

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA

XXXVIII CICLO

**IL CONTENZIOSO IN MATERIA DI INVESTIMENTI DINANZI
ALLE CORTI INTERNE**

THE LITIGATION ON INVESTMENT MATTERS BEFORE DOMESTIC COURTS

Tutor:
Prof: Giovanni Zarra

Candidata:
Annalisa Taddeo

2024/2025

Sommario

<i>PREFAZIONE E PRESENTAZIONE DELLA TESI.....</i>	<i>1</i>
1. <i>Introduzione</i>	<i>1</i>
2. <i>Finalità della ricerca.....</i>	<i>3</i>
3. <i>Struttura della tesi.....</i>	<i>5</i>
4. <i>Definizione dell'ambito di ricerca e delle sue ragioni.</i>	<i>7</i>
 <i>CAPITOLO I.....</i>	<i>10</i>
<i>EVOLUZIONE E CRISI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI.....</i>	<i>10</i>
1. <i>Introduzione</i>	<i>10</i>
2. <i>La nozione di investimento</i>	<i>12</i>
3. <i>Fondamenti storici della protezione degli investimenti stranieri</i>	<i>17</i>
3.1 <i>Le origini storiche</i>	<i>19</i>
3.2 <i>Lo sviluppo dei trattati bilaterali.....</i>	<i>21</i>
3.3 <i>L'espansione dei BITs e l'istituzionalizzazione</i>	<i>25</i>
3.4 <i>Il contesto attuale: crisi, stagnazione, riforme</i>	<i>30</i>
4. <i>Gli standard sostanziali di protezione.....</i>	<i>38</i>
4.1 <i>Il Fair and Equitable Treatment (FET)</i>	<i>40</i>
4.2 <i>L'espropriazione diretta e indiretta</i>	<i>50</i>
4.3 <i>La clausola della nazione più favorita</i>	<i>57</i>
5. <i>Il meccanismo ISDS: struttura, logica, giustificazioni iniziali</i>	<i>62</i>
6. <i>Le critiche recenti al sistema ISDS</i>	<i>68</i>
6.1 <i>Asimmetrie strutturali, impatti democratici e deficit di trasparenza</i>	<i>70</i>
6.2 <i>Costi, tempi e rischio di forum shopping.....</i>	<i>76</i>
6.2.1. <i>Il fattore tempo nei procedimenti di arbitrato investitore-Stato</i>	<i>80</i>
6.2.2. <i>Il fenomeno del forum shopping nel sistema ISDS.....</i>	<i>82</i>
6.3 <i>Lacune del sistema ISDS: l'assenza di meccanismi di appello</i>	<i>85</i>
7. <i>Le risposte della comunità internazionale</i>	<i>90</i>
7.1 <i>Le proposte di riforma UNCITRAL del sistema ISDS.....</i>	<i>93</i>
7.1.1. <i>Model Provisions and Guidelines on Mediation</i>	<i>95</i>
7.1.2. <i>Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution ..</i>	<i>96</i>
7.1.3. <i>Codici di condotta per giudici e arbitri.....</i>	<i>96</i>

7.1.4. Appellate Mechanism.....	98
7.2 Il progetto di Corte Multilaterale sugli Investimenti.....	101
7.3 Il Trattato sulla Carta dell'Energia e le denunce degli Stati	105
8. Dal consolidamento alla crisi di legittimità: verso una giustizia domestica.	109
 CAPITOLO II	111
IL RICORSO ALLE CORTI INTERNE: UN'ALTERNATIVA IMPERFETTA	111
1. <i>Introduzione</i>	111
2. <i>Il ruolo delle giurisdizioni interne nel sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti</i>	113
3. <i>Le sfide giuridiche nel ricorso alle corti interne</i>	117
3.1 <i>Efficacia diretta dei trattati e problemi di self-executingness</i>	122
3.2 <i>Frammentazione normativa e prevalenza della lex fori</i>	128
3.2.1. <i>Le clausole Fork-in-the-Road</i>	131
4. <i>Le difese dello Stato e le azioni riconvenzionali: aperture nei lodi arbitrali</i> 136	
4.1 <i>Il ruolo ambivalente delle azioni riconvenzionali: limiti e opportunità</i> 139	
4.2 <i>Le azioni riconvenzionali come strumento di riequilibrio e rafforzamento del sistema ISDS</i>	141
5. <i>Il caso Achmea e la giurisprudenza della CGUE</i>	144
5.1 <i>I contratti di investimento come alternativa ai BIT intra-UE</i>	151
6. <i>Conclusione: possibilità e limiti della giurisdizione interna</i>	154
 CAPITOLO III	159
APPLICABILITÀ INTERNA DEGLI STANDARD DI TRATTAMENTO: TRA DIRITTO E PRASSI	159
1. <i>Introduzione</i>	159
2. <i>Il Fair and Equitable Treatment come standard contestato</i>	160
3. <i>Le fonti: consuetudine, principi generali, soft law</i>	165
3.1 <i>La rilevanza della Soft Law nel diritto internazionale degli investimenti</i>	171

4. <i>Giudici nazionali e obblighi internazionali: esempi comparati</i>	174
5. <i>L'esperienza arbitrale tra autonomia e dialogo con le corti interne...</i>	180
6. <i>Conclusione: il dialogo giurisprudenziale (CIG, tribunali arbitrali, giudici nazionali)</i>	186

CAPITOLO IV..... 189

INVESTIMENTI, TRANSIZIONE ENERGETICA E CAMBIAMENTO CLIMATICO: PROSPETTIVE PER LA GIUSTIZIA INTERNA E REGULATORY CHILL 189

1. <i>Introduzione</i>	189
2. <i>L'interazione tra diritto internazionale degli investimenti e tutela ambientale: ordini, tensioni e prospettive di integrazione sistemica.</i>	191
2.1 <i>Dalla cooperazione multilaterale alla governance climatica: evoluzione dei principi e delle istituzioni ambientali internazionali</i>	195
2.2 <i>Il contenzioso investitore-Stato tra regolazione ambientale e diritto a regolare: profili giurisprudenziali e sistemici</i>	200
2.2.1 <i>Regolazione ambientale e governo del territorio</i>	201
2.2.2 <i>La transizione energetica come nuova frontiera del diritto degli investimenti</i>	205
2.3 <i>Equilibrio dinamico tra tutela dell'investitore e obiettivi ambientali: una sintesi ragionata</i>	209
3. <i>Il rapporto attuale fra diritto internazionale degli investimenti ed interessi non economici: il difficile bilanciamento fra interessi economici, tutela ambientale e dei diritti umani.</i>	214
3.1 <i>Interferenza statale e compressione dei diritti umani dell'investitore ..</i>	217
3.2 <i>Responsabilità dell'investitore e tutela degli interessi non economici dello Stato ospite.....</i>	219
3.3 <i>Dal contenzioso arbitrale alla giustizia interna: il baricentro del bilanciamento</i>	225
4. <i>La giustizia interna come spazio per il bilanciamento tra sviluppo e sostenibilità</i>	227
5. <i>Conclusioni: corti interne, ambiente, energia e diritti fondamentali in un pluralismo giuridico sostenibile.</i>	231

<i>CONCLUSIONE</i>	234
---------------------------------	------------

<i>Bibliografia</i>	239
----------------------------------	------------

PREFAZIONE E PRESENTAZIONE DELLA TESI

1. *Introduzione*

L'attuale sistema di arbitrato in materia di investimenti è emerso negli anni Sessanta, a seguito della conclusione della Convenzione di Washington istitutiva del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie sugli investimenti esteri (Convenzione ICSID) e la conclusione dei primi trattati bilaterali sugli investimenti (BIT). La quasi totalità dei BIT attualmente in vigore contempla espressamente la risoluzione delle controversie mediante arbitrato.

Tradizionalmente, vengono addotte tre ragioni per la conclusione degli accordi in materia di investimento che includano una clausola arbitrale in favore dell'investitore. In primo luogo, si ritiene che tali accordi, poiché concedono la possibilità di esperire uno strumento diretto di esecuzione delle clausole convenzionali, consentano di attrarre maggiormente investimenti esteri verso gli Stati ospiti. In secondo luogo, l'arbitrato tra Stato e investitore è sorto con l'obiettivo di "depoliticizzare" le controversie, consentendo il loro incardinamento presso una sede neutrale e imparziale. Inoltre, i BIT forniscono agli investitori stranieri un'alternativa ai tribunali nazionali, spesso percepiti come inadeguati per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. In base al concetto di *arbitration without privity*, chiunque si qualifichi come investitore in conformità ad un BIT può avvalersi dell'offerta ad arbitrare in esso contenuta, godendo della possibilità di avviare un procedimento arbitrale contro lo Stato ospite, anche in assenza di un impegno contrattuale ad hoc direttamente tra le parti.

Negli ultimi anni, il diritto internazionale degli investimenti, e con esso l'arbitrato, è diventato oggetto di una diffidenza crescente. Tra le critiche più penetranti all'attuale sistema vi è quella secondo cui esso sarebbe eccessivamente sbilanciato in favore degli investitori, esercitando un'indebita pressione sugli Stati legata al timore di essere

coinvolti in costose procedure arbitrali in caso di adozione di misure volte a protezione degli interessi nazionali. Infine, un ulteriore rilievo mosso dai critici del sistema ISDS riguarda il contrasto tra le decisioni arbitrali, frutto di un meccanismo di risoluzione delle controversie decentralizzato e non adeguatamente coordinato. Le numerose critiche mosse al sistema ne hanno dunque messo in dubbio la legittimità, a favore di una rivalutazione del ricorso alle corti nazionali. In proposito, è interessante notare che nel 2012 anche la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD) ha raccomandato di limitare il ricorso all'arbitrato e di rivolgersi ai sistemi giurisdizionali nazionali. Simili istanze sorgono anche nel contesto dell'UE. In questo quadro sono quindi emerse numerose proposte di riforma del sistema ISDS. Al contrario, non è stata devoluta adeguata attenzione al tema del contenzioso in materia di investimenti dinanzi alle corti interne.

Una simile soluzione non è tuttavia priva di problematiche. Le giurisdizioni nazionali sono tradizionalmente considerate inadeguate per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, in particolare per le difficoltà che esse possono riscontrare in merito all'applicazione del diritto internazionale. In particolare, si riscontrano tre ordini di problemi. Innanzitutto, occorre stabilire se e quali standard sostanziali contenuti nei BIT siano dotati di efficacia diretta, in modo tale da poter essere invocati dinanzi alle corti interne. Infatti, in molti casi i giudici interni potrebbero tendere a risolvere la controversia esclusivamente sulla base della *lex fori*. In secondo luogo, va indagata l'esistenza o meno di standard che, ricondotti a livello del diritto internazionale generale, possano essere richiamati dinanzi alle corti interne; tra tutti si pensi al *Fair and Equitable Treatment* (FET), rispetto alla cui natura giuridica si assiste da tempo a una disputa teorica tra parte della dottrina, propensa a considerarlo come principio generale del diritto internazionale, e la Corte internazionale di giustizia (CIG), che nega tale qualificazione¹.

¹ Corte Internazionale di Giustizia, *Obbligo di negoziare l'accesso sovrano all'Oceano Pacifico (Bolivia c. Cile)*, Sentenza del 1° ottobre 2018, CIJ Recueil 2018, par. 162.

Un ulteriore interrogativo attiene alla possibilità che dinanzi alle corti nazionali lo Stato possa lamentare violazioni da parte degli investitori con riferimento alla normativa internazionale in materia di diritti dell'uomo. Tale questione impone di verificare l'esistenza, nel diritto internazionale, non solo di diritti ma anche di obblighi direttamente in capo agli investitori. Sul punto, occorre confrontarsi con l'ampio dibattito sorto in tema di *Drittwirkung*, la giurisprudenza arbitrale in materia di domande riconvenzionali e le fonti di *soft law* per quanto riguarda la *responsabilità sociale d'impresa*. Di recente, ad esempio, sono stati modificati diversi *model international investment agreement* con lo scopo di assicurare un maggiore equilibrio tra il diritto dello Stato di esercitare il proprio potere regolatorio e la tutela dell'investitore straniero, si propone una definizione ristretta di investimento alle sole operazioni conformi al diritto dello Stato ospite (incluse, dunque, le obbligazioni in materia di diritti umani). Sempre nel tentativo di ovviare alle criticità emerse in passato, gli Stati hanno iniziato anche a concludere accordi di libero scambio (FTA) e BIT di nuova generazione, in modo da disciplinare non solo gli aspetti legati al commercio internazionale, ma anche interessi non economici.

Nel solco di tale evoluzione, un ruolo di primo rilievo occupa l'inclusione dei principi della RSI negli accordi di investimento, come riconosciuto anche da recenti tribunali arbitrali. Si pensi al caso *Urbaser c. Argentina*, il cui lodo, nel dichiarare che il diritto internazionale contempla una responsabilità sociale delle imprese, ha affermato per la prima volta che gli attori non statali hanno un obbligo di non violare i diritti umani e ha ammesso la proponibilità di domande riconvenzionali da parte dello Stato convenuto.

2. Finalità della ricerca

Il progetto intende compiere una riflessione sull'evoluzione che negli ultimi anni sta interessando il diritto internazionale degli investimenti, settore giuridico al centro di

numerose controversie e che si trova pertanto in una fase di sviluppo segnata dalla ricerca di nuovi possibili equilibri tra le due categorie di parti interessate, ovvero gli Stati ospiti degli investimenti, da un lato, e gli investitori stranieri, dall'altro. Le criticità, sollevate da più parti, *in primis* dall'Unione Europea (UE), riguardano tanto gli aspetti procedurali del sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (Investor-State Dispute Settlement, ISDS), attualmente basato sull'arbitrato, quanto quelli sostanziali relativi alla tutela degli interessi coinvolti. Dal punto di vista procedurale l'arbitrato in materia di investimenti suscita diffidenza soprattutto per l'asimmetria strutturale che lo caratterizza, in quanto soltanto gli investitori sono titolari del diritto di azione. Da un punto di vista sostanziale, il sistema prevede obblighi esclusivamente in capo agli Stati chiamati a garantire standard sostanziali di trattamento in favore degli investitori stranieri.

Solo di recente si è affermata la consapevolezza che le attività legate agli investimenti esteri diretti possano talvolta condurre ad un effetto negativo per la tutela di interessi non economici come la protezione dei diritti umani, sociali e ambientali delle comunità locali. A ciò si aggiunga che nell'ambito europeo si è affermata la convinzione che l'attività svolta dai tribunali arbitrali internazionali sia lesiva dell'autonomia giurisdizionale della Corte di Lussemburgo, unica autorità in grado di pronunciarsi definitivamente sul diritto dell'UE.

In questo quadro il ricorso alle corti interne in luogo delle sedi arbitrali potrebbe assumere rilevanza quale luogo privilegiato per la soluzione delle controversie tra investitore e Stato ospite.

Ciò, tuttavia, comporta l'esigenza, in primo luogo, di definire il diritto applicabile dinanzi ai giudici nazionali e, in secondo luogo, di valutare eventuali profili di responsabilità degli investitori stranieri alla luce del mutato contesto normativo e giurisdizionale. A tal fine occorre partire dalla ricostruzione delle fonti del diritto internazionale che regolano la protezione degli investimenti stranieri, da un lato, e gli obblighi degli investitori verso gli Stati ospiti, dall'altro lato. In tale prospettiva oggetto di studio saranno anche le recenti istanze di riequilibrio della posizione degli investitori

e degli Stati ospiti, nonché la questione ancora attuale della “responsabilità sociale di impresa” (RSI). In altri termini, la ricerca intende verificare se nel prossimo futuro l’arbitrato in materia di investimenti potrà ancora rappresentare un sistema idoneo a coniugare le diverse istanze coinvolte dal diritto degli investimenti, o se piuttosto, il ricorso alle corti interne possa ormai considerarsi il naturale esito della descritta evoluzione in materia.

3. *Struttura della tesi*

Per affrontare in modo sistematico le questioni legate all’evoluzione del diritto internazionale degli investimenti e al possibile riequilibrio tra tutela dell’investitore e prerogative statali, la ricerca è articolata in quattro capitoli tra loro strettamente connessi. Ciascun capitolo approfondisce un diverso profilo del sistema, seguendo un percorso logico che procede dalle origini dell’arbitrato fino alla sua attuale rimodulazione alla luce delle nuove istanze di legittimazione e sostenibilità. L’indagine si intreccerà con l’analisi dei sistemi interni e delle difficoltà connesse alla risoluzione delle controversie in materia di investimento. Saranno esaminate le differenze tra sistemi monisti e dualisti, valutando come l’appartenenza all’uno e all’altro modello possa incidere sulla cooperazione e sull’utilizzo delle corti interne e dei tribunali arbitrali. Successivamente, l’analisi verrà condotta alla luce delle fonti del diritto internazionale, passando dalla consuetudine ai principi generali e alla soft law, con l’obiettivo di intrecciare le norme dell’ordinamento internazionale con quelle degli ordinamenti interni. Infine, si approfondirà il rapporto tra i sottosistemi del diritto internazionale pubblico, in particolare le relazioni tra diritto internazionale degli investimenti, il diritto dell’ambiente e della tutela dei diritti umani. Si cercherà di analizzare la giurisprudenza e di comprendere come i tribunali arbitrali in materia di investimenti abbiano affrontato le interrelazioni tra questi settori.

Nel dettaglio, il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione storica e sistematica del diritto internazionale degli investimenti. Vi si ripercorrono le origini in relazione alla problematica legata all'utilizzo della protezione diplomatica come unico strumento di risoluzione, la progressiva diffusione dei trattati bilaterali sugli investimenti (BIT) e l'istituzionalizzazione del sistema attraverso la Convenzione di Washington del 1965, istitutiva dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Questa parte analizza le ragioni che hanno condotto alla centralità dell'arbitrato, mettendo in luce le finalità di depoliticizzazione delle controversie, la neutralità del foro e la tutela dell'investitore. L'obiettivo è chiarire come la costruzione pattizia di questa disciplina abbia dato origine a un sistema autonomo ma, al tempo stesso, intrinsecamente frammentato, caratterizzato da problematiche che incidono sul funzionamento stesso dell'arbitrato investitore-Stato. Alla luce di ciò, verrà quindi esaminata la crisi di legittimità del sistema ISDS, evidenziando le critiche relative all'asimmetria strutturale, alla frammentazione giurisprudenziale, alla scarsa trasferenza e a costi elevati, nonché le proposte di riforma avanzate a livello internazionale e regionale.

Il secondo capitolo si concentra sul ruolo delle giurisdizioni interne come foro alternativo o complementare all'arbitrato internazionale. L'analisi prende avvio dal tradizionale scetticismo verso l'idoneità delle corti nazionali a risolvere controversie in materia di investimenti, per poi esaminare le condizioni che potrebbero consentire loro di svolgere un ruolo effettivo nella tutela degli interessi in gioco. In particolare, vengono discussi i problemi connessi all'efficacia diretta dei BIT e alla loro invocabilità davanti ai giudici nazionali, le difficoltà legate all'applicazione del diritto internazionale nell'ordinamento interno e la tendenza delle corti a privilegiare le *lex fori*. Il terzo capitolo approfondisce la questione dell'applicabilità interna degli standard di trattamento, analizzando il modo in cui i principi fondamentali del diritto degli investimenti – in particolare il *Fair and Equitable Treatment* – possano trovare attuazione nei diversi ordinamenti nazionali. La riflessione si articola attraverso un duplice approccio: da lato, l'indagine teorica sulla natura giuridica degli standard di

protezione, ricostruiti nelle loro fonti; dall'altro, l'esame della prassi giurisdizione comparata, che mostra esempi significativi di recepimento o di interazione tra diritto internazionale e diritto interno. Infine, il quarto capitolo affronta il tema del rapporto tra investimenti, transizione energetica, cambiamento climatico e diritti umani, analizzando le nuove sfide che la tutela dell'ambiente e la governance climatica pongono al diritto internazionale degli investimenti. Si proporrà una riflessione sulle corti interne come luoghi privilegiati per la realizzazione di un equilibrio dinamico tra sviluppo economico, tutela ambientale e diritti fondamentali, delineando il profilo di un pluralismo giuridico sostenibile in grado di rendere coerente la disciplina degli investimenti con le politiche ambientali e la tutela dei diritti umani. Si ritiene fondamentale la cooperazione e la coesistenza tra determinati settori del diritto internazionale, al fine di garantire il rispetto delle norme nel modo più ampio possibile. Ciò non solo per una più chiara determinazione del diritto internazionale, ma soprattutto per assicurare una tutela eguale, indipendente dal settore di riferimento. Nel complesso, la struttura della tesi riflette l'intento di offrire una ricostruzione evolutiva del diritto internazionale degli investimenti, nella quale l'analisi delle fonti, della prassi e delle nuove istanze di sostenibilità consenta di comprendere come giustizia in materia di investimenti stia progressivamente superando la dimensione puramente arbitraria per aprirsi a una logica integrata, multilivello e orientata alla legittimazione democratica.

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

Negli ultimi decenni, il sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati è stato oggetto di un intenso dibattito, innescato dalle crescenti critiche circa la sua legittimità e il suo impatto sull'autonomia regolatoria statale. L'oggetto dell'indagine è costituito dal rapporto tra arbitrato internazionale e giurisdizioni interne, analizzando alla luce della crisi di legittimità che negli anni ha investito il sistema ISDS. L'obiettivo è comprendere se e in quale misura l'evoluzione del diritto internazionale degli

investimenti consenta oggi di ripensare il ruolo che le corti domestiche possano avere nella tutela degli interessi economici e non economici coinvolti nei flussi di investimenti estero diretto.

La ricerca indaga il rapporto tra arbitrato investitore-Stato e giurisdizioni interne, verificando se l'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti consenta oggi di riattribuire alle corti nazionali un ruolo effettivo nella tutela degli interessi coinvolti. Il fuoco è duplice: da un lato l'assetto procedurale del sistema (accesso alla giustizia, legittimazione, coordinamento tra fori), dall'altro il profilo sostanziale degli standard di trattamento e la loro possibile applicazione domestica. La scelta di questo perimetro discende, anzitutto, dalle criticità emerse nella stagione ICSID e nella rete dei BIT (frammentazione, asimmetrie, ricadute sulla potestà regolatoria), che impongono di esplorare alternative o correttivi interni; inoltre, dalla natura e dalle fonti degli standard che condizionano la loro giustiziabilità nazionale; infine, dall'emersione di interessi non economici e dal crescente peso della responsabilità sociale d'impresa, che richiedono un diverso bilanciamento tra protezione dell'investitore e interesse pubblico, nel quale le corti interne possono divenire luogo privilegiato di composizione.

Muovendo da una ricostruzione sistematica dell'assetto normativo del diritto degli investimenti in tema di risoluzione delle controversie tra Stati ospiti e investitori, il lavoro esamina in chiave critica le potenzialità e i limiti delle norme internazionali quando sono portate dinanzi ai giudici nazionali. La prima parte inquadra le origini dell'arbitrato e le ragioni che ne hanno determinato l'affermazione fino alla configurazione attuale del sistema, per poi dar conto delle obiezioni maturate in dottrina e nella prassi e delle proposte di riequilibrio volte a salvaguardare l'interesse pubblico. La successiva indagine si concentra sulle fonti che alimentano la disciplina arbitrale e sugli standard di trattamento, ricostruiti alla luce della prassi applicativa, per valutarne l'azionabilità dinanzi alle corti interne: l'ipotesi di lavoro è che taluni standard siano direttamente applicabili nell'ordinamento interno qualora ne sia riconosciuta la natura di diritto internazionale generale. In questa prospettiva, l'analisi combina ricostruzione storica e osservazione della prassi: esamina l'evoluzione del sistema e la sua crisi di

legittimità (cap. I), valuta il ruolo potenziale delle giurisdizioni interne e gli ostacoli applicativi (cap. II), approfondisce applicabilità e fonti degli standard con esempi comparati e il dialogo tra CIG, tribunali arbitrali e giudici nazionali (cap. III) e, infine, mette alla prova tali categorie nell'area sensibile ambiente-energia-clima, verificando rischi di *regulatory chill* e opportunità di integrazione sistemica (cap. IV). Ne risulta una possibile traiettoria di giustizia degli investimenti più coerente con trasparenza, sostenibilità e tutela dei diritti fondamentali, senza sacrificare l'affidabilità del quadro per gli operatori economici.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE E CRISI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI

1. *Introduzione*

Il diritto internazionale degli investimenti può essere descritto come un ramo specializzato del diritto internazionale pubblico che disciplina le attività economiche transfrontaliere, in particolare quelle poste in essere da imprese multinazionali e da investitori privati quando operano al di fuori del proprio Stato di appartenenza². Esso si occupa di regolare i rapporti tra investitori stranieri e Stati ospitanti, intervenendo in contesti in cui interessi economici, sovranità statale e diritti fondamentali entrano spesso in tensione³. Questo settore rappresenta una componente centrale dell'ambito più ampio del diritto internazionale dell'economia, accanto al diritto del commercio internazionale e al diritto monetario. La sua rilevanza non è soltanto teorica, ma fortemente pratica, data l'intensità e la frequenza dei flussi di investimento diretto estero (FDI) nella governance economica globale. Gli investimenti esteri costituiscono, infatti, una leva fondamentale per lo sviluppo, la modernizzazione delle infrastrutture, la crescita tecnologica e l'integrazione dei mercati, ma possono anche generare conflitti in merito al rispetto delle norme locali, ai diritti delle comunità e alla protezione dell'ambiente.

Dal punto di vista giuridico, il diritto degli investimenti internazionali si caratterizza per una struttura normativa eterogenea e stratificata. Le sue fonti principali includono trattati bilaterali di investimento (BIT), trattati multilaterali, accordi

² D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 1.

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

regionali, norme consuetudinarie, decisioni arbitrali e strumenti di soft law. Tale pluralismo normativo, unito all'assenza di una codificazione sistematica e universalmente riconosciuta, rende spesso difficile individuare principi chiari e condivisi, alimentando incertezza interpretativa e contenziosa.

Comprendere questo settore richiede dunque un approccio articolato: occorre partire dall'analisi del concetto stesso di "investimento", esplorare le fonti giuridiche che ne disciplinano il trattamento e ricostruire le tappe principali del suo sviluppo storico. Proprio nel suo percorso evolutivo si possono osservare le principali linee di frizione: da un lato, la promozione della libertà economica e la protezione dell'investitore; dall'altro, la necessità di salvaguardare prerogative sovrane, obiettivi di giustizia sociale, diritti umani e standard ambientali. L'interazione fra questi diversi interessi rappresenta oggi uno dei nodi centrali del dibattito contemporaneo sul futuro dell'arbitrato investitore-Stato e sulla riforma del sistema ISDS.

L'analisi di questo settore giuridico richiede, in primo luogo, una riflessione sulla nozione stessa di investimento e sulle diverse fonti che lo regolano. La mancanza di una definizione univoca a livello internazionale, unitamente alla pluralità di trattati e prassi arbitrali, rende infatti centrale il problema dell'individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina e delle relative tutele. A ciò si aggiunge la necessità di ricostruire fondamenti storici della protezione degli investimenti stranieri. Sin dalle origini, questa disciplina è stata segnata da un'impostazione sbilanciata a favore degli Stati esportatori di capitali, volta a difendere gli investitori contro espropriazioni arbitrari o trattamenti discriminatori. Il percorso che ha condotto alla progressiva formalizzazione del sistema mostra chiaramente come la materia sia stata plasmata dal contesto politico ed economico internazionale: dalle logiche coloniali e post coloniali, fino ai tentativi di elaborare regole multilaterali mai del tutto realizzate. Il cuore del capitolo sarà dedicato all'evoluzione dei trattati bilaterali di investimento (BITs) e all'affermazione del sistema arbitrale internazionale (ISDS). Verranno analizzate le origini e le funzioni dei BITs, nati per colmare le lacune della protezione diplomatica, la loro rapida espansione e la successiva istituzionalizzazione con la creazione dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) e di altri

strumenti multilaterali. Seguirà un esame delle trasformazioni più recenti, che hanno visto, da un lato, la moltiplicazione dei trattati del contenzioso arbitrale e dall'altro la crescente critica al sistema, accusato di limitare la sovranità regolatoria degli Stati e di tutelare in maniera sproporzionata agli interessi degli investitori. Verranno quindi richiamate le principali proposte di riforma, compreso il ruolo emergente delle corti interne come possibili alternative all'arbitrato.

Un'ulteriore parte del capitolo sarà dedicata agli standard sostanziali di protezione contenuti nei trattati di investimento, che rappresentano gli strumenti attraverso cui si cerca di garantire agli investitori stranieri un quadro minimo di sicurezza giuridica. Tra questi, particolare attenzione sarà riservata al principio del *fair and equitable treatment* (FET), il cui sviluppo dottrinale giurisprudenziale ha assunto un ruolo centrale lineare il contenuto degli obblighi statali e nel definire il delicato equilibrio tra tutela degli investimenti e salvaguardia degli interessi pubblici fondamentali. Nel loro insieme, i temi trattati in questo capitolo consentono di mettere in luce come il diritto internazionale degli investimenti sia progressivamente strutturato come un sistema autonomo, ma al tempo stesso fragile, segnato da tensioni interne e sottoposto a un costante processo di revisione. La ricostruzione della sua evoluzione storica, delle sue fonti e dei suoi standard sostanziali costituisce dunque un passaggio necessario per comprendere le dinamiche attuali e le possibili traiettorie future nel settore degli investimenti internazionali. In tale prospettiva, particolare attenzione sarà riservata anche le numerose proposte di revisione del sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e stati, avanzate sia a livello regionale che internazionale, le quali mirano a riequilibrare i rapporti tra le parti, accrescere la trasparenza dei procedimenti e riconoscere un ruolo più incisivo agli interessi pubblici e alle giurisdizioni interne.

2. *La nozione di investimento*

Il diritto internazionale è privo di una definizione generale e condivisa di investimento diretto estero, risultando quindi un concetto applicato in modo variabile

a seconda del contesto normativo⁴. Questa mancanza deriva principalmente dalla varietà delle fonti: ogni trattato in materia di investimenti (IIA) tende infatti a proporre una propria definizione, con esiti non sempre uniformi. Inoltre, sussiste da tempo un disaccordo tra gli Stati in merito all'estensione da attribuire a tale nozione⁵.

Il primo BIT, risalente al 1959 siglato tra Germania e Pakistan, definiva l'investimento come capitale introdotto nel territorio dell'altra parte, includendo valuta estera, beni, diritti di proprietà, brevetti e *know-how*, oltre ai redditi reinvestiti e alle imprese create con questi beni⁶. La definizione era ampia e non esaustiva. Già dal 1961, con il BIT Germania-Togo, si è passati alla formula "*ogni tipo di bene*", includendo categorie oggi standard: proprietà mobili/immobili, partecipazioni societarie, crediti, diritti di proprietà intellettuale, concessioni pubbliche⁷. Altri Stati inizialmente non adottarono questa impostazione: ad esempio, i primi BIT di Svizzera, Paesi Bassi, Italia, Svezia e Danimarca non includevano una definizione esplicita. Negli anni '70, la definizione tedesca venne adottata da numerosi Stati europei: Svizzera (dal 1965), Paesi Bassi (1970), Francia (1972), Regno Unito (1975), Svezia (1978), Danimarca (1980)⁸. Gli USA firmarono il primo BIT nel 1982 con l'Egitto, introducendo una variazione: "*every kind of investment*" invece di "*every kind of property*", suggerendo che solo beni con caratteristiche di investimento sarebbero coperti⁹. Come osservato in

⁴ P.-M. DUPUY, F. FRANCESCONI, E.-U. PETERSMANN (a cura di), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2009; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp.3 ss.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Treaty between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Pakistan for the Promotion and Protection of Investments* (signed 25 November 1959, entered into force 28 April 1962) Art. 8(1)(a): "The term 'investment' shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge."

⁷ *Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Togo concerning the Encouragement of Capital Investments* (signed 16 May 1961, entered into force 21 December 1964) Art. 8(1)(a): "Ownership of movable and immovable property, as well as other rights in rem, such as mortgages, liens, usufruct or the like."

⁸ Si veda *Egypt – United States BIT*, Art. I, definizione di "investment" (1982) che utilizza il termine "every kind of investment"; cfr. V. H. RUTTENBERG, *The United States Bilateral Investment Treaty Program* (1987); M. SATTOROVA, *Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs*, 2012; J. P. HARB, *International Arbitration Report: Definition of Investments Protected by International Investment Treaties*; UK Model BIT, riportato in *Investment Treaty Arbitration: United Kingdom – England & Wales*.

⁹ *Treaty between the Government of the United States of America and the Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments* (signed 27 November 1982, entered into force 27 June 1992), Art. 1(c): "Investment means every kind of investment, owned or controlled, directly or indirectly, including equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, know-how, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade

dottrina, questa riformulazione semantica rispondeva all'esigenza di circoscrivere la portata applicativa del trattato, escludendo beni meramente patrimoniali privi di una funzione propriamente economica o imprenditoriale¹⁰.

Anche nella Convenzione di Washington del 1965 - che ha istituito l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) - la definizione di "investimento" è volutamente assente: l'art. 25 par. 1 utilizza il termine ma senza precisarne i contorni¹¹. Tale scelta riflette la difficoltà di elaborare una nozione univoca e completa, preferendo delegarne l'interpretazione agli Stati firmatari e agli arbitri internazionali. L'ICSID ha giurisdizione solo su controversie legate direttamente a un "investimento"¹². Tuttavia, la Convenzione ICSID non definisce il termine. In mancanza di una definizione ufficiale¹³, alcuni tribunali hanno sviluppato il cosiddetto "test Salini"¹⁴, elaborato nel caso *Salini c. Marocco*¹⁵, che individua quattro criteri essenziali per qualificare un'attività come investimento: l'impiego di capitali; una durata temporale significativa; l'assunzione di rischi economici; il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante¹⁶. A tali requisiti, se ne possono aggiungere altri eventualmente previsti dall'IIA applicabile. Se entrambi i set di condizioni (quelli

names;(v) licenses and permits issued pursuant to law, including those issued for manufacture and sale of products; (vi) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law. ”

¹⁰ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, p. 137.

¹¹ *Ivi*, Art. 25, par 1: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”.

¹² *Ibidem*.

¹³ J.T. SCHMIDT, *Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 1976, 17 Harv Int'l LJ 90, pp. 99–100.

¹⁴ M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Edizioni Sceniche Italiane, 2019, p. 394: “I tribunali ICSID, peraltro, hanno cercato di stabilire alcuni parametri per accertare se un'operazione economica possa essere considerata o meno un investimento, che sono – come si è già osservato – l'apporto di capitali, il carattere durevole dell'operazione, la presenza di un certo rischio per l'investitore e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospite”.

¹⁵ *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco* (Jurisdiction) (23 July 2001), 42 ILM 609, 6 ICSID Rep 400, para 52; *Autopista Concesionada de Venezuela v Bolivarian Republic of Venezuela* (Jurisdiction) (27 September 2001), 16 ICSID Rev 469, para 101; *SGS Société Générale de Surveillance v Pakistan* (Jurisdiction) (6 August 2003), 18 ICSID Rev 301, 42 ILM 1290, 8 ICSID Rep 406, 16(2) World Trade and Arb Mat 167 [cited as *SGS v Pakistan*], para 133, fn 153; *SGS Société Générale de Surveillance v Philippines* (Jurisdiction) (29 January 2004), 8 ICSID Rep 518, 16(3) World Trade and Arb Mat 91 [cited as *SGS v Philippines*], para 45; *Joy Mining Machinery Ltd v Arab Republic of Egypt* (Jurisdiction) (6 August 2004), 19 ICSID Rev 486, 44 ILM 73, para 50–3; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi As, v Islamic Republic of Pakistan* (Jurisdiction) (14 November 2005), 18(1) World Trade and Arb Mat 163, para 130; *Contrast Saluka Investments BV v Czech Republic* (Merits) (17 March 2006), 18(3) World Trade and Arb Mat 166 [cited as *Saluka*], para 209–11.

¹⁶ K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, p. 152 ss.

della Convenzione ICSID e del trattato bilaterale o multilaterale) sono rispettati, la giurisdizione ICSID è attivabile.

Il test Salini ha avuto una larga applicazione nella prassi arbitrale, anche oltre il contesto ICSID¹⁷, pur con alcune eccezioni¹⁸. Infatti, in certi casi ICSID e UNCITRAL hanno ritenuto non essenziale il criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante¹⁹. Ciò conferma che la definizione di investimento mantiene una certa fluidità interpretativa.

Questa fluidità non ha solo una rilevanza teorica, ma incide in modo determinante sull'estensione del controllo arbitrale sulle attività degli Stati. Gli IIA limitano formalmente la giurisdizione dei tribunali arbitrali alle controversie relative a un investimento, ma nella prassi tale nozione viene redatta in termini così ampi da includere un ventaglio molto esteso di attività economiche, anche al di là delle tradizionali operazioni di investimento diretto estero²⁰. Secondo Dolzer e Stevens, lo scopo di un'ampia definizione di investimento è quella di "garantire la flessibilità nell'applicazione del trattato, dato che il significato degli investimenti può cambiare in futuro²¹".

Le definizioni più diffuse ricorrono a formule che includono ogni tipo di bene o di investimento, accompagnate da elenchi esemplificativi che comprendono, tra gli altri, beni materiali e immateriali, partecipazioni societarie, strumenti finanziari, diritti di credito, proprietà intellettuale, concessioni e diritti contrattuali²². Questa

¹⁷ A. CRIVELLARO, *La nozione di investimento e di investitore*, in Trattato di diritto dell'arbitrato - L'arbitrato negli investimenti internazionali, Vol. XIII, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, pp. 291-333; R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. pp. 91-96.

¹⁸ *MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award of July 31, 2007, par. 165; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, September 25, 2007, par. 71; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of July 24, 2008, par. 312-317; *Malaysian Historical Salvors SDN v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, April 16, 2009, par. 78-79 (citing *Biwater v. Tanzania*).

¹⁹ *Romak SA (Switzerland) v Republic of Uzbekistan*, PCA Case No AA280, Award, 2009, parr. 202-204, 207; *Consortium Groupement LESI-Dipenta v People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No ARB/03/8, Award, 2005, par. 17; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/98/2, Award, 2008, par 232; *MCI v Ecuador* (n 12) [165]; *CMS v Argentina* (n 13) [71]; *Biwater v Tanzania* (n 14) [312-317]; *Malaysian Historical Salvors v Malaysia* (n 15) [78-79]

²⁰ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007, pp. 73-80.

²¹ R. DOLZER, M., STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1995, p. 26.

²² Ad esempio, *United States-Czech Republic BIT* (n 22 sopra), art. I(1); *Energy Charter Treaty* (n 22 sopra), art. 1(6)(b); *NAFTA* (n 22 sopra), art. 1139

impostazione, estendendo la protezione anche a partecipazioni di minoranza, investimenti di portafoglio o diritti monetari, consente di assoggettare a revisione arbitrale misure di politica economica e regolatoria adottate dagli Stati ospitanti, incluse quelle in materia di controllo dei capitali, ristrutturazione del debito o politica monetaria²³. A differenza di regimi come il GATS, che operano su base *bottom-up* e richiedono un'esplicita inclusione di settori o modalità di fornitura di servizi per essere vincolanti²⁴, gli IIA adottano un approccio *top-down*: l'obbligo si applica a tutti gli investimenti, salvo espresse esclusioni. Ciò conferisce un ruolo cruciale alla definizione di "investimento" nel determinare ambito di applicazioni del tratto e di riflesso, della giurisdizione arbitrale. Questa ampiezza, se da un lato aumenta la certezza per gli investitori rafforza il quadro di protezione internazionale, dall'altro comporta implicazioni significative per la sovranità regolatoria. In assenza di eccezioni specifiche, gli Stati possono trovarsi vincolati anche rispetto a settori che non erano oggetto di esplicita negoziazione o in relazione a forme di investimento più volatili e speculative, il cui ritorno repentino può avere impatti destabilizzanti²⁵. Emerge un quadro in cui la definizione di investimento funge da vero e proprio perno dell'equilibrio tra la tutela degli investitori e potere regolatorio statale²⁶.

In alcuni casi, come *Aucoven v. Venezuela*, i tribunali hanno confermato che le parti hanno ampio margine per definire cosa costituisca investimento²⁷. Altri invece, hanno annullato lodi per mancanza di un contributo economico concreto²⁸. Nel caso *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, il tribunale ha ritenuto che un contratto di recupero marittimo non costituisse un investimento ICSID: mancava una durata

²³ J. BHAGWATI, *The Capital Myth: the Difference between Trade, in Widgets and Dollars*, 1998, V. 77.

²⁴ Il GATS è un accordo bottom-up perché i suoi obblighi più significativi si applicano solo ai settori di servizio identificati positivamente dallo Stato parte: UNCTAD, *Trade in Services and Development Implications* (n 13 sopra) 148–149; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit., p. 75.

²⁵ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit., p. 76 ss.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award on Jurisdiction, 23 September 2003

²⁸ *Patrick Mitchell v Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Final Award, 9 Feb 2004; Decision on the Application for Annulment, 1 Nov 2006.

significativa e un impatto sullo sviluppo²⁹. Tuttavia, il lodo fu annullato in seguito, poiché il tribunale non aveva rispettato la definizione fornita nel BIT stesso.

Oltre all'approccio ICSID, definizioni significative sono state proposte anche dall'OCSE e dalla Banca Mondiale. L'OCSE considera l'investimento diretto estero (IDE) una forma di investimento transfrontaliero in cui l'investitore esercita un interesse durevole e una significativa influenza sull'impresa destinataria³⁰. La Banca Mondiale, invece, fa riferimento ai flussi netti diretti all'acquisizione di un controllo gestionale pari almeno al 10% delle azioni con diritto di voto di una società operante in un'economia diversa da quella dell'investitore.

Queste tre definizioni convergono su alcuni elementi fondamentali: l'origine estero dell'investitore rispetto allo Stato ospitante; l'esercizio dell'attività economica nel territorio dello Stato ospitante; il controllo o l'influenza sull'impresa locale; e un orizzonte temporale di medio-lungo termine.

Nel tempo, si è affermata l'idea che la definizione di investimento debba essere interpretata in modo ampio, coerente con le finalità dei BIT: promuovere la certezza giuridica, attrarre capitali esteri e tutelare diritti economici senza richiedere necessariamente un successo economico effettivo³¹.

3. Fondamenti storici della protezione degli investimenti stranieri

L'attuale regime internazionale di protezione degli investimenti stranieri è il risultato di un'evoluzione complessa, radicata in trasformazioni politiche ed economiche di lungo periodo. Comprendere queste origini è indispensabile per interpretare non solo la struttura normativa oggi esistente, ma anche le tensioni e le critiche che ne hanno accompagnato lo sviluppo. La disciplina si è formata inizialmente

²⁹ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007, paras 147–148.

³⁰ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID, n. ARB/07/16, (8.11.2010): ““a category of cross-border investment in which an investor resident in one economy establishes a lasting interest in and a significant degree of influence over an enterprise resident in another economy”

³¹ K. J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, p. 154 ss

in un contesto dominato dalla prassi consuetudinaria e da rapporti di forza asimmetrici tra Stati esportatori di capitali e Paesi ospitanti, spesso caratterizzati da economie più fragili. Le prime regole avevano come obiettivo principale la protezione degli interessi delle potenze *capital-exporters* nei confronti di espropriazioni arbitrarie, discriminazioni o violazioni del giusto processo, riflettendo un'impostazione in larga misura unilaterale³². In questo contesto iniziale, caratterizzato dal persistere di logiche coloniali e dal predominio economico di un numero ristretto di potenze industrializzate, si sviluppò un sistema giuridico pensato prevalentemente per salvaguardare gli interessi degli investitori stranieri, piuttosto che per bilanciare equamente tali interessi con l'esercizio della sovranità statale. L'assenza di un vero meccanismo multilaterale di regolazione e la forte dipendenza da principi consuetudinari consolidati determinarono una protezione intrinsecamente politicizzata, esposta all'influenza della diplomazia delle potenze dominanti.

Tale quadro inizialmente costituì il fondamento di una progressiva “costituzionalizzazione” dell'economia internazionale, intesa come creazione di una cornice normativa capace di vincolare gli Stati e di attribuire agli investitori privati garanzie giuridiche di rango sovranazionale, indipendenti dal diritto interno³³. In questa prospettiva, il diritto internazionale degli investimenti veniva visto come un *corpus* di regole emergente, con un grado di autonomia rispetto al diritto internazionale generale crescente e destinato a incidere direttamente sull'azione regolatoria degli Stati. Questa visione critica mette in evidenza la natura strategica della protezione degli investimenti, intesa non solo come garanzia economica, ma come mezzo per condizionare le politiche interne dei paesi riceventi, soprattutto in settori strategici quali energia, risorse naturali infrastrutture. Nonostante queste divergenze, è ampiamente riconosciuto che i conflitti del primo Novecento e il processo di decolonizzazione al secondo dopo guerra abbiano accelerato la necessità di definire regole più certe per gli

³² R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 3^a ed., Oxford University Press, 2022, p. 3 ss.

³³ S. W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 45 ss; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007, pp. 5–10.

investimenti esteri³⁴. Ciò ha favorito un graduale passaggio della protezione diplomatica e il ricorso alle corti interne, a strumenti giuridici e procedure più formalizzate, aprendo la strada a un sistema in cui l'investitore, da soggetto privo di personalità internazionale, ha iniziato a beneficiare di diritti diretti nei confronti dello Stato ospitante. Sin dalle origini, il diritto degli investimenti è stato uno strumento di proiezione di potere economico, funzionale a consolidare rapporti tra investitore e Stato³⁵.

Questa eredità storica ha inciso profondamente sulla successiva evoluzione del sistema, influenzando tanto la formulazione dei primi accordi bilaterali quanto la creazione di meccanismi di risoluzione delle controversie che, a partire dal secondo dopoguerra, avrebbero segnato il passaggio da una protezione puramente diplomatica a un modello giuridico formalizzato.

3.1 *Le origini storiche*

Il diritto internazionale degli investimenti comprende il complesso di regole e orientamenti giuridici che regolano le operazioni economiche compiute, all'interno di uno Stato, da soggetti privati aventi nazionalità diversa da quella dello Stato ospitante, comunemente indicati come investitori stranieri³⁶.

Le prime norme emerse in tale ambito sono state orientate prevalentemente dalla necessità di proteggere gli interessi degli Stati esportatori di capitali e dei loro cittadini. In un contesto storico segnato dal colonialismo e dalla disegualianza tra potenze industrializzate e territori di destinazione degli investimenti, si affermarono principi di natura consuetudinaria volti a tutelare l'investitore straniero da atti arbitrari da parte dello Stato ospite, in particolare nei confronti di espropriazioni, discriminazioni o

³⁴ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Third edition.; Oxford University Press: Oxford, 2022, p. 6- 8;

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ M. MAURO, *diritto internazionale dell'economia*, p 325; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2016, R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 1- 3.

trattamenti contrari al principio del giusto processo³⁷. L'esigenza di un regime giuridico internazionale degli investimenti stranieri cominciò ad emergere tendenzialmente tra la fine del XIX secolo e i primi decenni del XX secolo; questa necessità prendeva vita dal fatto che la comunità internazionale iniziò ad essere più composita e ciò portò al disaccordo tra i paesi dell'America Latina, gli Stati Uniti e gli Stati Europei sullo standard di trattamento da accordare agli investitori stranieri³⁸. Secondo una ricostruzione storica consolidata, tale esigenza nasceva dal moltiplicarsi dei conflitti tra Stati *capital-exporters* (soprattutto europei e Stati Uniti) e Paesi dell'America Latina, i quali rifiutavano l'imposizione di standard internazionali rigidi che limitassero la loro sovranità³⁹. In particolare, si manifestava un dissenso profondo sul cosiddetto standard minimo di trattamento: mentre gli Stati occidentali ne rivendicavano l'esistenza come limite invalicabile dell'azione sovrana, molti Paesi latinoamericani sostenevano che lo straniero dovesse godere solo della protezione garantita ai cittadini locali, secondo il principio del trattamento nazionale⁴⁰.

Il quadro geopolitico mutò radicalmente con il processo di decolonizzazione del secondo dopoguerra. I nuovi Stati indipendenti, in particolare in Africa e Asia, rivendicarono non solo autonomia politica, ma anche piena sovranità economica. Questo portò a rivendicazioni forti sul controllo delle risorse naturali e sull'autodeterminazione economica, spesso tradotte in politiche di espropriazione o nazionalizzazione. L'instabilità normativa e il timore di espropri arbitrari alimentarono la diffidenza degli investitori stranieri e spinsero i Paesi industrializzati ad avanzare proposte per un quadro multilaterale di protezione. Tra i tentativi più significativi, anche se rimasti incompiuti, si possono ricordare: la Carta de L'Avana del 1948, che mirava a istituire un'Organizzazione Internazionale del Commercio; l'Accordo economico di Bogotà tra gli Stati americani; il codice della Camera di Commercio Internazionale del 1949; e il progetto Abs-Shawcross del 1959,

³⁷ M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, cit., 2019, pp. 325-331.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

primo esempio strutturato di proposta convenzionale per la tutela della proprietà straniera. Quest'ultimo rappresenta un vero e proprio antesignano dei futuri modelli BIT, e influenzò i lavori dell'OCSE volti a elaborare una convenzione multilaterale in materia⁴¹.

Tuttavia, tutti questi strumenti si scontrarono con l'opposizione dei Paesi in via di sviluppo, che temevano una compressione della propria libertà di manovra economica. In particolare, settori strategici come energia, miniere, telecomunicazioni e politiche di privatizzazione rimasero fortemente politicizzati, rendendo difficile l'affermazione di obblighi vincolanti su scala globale.

Le convinzioni i fin qui emerse contribuirono al rigetto, da parte degli stati di nuova formazione, dei principi del diritto internazionale economico di matrice tradizionale. Questo processo portò, da un lato, al tentativo di sostituire i principi ormai radicati di derivazione occidentale – come libertà di commercio, iniziativa privata, norme di pianificazione e controllo pubblico delle attività economiche – e, dall'altro, al rafforzamento dell'autorità statele, attraverso la riaffermazione del primato del diritto interno. Queste contestazioni, che presero forma in quegli anni, trovarono una delle espressioni più emblematiche nelle risoluzioni adottate dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1974, ispirate a un'impostazione fortemente interventista, che riconosceva allo Stato il potere esclusivo di esercitare, senza condizionamenti esterni, la propria sovranità permanente sulle risorse naturali e sulle attività economiche⁴².

3.2 Lo sviluppo dei trattati bilaterali

⁴¹ G.A. VAN HECKE, *Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers*, in *Revue générale de droit international public*, vol. 68, 1964, pp. 641 ss.

⁴² Le tre risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1974 rappresentano l'espressione più significativa della rivendicazione, da parte dei Paesi in via di sviluppo, di un riequilibrio delle relazioni economiche internazionali. In particolare: la Risoluzione n. 3201 (S-VI) contiene la *Dichiarazione sull'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale*, in cui si afferma il principio della sovranità economica degli Stati e si richiede una maggiore equità nei rapporti tra Nord e Sud del mondo; la Risoluzione n. 3202 (S-VI) approva il *Programma d'azione* con misure concrete per attuare tale nuovo ordine, incluse la regolazione dei prezzi delle materie prime e la promozione del trasferimento tecnologico; la Risoluzione n. 3281 (XXIX) adotta la *Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati*, che ribadisce il diritto inalienabile di ogni Stato a disporre liberamente delle proprie risorse naturali e a regolare gli investimenti stranieri secondo i propri interessi.

La messa in discussione dei principi tradizionalmente applicati dal diritto internazionale agli investimenti esteri, unita alla conseguente incertezza normativa, spinse progressivamente gli Stati a ricorrere alla stipula di accordi bilaterali per la promozione e la protezione degli investimenti (BITs). Questi strumenti si affermarono rapidamente come mezzo principale di tutela giuridica per gli investitori stranieri, favorendo la costruzione di un *corpus* normativo specifico, che ha progressivamente assunto una fisionomia autonoma rispetto alla disciplina generale del trattamento dello straniero e della protezione dei suoi beni. In origine – e per un lungo periodo – l’investitore straniero non disponeva di alcun accesso diretto a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie legate al proprio investimento. L’unico canale disponibile era il ricorso ai tribunali interni dello Stato ospitante, un’opzione spesso caratterizzata da ostacoli procedurali e tempi incerti. Solo una volta esauriti i rimedi interni, lo Stato di nazionalità dell’investitore poteva intervenire a livello internazionale tramite l’esercizio della protezione diplomatica, istituto previsto dal diritto internazionale generale per reagire a violazioni delle norme sul trattamento degli stranieri⁴³. In origine, le controversie potevano essere inizialmente risolte solo dinanzi ai tribunali interni dello Stato ospitante, il che spesso non garantiva un adeguato livello di imparzialità o di efficienza. Nei casi in cui il pregiudizio fosse grave mancassero rimedi efficaci a livello interno, l’unica strada percorribile era la protezione diplomatica⁴⁴, ossia l’intervento, sul piano internazionale, dello Stato di nazionalità dell’investitore.

