



PRESENTAZIONE DEL VOLUME

(a cura dell'autore o del curatore)

Informazioni generali

Autore: DOMENICO PAUCIULO

Titolo del volume: La promozione dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti esteri

Casa editrice e luogo di stampa: ESI, Napoli

Anno di pubblicazione: 2023

Pagine complessive e costo del volume: 320 pp; 47,00 Euro

Informazioni sul volume

L'incremento dei flussi di investimenti esteri costituisce un fondamentale elemento della strategia di sviluppo degli Stati: l'ingresso di capitali stranieri nelle economie nazionali, infatti, comporta benefici quali la creazione di un mercato competitivo, l'integrazione commerciale tra i Paesi, l'aumento dell'occupazione, la diffusione di nuove tecnologie e la formazione del capitale umano, con conseguenti ricadute vantaggiose a lungo termine in ambito sociale. Oltre al contributo alla crescita economica aggregata, gli investimenti esteri alimentano anche il lato umano dello sviluppo, così come inteso dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella Dichiarazione sul diritto allo sviluppo del 1986, secondo cui «[development] is a comprehensive economic, social, cultural and political process, which aims at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals». Questo rapporto è stato riconosciuto in più occasioni dalle Nazioni Unite, le quali sono impegnate a mobilitare risorse private per il finanziamento dello sviluppo: riferimenti a capitali privati ed investimenti esteri sono infatti presenti nella cd. Agenda 2030, la quale costituisce l'articolazione in obiettivi del paradigma dello sviluppo sostenibile. La dimensione di sostenibilità dello sviluppo richiede, specificamente, che gli investitori stranieri non solo si concentrino sugli aspetti finanziari e sulla massimizzazione dei profitti, ma che tengano anche conto della dimensione ambientale e dell'impatto sociale dei propri investimenti. In effetti, quando non sono regolamentate e

supervisionate appropriatamente, le operazioni di investimento possono anche pregiudicare il benessere delle popolazioni dei Paesi ospiti, per esempio generando inquinamento massiccio, corruzione, gravi violazioni dei diritti umani oppure lo sfruttamento sconsiderato di risorse naturali. Pertanto, gli Stati, le Organizzazioni internazionali e la società civile sono molto attenti al processo internazionale di normazione degli investimenti esteri, a causa della percezione che operazioni su larga scala possano ledere altri importanti valori e obiettivi di natura non economica. Tuttavia, può affermarsi che l'attuale quadro giuridico internazionale sugli investimenti esteri non riconosca in maniera generalizzata ed esplicita questa urgenza: i trattati sugli investimenti, infatti, sono tradizionalmente limitati negli scopi e nelle disposizioni alla protezione degli interessi privati da comportamenti abusivi o discriminatori da parte degli Stati, i quali hanno storicamente «sofferto» delle asimmetrie tipiche di questi strumenti, dovute principalmente al fatto che questi accordi delineano obblighi di trattamento per gli Stati nei confronti degli investitori stranieri senza imporre obblighi corrispondenti agli stessi e, inoltre, permettano a questi ultimi di sottoporre eventuali controversie a tribunali arbitrali internazionali. Il contenuto tipico di questi accordi e l'assenza di norme sui valori di ordine sociale e ambientale ha dato vita ad una giurisprudenza arbitrale poco attenta alle politiche degli Stati indirizzate alla protezione di interessi generalizzati: gli arbitri hanno infatti spesso individuato violazioni dei diritti degli investitori anche quando le misure degli Stati ospiti erano giustificate da motivazioni di interesse generale. Questo volume è, pertanto, dedicato all'analisi delle interazioni (e tensioni) tra norme e valori appartenenti a settori diversi nel diritto internazionale degli investimenti, valutando se i nuovi accordi internazionali riescano ad assicurare un maggiore coordinamento tra valori non economici, sviluppo sostenibile e investimenti esteri.

