation is not required’”, par. 294).

Nel 2010, il lodo *Chemtura* chiarì i requisiti ed i limiti di liceità del *State’ police power*, inteso come un’azione statale “*not made in an arbitrary manner since it respected due process and was based on valid science; (ii) it was non discriminatory; (iii) it was not excessive; and (iv) it was made in good faith*” (par. 254). Una misura così adottata costituisce valido esercizio dello *State’ police*

⁸⁷¹ *SAUR International S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4. Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 giugno 2012, par. 398: “*Le fait que l’exercice légitime de pouvoirs de police ne constitue pas un délit international est un principe général du droit international coutumier, communément accepté [...]*”. Il caso riguardava una società francese aggiudicataria della gestione del servizio idrico nella provincia di Mendoza. A seguito delle misure emergenziali adottate dal governo a causa della crisi del 2001, l’investitore decise di aumentare le tariffe del servizio idrico, che invece la Provincia si rifiutava di rivedere al rialzo, e da qui l’origine del contenzioso.

⁸⁷² Cfr. art. 42 comma 1: “*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*”. Un altro esempio è l’art. 26(6) ECT che permette di decidere “*the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law*”. Vedasi DE BRABANDERE, *Human Rights and Foreign Direct Investment*, in M. KRAJEWSKI, R. T. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, E. Elgar Pub., 2019, ove l’Autore, muovendo dalla limitata portata della giurisdizione arbitrale ex art. 25 Convenzione ICSID (“*to any legal dispute arising directly out of an investment*”) nota che: “[s]ince the direct access of foreign investors to investment treaty arbitration is only accepted because it is part of the protection offered to the investor for claims arising out of the investment, the competence of the arbitral tribunal is at the same time limited to these types of disputes; but the limited scope of jurisdiction of an arbitral tribunal does not imply that the tribunal cannot as a matter of principle consider human rights issues raised by either party as applicable law. Absent any specific human rights-related rule in the treaty itself, which would render the application of human rights law straightforward, compromissory clauses in investment treaties usually contain broad applicable law clauses referring to the application, besides domestic law, of ‘international law’. Consequently, it cannot be excluded as a matter of principle that arbitral tribunals can engage with human rights law, quite the contrary”, cfr. pp. 619-620.

power e non configura un'espropriazione.⁸⁷³ Nel 2012 il caso *Saur* ribadisce tali requisiti.⁸⁷⁴

Il tribunale arbitrale riconosce di dover rispettare il margine di esercizio del *right to regulate* dell'Host State per la protezione del diritto alla salute, rimarcando che esso non può assurgere a tribunale d'appello sulle scelte di *governance* degli Stati: “[...] investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health” (par. 399); “[t]he fair and equitable treatment standard is not a justiciable standard of good government, and the tribunal is not a court of appeal” (par. 418).⁸⁷⁵ Del resto, il

⁸⁷³ *Chemtura Corporation v. Canada*, UNCITRAL. Award, 2 agosto 2010. La società ricorrente, che produceva pesticidi contenenti lindano, si oppose alla loro messa al bando da parte dall'Agenzia nazionale canadese per la regolamentazione dei pesticidi (PMRA, *Pest Management Regulatory Agency*), in quanto tale bando la espropriava della propria produzione. Il lodo riconosce che tale misura a protezione della salute pubblica è stata adottata in buona fede nell'ambito del mandato pubblico dell'Agenzia governativa, in modo non arbitrario né discriminatorio, ed era stata congruamente motivata dalla crescente consapevolezza dei pericoli di tale pesticida per la salute umana e per l'ambiente, cfr. par. 266: “[...] the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”. Il lodo introduce così il test dei requisiti del *State's police power* al par. 254: “The decision of the PMRA to de-register lindane meets the test of this doctrine because (i) it was not made in an arbitrary manner since it respected due process and was based on valid science; (ii) it was non discriminatory; (iii) it was not excessive; and (iv) it was made in good faith”.

⁸⁷⁴ *SAUR International S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4. Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 giugno 2012, par. 401: “L'exercice des pouvoirs de police est légitime s'il est réalisé conformément aux normes d'application générale, de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de l'intérêt général, et sans que l'État ne se soit préalablement soustrait à ses obligations”.

⁸⁷⁵ Cfr. par. 399: “[...] investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health. In such cases respect is due to the 'discretionary exercise of sovereign power, not made irrationally and not exercised in bad faith ... involving many complex factors'. As held by another investment tribunal, '[t]he sole inquiry for the Tribunal... is whether or not there was a manifest lack of reasons for the legislation.'”; par. 418: “[s]ubstantial deference is due in that regard to national authorities' decisions as to the measures which should be taken to address an acknowledged and major public health problem. The fair and equitable treatment standard is not a justiciable standard of good government, and the tribunal is not a court of appeal”. Si veda in proposito il coevo lodo *ICSID Urbaser* circa l'esercizio dello *State's right to regulate* in caso di epidemia, par. 628: “[i]f the host State is hit, for instance, by an epidemic threat to the health of a very large amount of people, it has to take all measures required by the situation even if this implies hurting investors' interests,

caso ICSID *Parkerings* del 2007 (richiamato al par. 422 del lodo) aveva già ribadito che è un diritto sovrano dell'*Host State* esercitare il proprio potere legislativo, e qualsiasi uomo d'affari o investitore deve sapere che le leggi evolvono nel tempo e non restano immutabili (“*any businessman or investor knows that laws will evolve over time*”, par. 332) e deve adattare il proprio investimento ai cambiamenti (par. 333).⁸⁷⁶ Il tribunale arbitrale concluse che la legislazione antitabagismo non costituiva espropriazione né violazione dello standard FET (par. 420), essendo stata adottata dall'Uruguay in buona fede, con provvedimenti non discriminatori, ad esclusiva tutela della salute (parr. 305-306). In quanto costituiva valido esercizio di *police powers*,⁸⁷⁷ il ricorso venne respinto e l'investitore condannato a rimborsare le spese legali sostenute dall'Uruguay, pari a 7 milioni USD (par. 590).

5.4.3 Il caso Urbaser

La portata innovativa del lodo *Urbaser* del 2016 si caratterizza -assieme al coevo caso *Philip Morris*- per aprire alla trattazione dei diritti umani, in termini di

provided that the authorities proceed with deference to those interests and with the aim to restore their efficient preservation as soon as the circumstances so allow”.

⁸⁷⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8. Award, 11 settembre 2007, cfr. par. 332: “[i]t is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time”; par. 333: “Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment”.