Tuttavia, tale istituto presentava limiti sostanziali: era discrezionale, subordinato al principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, e fondato su un legame di

⁴³ M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell’economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Edizioni Sceniche Italiane, 2019, pp. 327-328.

⁴⁴ J-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, 1985, pp. 310 ss., secondo il quale, la protezione diplomatica degli investimenti ha mostrato diverse insufficienze, in particolare per quanto riguarda la sua difficoltà di adattarsi alle realtà economiche moderne, come nel caso dei problemi legati alla nazionalità delle società. Inoltre, la protezione diplomatica si è rivelata essere un sistema unilaterale, applicabile solo in base a relazioni di potere, il che ha portato alla sua attuale crisi. Infine, questo processo ha provocato un’etattizzazione crescente nelle relazioni di investimento, in cui gli interessi politici hanno troppo spesso prevalso sugli aspetti economici e sui diritti degli investitori privati, segnando così un declino della protezione diplomatica nel diritto contemporaneo dei trattati; si veda anche: R. B. LILICH, *The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack*, in *American Journal of International Law*, 1975; B. ÉSAMBERT, *La Guerre économique mondiale*, 1991; P.M. DUPUY, *Le droit international des investissements*, 2000.

cittadinanza che non copriva sempre la pluralità dei soggetti coinvolti (ad esempio nel caso delle società)⁴⁵. Inoltre, anche quando attivata, la protezione diplomatica raramente conduceva a un pieno risarcimento, come dimostrato dalla prassi degli accordi forfettari “*lump-sum agreements*”⁴⁶.

L’istituto della protezione diplomatica era considerato uno strumento dall’efficacia limitata, queste lacune contribuirono alla progressiva affermazione di strumenti alternativi, capaci di garantire un accesso diretto dell’investitore ai meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie, senza intermediazione statale⁴⁷. Si trattò di un cambiamento paradigmatico, che segnò la transizione da una protezione indiretta, politicamente mediata, a un sistema giuridico centrato sul diritto dell’individuo, favorito dalla crescente diffusione dei trattati bilaterali di investimento (BITs)⁴⁸.

La crescente insoddisfazione per questi limiti, sia in dottrina che in sede ONU, portò a un ripensamento generale dello strumento. A partire dagli anni ’90, si affermò progressivamente un nuovo modello di tutela, incentrato sull’accesso diretto

⁴⁵ B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 383 ss., dove si evidenzia che lo Stato dello straniero “maltrattato” può esercitare la protezione diplomatica – mediante proteste, minacce di contromisure, proposte di arbitrato o ricorso a istanze giurisdizionali internazionali – al fine di ottenere la cessazione della violazione e il risarcimento del danno. Tale facoltà, tuttavia, è subordinata al previo esaurimento dei rimedi interni nello Stato territoriale, purché adeguati ed effettivi: fintanto che questi rimedi esistono, lo Stato ospitante mantiene la possibilità di rimuovere l’illecito o di offrire riparazione, e la violazione delle norme sul trattamento degli stranieri non può dirsi perfezionata; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain)*, 1970, ICJ Rep 3, paras 33–50; M.R. Mauro, *Diritto internazionale dell’economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Edizioni Sceniche Italiane, 2019, pp.335 ss.; K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

⁴⁶ I *lump-sum agreements* sono quegli accordi in base ai quali lo Stato che ha attuato la nazionalizzazione o l’espropriazione di beni risarcisce lo Stato di origine degli investitori stranieri con una somma forfettaria. Successivamente, spetta allo Stato ricevente decidere come distribuire tale importo tra i propri cittadini che hanno subito la misura di nazionalizzazione o espropriazione; Sul punto di veda: UNCTAD, *Dispute Settlement: State-State* (UN 2003) Module 3, 15–17; R. B. LILICH, B. H. WESTON, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, University Press of Virginia, 1975; R. B. LILICH, *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, 1987; B. H. WESTON, *International Claims: Postwar French Practice*, 1971; J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law* (CUP 2005) 18–21; R. JENNINGS, A. WATTS (eds), *Oppenheim’s International Law*, vol I (9th edn, OUP 1992) 523–525.

⁴⁷ *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-eighth Session*, A/61/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, parte 2, commento all’art. 17 («Special Rules of International Law»), p. 90: “*The dispute settlement procedures provided for in BITs and ICSID offer greater advantages to the foreign investor than the customary international law system of diplomatic protection, as they give the investor direct access to international arbitration, avoid the political uncertainty inherent in the discretionary nature of diplomatic protection and dispense with the conditions for the exercise of diplomatic protection*”; M. MAURO, *diritto internazionale dell’economia*, cit., p.328.

⁴⁸ Il primo trattato bilaterale di investimento (BIT), stipulato tra Germania e Pakistan, risale al 1959 e aveva l’obiettivo esplicito di promuovere e proteggere gli investimenti esteri. Da allora, il numero di BIT è cresciuto rapidamente, superando le 2000 unità entro il 2023 come riportato dall’OCSE. Tali trattati rappresentano una delle principali fonti del diritto internazionale degli investimenti contemporaneo e riflettono oltre mezzo secolo di sviluppo normativo in materia; per un maggiore approfondimento si veda: K. J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

dell'individuo — in questo caso l'investitore — alla giustizia internazionale. L'obiettivo era duplice: superare l'intermediazione dello Stato e offrire un foro imparziale per la risoluzione delle controversie.

I primi trattati bilaterali di investimento sono nati su iniziativa degli Stati europei, a partire dalla fine degli anni '50, come strumenti di stabilizzazione e promozione degli investimenti privati verso i Paesi in via di sviluppo.

Come già anticipato nei paragrafi precedenti, il primo BIT fu stipulato tra Germania e Pakistan nel 1959, aprendo la strada a un modello che sarebbe stato replicato da altri Stati occidentali, in particolare in Africa, Asia e America Latina. In questa fase iniziale, i BIT erano spesso basati su testi unilaterali predisposti dalle potenze *capital-exporters* e riflettevano un'idea di protezione ampia dell'investitore straniero, codificando principi che, fino ad allora, appartenevano alla prassi consuetudinaria, quali il trattamento giusto ed equo e la tutela contro l'espropriazione senza compensazione⁴⁹. Si assiste dunque al passaggio da una disciplina informale, di matrice diplomatico-consuetudinaria, a un sistema giuridico più formalizzato, caratterizzato da obblighi scritti e da clausole di arbitrato vincolante⁵⁰.

In questa fase storica, la definizione dei contenuti dei BIT doveva rispondere all'esigenza di trovare un equilibrio tra la tutela degli investitori e il rispetto della sovranità regolatoria degli Stati ospitanti⁵¹. I Paesi *capital-exporters*⁵² miravano a garantire uno standard minimo di protezione degli investimenti, evitando al contempo di imporre vincoli eccessivamente invasivi sulle politiche pubbliche locali⁵³. In questo senso, l'impegno di formule quali “trattamento giusto ed equo” o “protezione piena e

⁴⁹ Cfr. K.J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, pp. 15 ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 17–19.

⁵² Nel diritto internazionale degli investimenti, con *Paesi capital-exporters* si intendono quegli Stati caratterizzati da un elevato livello di sviluppo economico, tecnologico e finanziario, nonché dalla presenza di grandi imprese multinazionali in grado di operare su scala globale. Tali Paesi hanno un interesse sistemico a proteggere i propri investitori che operano all'estero, e a tal fine promuovono la stipulazione di trattati bilaterali di investimento (BITs) per garantire standard minimi di trattamento, protezione contro espropriazioni e accesso a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie. Tradizionalmente, questa categoria include gli Stati Uniti, la Germania, il Regno Unito, la Francia e il Giappone. Tuttavia, più recentemente anche Paesi come la Cina e l'India hanno assunto un ruolo analogo in specifici contesti, promuovendo accordi di protezione degli investimenti nei confronti di Stati in via di sviluppo. Cfr. K.J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* (Oxford University Press 2010) 55–62; D Collins, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge University Press 2017) 17–18.

⁵³ *Ibidem*.

costante” rispondeva anche a un’esigenza diplomatica: offrire garanzie credibili, ma allo stesso tempo flessibili, in grado di adattarsi ai diversi contesti normativi nazionali senza innescare tensioni politiche o giuridiche eccessive⁵⁴.

3.3 L'espansione dei BITs e l'istituzionalizzazione

A partire dagli anni Sessanta, infatti, gli Stati iniziarono a stipulare un numero sempre più crescente di BITs, che riconoscevano all’investitore straniero standard minimi di trattamento, diritti sostanziali ed eventuale accesso all’arbitrato internazionale.

Nel frattempo, vari tentativi di multilateralizzazione del regime di protezione degli investimenti fallirono, rivelando la riluttanza persistente di molti Stati — anche tra quelli industrializzati — ad accettare una disciplina vincolante in ambito universale. L’esempio più emblematico è rappresentato dall’Accordo Multilaterale sugli Investimenti (AMI), negoziato in seno all’OCSE tra il 1995 e il 1998. L’AMI intendeva armonizzare le regole sul trattamento degli investimenti, includendo anche aspetti innovativi come le privatizzazioni, i monopoli e gli incentivi statali. Tuttavia, le resistenze emerse — in particolare quelle relative alla libertà degli Stati di adottare misure normative in ambito ambientale e sociale — portarono prima alla sospensione, poi al definitivo abbandono dei negoziati⁵⁵.

Anche il tentativo di promuovere una disciplina multilaterale degli investimenti nell’ambito dell’Organizzazione Mondiale del Commercio si concluse con un nulla di fatto. Nonostante l’inclusione indiretta del tema in alcuni accordi dell’Uruguay Round (GATS, TRIMs, TRIPS), le forti opposizioni espresse dai Paesi in via di sviluppo — prima a Singapore (1996), poi a Cancún (2003) — impedirono l’avvio di negoziati specifici.

⁵⁴ *Ididem*.

⁵⁵ C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 495.

Le ragioni di questi fallimenti sono molteplici: il persistente disaccordo tra Paesi industrializzati e PVS, le divergenze tra le stesse economie avanzate, le critiche della società civile contro la globalizzazione, e infine le crisi economiche ricorrenti (Asia, America Latina, crisi finanziaria globale) che hanno minato la fiducia in approcci neoliberisti fondati sull'apertura indiscriminata ai capitali esteri⁵⁶. Così, mentre altri settori del diritto economico internazionale hanno consolidato strutture multilaterali robuste (come l'OMC per il commercio), il diritto internazionale degli investimenti è rimasto segnato da un'impostazione bilaterale e frammentata⁵⁷. La centralità assunta dai BITs e l'espansione dell'arbitrato internazionale hanno colmato il vuoto lasciato dall'assenza di una disciplina universale, ma hanno anche generato nuove tensioni⁵⁸.

Nel secondo dopoguerra, la Banca Mondiale ha assunto un ruolo centrale nel promuovere non solo lo sviluppo economico, ma anche condizioni normative favorevoli all'afflusso degli investimenti esteri. Questa funzione si è tradotta nella creazione di due strumenti istituzionali fondamentali: la Convenzione di Washington del 1965, da cui nasce il Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie relative agli Investimenti (ICSID), e la Convenzione di Seul del 1985, istitutiva della MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), incaricata di offrire garanzie contro rischi politici agli investimenti transnazionali⁵⁹.

Tali strumenti, sebbene non disciplinino in modo esaustivo l'intera materia degli investimenti, hanno fornito supporti cruciali sul piano procedurale e assicurativo. Allo stesso tempo, la Banca Mondiale, insieme al Fondo Monetario Internazionale, ha promosso nel 1992 l'adozione delle *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*⁶⁰, una raccolta di standard non vincolanti, ma di rilevanza politica e

⁵⁶M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 4^a ed., Cambridge University Press, 2017, p. 128 ss; J. E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Hague Academy, 2011, p. 65 ss; R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., pp. 14 ss; UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York – Geneva, 2015, p. 103 ss;

⁵⁷A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer, 2009, p. 33 ss; R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 14 ss.

⁵⁸J.E. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, cit., p. 70 ss.

⁵⁹C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^a ed., Cambridge University Press, 2009, p. 88 ss.; A. REINISCH, *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Oxford University Press, 2020, p. 5 ss.

⁶⁰Si veda: World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, documento non vincolante che raccoglie principi internazionali di buona prassi in materia di trattamento degli investimenti esteri, con particolare attenzione a espropriazione, trasferimenti, trattamento equo e risoluzione delle controversie.

interpretativa, volta a proporre una cornice comune di trattamento degli investitori stranieri, da intendersi come alternativa soft alla proposta più ambiziosa, e contestata, del Codice di Condotta ONU per le imprese transnazionali. Le *Guidelines* affrontano tematiche fondamentali: definizioni, accesso e ammissione degli investimenti, garanzie materiali (comprese le espropriazioni e le modifiche contrattuali unilaterali), nonché strumenti di risoluzione delle controversie. Sebbene prive di efficacia vincolante, queste linee guida hanno cercato di colmare le lacune del diritto consuetudinario, fungendo da base per la formulazione di nuovi BITs e offrendo un punto di riferimento alla giurisprudenza e ai decisori politici.

Accanto a tali strumenti multilaterali, si è assistito – a partire dagli anni '80 e con maggiore intensità dopo la fine della Guerra Fredda – a una vera e propria proliferazione degli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti (BITs), con l'obiettivo di attrarre capitali privati nei Paesi in via di sviluppo o in transizione. Tali accordi, generalmente fondati su modelli standard nazionali e strutturati attorno a clausole tipiche (come l'accesso, il trattamento equo, la protezione da espropriazioni, la libertà nei trasferimenti e il ricorso all'arbitrato), hanno rappresentato lo strumento giuridico principale per la tutela dell'investitore straniero.

Nel tempo, i BITs hanno contribuito alla costruzione di un corpus normativo quasi uniforme, la cui natura – tra diritto consuetudinario e *lex specialis* – è oggetto di dibattito. Alcuni studiosi ritengono che essi confermino o alimentino l'emersione di norme consuetudinarie; altri sostengono invece che la loro esistenza sia la prova della mancanza di un diritto consuetudinario consolidato, e che la loro funzione sia meramente convenzionale⁶¹.

A suffragio di questa seconda opinione, la Corte Internazionale di Giustizia (caso *Barcelona Traction*) e alcuni tribunali arbitrali (ad esempio nei casi *AAPL* e *AES*

⁶¹ In relazione al primo orientamento si veda: R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 58; L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, p. 48; I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, pp. 61-62, 67; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, p. 234. M.C. PORTERFIELD, *An International Common Law of Investor Rights?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, 2006, pp. 81-82; in senso contrario: M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 213 ss.

Corporation) hanno ribadito il carattere particolare dei BITs e la loro autonomia interpretativa, evidenziando come la somiglianza linguistica tra diversi trattati non implichi necessariamente uniformità sostanziale (si veda Cap. III par.3).

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, si osserva un mutamento significativo nel panorama del diritto internazionale degli investimenti, segnato da una crescente diffusione dei trattati bilaterali di investimento (BITs) e da un rafforzamento delle politiche interne tese ad attrarre capitali esteri⁶². Il fenomeno ha assunto proporzioni rilevanti: tra il 1989 e il 2006, il numero complessivo dei BITs è passato da circa 385 a oltre 2.500 trattati⁶³. Questo incremento non può essere compreso senza considerare alcuni fattori storici di rilievo, tra cui la crisi economico-finanziaria ed energetica degli anni Ottanta, nonché l'affermazione di un modello economico fondato sui principi del libero mercato e del neoliberalismo. Tali trasformazioni spinsero numerosi Stati – in particolare quelli in condizioni finanziarie critiche – a adottare strategie volte ad attrarre investimenti esteri diretti. Parallelamente, gli Stati d'origine degli investitori manifestarono l'esigenza di garantire alle proprie imprese una protezione efficace contro i rischi derivanti dall'instabilità politica, giuridica e fiscale dei Paesi ospitanti⁶⁴.

In questo contesto, molti studiosi individuano negli anni Novanta il momento di consolidamento di un vero e proprio sistema giuridico degli investimenti, distinto e

⁶² United Nations Conference On Trade And Development (a cura di), *Incentives and foreign direct investment*, United Nations, New York 1996.

⁶³ Questa cifra è confermata dallo studio UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (UNCTAD/ITE/IIA/2006/5) 3–4, il cui grafico mostra l'incremento da 385 (dic. 1989) a 2 573 (dic. 2006).

⁶⁴ J. Kurtz osserva che la crescita del sistema degli investimenti internazionali è stata fortemente influenzata da una serie di trasformazioni economiche e politiche globali, tra cui l'adozione da parte di molti Paesi in via di sviluppo di politiche economiche orientate all'apertura dei mercati, l'abbandono di modelli contrari alla proprietà privata e al commercio internazionale, la fine dell'Unione Sovietica e dei regimi comunisti, il processo di integrazione europea, l'industrializzazione rapida di alcune aree del sud-est asiatico e le crisi economiche degli anni Ottanta, che spinsero numerosi Stati a cercare fonti alternative di finanziamento estero (J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge University Press, 2016, pp. 53 ss.); In aggiunta, R. e J. Gilpin evidenziano come in certi casi l'apertura agli investimenti non fu una scelta volontaria, ma piuttosto una condizione imposta da pressioni delle istituzioni finanziarie internazionali, rese più incisive dal deterioramento dei bilanci pubblici e dalla fragilità strutturale di molte economie (R. GILPIN, J.M. GILPIN, *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*, Princeton University Press, 2001, p. 313 ss.); D. Collins, inoltre, individua ulteriori fattori catalizzatori nella diffusione delle politiche economiche liberiste in paesi chiave come Stati Uniti e Regno Unito, nelle strategie di delocalizzazione produttiva delle multinazionali alla ricerca di costi più bassi e nella crisi energetica degli anni '70, che fu seguita da ondate di espropriazioni e aumenti fiscali in settori strategici da parte di vari Paesi produttori (D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., p. 13). Sulle implicazioni della visione liberale statunitense nell'evoluzione del diritto degli investimenti si veda anche K.J. VANDELDE, *The Liberal Vision of the International Law on Foreign Investment*, in C.L. Lim (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2016, p. 43 ss..

autonomo rispetto ad altri settori del diritto internazionale. Quanto al contenuto, la struttura tipica dei BITs rimase, in larga parte, ancorata ai modelli precedenti, soprattutto per quanto riguarda le clausole di tutela sostanziale dell'investitore. Il flusso di investimenti continuava a provenire principalmente dai Paesi industrializzati. Tuttavia, secondo parte della dottrina, ciò che realmente mutò fu l'approccio politico e strategico dei Paesi in via di sviluppo nei confronti di questi trattati. Se in un primo momento l'adesione ai BITs mirava soprattutto a evitare tensioni diplomatiche e ideologiche con gli Stati occidentali, con il passare del tempo tali accordi vennero utilizzati anche come strumenti dichiarativi: un modo per segnalare l'impegno dello Stato verso politiche di apertura dei mercati, liberalizzazione economica e protezione giuridica degli investimenti. In tal senso, i BITs assunsero il valore di impegni programmatici, intesi a rafforzare la credibilità internazionale degli Stati firmatari⁶⁵.

L'adozione così diffusa dei BITs ha comportato, però, anche conseguenze problematiche. Una delle principali criticità risiede nella frammentazione del sistema giuridico degli investimenti, sia sotto il profilo delle fonti normative, sia per quanto riguarda gli strumenti di risoluzione delle controversie. In assenza di un quadro unitario o di un organismo internazionale con competenza generale, il sistema si presenta come una galassia disomogenea di trattati bilaterali, ciascuno dotato di autonomia e applicazione circoscritta. Tra le poche eccezioni si annoverano la Convenzione ICSID, il NAFTA e il Trattato sulla Carta dell'Energia, che offrono alcuni elementi di coordinamento su scala regionale o settoriale⁶⁶. Tale frammentazione è spesso considerata una delle debolezze strutturali del sistema, e ha alimentato numerose proposte di riforma. In particolare, l'assenza di un coordinamento generale rende difficile integrare nei BITs obiettivi trasversali non economici, come la tutela ambientale, i diritti umani o la responsabilità sociale delle imprese⁶⁷.

⁶⁵ J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law*, cit., p. 55.

⁶⁶ M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH, *International investment law: a handbook*, Hart, Oxford 2015, pp. 240 ss.; D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 40 ss.

⁶⁷ J. ARATO, *The Private Law Critique of International Investment Law* (IILJ MegaReg Series, 2018), pp. 10–13: l'autore evidenzia una dinamica di frammentazione normativa, in cui l'IIL altera l'equilibrio tra diritto internazionale e diritto privato nazionale, compromettendo la coerenza interna dei sistemi giuridici.

Un ulteriore elemento di complessità riguarda il ruolo degli arbitri internazionali, che non sono vincolati al precedente giurisprudenziale. Di conseguenza, il bilanciamento tra gli interessi degli investitori e quelli degli Stati (soprattutto di natura non economica) può variare sensibilmente da un caso all'altro. Tale variabilità si accentua a causa della genericità con cui molte clausole dei BITs sono redatte, lasciando ampio margine di discrezionalità interpretativa e contribuendo così a un'elevata imprevedibilità negli esiti delle controversie arbitrali.

3.4 *Il contesto attuale: crisi, stagnazione, riforme*

A partire dagli anni 2000, tuttavia, la legittimità degli accordi bilaterali ha cominciato a essere messa in discussione. Le critiche si sono concentrate su vari aspetti: l'asimmetria normativa a favore degli investitori, la possibilità di contestare le regolazioni pubbliche (specialmente in ambito ambientale e sociale), la scarsa trasparenza dei meccanismi arbitrali. A ciò si è aggiunta una crescente resistenza nei confronti del cosiddetto "*regulatory chill*" imposto da certe clausole, percepite come limitative della sovranità statale⁶⁸.

Questa reazione ha spinto diversi Stati a riconsiderare le proprie politiche in materia di trattati bilaterali, avviando una fase di riforma e sperimentazione.

Ad esempio, in risposta a tali sfide, molti Stati hanno rivisto i propri modelli di trattato, introducendo nuove clausole e principi (ad esempio il riferimento allo sviluppo sostenibile e ai diritti umani). Un esempio emblematico è il BIT tra Nigeria e Marocco del 2016, che ha segnato un tentativo di superamento del paradigma tradizionale.

Parallelamente, la mancata adozione di una convenzione multilaterale globale ha favorito lo sviluppo di accordi regionali o settoriali (come i FTAs o i trattati in ambito OCSE e OMC) che, pur contenendo disposizioni simili a quelle dei BITs, privilegiano oggi l'obiettivo della liberalizzazione degli investimenti rispetto alla mera protezione.

⁶⁸Per "*regulatory chill*", consiste nella paura degli Stati di regolamentare attività protette dai trattati di investimento, al fine di evitare contenziosi con gli investitori; G. VAN HARTEN, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford, 2020, pp. 99-132.

In questo scenario si è consolidata una fitta rete di *International Investment Agreements* (IIAs), divisi tra trattati specifici e strumenti più generali, contribuendo alla complessità e frammentazione del quadro giuridico internazionale in materia di investimenti.

Dai primi anni Duemila a oggi, il diritto internazionale degli investimenti ha attraversato una nuova fase evolutiva, caratterizzata dalla coesistenza di due tendenze contrapposte che ne hanno definito la traiettoria recente. Da un lato, si assiste alla perdurante affermazione del modello tradizionale dei BITs, già consolidatosi nella fase precedente. In questa prospettiva, molti Stati hanno continuato a stipulare nuovi trattati bilaterali di investimento che, pur con alcune varianti marginali, mantengono una struttura sostanzialmente analoga a quella dei modelli precedenti, portandosi dietro anche le relative criticità sistemiche. Il numero complessivo di BITs ha dunque continuato ad aumentare progressivamente nel corso degli ultimi due decenni.

Nel frattempo, si è assistito a una trasformazione del flusso degli investimenti: paesi un tempo considerati emergenti, come Cina, India e Brasile, hanno significativamente intensificato la propria attività di investimento all'estero. Tali flussi non si sono più limitati a contesti regionali o ad altri Paesi in via di sviluppo – come quelli del sud-est asiatico o dell'Africa subsahariana – ma si sono estesi anche ai Paesi industrializzati, inclusi gli Stati Uniti e diversi Stati membri dell'Unione europea⁶⁹. Una delle principali conseguenze di questa persistente moltiplicazione dei trattati è stato l'aumento sensibile del contenzioso arbitrale: il ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie da parte degli investitori stranieri è cresciuto in maniera significativa, con un numero sempre maggiore di decisioni arbitrali che, in assenza di un sistema coordinato, contribuiscono alla frammentazione giurisprudenziale⁷⁰.

All'opposto, si è consolidata una seconda tendenza, segnata da forti critiche mosse da parte della dottrina e di vari attori della comunità internazionale nei confronti dell'architettura normativa che sostiene il diritto internazionale degli

⁶⁹ D. COLLINS, *An Introduction to International Investment Law*, cit., pp. 16 e ss; R. YOTOVA, *Balancing economic objectives and environmental considerations in new EU investment agreements: a brave new world?*, in K. MILES, *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019, pp. 379–407.

⁷⁰ A. REINISCH, *The Rule of Law in International Investment Arbitration*, 2007, pp. 55 ss.

investimenti⁷¹. Le obiezioni principali riguardano, in primo luogo, la frammentazione del sistema, spesso indicata come fattore disfunzionale, da cui è scaturita una spinta verso l'ipotesi di istituire un sistema più centralizzato e coerente⁷². Un'altra linea di critica si concentra sulla limitazione del “*right to regulate*” degli Stati ospitanti⁷³, ovvero la loro capacità di adottare politiche pubbliche nell'interesse generale senza il timore di essere citati in giudizio da parte degli investitori. Si rileva altresì una crescente insofferenza per il mantenimento di privilegi eccessivi a favore degli investitori, derivanti da trattati stipulati in contesti ormai superati. In effetti, sempre più frequentemente, gli Stati si trovano coinvolti in procedimenti arbitrali promossi da soggetti privati, con costi elevati e risultati incerti. Questo andamento ha sollevato interrogativi più generali sulla compatibilità tra tale sistema e i principi democratici e costituzionali degli ordinamenti nazionali.

In parallelo a quanto ora detto, cresce anche l'attenzione verso le implicazioni strutturali del sistema, che sembrano premiare la posizione degli investitori a scapito dell'autonomia normativa degli Stati. La critica più generale che viene rivolta al sistema è quella di essere strutturalmente sbilanciato a favore degli investitori stranieri (*investor oriented*), a discapito degli interessi pubblici e non economici degli Stati, come quelli ambientali, sociali o relativi alla tutela dei diritti umani. Questa discussione si inserisce in un più ampio dibattito sul ruolo delle imprese multinazionali nel diritto internazionale, con particolare attenzione alla possibilità di introdurre forme

⁷¹J. BONNITCHA, *Substantive Protection under Investment Treaties*, CUP, 2014, pp. 1–51; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp. 1–77; A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 4–22.; C. N. BROWER, S. W. SCHILL, ‘Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?’, *Chicago Journal of International Law*, 2009, Vol. 9, p. 471.

⁷² A. GATTINI, *Il principio di autonomia dell'UE e l'arbitrato investitore-Stato*, in *Dir. Un. Eur.*, 2020, p. 305.

⁷³ Il c.d. *right to regulate* dello Stato ospitante indica la facoltà di adottare e attuare misure normative e amministrative per perseguire obiettivi di interesse pubblico — come la tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza, dei diritti dei lavoratori o la stabilità finanziaria — anche quando tali misure possano incidere negativamente sugli interessi economici di investitori stranieri. Questo concetto rappresenta il punto di equilibrio tra la protezione degli investimenti garantita dai trattati (BIT, trattati multilaterali come il CETA, ecc.) e la capacità regolatoria dello Stato ospitante di attuare politiche pubbliche senza che ciò si traduca automaticamente in una violazione degli obblighi internazionali o in una responsabilità per espropriazione indiretta o violazione del trattamento giusto ed equo; sull'argomento si veda: A. REINISCH, “The Future Shape of EU Investment Agreements: Balancing the Right to Regulate with Investors' Rights” in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n. 2, 2013; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 5^a ed., Cambridge University Press, 2021, cap. 15; K. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014; L. W. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate : A Human Rights Perspective*; Routledge: New York, 2016; B. RIGOD, *Optimal Regulation and the Law of International Trade : The Interface between the Right to Regulate and WTO Law*; Cambridge University Press: Cambridge, United Kingdom, 2015.

di responsabilità giuridica per le condotte delle imprese, specialmente nei casi di violazione di norme internazionali fondamentali⁷⁴.

In questo contesto, un aspetto cruciale, ma spesso trascurato, riguarda il ruolo delle corti interne degli Stati ospitanti nella risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Storicamente, l'arbitrato internazionale è stato considerato il meccanismo privilegiato per tutelare gli investitori stranieri, soprattutto in ragione della sfiducia verso l'imparzialità e l'efficienza dei sistemi giudiziari nazionali⁷⁵. Tuttavia, questa impostazione ha generato un disequilibrio sistematico, oggetto di crescenti critiche sul piano politico e dottrinale⁷⁶.

L'arbitrato fondato sui trattati di investimento presenta tratti distintivi rispetto ad altri sistemi giurisdizionali internazionali. Tra per sue peculiarità, spicca in primo luogo la possibilità per l'investitore privato di attivare direttamente una procedura internazionale contro uno Stato, anche in assenza di un rapporto contrattuale specifico e in un contesto spesso regolatorio anziché meramente commerciale. A ciò si aggiunge il fatto che il consenso statale alla giurisdizione arbitrale, previsto nei trattati, ha natura generale e anticipata, rendendolo accessibile potenzialmente a qualsiasi soggetto soddisfi i requisiti di "investitore" secondo il trattato applicabile.

Ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dalla natura del rimedio, che si sostanzia quasi esclusivamente nel risarcimento pecuniario, incidendo così in modo diretto sulle risorse pubbliche dello Stato convenuto. Questo profilo evidenzia una dimensione di responsabilità pubblica che, a differenza del diritto amministrativo interno, non è necessariamente temperata da esigenze di sostenibilità fiscale o di equilibrio politico.

Un aspetto particolarmente rilevante, per quelli che sono gli elementi che caratterizzano la crisi del sistema arbitrale, è costituito dall'esclusione dell'obbligo per l'investitore di esaurire i rimedi giurisdizionali interni, come avviene in altri tratti internazionali. Questa assenza del previo ricorso delle corti interne finisce per

⁷⁴ A. GATTINI, *Il principio di autonomia dell'UE e l'arbitrato investitore-Stato*, *Cit.*, p. 305.

⁷⁵ A. REINISCH, *The Rule of Law in International Investment Arbitration*, 2007, pp. 55–78.

⁷⁶ A. GATTINI, *Il principio di autonomia dell'UE e l'arbitrato investitore-Stato*, *Cit.*, p. 305.

marginalizzare il ruolo delle corti nazionali nella risoluzione delle controversie che toccano l'equilibrio tra interessi privati e potestà regolatoria statale⁷⁷. In più, le decisioni arbitrali godono generalmente di ampia esecutività internazionale e sono soggette a forme molto limitate di controllo giudiziario, anche rispetto a decisioni emesse da corti sovranazionali o regionali⁷⁸. Nel loro complesso, questi elementi hanno trasformato il sistema arbitrale da uno strumento di risoluzione delle controversie economiche in un vero e proprio meccanismo quasi giurisdizionale di controllo sull'attività normativa e regolatoria degli Stati. Attraverso quindi questo meccanismo posto in essere dai trattati internazionali in materia di investimento, soggetti privati possono ottenere pronunce vincolanti su atti sovrani, senza che via sia un equivalente grado di revisione pubblica o di responsabilità democratica⁷⁹. In questo scenario, la riflessione critica sullo statuto giuridico dell'arbitrato investitore-Stato ha portato a interrogarsi sulla possibilità di superare tale modello attraverso nuove soluzioni istituzionali.

In altri termini, è quanto più si sia avvicinato alla creazione di una Corte costituzionale o amministrativa internazionale, intesa come organo che consenta agli individui di chiedere direttamente un controllo giurisdizionale sull'attività sovrana degli Stati, ottenendo una decisione vincolante sulla legittimità della condotta statale e una tutela concreta ed efficace⁸⁰. Tuttavia — ironico paradosso — queste controversie non vengono risolte da una vera e propria corte, bensì da un sistema arbitrale privato, originariamente concepito per risolvere dispute tra soggetti privati o tra soggetti pubblici, e successivamente evolutosi sotto la logica dell'autonomia delle parti, più che secondo i criteri del giudizio aperto e indipendente propri delle democrazie liberali⁸¹.

⁷⁷ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, in Stephan W Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, pp. 631–632.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ A CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 1976, Vol. 89, *Harvard Law Review*, p. 1281.

⁸¹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Cit., pp.631–632; V. anche J. KLABBERS, *International Law*, CUP, 2013, p. 11; S.D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 2005, Vol. 73, *Fordham Law Review*, p.1521; D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, CUP, 2008; T. SCHULTZ, C. DUPONT, *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Arbitrators?*, 2014, Vol. 25(4) *European Journal of International Law*, p. 1147.

Proprio a partire da tali tensioni, si è aperto un ampio dibattito sulla riforma del sistema, con l'obiettivo di riequilibrarne le dinamiche e aumentare la legittimazione degli strumenti di risoluzione delle controversie.

L'elaborazione di modelli, come l'*Investment Court System* promosso dall'Unione Europea o i meccanismi inclusi nei trattati moderni, ha riaperto l'interesse verso il potenziale ruolo delle corti interne in un sistema più trasparente e controllato, rivolto a ridurre lo squilibrio creato con il sistema arbitrale tra investitori stranieri e Stati ospitanti⁸². In questo quadro, emergono con sempre maggiore evidenza le criticità connesse al coordinamento tra giurisdizioni nazionali e strumenti internazionali, nonché le tensioni tra l'esigenza di tutelare gli investimenti e quella di preservare la sovranità regolatoria degli Stati⁸³. La crescente interazione tra fonti e livelli giuridici diversi solleva interrogativi complessi circa l'efficacia, la coerenza e la legittimità delle soluzioni adottate nella risoluzione delle controversie in materia di investimenti⁸⁴.

Il successo dell'ICSID fu graduale ma significativo. Alla fine del 2024, 165 Stati risultano firmatari della Convenzione di Washington e 158 di questi l'avevano ratificata, diventando così stati contraenti. Tuttavia, non tutti i Paesi firmatari hanno ratificato attivamente il Centro o lo hanno accettato nei singoli BIT⁸⁵. Tra i casi più emblematici va ricordata l'uscita della Bolivia (2007), dell'Ecuador (2009, poi reintegrato nel 2021), del Venezuela (2012), che segnala l'ambivalenza del regime ICSID per alcuni Paesi del Sud globale. Un elemento di successo dell'ICSID è stato il meccanismo di enforcement, reso possibile grazie al fatto che i lodi arbitrali sono esecutivi come sentenze di un tribunale nazionale, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione⁸⁶. Tuttavia, la mancanza di un meccanismo di revisione o di appello ha

⁸² M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals to a Multilateral Investment Court*, Springer 2022, cap. 4.

⁸³ S. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009, pp. 331–355.

⁸⁴ A. TZANAKOPOULOS, *Domestic Courts in International Law*, in CJ Tams and R Hofmann (eds), *International Investment Law and General International Law* (Nomos 2011), 217–236.

⁸⁵ I dati aggiornati relativi al numero degli Stati firmatari e ratificanti la Convenzione ICSID sono forniti da *The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2024-1)*, pubblicazione ufficiale del Centro. Il documento è disponibile al link: “<https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>”

⁸⁶ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention, 1965) 575 UNTS 159, Article 54: “(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state; (2) A party seeking recognition or

suscitato critiche, soprattutto laddove i lodi arbitrari hanno messo in discussione politiche pubbliche fondamentali, come la regolamentazione ambientale, la salute pubblica o la fiscalità. In parallelo, il crescente ricorso all'ICSID da parte degli investitori (con oltre 1.022 casi registrati al 2024⁸⁷) ha favorito la formazione di un corpus giurisprudenziale articolato, ma anche altamente frammentato, contribuendo a delineare una vera e propria *lex specialis* nel diritto internazionale degli investimenti. Se da un lato l'ICSID ha avuto un ruolo centrale nella costruzione di questa disciplina, dall'altro ha attirato critiche per il modo in cui limita il controllo giurisdizionale e l'equilibrio tra gli interessi in gioco.

Inoltre, recenti ricerche hanno sollevato dubbi sull'effettiva efficacia dei trattati d'investimento sbilanciati nel promuovere flussi significativi di capitale estero⁸⁸. Di conseguenza, l'idea che la rinuncia a parte della sovranità statale sia giustificata da un ritorno economico appare sempre meno sostenibile. Al contrario, alcuni studi suggeriscono che l'assetto attuale del diritto degli investimenti possa costituire un ostacolo per l'adozione di politiche favorevoli agli investimenti sostenibili, ponendosi in contraddizione con gli obiettivi di sviluppo a lungo termine⁸⁹.

enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation; (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought”.

⁸⁷ I dati sono tratti da *ICSID Caseload – Statistics*, aggiornati al 31 dicembre 2024, disponibili sul sito ufficiale ICSID: <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>

⁸⁸ UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, (2014), pp. 1998–2014.

⁸⁹ Una parte rilevante della dottrina critica l'attuale regime del diritto internazionale degli investimenti, osservando come la sua struttura, fortemente orientata alla tutela dell'investitore, possa disincentivare l'adozione di normative pubbliche in materia sociale, ambientale e di sviluppo sostenibile; M. C. CORDONIER SEGGER, M. GEHRING (eds), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International 2011, pp. 1-36, 175-210, sottolineano che i BIT tradizionali limitano la capacità degli Stati di adottare politiche pubbliche coerenti con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, e propongono un approccio integrato tra diritto degli investimenti e sostenibilità; A. K. BJORKLUND, *Sustainable Development and International Investment Law*, in K. P. SAUVANT (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008–2009*, Oxford University Press, 2010, richiama l'attenzione sul rischio di “*regulatory chill*”, ovvero la riluttanza degli Stati a legiferare su temi ambientali per timore di contenziosi arbitrari costosi e incerti; J. BONNITCHA, L. N. POULSEN, M. WAIBEL, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, 2017, pp. 155-179, criticano l'asimmetria sistemica del regime attuale, osservando che esso non incentiva investimenti sostenibili e può ostacolare riforme interne. L'UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, 2015, chs IV–V, evidenzia la necessità di una riforma strutturale del sistema per allinearla con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite; Infine, S. W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 331–355, segnala come l'assenza di un coordinamento multilaterale nella governance degli investimenti rappresenti una barriera per l'integrazione efficace degli standard ESG (ambientali, sociali e di governance).

A fronte di tali problematiche, si stanno sviluppando nuove generazioni di trattati di investimento⁹⁰ – in parte già adottati – che mirano a riequilibrare il rapporto tra investitori e Stati. Questi strumenti si caratterizzano per l'introduzione di norme a tutela di interessi non economici, come la protezione dell'ambiente, della salute pubblica, dei diritti dei lavoratori e dei diritti umani⁹¹. Spesso includono anche limitazioni al diritto degli investitori di accedere all'arbitrato internazionale, oppure introducono eccezioni alle tutele garantite, nel caso in cui l'azione dello Stato, pur incidendo sull'investimento, persegua obiettivi legittimi di interesse pubblico.

È in questo contesto che si colloca la riflessione sull'emersione degli interessi non economici nel sistema del diritto internazionale degli investimenti e sulla possibilità che questi assumano uno spazio crescente all'interno dei trattati e delle decisioni arbitrali.

È necessario però porre l'accento su un'altra problematica che affligge il sistema degli investimenti stranieri e sulle critiche rivolte al sistema del diritto internazionale degli investimenti, si è consolidata una duplice linea evolutiva. Da un lato, si evidenzia la crisi di legittimità dell'attuale sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS), accusato di essere eccessivamente frammentato, opaco e costoso, privo di meccanismi di appello e poco sensibile agli interessi pubblici generali⁹². Dall'altro lato, si sta assistendo a un crescente ripensamento del ruolo delle corti interne e

⁹⁰ I c.d. BIT di nuova generazione si distinguono dai modelli tradizionali per l'inclusione di norme volte a bilanciare la protezione dell'investitore con gli interessi pubblici generali. Questi accordi riconoscono espressamente il diritto dello Stato a regolamentare (*right to regulate*), includono obblighi per gli investitori (in ambito ambientale, sociale e dei diritti umani) e spesso introducono meccanismi giudiziari trasparenti alternativi all'arbitrato. Esempi significativi sono il CETA (UE–Canada), che prevede un *Investment Court System* (ICS) e salvaguardie per la sovranità normativa statale (art. 8.9); l'EVIPA (UE–Vietnam) e l'EUSIPA (UE–Singapore), che incorporano principi di sviluppo sostenibile e condotta responsabile; nonché il BIT tra Marocco e Nigeria del 2016, consultabile al seguente link: <https://edit.wti.org/document/show/bde2bcf4-e20b-4d05-a3f1-5b9eb86d3b3b>, che rappresenta un modello innovativo introducendo espliciti obblighi in capo agli investitori e valorizzando la regolazione interna degli Stati per finalità di interesse pubblico. Simili caratteristiche si ritrovano in altri accordi bilaterali conclusi tra Stati sovrani, come il BIT Marocco–Repubblica Democratica del Congo (2021), il BIT Colombia–EAU (2017), il BIT Argentina–Qatar (2016), nonché nei modelli ACFI del Brasile (es. Brasile–Angola 2015), che rinunciano completamente all'arbitrato ISDS tradizionale. A questi si aggiungono l'art. 13 del BIT Iran–Giappone (2016) e l'art. 33 del BIT Canada–Cina (2012), che affermano con chiarezza il diritto degli Stati a perseguire obiettivi legittimi di politica pubblica, comprese la salute, la sicurezza e l'ambiente.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Sulle criticità del sistema ISDS si veda: G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP 2007; A. REINISCH, *The Rule of Law in International Investment Arbitration*, *Asian J. of WTO & Int. Health Law & Policy* 1 (2007), 33–48; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (CUP 2015), 331–342; UE v. CGUE, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158; *Komstroy*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:673.

all'introduzione, nei BITs di nuova generazione, di modelli alternativi di giustizia, ispirati a criteri di trasparenza, indipendenza e responsabilità pubblica⁹³.

Tali trattati tendono a riequilibrare il rapporto tra investitori e Stati, introducendo esplicitamente il diritto statale di regolamentare (*right to regulate*), obblighi in capo agli investitori in materia di diritti umani, ambiente e lavoro, e meccanismi alternativi all'arbitrato come l'Investment Court System (ICS) del CETA o la promozione di rimedi giurisdizionali interni. Questo orientamento segnala un cambio di paradigma che tenta di ricomporre il conflitto tra tutela degli investimenti e salvaguardia degli interessi pubblici. È in tale contesto che si colloca la riflessione sull'emersione degli interessi non economici all'interno del diritto internazionale degli investimenti e sulla progressiva ridefinizione del sistema di enforcement, che da arbitrale potrebbe muoversi verso modelli più integrati con le giurisdizioni statali e sovranazionali.

4. Gli standard sostanziali di protezione

Nel quadro del diritto internazionale degli investimenti, gli standard sostanziali di protezione rappresentano uno degli strumenti principali attraverso cui i trattati bilaterali e multilaterali cercano di garantire un livello minimo di tutela per gli investitori stranieri⁹⁴. Tali standard definiscono in contenuto sostanziale degli obblighi assunti dagli Stati ospitanti, agendo come limite alla loro discrezionalità normativa e amministrativa nei confronti degli investimenti esteri⁹⁵.

A partire dalla proliferazione dei trattati bilaterali di investimento negli anni Ottanta e Novanta, il ruolo degli standard sostanziali è andato progressivamente rafforzandosi, al punto da divenire elementi imprescindibili dell'architettura pattizia contemporanea in materia di investimenti⁹⁶. Se nella fase iniziale del sistema la tutela

⁹³ Sui meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie si vedano: J. BONNITCHA, A.-M. BREWSTER, E. MELLINI, *Towards a Permanent Investment Court? CETA's Court System in Context*, in M. BUNGENBERG et al. (eds), *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court* (Springer 2022) 127–150; M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court* (Springer 2020).

⁹⁴ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, OUP, 2012, pp. 88–89.

⁹⁵ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2021, pp. 354–357.

⁹⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, pp. 1–3.

era centrata soprattutto sulla garanzia contro l'espropriazione, successivamente l'attenzione si è estesa verso un insieme più articolato di clausole, volte a disciplinare anche aspetti più ampi del comportamento statale e del contesto giuridico-amministrativo in cui si inserisce l'investimento⁹⁷. Gli standard di protezione più comunemente inclusi nei trattati comprendono il trattamento giusto ed equo, la protezione contro l'espropriazione diretta e indiretta, la clausola della nazionale più favorita, il trattamento nazionale, la piena protezione e sicurezza e il divieto di misure arbitrarie o discriminatorie⁹⁸. Questi standard sono spesso formulati in modo generico, legittime aspettative, trasparenza e buona fede, lasciando ampio spazio all'interpretazione da parte dei tribunali arbitrali⁹⁹.

Nel tempo, la giurisprudenza arbitrale ha avuto un ruolo determinante nella progressiva definizione del contenuto di tali standard¹⁰⁰, contribuendo a delineare una vera e propria *lex specialis* degli investimenti internazionali, con principi e concetti autonomi rispetto al diritto internazionale generale¹⁰¹. Tuttavia, proprio la natura spesso indeterminata di questi standard e l'assenza di un'autorità giurisdizionale unificata hanno generato una crescente eterogeneità interpretativa, alimentano il dibattito sulla necessità di riforme volte a una maggiore coerenza, prevedibilità del sistema¹⁰².

Dal punto di vista teorico, gli standard sostanziali pongono anche interrogativi di rilievo in merito all'equilibrio tra protezione degli investimenti e rispetto della sovranità statale¹⁰³. Sebbene siano concepiti come strumenti volti a rafforzare lo Stato di diritto e a prevenire comportamenti arbitrari, essi possono, in taluni casi, entrare in tensione

⁹⁷ A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer, 2009, pp. 321–325.

⁹⁸ S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, pp. 151–153.

⁹⁹ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, OUP, 2013, pp. 109–113.

¹⁰⁰ UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2011, pp. 4–7.

¹⁰¹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007, pp. 5–10.

¹⁰² J. E. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Hague Academy of International Law, Recueil des cours, 2011, pp. 278–280.

¹⁰³ K. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 95–98.

con l'esercizio delle funzioni pubbliche, specialmente in settori sensibili come la tutela dell'ambiente, la salute pubblica o di diritti sociali¹⁰⁴.

4.1 *Il Fair and Equitable Treatment (FET)*

Il dibattito sul trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*, FET) è stato oggetto di critiche, in particolare per la facilità con cui alcune proposizioni vengono riconosciute come aventi valore giuridico¹⁰⁵. La risposta metodologicamente corretta a tali critiche consiste nell'analizzare questo sviluppo alla luce delle regole tradizionali sulle fonti e sull'interpretazione del diritto internazionale, così da "preservare la purezza delle fonti da cui sgorgano le norme"¹⁰⁶. In questo quadro, lo standard minimo internazionale costituisce il riferimento storico e concettuale entro cui si è evoluto lo standard FET nei trattati sugli investimenti. Nato nell'ambito del diritto internazionale classico come strumento per valutare il trattamento degli stranieri. Lo standard minimo ha storicamente rappresentato un criterio di civiltà, utilizzato per valutare la legittimità dell'azione statale e, in senso più ampio, l'appartenenza stessa all'ordine giuridico internazionale.

Durante la seconda metà del XIX secolo e i primi decenni del XX, lo standard minimo internazionale si è sviluppato in un contesto segnato da profonde asimmetrie nei rapporti tra Stati occidentali e Stati dell'America Latina, dove strumenti come la protezione diplomatica e le rappresaglie armate venivano spesso utilizzati per tutelare gli interessi economici dei cittadini di potenze dominanti. In risposta a tali prassi la

¹⁰⁴ P. M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, p. 271-448; M. C. CORDONNIER SEGGER, M. W. GEHRING, A. NEWCOMBE (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, The Hague, Kluwer, 2011; J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012; T. COTTIER, O. NARTOV A, S. Z. BIGDELLI (eds.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009; P. M. DUPUY, F. FRANCONI, E. U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009; OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, 2004, pp. 6-8.

¹⁰⁵ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, First edition.; Oxford University Press: Oxford, United Kingdom, 2013; Z. DOUGLAS, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, 2006, Vol. 22 *Arbitration Intl* 27, 28; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (OUP, Oxford 2007) 88-90; A. ORAKHELASHVILI, *The Normative Basis of "Fair and Equitable Treatment": General International Law of Foreign Investment?*, 2008, 46 *Archiv des Völkerrechts*, 74, 76-96.

¹⁰⁶ A. V. LOWE, *The Politics of Law-Making*, in M. BYERS (ed), *The Role of Law in International Politics*, OUP, Oxford 2000, p. 223.

Dottrina Calvo¹⁰⁷ rivendicava la parità sovrana tra Stati e contestava che lo straniero potesse ricevere un trattamento più favorevole rispetto ai cittadini locali, sollevando questioni centrali sulla portata, i limiti e la legittimità dell'intervento del diritto internazionale nei rapporti tra individuo e Stato¹⁰⁸. La Dottrina Calvo sembra aver influenzato una soluzione di compromesso, nel senso che, entrando in uno Stato, l'investitore straniero accetta il rischio di essere trattato come cittadini locali; questa impostazione è riconducibile alla sentenza *Barcelona Traction* della Corte Internazionale di Giustizia, dove la Corte afferma che:

*“Governments have been known to intervene in such circumstances not only when their interests were affected, but also when they were threatened. However, it must be stressed that this type of action is quite different from and outside the field of diplomatic protection. When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals it is, as indicated in paragraph 33, bound to extend to them the protection of the law. However, it does not thereby become an insurer of that part of another State's wealth which these investments represent. Every investment of this kind carries certain risks. [...]”*¹⁰⁹

I tribunali arbitrali in materia di investimenti hanno spesso ribadito che i trattati sugli investimenti non sono polizze assicurative contro decisioni imprenditoriali errate, applicando questa logica a molteplici situazioni: dalle aspettative dell'investitore, alla diligenza richiesta, agli errori di consulenza¹¹⁰. In sintesi, è fondamentale comprendere la natura sfumata della formazione normativa in questo ambito, dove elementi meno

¹⁰⁷ La cosiddetta "dottrina Calvo", sviluppata dal giurista e diplomatico argentino Carlos Calvo nel XIX secolo, rappresenta una teoria giuridica e politica secondo cui gli stranieri che investono o svolgono attività economiche in uno Stato devono essere soggetti esclusivamente alla giurisdizione nazionale di quello Stato, senza poter invocare una protezione diplomatica o ricorrere a meccanismi internazionali che offrano loro un trattamento privilegiato. Secondo questa visione, l'investitore straniero, al momento dell'ingresso nel territorio dello Stato ospitante, accetta implicitamente di rinunciare al diritto alla protezione internazionale in favore di un trattamento pari a quello riservato ai cittadini locali, affidandosi agli ordinari rimedi offerti dall'ordinamento interno. Tale dottrina si fonda su due principi fondamentali: la sovrana eguaglianza degli Stati e il divieto di ingerenza negli affari interni. Essa nacque come reazione all'interventismo delle potenze europee e degli Stati Uniti in America Latina, spesso giustificato con la necessità di proteggere i propri cittadini all'estero. La dottrina ebbe notevole influenza nei trattati e nelle costituzioni di molti Stati dell'America Latina e si concretizzò, in alcuni casi, con l'inclusione delle cosiddette *Calvo clauses*, in cui l'investitore si impegnavano contrattualmente a non ricorrere alla protezione diplomatica del proprio Stato; C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, 2nd edn, A. Durand & Pedone-Lauriel, 1872, vol 1, pp. 620–624.