In via preliminare, è da chiarire che questo studio si focalizza esclusivamente sulle questioni connesse alla tutela delle prerogative degli Stati. In effetti, mentre le preoccupazioni di natura non economica possono venire in rilievo da varie prospettive, sono generalmente i Governi ad opporre che determinate misure nazionali siano state intraprese per esigenze pubbliche, per esempio perché l'attività dell'investitore non ha tenuto in considerazione i diritti umani o rispettato la normativa in materia ambientale, oppure per ragioni di tutela della salute. In questo studio, verrà considerata principalmente questa ipotesi: in effetti, molte critiche al sistema internazionale di protezione degli investimenti sono nate da questa scarsa attenzione alle esigenze di carattere pubblico. Ciò spiega anche la recente «strategia normativa» adottata da un'ampia maggioranza di Stati per fronteggiare l'assenza di coordinamento tra norme e il disequilibrio tipico del sistema internazionale di protezione degli investimenti. Proprio per sopperire ad una (percepita) minore tutela da parte dei tribunali arbitrali e all'assenza di obblighi in capo agli investitori, gli Stati hanno proposto e concluso nuovi accordi internazionali, i quali esprimono un modello che intende coniugare maggiormente i temi dello sviluppo sostenibile e la protezione di esigenze non economiche con la protezione e la promozione degli investimenti, e che si caratterizza inoltre per una maggiore attenzione verso le parti statali.

L'idea di partenza che ispira questo volume, pertanto, è il rifiuto di una concezione del diritto internazionale degli investimenti esteri come isolato rispetto ad altri ambiti normativi del diritto internazionale: questo discorso si inserisce all'interno del macro-tema delle tensioni tra i diversi

settori dell'ordinamento giuridico internazionale, il quale è stato oggetto di studi dottrinali e da parte della Commissione di diritto internazionale. Queste discussioni hanno interessato anche il diritto internazionale degli investimenti, il quale è spesso percepito come «asimmetrico» ed eccessivamente *pro-investor*: queste critiche, come è analizzato nel Capitolo I, hanno provocato una crisi del sistema internazionale di protezione degli investimenti, che ha a sua volta innescato questo processo di riforma volto a meglio specificare il contenuto delle regole di carattere sostanziale, a migliorare gli aspetti procedurali del meccanismo di risoluzione delle controversie e, soprattutto a conciliare la promozione e protezione degli investimenti con la promozione dello sviluppo sostenibile.

La spinta verso la riforma è stata alimentata da diverse controversie che hanno messo in discussione le politiche degli Stati. Numerosi casi, esaminati nel Capitolo II, dimostrano che gli obblighi di protezione degli investimenti esteri contenuti negli accordi internazionali possono restringere i «margini di manovra» dei Governi, generando limitazioni alla possibilità di regolare le operazioni economiche alla luce dell'interesse pubblico. In effetti, l'applicazione degli standards convenzionali di protezione degli investimenti, in particolare delle norme sull'espropriazione e sul trattamento giusto ed equo (FET), può imporre agli Stati ospiti di risarcire gli investitori stranieri per gli effetti negativi di misure nazionali sulla singola operazione economica. Il risultato è una limitata propensione degli arbitri a bilanciare protezione degli investimenti esteri e tutela di questi valori, dando maggiore priorità agli aspetti contrattuali e agli interessi privati. Proprio nell'ambito della giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti, tuttavia, possono trovarsi alcuni recenti tentativi di maggiore considerazione dei valori non economici, soprattutto quando queste argomentazioni sono state utilizzate dagli Stati convenuti nelle proprie difese nell'ambito di procedimenti arbitrali: gli arbitri hanno infatti elaborato alcune tecniche che permettono di utilizzare le norme sui valori non economici come strumento ermeneutico, estendendo l'ambito di applicazione delle regole contenute nei trattati stessi o nei regolamenti procedurali sul diritto applicabile al merito della controversia; oppure, gli arbitri hanno impiegato ben noti strumenti di interpretazione previsti dal diritto dei trattati, come la regola dell'interpretazione sistemica. Alcuni casi più recenti attestano anche che i tribunali arbitrali siano arrivati a riconoscere l'ammissibilità di domande riconvenzionali presentate dagli Stati nei confronti degli investitori stranieri, «colpevoli» di aver ignorato esigenze di carattere ambientale oppure i diritti umani della popolazione: queste pronunce, ancora piuttosto limitate, aprono comunque la strada ad una maggiore considerazione delle esigenze ambientali, sociali e umanitarie nell'ambito del sistema giuridico sugli investimenti esteri. Partendo dall'impatto di queste controversie sul rapporto tra valori non economici e investimenti esteri si intende approfondire la strategia di *treaty-making* degli Stati e, soprattutto, valutare la sua adeguatezza alle necessità di miglioramento e di bilanciamento del sistema internazionale di protezione degli investimenti.