⁸⁷⁷ Cfr. par. 307: “the Tribunal concludes that the Challenged Measures were a valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health. As such, they cannot constitute an expropriation”. Si nota qui la differenza rispetto al caso ICSID *Saur c. Argentina* del 2102, ove il tribunale arbitrale ritenne che, pur di fronte al valido esercizio di *police powers*, l'*Host State* fosse tenuto ad indennizzare l'investitore, cfr. par. 413 della precitata *Décision sur la compétence*: “il est indiscutable qu’un État souverain, pour cause d’utilité publique et agissant en défense de ce qu’il estime être l’intérêt général, peut décider à tout moment de nationaliser un service public essentiel comme l’est l’approvisionnement en eau potable et l’assainissement. Mais, une fois l’investissement appartenant à un investisseur étranger protégé par l’APRI exproprié, l’État ne peut passer outre à son obligation internationale, énoncée dans l’APRI lui-même, d’indemniser à leur valeur réelle les actifs dont elle a été privée”. Per un approfondimento del caso *Saur*, vedasi GRECO, *The impact of the human right to water on investment disputes*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 2/2015, Milano, ed. Giuffrè, 2015, pp. 444-486.

diritto umano all'acqua, nella disanima nel merito della lite.⁸⁷⁸ In secondo luogo, il lodo riconosce come il rispetto dei diritti umani sia un obbligo che grava sulle società investitrici,⁸⁷⁹ affermando al contempo la loro soggettività nel diritto internazionale. In terzo luogo, dichiara la competenza a ricevere la domanda riconvenzionale (*counterclaim*) avanzata dall'*Host State*.

La vicenda ha origine con la concessione in appalto da parte dell'Argentina a due società investitrici spagnole del servizio di gestione idrica e fognaria per la vasta area metropolitana della capitale, con l'obbligo per l'investitore di potenziare ed espandere la rete esistente. A causa della grave crisi economica che colpì il paese tra il 2001 ed il 2002, il governo adottò una serie di misure eccezionali che portarono al congelamento delle tariffe dei servizi pubblici e infine alla revoca delle privatizzazioni, di fatto espropriando i ricorrenti del loro investimento.⁸⁸⁰ L'Argentina eccepì il fatto che i ricorrenti si fossero resi

⁸⁷⁸ FERIA-TINTA, *ibid.*, p. 630 ove l'Autore riconosce che “[i]t has taken some time for the practice of investment arbitration to address human rights law centrally in its analysis when relevant. Yet, the Philip Morris and the Urbaser cases may well represent the ‘coming of age’ of investment arbitration in that respect”.

⁸⁷⁹ ATTANASIO, SAINATI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, in *American Journal of International Law*, Vol. 111(3), CUP, 2017, p. 749 ove gli Autori ben evidenziano come “the Urbaser Tribunal recognized corporate human rights obligations. It may seem surprising that an investment tribunal, rather than a human rights body, was the first to do so. [...] But international human rights fora lack the jurisdiction to resolve claims against corporations, while investment tribunals -like Urbaser- can assert jurisdiction over international law counterclaims against corporations. They are thus uniquely positioned to arrive at novel conclusions about international law as it applies to corporations”.

⁸⁸⁰ Negli anni '90 l'Argentina privatizzò il servizio idrico e di trattamento delle acque reflue, attraendo gli investimenti di alcune società straniere, tra cui le società spagnole Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CAAB). Entrambe erano azioniste di maggioranza nella società argentina “*Aguas del Gran Buenos Aires S.A.*” (AGBA) che si aggiudicò nel 2000 un contratto di concessione per il servizio idrico e fognario con la Provincia del Gran Buenos Aires. Il contratto prevedeva anche l'obbligo per l'investitore di potenziare la rete idrica esistente, attraverso nuovi investimenti per l'allacciamento di nuove utenze, estendendo tali servizi pubblici all'alta percentuale di popolazione che ancora non ne beneficiava. In conseguenza della grave crisi economica del 2001, il governo adottò una serie di misure eccezionali per far fronte alla recessione, dalla drastica svalutazione del peso al “corralito” ovvero il blocco dei conti bancari, nonché il congelamento delle tariffe dei servizi pubblici (parr. 34, 69 del lodo). Le due società spagnole invocavano il mancato rispetto del BIT concluso nel 1991 dalla Spagna con l'Argentina e decisero nel 2007 di adire il Centro ICSID, considerando le predette misure emergenziali una violazione dell'obbligo di FET. La decisione argentina di congelare nel 2002 le tariffe dei servizi privatizzati, seguita negli anni successivi da una poco trasparente rinegoziazione

inadempienti fin da subito ai propri doveri contrattuali di rafforzamento ed espansione della rete idrica, a prescindere dalla sopravvenuta crisi economica (“*nothing efficient had been done to provide even minimal investment for the first years of operation*”, cfr. par. 36). D’altra parte, giustificava le misure adottate per stato di necessità, in quanto lo Stato ha il dovere di garantire il diritto fondamentale all’acqua (cfr. parr. 602, 718). Durante gli anni di pendenza della lite all’ICSID (2007-2016), il diritto umano all’acqua veniva riconosciuto a livello internazionale dall’UNGA nel 2010 con la Risoluzione n. 64/292.⁸⁸¹ Nel 2012, il documento finale della Conferenza ONU Rio+20, *The future we want*, affermava che “*water is at the core of sustainable development*”, quale diritto umano da realizzare “*with full respect for national sovereignty*” (parr. 119, 121)⁸⁸² e nell’Agenda ONU 2030 l’accesso universale ed equo all’acqua potabile veniva previsto al SDG n. 6. Pertanto, l’Argentina avanzò una domanda riconvenzionale di risarcimento danni contro gli investitori stranieri, dal momento che il loro inadempimento si sarebbe tradotto in una violazione degli obblighi di diritto internazionale in materia di diritti umani (par. 36). Si è visto sopra che il tribunale arbitrale si ritenne competente ad esaminare tale *counterclaim*, ma nel merito la respinse, non ritenendo sussistere siffatti obblighi in capo agli investitori.⁸⁸³

Il tribunale arbitrale svolge un’interpretazione sistemica del BIT, in base all’art.31(3)(c) CVDT, chiarendo che esso non può essere considerato in perfetto isolamento giuridico (“*[a] BIT is not a set of self-contained rules*”, par. 555;

del contratto con AGBA, culminava nel 2006 con la revoca della concessione e conseguente nazionalizzazione del servizio idrico.

⁸⁸¹ UNGA, Risoluzione A/RES/64/292, adottata il 28 luglio 2010, cfr. art. 1: “[The General Assembly] recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights”.

⁸⁸² Cfr. par. 119: “We recognize that water is at the core of sustainable development as it is closely linked to a number of key global challenges. We therefore reiterate the importance of integrating water into sustainable development, and underline the critical importance of water and sanitation within the three dimensions of sustainable development”; par. 121: “We reaffirm our commitments regarding the human right to safe drinking water and sanitation, to be progressively realized for our populations, with full respect for national sovereignty”.