¹⁰⁸ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, cit., pp. 29 ss.

¹⁰⁹ Corte Internazionale di Giustizia (CIJ), *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, Sentenza del 5 febbraio 1970, C.I.J. Recueil 1970, par. 87.

¹¹⁰ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Cit., p.30.

supportati nella prassi possono spiegare la logica di alcuni aspetti delle norme emerse¹¹¹.

Per comprendere e analizzare quello che attualmente conosciamo come Standard FET, è opportuno soffermarsi sull'evoluzione del diritto, resa possibile dallo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale che ha iniziato a delinearsi all'inizio del Novecento. In particolare, è fondamentale esaminare, sia pur sinteticamente, l'evoluzione del trattamento degli stranieri, che ha costituito la base per l'affermazione di nuovi standard internazionali, soprattutto nell'ambito degli investimenti internazionali. In tale evoluzione, lo sviluppo dello standard internazionale minimo di trattamento degli stranieri ha attraversato fasi teoriche e giurisprudenziali complesse, la cui evoluzione può essere ricostruita a partire da due momenti fondamentali: il discorso di Elihu Root del 1910 e la sentenza *Neer* del 1926. Nella prima metà del Novecento, Root propose una concezione dello standard basata su un'esigenza pratica: l'aumento della mobilità internazionale e degli investimenti richiedeva, secondo lui, la creazione di regole comuni universalmente riconosciute per garantire la tutela degli stranieri nei Paesi ospitanti¹¹². Tuttavia, la sua argomentazione non si fondava su un'effettiva dimostrazione di prassi statale uniforme, ma piuttosto su deduzioni empiriche e su assunti legati al concetto di "civilizzazione", impiegato in modo ambiguo sia come criterio per accedere all'ordine giuridico internazionale sia come vincolo giuridico per gli Stati già riconosciuti come civilizzati¹¹³.

La struttura dello standard delineata da Root ruotava attorno al principio della non discriminazione, secondo cui gli stranieri dovevano godere degli stessi diritti e rimedi riconosciuti ai cittadini del Paese ospitante, salvo eccezioni in presenza di comportamenti giudicati manifestamente ingiusti o arbitrari¹¹⁴. Questa impostazione,

¹¹¹ P. MUCHLINKSI, "Caveat Investor"? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, ICLQ, 2006, v.55, p. 527; P MUCHLINSKI, *The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution*, in C. BINDER and others (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, Oxford 2009.

¹¹² E. ROOT, *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, ASIL Proceedings, 1910, pp. 10 ss.

¹¹³ R. JENNINGS, in *Oppenheim's International Law*, 1958.

¹¹⁴ E. ROOT, *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, cit., p. 12.

condivisa anche da autori come Borchard¹¹⁵, riconosceva tuttavia che il trattamento nazionale non era sempre sufficiente a escludere la responsabilità internazionale, specialmente nei casi di denegata giustizia. È proprio su quest'ultimo aspetto che si è concentrata gran parte della riflessione giuridica tra Ottocento e Novecento, considerando la denegata giustizia non solo come uno dei temi centrali dello standard internazionale minimo, ma anche come la base concettuale da cui derivare obblighi generali di trattamento.

In questa prospettiva si inserisce la celebre decisione arbitrale resa nel 1926 dalla *US–Mexico General Claims Commission* nel caso *Neer*, considerata uno dei precedenti più citati nella ricostruzione del contenuto dello standard consuetudinario¹¹⁶. In *Neer*, la Commissione stabilì che il trattamento di uno straniero costituisce violazione del diritto internazionale solo se rappresenta un oltraggio, è ispirato da mala fede, o denota una negligenza intenzionale o un'insufficienza così marcata da risultare evidente a ogni osservatore imparziale¹¹⁷.

Tale formulazione, adottata in un contesto in cui il diritto internazionale mostrava ancora forti elementi deferenti verso la sovranità statale, fu interpretata da numerosi autori¹¹⁸ come espressione di uno standard minimo di tipo residuale e fortemente restrittivo. La Commissione, pur riconoscendo la difficoltà di definire in termini generali la soglia dell'illecito internazionale, estese per analogia la logica della denegata giustizia anche ad atti non giudiziari, sostenendo che lo stesso criterio doveva valere per il comportamento dei poteri esecutivo e legislativo¹¹⁹. Questa impostazione solleva però dubbi sotto diversi profili: sul piano concettuale, essa estende impropriamente una categoria nata per il contesto giurisdizionale; sul piano teorico, confonde l'attribuzione della condotta con il contenuto della norma violata; sul piano

¹¹⁵ E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Banks Law Publishing Co, 1915.

¹¹⁶ *LFH Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 1926, US–Mexico General Claims Commission.

¹¹⁷ U.S.A.–Mexico General Claims Commission, *Neer v. Mexico*, 15 October 1926, RIAA, Vol. IV, p. 62.

¹¹⁸ V., ad esempio: H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens 1958, pp. 164–166;

A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, Green & Co., 1938, pp. 234–237; J. VISSCHER, *Theory and Reality in Public International Law*, rev edn, Princeton University Press, 1968, pp. 334–336.

¹¹⁹ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable*, *Cit.*, pp.46 ss.

fattuale, parte da un caso atipico — il fallimento dello Stato nel punire i responsabili dell'omicidio di un cittadino straniero — per dedurre regole di portata generale¹²⁰. Alcuni autori successivi hanno cercato di circoscrivere la portata di *Neer* alle sole ipotesi di responsabilità indiretta e tutela procedurale¹²¹, ma l'interpretazione più plausibile resta quella che vede in *Neer* un criterio di default applicabile solo in assenza di regole più specifiche. Il contributo dato dal caso *Neer*, dunque, non consiste nell'aver definito in modo esaustivo il contenuto dello standard, quanto nell'aver fornito una base analogica a partire dalla quale sviluppare regole più articolate, compatibili con le esigenze del diritto internazionale contemporaneo. Come osservò Jennings¹²², l'approccio di *Neer* era già inadeguato nel rispondere alle problematiche moderne, in particolare nel contesto dei contratti commerciali e degli investimenti internazionali, per i quali non bastano più principi generali ma occorrono norme tecniche più precise e dettagliate.

Nel secondo dopoguerra, il dibattito sullo standard minimo internazionale si è evoluto principalmente attraverso la prassi pattizia e, a partire dalla fine del XX secolo, mediante l'arbitrato investitore-Stato, concentrandosi sul rapporto tra tale standard e il trattamento giusto ed equo. Se la dottrina aveva già evidenziato, in epoca prebellica, le criticità dell'argomentazione di Root — basata sull'ambigua nozione di “civilizzazione” quale fonte dello standard — e dell'approccio del caso *Neer*, ritenuto privo di contenuto giuridico determinato e incentrato su criteri di dubbia pertinenza, il trattamento giusto ed equo è stato oggetto di influenze parallele provenienti dal diritto dell'espropriazione e dai diritti umani.

L'attenzione prevalente posta sull'espropriazione diretta ha infatti mostrato l'inadeguatezza dello standard internazionale nel fornire una tutela efficace della proprietà, relegandolo a mero parametro di legalità di scarsa incidenza pratica, mentre il dibattito sui diritti umani ha rivelato i limiti concettuali e sistemici di una fusione tra lo standard e altre fonti normative. Alla luce di tali elementi, la dottrina ha sostenuto la

¹²⁰ Per un'analisi critica vedere: M. EUSTATHIADÈS, *La justice internationale et la protection des étrangers*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931.

¹²¹ J. PAULSSON, G. PETROCHILOS, *Neer-ly Mised?*, 2007, vol. 22, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, p. 242.

¹²² R. JENNINGS, *State Contracts in International Law*, 1961, *British Yearbook of International Law*, vol.37, pp. 156-157.

necessità di superare la vaghezza del fondamento consuetudinario dello standard attraverso una sua codificazione in tratti internazionali¹²³, nonché di riformulare il contenuto del trattamento giusto ed equo in termini più generali rispetto al riferimento procedurale emerso nel caso *Neer*¹⁵⁸, distinguendo la protezione della proprietà come garanzia distinta rispetto allo standard stesso. Inoltre, si è invocata una relazione meno rigida tra le regole classiche e gli sviluppi moderni, in modo da preservare la legittimità storica e correggerne le carenze¹⁵⁹.

La prassi pattizia ha accolto tali indicazioni, prevedendo frequentemente il rispetto dello standard minimo internazionale all'interno delle clausole di trattamento giusto ed equo o in alternativa a esse fino a rendere queste ultime, già a metà degli anni Novanta, concetti giuridici tecnici nel contesto della protezione degli investimenti esteri¹²⁴. Sebbene la relazione tra la clausola pattizia e lo standard consuetudinario resti opaca, a partire dagli arbitrati NAFTA – primo trattato a prevedere arbitrati tra Stati sviluppati – i tribunali si sono confrontati con le questioni fondative sulla fonte e sul contenuto dello standard. In contrasto con l'opinione che fa risalire l'origine della clausola di trattamento giusto ed equo solo alla prassi postbellica¹²⁵, emerge un quadro prebellico articolato: già nel XVII secolo compaiono obblighi di "giustizia ed equità" in ambito giudiziario¹²⁶, come poi confermato nel caso *Ambatielos*¹²⁷ e ripreso nel parere del Lord Cancelliere Loughborough¹²⁸. Nella prassi ottocentesca, termini come

¹²³ J.W. SALACUSE, *The Treatitfi cation of International Investment Law: A Victory of Form over Life? Or Crossroads Crossed?*, 2006, 3, p.3. Transnational Dispute Management.

¹²⁴ A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of International Treaties: Standards of Treatment* (Walter Kluwer Law & Business, the Netherlands 2009) 255–61; R KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (CUP, Cambridge 2011) 9–22; M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable*, Cit., p. 84. Si veda anche al riguardo: *Oil Platforms (Iran v US) (Preliminary Objections)* [1996] ICJ Rep 803, *Separate Opinion of Judge Higgins* 847 [39].

¹²⁵ R DOLZER, C.H SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, 119–20; R DOLZER, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, 2005, 39 Intl Lawyer 87, 89; CH. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 2005, 6 J World Investment Trade 357, 357–8; si veda anche: *G&E v Argentina*, ICSID Case no ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006 (2006) 21 ICSID Rev—Foreign Inv L J 203 [29]

¹²⁶ Treaty between Great Britain and Sweden (adopted 11 April (13 May) 1654) Hertslet Collection Volume II 310 art 5 (emphasis added); also Treaty between Great Britain and Sweden (adopted 21 October 1661) Hertslet Collection Volume II 324 art 5. The 1654 Treaty was concluded during Cromwell's Commonwealth and the essentially identical 1661 Treaty was remade after Restoration, *Ambatielos* case (Greece v UK) ICJ Pleadings 405 (Fitzmaurice on behalf of the UK). '65 Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Denmark (adopted 11 July 1670, entered into force 11 August 1670) C Parry (ed), The Consolidation Treaty Series (Volume 11, 1668– 1671, Oceana Publications, Inc., Dobs Ferry, New York 1969) 347 art 24. '66 Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Denmark

¹²⁷ *Ambatielos* case (Greece v United Kingdom) (Merits) (1956) 12 RIAA 83, 108–9.

¹²⁸ J.L. SIMPSON, H. FOX., *International Arbitration: Law and Practice*, (Stevens & Sons Limited, London 1959) 2; IFI Shihata, The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction (Martinus Nijhoff, The Hague 1965) 12–15; J. CRAWFORD,

"fair" e "equitable" venivano riferiti a tassazione, istruzione, giustizia penale e trattamento carcerario, mentre l'equità compensativa emergeva nella gestione dei beni confiscati. Le stesse espressioni ritornano nel contesto processuale e negli atti diplomatici e giurisprudenziali del primo Novecento, dove si parla di "*guarantee of equitable treatment to foreigners*" e si utilizza sistematicamente il concetto di "*fairness*" quale parametro interpretativo¹²⁹. Tali termini erano utilizzati anche in altri contesti del diritto internazionale, spesso con funzione di flessibilizzazione o di riequilibrio discrezionale delle posizioni giuridiche. In casi come *Naomi Russel*, tuttavia, si escludeva esplicitamente l'uso autonomo dell'equità come criterio decisionale¹³⁰. Un ulteriore filone di prassi fa emergere la clausola in riferimento diretto a interessi commerciali stranieri, a partire dal Patto della Società delle Nazioni¹³¹ e dai trattati bilaterali degli anni Trenta¹³². In tale contesto, "*fair and equitable treatment*" non faceva riferimento al diritto consuetudinario sugli stranieri²⁰⁶, ma rispondeva a esigenze di parità concorrenziale tra operatori economici, configurandosi come obbligo di non discriminazione basato sul principio della nazione più favorita¹³³.

Con il passaggio al secondo dopoguerra e l'avvento di nuove norme di protezione giuridica dell'individuo – tra cui i diritti umani e, più tardi, il diritto internazionale degli investimenti – lo standard minimo ha conosciuto una trasformazione concettuale: da parametro astratto generico, si è concretizzato nella nozione di trattamento giusto

Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement, in C. BINDER et al. (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (OUP, Oxford 2009) 812–13.

¹²⁹ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable*, *Cit.*, pp. 83–86.

¹³⁰ *Naomi Russel (US v Mexico)* (1931) 4 RIAA 805, Opinion of Commissioner Nielsen 806, 830 (emphasis added). Nielsen's reasoning that leads to up to the citation is somewhat confusing: he seems to equate 'equity' with everything that is not general international law, and then distinguishes self-judging notions of what is fair and equitable from 'equity' formulated in the treaty rules (that is, normal *lex specialis*). Be that as it may, it does not affect the authority of his perception of the 'handsome terms' fair and equitable in 1930s as something associated with juridical acrobatics of unlimited flexibility.

¹³¹ According to the Covenant of the League of Nations, '[s]ubject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League will make provision to secure and maintain . . . equitable treatment for the commerce of all Members of the League', Covenant of the League of Nations (adopted 28 June 1919, entered into force 10 January 1920) 1 League Nations Official J 3 art 23(e). The Economic Committee enumerated a number of activities that would be in breach of equitable treatment, including 'unjust or oppressive treatment in fiscal or other matters', Economic Committee, 'Report on Equitable Treatment of Commerce September 1922' (1923) 4 League of Nations Official J 468, 469.

¹³² Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the French Republic (adopted 6 May 1936, entered into force 15 June 1936) 199 LNTS 261 art VI(5); Agreement Concerning Tariff Questions between the United States of America and Finland (adopted 18 May 1936, entered into force 2 November 1936) 172 LNTS 99, art VIII(1)(b).

¹³³ G. SCHWARZENBERGER, *The Principles and Standards of International Economic Law*, 1966, 117 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 5, 87.

ed equo, oggi presente in quasi tutti i trattati bilaterali e multilaterali sugli investimenti.

134

Nel panorama del diritto internazionale degli investimenti, la clausola di trattamento giusto ed equo ha assunto un ruolo sempre più centrale, sia sul piano normativo che su quello applicativo. L'evoluzione di tale standard, da concetto generico e flessibile a pilastro dei trattati di protezione degli investimenti, riflette il progressivo tentativo di conciliare due esigenze concorrenti: da un lato, garantire agli investitori stranieri un livello minimo di tutela giuridica; dall'altro, preservare la sovranità regolatoria degli Stati ospitanti. Se storicamente il FET affonda le proprie radici nello standard minimo internazionale – inteso come criterio di civiltà applicabile al trattamento degli stranieri – è solo a partire dal secondo dopoguerra che esso viene elaborato come categoria autonoma nei trattati bilaterali e multilaterali.

A partire dagli anni Cinquanta, e in particolare con la diffusione dei BITs, il FET è stato inserito in modo ricorrente come clausola pattizia, spesso in combinazione con il principio di non discriminazione¹³⁵, la clausola della nazione più favorita (MFN)¹³⁶ e il trattamento nazionale¹³⁷.

In molti casi, la clausola è formulata come obbligo generico “*shall be accorded fair and equitable treatment*”, mentre in altri è direttamente collegata allo standard minimo internazionale consuetudinario, come nel noto art. 1105 del NAFTA¹³⁸. Questa

¹³⁴ North American Free Trade Agreement (NAFTA), signed 17 December 1992, entered into force 1 January 1994, art 1105(1); Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union, signed 30 October 2016, provisionally in force since 21 September 2017, art 8.10(1); Energy Charter Treaty, signed 17 December 1994, entered into force 16 April 1998, art 10(1); Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 14 November 1991, entered into force 20 October 1994, art II(2)(a); Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 18 July 1997, entered into force 1 March 2000, art 2(2); Agreement between Japan and the Republic of Mozambique for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, signed 1 August 2013, entered into force 18 August 2014, art 4(1).

¹³⁵ F. M. PALOMBINO, *Il Trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Il Mulino, 2012, p. 26: “questo standard, pur ponendosi in una sostanziale linea di continuità rispetto a quelli richiamati nel paragrafo precedente (trattamento nazionale e della nazione più favorita), se ne differenzia nella misura in cui pone un obbligo di “non fare” a carico dello Stato ospite, e cioè quello di astenersi dall’adottare misure discriminatorie nei confronti degli investitori stranieri”; Si veda anche: J. CHARPENTIER, *De la non-discrimination des les investissements*, in *Annuaire française de droit international*, vol. 9, 1963, pp. 35 ss.

¹³⁶ Il trattamento della nazione più favorita comporta l’obbligo per lo Stato ospitante di applicare agli investimenti stranieri oggetto del trattato di investimento il miglior trattamento riservato agli investitori di un altro Stato terzo; C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 498.

¹³⁷ *Ibid*: “Il trattamento nazionale comporta l’obbligo di trattare gli investitori esteri non meno favorevolmente degli investitori nazionali. Il principio è sancito dalla quasi totalità dei tratti di investimento.”

¹³⁸ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 123 ss.

ambivalenza ha dato luogo a un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, finalizzato a chiarirne la portata, le fonti e la funzione sistematica. Parte della dottrina ha sottolineato che, in assenza di un riferimento esplicito al diritto internazionale generale, la clausola deve essere interpretata come norma autonoma, capace di fondare obblighi sostanziali a sé stanti¹³⁹. Altri autori, al contrario, hanno sostenuto una lettura più restrittiva, riconducendola al contenuto minimale codificato dalla prassi consuetudinaria¹⁴⁰.

Sul piano applicativo, la giurisprudenza arbitrale ha progressivamente ampliato la portata della clausola, riconoscendole un contenuto elastico ma progressivamente strutturato. I tribunali hanno identificato nel FET un insieme di obblighi, tra cui la protezione delle legittime aspettative dell'investitore, il rispetto della buona fede, la prevedibilità e trasparenza dell'azione pubblica, il divieto di arbitrarietà e la tutela contro decisioni discriminatorie o irragionevoli¹⁴¹. In casi noti come *Tecmed v. Mexico* o *Saluka v. Czech Republic*, il FET è stato interpretato come standard di comportamento generale dello Stato, idoneo a valutare l'intero contesto normativo, amministrativo e procedurale applicabile all'investimento¹⁴².

Tale interpretazione estensiva ha avuto un impatto significativo sulla distribuzione dei poteri tra investitori e Stati. In particolare, essa ha permesso di riconoscere responsabilità internazionali anche in assenza di espropriazione formale, colmando vuoti di tutela del diritto internazionale classico. Tuttavia, questa evoluzione ha suscitato critiche crescenti, in parte provenienti dagli Stati stessi, che hanno espresso preoccupazione per la possibile erosione dello spazio regolatorio sovrano. Una delle principali obiezioni mosse alla clausola è la sua vaghezza strutturale, che rischia di generare insicurezza giuridica e decisioni arbitrarie da parte dei tribunali arbitrali¹⁴³. In particolare, si teme che lo standard FET possa trasformarsi in uno strumento

¹³⁹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Issues in IIAs Series, 2012, p. 13.

¹⁴⁰ C. BROWER, S. SCHILL, *Is Arbitration Fair?*, *Fordham Intl LJ*, 2009, pp. 1417–1431.

¹⁴¹ C. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, *JWIT*, 2005, pp. 357–386.

¹⁴² *Tecnicas Medioambientales Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003; *Saluka Investments v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

¹⁴³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

eccessivamente invasivo, utilizzato per contestare legittime politiche pubbliche su salute, ambiente, fiscalità o giustizia sociale¹⁴⁴.

In risposta a tali critiche, si è sviluppato un movimento di “riformulazione pattizia” del trattamento giusto ed equo, attraverso modelli di trattato che tendono a definire in modo più circoscritto e predeterminato il contenuto della clausola. Alcuni Stati, come il Canada, gli Stati membri dell’UE o l’Olanda, hanno adottato modelli aggiornati nei quali il FET viene declinato in termini tassativi, specificando espressamente le condotte che configurano una sua violazione¹⁴⁵. Altri trattati, come il CETA o l’USMCA, hanno addirittura escluso che il FET implichi il riconoscimento di aspettative soggettive non fondate sulla legge interna, così limitando il margine interpretativo dei tribunali arbitrali¹⁴⁶.

Dottrina e prassi arbitrale hanno tentato di sistematizzare il contenuto della clausola. Autori come Schreuer e Dolzer ne hanno proposto una ricostruzione articolata, evidenziando l’esistenza di cinque pilastri: i) la tutela delle legittime aspettative; ii) la protezione contro la discriminazione; iii) il divieto di arbitrarietà, la buona fede e la trasparenza dell’azione pubblica¹⁴⁷. Tuttavia, altri studiosi, tra cui Sornarajah, hanno espresso un approccio critico, denunciando il rischio che lo standard venga utilizzato come veicolo per la “privatizzazione” del diritto internazionale e per limitare la capacità degli Stati di attuare politiche redistributive¹⁴⁸.

Alla luce di tali sviluppi, emerge con chiarezza che lo standard FET ha subito una metamorfosi concettuale: da principio residuale e declamatorio dello standard minimo internazionale, esso si è progressivamente consolidato come clausola pattizia autonoma, dotata di forza normativa propria. Il dibattito contemporaneo ruota attorno alla ricerca di un equilibrio tra stabilità giuridica e legittimo spazio normativo¹⁴⁹ degli

¹⁴⁴ U. KRIEBAUM, *The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties*, JWIT, 2013, p. 25 ss.

¹⁴⁵ CETA (Canada–EU), Netherlands Model BIT (2019), Art. 9.6.

¹⁴⁶ USMCA (2020), Art. 14.6.

¹⁴⁷ R. DOLZER, C. SCHREUER, op. cit., pp. 145–161.

¹⁴⁸ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015.

¹⁴⁹ G. SACERDOTI, *Il trattamento degli investimenti stranieri nel diritto internazionale*, in RDI, 2005; Carlevaris F., “Trattamento giusto ed equo e aspettative legittime”, in *Arbitrato internazionale e investimenti esteri*, Milano, 2017; A. TANZI, S. MARCHISIO, *Diritto internazionale dell’economia*, Giappichelli, 2020.

Stati, nella consapevolezza che la tutela degli investimenti non possa prescindere da un contesto multilivello in cui convergano interessi economici, esigenze di sviluppo sostenibile e principi fondamentali di diritto internazionale.

4.2 *L'espropriazione diretta e indiretta*

Le norme del diritto internazionale che regolano l'espropriazione dei beni appartenenti a soggetti stranieri hanno rappresentato, storicamente, un ambito di interesse rilevante per gli investitori esteri. La protezione contro l'espropriazione rappresenta uno degli standard sostanziali più antichi e consolidati, originariamente concepito per prevenire la sottrazione arbitraria dei beni stranieri da parte dello Stato¹⁵⁰.

L'espropriazione costituisce infatti la forma più incisiva e radicale di ingerenza da parte dello Stato nel diritto di proprietà, poiché determina la completa eliminazione delle aspettative economiche dell'investitore nel momento in cui il bene viene sottratto senza la corresponsione di equo indennizzo¹⁵¹.

In linea con il principio della sovranità territoriale, il diritto internazionale classico ha da sempre riconosciuto la legittimità, in linea di principio, del potere dello Stato ospitante di espropriare beni appartenenti a soggetti stranieri situati sul proprio territorio. Tuttavia, il diritto internazionale consuetudinario ha imposto, nel tempo, alcune condizioni e limiti al pieno esercizio di tale prerogativa sovrana¹⁵². Anche i più recenti trattati internazionali in materia di investimento – pur introducendo meccanismo più sofisticati di protezione – continuano a riconoscere agli Stati il potere di espropriare, purché esercitato nel rispetto di determinati presupposti di legalità¹⁵³.

¹⁵⁰ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Third edition.; Oxford University Press: Oxford, 2022, p. 146.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, signed on 30 October 2016, provisionally applied since 21 September 2017, Art. 8.12: “*The Parties confirm their shared understanding that: 1. Expropriation may be direct or indirect: (a) direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and (b) indirect expropriation occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental*

In effetti, il diritto pattizio non mette in discussione l'esistenza stessa della facoltà statale di procedere all'espropriazione, ma si concentra piuttosto sulle modalità attraverso cui essa può essere legittimamente esercitata, stabilendo condizioni sostanziali e procedurali – come la finalità pubblica, la non discriminazione, il rispetto del giusto procedimento e, soprattutto, il pagamento di un risarcimento adeguato. La legittimità di una misura espropriativa è pertanto subordinata alla verifica del rispetto di tali condizioni: solo se esse risultano soddisfatte, l'intervento dello Stato può considerarsi conforme al diritto internazionale¹⁵⁴.

È indiscusso che l'esproprio richieda un atto dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane¹⁵⁵. Di norma, gli espropri avvengono attraverso atti legislativi e attraverso misure adottate dall'amministrazione statale¹⁵⁶. Alcuni casi comportano anche l'azione o l'inazione dei tribunali dello Stato ospitante, considerandoli così espropriatori¹⁵⁷. La distinzione tra espropriazione diretta (o formale) e indiretta si basa sulla natura dell'interferenza con la titolarità giuridica del bene¹⁵⁸. L'espropriazione

attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure; 2. The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors: (a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; EU/CA/Annex/en 121(b) the duration of the measure or series of measures of a Party; (c) the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (d) the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent; 3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.”; United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA), firmato il 10 dicembre 2019, in vigore dal 1° luglio 2020. Annex 14-B; Agreement between Japan and the Republic of Mozambique for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, firmato il 1° giugno 2013, entrato in vigore il 26 agosto 2014, art. 5; Commissione Europea, “EU Model Bilateral Investment Treaty” (2020), art. 5.

¹⁵⁴ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 146.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 151.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Swisslion v Macedonia*, Award, 6 July 2012, paras 312–321; *Tatneft v Ukraine*, Award on the Merits, 29 July 2014, paras 459–481; *İçkale v Turkmenistan*, Award, 8 March 2016, paras 371–376; *MNSS v Montenegro*, Award, 4 May 2016, para 370; *Garanti Koza v Turkmenistan*, Award, 19 December 2016, para 365; *Anglia Auto v Czech Republic*, Final Award, 10 March 2017, paras 290–303; *Eli Lilly v Canada*, Final Award, 16 March 2017, para 221; *Teinver v Argentina*, Award, 21 July 2017, paras 954–959; *Krederi v Ukraine*, Award, 2 July 2018, paras 690–716; *Standard Chartered Bank (Hong Kong) v Tanzania*, Award, 11 October 2019, paras 279, 380.

¹⁵⁸ J. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, 6th Edition, Oxford University Press, p. 509: “[Expropriation is] the deprivation by state organs of a right of property either as such, or by permanent transfer of the power of management and control. The deprivation may be followed by transfer to the territorial state or to third parties . . . If compensation is not provided, or the taking is regarded as unlawful, then the taking is sometimes described as confiscation. Expropriation of one or more major national resources as part of a general program of social and economic reform is now generally referred to as nationalization or socialization.”; Si veda anche; R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. Cit., p. 151; J. M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, First edition.; Oxford University Press: Oxford, United Kingdom, 2019. <https://doi.org/10.1093/law/9780198804918.001.0001>.

diretta comporta il trasferimento formale del titolo di proprietà a favore dello Stato, configurandosi come una misura manifesta e inequivocabile¹⁵⁹. Tuttavia, casi di questo tipo sono oggi sempre più rari: la maggior parte degli Stati, consapevole delle conseguenze reputazionali e del rischio di compromettere il proprio clima di attrattività economica, evita di ricorrere a espropriazioni formali nei confronti di soggetti stranieri¹⁶⁰.

Un atto ufficiale che incide direttamente sulla titolarità dei beni di un investitore estero, infatti, è destinato a generare ampia attenzione negativa e può minare la fiducia nella capacità dello Stato di offrire garanzie minime di protezione¹⁶¹. Per tali ragioni, l'attenzione si è progressivamente spostata verso le cosiddette espropriazioni indirette, caratterizzate da misure che, pur lasciando intatto il titolo formale di proprietà, privano l'investitore della possibilità di utilizzare l'investimento in modo effettivo e profittevole¹⁶². Una peculiarità di tali ipotesi è che lo Stato, nella maggior parte dei casi, non riconosce esplicitamente l'esistenza di un'espropriazione e, di conseguenza, non prevede alcun indennizzo. Si tratta, in sostanza, di un'interferenza sostanziale che si traduce in una perdita economica significativa per l'investitore, in assenza di una formale acquisizione della proprietà da parte dello Stato¹⁶³. Come ha osservato Rosalyn Higgins, le interferenze che privano in modo significativo il proprietario dell'uso del bene costituiscono un'espropriazione, e il criterio rilevante è se vi sia stata perdita del controllo effettivo e spossessamento del bene¹⁶⁴.

I trattati di vecchia generazione non forniscono generalmente una definizione esplicita di espropriazione indiretta, al contrario, i trattati più recenti tendono a includere disposizioni che chiariscono il significato e i criteri di applicazione di tale concetto.

Un esempio è il BIT Senegal-India siglato nel 2008, che elabora criteri utili per determinare l'esistenza di un'espropriazione indiretta; rientrano l'impatto economico

¹⁵⁹ R.D. SLOANE, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, 2004, 82 Tex. L. Rev. 1499, pp. 1502-1505.

¹⁶⁰ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. Cit. p. 151.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ R. HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Developments International Law*, Académie de droit international. Recueil des Cours, 1982, III, tome 176, M. Nijhoff, 1983, pp. 324-351

della misura adottata, l'eventuale carattere discriminatorio dell'intervento statale, l'interferenza con le legittime aspettative dell'investitore e la natura e le finalità sottese alla misura stessa¹⁶⁵. Inoltre, Il BIT chiarisce che, tranne in rari casi, le azioni normative non discriminatorie di solito non costituiranno espropriazione¹⁶⁶. Allo stesso modo, il BIT UK-Columbia, identifica i fattori per determinare un esproprio indiretto, tra cui la portata delle misure e le aspettative "ragionevoli e distinguibili" dell'investitore¹⁶⁷. Il BIT afferma inoltre che le misure normative che sono non discriminatorie, adottate in buona fede, non arbitrarie e che non sono sproporzionate alla luce del loro scopo, non costituiranno espropriazione indiretta¹⁶⁸.

La giurisprudenza arbitrale ha identificato diverse forme di espropriazione indiretta. Una prima forma ricorrente è quella che si manifesta attraverso misure regolatorie adottate dallo Stato per perseguire fini legittimi di interesse pubblico¹⁶⁹. Tali misure, sebbene formalmente neutre e non discriminatorie, possono avere un impatto così incisivo da determinare una sostanziale perdita di controllo o di valore dell'investitore¹⁷⁰. In casi come *Tecmed v. Mexico* i tribunali arbitrali hanno ritenuto che l'effetto pratico delle misure – e non il loro scopo dichiarato – sia il criterio determinante per qualificare un'espropriazione indiretta¹⁷¹.

Un ulteriore tipo è rappresentato dalla “*creeping expropriation*”, sottocategoria dell'espropriazione indiretta, che si realizza attraverso una serie cumulativa di atti regolari omissioni o prassi legali che presi singolarmente, potrebbero non integrare una violazione, ma che nel loro insieme conducono alla perdita sostanziale del valore o dell'utilizzo dell'investimento¹⁷². Un esempio emblematico è il caso *Waste*

¹⁶⁵ Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Republic of Senegal on the Promotion and Protection of Investments, signed on 3 July 2008, Annex 5;

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments, signed on 17 March 2010, Article VI (2).

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. cit. pp. 101–108; M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Op. cit. pp. 135; A. REINISCH, *Legality of Expropriation*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL et al. (eds.), *International Investment Law*, Nomos–Beck–Hart, 2015, pp. 447–456

¹⁷⁰ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2012, cap.6.

¹⁷¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award of 29 May 2003, par. 114 -115

¹⁷² Come chiarito dall'UNCTAD, la *creeping expropriation* si configura quale «un'invasione lenta e incrementale di uno o più diritti di proprietà di un investitore straniero che diminuisce il valore del suo investimento, UNCTAD, *Series on Issues in International*

Management v. Mexico in cui l'arbitrato ha riconosciuto che l'accumularsi di atti ostili e ostacoli amministrativi può costituire espropriazione, anche in assenza di una singola misura espropriativa¹⁷³.

Altra ipotesi discussa è l'espropriazione giudiziaria, che si configura quando un organo giurisdizionale nazionale adotta una decisione palesemente arbitraria o viziata, tale da annullare diritti acquisiti o impedire all'investitore di trarre beneficio dal proprio investimento. Un esempio significativo è *Saipem v. Bangladesh*, in cui il tribunale ha considerato la decisione del tribunale nazionale – che aveva annullato un lodo arbitrale favorevole all'investitore – come una misura espropriativa¹⁷⁴.

Un'ulteriore categoria è rappresentata dalle “espropriazioni contrattuali”, che in alcune circostanze possano configurare un'espropriazione indiretta¹⁷⁵. Il principio secondo cui i diritti di natura contrattuale possono costituire oggetto di espropriazione è ampiamente riconosciuto nel diritto internazionale. Un chiaro esempio si rinviene nel celebre caso *Chorzów Factory*, in cui la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (PCIJ) stabilì che, con l'occupazione della fabbrica di nitrati di *Chorzów* il 3 luglio 1922 e il successivo utilizzo delle relative licenze, brevetti e know-how, la Polonia aveva espropriato illegittimamente i diritti contrattuali spettanti alla società tedesca

Investment Agreements: 'Taking of Property', 2000, p. 11; I tribunali in molti casi hanno riconosciuto il fenomeno dell'espropriazione strisciante»: v. *Generation Ukraine v. Ukraine*, Award, 16 September 2003; *Biloune v. Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 183, 209; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*, Final Award, 17 February 2000, para. 76; *Azurix v. Argentina*, Award, 14 July 2006, para. 313; *Telenor Mobile Communications v. Hungary*, Award, 13 September 2006, para. 63; *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, Award, 29 July 2008, paras. 700, 708; *F. Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic*, Award, 12 May 2011, para. 316; *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, Award, 29 April 1999, para. 191; sull'argomento di veda: R. DOLZER, 'Expropriation', in *Principles of International Investment Law*, 3rd Edition, 2022, pp. 180-182; W. M. REISMAN, R.D. SLOANE, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, 2003, pp. 115-123; J. M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Op. cit. pp. 142-152;

¹⁷³ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion of Keith Highet, 8 May 2000, para. 14: “[...]if a nationalization is of the ‘creeping’ variety, it will fall within the meaning of paragraph 1 of NAFTA Article 1110 (‘a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment’), but will still require some additional act to be taken beyond the bald denial of payment or cancellation of the contract—an act such as, e.g., a review by a local court or tribunal and denial of the claim on inadequate grounds, refusal to permit access to judicial review, some other form of denial of justice in international law, or a governmental conspiracy to take over the concession.”; si veda anche: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, IIC 73 (2000), dispatched 17 February 2000; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 15 September 2003, para. 20.22. See also *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, Award of 24 July 2008; *Telenor Mobile Communications AS v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 13 September 2006.

¹⁷⁴ *Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award of 30 June 2009; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Final Award of 22 August 2017.

¹⁷⁵ A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp. 341–348; J. M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Op. cit. pp. 211-237.

Bayerische. Quest'ultima, infatti, aveva stipulato un contratto con il Reich tedesco in data 5 marzo 1915 per la gestione e lo sfruttamento dell'impianto per conto dello Stato.

Un ulteriore precedente rilevante è costituito dal caso *Norwegian Shipowners' Claims*, sottoposto nel 1922 al giudizio della Corte Permanente di Arbitrato. In tale vicenda, la Norvegia aveva presentato un reclamo nei confronti degli Stati Uniti per l'espropriazione di contratti relativi alla costruzione di navi destinate a soggetti norvegesi durante la Prima guerra mondiale, in un periodo in cui la domanda di naviglio mercantile era cresciuta esponenzialmente a causa del conflitto. Il tribunale accertò che gli Stati Uniti avevano, di fatto e di diritto, acquisito i contratti in questione, privando i ricorrenti in maniera definitiva e irreversibile dei loro diritti, in un modo che equivaleva a una requisizione compiuta nell'esercizio del potere sovrano di dominio eminente.

L'identificazione di un'espropriazione indiretta richiede dunque un'analisi caso per caso, che tenga conto di molteplici fattori: l'impatto economico delle misure, la perdita del controllo effettivo da parte dell'investitore, la durata dell'interferenza, la presenza di elementi di arbitrarietà o discriminazione, nonché l'eventuale lesione delle legittime aspettative¹⁷⁶. Nel caso *Pope & Talbot v. Canada*, è stato chiarito dagli arbitri che non ogni impatto negativo sull'investitore equivale a un'espropriazione, ma che la privazione deve essere sostanziale e definitiva¹⁷⁷. È attraverso la valutazione congiunta di questi elementi che i tribunali arbitrali stabiliscono se l'interferenza statale integri o meno un'espropriazione indiretta ai sensi del diritto internazionale degli investimenti.

Una delle tensioni più profonde e persistenti nella giurisprudenza arbitrale in relazione all'espropriazione riguarda la questione della compensazione. Ciò non sorprende, considerando che le richieste di risarcimento possono raggiungere cifre estremamente elevate, talvolta nell'ordine di milioni o addirittura miliardi di dollari. Il nodo centrale risiede nella determinazione se il pagamento di un'indennità rappresenti una condizione necessaria per la legittimità dell'espropriazione. In altri termini, ci si

¹⁷⁶ Y. ZHU, *Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Agreements Matter?*, *Harvard Int'l L.J.*, 60:2 (2019), pp. 380–382; ¹⁷⁶ S. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge UP 2021), pp. 367–375;

¹⁷⁷ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL), Interim Award, IIC 192 (2000), 26 June 2000, parr. 247 ss.

interroga se l'omesso versamento del risarcimento renda automaticamente l'atto espropriativo contrario al diritto internazionale¹⁷⁸. Tale distinzione è rilevante, poiché le conseguenze giuridiche derivanti da un'espropriazione legittima differiscono sensibilmente da quelle previste in caso di espropriazione illegittima¹⁷⁹. Nel caso, infatti, l'investitore può invocare il diritto internazionale consuetudinario per ottenere una riparazione integrale, potenzialmente più ampio rispetto agli standard di compensazione previsti dal trattato applicabile¹⁸⁰. Questo aspetto può incidere in modo significativo sull'ammontare dei danni riconosciuti. La giurisprudenza arbitrale si presenta divisa sul punto, anche se si rileva una tendenza crescente da parte dei tribunali ad interpretare la compensazione come condizione imprescindibile di legalità, applicando di conseguenza i rimedi previsti dal diritto internazionale nei casi di espropriazione ritenuta illegittima¹⁸¹.

In definitiva, la disciplina internazionale sull'espropriazione riflette una costante tensione tra la tutela degli investimenti stranieri e il legittimo esercizio della sovranità regolatoria da parte degli Stati. Sebbene le norme pattizie e consuetudinarie abbiano consolidato criteri minimi di legalità per evitare abusi, la crescente complessità delle relazioni economiche globali e l'evoluzione delle esigenze di interesse pubblico impongono una valutazione sempre più sfumata e contestuale delle misure statali. La nozione di espropriazione, specie nella sua forma indiretta, si dimostra pertanto un concetto giuridico flessibile, in continua trasformazione, chiamato a bilanciare interessi economici privati e obiettivi collettivi, secondo un approccio casistico che affida, attualmente, alla giurisprudenza arbitrale un ruolo centrale nella definizione dei limiti e delle garanzie del sistema¹⁸².

¹⁷⁸ A. DAMODARAN, *Valuation Approaches and Metrics: A Survey of the Theory and Evidence*, 2005, 1, iSS 8; si veda anche: M. KANTOR, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

¹⁷⁹ U. KRIEBAUM, A. REINISCH, *Property, Right to, International Protection*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2019, par. 48-52.

¹⁸⁰ M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *Op. Cit.* p. 363.

¹⁸¹ *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No.ARB/17/14, Final Award, 23 agosto 2022.

¹⁸² A. REINISCH, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 187 ss.; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^a ed., Oxford University Press, 2012, pp. 91-105; J. BONNITCHA, *Substantive Protection under Investment Treaties*, Cambridge University Press, 2014, pp. 163-182; M. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, First edition.; Oxford University Press: Oxford, United Kingdom, 2019.

4.3 La clausola della nazione più favorita

La clausola della nazione più favorita (*Most-Favoured-Nation clause*, MFN) rappresenta uno degli strumenti più longevo e ricorrenti nella pratica del diritto internazionale degli investimenti. Introdotta inizialmente nel diritto del commercio internazionale, la clausola MFN ha trovato progressivamente spazio anche nei trattati bilaterali e multilaterali in materia di protezione degli investimenti, con l'obiettivo di garantire parità di trattamento tra investitori provenienti da diversi Stati¹⁸³.

Una definizione autorevole di questa clausola si ritrova negli Articolo preliminari del 1978 redatti dalla Commissione di diritto internazionale (CDI). In l'articolo 4 stabilisce che: *“una clausola della nazione più favorita è una disposizione di trattamento mediale la quale uno Stato si impegna nei confronti di un altro Stato ad accordare il trattamento della nazione più favorita in una sfera di relazioni concordata”*; successivamente, l'articolo 5 definisce il trattamento MFN come *“un trattamento accordato dallo Stato concedente allo Stato beneficiario o a persone o cose in una determinata relazione con tale Stato, non meno favorevole del trattamento concesso dallo Stato concedente a un terzo Stato o a persone o cose in una relazione analoga con tale terzo Stato”*¹⁸⁴.

La funzione principale della clausola consiste nel vietare al Paese ospitante di accordare a investitori di stati terzi condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste per l'investitore beneficiario, estendendo in modo automatico il trattamento più favorevole previsto da altri accordi o pratiche¹⁸⁵.

Tuttavia, bisogna precisare che il diritto consuetudinario non impone in sé un obbligo di parità di trattamento tra investitori di diversa nazionalità ed è proprio per

¹⁸³T. SHARMON, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals : Implications for the Developing Countries*, in Springer, Singapore, 2020, pp. 2-3.

¹⁸⁴ International Law Commission (ILC), 'Draft Articles on Most Favoured Nation Clause 1978 with Commentaries,' II Yearbook of the International Law Commission (1978) 24, Art. 4-5, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf;

¹⁸⁵ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. cit. p. 264-265.

ovviare a queste disuguaglianze, gran parte dei BIT e degli accordi internazionali in materia di protezione degli investimenti contengono clausole MFN¹⁸⁶. Il trattamento più favorevole può derivare sia da obblighi assunti con altri trattati, sia da pratiche dello Stato ospitante¹⁸⁷. La maggior parte dei casi che coinvolgono questo tipo di clausole riguardano situazioni in cui un investitore invoca benefici concessi a Stati terzi sulla base di trattati siglati dallo Stato ospitante con altri Paesi¹⁸⁸. In questi casi, la clausola MFN contenuta in un determinato trattato – definito “trattato di base” – consente all’investitore beneficiario di invocare disposizioni più favorevoli presenti in altri accordi, anche se questi ultimi non sarebbero direttamente applicabili in quanto farà affidamento su diritti derivanti da un trattato terzo¹⁸⁹. Inoltre, l’applicazione di una clausola MFN presuppone l’applicabilità del trattato che la contiene. Per essere applicabili, i BIT e altri trattati di investimento richiedono l’esistenza di un investitore ammesso e di un investimento coperto. Pertanto, una clausola MFN non può essere utilizzata per espandere la categoria di “investitore” e “investimento” come definito nel trattato¹⁹⁰.

Le clausole MFN, non solo vieta la discriminazione basata sulla nazionalità, ma consente anche agli investitori di fare affidamento su clausole più vantaggiose presenti in altri trattati conclusi dallo Stato ospitante¹⁹¹. Da ciò si evince come le clausole MFN operino in modo esteso e multilaterale, poiché ogni trattamento che risulti essere più vantaggioso, offerto a un investitore di uno Stato terzo viene automaticamente esteso a tutti gli altri investitori coperti da clausole MFN¹⁹².

Va tuttavia chiarito che l’applicazione di una clausola MFN presuppone l’applicabilità del trattato che la contiene. I BIT e gli altri trattati in materia di investimenti richiedono, come condizione preliminare, l’esistenza di un “investitore

¹⁸⁶ *Idibem*.

¹⁸⁷ P. ACCONCI, *Most-Favoured Nation Treatment and International Law on Foreign Investment*, in P. MUCHLINSKI et al (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 363.

¹⁸⁸ *Idibem*.

¹⁸⁹ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *Op. cit.* p. 266

¹⁹⁰ *Idibem*; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 ottobre 2013, par. 132–163.

¹⁹¹ U. KRIEBAUM, *Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures*, in M Bungenberg et al (eds) *International Investment Law*, 2015, p. 790.

¹⁹² C. TITI, *Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT*, 2014, p. 534.

ammesso” e di un “investimento coperto”. Di conseguenza, una clausola MFN non può essere utilizzata per ampliare in modo retroattivo o creativo la definizione di “investitore” o “investimento” rispetto a quanto previsto dal trattato di base¹⁹³. Il tribunale arbitrale nel caso *Metal-Tech v. Uzbekistan* ha chiarito che “*si deve essere sotto il trattato per rivendicare attraverso il trattato*”¹⁹⁴. Inoltre, una clausola MFN non è una mera regola di interpretazione attivabile solo in presenza di ambiguità. Essa attribuisce diritti autonomi e addizionali rispetto a quelli già riconosciuti nel trattato di base¹⁹⁵.

Elemento di particolare complessità per quanto concerne le clausole MFN riguarda la varietà redazionale nei diversi trattati di investimento, dovuto in parte alla sua funzione di applicazione estensiva. Esaminando alcuni trattati d’investimento multilaterali come *Energy Charter Treaty*, si evince all’interno dei trattati la previsione di trattamenti non meno favorevoli rispetto a quello concesso agli investitori nazionali o a investitori di altri stati terzi¹⁹⁶. Diversamente in molti BIT britannici, la clausola MFN è limitata solo ad alcuni articoli selezionati, altri trattati ancora contengono eccezioni esplicite, ad esempio accordi fiscali o di integrazione economica regionale. Nonostante si tendi a prevedere in quali casi si possa ricorrere alla clausola MFN, la giurisprudenza arbitrale ha chiarito che tutte le questioni che non rientrano in un’eccezione devono essere coperte dalla clausola MFN¹⁹⁷. La presenza, quindi, di un elenco definito di eccezioni significa che altre questioni non elencate non siano escluse. Nel caso *RosInvest v Russian Federatio*n, il tribunale arbitrale afferma che le clausole

¹⁹³ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 268-270.

¹⁹⁴ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 ottobre 2013, par. 132–163, par 145: “*As a general matter, the Tribunal notes that, ordinarily, an MFN clause cannot be used to import a more favorable definition of investment contained in another BIT. The reason is that the defined terms ‘investments’ and ‘investors’ are used in the MFN clause itself, so that the treatment assured to investments and investors by Article 3 necessarily refers to investments and investors as defined in Article 1 of the BIT. In other words, one must fall within the scope of the treaty, which is in particular circumscribed by the definition of investment and investors, to be entitled to invoke the treaty protections, of which MFN treatment forms part. Or, in fewer words, one must be under the treaty to claim through the treaty*”.

¹⁹⁵ International Law Commission, Final report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, Doc A/CN.4/L.852, 29 May 2015, para 115.

¹⁹⁶ *Energy Charter Treaty*, signed 17 December 1994, entered into force 16 April 1998, 2080 UNTS 95, art. 10 (7).

¹⁹⁷ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. cit. p. 270; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge, 2009.

MFN si applicano anche alla materia della risoluzione delle controversie, in particolare sono applicabili anche ai rinvii all'arbitrato in altri trattati¹⁹⁸.

La questione più controversa resta però l'applicabilità della clausola MFN alla risoluzione della controversia. In alcuni trattati l'inclusione o esclusione è chiaramente indicata, in altri casi, l'ambiguità del testo ha dato luogo a interpretazioni divergenti. Ci si chiede, quindi, se le clausole MFN possano essere utilizzate per espandere la giurisdizione di un tribunale arbitrale internazionale oltre i limiti stabiliti nel trattato base, attraverso il rinvio a disposizioni che risultano più favorevoli presenti in altri trattati¹⁹⁹. Ci sono diversi orientamenti, in particolare c'è chi sostiene un'applicazione positiva e automatica della clausola MFN anche alla giurisdizione, proprio come poc'anzi analizzato nel caso *RosInvest v Russian Federation*²⁰⁰; c'è chi nega la possibilità di ampliamento²⁰¹; e infine, c'è chi ritiene che la questione non possa essere risolta in astratto, ma solo analizzando caso per caso in base al testo specifico del

¹⁹⁸ *RosInvest v Russian Federation*, Award on Jurisdiction, 5 October 2007, para 135: "as can be seen, Article 7 contains certain exceptions, in particular regarding the application of Article 3 which, as we know, contains the MFN clauses. Article 7 expressly excludes the transfer of MFN-protection from other treaties with regard to the fields mentioned in its subsections (a) and (b). While it can be argued that the multilateral commitments mentioned in (a) are of quite different character and are obvious exceptions in order to avoid that the states concluding the BIT receive the benefits of such multilateral arrangements without joining them, the exception in (b) regarding taxation does not contain such an obvious background. It presents a clear decision of the two States when concluding the BIT that the MFN clauses shall not apply to such taxation issues. It shows that the two States considered the question, which issues should not benefit from the MFN protection. Now, it needs no further explanation that, just as taxation is a highly important matter for an investor, so is the submission to arbitration which "protects" the investor, should a dispute arise with the Host State, from having to depend on the national courts of the same Host State. In view of the careful drafting of Article 8 and the limiting language therein, it can certainly not be presumed that the Parties "forgot" arbitration when drafting and agreeing on Article 7. Had the Parties intended that the MFN-clauses should also not apply to arbitration, it would indeed have been easy to add a sub-section (c) to that effect in Article 7. The fact that this was not done, in the view of the Tribunal, is further confirmation that the MFN-clauses in Article 3 are also applicable to submissions to arbitration in other Treaties."; *MTD v Chile*, Award, 25 May 2004, para 104; *Siemens v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para 85; *Gas Natural v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, para 30; *Suez and InterAgua v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006, para 56.

¹⁹⁹ Z. DOUGLAS, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, 2011, vol. 2 (1), p. 97.

²⁰⁰ *RosInvest v Russian Federation*, Award on Jurisdiction, 5 October 2007, para 135; *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000) ICSID Case No ARB/97/7, 5 ICSID Rep 396 (hereinafter 'Maffezini'); *Gas Natural SDG, S.A. v The Argentine Republic* (Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005) ICSID Case No ARB/03/10, 14 ICSID Rep 284; *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA & InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction, 16 May 2006) ICSID Case No ARB/03/17; *National Grid plc v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction, 20 June 2006) UNCITRAL.

²⁰¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v The Hashemite Kingdom of Jordan* (Decision on Jurisdiction, 15 November 2004) ICSID Case No ARB/02/13, 14 ICSID Rep 306; *Austrian Airlines v Slovak Republic* (Final Award, 9 October 2009) UNCITRAL; *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria* (Decision on Jurisdiction, 8 February 2005) ICSID Case No ARB/03/24, 13 ICSID Rep 272; *Telenor Mobile Communications A.S. v Republic of Hungary* (Award, 13 September 2006) ICSID Case No ARB/04/15

trattato²⁰². Quest'ultimo orientamento potrebbe però comportare una mancanza di certezza e stabilità, compromettendo un'elaborazione coerente e prevedibile del diritto internazionale degli investimenti²⁰³.