A questi fini, nel Capitolo III è delineata la principale forma di reazione a questa asimmetria e al superamento della frammentazione individuata in questo volume, ovvero l'inclusione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti. Lo sviluppo sostenibile, infatti, può considerarsi il cardine e l'obiettivo dell'intera strategia di promozione degli investimenti elaborata dagli Stati ed esercita la funzione di indirizzare la cooperazione economica verso gli ambiti sociali e ambientali. I nuovi accordi sugli

investimenti, pertanto, tentano di operare questo bilanciamento ricorrendo a riferimenti vari sia nei preamboli sia creando apposite disposizioni sostanziali, legando lo sviluppo sostenibile ad altri obblighi internazionali, principalmente in materia di protezione dei lavoratori e salvaguardia dell'ambiente. In questo senso, la prassi dell'Unione europea, che si caratterizza per l'adozione di specifici capitoli all'interno dei propri accordi commerciali, allarga il novero degli interessi protetti, come il contrasto ai cambiamenti climatici, la protezione della biodiversità, le politiche energetiche, la tutela delle foreste e della pesca sostenibile, l'uguaglianza di genere, la responsabilità sociale di impresa. La prassi convenzionale più recente dimostra che queste disposizioni sono molto frequenti: resta da valutare se questi riferimenti possano, da soli, permettere agli arbitri, che ancora non si sono confrontati con queste nuove clausole, di meglio bilanciare esigenze pubbliche con la protezione dei privati. L'analisi proposta intende dimostrare che questi riferimenti possano avere efficacia in maniera limitata a causa della tipologia di clausole sviluppate, che possono assumere esclusivo significato interpretativo o hanno un contenuto programmatico. In alcuni casi, queste stesse norme non possono essere neanche essere invocate davanti ai tribunali arbitrali perché sottoposte a procedure di risoluzione delle controversie di tipo conciliativo.

Gli effetti positivi sullo sviluppo sostenibile degli accordi sugli investimenti, pertanto, possono dipendere da ulteriori sviluppi normativi, attraverso l'utilizzo di nuove disposizioni che possano garantire maggiore efficacia e che siano più facilmente applicabili nei procedimenti arbitrali, tra cui l'affermazione e la salvaguardia del cd. *right to regulate* e l'imposizione di obblighi convenzionali e di responsabilità nei confronti degli investitori. Il volume, pertanto, intende interrogarsi se questi due gruppi di clausole, poggiando sul paradigma dello sviluppo sostenibile, possano permettere il raggiungimento di una maggiore coerenza sistemica tra norme internazionali in materia di investimenti e altri obblighi internazionali.