⁸⁸³ Esso respinge parimenti le domande risarcitorie degli investitori, riconoscendo lo stato di necessità a giustificazione delle misure emergenziali adottate dall’Argentina (par. 718), seppur rilevando la violazione del principio del trattamento giusto ed equo, per la mancanza di trasparenza nel rinegoziare da parte dell’Host State il contratto di concessione, poi revocato (parr. 845, 1233).

“[t]he BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT’s special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights”, par. 1200).⁸⁸⁴ Le disposizioni del BIT vanno applicate assieme al diritto dell’*Host State* e al diritto internazionale generale, in maniera congiunta ed armoniosa (“*jointly and harmoniously*”, par. 557).⁸⁸⁵ Il lodo *Bear Creek Mining* del 2017 sposa questa interpretazione sistemica, richiamando i parr. 1200 e 1202 del lodo *Urbaser*, relativi rispettivamente all’art. 31(3)(c) CVDT e all’art. 42(1) della Convenzione ICSID sulla legge applicabile, che permette il richiamo a “*such rules of international law as may be applicable*”.⁸⁸⁶

Per tale via, come nota FARNELLI, non solo il diritto all’acqua potabile, ma anche “*la tutela della salute, strumentale alla tutela della vita, gode di una rilevanza superiore rispetto ai diritti economici nell’assetto dei diritti umani, rispetto ai quali, come sostenuto in Urbaser, si deve svolgere una interpretazione sistemica del diritto degli investimenti*”.⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ Questa forma di interpretazione risponde al principio di effettività (“*Effectiveness of a treaty rule denotes the need to avoid an interpretation which leads to either an impossibility or absurdity or empties the provision of any legal effect*”, par. 1190).

⁸⁸⁵ Cfr. par. 1204: “*it remains to be examined, in light of the openly framed provision of Article 31§3(c) of the Vienna Convention, whether other parts of international law may be relevant in the instant case*”. Tale conclusione era facilitata dal tenore stesso del BIT, che all’art. 7 permetteva di richiamare fonti esterne al trattato (accordie consuetudini internazionali), se più favorevoli rispetto alle norme del BIT (“*whichever terms are more favorable*”, par. 1192).

⁸⁸⁶ Cfr. par. 10 del lodo: “*The Urbaser Tribunal further noted that the BIT being applied in that case ‘has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights’, and that Article 42(1) of the ICSID Convention together with the governing law clause of that BIT (Article X(5)) provided that ‘Tribunal shall apply the law of the host State and such rules of international law as may be applicable’*”.

⁸⁸⁷ FARNELLI, *Obblighi positivi dello Stato nell’emergenza sanitaria e diritto internazionale degli investimenti*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (eds.), *Gli effetti dell’emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione - Una prospettiva italiana*. Bologna, Dip. di scienze giuridiche, ALMA DL AMSActa, 2020, p. 234.

Grazie a questa interpretazione sistemica, il tribunale arbitrale passa in rassegna i principali capisaldi dei diritti umani in ambito internazionale⁸⁸⁸ ed evince l'obbligo per tutte le parti, sia pubbliche che private, di astenersi dal ledere i diritti umani (*obligation to abstain*), tra cui va incluso il diritto all'acqua (*"it is therefore to be admitted that the human right for everyone's dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights"*, par. 1199; *"[t]he situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties"*, par. 1210).

Il tribunale arbitrale rigetta la posizione di principio sostenuta dai ricorrenti, per la quale solo gli Stati sarebbero titolari di obblighi in materia di diritti umani (*"the Tribunal is reluctant to share Claimants' principled position that guaranteeing the human right to water is a duty that may be born solely by the State, and never borne also by private companies like the Claimants"*, par. 1193). Esso giunge a riconoscere che le società multinazionali godano di soggettività, sostenendo che non si possa più ammettere che esse siano immuni dal divenire soggetti di diritto internazionale (*"it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law"*, par. 1195). Il tribunale arbitrale perviene a questa conclusione

⁸⁸⁸ Esso richiama la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, ritenuta *"part of customary international law"* (par. 1158), ed in particolare l'art. 30 (*"Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati"*), articolo che il tribunale arbitrale commenta nel senso che nessun individuo o entità, pubblica o privata che sia, possa agire in violazione dei diritti umani, il che implica un obbligo negativo corrispondente (*"it must necessarily also be ensured that no other individual or entity, public or private, may act in disregard of such rights, which then implies a corresponding obligation"*, cfr. par. 1196); il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dall'ONU nel 1966, agli artt.11, 12 nonché all'art. 5 che riprende la stessa formulazione del predetto art. 30 (par. 1197); la Risoluzione UNGA A/RES/64/292 del 28 luglio 2010 che per la prima volta riconosce formalmente il diritto umano all'acqua (par. 1197); la Dichiarazione Tripartita di Principi sulle Imprese Multinazionali e la Politica Sociale, adottata dall'OIL nel 1977 (par. 1198).

dando valore alla RSI (“*international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies*”, par. 1195), in analogia con la tesi difensiva dell’Host State che richiamò in proposito il *Global Compact* (par. 1161).⁸⁸⁹

Ragionamento analogo viene compiuto nel 2017 dal lodo *Bear Creek Mining*, laddove il tribunale arbitrale ritiene di poter esaminare, in virtù di una interpretazione sistemica, la Convenzione OIL n. 169 sui diritti dei popoli indigeni, anche se questa non contiene obblighi in capo alle imprese: “[y]et the fact that the Convention may not impose obligations directly on a private foreign investor as such does not, however, mean that it is without significance or legal effects for them” (par. 10). Grazie al richiamo operato da tale par. 10 al par. 1199 del lodo *Urbaser*, il lodo *Bear Creek Mining* implicitamente riconosce che tali “*legal effects*” in capo agli investitori consistono in una *obligation to abstain* a non ledere i diritti dei popoli indigeni: “[i]n *Urbaser v Argentina*, the Tribunal noted that human rights relating to dignity and adequate housing and living conditions ‘are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights’ ” (par. 10).