È invece largamente accettato che la MFN consenta di importare standard sostanziali più favorevoli. In *Berschader v. Russia*²⁰⁴, il tribunale ha affermato che è universalmente riconosciuto che la MFN mira a garantire agli investitori tutta la protezione materiale offerta dai trattati più favorevoli²⁰⁵. Nei casi *Tatneft v. Ucraina*²⁰⁶, *Devas v. India*²⁰⁷ e *Arif v. Moldova*²⁰⁸, i tribunali hanno ammesso l'importazione tramite MFN dello standard FET, dello standard di protezione e sicurezza, della clausola ombrello e della clausola sulla compensazione equa²⁰⁹. In *CME v. Repubblica Ceca*²¹⁰, è stato riconosciuto che la clausola MFN può estendere l'applicazione del criterio del "valore equo di mercato" per la compensazione da espropriazione.

In conclusione, la clausola della nazione più favorita si conferma uno strumento giuridico fondamentale nel diritto internazionale degli investimenti, con l'obiettivo di assicurare parità di trattamento tra investitori stranieri. La sua applicazione ha conosciuto una significativa evoluzione, sia in termini di ampiezza degli standard sostanziali che può importare, sia per quanto riguarda la sua contestata estensione alla giurisdizione arbitrale. La prassi arbitrale riflette approcci divergenti, spesso influenzati dal testo del trattato, dalle intenzioni delle parti e dall'equilibrio tra certezza giuridica e tutela effettiva degli investimenti. Ne risulta un panorama giurisprudenziale

²⁰² *Siemens A.G. v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction, 3 August 2004) ICSID Case No ARB/02/8, 12 ICSID Rep 174; *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation* (Award on Jurisdiction, October 2007) SCC Case No V079/2005 (hereinafter 'RosInvest').

²⁰³ Z. DOUGLAS, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, *Op. cit.* p. 97; A.R. ZIEGLER, *Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment*, in August Reinisch (a cura di), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 67 ss.

²⁰⁴ *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 aprile 2006.

²⁰⁵ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *Op. cit.* p. 265; P; S.W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009.

²⁰⁶ *OJSC Tatneft v. Ukraine*, PCA Case No. 2008-8, Award, 29 luglio 2014.

²⁰⁷ *Devas Multimedia Private Ltd., Telcom Devas Mauritius Ltd. and Devas Employees Mauritius Private Ltd. v. India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 luglio 2016.

²⁰⁸ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 aprile 2013.

²⁰⁹ W. BEN HAMIDA, *MFN Clauses and Procedural Rights*, in T. WEILER (ed) *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2008, vol 1, p. 231

²¹⁰ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 settembre 2001.

ancora fluido e in continua evoluzione, che impone una lettura attenta delle clausole MFN caso per caso, tenendo conto sia della loro formulazione specifica, sia del contesto sistemico in cui operano.

5. Il meccanismo ISDS: struttura, logica, giustificazioni iniziali

Nel contesto del diritto internazionale degli investimenti, il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (Investor-State-Dispute-Settlement, ISDS) rappresenta uno degli strumenti più rilevanti, nonché più controversi, per la tutela degli investimenti esteri. Si tratta di un sistema che consente a un investitore straniero di intentare direttamente una controversia contro lo Stato ospitante dinanzi a un tribunale arbitrale internazionale, in caso di presunta violazione delle tutele garantite da un trattato di investimento. Il rapporto di investimento che lega un investitore straniero a uno Stato si contraddistingue per la presenza di parti con prerogative differenti e interessi contrapposti. Basta considerare i soggetti coinvolti – lo Stato e l’investitore – per comprendere la complessità del rapporto che si instaura nel momento in cui, a seguito di una violazione da parte dello Stato, l’investitore decide di adire un tribunale arbitrale per la risoluzione della controversia insorta. Questa relazione antitetica può, talvolta, risultare instabile e incerta, dando origine a controversie tra i due protagonisti del rapporto.

Storicamente, la soluzione di tali controversie era affidata ai tribunali nazionali dello Stato ospite oppure alla protezione diplomatica esercitata dallo Stato di appartenenza dell’investitore²¹¹. Con riferimento alla prima problematica, i tribunali interni non erano considerati in grado garantire un agevole risoluzione della controversia e ancora si rischiava di incorrere in una parzialità delle corti in favore dello Stato ospite²¹². Nonostante queste criticità, che hanno determinato un progressivo ridimensionamento del ruolo dei sistemi giudiziari interni, si avverte ad oggi una

²¹¹ M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell’economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Op. Cit. pp. 388-389.

²¹² *Ibidem*.

controtendenza, legata alla crisi che ha investito il sistema arbitrale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali (tema che sarà approfondito nel capitolo II del presente lavoro).

Per quanto riguarda la protezione diplomatica, come già osservato nei paragrafi precedenti, essa si è rivelata uno strumento inefficace per la tutela dell'investitore²¹³. In primo luogo, mancava un obbligo per lo Stato nazionale di esercitare tale protezione diplomatica in favore dei propri nazionali; In secondo luogo, lo Stato nazionale poteva liberamente concordare con lo Stato ospite dell'investimento i termini di risoluzione della controversia e con essa l'ammontare dell'indennizzo. Infine, secondo il diritto internazionale consuetudinario, l'azione diplomatica presupponeva che l'investitore avesse previamente esaurito tutti i mezzi di ricorso interni previsti dall'ordinamento dello Stato ospite²¹⁴.

Tutte queste problematiche, emerse nel tempo, hanno reso sempre più evidente l'esigenza di elaborare un sistema capace di offrire una maggiore tutela all'investitore straniero, superando l'instabilità derivante dai metodi di risoluzione delle controversie fino ad allora utilizzati.

Proprio in questa prospettiva, a partire dagli anni Sessanta del secondo scorso, sono stati progressivamente introdotti meccanismi specifici per la soluzione delle controversie in materia di investimenti – noti come ISDS (Investor-State Dispute-Settlement) – che sono rapidamente divenuti un elemento strutturale dei trattati bilaterali e multilaterali in materia di investimento²¹⁵. La peculiarità di tale sistema consiste nel fatto che esso attribuisce legittimazione attiva al soggetto privato, l'investitore, consentendogli l'accesso diretto a formare di giustizia internazionale.

Il primo modello di meccanismo internazionale per la risoluzione delle controversie che ha coinvolto direttamente anche l'investitore straniero è rappresentato dalle commissioni miste e dai tribunali arbitrali misti. Questi strumenti, sebbene eccezionali, hanno segnato un'evoluzione significativa, in quanto consentivano a

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

soggetti privati di accedere, in via diretta, a procedura internazionali di risoluzione delle controversie contro uno Stato sovrano straniero.

L'arbitrato tra uno Stato ospitante e un investitore straniero può avvenire nell'ambito di diverse istituzioni arbitrali o secondo regole procedurali ad hoc, una modalità che richiede un accordo dettagliato tra le parti, volto a regolare numero aspetti del procedimento²¹⁶. Tra questi, rientrano la composizione del tribunale arbitrale, la determinazione della legge applicabile, nonché numerose questioni procedurali fondamentali per lo svolgimento del procedimento²¹⁷. Alla fine di standardizzare e facilitare questi meccanismi, alcune organizzazioni internazionali hanno elaborato regole arbitrali di riferimento, che possono essere liberamente adottate dalle parti²¹⁸. Tra le più note, vi sono le Regole arbitrali UNCITRAL, elaborate dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale, frequentemente utilizzate nei contesti ad hoc per la loro flessibilità e ampia accettazione nel contesto del diritto degli investimenti.

In parallelo a queste soluzioni flessibili, si è assistito allo sviluppo di forme istituzionalizzate di arbitrato che offrono una cornice procedurale stabile e specializzata. L'esempio più emblematico in tal senso è rappresentato dal Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie in materia di investimenti (ICSID), istituito nel 1965 con la convenzione di Washington sotto l'egida della Banca Mondiale.

La maggior parte delle controversie in materia di investimenti viene attivata nell'ambito delle Convenzione ICSID. La Convenzione ha istituito il Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Obiettivo primario, come recita il preambolo, è promuovere lo sviluppo economico creando un clima favorevole agli investimenti²¹⁹. L'ICSID offre un sistema progettato

²¹⁶ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. cit. p. 342.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ICSID Convention, 18 marzo 1965, preambolo: "Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States [...]"; JE KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, 2015.

esclusivamente per le controversie tra investitori e Stati, con clausole standard, regole procedurali dettagliate e pieno supporto istituzionale²²⁰. L'ICSID gestisce non solo la selezione degli arbitri, ma supporta l'intera fase procedurale: è presente un funzionario del Centro come segretario legale, organizza le sedi delle udienze e amministra le questioni finanziarie. Il Segretario generale ha inoltre il compito di screening preliminare, e può rifiutare l'ammissione di casi palesemente fuori giurisdizione.

La giurisdizione ICSID richiede che la controversia giuridica sia relativa a un investimento²²¹; le parti devono essere firmatarie della Convenzione²²²; deve essere apportato consenso espresso delle parti a procedere sotto la giurisdizione ICSID²²³.

I lodi ICSID sono vincolanti e definitivi, con possibilità di annullamento limitata ai casi previsti negli articoli 49-52 della Convenzione²²⁴. Il mancato rispetto del lodo da parte dello Stato comporta il rischio di ricorsi alla protezione diplomatica ed è

²²⁰ K. HOBÉR, *Investment Treaty Arbitration*, 2018.

²²¹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ICSID Convention, 18 marzo 1965, art. 25 (1): "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally"; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI (eds), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, 2018.

²²² *Ibidem*.

²²³ Convenzione ICSID, artt. 25(1), 36(3): "The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register".

²²⁴ Convenzione ICSID, art 49: "The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched. (2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered"; art. 52: "(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1). (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee. (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter"

considerato violazione della Convenzione stessa²²⁵. I lodi sono riconosciuti e applicati in tutti gli Stati parte, con un'efficacia simile a quelle delle sentenze interne²²⁶.

Pur essendo l'ICSID il forum più utilizzato per la risoluzione delle controversie investitore-Stato, esso non rappresenta l'unica opzione disponibile. Molti trattati bilaterali di investimento (BIT) offrono infatti la possibilità di optare per meccanismi alternativi, come: l'UNCITRAL (Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale), offre regole di arbitrato ad hoc (1976, riviste nel 2010) spesso utilizzate nei trattati. Tali regole non prevedono un'amministrazione centralizzata e lasciano alle parti la responsabilità di gestire l'arbitrato, anche se possono essere affiancate da istituzioni come la Corte Permanente di Arbitrato (PCA); la Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale (ICC), fondata nel 1923 e con sede a Parigi, l'ICC è una delle istituzioni arbitrali più consolidate. Le sue regole, aggiornate al 2021, sono ampiamente utilizzate per controversie internazionali. La sua particolarità risiede nell'assistenza fornita dalla sua Corte Arbitrale, che supervisiona la nomina degli arbitri e approva i lodi finali; la Corte di Arbitrato Internazionale di Londra (LCIA), operativa dal 1981, questa istituzione con sede a Londra è particolarmente attiva nell'arbitrato commerciale internazionale, ma anche nelle controversie investitore-Stato. Le sue regole più recenti sono entrate in vigore nel 2020; la Corte Arbitrale di Stoccolma (SCC), spesso utilizzata per controversie nei settori energetico e commerciale. Ha sede in Svezia e rappresenta una scelta comune nei BIT dell'Europa orientale e centrale; Centro di Arbitrato Internazionale di Singapore (SIAC) e Centro di Arbitrato Internazionale di Hong Kong (HKIAC), entrambi emergenti come principali forum arbitrali in Asia, offrono regole moderne e infrastrutture di alto livello per la gestione delle controversie; Commissione Arbitrale Economica e Commerciale Internazionale della Cina (CIETAC): uno dei

²²⁵ S. SCHILL et al. (eds), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3rd edn (2022).

²²⁶ Convenzione ICSID, art. 5 (1): "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state".

principali centri arbitrali in Asia, attivo soprattutto nelle controversie commerciali connesse alla Cina; Corte Permanente di Arbitrato (PCA): istituita nel 1899, ha sede all'Aia e funge da amministratore per arbitrati interstatali, Stato-investigatore e tra parti private. Fornisce supporto istituzionale, ma non emette lodi in prima persona; *Iran–United States Claims Tribunal*, istituito nel 1981 in seguito alla Dichiarazione di Algeri, ha risolto migliaia di controversie fra cittadini e governi dei due Stati, ed è considerato un contributo importante allo sviluppo del diritto degli investimenti internazionali²²⁷.

La pluralità di istituzioni e regole arbitrali dimostra la crescente rilevanza del meccanismo ISDS all'interno del diritto internazionale degli investimenti. Al di là delle specificità procedurali di ciascun forum, ciò che emerge con chiarezza è una comune matrice funzionale che ha guidato la nascita e l'espansione di questi strumenti: offrire agli investitori un sistema internazionale alternativo alla giurisdizione statale.

La logica sottostante all'introduzione del meccanismo ISDS risiede nell'intento di garantire agli investitori stranieri un quadro giuridico prevedibile, neutrale ed efficace, evitando i rischi derivanti dal ricorso ai tribunali nazionali, potenzialmente non imparziali o poco efficienti. L'idea alla base era quella di depoliticizzare le controversie, sottraendole alla discrezionalità della protezione diplomatica e offrendo agli investitori un foro diretto ed imparziale per la risoluzione delle controversie, nel rispetto del principio *pacta sunt servanda* e della *rule of law*. Questa concezione si inserisce nel più ampio contesto della liberalizzazione dei flussi di capitale e della promozione dello sviluppo economico tramite gli investimenti esteri diretti, obiettivi fortemente sostenuti dalla Banca Mondiale e dagli organismi economici internazionali.

Tuttavia, a distanza di decenni dall'adozione dei primi trattati di investimento, il meccanismo ISDS è stato oggetto di crescenti critiche, che hanno portato a mettere in discussione l'intero regime giuridico internazionale in materia di investimento, verificandosi dunque una crisi di legittimità. Il sistema in questione è soggetto di

²²⁷ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Op. cit. p. 342- 349.

squilibrio sistemico a favore degli investitori, mancanza di trasparenza e incoerenza giurisprudenziale²²⁸.

Le principali critiche rivolte all'arbitrato in materia di investimenti si concentrano su diversi aspetti problematici: l'eccessiva riservatezza dei lodi arbitrali e, più in generale, la scarsa trasparenza dei procedimenti; gli elevati costi associati all'arbitrato; i dubbi sull'effettiva indipendenza e imparzialità degli arbitri; l'irrevocabilità del lodo, che è vincolante in via definitiva senza possibilità di appello; e, infine, l'assenza di un adeguato bilanciamento tra diritti degli investitori e la libertà dello Stato ospite di modificare le proprie leggi e politiche²²⁹. Queste problematiche hanno alimentato un crescente dibattito sulla sostenibilità e sull'equità del sistema ISDS, portando alla luce una serie di interrogativi circa le sue implicazioni giuridiche, economiche e democratiche. Le critiche più recenti si concentrano, in particolare, su alcune fragilità strutturali del sistema, che verranno analizzate nel prossimo paragrafo.

6. Le critiche recenti al sistema ISDS

Nel corso degli ultimi due decenni, il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (ISDS), inizialmente concepito come uno strumento tecnico e neutrale per garantire la protezione dell'investitore straniero dalle difficoltà sorte nell'utilizzo della protezione diplomatica e del ricorso alle corti interne, è progressivamente divenuto oggetto di un acceso dibattito dottrinale e politico²³⁰. Se in origine l'ISDS si proponeva di colmare le lacune del diritto internazionale tradizionale, offrendo un foro imparziale ed efficace per la risoluzione delle controversie, con il tempo sono emerse diverse problematiche che ne hanno messo in discussione la sostenibilità e la legittimità nel contesto attuale²³¹. La diffusione capillare di tratti

²²⁸ M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Op. Cit. p. 390.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ S. W. SCHILL (ed.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer, 2010. C. TIETJE et al., *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 2014, 112, p. 242; A. J. VAN DEN BERG, *Appeal Mechanism for ISDS Awards*, *ICSID Review*, 2019; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; M. WAIBEL et al. (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer, 2010.

²³¹ M. KOSKENNIEMI, *It's Not the Cases, It's the System* in *ICSID Review*, 2017.

bilaterali e multilaterali contenenti clausole ISDS ha contribuito a moltiplicare il numero di arbitrati investitore-Stato, portando alla luce una serie di criticità strutturali e funzionali del sistema. In particolare, l'asimmetria procedurale che consente solo all'investitore di adire il tribunale arbitrale – senza una pari possibilità per lo Stato –, l'elevato costo delle procedure e i lunghi tempi di risoluzione, così come la possibilità di forum shopping da parte degli investitori, sono stati oggetto di crescenti contestazioni²³². A ciò si aggiunge una generale mancanza di trasparenza dei procedimenti arbitrali, che spesso si svolgono in forma riservata, con un accesso limitato da parte del pubblico e della società civile, nonché il rischio di un indebolimento del margine di autonomia normativa dello Stato ospitante, che potrebbe essere disincentivato dall'introdurre nuove regolazioni di interesse pubblico per timore di incorrere in arbitrati milionari.

Un ulteriore elemento di critica riguarda l'assenza di un vero e proprio meccanismo di appello, inteso come mezzo di impugnazione che consenta una di ottenere una nuova valutazione del merito della controversia. Un'eccezione, seppur limitata, è rappresentata dal sistema previsto dalla Convenzione ICSID, che all'art 52 contempla la possibilità di richiedere l'annullamento del lodo arbitrale, ma esclusivamente per motivi formali o procedurali. Tuttavia, tale meccanismo non rappresenta un classico appello sul merito della decisione, risultando pertanto insufficiente a garantire controllo pieno e strutturato sulle decisioni arbitrali, e privando le parti di un'effettiva possibilità di revisione sostanziale del lodo²³³. Questa mancanza di controllo sul controllo del merito delle decisioni solleva una serie di interrogativi circa la prevedibilità e la coerenza del sistema, rafforzando quindi la percezione di un sistema privo di sufficienti garanzie e *accountability*²³⁴.

²³² J. WEBB YACKEE, *Do We Really Need BITs?* in *Columbia FDI Perspectives*, 2010; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration*, 2005, 73 *Fordham L. Rev.* 1521.

²³³ J. JILLANI, *Institutional Design for an Appellate Mechanism in Investor-State Dispute Settlement*, *Asian Journal of International Law*, 2023.

²³⁴ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; M. WAIBEL et al. (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer, 2010.

Queste preoccupazioni hanno generato un diffuso malcontento, alimentando una vera e propria crisi di legittimità del sistema ISDS, che ha spinto numerosi attori istituzionale e accademici a interrogarsi sulla necessità di riforma radicale o, quantomeno, di un ripensamento complessivo del sistema. Le critiche che saranno esaminate nei paragrafi seguenti si concentrano in particolare su quattro macro-profil: l'asimmetria tra stato e investitore; gli elevati costi, i tempi e il rischio di *forum shopping*; gli effetti negativi sul piano democratico e della trasparenza; l'assenza di un meccanismo strutturato di appello.

6.1 *Asimmetrie strutturali, impatti democratici e deficit di trasparenza*

Uno degli spetti più controversi e profondamente dibattuti all'interno del sistema ISDS riguarda le asimmetrie strutturali tra le parti coinvolte nelle controversie, ovvero tra lo Stato ospitante e l'investitore straniero. Questa disparità si manifesta su più livelli, sia sul piano della legittimazione processuale sia nell'ambito delle garanzie procedurali, e mette in discussione i principi fondamentali della parità delle parti, dell'equilibrio giuridico e della legittimità democratica.

Il primo elemento che evidenzia tale squilibrio è la legittimazione attiva concessa esclusivamente all'investitore. Soltanto quest'ultimo ha la facoltà di avviare un procedimento arbitrale internazionale, mentre lo Stato non gode della medesima possibilità nei confronti dell'investitore dinanzi al medesimo foro²³⁵. Tale prerogativa unilaterale ha come effetto immediato la creazione di un assetto processuale sbilanciato, in cui l'attore privato può esercitare un controllo potenzialmente punitivo sull'operato regolatorio dello Stato, senza che quest'ultimo possa proporre una domanda autonoma per accertare eventuali violazioni da parte dell'investitore. Questo aspetto è stato ampiamente criticato da parte della dottrina, che vi ha riconosciuto una rottura rispetto ai tradizionali modelli di giustizia internazionale basati sulla reciprocità

²³⁵ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*; Oxford University Press: Oxford, 2007, pp. 8-9.

degli strumenti di tutela giurisdizionale²³⁶. Si riscontra una sostanziale difficoltà per gli Stati nel proporre domande riconvenzionali o contro-pretese nell'ambito del procedimento ISDS. Tale impossibilità è generalmente dovuta alla struttura asimmetrica dei trattati di investimento, che impongono obblighi solo agli Stati, senza prevedere specifici doveri a carico degli investitori. Tuttavia, alcuni casi arbitrali hanno aperto la strada a possibili eccezioni a tale principio. In particolare, nel caso *Urbaser v. Argentina*²³⁷, il tribunale arbitrale ha ammesso la possibilità per lo Stato convenuto di proporre una domanda riconvenzionale, ritenendo che gli investitori stranieri possano, in determinati casi, essere titolari di obblighi derivanti dal diritto internazionale, in particolare nel campo dei diritti umani. L'Argentina aveva invocato una violazione del diritto all'accesso all'acqua potabile, sostenendo che l'investitore avesse omesso di garantire tale diritto fondamentale nell'esercizio delle proprie attività. Sebbene il tribunale non abbia accolto nel merito la contro-pretesa dell'Argentina, il caso ha avuto un impatto rilevante, poiché ha riconosciuto in linea di principio che anche gli investitori privati possono essere destinatari di obblighi internazionali, aprendo la possibilità per gli Stati di formulare domande riconvenzionali in ambito arbitrale sulla base di standard di comportamento riconducibili al diritto internazionale generale o ai diritti umani.

La natura asimmetrica dei trattati di investimento, spesso costruiti intorno a obblighi imposti esclusivamente agli Stati e non anche agli investitori, rende giuridicamente complesso, se non impossibile, per lo Stato convenuto far valere la responsabilità nei confronti dell'investitore. Questo sbilanciamento, caratterizzato da un sistema su "binario unico", produce conseguenze rilevanti sul piano della simmetria

²³⁶ J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, 3rd edn, Cambridge: CUP, 1998, pp. 114–15; J. COLLIER, V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law* (Cambridge: CUP, 1999), pp. 6–7.

²³⁷ ICSID, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. The Argentine Republic*, Award, 8 December 2016, ICSID Case No. ARB/07/26, §§ 1143–1220. In particolare, al par 1196 il tribunale afferma: "The Tribunal concludes that the counterclaim as submitted by the Respondent is admissible in principle under the ICSID framework."; per un'analisi dottrinale: A. PETERS, *Business and Human Rights: A Hard Law Area Coming of Age*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 57, 2016, pp. 93–134; M. KRAJEWSKI, *Human Rights and State Counterclaims in Investment Arbitration: The ICSID Case Urbaser v. Argentina*, in *Zeitschrift für Schiedsverfahren, SchiedsVZ*, 2017, pp. 18–25; L. COTULA, *The Urbaser Ruling: Implications for Human Rights Responsibilities of Investors*, in *IIED Briefing*, February 2017.

procedurale, poiché esclude ogni possibilità di reciproca imputazione delle condotte lesive tra le parti.

Per operare una comparazione con quelli che sono i principi fondamentali di molti Stati si può osservare come numerosi ordinamenti siano previsti meccanismi volti a garantire l'equità processuale tra le parti. Attraverso il principio del contraddittorio, tali sistemi assicurano ad ogni individuo il diritto a un processo celebrato davanti a un giudice terzo e imparziale, in condizioni di parità tra le parti e con una ragionevole durata²³⁸. Al contrario, nel sistema arbitrale, la maggiore flessibilità procedurale, il carattere riservato del procedimento e la possibilità di attivare il giudizio su impulso unilaterale possono tradursi in una limitazione sostanziale di quello che, nel diritto interno, è definito "principio del contraddittorio".

Un ulteriore profilo critico riguarda la scarsa trasparenza delle procedure ISDS, che ha alimentato dubbi sulla loro legittimità democratica. Tradizionalmente, l'arbitrato internazionale in materia di investimenti si è modellato sullo schema dell'arbitrato commerciale, caratterizzato da riservatezza e limitata pubblicità delle udienze e degli atti processuali. Questa impostazione, se può risultare coerente con le esigenze di riservatezza dei rapporti tra privati, si rileva problematica quando in gioco vi sono atti sovrani e l'uso di risorse pubbliche, ponendo questioni di *accountability* e partecipazione democratica²³⁹.

La dottrina ha evidenziato come l'assenza di regole generali di pubblicità contribuisca alla frammentazione giurisprudenziale e impedisca la formazione di un corpus di precedenti chiaro e accessibile²⁴⁰. In risposta a tali critiche, l'UNCITRAL, ha adottato nel 2014 le *Rules on Transparency In Treaty-based Investor-State Arbitration*, che prevedono la pubblicazione degli atti principali, l'accesso all'udienza

²³⁸ Per una panoramica comparata del principio del contraddittorio nei diversi ordinamenti, si vedano: Italia (art. 111 Cost. Francia (artt. 14-16 c.p.c.), Germania (art. 103 GG), Brasile (art. 5°, LV Cost.), India (art. 21 e 14 Cost.), Stati Uniti (V e XIV Amend. Cost.), Regno Unito (principio della natural justice), Argentina (art. 18 Cost.), Spagna (art. 24 Cost.), Messico (art. 20 Cost.), Sudafrica (Sezione 35 della Costituzione), Giappone (art. 31 e 37 Cost.), Cina (Criminal Procedure Law, art. 12).

²³⁹ S. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev, 152, 2005, p. 1530.

²⁴⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2016, p. 45.

e la possibilità di intervento di *amicus curiae*²⁴¹. Tali regole, tuttavia, si applicano soltanto ai trattati conclusi dopo il 1° aprile 2014, salvo accordo contrario delle parti²⁴².

Per favorire l'applicazione retroattiva, nel 2017 è entrata in vigore la *Mauritius Convention on Transparency*, che consente agli Stati di estendere le UNCITRAL Rules anche agli accordi precedenti²⁴³. Nella prassi, tuttavia, la ratifica della Convenzione è stata limitata e molti BIT restano soggetti a regole di riservatezza originarie²⁴⁴. La conseguenza è che, sebbene alcuni casi abbiano mostrato aperture significative- come *Methanex v. United States*, il tribunale ha ammesso la pubblicazione di documenti e la partecipazione di *amicus curiae*²⁴⁵ – la regola rimane quella della vaghezza procedurale. Questa persistente mancanza di trasparenza non solo riduce la possibilità di controllo democratico sulle decisioni che incidono sulla sfera pubblica, ma mina anche la prevedibilità del diritto applicabile e l'uniformità interpretativa tra i tribunali arbitrali²⁴⁶. Senza una pubblicità sistematica, l'arbitrato investitore-Stato rischia di restare un sistema autoreferenziale, privo della legittimazione che deriva dal dibattito pubblico e dalla verificabilità delle decisioni²⁴⁷.

La dottrina più attenta ha osservato che tale struttura si pone in netto contrasto con i principi che regolano, appunto il giusto processo, in cui entrambe le parti devono essere messe nella condizione di agire e difendersi egualmente²⁴⁸. Si configura così un modello di responsabilità unilaterale, dove lo Stato è l'unico soggetto passivo possibile, esposto al rischio di dover risarcire anche scelte normative effettuate nell'interesse pubblico. Sebbene negli ultimi decenni importanti riforme abbiano elevato lo status internazionale degli individui – specialmente nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani – queste iniziative si distinguono in modo significativo, per portata ed efficacia, dal regime di protezione riconosciuto agli investitori nei trattati di

²⁴¹ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, artt. 2–7.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ United Nations, *Mauritius Convention on Transparency*, A/RES/69/116, 10 dicembre 2014, entrata in vigore 18 ottobre 2017.

²⁴⁴ UN Treaty Collection, *Mauritius Convention on Transparency* – Status of Ratifications

²⁴⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, 15 gennaio 2001.

²⁴⁶ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 5^a ed., Cambridge University Press, 2021, p. 436.

²⁴⁷ S.W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 374.

²⁴⁸ G. MERRILLS, *International Dispute Settlement* (3rd edn, Cambridge: CUP, 1998), pp. 114–115; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press: Oxford, 2007

investimento. In particolare, mentre nei sistemi di tutela dei diritti umani, e persino nel diritto dell'Unione europea, agli individui è imposto l'onere di esaurire i rimedi interni prima di rivolgersi a un giudice sovranazionale, molti trattati di investimento rimuovono del tutto tale obbligo per gli investitori stranieri, consentendo loro un accesso immediato e diretto alla giurisdizione arbitrale internazionale²⁴⁹.

Le asimmetrie che caratterizzano il sistema sono al centro di un vasto dibattito accademico. Alcuni autori hanno parlato di “*constitutionalization without representation*”, per indicare come l'ISDS contribuisce a ridefinire l'ordine costituzionale globale senza legittimazione democratica²⁵⁰. Altri invece, hanno evidenziato come il sistema di risoluzione delle controversie rappresenti una forma anomala di giudizio di diritto pubblico, in cui è un attore privato ad agire contro l'esercizio della sovranità statale, senza che vi siano meccanismi di garanzia ed equità processuale previsti nei sistemi giurisdizionali interni²⁵¹.

L'arbitrato investitore-Stato ha introdotto una risoluzione nel diritto internazionale, poiché consente a privati di contestare scelte normative sovrane davanti a giudici privati²⁵², senza la protezione delle garanzie fondamentali di diritto pubblico²⁵³. Con il sistema che si è sviluppato spesso si rischia che gli arbitri, nominati ad hoc, possono sindacare l'attività regolatoria statale applicando standard di revisione poco definiti, con una supervisione giurisdizionale estremamente limitata²⁵⁴. A differenza dei tribunali pubblici, essi operano senza trasparenza, senza l'obbligo di pubblicare le proprie deliberazioni, e con incentivi economici potenzialmente confliggenti, dal momento che la scelta di adire un tribunale arbitrale dipende dalle parti ricorrenti, cioè principalmente dagli investitori. Si tratta di una forma di giustizia “contrattuale privatizzata” che si è inserita nel cuore delle prerogative sovrane dello

²⁴⁹ D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 1999, pp. 137–138; E. B. WEISS, *Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century*, 2002, 96 AJIL pp.798 - 815; J. THORNTON, *Environmental Liability—A Shrinking Mirage or the Most Realistic Attempt So Far*, 2003, J. PLANNING, L. ENVIRO, p. 272; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005, pp. 8–9, pp. 110–13.

²⁵⁰ D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge: CUP, 2008.

²⁵¹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*; Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 11.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 9.

Stato, indebolendo le basi della responsabilità democratica e dell'indipendenza giudiziaria degli Stati²⁵⁵.

Il sistema ISDS rappresenta un'eccezione rispetto al tradizionale ordine giuridico internazionale, in quanto permette a soggetti privati di esercitare diritti giuridici direttamente contro gli Stati, fatto che non trova analogia in altri settori del diritto internazionale²⁵⁶. Gli Stati, concludendo trattati di investimento che consentono agli investitori stranieri (per lo più imprese multinazionali) di avanzare rivendicazioni internazionali contro di essi, conferendo agli arbitri il potere di risolvere controversie regolatorie tra Stati e investitori²⁵⁷. Questa autorità è per certi versi, più ampia di quella riconosciuta a qualsiasi altro tribunale, nazionale o internazionale, poiché il sistema si fonda sulle regole e sulla struttura dell'arbitrato commerciale internazionale, anziché adottare un modello convenzionale di tipo giudiziario. Il primo luogo, gli arbitri possiedono una competenza piena nel riesaminare gli atti sovrani dello Stato, esercitando così il potere di decidere su questioni di diritto interno. In secondo luogo, poiché i trattati d'investimento fanno leva sull'apparato esecutivo della Convenzione di New York e della Convenzione ICSID, i lodi arbitrali emessi risultano facilmente esecutivi²⁵⁸. Infine, gli arbitri possono disporre il pagamento di danni quale rimedio alla lesione subita dallo Stato, senza bilanciare con esigenze di deterrenza e risarcimento con i principi concorrenti della scelta democratica e della discrezionalità governativa²⁵⁹. Agendo in questo modo, gli Stati hanno delegato a soggetti privati, la facoltà di stabilire la legittimità degli atti sovrani e di ordinare il trasferimento di fondi pubblici a favore di imprese private, nel caso in cui abbiano subito una lesione all'investimento dallo Stato ospitante²⁶⁰.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ J. COLLIER, V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law*, Cambridge, 1999, pp. 6–7.

²⁵⁷ A. A. FATOUROS, *On Domesticating Giants: Further Reflections on the Legal Approach to Transnational Enterprise*, 1976, U Western Ontario L Rev, 151, pp. 152–154; M. Wilkins, *Defining a Firm: History and Theory*, in P. HERTNER and G. JONES (eds) *Multinationals: Theory and History*, 1986, pp. 80–81.

²⁵⁸ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *Op. cit.* pp. 5–6.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*; B. B. RAMAIAH, *Towards a Multilateral Framework on Investment*, 1997, 6 Transnat'l Corp pp. 117–119; A. AFILALO, *Constitutionalization Through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter*, 2001, 34 NYU J Int'l L & Pol pp. 1–7; UNCTAD, *World Investment Report 2003* (New York: United Nations, 2003, pp. 99–101).

Se è vero che i tribunali nazionali erano percepiti come parziali, è ancor più problematico sostituirlo con arbitri che dipendono da interesse privati, a differenza dei giudici dotati di stabilità e indipendenza. Si potrebbe andare incontro a ciò dal momento che gli arbitri ricevono incarichi da investitori privati che scelgono di avviare un'azione, in base al BIT di riferimento, contro lo Stato ospitante. È naturale pensare che, se il sistema ISDS è nato con l'obiettivo di garantire alle parti in causa una maggiore imparzialità rispetto a quella offerta, col tempo si sia sviluppata una procedura arbitrale che presenta proprio quei rischi che si intendeva inizialmente eliminare.

6.2 Costi, tempi e rischio di *forum shopping*

Negli ultimi anni, accanto alle critiche di natura istituzionale e politica, il sistema ISDS è stato oggetto di un'analisi sempre più approfondita sotto il profilo della sua efficienza economica e procedurale. In particolare, numerosi studi e rapporti hanno messo in evidenza tre aspetti strettamente interconnessi: l'elevato costo delle controversie, la loro durata spesso eccessiva e il rischio di *forum shopping*²⁶¹. Tali fattori incidono in modo significativo sulla percezione di legittimità dell'arbitrato investitore-Stato, sollevando interrogativi non solo in termini di giustizia sostanziale, ma anche di sostenibilità finanziaria per le parti coinvolte, in particolare per gli Stati ospitanti.

Uno dei profili maggiormente dibattuti nelle critiche recenti al sistema ISDS riguarda la questione dei costi dell'arbitrato, sia in termini di entità complessiva, sia per le modalità con cui questi vengono allocati tra le parti. Sostenere milioni di dollari in spese legali per perseguire o difendere una cosa rientra nel principio del diritto di difesa e di equo processo; un'altra cosa, però, è dover affrontare, oltre a tali spese, anche il pagamento dell'intero onorario del tribunale arbitrale e dei costi legali della controparte, soprattutto quando non si è avuto alcun controllo sulla fatturazione del

²⁶¹S. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, *Washington University Law Review*, 2011; UNCTAD, *Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action*, 2014.

ricorrente. Tale aspetto è particolarmente rilevante se si considera che, nel caso di uno Stato, la copertura di questi costi avverrebbe attingendo a fondi pubblici. L'incertezza, relativa ai costi, è aggravata dal fatto che, in molti casi, i tribunali non chiariscono preventivamente i loro approcci per quanto riguarda la compensazione delle spese, con il risultato che le parti ne scoprono la reale portata solo a procedimento concluso²⁶².

La dottrina identifica che i tribunali hanno mal articolato la base giuridica e la logica per le loro valutazioni dei costi²⁶³. Una migliore gestione delle aspettative sui costi, anche attraverso la diffusione di dati affidabili, potrebbe non solo incidere sulla soddisfazione delle parti e degli altri stakeholder, ma anche favorire una valutazione più consapevole del rapporto costi-benefici dei trattati di investimento. Senza un'adeguata pianificazione, infatti, le parti possono ritrovarsi in una situazione economica peggiore del previsto, con una compromissione della certezza del diritto e della prevedibilità del rischio, aspetti cruciali per chi valuta l'opportunità di agire in sede arbitrale²⁶⁴. Se è vero che le parti accettano implicitamente il rischio di soccombere nel merito scegliendo l'arbitrato investitore-Stato, le determinazioni sui costi possono rivelarsi inattese, incontrollabili e rilevanti sotto il profilo dell'esposizione finanziaria. Tuttavia, raramente esse affrontano *ex ante* la questione dell'allocazione delle spese o forniscono ai tribunali linee guida chiare, preferendo lasciare la materia alla discrezionalità arbitrale²⁶⁵. Questa mancanza di accordi preliminari può essere spiegata, almeno in parte, con un deficit informativo: non tutti gli Stati, al momento della conclusione di un trattato di investimento, sono pienamente consapevoli dei rischi legati ai costi dell'arbitrato²⁶⁶.

L'analisi dei costi assume anche una funzione strategica nella scelta di avviare o meno un procedimento. Una corretta valutazione economica può orientare le parti nella

²⁶² S. D. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, Op. Cit., p.187.

²⁶³ P. DAVID, Riesenber, Fee Shifting in Investor- State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying Application of the English Rule, 60 Duke L.J. 977, 990, 1011 (2011); D. SMITH, *Shifting Sands: Cost- and- Fee Allocation in International Investment Arbitration*, 2001, 51 Va. J. Int'l L. 749, 749– 750.

²⁶⁴ S. W. SCHILL, *Arbitration Risk and Effective Compliance: Cost- Shifting in Investment Treaty Arbitration*, 2006, 7 J. World Inv. & Trade pp. 653-656.

²⁶⁵ Joseph Charles Lemire v. Ukraine [I], ICSID Case No. ARB/ 06/ 18, Award (Sept. 18, 2000), 15 ICSID Rev.- Foreign Inv. L. J. parr.528-537

²⁶⁶ S. D.FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, Op. Cit. pp. 769, 785– 786.

gestione della lite, nella ricerca di una soluzione amichevole o nell'adozione di tattiche processuali mirate²⁶⁷. I costi, infatti, creano incentivi o disincentivi non solo a instaurare o difendere una causa, ma anche a presentare mozioni o a impiegare strategie dilatorie. In assenza di dati affidabili, le decisioni rischiano di basarsi su supposizioni, con il pericolo di errori e di esiti imprevisti, fino a generare un vero e proprio "rimorso dell'acquirente"²⁶⁸. Il tema si interseca con quello della legittimità complessiva del sistema ISDS. Se le decisioni sui costi risultano arbitrarie e imprevedibilità fiducia nel sistema ne risente, con possibili ricadute sulla percezione di equità, sostenibilità e integrità. Alcuni studi hanno evidenziato che gli arbitri dedicano un'attenzione solo superficiale alla quantificazione delle spese, con giustificazioni minime senza un nesso affidabile tra l'esito della causa e l'assegnazione dei costi²⁶⁹. Questo può tradursi in gravi conseguenze politiche e finanziarie, soprattutto per i Paesi in via di sviluppo²⁷⁰, aggravate dalla mancanza di criteri giuridici chiari e dalla difficoltà di prevedere a priori chi sopporterà le spese e in quale misura²⁷¹. Le ripercussioni non sono neutre: gli investitori di dimensioni minori possono essere dissuasi dall'accedere all'arbitrato se i costi potenziali superano l'entità della controversia, mentre gli Stati con risorse limitate rischiano di dover sottrarre fondi pubblici ad altre priorità per sostenere le spese dell'arbitrato²⁷². I costi, quindi, possono incidere sulla parità e sull'accesso effettivo alla giustizia, minando la legittimità del sistema se non adeguatamente regolati²⁷³. In linea teorica, una soluzione a parte di questi problemi potrebbe risiedere nella possibilità per le parti di concordare in anticipo o in corso di causa la disciplina dei costi. Si ridurrebbe così discrezionalità degli arbitri e si fornirebbe un quadro prevedibile dei costi. Per essere efficaci, tuttavia tali accordi devono essere formulati

²⁶⁷ J.J. COE, JR., *Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods*, 2003, 36 Vand. J. Transnat'l L. pp. 1381, 1400–01.

²⁶⁸ S. D. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, Op Cit. p. 188.

²⁶⁹ *Ibidem*; L. W. NEWMAN, D. ZASLOWSKY, *Assessing Costs in International Arbitration*, N.Y. L.J., 2010.

²⁷⁰ *Ivi*, p.189

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² L. C. NASH, *Response, Adam McBeth, Crushed by an Anvil: A Case Study on Responsibility for Human Rights*, Extractive Sector, 2008, 11 Yale, pp. 167-174

²⁷³ J. W. SALACUSE, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty- Based, Investor- State Dispute Resolution*, 2007, pp. 138-142; H. SCHOMMER, *Environmental Standards in U.S. Free Trade Agreements: Lessons from Chapter 11*, 2007, 8 Sustainable Dev. L. & Pol'y, p.36; S. D. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, Op Cit. p. 190.

in termini espliciti e precisi. Essi possono trovare spazio *ex ante* nei contratti, nel richiamo a regole istituzionali con linee guida sui costi o in clausole contenute in trattati stessi²⁷⁴. Un esempio è il modello BIT statunitense del 2012, che consente al tribunale, se giustificato, di attribuire alla parte vittoriosa i costi e le spese legali sostenute, previa valutazione della natura pretestuosa delle domande o delle eccezioni e garantendo alle parti un'adeguata possibilità di replica²⁷⁵.

In *Crystallex v. Venezuela*, il tribunale, pur avendo riconosciuto che il ricorrente era risultato vittorioso su giurisdizione e in parte sul merito, ha ritenuto che le difese del resistente fossero serie e fondate in più punti, e che nessuna delle due parti avesse agito con mala fede o in modo abusivo. In considerazione di tali circostanze, ha stabilito che ciascuna parte sopportasse le proprie spese e che i costi ICSID fossero ripartiti in parti uguali²⁷⁶. Questo esempio dimostra come, in assenza di accordi vincolanti sulle spese, l'ampia discrezionalità attribuita agli arbitri possa condurre a soluzioni improntate all'equità del caso concreto, piuttosto che a un'applicazione automatica del principio "le spese seguono l'esito della causa"²⁷⁷.

Accordi sull'allocazione dei costi possono essere conclusi anche dopo l'avvio della controversia, ma nella prassi restano rari e difficili da raggiungere, specie in contesti di alta conflittualità²⁷⁸. In assenza di una scelta espressa, il riparto segue regole arbitrali applicabili, che vario sensibilmente tra istituzioni e viene lasciata ampia discrezionalità ai tribunali, come nel sistema ICSID, lascia al tribunale la discrezione

²⁷⁴V. in dottrina J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232, 236–241, 250–251, 255–266; *l'Agreement Between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, Neth.–Pol., 7 settembre 1992, 2240 U.N.T.S. 387, 399–400, rappresenta un caso peculiare in cui le parti hanno previsto espressamente la disciplina della ripartizione dei costi dell'arbitrato, stabilendo criteri chiari per le spese del tribunale, le spese legali e quelle amministrative. Tale previsione, rara nei BIT, riduce sensibilmente l'incertezza legata all'allocazione dei costi — normalmente rimessa alla discrezionalità degli arbitri — e consente a Stati e investitori di stimare *ex ante* il rischio finanziario derivante dall'instaurazione di un procedimento. Inoltre, contribuisce a limitare fenomeni di forum shopping connessi alla scelta delle regole arbitrali e costituisce un modello di drafting utile per migliorare la prevedibilità economica del contenzioso ISDS.

²⁷⁵ U.S. Department of State, *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, Art. 28(4), La disposizione prevede che: "Where justified, a tribunal may award the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing an objection under this Article. In determining whether such an award is justified, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment." Si tratta di una formulazione che, nella prassi, mira a scoraggiare domande o eccezioni pretestuose, ponendo l'accento sulla discrezionalità arbitrale e sull'esigenza di garantire un contraddittorio effettivo.

²⁷⁶ *Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID ARB(AF)/ 11/ 2, Award, parr. 951– 960.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ S. D.FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, *Op. Cit.* pp. 194-195

di decidere da chi debbano essere sostenuti i costi, salvo diverso accordo tra le parti²⁷⁹. Le regole UNCITRAL indicano che, in linea di principio, i costi dell'arbitrato sono a carico della parte soccombente²⁸⁰.

La pratica dei tribunali sull'attribuzione dei costi non è uniforme. In molti casi, infatti, i tribunali hanno stabilito che i costi del procedimento dovessero essere condivise equamente e che ciascuna parte doveva sostenere le proprie spese²⁸¹. In *Eskosol v. Italia* il Tribunale ha concluso che, essendo entrambe le parti riuscite a ottenere un successo variabile, ciascuna di esse avrebbe dovuto sostenere il 50% dei costi della procedura arbitrale²⁸². In altri casi, i tribunali hanno imposto il pagamento dei costi come sanzione per comportamenti inappropriati da parte di una delle parti, come nel caso in cui si fosse rilevato che la richiesta di istaurazione del procedimento fosse frivola o fraudolenta, o che vi fosse stata una condotta dilatoria o comunque scorretta²⁸³.

Si evidenzia come tale incertezza contribuisce a risultati disomogenei e possa incidere negativamente sulla prevedibilità e sulla percezione di equità del sistema. Le recenti riforme hanno cercato di colmare tali lacune, introducendo linee guida e rincoraggiando decisioni provvisorie in materie di spese²⁸⁴.

6.2.1. Il fattore tempo nei procedimenti di arbitrato investitore-Stato

Uno degli aspetti più criticati del sistema di risoluzione delle controversie investitore–Stato riguarda la durata complessiva dei procedimenti. L'esperienza degli

²⁷⁹ Convenzione ICSID, Art. 61 (2): “*In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award*”.

²⁸⁰ UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 42, (1): “*The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case*”.

²⁸¹ *Vacuum Salt v Ghana*, Award, 16 February 1994, paras 56–60; *World Duty Free v Kenya*, Award, 4 October 2006, paras 189–191; *RSM v Grenada I*, Award, 13 March 2009, paras 487–499; *RosInvest v Russian Federation*, Final Award, 12 September 2010, para 701; *AES v Hungary*, Award, 23 September 2010, para 15.3.3; *Brandes v Venezuela*, Award, 2 August 2011, para 120.

²⁸² *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, 2020, par. 494.

²⁸³ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, 2016, para 549.

²⁸⁴ *Ibidem*.

ultimi due decenni mostra come tali controversie tendano a protrarsi per un arco temporale significativamente superiore rispetto ad altre forme di risoluzione internazionale, con conseguenze rilevanti sul piano economico, giuridico e politico²⁸⁵.

Secondo i dati ufficiali del Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie relative agli Investimenti (ICSID), il tempo medio tra il deposito della richiesta e la pubblicazione del lodo finale si attesta intorno ai 3–3,6 anni²⁸⁶. Analisi che includono procedimenti condotti secondo le regole UNCITRAL, SCC o ICC confermano una durata media di circa tre anni e mezzo, con oscillazioni legate alla complessità della controversia e alle strategie processuali adottate²⁸⁷.

La dottrina ha individuato diverse cause di tale dilatazione temporale. In primo luogo, la complessità fattuale e giuridica delle controversie di investimento, che spesso richiedono l'esame di normative nazionali articolate, voluminosa documentazione tecnica e perizie specialistiche²⁸⁸. In secondo luogo, il ricorso frequente a eccezioni preliminari, domande incidentali e richieste di proroga, talvolta utilizzate in chiave dilatoria. A ciò si aggiunge la struttura ad hoc dei tribunali arbitrali, la cui costituzione, definizione del calendario e gestione procedurale richiedono tempi più lunghi rispetto agli organi giurisdizionali permanenti²⁸⁹. Come rilevato da Sornarajah, l'assenza di limiti temporali vincolanti nella maggior parte delle regole arbitrali internazionali lascia un ampio margine di discrezionalità, incidendo direttamente sull'efficienza complessiva²⁹⁰.

Gli effetti di tale lentezza si ripercuotono su più piani. Sul versante dell'accesso alla giustizia, investitori di piccole e medie dimensioni e Stati con risorse limitate possono trovarsi nell'impossibilità di sostenere costi legali per periodi prolungati²⁹¹. La durata incide anche sull'aumento complessivo delle spese, poiché i costi legali e

²⁸⁵ V. MONTANARO, *Arbitrato internazionale e investimenti esteri*, Giappichelli, 2019, p. 214; A. Tanzi, *Le controversie sugli investimenti internazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2020, pp. 443–445

²⁸⁶ ICSID, *Caseload Statistics*, Issue 2023-1, p. 16.

²⁸⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2022*, p. 122

²⁸⁸ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 5^a ed., Cambridge University Press, 2021, pp. 429–432

²⁸⁹ J. PAUWELYN, *The Rule of Law without the Rule of Time in ISDS*, in *J. Int'l Disp. Settlement*, 2017, pp. 162–165.

²⁹⁰ M. SORNARAJAH, op. cit., p. 431.

²⁹¹ F. FRACIONI, *Access to Justice in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2009, pp. 45–46.

quelli arbitrari crescono in proporzione al protrarsi del procedimento¹²⁹². Inoltre, una controversia pendente per anni può generare incertezza giuridica, influenzare negativamente le politiche pubbliche e minare la stabilità dell'ambiente d'investimento²⁹³.

Il Gruppo di lavoro III dell'UNCITRAL ha identificato la lentezza delle procedure come una priorità nell'agenda di riforma²⁹⁴. Le opzioni discusse includono l'introduzione di termini massimi vincolanti per le varie fasi procedurali, lo sviluppo di procedure accelerate per controversie di minore valore o complessità, il rafforzamento degli strumenti di gestione processuale e, in prospettiva più ampia, l'istituzione di un tribunale permanente degli investimenti, capace di garantire continuità e maggiore rapidità decisionale¹²⁹⁵.

Si evince come anche la questione delle tempistiche incida negativamente sull'efficacia del sistema ISDS. Un sistema di risoluzione delle controversie che si protrae per anni con costi elevati alimenta l'incertezza che aleggia intorno a questo sistema. La riduzione dei tempi procedurali deve essere considerata come un obiettivo primario delle riforme in corso, non soltanto per motivi di efficienza, ma come condizione necessaria per preservare la credibilità e l'equilibrio del meccanismo ISDS.

6.2.2. *Il fenomeno del forum shopping nel sistema ISDS*

Il fenomeno del *forum shopping* rappresenta una delle criticità più discusse dell'arbitrato investitore-Stato, in quanto consente all'investitore straniero di scegliere strategicamente il foro o il trattato più favorevole per avviare una controversia, spesso sulla base di standard di protezione più ampi o procedure percepite come più vantaggiose. Tale possibilità deriva dalla frammentazione del diritto internazionale degli investimenti e dalla molteplicità di strumenti normativi applicabili, che comprendono trattati bilaterali di investimento (BIT), trattati multilaterali come il

²⁹² L. PETERSON, *The Impact of Lengthy ISDS Proceedings on Regulatory Chill*, IISD Report, 2019, p. 8.

²⁹³ *Ivi*, p. 10.

²⁹⁴ UNCITRAL WG III, *Possible Reform of ISDS: Cost and Duration*, A/CN.9/WG.III/WP.153, 2018, paras 6–12

²⁹⁵ *Ivi*, parr. 25-29.

Trattato sulla Carta dell'Energia e accordi di libero scambio con capitoli sugli investimenti. La dottrina ha rilevato che questa libertà di scelta, pur giustificata dagli obiettivi di tutela degli investimenti, altera significativamente l'equilibrio tra le parti, poiché consente all'investitore di evitare fori percepiti come meno favorevoli o con giurisprudenza più restrittiva²⁹⁶. oltre a sollevare questioni di legittimità, il *forum shopping*, comporta conseguenze concrete in termini di costi e tempi: la selezione di fori alternativi può generare procedimenti paralleli o successivi, con duplicazione delle spese legali e moltiplicazione dei rischi di condanna per lo Stato ospitante²⁹⁷.