Un primo ambito di indagine, esplorato nel Capitolo IV, interessa quelle disposizioni convenzionali che costituiscono una affermazione espressa del potere degli Stati di legiferare e regolamentare le operazioni economiche che si svolgono sul proprio territorio senza incorrere in violazioni dei propri obblighi internazionali e ispirate alla cd. *police powers doctrine*. Queste disposizioni offrono protezione convenzionale a questo potere degli Stati di protezione del proprio spazio politico, necessario per la salvaguardia e la promozione di interessi di carattere generale. Si tratta, chiaramente, di una manifestazione della sovranità degli Stati, la quale può essere esercitata liberamente entro i limiti imposti dal diritto internazionale. L'analisi di queste disposizioni è pertanto centrale nell'indagine proposta da questo volume, che è appunto dedicato ai modelli convenzionali che intendono salvaguardare interessi di carattere pubblico. In questo senso, il principale strumento elaborato nella strategia convenzionale, soprattutto da parte dei Paesi industrializzati, è il *right to regulate*, una norma variamente articolata che si ritrova nei preamboli, in clausole che riaffermano questo diritto e in disposizioni di eccezione. L'inclusione di questo vero e proprio «diritto» appare essere l'espedito giuridico in grado di mitigare la contrapposizione tra interessi divergenti, essendo in grado di evitare che una modifica dell'ordinamento dello Stato ospite, originata da motivi di interesse pubblico, possa essere qualificata alla stregua di un'espropriazione, con conseguente obbligo del pagamento dell'indennizzo, o la violazione di uno standard di trattamento, che sarebbe invece passibile di risarcimento. Come si intende dimostrare, oltre ad una esplicita protezione convenzionale,

questo diritto degli Stati è contenuto anche in una norma di carattere consuetudinario: tuttavia, le due norme hanno ambiti di applicazione diversi, con la norma generale che sembra «coprire» solo alcuni specifici valori di natura non economica rispetto, invece, alla più recenti prassi convenzionali.

Un secondo ambito di indagine, discusso nel Capitolo V, esamina invece le disposizioni relative alle condotte degli investitori, le quali sono essenziali nella strategia convenzionale volta a meglio collegare la protezione degli investimenti e lo sviluppo sostenibile. Queste norme si ritrovano principalmente negli accordi più recenti dei Paesi africani e del Sud del Mondo, mentre l'Unione europea e gli Stati Uniti – tradizionalmente contrari a regolamentazioni vincolanti per le imprese e gli investitori – preferiscono approcci più morbidi e il richiamo a strumenti già esistenti. Queste clausole nascono, sostanzialmente, come rimedio alla percepita asimmetria del sistema convenzionale di protezione degli investimenti e all'assenza di obblighi per gli investitori. L'analisi della prassi convenzionale non può però prescindere da una indagine preliminare circa la possibilità di imporre obblighi, nascenti dagli accordi internazionali, in capo a soggetti privati: la tradizionale distinzione tra approccio classico e approcci più moderni orienta il dibattito in merito alla soggettività internazionale dei soggetti privati. In questo volume si adotta una impostazione teorica per la quale si può presupporre una soggettività, seppur limitata, in capo ai soggetti privati alla luce del numero crescente di norme convenzionali o anche di carattere generale che conferiscono diritti e obblighi a questi enti. Le disposizioni esaminate, pertanto, si inseriscono nella tendenza a regolare l'attività delle imprese e il proprio impatto su esigenze di carattere diffuso, come sui diritti umani. Il loro effetto principale, nei trattati sugli investimenti, è escludere la protezione convenzionale quando gli investimenti sono iniziati o sono stati condotti *contra legem*. La prassi degli accordi sugli investimenti ha quindi portato a nuovi sviluppi, imponendo specifici obblighi in capo agli investitori che possono ricondursi alla cd. responsabilità sociale delle imprese, includendo doveri di utilizzare la giusta diligenza. Resta però discusso se queste clausole possano essere invocate direttamente in un procedimento arbitrale: prima di tutto, alcuni trattati, come quelli conclusi dall'Unione europea, escludono la possibilità di ricorrere a meccanismi arbitrali, favorendo consultazioni a livello governativo. Inoltre, è da notare come queste clausole siano formulate come impegni volontari per le imprese oppure come obblighi di promozione di questi valori in capo agli Stati. La prassi arbitrale dimostra, però, che in diversi casi gli arbitri hanno appunto negato la protezione del trattato all'investitore che abbia violato le norme poste a protezione di valori non economici, declinando la propria competenza, dichiarando inammissibile il ricorso oppure riducendo o negando i risarcimenti dovuti agli investitori in virtù della propria condotta spregiudicata. Anche in questo caso, si intende dar conto delle principali prassi convenzionali e delle loro differenze, evidenziando sia i nuovi meccanismi istituzionali previsti per favorire la cooperazione tra le parti dei trattati internazionali dedicati agli investimenti sulle tematiche dello sviluppo sostenibile, sia verificando quelle che sono le prospettive per l'attuazione – anche in sede di procedimenti contenziosi – delle regole contenute in questi accordi.