Il tribunale accoglie inoltre la presentazione della domanda riconvenzionale dell’Argentina, una *counterclaim* con cui l’*Host State* invocava l’esistenza di un obbligo in capo alle società ricorrenti di procurare l’effettivo godimento del diritto all’acqua potabile per la popolazione. Il collegio arbitrale,

⁸⁸⁹ L’Argentina nelle sue difese cita il *Global Compact* e sostiene l’obbligo anche per le imprese di rispettare il diritto umano all’acqua, come parte degli standard di RSI, cfr. l’intero par. 1161: “*Respondent conveys an understanding of human rights recognized in international law as being binding on individuals and therefore companies as well. For Expert Kliksberg, the right to water is an essential human right that represents not only an obligation of States but also, and more importantly, a social right based on a policy to which the whole society has to contribute, based on the understanding of the United Nations. It is a fundamental right that the leading companies of the world have adopted in the Global Compact as being part of their corporate social responsibility*”.

tuttavia, rileva che, nel diritto internazionale, tale obbligo positivo di fare (*obligation to perform*) grava soltanto sullo Stato.⁸⁹⁰

Come riassume CHIUSI, il tribunale distingue “*tra l’obbligo di astensione consistente nel non violare i diritti umani, e l’obbligo positivo di realizzare tali diritti. Mentre l’obbligo negativo di astensione si rivolge in egual misura ad attori Statali e privati, l’obbligo positivo di adottare misure volte alla realizzazione dei diritti resta principalmente in capo allo Stato*”.⁸⁹¹ Pertanto, non riuscendo a provare una violazione da parte degli investitori dell’*obligation to abstain* e non potendo identificare una *obligation to perform* in capo agli stessi su cui fondare la *counterclaim*, il tribunale la respinge nel merito.⁸⁹²

Allo stesso risultato giunge, due anni più tardi, il lodo ICSID *Aven*.⁸⁹³ Il tribunale arbitrale rileva che, come gli investitori vantano diritti in base agli IIAs, è plausibile che essi siano anche destinatari di obblighi, citando e condividendo la presa di posizione del par. 1195 del lodo *Urbaser*.⁸⁹⁴ Di conseguenza, ritiene

⁸⁹⁰ Cfr. par. 1210: “[i]ndeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services”; par. 1208: “[t]he human right to water entails an obligation of compliance on the part of the State, but it does not contain an obligation for performance on part of any company providing the contractually required service”.

⁸⁹¹ CHIUSI, ICSID Tribunal, Case No. ARB/07/26 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, 8 December 2016, in *Il Diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, a cura di E. BARONCINI, Bononia University Press, 2018, p. 215.

⁸⁹² BONFANTI, DE LUCA, *Investment and human rights: is there an elephant in the room?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 282 del 13 luglio 2020, ove gli Autori notano a p. 1 che “[t]he very same argument justifying counterclaims’ admissibility -that ‘it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law,’ including human rights obligations- is the main factor causing their dismissal: the nature of human rights obligations as inter-state primary obligations makes it impossible to merely shift them from countries to corporations”.

⁸⁹³ *David R. Aven and Others v. Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3 (UNCITRAL arbitration rules). Award, 18 settembre 2018.

⁸⁹⁴ Cfr. par. 738: “Under international law of investments, particularly under DR-CAFTA [il trattato applicabile nel caso de quo], the investors enjoy by themselves a number of rights both substantive and procedural, including the right to sue directly the host State when it breaches its international obligations on foreign investment (Section A of Article 10 in DR-CAFTA). What about the investor’s obligations arising of the investment according to international law? This Tribunal shares the views of *Urbaser Tribunal* that it can no longer

prima facie ammissibile la domanda riconvenzionale del Costa Rica, che chiedeva il risarcimento del danno, sotto forma di rimessione in pristino degli ecosistemi violati, per la condotta tenuta dagli investitori statunitensi. Si trattava della costruzione di un grande *resort* turistico su di un'area dal fragile equilibrio naturale, compromettendola in spregio alle misure di tutela ambientale dell'*Host State* (cfr. par. 6, 689, 708, 742).⁸⁹⁵ La domanda riconvenzionale viene però respinta nel merito, non rinvenendo negli articoli 10.9 e 10.11 del Trattato DR-CAFTA l'imposizione di obblighi in capo agli investitori (“*they do not impose [...] any affirmative obligation upon investors. Nor do they provide that any violation of state-enacted environmental regulations will amount to a breach of the Treaty*”).⁸⁹⁶ Da tali considerazioni, emerge come la *counterclaim* sia uno strumento processuale inefficace, se non viene accompagnato dall'individuazione di specifici obblighi in capo agli investitori e che pertanto “*the next stage in introducing human rights into ICSID arbitration will be to determine, with more precision, which rights are capable of forming the basis of host state human rights counterclaim*”.⁸⁹⁷ A queste stesse conclusioni giunge UNCTAD nel 2019, ritenendo cruciale una modifica “sincrona” delle disposizioni di parte sostanziale

be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law”.

⁸⁹⁵ Cfr. par. 689: “[...] Respondent has argued that Claimants undertook works that adversely impacted the Las Olas Project Site considerably, affecting the environment. The evidence rendered supports Respondent’s counterclaim, and hence, the Tribunal should order Claimants to repair the damages caused by their activity noting that (i) the Tribunal has jurisdiction over counterclaims under DR-CAFTA; (ii) Respondent has proven the existence of damages to the Las Olas ecosystem”; par. 742: “Consequently, the Tribunal does not find any reason of principle to declare inadmissible a counterclaim in which the Respondent State claims that the foreign investor has breached obligations falling within the scope of Article 10, Section A DR-CAFTA. Thus, the Tribunal has *prima facie* jurisdiction over the counterclaim filled in by the Respondent”.

⁸⁹⁶ Cfr. par. 743: “[...] the Tribunal believes that the language of articles Article 10.9.3.c and 10.11 seeks to ensure that States retain a significant margin of appreciation in respect of environmental measures in their respective jurisdictions, but they do not -in and of themselves- impose any affirmative obligation upon investors. Nor do they provide that any violation of state-enacted environmental regulations will amount to a breach of the Treaty which could be the basis of a counterclaim”; par. 747: “The Tribunal therefore concludes that the Counterclaim [...] should be dismissed”.

⁸⁹⁷ GUNTRIP, *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?*, in *EJIL:Talk!* website, 10 febbraio 2017, <https://www.ejiltalk.org>.

e procedurale negli IIAs.⁸⁹⁸ Il lodo *Urbaser* ha comunque il merito di aver valorizzato la RSI, compiendo al tempo stesso un passo pionieristico nel sostenere la personalità giuridica delle società investitrici straniere e nel porre in capo ad esse una *obligation to abstain*.⁸⁹⁹ La portata di tale statuizione è stata definita un *gate opener*, perché il tribunale “*leaves the door open for possible direct application of human rights obligations on investors while distinguishing between obligations to abstain from human rights violations, which could be directly applicable and obligations to perform, which are not*”.⁹⁰⁰

5.5 Considerazioni conclusive

L'esame del *case-law* arbitrale delinea un quadro apparentemente negativo quanto al richiamo, *expressis verbis*, dello sviluppo sostenibile ai fini decisori. Secondo lo studio compiuto nel 2017 da CROCKETT, nessun lodo ICSID ha fatto finora riferimento testuale ai principi della Dichiarazione di New Delhi né allo sviluppo sostenibile, se non per riportare il mero contenuto delle allegazioni degli *amici curiae*. Tuttavia, il *case-law* esaminato in questo e nei capitoli precedenti, richiamato per alcuni casi anche dal predetto Autore (lodi *Methanex*, *Tecmed*, *Saluka*, *Parkerings*, *Chemtura*), dimostra che i tribunali arbitrali possono venir influenzati da argomenti basati sui principi che compongono lo sviluppo

⁸⁹⁸ UNCTAD, *Reforming investment dispute settlement: a stocktaking*, IIA Issues Note, n.1, 2019, p. 4: “*First, reform of investment dispute settlement must not be viewed in isolation. It needs to be synchronized with reform of the substantive investment protection rules embodied in IIAs. Second, reform of both substantive rules and rules on dispute settlement needs to be oriented towards today’s sustainable development imperative*”.