In diversi casi arbitrali, i tribunali hanno affrontato la questione stabilendo limiti alla possibilità di *restructuring* societario con finalità esclusivamente contenziose. In *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, il tribunale ICSID ha ritenuto abusivo il trasferimento di azioni a una società straniera effettuato dopo l'insorgere della controversia, al solo scopo di ottenere la protezione di un trattato di investimento²⁹⁸. In modo analogo, in *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, è stato respinto un reclamo presentato a seguito di una ristrutturazione societaria ritenuta volta esclusivamente a creare giurisdizione arbitrale²⁹⁹. Nel caso *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, un investitore italiano ha agito contro il proprio Stato in base al Trattato sulla Carta dell'Energia, lamentando modifiche retroattive agli incentivi per il fotovoltaico. La scelta di ricorrere a un foro arbitrale internazionale, piuttosto che ai giudici nazionali, ha sollevato in dottrina interrogativi circa la legittimità dell'uso di strumenti internazionali per bypassare i rimedi interni³⁰⁰. Un'analoga questione si è posta in *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic*, dove investitori danesi hanno avviato arbitrati paralleli, sempre ai sensi del

²⁹⁶ C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2022, pp. 128–130; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 337–340. P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER, (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 788–794.

²⁹⁷ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 5th ed., Cambridge University Press, 2021, pp. 427–430; S. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration*, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1521–1625.

²⁹⁸ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras 93–144; S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 211 ss.

²⁹⁹ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on Jurisdiction, 1 June 2012, paras 2.99–2.104.

³⁰⁰ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 4 September 2020; N.J. Calamita, *The (In)Compatibility of Intra-EU Investment Arbitration with EU Law: Lessons from the Italian Experience*, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, 2020, pp. 285–314.

Trattato sulla Carta dell'Energia, in differenti sedi arbitrali, facendo emergere il rischio concreto di decisioni divergenti e di duplicazione dei procedimenti³⁰¹.

Tuttavia, la giurisprudenza non è uniforme e in taluni casi i tribunali hanno riconosciuto la legittimità di ristrutturazioni societarie avvenute in prossimità di una controversia, purché motivate da ragioni economiche sostanziali³⁰². Questa incertezza contribuisce ad alimentare la percezione di arbitrarietà e favorisce condotte opportunistiche da parte degli investitori, che possono testare differenti strategie procedurali fino a individuare il foro più favorevole.

Dal punto di vista economico, il *forum shopping* si traduce in un aggravio significativo per gli Stati, che devono fronteggiare procedimenti in giurisdizioni differenti, con conseguente aumento delle spese legali e dilatazione dei tempi di risoluzione delle controversie. Come osservato in dottrina, la possibilità per un privato di scegliere tra più giurisdizioni internazionali senza vincoli sostanziali comporta un potere processuale asimmetrico difficilmente giustificabile in un sistema equilibrato di risoluzione delle controversie³⁰³.

Questo squilibrio è reso ancor più marcato dal fatto che praticamente tutti i trattati di investimento hanno una portata ampia e applicano standard liberali di revisione; molti, inoltre, limitano o eliminano del tutto l'obbligo per gli investitori di esaurire i rimedi locali. L'apertura a rivendicazioni parallele e allo *forum shopping* in base a una molteplicità di trattati ha così spostato l'equilibrio eccessivamente a favore degli interessi economici internazionali, con effetti problematici sul piano della coerenza e dell'effettività del sistema di risoluzione delle controversie³⁰⁴. La questione assume rilievo anche sotto il profilo della *lis pendens* e del rischio di decisioni contrastanti, laddove procedimenti paralleli siano avviati in base a diversi strumenti giuridici per il

³⁰¹ *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic*, SCC Case No. V (2015/095), Award, 23 December 2018; M. Benedettelli, *Intra-EU BIT Arbitrations and the Court of Justice: A Clash of Legal Orders?*, *Arbitration International*, vol. 35, 2019, pp. 1–27.

³⁰² *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, paras 540–554; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, pp. 54–56.

³⁰³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 152–156; C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 178–183; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, pp. 54–56.

³⁰⁴ C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, London, Sweet & Maxwell, 1982, p. 51 ss.

medesimo insieme di fatti. In assenza di un meccanismo di coordinamento tra i vari fori arbitrali, gli Stati si trovano esposti non solo al rischio di condanne multiple, ma anche alla difficoltà di difendere in modo coerente la propria posizione³⁰⁵.

6.3 *Lacune del sistema ISDS: l'assenza di meccanismi di appello*

Uno degli aspetti più criticati dell'attuale sistema delle controversie investitore-Stato è l'assenza di un vero e proprio meccanismo di appello, capace di assicurare uniformità interpretativa e coerenza giurisdizionale. La frammentazione del sistema e le decisioni talvolta divergenti su controversie simili minano la prevedibilità del diritto e incidono sulla certezza giuridica, elemento essenziale per investitori e Stati. A questo scenario di per sé già critico, si aggiunge la mancanza di strumenti di appello o ricorso, circostanza che riduce, per i tribunali, la possibilità di adottare una linea interpretativa uniforme. Questa problematica, sommata a quelle già discusse, solleva interrogativi significativi sull'integrità del sistema e impongono la necessità di avviare un processo di possibili riforme del sistema ISDS.

L'istituzione di un meccanismo di appello viene indicata come una possibile soluzione per accrescere l'affidabilità e la legittimità percepita dal sistema, garantendo uniformità interpretativa e maggiore certezza giuridica³⁰⁶. L'attuale quadro ISDS presenta caratteristiche come la possibilità di lodi contrastanti e l'assenza di un vero e proprio strumento di impugnazione, contribuendo così alla crisi di stabilità del sistema.

L'assenza di uniformità e coerenza logica riduce notevolmente l'efficienza del sistema e può generare assenza di affidabilità tra le parti in causa. In tale contesto, il meccanismo di appello è percepito come uno strumento in grado di migliorare affidabilità, efficacia e prevedibilità³⁰⁷. Tuttavia, la sua progettazione pone questioni

³⁰⁵ G. KAUFMANN-KOHLER, *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*, in *Investment Arbitration and International Law*, vol. 2, Juris, 2009, pp. 3–33; J.E. VIÑUALES, *Investor-State Dispute Settlement Reform and the Issue of Parallel Proceedings*, *ICSID Review*, vol. 34, no. 2, 2019, pp. 471 ss.

³⁰⁶ M. A. H. JILLANI, A. A. GHOURI, X. WU, *Institutional Design for an Appellate Mechanism in Investor-State Dispute Settlement*, in *Asian Journal of International Law*, Cambridge University Press, 2025, p.2

³⁰⁷ A.J. VAN DER BERG, *Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2019, Vol. 34(1), p. 156

cruciali di natura politica istituzionale: sarà necessario assicurare un equilibrio tra gli interessi degli Stati sviluppati e di quelli in via di sviluppo, garantendo pari partecipazione di entrambe le categorie di attori³⁰⁸. Una rappresentanza equa favorirebbe decisioni più bilanciate e contribuirebbe a legittimare il sistema agli occhi di tutte le parti coinvolte, soprattutto alla luce delle differenze sostanziali nei contesti economici e sociali che caratterizzano i diversi Paesi³⁰⁹.

Ciò detto, se un meccanismo di appello permanente può effettivamente risolvere il problema dell'incoerenza, non si possono ignorare i rischi connessi alla concentrazione di potere in un'istituzione capace di incidere profondamente sui processi giuridici, soprattutto se non si prevedono criteri trasparenti di selezione e di competenza³¹⁰. Quindi, un sistema di appello equilibrato e rappresentativo, potrebbe costituire uno strumento efficace per la risoluzione delle controversie.

Queste considerazioni non sono nuove: già nel processo di redazione della Convenzione ICSID, si avvertì l'esigenza di predisporre un appello. Tale previsione, ispirata all'art 35 delle *Model Rules on Arbitral Procedure* della Commissione di diritto internazionale³¹¹ (ILC) del 1958, compariva sin dalla bozza preliminare della Convenzione. L'idea di istituire un sistema di riesame internazionale non fu mai seriamente messa in discussione, e il testo che sarebbe divenuto l'attuale art. 52 subì soltanto modifiche marginali, riguardanti soprattutto la definizione dei motivi di annullamento, i termini per la presentazione della domanda, la nomina dei membri dei comitati *ad hoc*, la possibilità di annullamento parziale e sospensione dell'esecuzione del lodo in pendenza durante il procedimento³¹². L'art. 52³¹³ rappresenta l'ultima delle

³⁰⁸ Z. SHAFRUDDIN, *Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Why One Size Does Not Fit All*, in *The American Review of International Arbitration*, 2019, Vol. 29 (4), p. 429.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ *Model Rules on Arbitral Procedure*, art. 35: "The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds: (a) That the tribunal has exceeded its powers; (b) That there was corruption on the part of a member of the tribunal; (c) That there has been a failure to state the reasons for the award or a serious departure from a fundamental rule of procedure; (d) That the undertaking to arbitrate or the *compromis* is a nullity.

³¹² C. SCHREUER, *SCHREUER'S Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Third edition.; Schill, S., Ed.; Cambridge University Press: Cambridge, United Kingdom, 2022, pp. 1217 ss.

³¹³ Convenzione ICSID, art. 52: (1) *Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a*

tre disposizioni della Sezione 5 del Capitolo IV della Convenzione, insieme all'interpretazione (art. 50³¹⁴) e alla revisione (art. 51³¹⁵). Tra questi strumenti, l'annullamento costituisce la forma di revisione più incisiva, potendo condurre alla cancellazione totale o parziale del lodo. A differenza dell'interpretazione e della revisione, affidate se possibile allo stesso tribunale che ha emesso la decisione, l'annullamento è sempre attribuito a un diverso organo, il comitato ad hoc³¹⁶. La formulazione dell'art. 53³¹⁷, prevede che il lodo non sia soggetto ad alcun ricorso o a qualsiasi altro rimedio, ad eccezione di quelli previsti dalla Convenzione. Si evince quindi, che l'annullamento è concepito come un rimedio diverso da un ricorso. La regola dell'esclusività del rimedio (art. 26³¹⁸) si applica anche alla fase di riesame, rendendo l'annullamento l'unico strumento per ottenere una caducazione di un lodo

serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based; (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered; (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1); (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee; (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter”.

³¹⁴ Convenzione ICSID, art. 50: “(1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General; (2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision”

³¹⁵ Ivi, art. 51: “(1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence; (2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered; (3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter; (4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.”

³¹⁶ C. SCHREUER, *SCHREUER'S Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Op. cit. 1217 ss.

³¹⁷ Ivi, art. 53: “(1) 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. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention (2) For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52”

³¹⁸ Ivi, art. 26: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

ICSID e sottraendo ogni potere di controllo ai giudizi nazionali³¹⁹. L'annullamento si distingue dall'appello sia per gli effetti sia per l'oggetto del riesame: il primo si limita a dichiarare nullo, in tutto o in parte, il lodo, senza sostituirlo con una nuova decisione³²⁰, mentre l'appello può modificare il contenuto e sostituire il giudicato di prima istanza con una nuova pronuncia. Il comitato ad hoc ICSID non può quindi riformare il lodo, ma solo annullarlo ai sensi dell'art 52 par. 1 della Convenzione³²¹.

In caso di nuova sottoposizione della controversia, il tribunale nuovamente istituito decide *ex novo* sul merito, senza essere vincolato alle motivazioni dell'annullamento ma rispettando però le parti non cadute. A differenza dell'appello, quindi, l'annullamento riguarda esclusivamente la legittimità del procedimento e non la correttezza sostanziale, fondandosi su motivi tassativi³²². Non è ammesso introdurre nuovi argomenti o prove, né riesaminare errori di fatto o di diritto, anche gravi. I comitati ribadiscono di non avere funzioni d'appello, e come nel caso *MINE v. Guinea*, sottolineano che l'annullamento non è un rimedio contro una decisione scorretta, ma solo contro irregolarità procedurali³²³. Si conferma che l'art 52 non ammette

³¹⁹ C. SCHREUER, *SCHREUER'S Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Op. Cit. p. 1219.

³²⁰ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, 17 dic 1990, par. 5.07: "An important underlying argument concerns the *res judicata* character of the effects of an Ad Hoc Committee's decision in the framework of the ICSID system. It is common ground that a second Tribunal in an ICSID arbitration is bound by the Committee's decision annulling an award, or as in the present case, parts of an award. This means : (a) that the parts of the award that are annulled are to be reddecided; the Tribunal cannot treat them as already decided; and (b) that the parts that are not annulled remain in effect; they cannot be reddecided and are to be treated as *res judicata* within the ICSID system".

³²¹ D. D. CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal*, in ICSID Rev, 1992, V. 21, pp. 23 ss.

³²² C. SCHREUER, *SCHREUER'S Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Op. Cit. p. 1220 ss.; D. J. BRANSON, *Annulments of "Final" ICSID Awards Raise Questions about the Process*, in *National Law Journal*, 4 August 1986, p. 25; P. T. MUCHLINSKI, *Dispute Settlement under the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in William E Butler (ed), *Control over Compliance with International Law*, Kluwer 1991.

³²³ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (II)*, ICSID Case No. ARB/84/4, 22 December 1989, par. 4.07: "Paragraph (3) of Article 52 authorizes an ad hoc Committee to annul the award or any part thereof Guinea's request for partial annulment is clearly admissible. It seeks the annulment of the portion of the Award adjudging MINE'S claim. It does not request annulment of the portion of the Award adjudging Guinea's counter-claim. Nor, for that matter, has annulment of that portion been requested by MINE. That portion of the Award will remain in effect regardless of the annulment in whole or in part of the portion of the Award in respect of which Guinea has formulated its request for annulment. This is reflected in Arbitration Rule 55(3), which provides that in case of a resubmission of a dispute after annulment in part of the original award, "the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled [...]".

annullamenti per semplici errori di diritto o di fatto, pur rilevando che alcune decisioni hanno ecceduto tali limiti, avvicinandosi a una revisione di merito³²⁴.

Si evidenzia come l'assenza di un vero meccanismo di appello, unita alla portata limitata del procedimento di annullamento previsto dalla Convenzione ICSID – oggetto, a sua volta, di critiche – contribuisca a indebolire la stabilità e la prevedibilità del sistema ISDS, erodendo la fiducia sia degli Stati sia degli investitori nella coerenza e nell'affidabilità delle decisioni arbitrali³²⁵.

In questo contesto, i tre obiettivi tradizionalmente associati alla protezione degli investimenti nel sistema ISDS – equità, efficienza e stabilità – risultano strettamente intrecciati con un principio più ampio: lo Stato di diritto³²⁶. Crawford afferma che “uno dei ruoli centrali del diritto internazionale è quello di rafforzare, e talvolta istituire, lo Stato di diritto a livello interno³²⁷”. Ciò costituisce il principio di riferimento del diritto internazionale degli investimenti, trovando fondamento tanto dell'obbligo di non denegare giustizia quanto negli standard di protezione contemporanei³²⁸. Un meccanismo di appello potrebbe teoricamente rafforzare tale principio, offrendo vantaggi sia tangibili – come la correzione di errori interpretativi o procedurali – sia intangibili, come rafforzamento della percezione di imparzialità e legittimità³²⁹. Perché lo Stato di diritto sia effettivamente garantito, è necessario che il processo arbitrale sia

³²⁴ Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, 21 November 2018, par. 251: “*It is well-established that an ICSID annulment proceeding is indeed an annulment proceeding and not an appeal, and it is therefore not a place for a party to raise an argument that it did not make in the underlying arbitration proceeding*—and even less a place to raise an argument that contradicts the argument raised by a party in the arbitration proceeding. Consequently, insofar as the Applicant seeks to argue now, in this annulment proceeding, that Exhibit C-858 constitutes evidence of illegality, it raises a new argument that cannot be considered at this stage of the proceedings, even assuming it were valid (which in any event is not the case, as conceded by Zimbabwe in the arbitration)”.

³²⁵ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 152-156; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 5^a ed., Cambridge University Press, 2021, pp. 428-432; M. WAIBEL, et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 453-460; R.L. WELLHAUSEN, *International Investment Law and Foreign Direct Reinvestment*, in *International Organization*, 2019, Vol. 73(4), p. 839.

³²⁶ S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.*, 2005, pp. 1580-1582; G. Shaffer, S. Puig, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, *American Journal of International Law*, 2008, p.112.

³²⁷ J. Crawford, *International Law and the Rule of Law*, *Adelaide Law Review* 2002, pp. 3-8, 24.

³²⁸ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 3rd ed.2022, pp. 23-25.

³²⁹ S. PUIG, G. SHAFFER, *A Proposal for an ISDS Appellate Mechanism*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32, n. 3, pp. 628-633.

percepito come parte di una più ampia cultura istituzionale legittima a livello internazionale.

La letteratura ha ampiamente segnalato come interpretazioni eccessivamente ampie o restrittive dei BIT possono compromettere questo equilibrio³³⁰. Emblematica, in tal senso, è la controversia *Metaclad v. Messico*, nella quale il tribunale adottò un'interpretazione estensiva della nozione di espropriazione, tale da ricomprendere anche provvedimenti urbanistici legittimamente adottati da autorità locali³³¹. Come spiegato da un tribunale canadese che ha esaminato il lodo, tale interpretazione imponeva un onere eccessivo allo Stato e rischiava di porsi in potenziale contrasto con il testo stesso del trattato d'investimento³³².

L'istituzione di un meccanismo di appello potrebbe correggere simili distorsioni, fungendo da organo di revisione capace di confermare, modificare o annullare la decisione impugnata, contribuendo a definire metodi interpretativi più coerenti e fedeli all'intento delle parti contraenti.

7. Le risposte della comunità internazionale

Negli ultimi anni il sistema dell'arbitrato in materia di investimenti è stato messo sotto una lente critica sempre più severa, stimolando l'elaborazione di nuovi approcci e proposte di riforma in relazione al meccanismo di risoluzione delle controversie. Tali critiche hanno condotto ad una analisi approfondita del contenuto degli accordi internazionali sugli investimenti (IIA), e in particolare dell'ISDS, anche alla luce dell'interpretazione di specifiche disposizioni da parte dei tribunali arbitrali,

³³⁰ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 142–144; C. N. BROWER, S. W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, vol. 9, n. 2, pp. 482–485.

³³¹ *Mexico v Metalclad Corp* (2001) BCJ No. 950, BCSC 664, Reasons for Judgment, 2 mag 2001, para. 99: “*The Tribunal gave an extremely broad definition of expropriation for the purposes of Article 1110. In addition to the more conventional notion of expropriation involving a taking of property, the Tribunal held that expropriation under the NAFTA includes covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property. This definition is sufficiently broad to include a legitimate rezoning of property by a municipality or other zoning authority. However, the definition of expropriation is a question of law with which this Court is not entitled to interfere under the International CAA*”

³³² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Order of the Federal Court of Canada 2004 FC 38 - 13 Jan 2004.

interpretazioni che nel tempo hanno contribuito a trasformare in modo sostanziale i BIT di “prima generazione” e le clausole in essi contenute. Le modifiche al quadro giuridico del regime degli investimenti sono state il risultato di un processo di riforma, che riflette valori di carattere transazionale, tra cui la tutela dell’ambiente e la lotta al cambiamento climatico, lo sviluppo sostenibile, la protezione dei diritti umani e delle condizioni di lavoro³³³. La nascita di queste nuove esigenze ha inciso sulla redazione di nuovi BIT e di accordi commerciali contenenti capitoli sugli investimenti. Pur mantenendo gli obiettivi fondamentali — proteggere gli investimenti esteri in un contesto bilaterale o regionale e affidare le controversie all’ISDS, con l’intento di migliorare il “clima degli investimenti” nei paesi ospitanti — si è assistito all’introduzione di obblighi a carico degli investitori e di disposizioni volte a conciliare la loro protezione con la salvaguardia di interessi pubblici più ampi³³⁴. Ciò ha inciso in modo significativo sui modelli di BIT e sui testi effettivi, con una tendenza più marcata a proclamare il diritto degli Stati a regolamentare nell’interesse pubblico³³⁵. Il risultato di questo processo è visibile nella progressiva evoluzione dei BIT, passati dai vecchi modelli sintetici a testi molto più articolati, dove all’interno si introducono clausole che pongono obblighi anche a carico degli investitori. Un esempio è il recente accordo dell’UE e Canada, che si distingue per l’inserimento di definizioni puntuali dell’ambito applicativo del trattamento “giusto ed equo”³³⁶. In più, le parti possono regolamentare nel quadro delle politiche in materia di clima, energia e salute al fine di perseguire obiettivi pubblici legittimi³³⁷.

³³³ P. MUCHLINSKI, *Negotiating New Generation International Investment Agreements. New Sustainable Development Oriented Initiatives*, in S. Hindelang and M. Krajewski (eds) *Shifting Paradigms in International Investment Law*, OUP 2015, p. 41.

³³⁴ G. SACERDOTI, N. MORAN, *International Trade and Investment Dispute Settlement: From Rise to Crisis and Reform*; Routledge: Abingdon, Oxon UK, 2025, p. 233.

³³⁵ Ibidem; Protocol To The Agreement Establishing The African Continental Free Trade Area On Investment, art 24: “In accordance with customary international law and other general principles of international law, each State Party has the right to regulate, including to take measures to ensure that investment in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other national environmental, health, climate action, social and economic policy objectives and essential security interests. For greater certainty, measures taken by a State Party to comply with its international obligations under other relevant treaties shall not constitute a breach of this Protocol. For avoidance of doubt, the exercise of the right to regulate under paragraphs 1 and 2 of this Article cannot give rise to any claim by an investor for compensation”; A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, 1^a ed., Baden-Baden (Germany): Nomos, 2014.

³³⁶ The Comprehensive and Economic Trade Agreement, (CETA), 8.10.2:

³³⁷ Draft Interpretation of the CETA Joint Committee regarding Article 8.10, Annex 8-A, Article 8.9 and Article 8.39 of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

Sul piano procedurale, le clausole più recenti introducono elementi innovativi: fasi obbligatorie di consultazione o di mediazione prima di avviare l'arbitrato, ruoli definiti per le parti non in lite, obblighi di trasparenza, possibilità di intervento per *amicus curiae*, termini di prescrizione e scadenza procedurali più stringenti, nonché limiti al potere dei tribunali di accordare determinati rimedi³³⁸.

Nonostante i vari tentativi di modifica del sistema ISDS, le risposte da parte degli Stati sono state difformi. Alcuni paesi hanno scelto di uscire dal sistema, recedendo dalla Convenzione ICSID o denunciando i propri BIT³³⁹; altri paesi, hanno sostituito i vecchi tratti con strumenti ritenuti più equilibrati³⁴⁰; in altri casi ancora, c'è stata la fuoriuscita da parte di alcuni Stati, da trattati multilaterali di investimento come l'Energy Charter Treaty, in quanto ritenuto sbilanciati e non più idonei³⁴¹.

In questo quadro di rinnovata attenzione e ripensamento strutturale, le risposte della comunità internazionale si muovono lungo tre direttrici principali. Da un lato, si registra il tentativo di riformare dall'interno il sistema ISDS, come dimostrano i lavori dell'UNCITRAL Working Group III e la proposta di un *Appellate Mechanism* (par. 7.1). Parallelamente, si assiste alla scelta di alcuni Stati di ritirarsi o ridimensionare la propria partecipazione a specifici strumenti internazionali, come il trattato sulla Carta dell'Energia, spesso denunciato per il suo impatto sulle politiche energetiche e climatiche (par. 7.2). Infine, prende corpo l'idea di sostituire l'attuale sistema arbitrale con un'architettura giudiziaria permanente, introducendo una Corte multilaterale sugli investimenti. Queste differenti strategie – dalla revisione interna delle regole, al ritiro da determinati trattati, fino alla creazione di nuove istituzioni – testimoniano come la

³³⁸ C. TITI, *Investment Treaty Arbitration Caught in the Public-Private Law Divide*, 45 Michigan J. Int. L., 2024.

³³⁹ Bolivia ha denunciato la Convenzione ICSID il 2 maggio 2007, seguita dal Venezuela il 24 gennaio 2012 e dall'Honduras il 24 maggio 2022, formalizzando così la propria uscita dal sistema di arbitrato investitore-Stato basato su ICSID. Cfr. ICSID, *List of Contracting States and Other Signatories of the Convention*

³⁴⁰ L'India ha avviato dal 2015 un processo di revisione e successiva terminazione di numerosi BIT di "prima generazione", adottando nel 2016 un nuovo modello di trattato più restrittivo in materia di ISDS; analogamente, il Sudafrica ha denunciato diversi BIT a partire dal 2012, sostituendoli con accordi bilaterali privi di clausole ISDS vincolanti, orientati alla protezione normativa interna. V. per tutti: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD),

³⁴¹ Negli ultimi anni diversi Stati membri dell'Unione europea (tra cui Italia, Francia, Germania, Spagna, Paesi Bassi, Polonia e Lussemburgo) hanno notificato la propria uscita dal *Energy Charter Treaty* (ECT), motivandola principalmente con la necessità di tutelare le politiche climatiche e ambientali da controversie ISDS. Cfr. *Energy Charter Secretariat, List of Signatories and Contracting Parties to the Energy Charter Treaty*

comunità internazionale stia cercando di ricostruire un equilibrio tra tutela degli investimenti e salvaguardia dell'interesse pubblico.

7.1 *Le proposte di riforma UNCITRAL del sistema ISDS*

Tra le iniziative di riforma più rilevanti figura il lavoro intrapreso dal Working Group II della Commissione UNCITRAL. La Commissione ha conferito un ampio mandato per avviare un processo di riforma del sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato e di affrontare in maniera sistematica le principali criticità. Questo processo, avviato nel 2017, si è sviluppato attraverso una serie di sessioni pubbliche e inclusive, coinvolgendo non solo Stati e organizzazioni intergovernative, ma anche attori della società civile, ONG e comunità accademica.

Si tratta di un processo definito come intergovernativo, fondato sul consenso e caratterizzato da piena trasparenza, ciò ha fatto sì che si affermasse quale principale iniziativa multilaterale a livello globale in materia di riforma ISDS³⁴².

Attualmente, la quasi totalità dei membri UNCITRAL partecipa regolarmente alla sessione, alle quali è ammessa la presenza di osservatori – tra cui l'Unione Europea, organizzazioni internazionali e soggetti non governativi, incluse istituzioni arbitrali – che possono contribuire fornendo dati ed esperienza pratiche³⁴³. L'attività del Working Group III ha introdotto un approccio multilaterale in un contesto tradizionalmente frammentato e basato su rapporti bilaterali, scontando però, per la natura consensuale dei lavori, una lentezza fisiologica nel raggiungere intese condivise³⁴⁴.

In termini generali, si possono individuare tre orientamenti prevalenti: un approccio “incrementale”, che considera le critiche al sistema eccessive e punta a conservare l'impianto esistente, introducendo solo correttivi mirati³⁴⁵; una linea di

³⁴² UNCITRAL press release, *UNCITRAL to Consider Possible Reform of Investor–State Dispute Settlement*, Doc. No UNIS/L/250 (14 July 2017), disponibile al seguente link: <https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2017/unisl250.html>

³⁴³ A. ROBERTS, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, in *American journal of international law*, 2018, Vol. 112.3 (2018), pp.413–417.

³⁴⁴ *Ivi*, p. 430.

³⁴⁵ *Ivi*, p. 410.

“riforma sistematica”, che ritiene necessario mantenere l’accesso degli investitori a un foro internazionale ma sostituire l’attuale ISDS, con strumenti come una Corte multilaterale e un meccanismo d’appello³⁴⁶; i infine un approccio di “cambio di paradigma”, che giudica il sistema irrimediabilmente compromesso e propone di sostituirlo con alternative quali le giurisdizioni interne, difensori civici o l’arbitrato tra Stati³⁴⁷.

Il Working Group III ha esaminato l’ipotesi di istituire un meccanismo permanente di risoluzione delle controversie, accanto o in alternativa al sistema ISDS, con il supporto tecnico-scientifico del Segretario. Pur essendo formalmente circoscritto agli aspetti procedurali della riforma, il mandato ha spesso incontrando difficoltà nel tracciare un confine netto tra questioni procedurali e sostanziali, generando frizioni tra gli Stati membri. La struttura del mandato prevede tre fasi di lavoro: i) identificazione e analisi delle critiche dell’ISDS; ii) valutazione dell’opportunità di riforma; iii) elaborazione di proposte concrete da sottoporre alla Commissione³⁴⁸.

In relazione alle questioni procedurali, il Working Group ha discusso interventi su un ampio ventaglio di problematiche, tra cui: condizioni e limiti alla presentazione delle domande; controversie Stato-Stato; ricorso delle giurisdizioni interne; termini di prescrizione; azioni derivate da azionisti; domande riconvenzionali; diritto degli Stati di regolamentare; svolgimento del procedimento; disciplina delle spese e delle garanzie per le spese; finanziamento da parte di terzi; criteri di valutazione del danno e del risarcimento; durata complessiva dei procedimenti³⁴⁹. Sono stati affrontati anche temi legati alla trasparenza, alla coerenza e uniformità delle decisioni, nonché all’indipendenza e imparzialità degli arbitri, con particolare attenzione ai conflitti di interessi³⁵⁰.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ UNCITRAL, *Possible Reform of Investor–State Dispute Settlement (ISDS)*, Note by the Secretariat, UN Doc. No A/CN.9/WG.III/WP.142 18 set 2017, para. 3.

³⁴⁹ *Possible Reform of Investor–State Dispute Settlement (ISDS): Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues*, UN Doc. No A/CN.9/WG.III/WP.231 (26 July 2023); aggiornamneto: *Annotations* UN Doc. No A/CN.9/WG.III/WP.245 (8 July 2024).

³⁵⁰ *Ibidem*.

Il dibattito ha evidenziato divergenze tra molti Paesi in via di sviluppo e gli Stati industrializzati. I primi hanno espresso preferenza per un accordo multilaterale vincolante che potesse incidere anche sui BIT esistenti, mentre i secondi hanno proposto un approccio più flessibile, basato su linee guida o clausole modello da adottare nei futuri tratti o nella modifica dei trattati bilaterali esistenti³⁵¹.

7.1.1. *Model Provisions and Guidelines on Mediation*

Il primo risultato concreto del lavoro del Working Group è stato la finalizzazione delle *Model Provisions and Guidelines on Mediation*, approvate dalla Commissione UNCITRAL nel luglio 2023³⁵². L'obiettivo di questo strumento è quello di fornire agli Stati un meccanismo opzionale per risolvere le controversie investitore-Stato in modo più rapido ed economicamente sostenibile, ricorrendo alla mediazione come forma alternativa di risoluzione della controversia (*Alternative Dispute Resolution*). Le disposizioni possono essere incorporate nei trattati bilaterali o multilaterali di investimento, nella legislazione interna relativa alla mediazione, nei contratti di investimento o essere concordate *ad hoc* dalle parti. Questa iniziativa nel Working Group non risulta essere isolata, in quanto esistono già precedenti come *ICSID Mediation Rules* del 2022 e le *IBA Rules for Investor-State Mediation* del 2012³⁵³. Tuttavia, permane un divario significativo tra la disponibilità di modelli e il loro effettivo utilizzo nella prassi. Le cause di questa difficoltà applicativa possono includere la riluttanza degli investitori a rinunciare alla giurisdizione arbitrale, la scarsa fiducia degli Stati nel raggiungere soluzioni conciliative e la mancanza di prassi consolidata in materia. Questo ci porta a pensare che il tentativo, dell'UNCITRAL, di armonizzare o almeno

³⁵¹ G. SACERDOTI, N. MORAN, *International Trade and Investment Dispute Settlement : From Rise to Crisis and Reform*, Op. cit. p. 247.

³⁵² Draft *UNCITRAL Guidelines on Investment Mediation*, UN Doc. No A/CN.9/1151 (21 April 2023). Si veda: UNCITRAL Commission Sessions, 24 July 2024, approvate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/79/104 (7 dicembre 2023)

³⁵³ The ICSID paper *Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation* (2021), disponibile al seguente link: <https://icsid.worldbank.org/>

di rendere il sistema ISDS più funzionale e coeso, pone a sua volta nuove difficoltà e questioni da dover risolvere³⁵⁴.

7.1.2. *Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution*

Un'ulteriore iniziativa è rappresentata dal progetto *Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution*, per il quale il Working Group III ha concordato un progetto di statuto nell'aprile del 2024, approvato in linea di principio dalla Commissione UNCITRAL nel luglio 2024³⁵⁵. Il modello di riferimento è l'*Advisory Centre on WTO Law*, fondato a Ginevra nel 2001, che fornisce assistenza legale e rappresentanza agevolata ai paesi in via di sviluppo³⁵⁶.

Con questa iniziativa, si mira a offrire servizi analoghi in materia di diritto degli investimenti, in sostituzione o in affiancamento a studi legali specializzati, con priorità ai Paesi in via di sviluppo. Le attività previste includono consulenza per la previsione delle controversie, formazione mirata, supporto nella selezione di mediatori, arbitri ed esperti, assistenza nella preparazione di memorie e documenti processuali e se richiesto rappresentanza diretta in udienza³⁵⁷.

7.1.3. *Codici di condotta per giudici e arbitri*

³⁵⁴ G. SACERDOTI, N. MORAN, *International Trade and Investment Dispute Settlement : From Rise to Crisis and Reform*, Op. cit. p. 247; M. GOTSIRIDZE, *Challenges of Mediating Investor-State Disputes*, ICSID Review, Vol. 37, 2024.

³⁵⁵ *Draft Statute of an Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution*, UN Doc. No A/CN.9/1184 (25 April 2024).

³⁵⁶ L'Advisory Centre on WTO Law (ACWL) è un'organizzazione intergovernativa indipendente con sede a Ginevra, istituita nel 2001, che fornisce consulenza legale, assistenza tecnica e rappresentanza processuale agli Stati in via di sviluppo e ai Paesi meno sviluppati (LDCs) in materia di diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Le sue attività includono la difesa in procedimenti di soluzione delle controversie WTO, la consulenza normativa e programmi di formazione specialistica, a condizioni finanziarie agevolate per i membri aventi diritto; *Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law*, Ginevra, 30 novembre 1999, entrato in vigore il 15 luglio 2001

³⁵⁷ Article 7.3.

Nel 2023 il Working Group III ha finalizzato due distinti codici di condotta: uno destinato ai giudici di un eventuale meccanismo permanente e l'altro agli arbitri e ai loro assistenti³⁵⁸. I codici di condotta sono stati redatti in cooperazione con il Segretario ICSID ed è stato approvato dalla Commissione UNCITRAL nel 2023. L'adozione dei codici è volontaria, ma si prevede che possano essere adottati dall'ICSID e da altre istituzioni arbitrali, costruendo così uno standard di riferimento e *best practice* nel settore³⁵⁹.

Il Code for Arbitrator affronta aspetti quali indipendenza e imparzialità, limiti al cumulo di incarichi, diligenza, integrità e competenza, divieto di comunicazioni ex parte, riservatezza, compensi, obblighi di disclosure e rispetto del Codice³⁶⁰. Innovativa è la previsione dell'art. 11, che impone la dichiarazione di ogni circostanza suscettibile di generare dubbi giustificati sull'indipendenza o imparzialità, incluse relazioni professionali, economiche o personali rilevanti negli ultimi cinque anni con le parti, i loro legali, altri arbitri o esperti. Con l'introduzione dell'art. 11 si è inteso disciplinare in maniera puntuale il tema del conflitto di interessi tra le parti, ossia quelle situazioni in cui l'interesse personale o istituzionale di un individuo entra in contrasto con l'incarico assunto. Particolare attenzione è stata riservata alla regolamentazione del *double-hatting*³⁶¹, prevedendo limitazioni temporali all'assunzione di incarichi come legale o testimone esperto in procedimenti correlati.

L'adozione di un codice di condotta mira così a risolvere una delle problematiche che ha contribuito alla crisi del sistema ISDS, ovvero la percezione, o il rischio, di una carenza di imparzialità e di equità da parte degli arbitri nel corso del procedimento. I

³⁵⁸ UNCITRAL, *Draft Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution and Commentary*, UN Doc. No A/CN.9/1148 (28 April 2023); *Code of Conduct for Judges in International Investment Dispute Resolution and Commentary* UN Doc. No A/CN.9/1149 (28 April 2023), entrambi adottati dalla Commissione nel luglio 2023 e approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/78/105 (7 dicembre 2023)

³⁵⁹ Articles 1–12 of the Draft Code of Conduct for Arbitrators are exactly mirrored in the code for judges except for Articles 9 (fees and expenses) and 10 (assistant),

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Il termine *double-hatting* indica la prassi, diffusa nell'arbitrato internazionale, per cui uno stesso soggetto ricopre, in procedimenti differenti, ruoli diversi quali arbitro, consulente legale o esperto, talvolta in controversie tra loro collegate. Tale pratica solleva preoccupazioni circa l'indipendenza e l'imparzialità del decisore, poiché può generare conflitti di interessi o la percezione di parzialità; per un approfondimento sul tema di veda: C. A. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014; M. LANGFORD, D. BEHN, R. HILLEREN LIE, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 20 *Journal of International Economic Law*, 2017.

codici sembrano essere stati ben accolti dalle istituzioni arbitrali e dalla comunità dei giudici, anche se sono stati espressi avvertimenti contro la "paranoia del dovuto processo" che potrebbe essere utilizzata da una parte che solleva sfide in malafede per far deragliare i procedimenti.

7.1.4. *Appellate Mechanism*

Tra le riforme più discusse nell'ambito dei lavori del Working Group II dell'UNCITRAL figura la creazione di un meccanismo di appello (*Appellate Mechanism – AM*), che farebbe da meccanismo di riesame delle decisioni dei tribunali arbitrali in materia di ISDS. L'obiettivo è duplice: da un lato, migliorare la coerenza e la prevedibilità del sistema, riducendo il rischio d'interpretazioni divergenti delle norme sostanziali contenute nei trattati di investimento con la possibilità di limitare ulteriormente l'appello a determinati tipi di errori o a determinate questioni di diritto (ad esempio, standard comuni trovati nei trattati di investimento, come l'espropriazione, norme giuste ed eque e non discriminazione)³⁶²; dall'altro, rafforzare la legittimità del regime tramite un controllo strutturato sugli errori per l'accertamento di eventuali fatti pertinenti, incluso un errore nella valutazione dei danni³⁶³.

L'UNCITRAL ha avviato un'analisi preliminare dei principali profili relativi alla natura, all'estensione e agli effetti di un eventuale meccanismo di impugnazione. È stato osservato come tali aspetti siano tra loro strettamente interconnessi e vadano valutati a prescindere dalla forma che il meccanismo potrebbe assumere – meccanismo ad hoc, organo d'appello permanente o autonomo, oppure secondo gradi di giudizio all'interno di una corte permanente³⁶⁴. Come precisato nei lavori del UNCITRAL, il gruppo di lavoro ha sottolineato che l'esame dovrà essere orientato a evitare

³⁶² UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism and enforcement issues*, Documento delle Nazioni Unite n. A/CN.9/1004/Add.1, par. 26-27.

³⁶³ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism and enforcement issues*, Documento delle Nazioni Unite n. A/CN.9/1004/Add.1, par. 28.

³⁶⁴ UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat*, Doc. A/CN.9/WG.III/WP.202, 12 nov 2020; A/CN.9/WG.III/WP.185, *Appellate Mechanism*, UNCITRAL Working Group III, 2021, par. 2.

duplicazioni nei procedimenti di revisione e ulteriore frammentazione del sistema, trovando quindi, equilibrio adeguato tra i benefici potenziali e i costi connessi all'istituzione di tale meccanismo³⁶⁵.

L'esperienza di altri sistemi, come l'*Appellate Body* del WTO³⁶⁶, dimostra che le controversie possono sollevare questioni miste di fatto e di diritto, la cui classificazione incide sullo standard di revisione applicabile. Rimane aperto, ad esempio, il problema se un errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti possa costituire, in certe circostanze, anche un errore di diritto³⁶⁷. Uno dei nodi centrali riguarda il rapporto tra il meccanismo di appello e gli strumenti esistenti di annullamento o impugnazione, come la procedura di annullamento prevista dall'art. 52 della Convenzione ICSID o il *setting aside* disciplinato dalle legislazioni nazionali in applicazione dell'art. 34 della *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*³⁶⁸ e dell'art. V

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ L'*Appellate Body* del WTO è l'organo permanente di secondo grado istituito dall'Intesa sulle norme e le procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes – DSU), competente a riesaminare in via d'appello le decisioni giuridiche dei *Panels* sulle controversie commerciali internazionali, limitandosi alle questioni di diritto e all'interpretazione delle disposizioni degli accordi WTO applicabili

³⁶⁷ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism and enforcement issues*, UN Doc. A/CN.9/1004/Add.1, para. 53

³⁶⁸ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), with amendments as adopted in 2006, Article 34 — *Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award*: “ (1) *Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.* (2) *An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:* (a) *the party making the application furnishes proof that:* (i) *a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or* (ii) *the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or* (iii) *the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or* (iv) *the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or* (b) *the court finds that:* (i) *the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or* (ii) *the award is in conflict with the public policy of this State.* (3) *An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal; (4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside”.*

della Convenzione di New York del 1958³⁶⁹. In linea teorica, l'AM potrebbe inglobare tali motivi di annullamento, rendendo superflua la loro applicazione autonoma. Diversamente, il mantenimento di entrambi i rimedi potrebbe generare una struttura a tre livelli, contraria agli obiettivi di rapidità e certezza delle decisioni³⁷⁰. Per evitare sovrapposizioni, gli Stati potrebbero essere tenuti a rinunciare formalmente a far valere rimedi di annullamento o *setting aside* rispetto a decisioni già sottoposte ad appello, introducendo eventualmente specifiche modifiche legislative a livello interno per garantirne l'effettività³⁷¹.

Sul piano dello standard di revisione, sono state prese in considerazione due opzioni principali: un approccio restrittivo, limitato agli errori di diritto e agli errori di fatto manifesti, lasciando un certo margine di deferenza al giudizio del tribunale di primo grado; oppure un riesame *de novo* di diritto e di fatto, riservato a circostanze eccezionali³⁷². L'esperienza comparata mostra che, mentre le questioni di diritto vengono normalmente riviste *de novo*, le questioni di fatto tendono a ricevere un controllo più deferente, limitato ai casi in cui l'errore sia evidente e abbia inciso in modo determinante sull'esito della controversia. Questo approccio mira a bilanciare l'esigenza di correggere errori gravi e riducendo tempi e costi del procedimento,

³⁶⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, art 5: "1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made. 2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country".

³⁷⁰ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.9/1004/Add.1, para. 30.

³⁷¹ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Multilateral instrument on ISDS reform – Note by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.194.

³⁷² United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – Appellate mechanism and enforcement issues – Note by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.9/1004/Add.1, para. 29.

apportando maggiore coerenza e rafforzando la legittimità del sistema³⁷³. Un AM, nelle intenzioni dei promotori, produrrebbe benefici tangibili, ossia la possibilità di correggere errori di diritto e interpretazioni distorte, migliorando coerenza e prevedibilità, e benefici intangibili, legati alla percezione di imparzialità e trasparenza, contribuendo così a ridurre il cosiddetto *legitimacy gap* del sistema³⁷⁴. Tuttavia, parte della dottrina avverte che un organo d'appello centralizzato potrebbe comportare rischi significativi, quali l'eccessiva concentrazione di potere, l'aumento dei costi e dei tempi processuali e l'indebolimento delle prerogative regolatorie degli Stati³⁷⁵. La vera sfida sarà garantire criteri di nomina trasparenti e requisiti di competenza stringenti per i membri dell'AM, così da evitare derive politiche o conflitti di interessi³⁷⁶.

7.2 Il progetto di Corte Multilaterale sugli Investimenti

Il dibattito sulla possibile istituzione di una Corte Multilaterale sugli Investimenti ha preso avvio a seguito dell'aumento delle critiche pubbliche nei confronti del tradizionale arbitrato investitore-Stato. Tali contestazioni hanno indotto l'Unione Europea a valutare la creazione di un foro alternativo per la risoluzione delle controversie in materia di investimento. In seno al Parlamento europeo, si è avanzata la proposta d'istituire una corte permanente in sostituzione dei tribunali arbitrali *ad hoc*. Successivamente il Parlamento ha adottato una risoluzione a favore di un *Investment Court System* (ICS) dotato di un meccanismo d'appello, da inserire nei nuovi accordi negoziati dall'UE. Nella *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)³⁷⁷ si concretizza l'approccio dell'Unione, in particolare nel

³⁷³ M. BUNGENBERG, A. REINISCH (eds.), *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, Springer, 2020, pp. 45-47; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 152-156.

³⁷⁴ C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 201-205; A. BJORKLUND, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, in S. LALANI, R. POLANCO (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill, 2014, pp. 25-47.

³⁷⁵ Si veda sull'argomento: P.M. DUPUY, J. VIÑUALES, *Reforming ISDS: The Appellate Mechanism*, *ICSID Review*, vol. 33, 2018.

³⁷⁶ C. SCHREUER et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Op. cit. pp. 1153-1155.

³⁷⁷ European Commission, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Draft Text – Investment*, 16 September 2015, available at, https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/comm/comm-ue_draft-text-ttip---investment_16_09_15.pdf?utm_source=chatgpt.com

capitolo sugli investimenti, ulteriormente sviluppata dalla Commissione europea in materia di protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie³⁷⁸. L'ICS è stata poi inclusa nel testo del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) con il Canada³⁷⁹, nell'accordo con il Vietnam del gennaio 2016³⁸⁰, e negli accordi con Messico e Singapore³⁸¹.

Parallelamente, negli accordi bilaterali che hanno introdotto l'ICS, le parti hanno inserito, con formulazioni pressoché identiche, l'impegno a sostituire in futuro ciascun sistema bilaterale con un meccanismo multilaterale³⁸². Nel marzo 2018, il Consiglio dell'Unione europea ha conferito alla Commissione un mandato formale per negoziare la creazione della Corte Multilaterale sugli Investimenti (MIC). Già dal luglio 2017, l'UNCITRAL tramite il *Working Group III*, aveva avviato un processo di analisi delle possibili riforme dell'*Investor-State Dispute Settlement* (ISDS)³⁸³. Il gruppo di lavoro aveva il compito di identificare e valutare le criticità del sistema ISDS, di stabilire se la riforma fosse opportuna alla luce di tali criticità e, qualora si fosse giunti alla conclusione della sua necessità, di elaborare soluzioni concrete da sottoporre all'UNCITRAL³⁸⁴.

L'orientamento verso il modello di corte permanente ha ricevuto ulteriore impulso dopo il Parere 1/17 della CGUE che confermato la compatibilità dell'ICS previsto dal CETA con i trattati dell'UE, chiarendo che:

³⁷⁸ EU's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes of 12 November 2015 (TTIP), Section 3: Art. 9 and Art. 10. https://www.hsframer.com/notes/arbitration/2015-09/european-commission-publishes-draft-investment-chapter-for-the-ttip-including-investment-protection-provisions-and-the-establishment-of-an-international-investment-court?utm_source=chatgpt.com.

³⁷⁹ *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, signed at Brussels, 30 October 2016, chapter 8: Art. 8.27 and Art. 8.28

³⁸⁰ EU-Vietnam FTA Investment Chapter: Agreed text as of January 2016, published on 1 February 2016 Section B: Art. 3.38 and Art. 3.39

³⁸¹ Section- Resolution of Investment Disputes, EU-Mexico Global Agreement (draft for signature) as on 2 April, art 14; EU-Singapore IPA (draft for signature) as on 2 April, 2019, art. 3.9.; G. SHAFFER, S. PUIG, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, *Op. cit.* p. 367; M. C. BROWN, *A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches*, 32 ICSID REV.FOR. INV. L.J., 2017, pp. 673, 682; M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft Statute of the Multilateral Investment Court*, in Anonymous *Draft Statute of the Multilateral Investment Court*, 2021, p.9;

³⁸² Establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism' CETA (fn. 5); art. 8.29; EU-Vietnam IPA (draft for signature) as on 2 April, 2019; art. 3.4.

³⁸³ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on its Fiftieth Session* (Vienna, 10–14 July 2017) UN Doc A/CN.9/930/Rev.1.

³⁸⁴ UNCITRAL (2017 b), para. 264 and 447

“an international agreement providing for the creation of a court responsible for the interpretation of its provisions and whose decisions are binding on the European Union, is, in principle, compatible with EU law. Indeed, the competence of the European Union in the field of international relations and its capacity to conclude international agreements necessarily entail the power to submit to the decisions of a court that is created or designated by such agreements as regards the interpretation and application of their provisions”³⁸⁵”

L'Unione europea ha promosso la creazione di una Corte Multilaterale sugli Investimenti (*Multilateral Investment Court – MIC*) come alternativa sistematica e permanente al tradizionale sistema ISDS. Tale progetto, sostenuto in sede UNCITRAL, è stato oggetto di un mandato negoziale formale affidato alla Commissione dal Consiglio dell'UE. Sebbene il MIC replichi il modello di altri tribunali internazionali, sarebbe unico in quanto avrebbe giurisdizione sui reclami degli investitori stranieri privati contro gli Stati. Per la stesura di un “trattato MIC” è stata presa in considerazione l'esperienza di altri meccanismi internazionale, quale ICSID e PCA³⁸⁶. Il progetto prevede un organo plenario composto dagli Stati membri (*Conference of the Parties*), incaricato di definire i regolamenti, nominare giudici qualificati per un mandato unico di nove anni, approvare il bilancio e gestire il segretariato³⁸⁷. Sono inoltre previsti collegi separati per il primo grado e per l'appello, con criteri di composizione volti a garantire equilibrio geografico, diversità di genere e pluralità di competenze giuridiche, oltre all'adozione di un codice etico approvato in sede UNCITRAL. Tra le questioni centrali vi sono la determinazione della giurisdizione e l'esecutività delle decisioni. Il trattato MIC dovrebbe elencare gli accordi internazionali sugli investimenti in cui l'ISDS verrebbe sostituito dalla giurisdizione di questo nuovo meccanismo, prevedendo la modifica delle clausole esistenti. Potrebbe

³⁸⁵ CJEU, Opinion 1/17 of 30 April 2019, ECLI:EU:C:2019:341, para. 106.

³⁸⁶ H. LENK, *The EU Investment Court System and its Resemblance to the WTO Appellate Body*, in G. GÁSPÁR-SZILÁGYI, D. BEHN, M. LANGFORD (eds), *Adjudicating Trade and Investment Disputes Convergence or Divergence?* (CUP 2020) 62.

³⁸⁷ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft Statute of the Multilateral Investment Court*, *Op. cit.* pp.14 ss.; G. SACERDOTI, N. MORAN, *International Trade and Investment Dispute Settlement: From Rise to Crisis and Reform*, *Op. cit.* p.243.

inoltre consentire agli Stati di accettare la competenza di entrambi i gradi di giudizio o solo di quello d'appello, imponendo l'obbligo di riconoscere ed eseguire le decisioni³⁸⁸.

L'istituzione di una Corte Multilaterale sugli investimenti risponderebbe a criticità del sistema arbitrale, come l'incoerenza decisionale e la frammentazione³⁸⁹. Tuttavia, essa solleva interrogativi in merito all'equilibrio politico, ai costi di funzionamento e alla perdita, per gli investitori, della possibilità di nominare direttamente un giudice del collegio. L'effettiva incidenza del MIC dipenderebbe dalla capacità di attrarre in tempi rapidi una massa critica di adesioni da parte di economie sviluppate, emergenti e in via di sviluppo, così da assicurarne la naturale realmente multilaterale³⁹⁰. Non sono mancate al riguardo critiche e perplessità sul sistema MIC, in quanto si rietine che sia uno strumento non in grado di rispondere ai problemi del sistema ISDS, ma anzi potrebbero ripresentarsi sotto altre forme³⁹¹.

Un ulteriore elemento di dibattito riguarda il possibile mutamento del ruolo delle corti nazionali nel nuovo assetto, che potrebbe variare sensibilmente in base alla configurazione giurisdizionale adottata. Un esempio in tal senso è offerto dallo strumento istitutivo della *Arab Investment Court*, il quale contempla una clausola *fork-in-the-road* volta a disciplinare i rapporti tra le giurisdizioni nazionali e il tribunale internazionale³⁹². L'istituzione del MIC comporterebbe una significativa ridefinizione del ruolo delle corti nazionali. A seconda dell'assetto giurisdizionale adottato, queste potrebbero essere coinvolte in modalità sequenziale o alternativa rispetto alla Corte,

³⁸⁸ G. SACERDOTI, N. MORAN, *International Trade and Investment Dispute Settlement: From Rise to Crisis and Reform*, Op. cit. p.243.