L'ipotesi di lavoro che si intende dimostrare presuppone che le prassi convenzionali più recenti costituiscono testimonianza della rilevanza assunta dall'obiettivo dello sviluppo sostenibile e dalle norme sui valori non economici nel processo di *treaty-making* condotto da Stati e da

Organizzazioni economiche regionali. Questa strategia normativa nasce dal percepito «isolamento» del diritto internazionale degli investimenti rispetto al *corpus* del diritto internazionale, confermata dagli esiti di diverse controversie: tuttavia, la prassi arbitrale è dipesa anche dall'assenza di specifiche norme che permettano un'integrazione sistematica dei valori non economici nei trattati sugli investimenti. Le recenti prassi convenzionali costituiscono, inoltre, una reazione anche alla frammentazione del diritto internazionale e dall'incapacità degli arbitri di sviluppare strumenti che permettano una piena e strutturale applicazione delle norme sui valori non economici nelle controversie sugli investimenti.

Tramite l'espressa inclusione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti, gli Stati provano quindi a superare questi limiti. Questo principio, notoriamente, costituisce il punto di sintesi tra esigenze di matrice economica (lo sviluppo economico) e di natura non economica (la protezione dell'ambiente e, anche, il progresso sociale). Gli Stati hanno pertanto fatto affidamento su una regola che ha l'intrinseca funzione di ispirare la risoluzione di eventuali conflitti e di fungere da «aggiustamento» tra norme e valori apparentemente inconciliabili. Da questo punto di vista, il volume analizza ed adotta il modello concettuale dello sviluppo sostenibile quale norma interstiziale: secondo questa concezione, nel diritto internazionale esistono regole che operano negli interstizi delle norme primarie e che non generano effetti normativi tipici di queste ultime norme. Le norme interstiziali, però, acquisterebbero valenza normativa grazie all'opera del giudice, diventando uno strumento di tipo processuale che permette la soluzione di conflitti e incompatibilità tra norme primarie. L'inclusione dello sviluppo sostenibile sia nei preamboli sia in apposite disposizioni sostanziali può risolvere le tensioni tra valori diversi che molti tribunali arbitrali non sono riusciti a risolvere: i nuovi accordi sugli investimenti, pertanto, tentano di favorire questo bilanciamento legando le norme sulla protezione degli investimenti allo sviluppo sostenibile e ad altri obblighi internazionali, nell'intenzione di facilitare l'applicazione di norme esterne rispetto ai tradizionali obblighi di protezione degli investimenti, come gli obblighi sulla protezione dei lavoratori e la salvaguardia dell'ambiente.

Il volume, quindi, considera il diritto internazionale degli investimenti come una disciplina alla ricerca di un equilibrio tra valori che appaiono apparentemente contrapposti. Data l'elevata importanza degli interessi in gioco e l'evidente necessità di un quadro giuridico solido che possa assicurare con costanza che gli investimenti esteri abbiano un impatto positivo sulle popolazioni, nello studio si è prima di tutto analizzato l'attuale quadro giuridico internazionale: per questo motivo, dal punto di vista metodologico, gli accordi internazionali sugli investimenti sono utilizzati per evidenziare i *trends* più recenti ricavabili dalla prassi convenzionale degli Stati, i quali, dopo aver espresso in varie forme un sostanziale rigetto del quadro giuridico e dei sistemi di risoluzione delle controversie dedicati agli investimenti esteri, hanno elaborato nuovi modelli per ampliare la tutela giuridica dei valori non economici.