⁸⁹⁹ CROW, LORENZONI, *International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?* in 35 *B.U. Int’l L.J.* 87, 2018, cfr. cap. 2 “*Corporate Social Responsibility: Operationalizing the Obligation to Perform?*”, ove gli Autori notano come “[t]he failure to find an obligation to perform on the part of the investor is the natural consequence of human rights law being tailored to bestow obligations on States, which makes efforts to extend such obligations to non-state actors feel like a procrustean task. [...] Indeed, the voluntary undertaking of human rights through a CSR policy can bring international human rights obligations to the company level, where company performance -albeit functional- can be assessed”, pp. 17, 20.

⁹⁰⁰ KUBE, PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, pp. 237, 245.

sostenibile.⁹⁰¹ I più recenti lodi *Philip Morris e Urbaser* si sono contraddistinti per aver manifestato la volontà dell'arbitrato degli investimenti di confrontarsi con gli obblighi in materia di diritti umani nel contesto delle richieste di protezione dell'investimento. In tal modo, è stato inerente al loro ragionamento l'esercizio di bilanciare gli interessi degli investitori col diritto dello Stato di regolamentare nell'interesse pubblico. I contenuti dello sviluppo sostenibile (ambiente, diritti umani, partecipazione, integrazione, ecc.) si sono affacciati nel momento decisorio, dimostrando secondo VOIGT la capacità del principio di mediare tra interessi potenzialmente in conflitto e confermandone la natura, già individuata dal LOWE, di “ ‘*intervening principle*’ mediating between potentially conflicting rules or principles”⁹⁰². Tali lodi si sono avvalsi, a tale scopo, dell'interpretazione sistemica, aprendo l'opportunità alle argomentazioni sui diritti umani di influenzare l'esito dell'arbitrato, anche se -mancando un obbligo di *stare decisis*- molto dipenderà in futuro da come i tribunali arbitrali eserciteranno la loro discrezionalità interpretativa per proseguire in tale direzione.⁹⁰³

⁹⁰¹ CROCKETT, *The integration principle in ICSID awards*, in M.C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*, London-New York, Routledge, 2017, pp. 552-553. Lo studio svolto dall'Autore comprende i lodi arbitrali ICSID resi pubblici nel ventennio 1992-2012 e ha rilevato come nessuna decisione abbia fatto riferimento ai sette principi di New Delhi, né allo sviluppo sostenibile, cfr. p. 542.

⁹⁰² VOIGT, *The principle of sustainable development: integration and ecological integrity*, in *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 146-157: “As a general principle, sustainable development [...] plays an important role in the application and enforcement of international and national law, especially in the solution of legal disputes. [...] Principles also have a normative function if they are perceived as influencing directly or indirectly the outcome of judicial decisions. The normative force of sustainable development can be exercised in a dispute settlement context. In this respect there is agreement that in the hands of judges, the principle could operate as some sort of ‘*intervening principle*’ mediating between potentially conflicting rules or principles”.

⁹⁰³ COTULA, *Land, Property and Sovereignty in International Law*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, New York, Yeshiva University, 2017, pp. 219-286. A p. 272, l'Autore conclude così la disanima del lodo *Urbaser*: “*This award highlights the potential relevance of systemic integration [...] by opening up opportunities for human rights arguments to influence the outcome of investor-state arbitration. Ultimately, however, much depends on how international tribunals will exercise the significant discretion that is intrinsic to applying systemic integration*”.

Conclusioni

L'obiettivo della presente tesi è offrire un'analisi del contributo offerto dallo sviluppo sostenibile al diritto internazionale degli investimenti. Alla luce di quanto esposto in questi cinque capitoli (I-genesi dello sviluppo sostenibile fino all'Agenda ONU 2030; II-indagine del suo *status* giuridico; III-il panorama del *treaty-law* con particolare riferimento ai più recenti IIAs; IV-la Responsabilità Sociale d'Impresa per dare contenuto a forme di responsabilità e doveri in capo agli investitori; V-il *case-law* e le decisioni arbitrali in materia di investimenti) è possibile trarre alcune conclusioni al riguardo.

La prima, è che lo sviluppo sostenibile è il nuovo motore del multilateralismo, al quale la comunità internazionale è tenuta a rinnovare la propria adesione se intende far fronte comune alle incombenti sfide planetarie. L'Agenda ONU 2030 ha contribuito al suo radicamento globale, insieme ad una “*governance by Goals*” grazie alla quale il diritto degli Stati allo sviluppo sostenibile affermato nel 1992 con 197 ratifiche dalla UNFCCC (“*a right to promote sustainable development*”, art. 3) diventa un onere di *compliance* a perseguirlo, per sé stessi e per gli altri Paesi.

La seconda conclusione è che lo sviluppo sostenibile non può più essere ridotto ad un concetto *hard to grasp* o ad un accattivante slogan incantatore.⁹⁰⁴ Ripercorrendo la sua storia dal 1987 ad oggi, esso si afferma, si specifica e si trasforma nell'ordinamento internazionale. Da concetto confinato alla *soft law* conosce ben presto un livello di *treatification* con ratifiche quasi universali e

⁹⁰⁴ PINESCHI, *Sviluppo sostenibile: 'slogan incantatore' o principio del diritto internazionale dell'ambiente?*, nel Seminario *Diritto e sostenibilità: il concetto di sviluppo sostenibile nella prospettiva giuridica*, Università di Parma, 31 maggio 2017, quale evento organizzato nell'ambito del Festival dello Sviluppo sostenibile 2017 dell'ASviS.

potrebbe in futuro affermarsi come norma consuetudinaria, in via di consolidamento come un obbligo di mezzi o di *best effort*. Tale trasformazione in atto è la migliore prova che, nel giro di trent'anni, gli Stati hanno preso coscienza della necessità di una conversione ecologica, sotto la pressione dei cambiamenti climatici e l'*overshoot* delle risorse planetarie. Ne costituiscono un esempio la lungimiranza del preambolo dell'Accordo di *Marrakesh*, la democrazia partecipativa della Convenzione di *Aarhus*, ma anche l'inserimento dello sviluppo sostenibile e delle clausole di sostenibilità nei recenti IIAs di *terza generazione*, come pure la tendenza ad incorporare la RSI negli IIAs, verso forme di responsabilità per gli investitori o addirittura obblighi nel caso di alcuni BITs.