³⁸⁹ J. CALAMITA, *The challenge of establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID*, ICSID Rev, 2017, V. 32, p. 611; C. BROWER, J. AHMAD, *From the Two-headed Nightingale to the fifteen-headed Hydra: the many follies of the proposed International Investment Court*, 41 Fordham Int. Law J., 2018, V. 41, p. 791

³⁹⁰ *Standing Multilateral Mechanism: Selection and Appointment of ISDS Tribunal Members and Related Matters*, UN Doc. No A/CN.9/WG.III/WP.213 (8 December 2021); *Appellate and Multilateral Court Mechanisms*, UN Doc. No A/CN.9/WG.III/WP.185 (29 November 2019). For current work at WGIII, n 133

³⁹¹ In questo senso: J. M. ÁLVAREZ-ZÁRATE, *Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?*, *Boston College Law Review*, vol. 59, n. 8, 2018; C. N. BROWER, J. AHMAD, *Why The "Demolition Derby" That Seeks To Destroy Investor-State Arbitration?*, S. CAL. L. REV., V. 91.

³⁹² *Uni ed Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States* (opened for signature 26 November 1980, entered into force 7 September 1981), Articles 31, 32: art. 31: "*The Arab investor may have recourse to the courts in the State where the investment is made according to the rules of jurisdiction within such State in the case of matters which fall within the jurisdiction of the Court. However, where the Arab investor brings an action before one authority, he must refrain from so doing before the other.*"; art.32: "*Where there is a conflict of jurisdiction between the Court and the courts of a State Party, the decision of the Court on the matter shall be final.*"

sulla base di meccanismi già noti negli IIA, quali l'obbligo di previo ricorso alla giustizia interna, le clausole *fork-in-the-road*. Il trattato istitutivo potrebbe limitarsi a recepire tali requisiti giurisdizionali e di ammissibilità già previsti dagli accordi firmati, oppure introdurne di proprio, come avviene per la Convenzione ICSID, lasciando agli Stati contraenti la possibilità di optare per alcuni di essi al momento della ratifica o dell'adesione³⁹³. Se concepito come meccanismo interamente autonomo e regolato dal diritto internazionale pubblico, il MIC ridurrebbe in modo sostanziale il coinvolgimento dei giudici nazionali: funzioni come la nomina o la riconsiderazione degli *adjudicators*, o la concessione di misure provvisorie, verrebbero attribuite a organi interni o ad autorità internazionali designate³⁹⁴. Resterebbe comunque un ruolo residuo nella fase di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, momento in cui le Corti interne conserverebbero una competenza di controllo formale³⁹⁵. Come possibile rimedio parziale alla limitazione delle nomine dei giudici, si potrebbe prevedere che il Paese di origine di un ricorrente abbia il diritto di nominare un giudice *ad hoc*, sul modello della Corte internazionale di Giustizia, nella quale ciascun parte può nominare un giudice *ad hoc* qualora la Corte non comprenda un membro della sua nazionalità³⁹⁶. In definitiva, il futuro del MIC dipenderà dalla capacità di conciliare esigenze di legittimità, efficienza e rappresentatività, così da garantire l'adesione di un numero sufficiente di Stati e la credibilità del sistema.

7.3 Il Trattato sulla Carta dell'Energia e le denunce degli Stati

Il Trattato sulla Carta dell'Energia (ECT), è stato firmato nel 1994 ed entrato in vigore nel 1998, è stato concepito per promuovere la cooperazione energetica,

³⁹³ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*; Springer Open: Cham, 2020, p. 93-95

³⁹⁴ R. GULATI, N. LAVRANOS, *Guaranteeing the independence of the judges of a MIC. A must for building the Court's credibility*, Columbia FDI Perspectives No 262, 7 October 2019.

³⁹⁵ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, *Op. cit.* 95.

³⁹⁶ Statute of the International Court of Justice, signed at San Francisco 26 June 1945, entered into force 24 October 1945, Art. 31.2.

garantendo la protezione degli investimenti esteri e la sicurezza degli approvvigionamenti energetici. La sua ampia portata – oltre cinquanta Stati e organizzazioni regionali firmatarie – e l’inclusione di un meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato lo hanno reso un pilastro del diritto internazionale degli investimenti nel settore energetico.

Nonostante l’ampia adesione al Trattato, fin dalle prime applicazioni si è riscontrato un contrasto tra due principi cardine: da un lato, l’esigenza di proteggere gli investimenti energetici attraverso standard sostanziali come il *fair and equatale treatment* (FET), la protezione contro l’espropriazione diretta e indiretta e il divieto di discriminazione; dall’altro, il diritto dello Stato di regolamentare in materia di ambiente, sicurezza e transizione energetica³⁹⁷. L’ECT nasce alla fine degli anni 90’, in un contesto in cui la questione ambientale e la crisi climatica stavano appena sorgendo. Ciò fece sì che il trattato si orientasse prevalentemente verso la promozione di fonti energetiche non rinnovabili, incentivando la cooperazione tra stati in tali settori e trascurando quello che, di lì a poco, sarebbe diventato un problema di portata internazionale

Con il successivo sviluppo, a livello globale, di politiche climatiche sempre più ambiziose, è emersa l’incompatibilità tra le nuove politiche ambientali e l’architettura dell’ECT. Molti governi, in linea con gli obiettivi internazionali in materia clima e ambiente, hanno adottato politiche di riduzione delle emissioni e di progressivo disincentivo delle fonti fossili. Ciò ha generato crescenti tensioni con gli investitori, i quali hanno visto mutare, nel tempo, il quadro normativo interno, ritenendolo pregiudizievole per la redditività del loro investimento. Tale dinamica ha determinato un ricorso sempre più esponenziale all’avvio di procedimenti arbitrali contro gli Stati, ai sensi dell’ECT. Questa situazione ha una premessa chiara: se è opinione diffusa che gli Stati possano perseguire obiettivi di interesse collettivo anche a scapito di interessi individuali, ed è vero che essi godono di un’ampia discrezionalità nel limitare i diritti dei singoli a tutela della collettività, ne consegue che lo Stato possa legittimamente

³⁹⁷ J.E. VIÑUALES, *Environmental and Energy Law: International Dimensions*, Edward Elgar, 2023, p. 214 ss

adottare misure che incidano o modifichino anche le aspettative consolidate degli investitori stranieri. Tale dinamica ha determinato un ricorso sempre più frequente all'avvio di procedimenti arbitrali contro gli Stati, ai sensi dell'ECT, spingendo diversi Paesi a recedere dal Trattato e altri a proporne una revisione. In molti casi, infatti, il rispetto degli obiettivi climatici – attraverso politiche interne di adattamento e mitigazione – ha comportato per gli Stati il rischio concreto di essere coinvolti in procedimenti arbitrali per presunta violazione delle disposizioni del Trattato stesso³⁹⁸.

Numerosi casi arbitrali illustrano tale conflitto: *Vattenfall AB v. Germany (I)*, riguardante restrizioni ambientali imposte a una centrale a carbone; *Vattenfall AB v. Germany (I)*, legato alla decisione tedesca di dismettere progressivamente l'energia nucleare. *Rockhopper Exploration Plc v. Italy*, i cui l'Italia è stata condannata a risarcire la società britannica per il divieto di nuove trivellazioni; *Antaris GmbH v. Czech Republic*, su modiche agli investimenti alle energie rinnovabili, *Ascent Resources Plc v. Slovenia*, relativo a restrizioni su progetti di fracking; e il noto *Yukos v. Russia*, conclusosi con un risarcimento record di oltre 50 miliardi di dollari in un contesto politicamente sensibile. Non sono gli unici casi in cui gli Stati vengono citati a seguito di modifiche normative interne, questo fa sì che la formulazione delle tutele dell'ECT e l'ampiezza della definizione di “investimento” hanno creato un sistema sbilanciato a favore dell'investitore, poco permeabile alle esigenze regolatorie dello Stato ospite e ad oggi obsoleto, poiché non in linea con le nuove esigenze ambientali e climatiche sorte negli anni³⁹⁹. Inoltre, l'ECT in un contesto di transizione energetica, cristallizza regole nate in un'epoca precrisi climatica, imponendo costi elevati ai tentativi di adeguamento normativo⁴⁰⁰. Questa tensione ha alimentato un'ondata di denunce del tratto: l'Italia si è ritirata formalmente del 2015, seguita da Francia, Germania, Paesi Bassi, Spagna, Polonia, Slovenia e Lussemburgo tra il 2022 e 2023. Le motivazioni addotte convergono sull'incompatibilità dell'ECT con gli impegni assunti nell'Accordo di Parigi, sul rischio di *litigation* strategica da parte delle

³⁹⁸ E. TALUS, *The Energy Charter Treaty and Climate Change: What Can We Learn from the Past?*, in *Journal of World Energy Law & Business*, 2021, p. 5 ss.

³⁹⁹ P. M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 2020, p. 654 ss.

⁴⁰⁰ J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 301ss.

compagnie fossili e sull'inefficacia del processo di modernizzazione avviato dall'UE nel 2019⁴⁰¹. Quest'ultimo mirava a introdurre eccezioni ambientali, una definizione più ristretta di "investimento" e meccanismi di bilanciamento tra tutele e obiettivi di politica pubblica, ma ha incontrato forti resistenze politiche ed è sostanzialmente naufragato⁴⁰².

Un'altra problematica che ha però alimentato il contesto complesso e sbilanciato che ruota intorno all'ECT, riguarda il fatto che il recesso dal Trattato non elimina immediatamente il rischio di arbitrati. L'art 47 (3) dell'ECT, infatti prevede una *sunset clause* che estende la protezione per un periodo di vent'anni agli investimenti già esistenti al momento del recesso⁴⁰³. Questo aspetto ha portato sempre di più ad avvertire la necessità di un accordo multilaterale per neutralizzare la clausola, altrimenti il sistema continuerà a produrre effetti giuridici significati, soprattutto a vantaggio degli investitori senza una via di uscita per gli Stati che si ritrovano incastrati in un meccanismo sbilanciato anche dopo l'uscita dal trattato, rendo così complicata l'attuazione di politiche interne⁴⁰⁴. A partire dal 2019, l'Unione Europea ha promosso di modernizzazione dell'ECT, con l'obiettivo di adeguare il trattato agli impegni assunti con l'Accordo di Parigi e alla transizione energetica attraverso politiche unionali. La proposta prevedeva l'introduzione di eccezioni ambientali esplicite, la limitazione della definizione di "investimento" per escludere gradualmente le attività legale ai combustibili fossili, nonché l'adozione di meccanismo che bilanciassero la protezione degli investimenti con la capacità regolatoria degli Stati in materia climatica⁴⁰⁵. Il processo di riversione ha comportato oltre quindici cicli negoziali, scontrandosi con profonde divisioni tra le parti contranti: da un lato, l'UE che

⁴⁰¹ M. BUNGENBERG, *Modernisation of the Energy Charter Treaty: Substantive and Procedural Aspects*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2021, p. 125.

⁴⁰² J.E. VIÑUALES, *International Investment Law and the Energy Transition*, in *Environmental and Energy Law: International Dimensions*, Cambridge University Press, 2023, p. 92

⁴⁰³ Energy Charter Treaty, art. 47 (3): "The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date".

⁴⁰⁴ J. TROPPER, *Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near*, in Kluwer Arbitration Blog, 2022, disponibile all'indirizzo <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/>.

⁴⁰⁵ European Commission, *EU Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, 2020, p. 3-5.

spingevano per una revisione del trattato per renderlo più bilanciato; dall'altro, numerosi Stati produttori di idrocarburi, sia all'interno che all'esterno dell'area OCSE, si sono opposti ad apportare modifiche che potesse indebolire la protezione degli investimenti nel settore energetico. Inoltre, la proposta europea introduceva anche una *sunset clause* riformata, riducendo a dieci anni il periodo di protezione post-recesso⁴⁰⁶. Tuttavia, già alla fine del 2022 era evidente che il processo di modernizzazione non avrebbe raggiunto un consenso sufficiente, il che ha comportato l'abbandono del trattato da parte di una serie di Stati membri. Questo fallimento negoziale ha avuto conseguenze politiche rilevanti: da un lato ha accelerato il processo di recesso dell'UE e dei suoi membri, dall'altro ha alimentato il dibattito internazionale sulla necessità di strumenti di protezione degli investimenti energetici che siano coerenti con gli obiettivi climatici e con il principio di sviluppo sostenibile⁴⁰⁷.

Il caso dell'ECT dimostra che le criticità strutturali dell'ISDS si amplificano nei settori ad alta sensibilità politica, creando vincoli di lungo periodo alle politiche pubbliche. La fuoriuscita coordinata di più Stati membri dell'UE rappresenta un evento senza precedenti nel diritto degli investimenti e apre interrogativi sulla possibilità di sostituire l'ECT con strumenti multilaterali più equilibrati, in grado di conciliare la protezione degli investimenti con la tutela dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico.

8. Dal consolidamento alla crisi di legittimità: verso una giustizia domestica.

L'analisi sviluppata in questo capitolo ha ricostruito il percorso storico e giuridico che ha condotto alla configurazione attuale del regime di protezione degli investimenti stranieri, a partire dalle prime esperienze bilaterali fino all'ampia diffusione dei BITs e alla progressiva istituzionalizzazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie. Tale evoluzione ha trovato nel sistema ISDS lo strumento centrale di tutela, concepito

⁴⁰⁶ European Commission, *Proposal for a Modernised Energy Charter Treaty – Draft Text*, 2021, art. 47.

⁴⁰⁷ J. E. ViÑUALES, *International Investment Law and the Energy Transition*, Cambridge University Press, 2023, p. 103.

inizialmente per garantire neutralità, certezza e prevedibilità nei rapporti tra investitori e Stati ospitanti. Tuttavia, il consolidarsi della prassi arbitrale ha messo in luce una serie di criticità strutturali: asimmetrie procedurali, costi elevati, tempi eccessivi, fenomeni di forum shopping, assenza di un meccanismo di appello e deficit di trasparenza. Questi elementi hanno alimentato un crescente dibattito politico e accademico, portando alcuni Stati e organizzazioni internazionali a mettere in discussione la legittimità complessiva del sistema. In questo contesto si collocano le iniziative di riforma elaborate in sede UNICTRAL, che spaziano da interventi mirati, quali codici di condotta per arbitri e meccanismi consultivi, fino a proposte più radicali come la creazione di un sistema di appello o di una Corte Multilaterale sugli investimenti. Quest'ultima, pur rappresentando un tentativo di risposta organica alle carenze del modello ISDS, presenta a sua volta sfide rilevanti, legate alla necessità di un ampio consenso internazionale, alla sostenibilità economica, alla perdita di alcune prerogative per le parti e al rischio di trasporre in un nuovo contesto problematiche già riscontrate nel sistema attuale,

Il quadro che emerge è quello di una fase di transizione, in cui l'esigenza di garantire una protezione efficace degli investimenti si intreccia con istanze di legittimità democratica, equilibrio tra poteri e rispetto delle prerogative sovrane degli Stati. Alla luce di tali tensioni, il capitolo successivo analizzerà il ricorso alle giurisdizioni interne come possibile – seppur imperfetta – alternativa al sistema arbitrale tradizione, valutandone potenzialità, limiti e condizioni di efficacia.

CAPITOLO II

IL RICORSO ALLE CORTI INTERNE: UN'ALTERNATIVA IMPERFETTA

1. *Introduzione*

La crisi del sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato, emersa con forza negli ultimi due decenni, ha sollevato interrogativi profondi sulla sua legittimità, efficacia e sostenibilità. Le critiche si sono concentrate sui costi elevati, la scarsa trasparenza, il rischio di forum shopping e soprattutto, sulla frammentazione giurisprudenziale derivante dalla molteplicità di tribunali arbitrali privi di meccanismo di appello coerente. Nel contesto europeo, la pronuncia sul caso *Achmea* della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha segnato una cesura netta, dichiarando incompatibili con il diritto dell'Unione le clausole arbitrali contenute nei tratti bilaterali di investimento intra-UE.

In parallelo, si è assistito a un processo di riscoperta del ruolo delle giurisdizioni interne, alimentato non solo da procedure giudiziali, ma anche da indirizzi di politica internazionale e regionale. Le riforme europee in materia di protezione degli investimenti, in particolare con l'Accordo di estensione dei BIT intra-UE e le previsioni del nuovo approccio della Commissione, ha dato impulso a una strategia che valorizza i meccanismi giurisdizionali nazionali con sedi di risoluzione delle controversie. Analogamente, le raccomandazioni dell'UNCTAD nell'ambito della *Investment Policy Framework for Sustainable Development* hanno sottolineato l'opportunità di rafforzare il ricorso alle corti interne, migliorandone l'indipendenza e la capacità tecnica, garantendone tempi più brevi.

Questa evoluzione riflette un cambiamento di paradigma: l'arbitrato internazionale non è più considerato l'unico strumento in grado di garantire la tutela degli investitori strani, soprattutto alla luce della crisi sistemica che lo avvolge. In quest'ottica, le corti interne vengono rivalutate come potenziale strumento di equilibrio

tra esigenze di protezione dell'investitore e rispetto della sovranità regolatoria dello Stato. Tuttavia, tale opzione non è priva di limiti strutturali e sostanziali: l'accesso effettivo può essere ostacolato da regole di giurisdizione; l'interpretazione e l'applicazione diretta dei tratti internazionali non è pacifica; e i conflitti tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e norme pattizie restano frequenti.

Storicamente, il ruolo delle corti interne nelle controversie sugli investimenti è stato marginale, soppiantato dall'arbitrato quale meccanismo privilegiato per garantire neutralità rispetto agli ordinamenti ospitanti, percepiti come potenzialmente parziali. L'evoluzione recente ha però imposto un ripensamento profondo, sostenuto sia da motivazioni politico-istituzionali sia da esigenze sistemiche di coerenza interpretativa, rese evidenti dalle tensioni tra giurisprudenza arbitrale e giudiziaria.

Ciononostante, il ritorno alle corti domestiche comporta sfide giuridiche significative: in primis, la questione dell'efficacia diretta (*self-executingness*) delle disposizioni pattizie, variabile in funzione degli assetti costituzionali e delle tecniche di recepimento; in secondo luogo, la prevalenza della *lex fori* e le divergenze interpretative, che possano accrescere il rischio di frammentazione.

Alla luce di ciò, il presente capitolo intende analizzare criticamente il ricorso alle giurisdizioni interne come possibile alternativa al sistema ISDS. Dopo un'illustrazione del contesto e della "riscoperta" del ruolo delle corti domestiche (§2), si passerà all'esame delle principali sfide giuridiche (§3), soffermandosi in particolare sull'efficienza diretta dei tratti e sul problema della frammentazione normativa. Seguirà l'analisi e il confronto tra dottrina e giurisprudenza sul tema della *self-executingness* (§4), un'analisi delle difese dello Stato e delle aperture riconvenzionali nei lodi (§5), e una disamina dell'impatto della giurisprudenza della CGUE, in particolare del caso *Achema*, sull'incompatibilità intra-UE (§6). Il capitolo si concluderà con una riflessione sui limiti e sulle possibilità future della giurisdizione interna (§7).

2. *Il ruolo delle giurisdizioni interne nel sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti*

Come evidenziato nel primo capitolo, la progressiva centralità dell'arbitrato investitore-Stato nel secondo dopoguerra era stata favorita dall'esigenza di garantire agli investitori stranieri una tutela percepita come più imparziale rispetto a quella offerta dalle giurisdizioni interne degli Stati ospitanti. Le corti nazionali, infatti, erano ritenute vulnerabili, caratterizzate da tempi processuali lunghi, da possibili pregiudizi verso l'investitore straniero e da un grado di specializzazione limitato in materie di diritto internazionale degli investimenti. Tale percezione, unita alla mancanza di meccanismi efficaci di enforcement transazionale delle sentenze domestiche, ha progressivamente consolidato la preferenza per meccanismi arbitrali ad hoc, fino a marginalizzare quasi del tutto il ruolo dei giudici interni nei BITs e nei trattati multilaterali.

Nel diritto internazionale degli investimenti esteri confluiscono standard specifici del diritto internazionale economico e un insieme di regole peculiari volte alla protezione dell'investimento⁴⁰⁸. A questi si affianca il diritto interno, il cui ruolo può rivelarsi determinate. In base alle circostanze di ciascun caso, l'intreccio tra norme interne e disposizioni di diritto internazionale applicabili può diventare centrale nell'analisi della controversia. Norme interne in materia di cittadinanza, ad esempio, possono incidere sulla giurisdizione; altri settori del diritto nazionale rilevanti possono includere la disciplina della proprietà, il diritto commerciale, il diritto del lavoro, la pianificazione urbanistica o il regime fiscale⁴⁰⁹.

L'esperienza maturata nel diritto degli investimenti mostra come diritto internazionale e diritto interno rappresentino, in realtà, due facce della stessa medaglia: ambiti normativi distinti ma chiamati a coesistere e a influenzarsi reciprocamente, al fine di garantire una più ampia applicazione delle regole sostanziali e di favorire una

⁴⁰⁸ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 146. p. 15.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

cooperazione giurisdizionale efficace⁴¹⁰. I rapporti contrattuali tra investitore e Stato ospitante, infatti, attingono sia a regole privatistiche sia a norme pubblicistiche, fungendo da ponte tra ordinamento interno e internazionale e le decisioni degli arbitri internazionale dipendono in misura significativa dalla loro interpretazione del diritto interno, spesso accompagnata da un controllo della sua conformità agli standard internazionali. In teoria, l'integrazione multilivello dovrebbe rafforzare sia la tutela degli investitori sia la capacità regolatoria degli Stati ospitanti.

Nella prassi, tuttavia la crisi del sistema ISDS, ha rivelato l'assenza – o quanto meno l'incompletezza – di tale cooperazione, lontano dal promuovere un dialogo costruttivo tra giurisdizioni interne e internazionali, piuttosto si è spesso accentuata la frammentazione normativa e la distinzione tra i due sistemi di risoluzione delle controversie che ha progressivamente condotto a una marginalizzazione del ricorso alle corti interne, le quali sono state superate da disposizioni contenute nei trattati che prevedono per l'investitore la possibilità di adire direttamente un tribunale arbitrale⁴¹¹. Ciò ha contribuito a generare nuove tensioni in merito alla sovranità statale di disciplinare l'attività economica sul proprio territorio secondo le esigenze interne; tensioni alimentate dalla facoltà riconosciuta ai tribunali arbitrali di sindacare le scelte regolatorie alla luce di standard internazionali spesso formulati in termini ampi e indeterminati. Tale indeterminatezza consente margini interpretativi estesi, con il rischio di decisioni non uniformi sulle questioni sollevate⁴¹².

In questa prospettiva, il dialogo tra norme interne e norme di diritto internazionale degli investimenti non dovrebbe essere letto come un rapporto competitivo, ma come un'interazione necessaria a garantire l'efficacia complessiva del sistema. La consapevolezza di questa interdipendenza ha alimentato, negli ultimi anni, iniziative volte a rafforzare il ruolo delle giurisdizioni domestiche quali attori centrali della tutela giuridica.

⁴¹⁰ S. R. RATNER, *International Investment Law and Domestic Investment Rules: Tracing the Upstream and Downstream Flows*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2020, V. 21.1. pp. 8 ss; J. HEPBURN, *Domestic Investment Statutes In International Law*, in *American Journal of International Law*, 2028, V. 112(4), pp. 658–706.

⁴¹¹ DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 146. p. 16.

⁴¹² *Ibidem*.

Nonostante la diffidenza storica degli investitori verso le corti interne, motivate dal timore di parzialità o di possibili condizionamenti da parte dello Stato ospitante, il ruolo dei giudizi nazionali nel contesto dell'arbitrato internazionale rimane ineludibile. Ciò vale soprattutto nelle fasi di annullamento, riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali, poiché l'effettività della decisione richiede la cooperazione attiva dello Stato ospitante⁴¹³. Non tutti i lodi sono infatti *self-executing* e la loro esecuzione richiede un intervento giudiziale, come avviene, ad esempio, per l'arbitrato commerciale internazionale in forza della Convenzione di New York e delle leggi interne applicabili⁴¹⁴. In questa prospettiva, le corti interne agiscono come un “partner esecutivo” del procedimento arbitrale, sebbene non manchino casi in cui il potere di controllo di sia stato esercitato senza adeguati presupposti⁴¹⁵. Nel settore degli investimenti, la preferenza per il foro arbitrale internazionale è stata alimentata, tra le altre ragioni, dalla volontà di evitare il ricorso alle corti nazionali, sia per timore di favoritismi (*home court bias*), sia per la possibilità che, anche in caso di vittoria, il potere esecutivo nazionale non dia seguito alla decisione giudiziaria. A ciò si aggiungono i limiti di giurisdizione delle corti dello Stato di origine dell'investitore e i problemi connessi all'immunità sovrana⁴¹⁶.

Sul piano internazionale, la scelta tra le corti interne e tribunali arbitrali è stata oggetto di dibattito per secoli, con approcci divergenti: taluni ordinamenti hanno privilegiato l'autonomia delle parti, altri hanno sostenuto un maggiore intervento giudiziario, mentre altri ancora hanno negato ogni ruolo ai giudici nazionali in favore di un arbitrato integralmente internazionale⁴¹⁷. *L'UNCITRAL Model Law* prevede un ruolo circoscritto per le corti locali, limitandone l'intervento ai soli casi previsti dalla

⁴¹³ A. SARAVANAN, S. R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes: The Indian Scenario*, Springer, 2020, p. 33-38.

⁴¹⁴ S. SATTAR, *National courts and international arbitration: A double-edged sword?*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 27(1), p.51.

⁴¹⁵ C. SCHREUER, *Interactions of international tribunals and Domestic Courts in investment law*, in A. W. ROVINE (Ed.), *International arbitration and mediation: The Fordham papers*, 2010, pp. 71, 72-73.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ A. SARAVANAN, S. R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes: The Indian Scenario*, cit. 34.

legge⁴¹⁸, pur riconoscendo che l'assistenza giudiziaria può rendersi necessaria, ad esempio, per la costituzione del tribunale arbitrale o per questioni di giurisdizione. Nel contezioso in materia di investimenti, non sono mancati tentativi di aggirare l'obbligo di previo ricorso alle corti interne facendo leva sulla clausola della nazione più favorita (*MFN clause*)⁴¹⁹. È noto, ad esempio, il caso *Maffezini v. Spagna*, in cui il tribunale arbitrale ha consentito all'investitore di evitare l'esaurimento dei rimedi nazioni richiamando una disposizione più favorevole contenuta in un altro tratto bilaterale⁴²⁰. Questa interpretazione è stata però successivamente ridimensionata: decisioni come *Wintershall v. Argentina* e *Telenor Mobile v. Hungary* hanno chiarito che la portata della clausola MFN non si estende automaticamente alle norme procedurali sulla risoluzione delle controversie, a ma deve essere circoscritta alle sole disposizioni sostanziali.

Il dibattito sulla portata di tali clausole si inserisce in un quadro più ampio, caratterizzato dall'attenzione della regola consuetudinaria dell'esaurimento dei rimedi interni, tradizionalmente applicata nel diritto internazionale generale e oggi sempre meno frequente nella prassi pattizia dei BITs, dove sopravvive soprattutto nei testi dei tratti di prima generazione. In assenza di un'espressa previsione pattizia, la giurisprudenza arbitrale ha generalmente riconosciuto la possibilità per l'investitore di accedere direttamente al foro internazionale senza previo ricorso alle corti nazionali, come confermato nei casi *Amco v. Indonesia*⁴²¹ e *Generation Ukraine v. Ukraine*⁴²². Alcuni accordi più recenti introducono tuttavia periodi di attesa obbligatori variabili da pochi mesi a diversi anni prima dell'avvio del procedimento arbitrale, come avviene

⁴¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, Art. 5: "Extent of court intervention In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law".

⁴¹⁹ A. SARAVANAN, S. R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes: The Indian Scenario*, cit. p. 36; Y. RADI, *The application of the most-favoured-nation clause to the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, in *European Journal of International Law*, 2007, 18, 757-774.

⁴²⁰ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (13 Nov. 2000).

⁴²¹ *Amco Asia Corporation e altri c. Repubblica di Indonesia*, Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 maggio 1986, in cui il Comitato ad hoc ha ritenuto che l'assenza di esaurimento dei rimedi interni non costituisse motivo di annullamento del lodo.

⁴²² *Generation Ukraine, Inc. c. Ucraina*, Award, ICSID Case No. ARB/00/9, 16 settembre 2003, ove il tribunale ha confermato che, in assenza di un'espressa previsione nel trattato, l'investitore può adire direttamente l'arbitrato internazionale senza previo ricorso alle corti nazionali.

nel Modello di BIT indiano⁴²³. Il recupero di un ruolo significativo per le giurisdizioni interne, tuttavia, non è privo di ostacoli. La loro capacità di offrire una tutela effettiva agli investitori e, al contempo, di preservare la sovranità regolatoria degli Stati, dipende dalla possibilità di conciliare fonti e sistemi giuridici eterogenei, garantendo coerenza interpretativa e certezza del diritto. È proprio in questa zona di intersezione – dove diritto internazionale e diritto interno si incontrano e talvolta di scontrano – che si misurano le principali complicazioni da risolvere per tentare di poter valorizzare le corti domestiche sul piano degli investimenti.

3. Le sfide giuridiche nel ricorso alle corti interne

Il ricorso alle corti interne nel contenzioso sugli investimenti mette in luce un nodo strutturale: la medesima condotta statale può essere valutata da fori diversi – giudici nazionali e tribunali arbitrali internazionali – sulla base di regimi giuridici distinti. Ne derivano tensioni di coordinamento tra rimedi interni e rimedi internazionali, con effetti pratici importanti in termini di prevedibilità, costi e coerenza complessiva del sistema.

La prima frattura emerge nel rapporto tra investitori interni e stranieri: mentre i primi sono vincolati alle sole giurisdizioni domestiche, i secondi possono scegliere di rivolgersi direttamente all'arbitrato internazionale, beneficiando di uno strumento che si presenta, almeno in astratto, più indipendente ed efficace. Si realizza così un doppio binario che attribuisce allo straniero un vantaggio processuale difficilmente conciliabile con il principio di eguaglianza e che continua a sollevare critiche in dottrina per la disparità di trattamento che ne deriva.

Una prima criticità è la sovrapposizione tra pretese di natura contrattuale e pretese fondate sul trattato. La relazione tra l'investitore straniero e lo Stato ospite si articola su più livelli giuridici: la disciplina dell'investimento, infatti è contenuta, in primo

⁴²³ *Indian Model Bilateral Investment Treaty (2015)*, art. 15 (“Conditions Precedent”): l'investitore, ove applicabile, deve esaurire tutti i rimedi giudiziari e amministrativi relativi alla misura contestata per almeno cinque anni a partire dal momento in cui ha avuto conoscenza della misura; solo in mancanza di rimedi interni idonei a fornire un sollievo ragionevole l'obbligo di esaurimento non opera. Segue, in ogni caso, un periodo di consultazioni (“cooling-off”) di sei mesi prima dell'avvio dell'arbitrato. Cfr. testo del Model BIT e commenti: WTI/EDIT, *India Model BIT (2015)* (clausola sull'esonero dall'esaurimento)

luogo, nel contratto di investimento, che regola l'operazione economica specifica; vi è poi la cornice più ampia rappresentata dal trattato internazionale, che costituisce un accordo applicabile, in generale, a tutti gli investimenti effettuati dai nazionali di uno Stato parte nel territorio dell'altro Stato parte⁴²⁴. Il contratto, qualificabile come un atto di diritto privato interno, richiama di norma, attraverso le clausole sul diritto applicabile, diritto nazionale; solo in alcuni casi, si fa riferimento al diritto interno in relazione al diritto internazionale, che peraltro difficilmente si applicherà in via esclusiva⁴²⁵. In questa prospettiva, o stesso fatto può dar luogo, parallelamente, a conseguenze differenti: da un lato, responsabilità contrattuale davanti ai giudici interni (o ad arbitrati commerciali aventi sede nello Stato ospite) e, dall'altro, violazione degli standard di un IIA davanti a un tribunale arbitrale internazionale. In queste situazioni, i rimedi si muovono su piani formalmente diversi – uno di derivazione e privata (il contratto) e l'altro di derivazione pubblica (il trattato) – ma convergono sulla stessa condotta. La prassi arbitrale ha chiarito che una clausola di scelta del foro nel contratto non esclude la giurisdizione per le violazioni del trattato da parte di un tribunale arbitrale; al più, può incidere sull'ammissibilità o sulla tempistica del giudizio internazionale, con possibili sospensioni in attesa dell'accertamento di profili strettamente contrattuali da parte del giudice interno.

Una seconda criticità riguarda la parallela verifica, davanti ai giudici costituzionali o amministrativi interni e ai tribunali arbitrali, delle medesime misure normative: i primi le scrutinano alla luce del diritto interno, che sia costituzionale o amministrativo; i secondi applicano gli standard internazionali di protezione degli investimenti. Ciò non implica identità di causa *petendi*, ma determina che gli stessi atti statali vengano valutati all'interno di cornici normative differenti, con possibili esiti divergenti. Un esempio di quanto ora affermato è il caso che ha visto protagonista lo

⁴²⁴ M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, a cura di A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, Cacucci Editore, Bari, 2016, pp. 38,39.

⁴²⁵ *Ibidem*; P. DUMBERRY, *International Investment Contracts*, in *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, 2012, p.223 ss.

Stato italiano contro *Greentech Energy*⁴²⁶. L'abrogazione degli incentivi al settore dell'energia rinnovabile ha generato sia arbitrati in materia di investimento, sia procedimenti davanti ai giudici amministrativi e costituzionali⁴²⁷. In questo caso, l'investitore ha denunciato di violazioni non solo del diritto interno davanti alle corti nazionali, ma anche del diritto internazionale, tra cui l'ECT e la CEDU.

Per quanto riguarda il ricorso davanti la corte EDU, si ritiene che sia ulteriore profilo da considerare, poiché quando le misure statali incidono negativamente su un investimento, i rimedi a disposizione non si esauriscono nell'arbitrato internazionale per gli investimenti. Gli investitori, infatti, possono ricorrere anche a strumenti di tutela come appunto la CEDU che garantisce il diritto di proprietà all'art 1 del Protocollo CEDU⁴²⁸. La conseguenza di ciò è che si determinata in alcuni casi non solo la possibilità di poter adire lo strumento previsto per gli investimenti internazionali ma un ulteriore strumento, ovvero quello della protezione dei diritti fondamentali⁴²⁹. Si produce così una moltiplicazione dei rimedi, che accentua il rischio di frammentazione tra sistemi giuridici diversi e di stratificazione delle tutele.

Sul piano sistematico, la moltiplicazione dei fori accresce i rischi di duplicazione dei procedimenti, contrasti fattuali e giuridici e persino sovracompensazione quando la tutela pecuniaria è disponibile su più piani. Questa è una forma di frammentazione in senso proprio, che si manifesta come concorrenza tra regimi e prevalenza della *lex fori* quando il giudizio resta confinato al diritto nazionale. Meccanismi convenzionali pensati per attenuare tali sovrapposizioni – clausole *fork-in-the-road*, requisiti di previo

⁴²⁶ *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award, 23 December 2018, para. 197.

⁴²⁷ *Ibidem*; nello stesso senso: *ürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017; *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12

⁴²⁸ Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, in vigore dal 18 maggio 1954. art 1: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende"

⁴²⁹ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESA, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, Springer, 2020, pp.34-35

ricorso o esaurimento dei rimedi interni, clausole di rinuncia – mostrano però un funzionamento non uniforme, lasciando ampi margini interpretativi.

Un ulteriore nodo riguarda l’atteggiamento dei tribunali arbitrali rispetto al diritto interno dello Stato ospite. Sebbene esso faccia parte del diritto applicabile al caso, resta in una posizione peculiare rispetto al diritto internazionale: gli arbitri sono normalmente selezionati per la loro competenza in materia di diritto internazionale e non possono essere considerati esperti della normativa nazionale dello Stato convenuto. Ne consegue che essi si trovano a dover interpretare e applicare regole giuridiche che appartengono a un ordinamento estraneo, con il rischio di ricorrere a strumenti interpretativi importati dal diritto internazionale o da altri sistemi giuridici a loro più familiari⁴³⁰.

Una prima possibile risposta è quella che si risolvano le questioni di diritto interno secondo qualsiasi strumento generale e principio di interpretazione e ragionamento giuridico che possano trarre dal diritto internazionale, o dal sistema giuridico delle loro giurisdizioni d'origine, o da un'indagine comparativa di tali strumenti nelle principali giurisdizioni⁴³¹. L’alternativa opposta, ossia deferire integralmente alla posizione statale sull’aprosopia legge, si tradurrebbe in una sostanziale abdicazione del compito arbitrale, sbilanciando la dialettica processuale. La via intermedia, confermata in più occasioni dalla prassi, è quella di collocare le disposizioni interne nel loro contesto, prestando particolare attenzione all’interpretazione offerta dai giudici nazionali e dalle autorità domestiche competenti. In questa prospettiva, la cooperazione tra corti interne e tribunali arbitrali assume rilievo non solo per la risoluzione dei singoli casi, ma anche come condizione per superare la crisi di legittimità del sistema ISDS.

Nel 1929 la Corte permanente di giustizia internazionale, nel caso *Brazilian Loans*, ha affermato che, quando il giudice internazionale è chiamato ad applicare una legge interna, deve farlo “nel modo in cui essa sarebbe applicata nel Paese stesso⁴³²”.

⁴³⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, *The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions*, in *Arbitration international*, 2005, V, 21.4, pp. 631–638.

⁴³¹ J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2027, pp. 109-111.

⁴³² *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v Brazil)* Series A No 21 (1929) 124. See also ELSI (n 13) 47.

Questo principio, ripreso in varie decisioni ICSID, impone agli arbitri di ricostruire con attenzione il diritto vivente. Rilevanti risultano essere a tal proposito i casi, *Soufraki v. United Arab Emirates*, dove il comitato di annullamento ha sottolineato che il dovere dell'arbitro internazionale è di applicare il diritto interno “in buona fede e conformemente alla giurisprudenza nazionale prevalente⁴³³”; analogamente, il caso *Emmis v. Hungary*, dove il tribunale ha ribadito la necessità di tener conto di come le corti locali applicherebbero la norma contestata⁴³⁴.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato di dover considerare, oltre al testo della disposizione interna, l'interpretazione consolidata dei giudici nazionali⁴³⁵. Resta tuttavia il problema delle situazioni in cui il diritto interno non presenta un orientamento chiaro, ma offre soluzioni contrastanti o giurisprudenza divisa. In tali casi, parte della giurisprudenza arbitrale ha mostrato cautele, evitando di scegliere tra decisioni confliggenti⁴³⁶. Altri tribunali, al contrario, hanno assunto il compito di selezionare l'interpretazione più coerente con il sistema giuridico interno, riconoscendo che il principio *iura novit curia* si estende a tutto il diritto applicabile, tra cui il diritto nazionale.

In questo quadro, acquista rilievo anche la posizione dei giudici nazionali rispetto agli standard pattizi contenuti negli IIA. Se i tribunali arbitrali li applicano “di routine”, non vi è ragione di negare che anche i giudici interni possano – e in alcuni casi debbano

⁴³³ Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No ARB/02/7, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of Mr Soufraki, 5 June 2007, par. 98.

⁴³⁴ Emmis International Holding BV v Hungary, ICSID Case No ARB/12/2, Award, 16 April 2014, parr. 175-176; par 175: “Where the Tribunal is presented with a question of municipal law essential to the issues raised by the Parties for its decision, the Tribunal, whilst retaining its independent powers of assessment and decision, must seek to determine the content of the applicable law in accordance with evidence presented to it as to the content of the law and the manner in which the law would be understood and applied by the municipal courts.”; par 176: “This is not to say that decisions of municipal courts arising directly out of the same set of facts will be necessarily dispositive of the question before an international tribunal. The tribunal retains its independent power to judge the probative value of evidence placed before it, including evidence of municipal law. But nevertheless, as Claimants accepted, determinations of municipal courts as to the content of the municipal laws that they are mandated to apply are likely to be of great help to an international tribunal”.

⁴³⁵ Klauz v Croatia App No 28963/10, ECHR, Judgment of 18 July 2013, par. 86: “The Court reiterates that it is in the first place for the national authorities, and notably the courts, to interpret and apply domestic law. This applies in particular to the interpretation by courts of rules of a procedural nature. The Court’s role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention”:

⁴³⁶ EnCana Corporation v Ecuador (LCIA), Award, 3 February 2006, par. 56: “The legal position was thus, on any view, complex and obscure. It must be said however that nothing was put before the Tribunal which indicated that the legislator intended by these provisions to draw a sharp distinction between extractive and other industries, or what purpose such a distinction might serve in terms of the rationale for a VAT-type tax. Nor, given that many industries (e.g. agriculture) combine elements of production and manufacture, was any criterion laid down for determining the degree of ‘fabrication’ required to qualify for VAT recovery.”

– farlo. Come osservano Kaufmann-Kohler e Potestà, molti IIA offrono all’investitore una scelta alternativa tra foro interno e arbitrato⁴³⁷; sarebbe incoerente negare ai giudici nazionali l’applicazione degli standard convenzionali proprio nel foro che il trattato contempla come alternativa⁴³⁸. Per la natura stessa degli IIA – che attribuiscono diritti ai privati e obblighi agli Stati – la soluzione coerente è riconoscere ai giudici interni il potere di applicarli anche in assenza di una previsione espressa⁴³⁹. Queste linee problematiche aprono direttamente ai temi che seguiranno: efficacia diretta e *self-executingness* delle norme pattizie; tensioni derivanti dalla prevalenza della *lex fori* e i correlati fenomeni di frammentazione; ruolo, finalità e limiti delle clausole *fork-in-the-road* nella gestione del contenzioso.

3.1 Efficacia diretta dei trattati e problemi di *self-executingness*

La questione dell’efficacia diretta delle norme internazionali negli ordinamenti interni si intreccia con la tradizionale distinzione tra disposizioni *self-executing* e *non self-executing*. Tale distinzione, tuttavia, non è priva di ambiguità e in diversi ordinamenti ha finito per tradursi in una indebita compressione della sfera di applicazione dei trattati. Per questo motivo, la categoria delle norme *non self-executing* deve essere rigorosamente delimitata a ipotesi circoscritte: i) quando la disposizione si limita ad attribuire facoltà agli Stati senza incidere direttamente sui diritti dei privati; ii) quando la sua esecuzione è impedita dall’assenza, nell’ordinamento interno, di organi o procedure indispensabili alla sua attuazione; iii) quando l’applicazione richiede specifici adempimenti di carattere costituzionale⁴⁴⁰.

Applicata al diritto internazionale degli investimenti, questa distinzione acquista rilievo decisivo. I BITs si caratterizzano per un elemento peculiare: essi attribuiscono diritti soggettivi direttamente agli investitori privati e parallelamente impongono

⁴³⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*; Springer Open: Cham, 2020, p. 39.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ B. CONFORTI, A. IOVANE, *Diritto internazionale*, 11ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 340 ss.

obblighi vincolanti agli Stati Ospiti. Proprio questa caratteristica ha indotto parte della dottrina a ritenere che le clausole di protezione sostanziale – come il *fair and equitable treatment*, la protezione contro espropriazioni illegittime, la *full protection and security* – abbiano la struttura normativa per essere considerate *self-executing*, in quanto sufficientemente chiare e determinate da consentire un'applicazione diretta nei giudizi interni. In quest'ottica, sarebbe incoerente negare ai tribunali nazionali la possibilità di applicare tali standard, soprattutto quando gli stessi trattati contemplano espressamente, accanto all'arbitrato internazionale, la possibilità di sottoporre la controversia ai giudici dello Stato ospite.

Alla luce di quanto ora detto di evince come per comprendere meglio il concetto della diretta applicabilità sia fondamentale condurre una comparazione tra sistemi normativi nazionali in relazione alla suddivisione in sistemi monisti e dualisti. I termini monismo e dualismo sono spesso usati per descrivere due diverse prospettive teoriche sul rapporto tra diritto nazionale e internazionale. I monisti credono che il diritto nazionale e internazionale siano entrambi parte di un unico sistema giuridico globale. I dualisti credono che il diritto interno e il diritto internazionale siano sistemi giuridici indipendenti⁴⁴¹. In ordinamenti come quello statunitense, si è affermata in via costante la presunzione che i trattati non conferiscano un *private right of action* ai singoli, salvo espressa previsione legislativa. La Corte Suprema, nel caso *Medellín v. Texas*, ha chiarito che un trattato internazionale, pur vincolante sul piano internazionale, non può produrre effetti sindacabili in sede di giudizio negli Stati Uniti se non è qualificato come *self-executing* e se non prevede un meccanismo esplicito di enforcement domestico⁴⁴². Su questa base, diverse corti federali hanno escluso che gli investitori potessero fondare azioni dirette su disposizioni pattizie, a meno che il Congresso non avesse predisposto un atto di implementazione. Anche in occasione della ratifica del BIT con il Ruanda, il Senato ha precisato che, pur essendo le disposizioni sostanziali *self-executing*, esse non conferiscono diritti azionabili dai privati dinanzi ai giudici

⁴⁴¹ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 9ª ed., pp. 31–33.

⁴⁴² *Medellín v. Texas*, 522 US 491 (2008), sul punto di veda: J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit. pp. 74-75.

federali⁴⁴³. Analoga impostazione emerge nel *U.S.-Australia Free Trade Agreement*, dove l'*implementing legislation* ha escluso espressamente che singoli individui potessero fondare azioni o difese sull'accordo, riservandone l'applicazione ai soli meccanismi di contenzioso interstatale⁴⁴⁴.

Un orientamento opposto è adottato in sistemi di impronta monista, come la Svizzera. Il tribunale federale ha riconosciuto che una norma pattizia può avere efficacia diretta qualora sia formulata in termini chiari e precisi, inoltre, sia idonea a fungere da base autonoma di decisione, concerne diritti e obblighi dei privati e sia indirizzata alle autorità applicative piuttosto che al legislatore⁴⁴⁵. Ne consegue che, se un IIA attribuisce all'investitore la facoltà di adire i giudici nazionali come alternativa all'arbitro, la sua diretta applicabilità risulta difficilmente contestabile: un'interpretazione contraria sarebbe inconciliabile con l'impegno dello Stato contraente a garantire un accesso effettivo al foro interno⁴⁴⁶.

Anche nei paesi Bassi il modello è marcatamente monista. Ai sensi degli artt. 91 e 93 della Costituzione, i trattati vincolanti sul piano internazionale sono automaticamente incorporati nell'ordinamento interno, acquistano forza di legge e prevalgono sulla legislazione ordinaria, anche se posteriore, e in alcune ipotesi persino sulla stessa Costituzione, qualora approvati con procedura speciale. In giurisprudenza, la Corte suprema ha precisato che le disposizioni pattizie hanno efficacia diretta se chiare e sufficientemente precise da fungere da "diritto oggettivo", ossia fa permettere ai privati di comprendere immediatamente quali comportamenti siano consentiti o vietati⁴⁴⁷. I giudici olandesi hanno riconosciuto in più occasioni che i trattati possono conferire diritti direttamente azionabili ai singoli, specie però in materia di diritti umani, rifugiati, sicurezza sociale e lavoro. Parallelamente, non manca un uso indiretto

⁴⁴³ U.S. Congress, Investment Treaty With Rwanda, Senate Exec. Report 112-2, 112th Congress, 1st Session, 2 August 2011, <https://www.congress.gov/committee-report/112th-congress/executive-report/2/1>

⁴⁴⁴ United States-Australia Free Trade Agreement Implementation Act, Public Law No 108-286, Sections 102(c)(1)-(2), 118 Statute 919 (2004) (codified at 19 USC section 3805 note)

⁴⁴⁵ Swiss Federal Tribunal, *L.X. v. M.F.*, decision of 22 December 1997, 90, 91, para. 3 (a).

⁴⁴⁶ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit. 38.

⁴⁴⁷ D. SLOSS, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, 2009, p. 11 ss.

dei trattati, come parametro interpretativo volto ad assicurare la conformità della legislazione interna agli obblighi internazionali⁴⁴⁸. Sul piano del controllo di costituzionalità, l'art. 120 Cost. esclude il sindacato dei giudici sulla legittimità costituzionale delle leggi, ma non quello di compatibilità con i trattati. Ciò ha favorito l'elaborazione di un principio di *judicial restraint* in materia di politica estera e di difesa⁴⁴⁹. La corte suprema ha però fissato limiti a tale deferenza: nelle sentenze sul contingente *Dutchbat* a Srebrenica ha imposto una valutazione giurisdizionale delle responsabilità statali, e nel caso *Urgenda Foundation* ha riconosciuto che, pur senza effetto diretto, le norme pattizie possono ridurre la discrezionalità governativa e fungere da parametro di giudizio, confermando la condanna dello Stato a ridurre le emissioni di gas serra⁴⁵⁰.

Un esempio diverso proviene dal Sudafrica, che incarna un approccio dualista restrittivo. L'art. 231 della Costituzione del 1996 stabilisce che i trattati vincolano l'ordinamento interno solo se approvati dal Parlamento e incorporati tramite legge⁴⁵¹. In assenza di tale recepimento, essi restano privi di effetti interni. Questa impostazione, nata dal contesto post-apartheid, riflette la volontà di riaffermare il ruolo del Parlamento come filtro democratico rispetto agli obblighi internazionali. Tuttavia, il diritto internazionale conserva un ruolo significativo come parametro interpretativo. Questo aspetto lo ritroviamo nell'art. 39 che impone ai giudici di leggere la *Bill of Rights* in armonia con il diritto internazionale e dall'art 233 che richiede di interpretare

⁴⁴⁸J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit. p. 94

⁴⁴⁹ *Netherlands v Mustafić-Mujić*, 6 September 2013, App No 12/03329, 3.18.3, reported in Ryngaert (2013) 60 NILR 447; *Netherlands v Nuhanović*, 6 September 2013, App No 12/03324, ILDC 2061 (NL 2013).

⁴⁵⁰ *Urgenda Foundation v The Netherlands*, The Hague District Court, 24 June 2015, Case No C/09/456689, ILDC 2456 (NL 2015); N. COX, *Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime: Towards a "Judicial Governance" of Climate Change?*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, 2016, p. 143 ss.

⁴⁵¹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, art 231, International agreements: "1. The negotiating and signing of all international agreements is the responsibility of the national executive. 2. An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection (3). 3. An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the national executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time 4. Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament. 5. The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect".

la legislazione nazionale in conformità agli obblighi esterni⁴⁵². Non a caso, la *Protection of Investment Act* del 2015, adottata dopo la denuncia di numerosi BITs, riafferma la giurisdizione interna sulle controversie, ma impone ai giudici di tener conto degli standard internazionali come paramento ermeneutico⁴⁵³.

L'Italia rappresenta un ordinamento a prevalente impostazione dualista, sebbene con aperture significative. Ai sensi dell'art. 80 Cost., i trattati internazionali devono essere autorizzati con legge di ratifica⁴⁵⁴; l'art. 117, comma 1, dopo la riforma del 2001, vincola la legislazione statale e regionale al rispetto degli obblighi internazionali⁴⁵⁵. La dottrina tradizionale ha sottolineato che l'efficacia interna delle norme internazionali pattizie dipende da un atto di recepimento parlamentare, e che il carattere *self-executing* della norma può limitare o ampliare il ruolo del legislatore. In giurisprudenza, la Corte costituzionale ha adottato un approccio prudente: ha riconosciuto efficacia diretta solo a quelle disposizioni che si presentano “chiare, complete e incondizionate”, mentre in altri casi ha richiesto una legge di esecuzione specifica⁴⁵⁶. In materia di investimenti, questo significa che gli standard contenuti nei BITs possono essere richiamati dai

⁴⁵² *Ivi*, art 39, Interpretation of Bill of Rights: “1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b. must consider international law; and c. may consider foreign law; 2. When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. 3. The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill”; art. 233, Application of international law: “When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law”.