La terza conclusione è che di fronte a queste sfide globali -politiche prima ancora che giuridiche-, il diritto internazionale degli investimenti non ha titolo per restare un'isola a sé stante, non può pretendere di vivere in *clinical isolation* rispetto al resto del diritto internazionale. Come insegna l'Agenda ONU 2030, *nothing works in silos*. Lo dimostra la stessa evoluzione dei contenuti degli obblighi internazionali negli IIAs, nella finalità di stabilire un equilibrio tra la necessità di proteggere l'investitore straniero e la salvaguardia delle prerogative statali, tra le quali il diritto a svilupparsi in modo sostenibile. Questa conclusione si attaglia in particolar modo al *case-law* del diritto degli investimenti, dove i principi sottesi allo sviluppo sostenibile devono far breccia con maggior decisione, interpretando le relazioni tra Stati ed investitori stranieri in termini più simmetrici, in modo tale che le decisioni appaiano "*just outcomes that are viewed as reflecting key societal values*".⁹⁰⁵ Gli strumenti già esistono: l'interpretazione dei Trattati, *in primis*, con la *master key* dell'art. 31 CVDT ed il principio generale di *buona fede*, ma anche le innovazioni procedurali nel senso della trasparenza e partecipazione ai meccanismi di risoluzione delle liti.

Pertanto, verrebbe da domandarsi, citando Dante: "*le leggi son, ma chi pon mano ad esse?*". Gli arbitri hanno di fronte un'opportunità storica di recepire lo

⁹⁰⁵ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: a Stocktaking*, IIA Issues Note, n.1, 2019, p. 4.

sviluppo sostenibile, anziché rifiutarsi di prestare attenzione alle istanze sociali ed ambientali, additando i limiti intrinseci della propria giurisdizione, il rischio di politicizzazione del caso o la natura *one-sided* dei rimedi offerti. Si tratta di una sfida di trasparenza e, in ultima analisi, di credibilità del sistema arbitrale ISDS.⁹⁰⁶ Inoltre, il *case-law* che così si formasse nel tempo -come aggregazione di un insieme di lodi arbitrali coerenti nell'interpretare gli IIAs alla luce dello sviluppo sostenibile- potrebbe diventare utile guida per decisioni su casi simili o materie analoghe, rafforzando le frontiere di tutela dei diritti umani, sociali ed ambientali nel diritto internazionale degli investimenti.

Razionalizzando le conclusioni qui raggiunte, si ritiene che lo sviluppo sostenibile sia uno strumento di legittimazione e modernizzazione per il regime del diritto internazionale degli investimenti, un sistema che da sessant'anni conferma la sua vitalità ed attualità. Come conclude SAUVANT, “[t]he international investment law and policy regime is probably the strongest international regime existing today, in terms of its substantive provisions and enforcement. However, to maintain its legitimacy and retain the support of key constituencies, the regime’s objectives need to be broadened to embrace sustainable development”.⁹⁰⁷ Lo sviluppo sostenibile, come strumento di bilanciamento delle relazioni *Investor-State*, è al tempo stesso guida durante la condotta dell'investimento e parametro di valutazione *ex post* del comportamento tenuto dall'investitore. Esso indica la via per realizzare investimenti sostenibili, impone responsabilità nel realizzarli, e infine permette al giudicante di valutare, in

⁹⁰⁶ Vedasi l'illuminante *editorial review* di SIMMA a BALCERZAK, *Investor-State Arbitration and Human Rights*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2017: “If the current system of investor-State arbitration is to survive, every effort must be made to increase the readiness among its participants to render legitimate public policy concerns effective. In this context, respect for human rights deserves pride of place [...]. The author’s sober and hands-on approach should dispel the concern of arbitrators and counsel that the inclusion of human rights arguments would ‘politicize’ their case”, cfr. <https://brill.com/view/title/34356?contents=editorial-content>. Vedasi anche ZARRA, *The issue of incoherence in investment arbitration: is there need for a systemic reform?*, in *Chinese Journal of International Law*, Oxford, OUP, Vol. 17, 2018, p. 185: “[...] it is perhaps better to [...] try to emphasize the role of arbitrators as guarantors of the credibility of the system”.

⁹⁰⁷ SAUVANT, *The state of the international investment law and policy regime*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 247 dell'11 marzo 2019, cfr. p. 3.

sede di contenzioso arbitrale, la sostenibilità o meno dell'investimento compiuto. Ponendosi come forma di regolamentazione *in continenti* e di valutazione *ex post* dell'investimento e dell'operato dell'investitore, ne concilia la protezione con la salvaguardia delle prerogative statuali, senza che queste si trasformino in sistemi di *screening* sull'ammissibilità, a monte, degli investimenti stranieri nel loro territorio.

Il diritto internazionale degli investimenti, attualizzato per abbracciare il perseguimento dello sviluppo sostenibile, può preservare le proprie radici di promozione ed attrazione degli investimenti diretti esteri, secondo le caratteristiche enunciate dal par. 68 e dal *target* 17.10 dell'Agenda ONU 2030 (“*universal, rules-based, open, transparent, predictable, inclusive, non-discriminatory and equitable*”). Queste linee-guida, valide per il commercio e per gli investimenti internazionali, sono state ribadite nel preambolo del RCEP, firmato nel novembre 2020 da 15 paesi che rappresentano un terzo della popolazione mondiale, come principi ispiratori tesi a garantire la vitalità del multilateralismo (“*[r]ecognising the positive effect that regional trade agreements and arrangements can have in accelerating regional and global trade and investment liberalisation, and their role in strengthening the open, free, and rules-based multilateral trading system*”) e tesi a contribuire -come afferma il par. 8 dell'Agenda ONU 2030- ad un “*open and socially inclusive world in which the needs of the most vulnerable are met*”.

Bibliografia

ACCONCI, P., *Sustainable Development and Investment: Trends in Law-Making and Arbitration*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill-Nijhoff, 2018, pp. 290-319;

ACCONCI, P., *L'inclusione del right to regulate negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, fasc. 1, pp. 89-106;

ACCONCI, P., BARONCINI, E., *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione - Una prospettiva italiana*. Bologna, Dipartimento di scienze giuridiche, ALMA DL AMSActa, 2020, pp. 442;

BAETENS, F., *The Iron Rhine Case: on the Right Track to Sustainable Development?* in M.-C. M.C. CORDONIER SEGGER, C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*, London-New York, Routledge, 2017;

BARONCINI, E., *Il funzionamento dell'Organo d'Appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, ed. Bonomo, 2018;

BARONCINI, E., *Il diritto internazionale come strumento di risoluzione delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2018;

BARONCINI, E., *Organo d'appello dell'OMC e non-trade values*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, a cura di M.A. LUPOLI, San Giustino (PG), Revelino ed., 2019;

BARRAL, V., *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23 no. 2, 2012, pp. 377-400;

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., *International Investment Law and Sustainable Development, Key cases from 2000-2010*, Winnipeg, Manitoba, IISD, 2011;

BJORKLUND, A. ET AL., *The Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA), Special Issue: Transnational Dispute Management (TDM)*, Nootdorp, Maris B.V., 2016;

BOYLE, A., FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, OUP, 1999;

CHIUSSI, L., *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?* in *La Comunità Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, vol. 61, 2016;

- CLINI, C., MUSU, I., GULLINO, M. L., *Sustainable Development and Environmental Management. Experiences and case studies*. Ed. Springer, 2008;
- CORDINI, G., FOIS, P., MARCHISIO, S., *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2017;
- CORDONIER SEGGER, M.C., GEHRING, M., NEWCOMBE, A., *Sustainable Development in World Investment Law*. Kluwer Law International, 2011;
- CORDONIER SEGGER, M.C., WEERAMANTRY C.G., *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals, 1992-2012*. London-New York, Routledge, 2017;
- COTULA, L., *Foreign Investment, law and sustainable development. A handbook on agriculture and extractive industries*, Natural Resource Issues No. 31, London, IIED-International Institute for Environment and Development, 2^a ed., 2016;
- COTULA, L. *Democracy and International Investment Law*, in *Leiden Journal of International Law-LJIL*, n. 30, Cambridge, CUP, 2017, pp. 351-382;
- DE BRABANDERE, E., *Human Rights and Foreign Direct Investment*, in M. KRAJEWSKI, R. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, E. Elgar Publishing, 2019, pp. 619-645;
- DELI, M. B., *Transparency in the Arbitral Procedure* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill-Nijhoff, 2018;
- DE LUCA, A., BONFANTI, A., *Investment and human rights: Is there an elephant in the room?*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 282 del 13 luglio 2020;
- DI STASI, A., *The normative force of the outcome document 'The Future we want': brief remarks*, in M. FITZMAURICE, S. MALJEAN-DUBOIS, S. NEGRI (eds.), *Environmental protection and sustainable development from Rio to Rio+20*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 7-26;
- DURANTE MANGONI, A.M., TARTAGLIA POLCINI, G., *La diplomazia giuridica*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane-E.S.I., 2019;
- FERIA-TINTA, M. *Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v. Uruguay*, in *Journal of International Arbitration* 34, no. 4, Kluwer Law International BV, 2017, pp. 601-630;
- FRENCH, D., KOTZÉ, L.J., *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, E. Elgar Publishing Ltd., 2018;
- GAUKRODGER, D., *Business Responsibilities and Investment Treaties*. Consultation Paper by the OECD Secretariat. OCSE, Parigi, 2020;
- GORDON, K., POHL, J., BOUCHARD, M., *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a Fact Finding Survey*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01, Paris, OECD Publishing, 2014;
- GRILLER, S., OBWEXER, W., VRANES, E., *Mega-Regionals Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA-New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, OUP, 2017;

- HUSH, E., *Where No Man Has Gone before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, New York, Columbia University Libraries, Vol. 43(1), L. 93, 2018, pp. 93-180;
- KIM, R. E., *The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals in Review of European Community & International Environmental Law- RECIEL*, Vol. 25(1), Wiley Online Library, 2016, pp. 15-26;
- KUBE, V., PETERSMANN, E.U., *Human Rights Law in International Investment Arbitration* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill-Nijhoff, 2018;
- LOWE, V., *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A. BOYLE, D. FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, OUP, 1999;
- MANJIAO, C., *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*. London-New York, ed. Routledge, 2017;
- MASTROJENI, G., PASINI A., *Effetto serra, effetto guerra*, Milano, ed. Chiarelettere, 2017;
- MBENGUE, M.M.; SCHACHERER, S., *Foreign Investments under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer Nature Switzerland AG, 2019;
- MERCURI, S., *La gestione dei temi globali nella società internazionale post Covid-19, in Approfondimenti*, Roma, ASviS, 2020;
- MONTINI, M., *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 9/19, pp. 2-21;
- NANDA, V.P., *The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 44(3), 2016, pp. 389-412;
- PUCCIO, L., BINDER, K., *Trade and Sustainable Development Chapters in CETA*. Bruxelles, European Parliament Research Service, 2017;
- PUGGIONI, A., *Access to Justice and Sustainable Development: the National Green Tribunal of India*. PhD Programme in Institutions, Politics and Policies. XXVII Cycle. IMT School for Advanced Studies, Lucca, 2016;
- SACERDOTI, G., *Investment Protection and Sustainable Development: Key Issues*, in S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, OUP, 2016;
- SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 2003;
- SAUVANT, K. P., MANN, H., *Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics*. E15Initiative. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, Ginevra, 2017;

- SAUVANT, K. P., *Promoting sustainable FDI through international investment agreements*, in *Columbia FDI Perspectives*, New York, CCSI, n. 251 del 6 maggio 2019;
- SCHRIJVER, N., *The evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden, Brill, 2008;
- SIMMA, B., *Foreign investment arbitration: a place for human rights?* in *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, CUP, Vol. 60, 2011, pp. 573-596;
- TANZI, A., *On balancing foreign investment interests with public interests in recent arbitration case law in the public utilities sector*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill-Nijhoff, 2012.
- TANZI, A., *Recent Trends in International Investment Arbitration and the Protection of Human Rights in the Public Services Sector*, in *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, Birkauser-Springer, 2013;
- TANZI, A., CRISTANIF., *International Investment Law and Arbitration. An Introductory Casebook*, Padova, CEDAM, 2013;
- TANZI, A., *International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: a Multidimensional Analysis*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*, The Hague, Brill/Martinus Nijhoff, 2014;
- TANZI, A., *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith* in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 2018;
- TANZI, A., FITZMAURICE, M., PAPANTONIOU, A., *Multilateral Environmental Treaties*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018;
- TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 6^a ed., Padova, CEDAM, 2019;
- THIELBORGER, P., ACKERMANN, T., *A Treaty on Enforcing Human Rights against Business: Closing the Loophole or Getting Stuck in a Loop*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24(1), Indiana University Maurer School of Law, Bloomington, 2017;
- VAN AAKEN, A., *Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, Leiden, Brill-Nijhoff, 2014, pp. 827-861;
- VOIGT, C., *Sustainable Development as a General Principle of Law*, in *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflict between Climate Measures and WTO Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008;
- VOIGT, C., *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2013.
- ZARRA, G., *The issue of incoherence in investment arbitration: is there need for a systemic reform?*, in *Chinese Journal of International Law*, Oxford, OUP, Vol. 17, 2018, pp. 137-185.