⁴⁵³ South Africa, *Protection of Investment Act*, No. 22 of 2015, s. 3: “This Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with— (a) its purposes as contemplated by section 4; (b) the Constitution, including— (i) the interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 39 of the Constitution; (ii) customary international law contemplated in section 232 of the Constitution; and (iii) international law contemplated in section 233 of the Constitution; and (c) any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party”, disponibile al seguente link: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201512/39514act22of2015protectionofinvestmentact.pdf?utm_source=chatgpt.com; per un maggiore approfondimento sull'argomento si veda: D. SLOSS, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, cit. pp. 448-475; J. DUGARD, *The South African Judiciary and International Law in the Apartheid Era*, in *South African Journal on Human Rights*, 1998 vol. 14, p. 110 ss.

⁴⁵⁴ Costituzione della Repubblica Italiana, art. 80: “Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi”.

⁴⁵⁵ *Ivi*, art. 117 comma 1: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

⁴⁵⁶ *Corte cost.*, Ordinanza, 6 febbraio 1979, *Lockheed case*, *Foro it.* I, 521; la Corte ritenne che non fosse applicabile ai giudizi di accusa ex art. 96 Cost. l'art. 14, par. 5, del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (ratificato e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977, n. 881), che riconosce a ogni individuo il diritto al doppio grado di giudizio in materia penale, in assenza di una disciplina legislativa interna sullo svolgimento del secondo grado dei giudizi di accusa; sul punto: B. CONFORTI, A. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit. p.340 ss.

giudici solo laddove abbiano i requisiti della *self-executingness*; diversamente, il foro interno resta vincolato al diritto nazionale⁴⁵⁷. Accanto a ciò si colloca la tradizionale teoria dell'atto di governo, per la quale talune decisioni, pur lesive di interessi individuali, restano sottratte al sindacato giurisdizionale in quanto espressione di funzioni eminentemente politiche⁴⁵⁸. Il riferimento è alla Costituzione, che riserva agli organi politici alcune competenze esclusive, come nel caso dell'art. 78 della Costituzione⁴⁵⁹. Tale impostazione è stata ribadita dalla giurisprudenza nel caso *Marković*: la Corte di Cassazione, chiamata a decidere sulla responsabilità dello Stato italiano per i bombardamenti del 1999 a Belgrado, ha ritenuto insindacabili le scelte di conduzione delle ostilità, qualificandole come atti di governo, insuscettibili di controllo giudiziario in quanto espressione di funzioni costituzionalmente riservate⁴⁶⁰.

Tutto ciò si traduce nel diritto internazionale degli investimenti come una tensione strutturale: da un lato, la formulazione chiara e precettiva di molti standard sembrerebbe renderli immediatamente applicabili dai giudici interni; dall'altro, numerosi ordinamenti continuano a trattare i BIT secondo la logica tradizionale dei trattati internazionali, subordinandone l'efficacia a un atto di recepimento interno o negando comunque ai privati la possibilità di farli valere direttamente. Questa ambivalenza produce effetti sistemici rilevanti. In primo luogo, si accentua il "doppio binario" tra investitori stranieri e investitori domestici: i primi, in forza delle clausole compromissorie contenute nei BIT, possono rivolgersi direttamente all'arbitrato internazionale per far valere i propri diritti, mentre i secondi restano confinati al foro interno e privati della possibilità di invocare standard pattizi in assenza di norme *self-executing*. Tale asimmetria genera un problema di eguaglianza sostanziale e di coerenza del sistema. In secondo luogo, la scelta di riconoscere (o negare) efficacia

⁴⁵⁷ S. BARIATTI, *Gli accordi bilaterali di investimento e il diritto interno*, in *RDI*, 2007, p. 921 ss.

⁴⁵⁸ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit p.86.

⁴⁵⁹ Costituzione della Repubblica Italiana, art. 78: "Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari". La disposizione attribuisce al Parlamento la competenza esclusiva a dichiarare lo stato di guerra, in linea con il principio di sovranità popolare, e al tempo stesso riconosce al Governo la titolarità dei poteri straordinari necessari alla sua conduzione. Si tratta di una norma che, pur nella sua essenzialità, definisce un tipico *atto politico* sottratto al sindacato giurisdizionale, in quanto inerente all'indirizzo di politica estera e di difesa.

⁴⁶⁰ Corte di cassazione (sez. un.), 5 giugno 2002, n. 8157, *Presidente del Consiglio dei ministri c. Marković et al.*, in *International Law Reports*, vol. 128.

diretta alle disposizioni dei BIT incide sul fenomeno della frammentazione normativa e giurisprudenziale. Se i giudici nazionali applicano direttamente gli standard internazionali parallelamente ai tribunali arbitrali, aumenta il rischio di divergenze interpretative e di conflitti di decisioni. Se invece si nega loro efficacia diretta, si riduce il ruolo del foro interno, ma al prezzo di rafforzare l'esclusività dell'arbitrato internazionale e marginalizzare i giudici nazionali. In conclusione, la questione dell'efficacia diretta e della *self-executingness* degli IIA non si esaurisce in un dibattito teorico, ma riflette tensioni concrete tra esigenze di uniformità e principi costituzionali nazionali. È dunque in questo terreno di tensione che dottrina e giurisprudenza cercano soluzioni di equilibrio, tra effettività della protezione e rispetto delle prerogative interne.

3.2 Frammentazione normativa e prevalenza della lex fori

Le tensioni tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni non si esauriscono nel problema dell'efficacia diretta delle norme pattizie. Esse si inseriscono infatti in un contesto più ampio, segnato dal fenomeno della frammentazione del diritto internazionale. La crescente proliferazione di regimi specializzati – dal commercio agli investimenti, dai diritti umani all'ambiente – ha determinato una moltiplicazione di norme e di sovrapposizioni. Il diritto internazionale si trova così a combinare regimi generali e regimi speciali, con la conseguente esigenza di ricercare un equilibrio che assicuri un certo grado di unità, evitando così la completa frammentazione e al contempo, beneficiando della diversità dei regimi speciali⁴⁶¹. In quest'ottica il diritto internazionale degli investimenti – al pari dei diritti umani e del diritto del commercio internazionale – rappresenta una componente che arricchisce la varietà del sistema internazionale⁴⁶².

⁴⁶¹ A. PETERS, *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*, 2017, ICON, V 15(3), pp. 671 ss.

⁴⁶² C. J. TAMS, S. W. SCHILL, R. HOFMANN *International Investment Law and General International Law. Radiating Effects?*, Frankfurt Investment and Economic Law Series, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 8.

Una delle ragioni più spesso richiamate in dottrina per spiegare la frammentazione risiede proprio nella moltiplicazione delle istanze giurisdizionali internazionali: l'esistenza di una pluralità di corti e tribunali può condurre a interpretazioni divergenti della stessa norma internazionale, metodo in discussione l'unità del sistema alimentando l'incertezza del diritto⁴⁶³. Ciò rende evidente come il problema non sia soltanto quello del “filtro” esercitato dai giudici nazionali attraverso la *lex fori*, ma anche quello della coerenza complessiva dell'ordinamento internazionale, chiamato a mantenere una sua unità pur nella diversità delle sue componenti settoriali. Nel diritto internazionale degli investimenti, il tema della frammentazione emerge con particolare evidenza. Non sono mancate decisioni arbitrali improntate a un approccio marcatamente “isolazionista” rispetto ad altri settori del diritto internazionale. Queste dinamiche trovano un riscontro evidente anche nel settore degli investimenti. I tentativi di dare vita a un quadro multilaterale unitario si sono scontrati con la difficoltà degli Stati di conciliare interessi divergenti. Né l'iniziativa OCSE volta alla conclusione del *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), né le successive discussioni in ambito OMC – dapprima a Seattle e poi nel Doha Round del 2001 – sono riuscite a sfociare in accordo condiviso, rimanendo tutte prive di esito positivo⁴⁶⁴. La mancanza di consenso, unita al crescente peso del regionalismo, ha determinato il definitivo fallimento di tali progetti⁴⁶⁵. Il risultato è stato la persistenza di un assetto frammentato, nel quale la disciplina degli investimenti continua a essere

⁴⁶³ B. CONFORTI, A. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit. 194.

⁴⁶⁴ Gli sforzi di integrare il tema degli investimenti nell'agenda dell'OMC, sia alla conferenza di Seattle del 1999 sia durante il Doha Round del 2001, non approdarono a risultati concreti a causa delle profonde divergenze tra paesi sviluppati e in via di sviluppo. Di conseguenza, la governance degli investimenti rimane frammentata, affidata a plurali regimi settoriali piuttosto che a un sistema multilaterale centralizzato.

⁴⁶⁵ I tentativi multilaterali sugli investimenti, come il progetto MAI (OCSE), fallirono per divergenze tra Stati e pressione delle ONG. Nel contesto odierno, UNCTAD evidenzia come la frammentazione economica globale stia erodendo la coerenza normativa e la certezza del diritto nel regime degli investimenti (*World Investment Report 2024, 2025*), L'UNCTAD propone l'*Investment Policy Framework for Sustainable Development* come guida per sviluppare accordi più integrati e orientati allo sviluppo sostenibile. UNCTAD, *World Investment Report 2024*, p. 4: “[...] *The challenges we face are multifaceted and interconnected. Geoeconomic fragmentation is reshaping the landscape of global investment. Trade networks are fragmenting, regulatory environments are diverging and international supply chains are being reconfigured. These shifts create both obstacles and isolated opportunities, with some countries benefiting from investments in global value chain-intensive manufacturing while others struggle to participate in the global economy*”; p. 97: “*Except for the largest States, developing countries in general continue to face challenges in leveraging sustainable finance for development owing to a lack of human resources and knowledge, weak market infrastructure, and the fragmentation and inconsistency in international standards (UNCTAD, 2024c). The persistently low level of sustainable investment in many developing economies poses another challenge to their adoption of sustainable finance policies*”.

affidata a strumenti settoriali: da un lato, i trattati bilaterali di protezione (BITs) dall'altro, le disposizioni inserite in accordi commerciali più ampi.

Un esempio significativo è offerto dal caso *Pezold v. Zimbabwe*, in cui il tribunale ICSID respinse un intervento *amicus curiae* fondato su argomenti di diritto internazionale contenuto nel BIT non comportava automaticamente l'inclusione dell'intero corpus normativo internazionale e che, in ogni caso, la propria competenza non si estendeva alla tutela dei diritti umani⁴⁶⁶. Tale orientamento ha alimentato il dibattito circa la natura dell'arbitrato sugli investimenti: se esso debba essere inteso come comparto autonomo e autosufficiente, limitato ai soli standard contenuti nei trattati di protezione degli investimenti, oppure se, in quanto parte integrante del diritto internazionale generale, i tribunali arbitrali siano tenuti a considerare l'insieme delle fonti internazionali, inclusi i diritti umani. Un ulteriore terreno di riflessione riguarda lo sviluppo delle presunzioni, che in alcuni contesti tendono a trasformarsi da strumenti probatori in vere e proprie regole giuridiche attraverso la prassi giurisdizionale. Tale evoluzione rischia di accrescere la frammentazione tra diversi fori di risoluzione delle controversie: le presunzioni elaborate nell'arbitrato investitore-Stato possono entrare in tensione con quelle consolidate nelle controversie interstatale.

Un ulteriore profilo della frammentazione riguarda la mancanza di omogeneità tra le decisioni dei diversi tribunali arbitrali. Le stesse clausole dei trattati vengono infatti interpretate in modo difforme: talvolta in senso estensivo, altre in senso restrittivo. Ne risulta una frammentazione interna al sistema dell'ISDS, aggravata dall'assenza di un vincolo di precedente che garantisca coerenza tra le varie pronunce⁴⁶⁷. Un aspetto collegato a questa eterogeneità riguarda il ruolo stesso degli investitori privati, che hanno acquisito una posizione peculiare nel diritto internazionale attraverso l'accesso diretto all'arbitrato. Questo meccanismo – spesso descritto come “*arbitration without privity*”⁴⁶⁸ – ha rappresentato un vero e proprio mutamento di paradigma nel sistema

⁴⁶⁶ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order N. 2, 26 giu 2012.

⁴⁶⁷ Si veda il commentario dell'ECCHR, *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration? – A Commentary on the Non-Admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID Tribunal*, Berlino, luglio 2012, che esamina i motivi della decisione del tribunale ICSID nel caso *Pezold v. Zimbabwe*

⁴⁶⁸ J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in ICSID Rev. For Inv L, 1995, V. 10, p. 232

degli investimenti, generando un numero crescente di procedimenti e decisioni arbitrali⁴⁶⁹. Tali pronunce, pur non avendo valore vincolante come precedente finiscono comunque per orientare l'interpretazione dei trattati⁴⁷⁰. Per rafforzare la coerenza del sistema ISDS, si potrebbe ipotizzare l'introduzione del principio dello *stare decisis*, che vincoli i tribunali arbitrali a conformarsi agli orientamenti già consolidati⁴⁷¹.

Il problema della frammentazione, oltre a manifestarsi come ora visto, nei regimi internazionali settoriali e tra diverse giurisdizioni internazionali si riflette inevitabilmente anche nell'attività dei giudici interni. Questi ultimi sono chiamati sempre più spesso a confrontarsi con norme internazionali eterogenee – trattati sui diritti umani. Accordi commerciali, convenzioni in materia di ambiente, regole sugli investimenti – che non sempre si integrano in maniera armonica con il diritto internazionale. In questo contesto la *lex fori* tende a riaffermarsi come parametro di selezione e di interpretazioni, con due conseguenze principali: da un lato, i giudici interni assumono un ruolo di “filtro” nella ricezione delle norme internazionali; dall'altro, possono contribuire essi stessi alla frammentazione, offrendo letture divergenti rispetto a quelle di altri ordinamenti o di altri tribunali. Non mancano casi in cui le Corti interne hanno svolto un ruolo di “deframmentazione” cercando di armonizzare l'ordinamento nazionale con gli obblighi internazionali, ad esempio richiamando standard pattizi come parametri interpretativi della legislazione interna. Ne deriva un quadro complesso, in cui i giudici nazionali oscillano tra funzione di raccordo e potenziale fattore di ulteriore disarticolazione del diritto internazionale.

3.2.1. *Le clause Fork-in-the-Road*

⁴⁶⁹ C. SCHREUER, *Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht*, in W. HUMMER (ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, p. 237.

⁴⁷⁰ S.W. SCHILL, *W(h)ither Fragmentation?: On the Literature and Sociology of International Investment Law*, in *European journal of international law* 2011, p. 888.; S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, pp.278-361.

⁴⁷¹ S.W. Schill, *W(h)ither Fragmentation?*, cit. p. 888

Il tema delle clausole *fork-in-the-road* si collega direttamente al problema della frammentazione e della coerenza sistemica nel diritto internazionale degli investimenti. Esse sono pensate come strumenti volti a evitare il rischio di procedimenti paralleli e decisioni potenzialmente contraddittorie, imponendo all'investitore la scelta definitiva tra il ricorso ai giudici interni e l'accesso all'arbitrato internazionale⁴⁷². Questo tipo di clausole stabiliscono che una volta adita una giurisdizione - nazionale o internazionale - l'investitore non possa successivamente rivolgersi ad altri organi giurisdizionali per la medesima controversia. In tal modo, la clausola avrebbe lo scopo di prevenire i cosiddetti fenomeni di *forum shopping* e a preservare la certezza del diritto.

In questo modo, la clausola rappresenta un tentativo pattizio di prevenire la duplicazione delle controversie e di preservare un minimo di ordine all'interno del sistema ISDS. Per comprendere appieno la portata delle clausole *fork-in-the-road*, è necessario collocarle nel più ampio contesto del sistema arbitrale in materia di investimenti. Gli stati, infatti, possono esprimere il proprio consenso all'arbitrato in tre modi: in primo luogo, uno Stato può accettare una clausola arbitrale in un contratto con un investitore straniero, in questo caso lo Stato è in genere considerato come operatore *iure privatorum* e il suo consenso si limita al rapporto commerciale instaurato con un'altra parte privata⁴⁷³. In secondo luogo, uno Stato può acconsentire all'arbitrato sugli investimenti emanando una legge che autorizza gli investitori stranieri a sottoporre qualsiasi controversia sugli investimenti con lo Stato all'arbitrato internazionale⁴⁷⁴. Terzo, uno Stato può concludere un trattato che prevede anche l'arbitrato obbligatorio delle controversie con investitori stranieri⁴⁷⁵. Negli ultimi due casi, lo Stato acconsente generalmente all'arbitrato degli investimenti, secondo il diritto nazionale o il diritto

⁴⁷² UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York: United Nations, 2003), p.29-34.

⁴⁷³ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit. pp. 24-25.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Sri Lanka (Merits)* (27 June 1990), 30 ILM 577, 4 ICSID Rep 246 [cited as AAPL], para 2; AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SRI LANKA FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS, 1980, art. 8.1: "Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former".

internazionale⁴⁷⁶. Quando il consenso è dato nella legislazione nazionale, è soggetto alla legge nazionale e può essere ritirato o modificato secondo la legge nazionale⁴⁷⁷. La rapida diffusione dei tratti e l'assenza di un modello uniforme hanno prodotto notevoli divergenze testuali: variazioni nell'ambito di applicazione, negli standard sostanziali e nelle regole procedurali⁴⁷⁸. Alcuni trattati prevedono l'obbligo di esaurire i rimedi interni, altri invece introducono espressamente clausole *fork-in-the-road*, vincolando l'investitore a una scelta unico e definitiva⁴⁷⁹. Le clausole in esame non vanno intese soltanto come meccanismi tecnici, ma come espressione della tensione di fondo tra l'esigenza di evitare conflitti tra giurisdizioni e quella di garantire agli investitori un accesso ampio ed efficace alla giustizia internazionale. È stato osservato, che secondo una prassi ormai consolidata, la giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali fondata sul trattato per conoscere dello stesso non risulta condizionata dalle clausole di scelta del foro nazionale contenute nei contratti⁴⁸⁰.

Per diverso tempo le clausole FITR sono state considerate una disposizione “dormiente” all'interno del diritto internazionale degli investimenti, priva di reale incidenza nella prassi arbitrale⁴⁸¹. La giurisprudenza arbitrale, infatti, ha adottato un approccio prevalentemente formalistico, ritenendo che le clausole fosse applicabile soltanto in presenza di una piena identità tra le controversie pendenti davanti ai diversi fori, secondo il cosiddetto *triple identity test* che richiedeva la combinato di tre fattori ovvero: identità delle parti, le pretese e i rimedi richiesti⁴⁸².

In *Pantechniki v. Albania*, venne abbandonato l'approccio formalistico tradizionale, preferendo un criterio più pragmatico basato sulla base fondante delle

⁴⁷⁶ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit. pp. 24-25.

⁴⁷⁷ *Ibidem*. J. Paulsson, *Arbitration without Privity*, cit. pp.232, 233,240

⁴⁷⁸ D. SCHNEIDERMAN, *Investment Rules and the New Constitutionalism*, in *Law & Social Inq*, 2000, V. 25, pp. 757, 781; J. PAULSSON, *Arbitration without Privity*, cit. p. 240; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit. pp.27-28.

⁴⁷⁹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit. pp.27-28.

⁴⁸⁰ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 276.

⁴⁸¹ M. A. PETSCHKE, *The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches*, in *Washington University Global Studies Law Review* 2019, 18 (2), <https://justis-vlex-com.peacepalace.idm.oclc.org/vid/779623189>

⁴⁸² *Ibidem*.

pretese, sulla fonte normativa e sull'eventuale autonomia tra le domande⁴⁸³. Applicando tale test, fu negata la giurisdizione ICSID, poiché le rivendicazioni contrattuali già presentate ai giudici albanesi coincidevano, nella sostanza, con quelle arbitrali⁴⁸⁴. Altri tribunali invece hanno continuato a mantenere un'impostazione formalistica⁴⁸⁵, mentre in *H&H Enterprises V. Egitto* è stato seguito il criterio elaborato nel caso *Pantechniki*⁴⁸⁶. Oggi esistono quindi due approcci contrastanti all'interpretazione delle clausole *fork-in-the-road*. Al di là delle differenze interpretative, resta fermo che tali clausole operano come strumenti di preclusione. Esse impediscono all'investitore di sottoporre la stessa controversia a più giurisdizioni, vincolando così l'investitore alla prima scelta operata. In altri termini, una volta selezionato un determinato foro tra quelli previsti da un trattato di investimento, l'investitore si trova davanti ad un bivio e non può una volta imboccata una delle strade, rivolgersi ad altro meccanismo di risoluzione⁴⁸⁷. Questo tipo di meccanismo rende ancor più complessa la cooperazione tra tribunali arbitrali e interni, anche se le eccezioni basate sulle clausole FITR vengono sollevate soprattutto per contestare la competenza dei tribunali arbitrali investitore-Stato, piuttosto che per negare la giurisdizione dei giudici nazionali o degli arbitri⁴⁸⁸.

Sebbene la funzione preclusiva delle clausole FITR sia generalmente riconosciuta, la sua effettiva portata solleva questioni interpretative⁴⁸⁹. Un primo problema riguarda l'ipotesi in cui l'investitore interrompa il primo procedimento. Un'interpretazione letterale porta a ritenere che l'interruzione non faccia venir meno l'effetto preclusivo, con conseguente inammissibilità del ricorso dinanzi ad un organo

⁴⁸³ *Pantechniki S.A. Contractors & Eng'rs (Greece) v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 29 lug 2009, parr. 61 - 67; si veda per un maggiore approfondimento sull'argomento: F. MARSHALL, *Commentary: Pantechniki v. Albania Decision Offers Pragmatic Approach to Interpreting Fork-in-the-Road Clauses*, in Int'l Inst. For Sustainable Dev. Inv. Treaty News, 2009

⁴⁸⁴ *Pantechniki S.A. Contractors & Eng'rs (Greece) v. Republic of Albania*, par. 67.

⁴⁸⁵ *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Republic of Leb.*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 sep 2009, parr. 443; *Total S.A. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 dic 2020.

⁴⁸⁶ *H&H Enters. Invs., Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/09/15, Award 6 mag 2014; per maggior approfondimento: G. WEGEN, L. MARKERT, *Investment Arbitration--Food for Thought on Fork-in-the-Road - A Clause Awakens from Its Hibernation*, in Austrian Yearbook On International Arbitration.

⁴⁸⁷ M. A. PETSCH, *The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches*, cit., 18 (2).

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

differente da quello scelto in prima istanza⁴⁹⁰. Un'ulteriore questione riguarda le cosiddette clausole FITR "unilaterali", che operano soltanto in un senso: esse impediscono all'investitore di ricorrere all'arbitrato internazionale dopo aver adito i giudici interni, senza disciplinare l'ipotesi inversa⁴⁹¹. Anche qui manca giurisprudenza significativa; tuttavia, un'interpretazione strettamente letterale induce a escludere che l'effetto preclusivo possa essere esteso per analogia, lasciando dunque aperta la possibilità di avviare procedimenti interni. Il centro del problema è l'identificazione della "somiglianza": ossia se le controversie sottoposte a differenti fori possono essere considerate identiche. Si è sempre ritenuto che la valutazione di tale identificazione fosse decisiva. Nel caso *Middle East Cement v. Egypt*, ad esempio, il tribunale ICSID non si limitò a verificare la coincidenza dei procedimenti, ma si interrogò piuttosto sulla qualificazione della controversia interna⁴⁹². Poiché quest'ultima riguardava soltanto la validità di un'asta pubblica e non implicava violazioni degli standard previsti dal BIT, il tribunale concluse che non potesse essere assimilata a una controversia in materia d'investimento e quindi non vi era una coincidenza con quella proposta davanti al tribunale arbitrale⁴⁹³. La questione emerge soprattutto in due scenari: Nel primo, l'investitore contesta un atto statale dinanzi ai giudici nazionali e, in seguito, avvia un arbitrato ICSID sostenendo la violazione del trattato applicabile⁴⁹⁴; nel secondo, l'investitore e lo Stato concludono un contratto contenente una clausola di giurisdizione o arbitrato. In caso di inadempimento, l'investitore si rivolge dapprima al foro contrattuale e successivamente avvia arbitrato investitore-Stato sostenendo che la violazione del contratto integri anche violazione del trattato. Un esempio in questo senso è costituito dal caso *Toto Costruzioni v. Lebanon*, dove dopo aver agito davanti al *Conseil d'État* per il pagamento di costi aggiuntivi relativi a un appalto stradale,

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² *Middle E. Cement Shipping & Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6. Award, 12 apr 2002, par 71.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ Un esempio in questo senso è rappresentato dal caso in *Enron v. Argentina*, dove, dopo aver impugnato senza successo davanti ai tribunali argentini l'imposizione di tasse di bollo, gli investitori statunitensi promossero un arbitrato ICSID lamentando violazioni del BIT USA-Argentina e del diritto internazionale general; *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 gen 2004, parr. 25,95,121.

l'impresa italiana avviò un arbitrato ICSID in base al BIT Italia-Libano⁴⁹⁵. Per risolvere il problema riguardante l'identificazione della stessa causa si è cercato di elaborare quattro elementi distintivi di una controversia: *i)* le parti; *ii)* i rimedi richiesti; *iii)* le basi fattuali; *iv)* le basi giuridiche invocate. Nonostante un tentativo di superare i limiti che aleggiavano intorno alle clausole FITR elaborando questi elementi, rimane controverso se sia necessaria la coincidenza di tutti questi elementi o se basti un'identità parziale⁴⁹⁶.

4. Le difese dello Stato e le azioni riconvenzionali: aperture nei lodi arbitrali

Uno dei profili maggiormente discussi dell'ISDS riguarda la sua struttura sbilanciata. Il meccanismo ISDS è stato spesso descritto come una “*one way street*”, poiché consente esclusivamente all'investitore stranieri di agire contro lo Stato ospitante, senza offrire a quest'ultimo reali possibilità di proporre domande autonome nei confronti degli investitori. Inoltre, gli Stati hanno visto progressivamente il ridimensionamento del ruolo delle proprie corti intere, spesso marginalizzate di fronte alla competenza dei tribunali arbitrali internazionali. Tale impostazione ha sollevato critiche per l'asimmetria che genera, minando la percezione di equità del sistema e rafforzando l'idea di una protezione a senso unico. Sebbene il concetto di *rule of law* abbia trovato le sue prime applicazioni negli ordinamenti costituzionali interni, oggi esso è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito del diritto internazionale. In questo contesto, l'eventuale ammissione delle azioni riconvenzionali da parte degli Stati può rappresentare un passo importante per rafforzare la legalità nel sistema arbitrale sugli investimenti. Il principio, infatti, non si esaurisce nei suoi aspetti formali – come la conformità delle decisioni alla legge o alla certezza del diritto – ma abbraccia anche

⁴⁹⁵ Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 set 2009, par. 16,19,20, 25.

⁴⁹⁶ M. A. PETSCHKE, *The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches*, cit., 18 (2).

contenuto più sostanziali, che includono valori fondamentali quali i diritti umani. Da questa prospettiva, le contropretese possono assumere un ruolo decisivo: da un lato, colmano il vuoto lasciato dall'assenza di meccanismi adeguati a garantire la responsabilità degli investitori stranieri; dall'altro, bilanciano la forte protezione che il diritto internazionale degli investimenti tradizionalmente accorda loro⁴⁹⁷. Così facendo l'istituto della contropretese contribuisce a realizzare gli elementi più sostanziali della *rule of law*, quali l'imputabilità alla legge, la possibilità effettiva di accedere alla giustizia e l'equità nell'applicazione delle norme.

La questione della legittimità dell'ISDS solleva, a monte, un interrogativo sui suoi obiettivi e finalità: quale dovrebbe essere la vera funzione dell'arbitrato sugli investimenti. Per una parte della dottrina, esso mira principalmente a proteggere i diritti degli investitori⁴⁹⁸. L'idea originaria era infatti quella di riequilibrare la posizione di debolezza in cui si trovano gli investitori stranieri rispetto allo Stato ospitante, garantendo loro un foro neutrale alternativo ai giudici interni⁴⁹⁹ (si veda il capito I). Questo nuovo equilibrio che doveva essere garantito dal sistema ISDS, ha prodotto una nuova forma di asimmetria, poiché manca una reale condizione di parità tra investitori e Stati. In particolare, *l'arbitration without privacy* – come osserva Jan Paulsson – si caratterizza per il fatto che l'iniziativa resta sempre nelle mani dell'investitore, mentre lo Stato non gode della stessa possibilità né della certezza di poter proporre domande riconvenzionali⁵⁰⁰. Da qui la critica secondo cui il sistema, così strutturato, non solo limita la capacità di azione degli Stati, ma rischia di compromettere la stessa legittimità dell'ISDS. I trattati bilaterali o multilaterali non prevedono obblighi diretti per gli investitori che possono costituire la base giuridica di un'azione promossa dallo Stato davanti a un tribunale arbitrale. Inoltre, lo Stato non può avanzare domande principali qualora l'investitore non abbia prestato consenso alla specifica procedura arbitrale richiesta. Tuttavia, nei casi in cui le attività dell'investitore incidano significativamente sull'interesse pubblico, la controversia trascende la dimensione bilaterale tra

⁴⁹⁷ T. ISHIKAWA, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, in AJIL Unbound, vol. 113, 2019, pp. 33–37.

⁴⁹⁸ G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in J Intl Disput Settl, 2010, V. 1(1) pp. 97, 99.

⁴⁹⁹ A. K. BJORKLUND, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, in Lewis Clark L Rev, 2013, V. 17(2), p. 462

⁵⁰⁰ J. PAULSSON, *Arbitration without Privacy*, cit. 232

investitore e Stato e coinvolge direttamente i diritti e il benessere delle comunità locali. In simili circostanze, il paradigma tradizionale dell'arbitrato come mero meccanismo di tutela degli investitori appare inadeguato. L'attuale assetto non consente né agli Stati né alle persone danneggiate di promuovere direttamente la responsabilità degli investitori all'interno dell'arbitrato fondato sui trattati⁵⁰¹. Persino quando i trattati menzionano obblighi per i privati, mancano in genere meccanismi idonei a garantirne l'attuazione sul piano internazionale⁵⁰². Una via potenzialmente più efficace è rappresentata dalle clausole compromissorie inserite nei contratti tra lo Stato e l'investitore, che consentono allo Stato di proporre un'azione arbitrale diretta nei confronti del privato, nonostante ciò, tali ipotesi restano minoritarie⁵⁰³.

Le domande riconvenzionali rappresentano, in teoria, lo strumento procedurale attraverso cui lo Stato può far valere proprie pretese nei confronti dell'investitore. L'utilizzo di questo strumento nell'arbitrato sugli investimenti resta sporadico. Casi come *Urbaser v. Argentina*, che ha riconosciuto la possibilità procedurale per lo Stato di avanzarle, o *Burlington v. Ecuador*, che addirittura ha condannato l'investitore al risarcimento, costituiscono ancora eccezioni. La commissione UNCITRAL ha inserito il tema delle domande riconvenzionali tra le opzioni di riforma dal *Working Group III*. Un'alternativa teoricamente più immediata sarebbe quella di ricorrere agli strumenti giurisdizionali interni dello Stato ospitante. Se questi organi rispettassero i requisiti essenziali dello Stato di diritto – indipendenza, imparzialità efficacia e accessibilità – essi rappresenterebbero un canale preferibile rispetto alle domande riconvenzionali in sede arbitrale. Tuttavia, questa soluzione non è esente da criticità, poiché in molti ordinamenti i sistemi giudiziari non soddisfano gli standard richiesti, risultando vulnerabili a corruzione, interferenze politiche e carenze strutturali⁵⁰⁴. Di conseguenza, l'idea di affidare esclusivamente ai sistemi interni la responsabilità di bilanciare i

⁵⁰¹ T. ISHIKAWA, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, cit. p. 34.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ Un esempio in tal senso è rappresentato dal noto caso *Lago Agrio*: *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23, lodo finale del 30 agosto 2018 (Permanent Court of Arbitration). La vicenda trae origine dalle sentenze dei giudici ecuadoriani rese a seguito dell'azione civile intentata da comunità locali contro Texaco/Chevron per gravi danni ambientali in Amazzonia. Il caso è divenuto emblematico delle difficoltà di assicurare rimedi effettivi attraverso i sistemi giudiziari interni.

rapporti tra investitori e Stati si rileva spesso irrealistica. È proprio in questa prospettiva che l'attenzione si sposta sullo spazio che le domande riconvenzionali possono trovare nell'arbitrato degli investimenti: esse emergono come uno strumento alternativo – seppur non privo di difficoltà – capace di integrare o supplire alle carenze dei rimedi interni e di contribuire a un più equo assetto delle controversie.

4.1 *Il ruolo ambivalente delle azioni riconvenzionali: limiti e opportunità*

Uno dei principali nodi problematici legati alle domande riconvenzionali riguarda la giurisdizione del tribunale arbitrale. Quando l'arbitrato è basato su una clausola compromissoria inserita in un contratto tra investitore e Stato, la possibilità per quest'ultimo di sollevare domande riconvenzionali non è di norma messa in discussione. Le difficoltà emergono invece nell'*arbitration without privaty* – come già accennato nel paragrafo precedente – vale a dire quando il consenso dello Stato è offerto in via generale attraverso un trattato bilaterale d'investimento. Come ogni forma di arbitrato internazionale, anche l'ISDS si fonda sul principio consensuale: il tribunale può conoscere delle domande solo se entrambe le parti hanno prestato il loro consenso⁵⁰⁵. L'art. 46 della Convenzione ICSID è chiaro nel prevedere che il tribunale può decidere su domande riconvenzionali soltanto se rientrano nell'ambito del consenso delle parti⁵⁰⁶. Di conseguenza, è necessario stabilire se e in che misura l'investitore abbia effettivamente accettato la possibilità che lo Stato presenti domande riconvenzionali. In *Spyridon Roussalis v. Romania* il tribunale ha sottolineato che la giurisdizione del Centro si fonda esclusivamente sul consenso indispensabile delle parti⁵⁰⁷.

Tradizionalmente si distinguono due profili di giurisdizione: *ratione materie* e *ratione personae*. Sul primo piano lo Stato deve dimostrare che la domanda riconvenzionale trovi fondamento nel trattato applicabile, circostanza abbastanza

⁵⁰⁵ E.P. TRINEL, *Counterclaims and Legitimacy in Investment Treaty Arbitration*, in *Arbitration International*, 2022, V. 38 (1-2), p. 66-68

⁵⁰⁶ ICSID Convention, Regulations and Rules, April 2006, ICSID/15, art 46.

⁵⁰⁷ *Spyridon Roussalis v. Romania* (2011), ARB/06/1, Declaration of W. Michael Reisman (International Center for the Settlement of Disputes)

complessa poiché i BITs tendenzialmente tutela unicamente i diritti degli investimenti. Quanto alla giurisdizione *ratione personae*, essa riguarda la capacità stessa dello Stato di comparire come attore davanti al tribunale arbitrale. Alcuni BITs riconoscono encliticamente che entrambe le parti possono avviare un arbitrato, come previsto nel BIT Svizzera-Pakistan, il cui articolo 9 par. 3 era sufficientemente ampio da includere anche le pretese dello Stato⁵⁰⁸. Nel caso *SGS v. Pakistan*, infatti, il tribunale ha rilevato che la formulazione dell'art 9 par 3 implicava l'intenzione delle parti di consentire all'ICSID di esaminare anche eventuali "contro-domande" proposte dallo Stato⁵⁰⁹. Altri trattati, al contrario, attribuiscono tale facoltà esclusivamente all'investitore, oppure non contengono alcuna disposizione in merito, favorendo così letture contrastanti⁵¹⁰. In ogni caso il consenso resta requisito imprescindibile. Un'ulteriore complicazione si presenta quando i trattati escludono espressamente alcune categorie di domande riconvenzionali. In tali casi, sebbene sia difficile sostenere che le parti avessero inteso diversamente, si può ricavare un'interpretazione *e contrario*. Ad esempio, l'art. 1136 par. 2 del NAFTA vieta allo Stato di sollevare domande riconvenzionali relative a risarcimenti già ricevuti dall'investitore tramite contratti assicurativi⁵¹¹. Tale esclusione circoscritta lascia intendere che altre domande riconvenzionali possano essere ammesse, a condizione che rispettino i requisiti di connessione. Anche quando il tribunale accerta la propria giurisdizione *ratione materiae e ratione personae*, rimane l'ulteriore ostacolo della *connessione*. L'art. 46 ICSID richiede che le domande riconvenzionali derivino direttamente dall'oggetto della controversia⁵¹². La giurisprudenza si divide tra un criterio di *connessione fattuale*, che ritiene sufficiente il riferimento al medesimo contesto di investimento, e un criterio

⁵⁰⁸ Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 11 July 1995, Art. 9(3): "A company which has been incorporated or constituted according to the laws in force on the territory of the Contracting Party and which, prior to the origin of the dispute, was under the control of nationals or companies of the other Contracting Party, is considered, in the sense of the Convention of Washington and according to its Article 25 (2) (b), as a company of the latter".

⁵⁰⁹ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan* (2002), Procedural Order No 2, ARB/01/13, International Center for the Settlement of Disputes, par. 109

⁵¹⁰ H. BUBROWSKI, *Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims*, in Armand de Mestral and Celine Levesque (eds), *Improving International Investment Agreements*, 2013, V. 212, p. 213.

⁵¹¹ North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of Mexico and the Government of the United States, 17 December 1992, Can TS 1994 No 2 (entered into force 1 January 1994), art 1136(2)

⁵¹² ICSID Convention (n 42) art 46.

di *connessione giuridica*, che invece pretende il medesimo fondamento normativo⁵¹³. Quest'ultimo approccio, più restrittivo, ha inciso negativamente sugli Stati, i quali formulano spesso le proprie pretese sulla base di norme interne o obblighi contrattuali, mentre gli investitori invocano direttamente il BIT⁵¹⁴. Gli effetti di questa impostazione sono evidenti: la richiesta di una stretta connessione giuridica riduce notevolmente lo spazio per le domande riconvenzionali. Nei casi *Sergei Paushok v. Mongolia* e *Saluka v. Czech Republic*, ad esempio, le pretese statali fondate su norme interne (rispettivamente fiscali e civili) sono state respinte, in quanto non considerate parte integrante delle rivendicazioni degli investitori⁵¹⁵. Applicando rigorosamente il criterio della connessione giuridica, lo spazio per domande riconvenzionali nei procedimenti avviati sulla base di IIA tende a ridursi quasi del tutto. Una soluzione più equilibrata sarebbe richiedere soltanto un legame fattuale sufficiente, evitando che la connessione giuridica si trasformi in una barriera insormontabile⁵¹⁶.

4.2 *Le azioni riconvenzionali come strumento di riequilibrio e rafforzamento del sistema ISDS*

Le domande riconvenzionali non rappresentano soltanto uno strumento difensivo a disposizione degli Stati, ma anche un'opportunità per riequilibrare alcune delle principali criticità che hanno alimentato la crisi di legittimità dell'ISDS. Un primo beneficio risiede nel contributo alla parità dei mezzi giurisdizionali usufruibili dalle parti. La possibilità per lo Stato di avanzare proprie pretese permette di superare la condizione per cui la sua prospettiva è limitata al perdere la causa. In secondo luogo, l'ammissione delle domande riconvenzionali contribuisce al migliorare la legittimità del sistema arbitrale. L'arbitrato internazionale può offrire attraverso le domande riconvenzionale un veicolo di responsabilizzazione degli investitori, in particolare in

⁵¹³ H. BUBROWSKI, *Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims*, cit. pp.228 ss.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v Government of Mongolia (2011), Award on Jurisdiction and Liability (UNCITRAL) para 694; Saluka Investments BV v the Czech Republic (2004), Decision on Jurisdiction Over the Czech Republic's Counterclaim, (UNCITRAL) para 76,228, 230

⁵¹⁶ E.P. TRINEL, *Counterclaims and Legitimacy in Investment Treaty Arbitration*, cit. p. 69.

relazione ai diritti umani, la tutela dell'ambiente e i diritti dei lavoratori⁵¹⁷. Come osservato della Corte Internazionale di Giustizia, la finalità delle contro-domande è quella di ampliare l'oggetto della controversia, perseguendo finalità ulteriori rispetto al mero rigetto delle pretese della controparte⁵¹⁸. In tal modo, lo Stato non resta confinato a un ruolo puramente passivo, ma acquisisce strumenti attivi di tutela, rafforzando l'equilibrio tra le parti⁵¹⁹.

Un ulteriore profilo riguarda l'efficienza e la coerenza del sistema. Consentire la trattazione congiunta di domande e contro-domande all'interno di un unico procedimento permette di evitare duplicazioni processuali, ridurre i tempi e costi e prevenire il rischio di decisioni contraddittorie⁵²⁰. Diversamente, lo Stato sarebbe costretto a proporre le proprie pretese in un altro foro – spesso i tribunali nazionali – con conseguenti problemi di neutralità e lungaggini procedurali. La sola possibilità per lo Stato di adire un altro foro incide sul problema della frammentazione del sistema ISDS. È paradossale, inoltre, come lo Stato sia costretto a rivolgersi a quelle stesse corti che l'investitore ha voluto evitare e che sono spesso considerate non terze, né eque e imparziali. Ci si chiede, allora, se il sistema ISDS – concepito proprio per contrastare la faziosità delle corti interne - non finisca per essere vittima del medesimo problema.

La soluzione potrebbe risiedere nella possibilità di consentire allo Stato di proporre domande riconvenzionale all'interno dello stesso procedimento, anche perché

⁵¹⁷ H. E. VEENSTRA-KJOS, *Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"*, in Philippe Kahn and Thomas W. Walde (eds), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* (Martinus Nijhoff Publishers 2007), pp.597, 600; in questo senso anche il tribunale ICSID nel caso *Urbaser v. Argentina*: *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 dic, 2016, par. 1199: *"At this juncture, 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"*.

⁵¹⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia*), Order of 17 December 1997, ICJ Rep 243 para 27: *"Whereas it is established that a counter-claim has a dual character in relation to the claim of the other party; whereas a counter-claim is independent of the principal claim in so far as it constitutes a separate "claim", that is to say an autonomous legal act the object of which is to submit a new claim to the Court. and, whereas at the same time, it is linked to the principal claim, in so far as, formulated as a "counter" claim, it reacts to it: whereas the thrust of a counter-claim is thus to widen the original subject-matter of the dispute by pursuing objectives other than the mere dismissal of the claim of the Applicant in the main proceedings, for example, that a finding be made against the Applicant; and, whereas in this respect, the counter-claim is distinguishable from a defence on the merits"*.

⁵¹⁹ E.P. TRINEL, *Counterclaims and Legitimacy in Investment Treaty Arbitration*, cit. p. 74; G. VAN HARTEN, *Is It Time to Redesign or Terminate Investor-State Arbitration?*, in Centre for International Governance Innovation, 2017.

⁵²⁰ J. CAZALA, *Good Administration of Justice*, in Hele 'ne Ruiz Fabri (ed) *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law*, OUP 2019.

la prospettiva che lo Stato possa far valere proprie pretese può avere un effetto dissuasivo rispetto a istanze pretestuose, inducendo l'investitore a valutare con maggior cautela l'opportunità di adire un tribunale arbitrale⁵²¹, garantendo così un più equilibrato bilanciamento tra le parti davanti al medesimo foro.

Queste considerazioni hanno trovato riscontro nella prassi, in quanto alcuni tribunali hanno riconosciuto la possibilità di poter presentare da parte dello Stato domande riconvenzionali. In particolare, nel caso *Urbaser v. Argentina*, il tribunale ha affermato che sarebbe incoerente separare in procedimenti diversi le pretese dell'investitore e quelle dello Stato, quando esse derivano dal medesimo rapporto⁵²². Similmente, in *Aven v. Costa Rica* si è riconosciuto che l'ammissibilità delle controdomande produce vantaggi concreti in termini di economia procedurale⁵²³. Infine, va evidenziato che anche l'UNCITRAL WGIII ha mostrato apertura verso la riforma del sistema ISDS che consenta una più ampia considerazione delle domande riconvenzionali, sollecitando l'adozione di clausole più esplicite e regole arbitrali idonee a garantire l'applicazione uniforme⁵²⁴. Ciò lascia intravedere la possibilità che le difficoltà procedurali che storicamente hanno limitato l'uso delle domande riconvenzionali possa progressivamente ridursi, senza escludere la difficoltà che quanto cambiamento dovrebbe comunque affrontare per potersi realizzare e concretizzare.

⁵²¹ UNCITRAL, Working Group III, 39th Sess, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) – Security for Costs and Frivolous Claims – Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.192, 2020, par. 20.

⁵²² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 dic, 2016, par. 307 ss.

⁵²³ David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No UNCT/15/3, Award, 18 Set 2018, para 741.: “Additionally, the admission of counterclaims has several practical advantages on procedural economy and efficiency, for the benefit of both the host State and the foreign investor, as Professor Reisman has highlighted in his vote in *Spyridon Roussalis v. Romania Case*: It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal - which was, in fact, selected by the claimant - perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law”.

⁵²⁴ UNCITRAL, Working Group III, 39th Sess, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) – Multiple Proceedings and Counterclaims – Note by the Secretariat, UN Doc A/CN.9/WG.III/ WP.193 (2019) par. 32, 46.

5. *Il caso Achmea e la giurisprudenza della CGUE*

Nella riflessione sul contenzioso in materia di investimenti, uno dei nodi più delicati riguarda il rapporto tra arbitrato internazionale e sistemi giurisdizionali interni o sovranazionali. La compresenza di diversi livelli di giustizia pone interrogativi non solo sul piano della competenza, ma anche su quello più ampio della coerenza e dell'unità dell'ordinamento giuridico. In particolare, quando l'arbitrato investitore-Stato si intreccia con ordinamenti caratterizzati da un forte grado di integrazione, come quello dell'Unione europea, emergono tensioni che vanno oltre la singola controversia, toccando principi fondamentali quali l'autonomia del diritto dell'Unione, il primato e la certezza. Il tema si rivela di particolare interesse per questo studio, poiché mette in luce un tipico caso di conflitto tra ordinamenti: da un lato, la disciplina internazionale degli investimenti, che trova fondamento nei BITs e nel Trattato sulla Carta dell'Energia, e dall'altro, il sistema giuridico dell'Unione Europea⁵²⁵. Le Istituzioni europee – in particolare la Commissione hanno da tempo assunto un atteggiamento critico nei confronti delle clausole arbitrali contenute nei trattati. Il motivo è evidente: esse affidano a tribunali arbitrali internazionali, estranei al quadro giurisdizionale dell'UE, il compito di risolvere controversie che possono richiedere l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo. Secondo la Commissione, una tale dinamica rischia di compromettere l'autonomia dell'Unione, di incidere sul ruolo esclusivo della Corte di Giustizia quale interprete supremo del diritto UE, di contravvenire al divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità e di incrinare il principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee⁵²⁶.

Per lungo tempo, il diritto internazionale degli investimenti e l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea hanno convissuto senza particolari attriti, la situazione

⁵²⁵J. R. BASEDOW, *The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2020, V. 23, I. 1, pp. 271–292, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgz025>; N. LAVRANOS, *Regime Interaction in Investment Arbitration: EU Law Peaceful Co-Existence to Permanent Conflict*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2022, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/regime-interaction-in-investment-arbitration-eu-law-from-peaceful-co-existence-to-permanent-conflict/>

⁵²⁶ Trattato sull'Unione europea (TUE), GU C 202 del 7.6.2016, art. 4, par. 3, art. 19; Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), GU C 202 del 7.6.2016, art. 18, 267, 344.

è però progressivamente mutata a partire dal 2007, con il caso *Eastern Sugar*, in cui la Repubblica Ceca sollevò senza successo obiezioni fondate sul diritto dell'Unione al tribunale arbitrale. È soltanto con la Sentenza *Achmea* del 2018 che ci sarà un punto di svolta. Il caso in esame ha avuto profonde ripercussioni sulla sorte dei BIT intra-UE e, più in generale, sulla legittimità dell'arbitrato in materia di investimenti. La controversia trae origine nel 2008, quando la società olandese *Achmea BV*, operante nel settore assicurativo, adì il tribunale arbitrale contro la Repubblica Slovacca sulla base dell'art. 8 del BIT Paesi Bassi-Slovacchia del 1991. L'investitore contestava le modifiche legislative introdotte del 2004 che avevano abrogato il precedente regime di liberalizzazione del mercato assicurativo. Tali interventi normativi furono qualificati, dall'investitore, come una forma di espropriazione indiretta in violazione degli standard di protezione previsti dal trattato. La Slovacchia, dal canto suo, sollevò la c.d. *intra-EU jurisdiction objection*, sostenendo che l'adesione all'UE, avvenuta proprio nel 2004, avesse determinato la cessazione automatica del BIT o quantomeno l'inapplicabilità della clausola arbitrale. Con un lodo parziale del 2010 (*Eureko v. Slovak Republic*⁵²⁷), il tribunale arbitrale rigettò l'eccezione, ritenendo che il BIT restasse valido e che la clausola compromissoria fosse compatibile con il diritto dell'Unione. Successivamente, il con il lodo del 7 dicembre 2012, la Slovacchia fu condannata a risarcire la società *Achmea* per circa 22 milioni di euro. La Slovacchia impugnò il lodo dinanzi ai giudici tedeschi, sede dell'arbitrato, deducendo l'incompatibilità della clausola arbitrale con il diritto dell'Unione. Il *Bundesgerichtshof*, pur non condividendo pienamente le argomentazioni slovacche, riconobbe la rilevanza della questione e sottopose un rinvio pregiudiziale alla CGUE. Il giudice tedesco chiese se l'art. 344 TFUE, l'art. 18 TFUE ostassero all'applicazione della clausola arbitrale del BIT, in particolare considerando che il trattato bilaterale era stato stipulato prima dell'adesione della Slovacchia all'UE, ma che il procedimento

⁵²⁷La società olandese *Eureko*, che ha avviato il procedimento arbitrale quando ancora operava con tale denominazione, ha successivamente cambiato nome in *Achmea*. Nella prassi e nei riferimenti giurisprudenziali si fa quindi menzione di entrambe le denominazioni, poiché il procedimento ebbe inizio quando la società era ancora registrata come *Eureko*.

arbitrale era stato avviato dopo⁵²⁸. Con la sentenza del 6 marzo 2018, la CGUE accolse le ragioni dello Stato convenuto, stabilendo che l'art 8 par. 6 del BIT Paesi Bassi-Slovacchia compromettesse l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La Corte richiamò il principio consolidato secondo cui *“un accordo internazionale non può pregiudicare la riparazione delle competenze stabilita dai trattati né, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, la cui osservanza è garantita dalla Corte”*, caratterizzata dal primato e dall'effetto diretto delle sue disposizioni⁵²⁹. Ancora, la Corte affermò che sebbene il tribunale arbitrale fosse chiamato principalmente a verificare violazioni del BIT, *“ecco deve, ai sensi dell'articolo 8 paragrafo 6, tenere conto in particolare del diritto vigente nello Stato contraente interessato e degli accordi internazionali pertinenti”*, con la conseguenza che non poteva escludersi un coinvolgimento diretto del diritto dell'Unione⁵³⁰. Infine, si è osservato che il tribunale arbitrale istituito dal BIT *“non fa parte del sistema giudiziario né dei Paesi Bassi né della Slovacchia”* e, pertanto, *“non può essere qualificato come giurisdizione di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE”*,

⁵²⁸ Achmea B.V. v. Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. Slovak Republic), Judgment Of The Court (Grand Chamber), 6 March 2018: par. 26.

⁵²⁹ La corte lo chiarisce in modo chiaro nei paragrafi 32, 33, 34: Achmea B.V. v. Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. Slovak Republic), Judgment Of The Court (Grand Chamber), 6 March 2018: par 32: *“In order to answer those questions, it should be recalled that, according to settled case-law of the Court, an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or; consequently, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court. That principle is enshrined in particular in Article 344 TFEU, under which the 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 in the Treaties (Opinion 2/13 (Accession of the EU to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraph 201 and the case-law cited)”*; par 33. *“Also according to settled case-law of the Court, the autonomy of EU law with respect both to the law of the Member States and to international law is justified by the essential characteristics of the EU and its law, relating in particular to the constitutional structure of the EU and the very nature of that law. EU law is characterised by the fact that it stems from an independent source of law, the Treaties, by its primacy over the laws of the Member States, and by the direct effect of a whole series of provisions which are applicable to their nationals and to the Member States themselves. Those characteristics have given rise to a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations binding the EU and its Member States reciprocally and binding its Member States to each other (see, to that effect, Opinion 2/13 (Accession of the EU to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraphs 165 to 167 and the case-law cited)”*; par 34: *“EU law is thus based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU. That premiss implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised, and therefore that the law of the EU that implements them will be respected. It is precisely in that context that the Member States are obliged, by reason inter alia of the principle of sincere cooperation set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU, to ensure in their respective territories the application of and respect for EU law, and to take for those purposes any appropriate measure, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the EU (Opinion 2/13 (Accession of the EU to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraphs 168 and 173 and the case-law cited)”*.