Giurisprudenza

Island of Palmas case (Netherlands v. USA), lodo del 4 aprile 1928, UNRIAA, Vol. II.

Trail smelter arbitration (USA v. Canada), 1941, UNRIAA, III, p. 1965.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion (21 giugno 1971), I.C.J. Reports 1971, p. 16.

Tyrer v. the United Kingdom, sentenza CEDU del 25 aprile 1978, Series A no. 26.

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 giugno 1990.

Nuclear Tests II, New Zealand v. France, ordine CIG del 22 settembre 1995.
G. PALMER, *Dissenting Opinion*.

United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, 20 maggio 1996.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226.
C.G. WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion*.

Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India & Ors, Supreme Court of India, Judgment, 28 agosto 1996, 1996 5 SCR 241.

Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 25 settembre 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 7.
C.G. WEERAMANTRY, *Separate opinion*.

United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 6 novembre 1998.

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, 1 novembre 1999.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 febbraio 2000.

Bulankulama and Others v. Secretary, Ministry of Industrial Development and Others (Eppawela case), Supreme Court of Sri Lanka, sentenza del 2 giugno 2000.

Methanex Corporation v. USA, NAFTA case. Decision of the tribunal on petitions from third persons to intervene as 'amici curiae', 15 gennaio 2001.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on jurisdiction, 16 luglio 2001.

SERAC, et al. v. Nigeria, Comm.No. 155/96 (2001), African Commission on Human and Peoples' Rights. Decisione del 13 ottobre 2001.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, decisione sull'annullamento del lodo arbitrale, 5 febbraio 2002.

Mondev International Ltd. v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2. Award, 11 ottobre 2002.

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID case No. ARB(AF)/99/1. Award, 16 dicembre 2002.

ADF Group Inc. v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1. Award, 9 gennaio 2003.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Award, 29 maggio 2003.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5. Award, 23 settembre 2003.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, 6 novembre 2003, I.C.J. Reports 2003, p. 161.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6. Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 29 gennaio 2004.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction, 29 aprile 2004.

Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/3. Award, 30 aprile 2004.

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 maggio 2005.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19. Order in response to a petition for participation as *amicus curiae*, 19 maggio 2005.

Iron Rhine ('IJzeren Rijn') Railway (Belgium v. Netherlands). Award, 24 maggio 2005, PCA, 27 RIAA 35.

Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3. Decision on Respondent's objections to jurisdiction, 21 ottobre 2005.

International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL. Arbitral Award, 26 gennaio 2006.

T. W. WÄLDE, *Separate Opinion*.

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28. Decision on Jurisdiction, 1 febbraio 2006.

Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, PCA case. Decisione parziale, 17 marzo 2006.

El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15. Decision on jurisdiction, 27 aprile 2006.

L.E.S.I. S.p.A. and Astaldi S.p.A. v. Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3. *Décision*, 12 luglio 2006.

Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12. Award, 14 luglio 2006.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26. Award, 2 agosto 2006.

World Duty Free Company Ltd. v. Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7. Award, 25 settembre 2006.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID case No. ARB/05/22. Procedural Order no. 3, 29 settembre 2006.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1. Decision on liability, 3 ottobre 2006.

Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7. Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 novembre 2006.

Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8. Award, 17 gennaio 2007.

Saipem S.p.A. v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07. Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 marzo 2007.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25. Award, 16 agosto 2007.

Parkerings-Compagniet A.S. v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8. Award, 11 settembre 2007.

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16. Award, 28 settembre 2007.

Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, Appellate Body Report, WT/DS332/AB/R, 17 dicembre 2007.

United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, Appellate Body Report, WT/DS344/AB/R, 20 maggio 2008.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID case No. ARB/05/22. Award, 24 luglio 2008.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19. Award, 18 agosto 2008.

Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24. Award, 27 agosto 2008.

Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9. Award, 5 settembre 2008.

Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5. Award, 15 aprile 2009.

Glamis Gold, Ltd. v. USA, UNCITRAL. Award, 8 giugno 2009.

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, 13 luglio 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2. Award, 13 agosto 2009.

Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2. Award, 17 settembre 2009.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18. Decision on Jurisdiction and Liability, 14 gennaio 2010.

China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R, 19 gennaio 2010.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 20 aprile 2010, I.C.J. Reports, 2010, p. 14.

A.A.C. TRINDADE, *Separate opinion*.

Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Jurisdiction, 2 giugno 2010.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana. ICSID Case No. ARB/07/24. Award, 18 giugno 2010.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19. Decision on Liability, 30 luglio 2010.

Chemtura Corporation v. Canada, UNCITRAL. Award, 2 agosto 2010.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01. Award, 4 agosto 2010.

El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15. Award, 31 ottobre 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1. Award, 7 dicembre 2011.

China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, Appellate Body Report, WT/DS394/AB/R, 22 febbraio 2012.

SAUR International S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4. Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 giugno 2012.

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23. Award, 11 giugno 2012.

Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25. Procedural Order No. 2, 26 giugno 2012.

Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Inter-American Court of Human Rights, Judgment, 27 giugno 2012.

Daimler Financial Services AG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/05/1. Award, 22 agosto 2012.

SERAP v. Nigeria, Judgment n. ECW/CCJ/JUD/18/12, General List n. ECW/CCJ/APP/08/09. ECOWAS Court of Justice, 14 dicembre 2012.

Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3. Award, 4 ottobre 2013.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20. Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 novembre 2013.

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Decision on Jurisdiction, 24 febbraio 2014.

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening). Judgment, 31 marzo 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 226.
A.A.C. TRINDADE, *Separate opinion*.

Hesham T. M. Al Warraq v. Indonesia, UNCITRAL. Award, 15 dicembre 2014.

Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15. Award, 28 luglio 2015.

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28. Decision on Annulment, 30 dicembre 2015.

Crystallex International Corporation v. Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Award, 4 aprile 2016.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7. Award, 8 luglio 2016.

Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12. Award, 14 ottobre 2016.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26. Award, 8 dicembre 2016.

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy, ICSID Case No. ARB/14/3. Award, 27 dicembre 2016.

Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Counterclaims, 7 febbraio 2017.

Bear Creek Mining Corporation v. Peru, ICSID Case No. ARB/14/21. Award, 30 novembre 2017.

Slowakische Republik contro Achmea BV, CGUE, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 marzo 2018 (C-284/16, Achmea).

Vattenfall AB and others v. Germany, ICSID Case No. ARB/12/12. Decision on the Achmea issue, 31 agosto 2018.

David R. Aven and Others v. Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3 (UNCITRAL arbitration rules). Award, 18 settembre 2018.