⁵³⁰ Ivi, par. 37-40.

risultando privo della possibilità di attivare il rinvio pregiudiziale e minando l'interpretazione uniforme del diritto europeo⁵³¹.

In definitiva, dal ragionamento della Corte emerge con chiarezza che l'assetto delineato dal BIT olandese-slovacco era incompatibile con i principi fondanti dell'ordinamento dell'Unione. Gli arbitri avrebbero potuto trovarsi a interpretare e applicare norme di diritto UE senza poter attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, con la conseguenza di compromettere l'uniformità e la certezza del diritto. Agli occhi della Corte, tale scenario minava l'autonomia stessa dell'ordinamento europeo, il primato delle sue norme e il vincolo di reciproca fiducia che lega gli Stati membri. La corte però si è soffermata anche sulla natura dei tribunali arbitrali di investimento e sulla possibilità di qualificarli come "tribunali nazionali" ai sensi dell'art. 267 TFEU, con la conseguente facoltà di sollevare rinvii pregiudiziali alla Corte⁵³². Quest'ipotesi è stata respinta, rilevando che tali organi non presentano alcun legame effettivo con i sistemi giudiziari degli Stati membri⁵³³. Il sistema sulla quale si basa l'arbitrato d'investimenti nasce per sottrarre l'investitore alla giurisdizione statale, aspetto amplificato dal fatto che l'arbitrato in materia d'investimento trae origine da trattati che tengono a ridimensionare il ricorso ai giudici nazionali⁵³⁴.

La decisione *Achmea* ha avuto un impatto dirompente: essa non solo ha sancito l'incompatibilità strutturale degli arbitrati intra-UE basati sui BIT con l'ordinamento dell'Unione, ma ha altresì sollevato interrogativi più ampi sulla compatibilità del

⁵³¹ Ivi, par. 45-49.

⁵³² Ivi, par. 46. 47, 48.; par. 46: "That characteristic of the arbitral tribunal at issue in the main proceedings means that it cannot in any event be classified as a court or tribunal 'of a Member State' within the meaning of Article 267 TFEU."; par 47: "The Court has indeed held that there is no good reason why a court common to a number of Member States, such as the Benelux Court of Justice, should not be able to submit questions to the Court for a preliminary ruling in the same way as the courts or tribunals of any one of the Member States (see, to that effect, judgments of 4 November 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, paragraph 21, and of 14 June 2011, *Miles and Others*, C-196/09, EU:C:2011:388, paragraph 40)"; par. 48: "However, the arbitral tribunal at issue in the main proceedings is not such a court common to a number of Member States, comparable to the Benelux Court of Justice. Whereas the Benelux Court has the task of ensuring that the legal rules common to the three Benelux States are applied uniformly, and the procedure before it is a step in the proceedings before the national courts leading to definitive interpretations of common Benelux legal rules, the arbitral tribunal at issue in the main proceedings does not have any such links with the judicial systems of the Member States"; Si veda: *Case C-196/09 Miles and Others v European Schools* EU:C:2011:388, Judgment of 14 June 2011, para 41.

⁵³³ Ivi, par 49: "It follows that a tribunal such as that referred to in Article 8 of the BIT cannot be regarded as a 'court or tribunal of a Member State' within the meaning of Article 267 TFEU, and is not therefore entitled to make a reference to the Court for a preliminary ruling".

⁵³⁴ F. MUNARI, C. CELLERINO, *EU Law is Alive and Healthy: The Achmea Case and a Happy Good-bye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in *SIDI Blog*, 17 aprile 2018, <http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>

meccanismo ISDS con il principio di autonomia del diritto europeo. La pronuncia ha avuto conseguenze di vasta portata: ha giustificato la firma, nel 2020 dell'Accordo di cessazione dei BIT intra-UE da parte della maggioranza degli Stati membri e ha ispirato la Commissione ad adottare una linea di intervento costatante, presentandosi come *amicus curiae* in molteplici arbitrati e procedendo contro gli Stati che non avevano ancora risolto i propri BITs⁵³⁵. Il caso *Achmea* e tutto ciò che da esso discende ha fatto sì che la questione tra compatibilità BIT e diritto dell'unione si protraesse anche in altri casi, toccando di conseguenza ulteriori problemi legati alla questione. Un esempio è il caso *Micula v. Romania* dove si è mostrato come l'applicazione della logica *Achmea* possa estendersi persino alla fase esecutiva dei lodi arbitrali, interferendo con obblighi internazionali già consolidati⁵³⁶. L'impatto della giurisprudenza si è ampliato con la decisione *Komstroy c. Moldavia*, che ha esteso la ratio *Achmea* anche all'*Energy Charter Treaty*, benché in quel caso non si trattasse di una controversia intra-UE⁵³⁷. Più di recente, nel caso *Green Power v. Spain*, il tribunale arbitrale adito per la controversia ha dichiarato la propria incompetenza, accogliendo pienamente l'interpretazione europea sull'inoperatività della clausola arbitrale dell'ECT nei rapporti Intra-UE⁵³⁸. Inoltre, il tribunale ha sottolineato che il diritto dell'UE prevale in quanto *lex superior* rispetto agli obblighi derivanti dall'ECT⁵³⁹. La Corte ha infatti affermato che il ricorso all'arbitrato basato sull'ECT è incompatibile con il diritto dell'Unione anche quando coinvolge Stati o investitori terzi, assumendo così un effetto extraterritoriale di notevole rilievo. (cfr. Capitolo I, § 7.3 sulle criticità dell'ECT).

Il filo conduttore di questa evoluzione è la riaffermazione costante della CGUE circa la centralità dei principi di autonomia, uniformità e primato dell'Unione, che

⁵³⁵ S. SCHILL, C. J. TAMS, *International investment protection and constitutional law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2022, p. 104.

⁵³⁶ Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20, Award, 11 dic 2013.

⁵³⁷ Komstroy, Opinion of Advocate General Szpunar, Case C-741/19, par. 61

⁵³⁸ *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v Kingdom of Spain* (SCC Arbitration V (2016/135), Award, 16 June 2022), par. 423 ss.

⁵³⁹ *Ivi*, par. 469, 470; per una attenta analisi dell'argomento si veda: G. LAMPO, *Tutto è bene quel che finisce (bene?): prime considerazioni sul lodo Green Power c. Spagna*, in *SIDI Blog*, 14 luglio 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/07/14/tutto-e-bene-quel-che-finisce-bene-prime-considerazioni-sul-lodo-green-power-c-spagna/>

prevalgono su qualsiasi altra disciplina internazionale. Tale approccio, già sperimentato in precedenza in materia di diritti umani con il caso Kadi⁵⁴⁰ o di rapporti con l'OMC, trova oggi applicazione nel campo degli investimenti, ridisegnando però radicalmente il rapporto tra arbitrato e diritto dell'Unione. Per gli investitori, la pronuncia *Achmea* ha significato un ridimensionamento significativo degli strumenti tradizionali di tutela, con la conseguenza che soltanto giurisdizioni extra-UE potrebbero restare scenari praticabili per l'arbitrato. Un esempio di quanto ora detto è l'aumento degli arbitrati in materia di investimento in Svizzera, tendenza che si è sviluppata soprattutto per le controversie all'interno dell'UE a cause dell'incertezza che sono derivate a seguito di questo cambiamento⁵⁴¹.

Parallelamente, le iniziative promosse dall'Unione mirano a riequilibrare un sistema percepito come sbilanciato, cercando di rispondere alla crisi di legittimità che da tempo attraversa il diritto internazionale degli investimenti. Tuttavia, questo tentativo si traduce anche nella progressiva eliminazione dei meccanismi di risoluzione tipici del settore, con la conseguente ricollocazione della gestione delle controversie all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, "sottraendole" così alla sfera del diritto internazionale. Le motivazioni della CGUE appaiono comprensibili se lette alla luce dell'obiettivo di salvaguardare il controllo finale sul mercato interno, facendo affidamento esclusivamente sul sistema di rinvio pregiudiziale e sull'autorità della magistratura europea integrata⁵⁴². La conseguenza è che Stati e investitori sono spinti a rivolgersi ai giudici interni, attraverso l'art 19 par. 1 TUE che assume in questo contesto una rilevanza peculiare⁵⁴³: l'autonomia del diritto dell'Unione si considera compromessa anche laddove sussista un rischio minimo che un organo non rientrante nello schema predisposto dall'art. 19 par.1 possa trovarsi ad applicare norme

⁵⁴⁰ P Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission EU:C: 2008:461, Case C-402/05 P and C-415/05 Judgment of 3 September 2008.

⁵⁴¹ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit., p. 56.

⁵⁴² D. V. KOCHENOV, N. LAVRANOS, *Rule of Law and the Fatal Mistake of Achmea: Could the Intra-EU BIT's Have Been the Last Hope for Justice in Captured Illiberal Member States?*, Working Paper No 12, University of Groningen and Free University Brussels, 2020, https://reconnect-europe.eu/wpcontent/uploads/2020/11/RECONNECT_WP12_Kochenov_Lavranos.pdf

⁵⁴³ *Ibidem*.

dell'Unione⁵⁴⁴. In tal modo, si finisce per accentuare uno dei problemi originariamente posti a fondamento della nascita del sistema ISDS: la percepita inadeguatezza dei sistemi giurisdizionali interni nella gestione delle controversie in materia di investimento. Queste osservazioni evidenziano come la Sentenza *Achmea* abbia rafforzato la centralità della Corte di giustizia nel presidiare l'autonomia dell'ordinamento europeo, ma al tempo stesso abbiano sollevato non poche perplessità. La decisione, infatti, ha segnato un punto di svolta non soltanto nella prassi arbitrale, ma anche nel dibattito dottrinale: se da un lato molti autori hanno accolto con favore l'affermazione della supremazia del diritto dell'Unione, dall'altro non sono mancate critiche severe, che vedono nella pronuncia un intervento eccessivamente intrusivo nei confronti del diritto internazionale degli investimenti. In particolare, è stato osservato che gli standard di tutela garantiti dei BITs non si discostano da quelli già presenti nelle tradizioni costituzionali degli Stati europei⁵⁴⁵. Il caso relativo alla chiusura delle centrali nucleari a seguito del disastro di Fukushima⁵⁴⁶, dimostra come principi analoghi siano stati riconosciuti anche a livello interno: I proprietari furono infatti indennizzati per violazione del diritto di proprietà protetto ai sensi dell'articolo 14 della Costituzione tedesca. Tuttavia, il diritto dell'Unione non sembra assicurare un livello equivalente di protezione, secondo parte della dottrina. Inoltre, c'è chi sostiene che la prospettiva della tutela degli investitori è stata sostanzialmente ignorata dalla CGUE, nonostante gli arbitri possono fungere da strumenti di garanzia dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto, nella logica del diritto internazionale degli investimenti⁵⁴⁷.

Con la dichiarazione del 2019, gli Stati hanno sancito l'incompatibilità strutturale dei BIT intra-UE. Tale scelta, salutata da alcuni come un passo necessario verso la coerenza dell'ordinamento europeo, è stata letta da altri come un segnale di forte

⁵⁴⁴ M. FANOU, *Intra-European Union Investor-State Arbitration Post-Achmea: RIP?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, V. 26, p. 322.

⁵⁴⁵ D. V. KOCHENOV, N. LAVRANOS, *Rule of Law and the Fatal Mistake of Achmea: Could the Intra-EU BIT's Have Been the Last Hope for Justice in Captured Illiberal Member States?*, cit. pp. 7-10.

⁵⁴⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 6. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11, Rn. 1-407, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/12/rs20161206_1bvr282111.html

⁵⁴⁷ E. SAPIORSKI, *Conflicting Conceptions of Constitutionalism: Investment Protection from the European Union and International Perspectives*, in *Netherlands Int'l L Rev*, 2019, V. 66, p. 219; P. PASCHALIDIS, *The pressing need for a European investment court*, in *Global Arbitration Review*, 10 February 2020.

instabilità normativa, con potenziali effetti disincentivanti per i futuri investimenti nel mercato interno. Il mutamento indotta dalla sentenza *Achmea* comporta conseguenze rilevanti per gli investitori, i quali vedono ridimensionata la possibilità di ricorrere all'arbitrato all'interno dell'Unione. Se l'obiettivo perseguito dalla Corte è stato quello di riequilibrare gli interessi in gioco, sottraendo lo Stato alla posizione di mera controparte passiva, nella prassi ciò si traduce nella necessità di rivolgersi ai giudici interni degli Stati membri. L'effetto indotto è dunque, quello di riaffermare il ruolo centrale delle corti interne e dell'Unione. Non è di per sé errato indurre a privilegiare la risoluzione delle controversie dinanzi alle corti nazionali: ciò è pienamente coerente con la logica di autonomia e coerenza dell'ordinamento europeo. Tuttavia, il sistema resta sbilanciato, poiché gli investitori mantengono comunque la possibilità di ricorrere all'ISDS al di fuori dei confini dell'Unione. Ne deriva un regime frammentato, in cui la protezione degli investimenti e le modalità di risoluzione delle controversie variano sensibilmente a seconda del contesto geografico. Questo divario mette in evidenza la necessità di riforma complessiva del sistema, capace di garantire una disciplina di riforma complessiva del sistema, capace di garantire una disciplina uniforme a livello globale. In questa direzione, si collocano i lavori del Working Group II dell'UNICITRAL, il cui obiettivo è proprio quello di elaborare soluzioni strutturali atte a rafforzare la coerenza e l'affidabilità del regime internazionale di risoluzione delle controversie in materia di investimenti.

5.1 *I contratti di investimento come alternativa ai BIT intra-UE*

La riflessione sul caso *Achmea* non può dirsi completa senza considerare contratti d'investimento. Se infatti l'incompatibilità degli arbitrati fondati su trattati bilaterali o multilaterali è stata chiaramente affermata dalla Corte di Giustizia, più complessa è la questione dei contratti di investimento. In questo contesto, si rende necessaria una distinzione fondamentale: da un lato, i contratti privati stipulati da operatori economici, dall'altro contratti conclusi tra un investitore straniero e lo Stato ospitante. In

quest'ultima categoria che emerge il problema, poiché tali accorsi, pur mantenendo natura negoziale, vincolano direttamente un'autorità pubblica. In particolare, occorre chiarire se l'accordo sia concluso tra soggetti privati – come avviene nella parte dei contratti commerciali internazionali – oppure se coinvolga lo Stato ospitante e un investitore straniero⁵⁴⁸. Questa distinzione non è meramente formale, poiché consente di determinare l'ambito e il carattere esclusivo della competenza dell'Unione in materia, incidendo direttamente sulla possibilità di qualificare tali rapporti come rientranti o meno nella sfera di applicazione del diritto dell'UE⁵⁴⁹. In dottrina e nella prassi arbitrale si era a lungo sostenuto che non esistesse un vero conflitto giuridico tra i trattati di investimento e il diritto dell'Unione, poiché la convenzione di Vienna non fornirebbe argomenti sufficienti per affermarne l'incompatibilità. Si era invece ritenuto che gli Stati conservassero la possibilità di stipulare accordi contrattuali specifici con gli investitori, contenenti clausole arbitrali. Nel caso del meccanismo ICSID, si è fatto notare che la Convenzione di Washington del 1965, essendo anteriore al Trattato di Lisbona, dovrebbe continuare a produrre effetti in virtù dell'art. 351 TFUE. Quanto agli arbitrati commerciali, essi rimangono disciplinati dalla Convenzione di New York del 1958; i problemi emergono soltanto nella fase di esecuzione dei lodi, qualora questa avvenga all'interno dell'UE, dove la Commissione li ha talora ricondotti alla disciplina sugli aiuti di Stato⁵⁵⁰.

La corte di giustizia ha adottato un orientamento radicalmente diverso. Con la Sentenza *PL Holdings*, l'impostazione data con la sentenza *Achmea* e *Komstroy*, è stata estesa anche agli arbitrati di matrice contrattuale. La Corte ha chiarito che consentire a uno Stato di deferire a un tribunale arbitrale questioni che possono implicare l'applicazione del diritto dell'unione equivarrebbe a eludere gli obblighi derivanti dai trattati, in particolare le disposizioni degli artt. 4 par 3 del TUE e art. 267 e 344 TFUE⁵⁵¹. Questa ricostruzione ha suscitato numerose critiche. Si è osservato, da un

⁵⁴⁸ A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 107

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ M. KONSTANTINIDIS, *Intra-EU Investment Contract Arbitration after Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 74, 2025, pp. 237, 238

⁵⁵¹ *Case C-109/20 Republic of Poland v PL Holdings Sàrl* EU:C: 2021:875, Judgment of 26 Oct 2021, paras 28, 47, 48 and 65; Fatti rilevanti: PL Holdings, società lussemburghese, acquisì (2010-13) la maggioranza azionaria in banche polacche (poi FM Bank

lato, che l'arbitrato contrattuale è assimilabile all'arbitrato commerciale internazionale, ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione nella sentenza *Eco Swiss*, poiché l'osservanza delle norme europee può essere garantita dai giudici nazionali nella fase di annullamento o di esecuzione del lodo⁵⁵². Inoltre, al contrario a quanto sostenuto dalla Corte, i procedimenti arbitrali non determinano un aggiramento della giustizia dell'Unione, in quanto nel caso dei contratti si ha un ruolo delle corti interne per la risoluzione delle controversie centrale e non marginale come sostenuto per i trattati⁵⁵³. Il nodo più problematico, secondo parte della dottrina, riguarda il metodo seguito dalla Corte: le motivazioni sono state ritenute eccessivamente concise e assertive, trascurando i vincoli derivanti dal diritto internazionale, in particolare l'obbligo per gli Stati membri di rispettare le convenzioni arbitrali ai sensi della Convenzione di New York. Ne emerge l'impressione che l'obiettivo primario fosse quello di riaffermare il principio del primato del diritto dell'Unione più che quello di svolgere un'analisi equilibrata dei rapporti tra regimi normativi. Le conseguenze di tale impostazione sono rilevanti: numerosi Stati membri, inclusi quelli tradizionalmente favorevoli agli arbitrati intra-UE come i Paesi Bassi, hanno sottoscritto l'Accordo di cessazione dei BIT interni all'Unione. Ciò rappresenta senza dubbio una vittoria politica per l'Unione, ma comporta anche un indebolimento della certezza giuridica e della fiducia degli investitori, che avevano fatto affidamento sulla validità delle clausole arbitrali al momento del loro ingresso nel mercato europeo⁵⁵⁴. La sentenza *PL Holdings* ribadisce

PBP). La KNF sospese i diritti di voto e obbligò alla vendita delle azioni, atto ritenuto espropriativo da PL Holdings, che avviò arbitrato SCC. Gli arbitri (2017) ordinarono la riattribuzione e danni. La Polonia, dinanzi alla Corte d'Appello svedese, vide rigettata la richiesta di annullamento in ragione del tacito "accordo arbitrale ad hoc", nonostante la clausola BIT fosse invalida secondo *Achmea*. La CJUE (26 ott. 2021, C-109/20) si pronunciò affermando che anche accordi ad hoc identici a quelli di un BIT invalido violano il diritto UE, esplicitamente gli artt. 4(3) TEU, 267 e 344 TFUE. Fatti rilevanti: PL Holdings, società lussemburghese, acquisì (2010-13) la maggioranza azionaria in banche polacche (poi FM Bank PBP). La KNF sospese i diritti di voto e obbligò alla vendita delle azioni, atto ritenuto espropriativo da PL Holdings, che avviò arbitrato SCC. Gli arbitri (2017) ordinarono la riattribuzione e danni. La Polonia, dinanzi alla Corte d'Appello svedese, vide rigettata la richiesta di annullamento in ragione del tacito "accordo arbitrale ad hoc", nonostante la clausola BIT fosse invalida secondo *Achmea*. La CJUE (26 ott. 2021, C-109/20) si pronunciò affermando che anche accordi ad hoc identici a quelli di un BIT invalido violano il diritto UE, esplicitamente gli artt. 4(3) TEU, 267 e 344 TFUE.

⁵⁵² Sul punto si veda: G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDI Blog*, 5 novembre 2021, <http://www.sidiblog.org/2021/11/05/la-decisione-della-corte-di-giustizia-ue-nel-caso-pl-holdings-la-legge-del-piu-forte-e-la-sconfitta-del-diritto/>

⁵⁵³ Si rimanda al par. 3 di questo capitolo: M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, cit. p. 38, 39; P. DUMBERRY, *International Investment Contracts*, cit. 223 ss.

⁵⁵⁴ G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDI Blog*, 5 novembre 2021, <http://www.sidiblog.org/2021/11/05/la-decisione-della-corte-di-giustizia-ue-nel-caso-pl-holdings-la-legge-del-piu-forte-e-la-sconfitta-del-diritto/>

con fermezza la linea della Corte di giustizia: nessun arbitrato intra-UE, né fondato su trattati né su contratti, può prevalere sul primato del diritto dell'Unione⁵⁵⁵. In conclusione, emerge che l'arbitrato contrattuale intra-UE non è di per sé inconcepibile con il diritto dell'Unione, purché resti circoscritto a rapporti specifici e sia garantito un controllo effettivo da parte dei giudici nazionali⁵⁵⁶. L'elemento derimente, dunque, non è tanto la natura privata o pubblica del contratto, quanto la capacità del sistema di assicurare che l'autonomia, l'unità e il primato del diritto dell'Unione non siano compromessi.

6. Conclusione: possibilità e limiti della giurisdizione interna

Tra le opzioni di riforma del sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, è stata prospettata anche l'ipotesi più radicale, secondo cui le Corti interne dovrebbero divenire il foro esclusivo per la risoluzione di tali controversie. Questa soluzione presenterebbe il vantaggio di rafforzare le istituzioni giudiziarie nazionali e di ridurre i costi derivanti dal ricorso a meccanismi internazionali; al tempo stesso, solleva varie criticità negli ordinamenti in cui l'imparzialità della magistratura, l'indipendenza del potere giudiziario o lo Stato di diritto non sono pienamente garantiti. Emerge quindi come le giurisdizioni interne rappresentino un attore fondamentale, sebbene non più centrale, poiché gli investitori attribuiscono valore non solo alla stabilità del quadro giuridico e alla presenza di IIAs, ma soprattutto all'esistenza di meccanismi di risoluzione delle controversie esterni al sistema giudiziario statale, che continuano a costituire un importante segnale di affidabilità e credibilità da parte degli Stati ospitanti⁵⁵⁷. In assenza di tali garanzie, non può escludersi che alcuni investimenti non vengano realizzati oppure siano indirizzati verso regimi giuridici che mantengono

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ M. KONSTANTINIDIS, *Intra-EU Investment Contract Arbitration after Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 74, 2025, pp. 239 ss; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit. pp. 212 ss.

⁵⁵⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit. p. 23.

l'accesso a strumenti di risoluzione internazionale⁵⁵⁸. In questo contesto, se si tornasse a fare affidamento esclusivamente sulle corti interne e quindi eliminare la previsione di un foro internazionale si rischierebbe di rendere prive di effettività le garanzie sostanziali contenute nei trattati di investimento, soprattutto negli ordinamenti in cui gli IIAs non siano direttamente invocabili davanti ai giudizi nazionali. Da questo nasce la necessità di riformare l'attuale sistema esistente per cercare di ridurre le disuguaglianze tra diverse categorie di investitori: sia rispetto alla disparità di potere contrattuale nella negoziazione di clausole arbitrali con lo Stato ospitante⁵⁵⁹; sia rispetto alla capacità di ottenere protezione diplomatica, che rimane selettiva e politicizzata, e che di fatto è accessibile quasi esclusivamente ad attori economici di grandi dimensioni⁵⁶⁰. Ci si trova quindi, dinanzi alla necessità di riequilibrare il rapporto tra giurisdizioni interne e internazionali. Da un lato, non si possono ignorare i limiti strutturali che caratterizzano molti sistemi giurisdizionali nazionali – indipendenza, imparzialità, durata dei procedimenti e garanzie fair trial⁵⁶¹. Dall'altro, rimane aperta la possibilità di rafforzare strumenti internazionali, anche nella prospettiva di una cooperazione con le corti interne. Si ritiene che sarebbe improprio escludere uno dei due metodi di risoluzione; risulta probabilmente più corretto cercare di favorire la coesistenza, affinché ciascuno possa fungere da supporto all'altro, considerando che entrambi i sistemi presentino imperfezioni.

Alla luce di ciò, è opportuno menzionare le proposte che finora hanno suscitato maggiore attenzione, ovvero: il miglioramento del sistema arbitrale esistente, l'introduzione di un *appeal mechanism*, la creazione di una corte internazionale permanente, eventualmente dotata di meccanismo di appello e la sostituzione dell'attuale regime con un massiccio di *State-to-state Dispute Settlement*. Diversi

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ S. FRANCK, *Arbitration costs, myths and realities in investment treaty arbitration*. Oxford University Press, Oxford, 2019, 76, 78.

⁵⁶⁰ M. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit. p.25; L. TRACKMAN, *Choosing domestic courts over investor-state arbitration: Australia's repudiation of the Status Quo*. UNSW Law J, 2012, v. 35(3), p. 982

⁵⁶¹ R. B. LILLICH, *The diplomatic protection of nationals abroad: an elementary principle of international law under attack*, in *American Journal of International Law*, 1975; B. ÉSAMBERT, *La Guerre économique mondiale*, 1991; P.M. DUPUY, *Le droit international des investissements*, 2000

Stati, hanno risposto alle critiche riguardanti i deficit di Stato di diritto nel diritto internazionale degli investimenti, avviando iniziative volte a migliorarne la coerenza⁵⁶². Tra gli attori maggiormente impegnati nel dibattito, un ruolo di primo piano è stato assunto dall'Unione Europea, che ha elaborato un nuovo approccio nella propria politica sugli investimenti esteri. Come si è visto in questo capitolo, tale approccio non è esente da critiche e complessità attuative, ma è stato presentato come una riforma complessiva del sistema ISDS, considerato antiquato e bisognoso di revisione⁵⁶³. Il nuovo approccio dell'UE si propone di intervenire sia sul piano sostanziale, attraverso l'introduzione di standard più precisi e organi incaricati di fornire chiarimenti vincolanti, sia sul piano dell'arbitrato ad hoc a un vero e proprio *Investment Court System*⁵⁶⁴. Questo modello si caratterizzerebbe per la permanenza, per la presenza di giudici nominati in anticipo – così da ridurre il rischio di carenze in termini di imparzialità - e per un meccanismo d'appello capace di correggere errori sia di diritto sia di fatto. Esso potrebbe realizzarsi mediante la creazione di corti istituite per ciascun trattato, oppure attraverso una corte multilaterale unica destinata a sostituire i meccanismi bilaterali esistenti⁵⁶⁵. Come sottolineato nel paragrafo 5, la posizione dell'Unione in relazione ai BITs intra-UE è stata radicale e ha contribuito a rendere più complesso il quadro degli investimenti per gli operatori europei. È tuttavia opportuno, a questo punto, soffermarsi anche sulle misure adottate da altri Stati nei confronti dei meccanismi di risoluzione delle controversie in materia d'investimento. Un esame delle riforme introdotte, in particolare da Australia e Sudafrica mostra che, come riconosciuto dal governo australiano nella propria dichiarazione di politica estera, l'intenzione di abbandonare l'arbitrato investitore-Stato comporta che le imprese nazionali debbano valutare autonomamente i rischi sovrani dei Paesi partner prima di

⁵⁶² UNCITRAL, 'Possible Reform of ISDS' (n 21) paras 26–70

⁵⁶³ S. SCHILL, C. TAMS (eds), *International Investment Protection and Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, p.104.

⁵⁶⁴ C. TITI, *International Investment Law and the European Union –Towards a New Generation of International Investment Agreements*, 2015, 26 EJIL, p. 639.

⁵⁶⁵ Council of the European Union, *Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*, 12981/17 ADD 1 (1 March 2018).

decidere se investire⁵⁶⁶. Allo stesso modo, il Sud Africa ha adottato una politica contraria all'ISDS, procedendo a una revisione complessiva dei propri trattati e terminandone la maggior parte⁵⁶⁷.

Accanto a queste soluzioni, parte della dottrina ha suggerito il possibile trapianto, nel contesto degli investimenti, di strumenti, di coordinamento mutati da altri settori del diritto internazionale: il rinvio pregiudiziale e il principio di complementarità⁵⁶⁸. Il primo, sul modello dell'art 267 TFUE⁵⁶⁹, consentirebbe a un giudice nazionale di chiedere a un organo internazionale di interpretare una disposizione di diritto degli investimenti, favorendo la certezza e l'uniformità del sistema. Tuttavia, la sua implementazione incontra ostacoli nei sistemi giuridici in cui i giudici non sono possono applicare direttamente IIAs⁵⁷⁰. Inoltre, come evidenziato nel paragrafo 5 di questo lavoro, la CGUE ha respinto l'interpretazione secondo cui i tribunali arbitrali in materia di investimento possano considerarsi alla stregua dei tribunali nazionali, escludendo pertanto la possibilità di poter ricorrere al rinvio pregiudiziale dinanzi alla stessa Corte.

Inoltre, tale modello configurerebbe i meccanismi internazionali come giurisdizione di ultima istanza, attivabile soltanto qualora i tribunali nazionali non fossero in grado di pronunciarsi. Questo approccio rafforzerebbe le corti interne, pur mantenendo una rete di sicurezza internazionale; ma l'assenza, nel settore degli investimenti, di attori istituzionali analoghi a quelli, ad esempio, del sistema penale internazionale renderebbe la sua trasposizione complessa e incerta⁵⁷¹. In definitiva, le diverse opzioni deliano un quadro articolato di benefici e criticità: dal rafforzamento

⁵⁶⁶ Australian Government (Department of Foreign Affairs and Trade), Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity (APRIL 2011), p. 14.

⁵⁶⁷ Per un maggior approfondimento sul tema si veda: M. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit. pp. 99 ss.

⁵⁶⁸ Y. SHANY, *Regulating jurisdictional relations between National and International Courts*. Oxford University Press, 2007 pp. 33, 38.

⁵⁶⁹ *Achmea B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. Slovak Republic*), Judgment Of The Court (Grand Chamber), 6 March 2018: par 32, 36.

⁵⁷⁰ S. SCHILL, C. TAMS (eds), *International Investment Protection and Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, p.106-110.

⁵⁷¹ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 90, Preamble; arts 1, 17; si veda sul punto; M. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, cit. pp. 99 ss.

delle giurisdizioni interne, al mantenimento o alla riforma dei meccanismi internazionali, fino all'ipotesi di modelli ibridi di coordinamento. La tensione tra giustizia intera e internazionale – tra sovranità statale e tutela degli investitori- rimane il filo conduttore che orienta il dibattito e costituisce lo sfondo per le questioni affrontate nei prossimi capitoli.

CAPITOLO III

APPLICABILITÀ INTERNA DEGLI STANDARD DI TRATTAMENTO: TRA DIRITTO E PRASSI

1. *Introduzione*

Nel diritto internazionale degli investimenti, la questione dell'applicabilità interna degli standard di trattamento costituisce oggi uno snodo teorico e pratico decisivo. La protezione dell'investitore. Si colloca infatti al crocevia tra norme internazionali e diritto nazionale, tra esigenze di certezza e spazi di discrezionalità pubblica. In questo quadro, lo standard del *Fair and Equitable Treatment (FET)* è divenuto un terreno privilegiato di confronto: la sua vocazione 'elastica' consente di misurare la distanza o la prossimità fra la *rule of law* invocata a livello sovranazionale e i meccanismi di tutela approntati dagli ordinamenti interni. Il capitolo affronta tale intersezione mettendo a fuoco tre profili complementari. Anzitutto, le fonti: al di là della tessitura pattizia, rivelano la portata della consuetudine, il ruolo dei principi generali e l'incidenza sempre più avvertita, di strumenti di *Soft Law* che orientano prassi e interpretazioni. In secondo luogo, si tratterà l'applicazione degli standard: giudici nazionali e tribunali arbitrari interagiscono in un dialogo non privo di frizioni, nel quale il diritto interno definisce posizioni giuridiche e situazioni soggettive, mentre gli standard internazionali operano spesso come parametro di controllo sull'esercizio del potere pubblico.

Infine, si vaglieranno i metodi: il diritto comparato e l'analisi sistematica forniscono griglie utili a comporre un insieme di leggi applicabili, riducendo le asimmetrie interpretative e favorendo una maggiore coerenza tra livelli ordinamentali, in considerazione anche della crisi che il sistema ISDS si trova a vivere da tempo. Senza pretesa di esaurire un dibattito in continua evoluzione, questo capitolo cerca di

proporre una lettura funzionale degli standard di trattamento alla prova degli ordinamenti interni. Ne emerge un campo in cui si confrontano, e talvolta si ricompongono, esigenze diverse: la tutela dell'affidamento dell'investitore, la salvaguardia dello spazio regolatorio statale, l'autonomia dell'arbitrato e l'autorità delle corti domestiche. L'obiettivo è cercare di offrire una ricostruzione delle questioni che aleggiavano intorno alla cooperazione tra tribunali arbitrali e Corti interne, cercando di chiarire categorie, linguaggi e criteri che informano l'odierna prassi.

2. *Il Fair and Equitable Treatment come standard contestato*

Il *Fair and Equitable Treatment* (FET) rappresenta oggi uno degli standard più discussi e al tempo stesso, più frequentemente invocati nel contenzioso in materia di investimenti. Se nel primo capitolo (§4.1) di questo lavoro si è visto come lo standard si sia progressivamente affermato a partire dal riferimento storico al *minimum standard of treatment* del diritto internazionale consuetudinario, fino a divenire clausola centrale dei trattati bilaterali e multilaterali sugli investimenti, è ora necessario soffermarsi sulle criticità che ne hanno accompagnato l'evoluzione e che ne hanno fatto uno degli strumenti più controversi del diritto degli investimenti.

La critica più frequente riguarda la vaghezza della clausola: il riferimento a un trattamento giusto ed equo appare privo di un contenuto precostituito e si presta a interpretazioni divergenti. Ciò ha permesso ai tribunali arbitrali di adattare lo standard a molteplici situazioni, spesso interpretandolo in modo molto generico o viceversa in modo restrittivo, questo ha comportato una forte incertezza giuridica. La maggior parte dei BITs prevede clausole FET a tutela degli investitori stranieri. Si tratta dello standard più frequentemente invocato nelle controversie in materia di investimento, e al tempo stesso, di quello con maggior rilevanza pratica: una parte significativa dei ricorsi accolti in sede arbitrale si fonda, infatti, su violazioni dello standard FET. Alcuni

tribunali arbitrali hanno richiamato l'attenzione sulla vaghezza e sulla mancanza di una definizione precisa del FET⁵⁷².

Nel caso *CMS v. Argentina*, il Tribunale ha osservato, che il punto centrale da decidere era se le misure adottate dall'Argentina avessero violato lo standard di protezione derivante dall'impegno a garantire un trattamento giusto ed equo all'investitore. Il trattato, come la maggior parte degli accordi bilaterali d'investimento, secondo il tribunale arbitrale, non forniva una definizione precisa di tale standard e, sotto questo profilo, la preoccupazione sollevata dall'Argentina circa la vaghezza non era del tutto priva di fondamento⁵⁷³. Nel caso *Rumeli v. Kazakhstan*, Il tribunale ha rilevato che il concetto di "trattamento giusto ed equo" non è definito con precisione. Esso rappresenta piuttosto un punto di partenza generale per sostenere che l'investitore stranieri non sia stato adeguatamente tutelato a causa di misure discriminatorie o comunque ingiuste adottate nei suoi confronti. Si tratta, quindi, di una nozione il cui contenuto dipende dall'interpretazione dei fatti concreti. La portata esatta dello standard è pertanto, rimessa alla valutazione del Tribunale⁵⁷⁴. L'espressione standard minimo risulta quindi ambigua quando non viene chiarito il fondamento giuridico. Qualsiasi standard, infatti, può essere definito minimo soltanto in relazione a un altro standard più ampio⁵⁷⁵. È quanto affermato nel caso *Urbaser v. Argentina*, dove è stata sottolineata l'ambiguità insita nell'espressione stessa di standard minimo. In questo

⁵⁷² *Sempra v. Argentina*, Award, 28 September 2007, para 296; *Mamidoil v. Albania*, Award, 30 March 2015, paras 599– 601; *Flemingo v. Poland*, Award, 12 August 2016, para 530; *Suez and InterAgua v. Argentina*, Decision; on Liability, 30 July 2010, paras 196, 202.

⁵⁷³ *CMS Gas Transmission Company c. Repubblica Argentina*, ICSID, Caso n. ARB/01/8, Lodo del 12 maggio 2005, par. 273: "The key issue that the Tribunal has to decide is whether the measures adopted in 2000 - 2002 breached the standard of protection afforded by Argentina's undertaking to provide fair and equitable treatment. The Treaty, like most bilateral investment treaties, does not define the standard of fair and equitable treatment and to this extent Argentina's concern about it being somewhat vague is not entirely without merit".

⁵⁷⁴ *Rumeli Telekom A.Ş. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.Ş. c. Repubblica del Kazakhstan*, ICSID, Caso n. ARB/05/16, Lodo del 29 luglio 2008, par. 610: "The concept 'fair and equitable treatment' is not precisely defined. 'It offers a general point of departure in formulating an argument that the foreign investor has not been well treated by reason of discriminatory or other unfair measures being taken against its interest. It is therefore a concept that depends on the interpretation of specific facts for its content.' The precise scope of the standard is therefore left to the determination of the Tribunal which 'will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable.'"

⁵⁷⁵ *Urbaser S.A. e Consorzio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Repubblica Argentina*, ICSID, Caso n. ARB/07/26, Lodo dell'8 dicembre 2016, par. 610.

senso, il termine risulta privo di reale sostanza, poiché non fornisce un parametro concreto per stabilire quale livello minimo di protezione sia effettivamente garantito⁵⁷⁶.

Il Tribunale ha poi riconosciuto che vi è certamente spazio per ammettere che il concetto di trattamento giusto ed equo debba essere rapportato alle circostanze specifiche di ciascun caso, come implicano già le stesse parole “giusto”, “equo” e “trattamento”⁵⁷⁷. Tuttavia, tale constatazione non è di per sé sufficiente a chiarire il contenuto dello standard. Il semplice richiamo al fatto che lo standard debba essere interpretato in modo flessibile dal Tribunale arbitrale, o che esso dipenda dai fatti concreti, non consente di delinearne con precisione la portata. Al contrario, affidare la definizione del trattamento giusto ed equo alla sola discrezionalità dei tribunali arbitrali rischierebbe di generare interpretazioni divergenti e arbitrarie, minando l’obiettivo principale della clausola FET: assicurare un quadro stabile e prevedibile per la protezione degli investimenti⁵⁷⁸. Nel caso *Tecmed v. Mexico*, relativo al ritiro di una licenza per un impianto di smaltimento di rifiuti pericolosi, il tribunale arbitrale ha offerto la definizione più articolata di trattamento giusto ed equo, collegando direttamente al principio di buona fede e alle legittime aspettative dell’investitore. Lo Stato ospitante, secondo il tribunale, deve agire in modo coerente, chiaro e trasparente, evitando revoche arbitrarie di autorizzazioni già concesse e astenendosi da condotte ambigue o discriminatorie, così da garantire all’investitore un quadro normativo stabile e prevedibile⁵⁷⁹. Dopo aver sottolineato l’esigenza di interpretare autonomamente lo

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ *Ivi*, par. 611

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States*, (ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para 154: “The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that 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, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor’s ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and

standard, alla luce del testo del trattato, del diritto internazionale e del principio di buona fede, il tribunale ha collegato il FET alle legittime aspettative dell'investitore⁵⁸⁰. In particolare, ha precisato che lo Stato ospitante deve agire in modo coerente, chiaro e trasparente, evitando comportamenti ambigui o arbitrari, così da consentire all'investitore di conoscere ex ante il quadro normativo e amministrativo applicabile, pianificare le proprie attività e fare affidamento sulla stabilità delle autorizzazioni rilasciate⁵⁸¹. La decisione ha inoltre sottolineato che lo Stato non può utilizzare gli strumenti giuridici in maniera distorta né privare l'investitore del proprio investimento senza adeguato indennizzo⁵⁸². Nel caso *Saluka v. Czech Republic*, concernente la crisi di una banca nella quale gli investitori avevano acquistato partecipazioni, il tribunale si è pronunciato a seguito della sua acquisizione da parte di un concorrente che aveva beneficiato di un sostegno finanziario statale, mentre analogo aiuto non era stato concesso agli investitori reclamanti. Pur riconoscendo ampio margine di discrezionalità allo Stato nel perseguire le proprie politiche economiche, il tribunale ha ritenuto che le misure adottate configurassero una violazione del FET, chiarendo che l'investitore straniero ha diritto ad aspettarsi che lo Stato ospitante non agisca in modo chiaramente incoerente, opaco o discriminatorio⁵⁸³. Un approccio sistematico allo standard è stato adottato anche nel caso *Waste Management II v. Mexico*, promosso nell'ambito del NAFTA in relazione a una concessione per la gestione dei rifiuti, caratterizzata da una serie di inadempimenti da parte del municipio. Il tribunale, interpretando l'art.1105 NAFTA⁵⁸⁴, ha individuato i presupposti per la violazione del FET, causato da condotte statali arbitrarie, grossolanamente ingiuste e discriminatorie,

equitable treatment principle [...]"; International Court of Justice Case: Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), *Neer c. Messico*, decisione della Commissione mista USA-Messico, 15 ottobre 1926, in IV *RIAA*, p. 60

⁵⁸⁰ *Ivi*, par. 122.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² *Ivi*, par 121.

⁵⁸³ *Saluka Investments BV v Czech Republic* (UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006) para 309.

⁵⁸⁴ *Waste Management Inc v United Mexican States (II)* (ICSID Case No ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004) para 98

nonché in situazioni di carenza di *due process* tali da compromettere la correttezza giudiziaria del procedimento, come nei casi di manifesta negazione di giustizia⁵⁸⁵.

Dalla rassegna dei casi emerge un quadro frammentato ma indicativo delle tensioni insite nello standard FET. *Tecmed* ha inaugurato una lettura estensiva, fondata sul principio di buona fede e sulla tutela delle legittime aspettative degli investitori. *Saluka*, a contrario, ha insistito sulla necessità di bilanciare la protezione degli investimenti con la discrezionalità dello Stato nelle politiche economiche. *Waste Mangement II* ha offerto un tentativo di sistematizzazione, ancorando il FET a criteri di trasparenza, ragionevolezza e *due process*. I casi argentini hanno mostrato approcci incoerenti rispetto alla crisi interna, contribuendo ad accrescere la percezione di incertezza. Nel complesso, il FET si configura come uno standard dinamico e in continua evoluzione, ma al tempo stesso privo di una fisionomia univoca, oscillante tra istanze di tutela dell'investitore e difesa della sovranità statale.

Uno degli elementi che rientrano stabilmente nello standard FET è il rispetto del *due process of law*, soprattutto nella sua declinazione negativa delle “denegata giustizia”. Si tratta, infatti della forma classica di illecito internazionale in materia di trattamento degli stranieri, rispetto alla quale lo Stato può essere ritenuto responsabile in caso di violazione del principio⁵⁸⁶. Tuttavia, secondo Dolzer questa indeterminatezza non è necessariamente un limite: la natura flessibile del FET può essere considerata un punto di forza, poiché è impossibile anticipare le condotte statali che potrebbero incidere negativamente sulla posizione dell'investitore⁵⁸⁷. Un parametro aperto consente quindi al giudice o all'arbitro di valutare caso per caso, sulla base delle circostanze concrete⁵⁸⁸. Ne deriverebbe, in ogni caso, una mancata eterogeneità interpretativa dello Standard FET, la cui portata verrebbe modellata di volta in volta in

⁵⁸⁵North American Free Trade Agreement (NAFTA), firmato il 17 dicembre 1992, entrato in vigore il 1° gennaio 1994, in 32 ILM,1993, art. 1105: Minimum Standard of Treatment: “1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security; 2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife; 3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).”

⁵⁸⁶ F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, 2018, p. 58.

⁵⁸⁷ R.DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 187.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

base al contenuto del trattato, del tipo di procedimento o al contesto fattuale della controversia.

È in questa chiave che il FET è stato sempre più interpretato come manifestazione del principio di Stato di diritto⁵⁸⁹. In dottrina si osserva, infatti, che il trattamento giusto ed equo incarna la rule *of law* quale parametro minimo che gli Stati ospitanti devono garantire nella gestione degli investimenti stranieri⁵⁹⁰. Numerosi tribunali hanno fatto propria questa impostazione, arrivando a qualificare il FET come principio generale del diritto internazionale, riconducibile anche attraverso un'analisi comparata dei sistemi giuridici nazionali⁵⁹¹. Infine, il FET si configura come uno standard assoluto in quanto, trova il suo riferimento diretto nel diritto internazionale. In questa logica, esso non subordinato al diritto interno, ma opera come criterio indipendente attraverso cui valutare la condotta dello Stato nei confronti degli investitori stranieri⁵⁹².

3. *Le fonti: consuetudine, principi generali, soft law*

L'analisi dell'applicabilità interna degli standard di trattamento impone una riflessione preliminare sulle fonti che ne determinano il contenuto e la forza vincolante. Tali standard, infatti, non si esauriscono nei soli trattati bilaterali di investimento, ma si radicano in un più ampio quadro normativo internazionale che coinvolge le norme consuetudinarie, i principi generali di diritto e, in tempi più recenti, una pluralità di strumenti di Soft Law. Tra questi, il riferimento originario è rappresentato dal *minimum*

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ S.W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, in SW Schill (ed) *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, pp.151, 152.

⁵⁹¹ Philip Morris v Uruguay, Concurring and Dissenting Opinion Gary Born, 8 July 2016, paras 40– 42; Toto v Lebanon, Award, 7 June 2012, paras 166, 193 AMTO v Ukraine, Final Award, 26 March 2008, para 87; Merrill & Ring v Canada, Award, 31 March 2010, para 187; Total v Argentina, Decision on Liability, 27 December 2010, para 111.

⁵⁹² *El Paso Energy International Company v Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/03/15, Award, 31 October 2011) para 337: “In conclusion, it is the Tribunal’s view that the FET is not to be viewed with reference to national law - in which case it could be lower than required by international law - but has to be interpreted with reference to international law, the result being that it cannot go below what is required by international law, which is the standard to be applied. But if national law or the treatment accorded to some foreigners exceeds this minimum international standard, it is one of the former that has to be applied. In a sense, it could be said that the foreign investor is entitled to the most favourable treatment, be it national law, rules applied to some foreigners or the international minimum standard embodied in FET. The Tribunal thus considers that the FET of the BIT is the international minimum standard required by international law, regardless of the protection afforded by the national legal orders”.

standard of treatment, che ha storicamente costituito il nucleo essenziale della protezione internazionale dell'investitore, indipendentemente dalla stipulazione di specifici accordi bilaterali o multilaterali. Su questa base si è poi sviluppato il più complesso e articolato *Fair and Equitable Treatment* (FET), oggi clausola centrale dei BITs. Il FET è il principio che ha progressivamente sostituito lo standard minimo internazionale ed è oggi specificato nei trattati di investimento⁵⁹³.

Sebbene In passato l'esistenza del *minimum standard of treatment* sia è stata oggetto di contestazioni, la prassi più recente converge nel riconoscerlo come norma di diritto internazionale consuetudinario⁵⁹⁴. Ciò comporta, in termini pratici, che l'obbligo vincola tutti gli Stati, anche quelli che non abbiano concluso trattati bilaterali di investimento e che lo standard possa essere invocato da qualsiasi investitore straniero, indipendentemente dall'esistenza di un BIT tra lo Stato di origine e quello ospitante⁵⁹⁵.

Diversi Stati hanno esplicitamente affermato che il *minimum standard of treatment* fa parte del diritto consuetudinario. Questa ricostruzione, oggi difficilmente contestata, ha trovato conferma in numerose decisioni arbitrali. Nel caso in *Mondev v. United States*, il tribunale ha chiarito che l'art. 1105 par 1 NAFTA si riferisce a uno standard esistente in base al diritto internazionale consuetudinario, e non a standard stabiliti da altri trattati⁵⁹⁶. Il tribunale ha inoltre precisato che, in assenza di un chiaro intento di incorporare per rinvio tali ulteriori regimi, occorre concludere che l'art. 1105 rimandi esclusivamente al *minimum standard of treatment* così come storicamente inteso nel

⁵⁹³ C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2023, p. 499.

⁵⁹⁴ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*; Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, 2013, p. 23,24

⁵⁹⁵ *Ibidem*; OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1967; in senso opposto M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, pp. 89, 92, 151; Secondo Sornarajah, anche qualora si ammettesse l'esistenza di una regola consuetudinaria, molti Stati in via di sviluppo si qualificerebbero come *persistent objectors* e, in quanto tali, non sarebbero vincolati. L'autore osserva che vi sono "poche" regole consuetudinarie nel campo del diritto internazionale degli investimenti. Egli aggiunge inoltre che "è difficile stabilire che la responsabilità degli Stati per danni economici arrecati a investitori stranieri sia stata riconosciuta come principio di diritto internazionale consuetudinario. Gli Stati dell'America Latina così come quelli africani e asiatici devono essere considerati obiettori persistenti alla formazione di tale diritto internazionale consuetudinario"; M. SORNARAJAH, *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n. 3, 1997, pp. 103-140; P. DUMBERRY, *The Last Citadel! Can a State Claim the Status of "Persistent Objector" to Prevent the Application of a Rule of Customary International Law in Investor-State Arbitration?*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 2010, pp. 379-400.

⁵⁹⁶ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 121.

diritto consuetudinario, indipendentemente dalle controversie sorte sul suo contenuto concreto⁵⁹⁷. Questa impostazione è stata confermata dal tribunale nel caso *Waste Management v. Mexico*, il quale ha richiamato il caso *Mondev* riaffermando l'appartenenza del *minimum standard* al diritto internazionale consuetudinario⁵⁹⁸. Anche in dottrina si è largamente sostenuto la natura consuetudinaria dello Standard⁵⁹⁹.

In contrapposizione con quanto sostenuto da una parte della dottrina, non sono mancati studiosi che hanno contestato la qualificazione come norma consuetudinaria del *minimum standard of treatment*. Porterfield, ad esempio, ha sostenuto che l'assunto secondo cui il diritto internazionale consuetudinario includerebbe un *minimum standard of treatment* non sia mai stato suffragato da un'analisi empirica della prassi statale in materia di investimenti⁶⁰⁰. Egli critica inoltre il peso attribuito alle decisioni arbitrali, ritenendo che non possano fungere da guida nell'evoluzione dello standard minimo⁶⁰¹.

Su posizioni simili si colloca Sornarajah, il quale nega l'esistenza di una vera regola consuetudinaria, osservando come sia difficile dimostrare un consenso libero e generalizzato degli Stati in via di sviluppo alla sua formazione⁶⁰². Secondo l'autore, la genesi di tali principi sarebbe piuttosto il risultato della pressione esercitata dalle grandi

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

⁵⁹⁸ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, N.2, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 91: "The FTC's interpretation has been extensively discussed in subsequent decisions, in particular the *Mondev*³³ and *ADF* cases.³⁴ The *Mondev* tribunal found that the FTC interpretation: resolves any dispute about whether there was such a thing as a minimum standard of treatment of investment in international law in the affirmative; makes clear that the standard of treatment is to be found by reference to international law; clarifies that Article 1105 refers to a standard existing under customary law, not standards under other treaties of the NAFTA Parties or other provisions within NAFTA; clarifies that the terms "fair and equitable treatment" and "full protection and security" are references to existing elements of customary international law and are not "additive", that is, they do not add novel elements to that standard; and incorporates current international customary law, at least as it stood at the time that NAFTA came into force in 1994, rather than any earlier version of the standard of treatment"

⁵⁹⁹ R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 58; L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, p. 48; I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, pp. 61-62, 67; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, p. 234; A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2012, p. 145; G. CAVAZOS VILLANUEVA, *The Fair and Equitable Treatment Standard: The Mexican Experience*, VDM Verlag, 2008, pp. 63-64.

⁶⁰⁰ M.C. PORTERFIELD, *An International Common Law of Investor Rights?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, 2006, pp. 81-82.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, cit. pp. 213 ss.

potenze, interessate a costruire regole di protezione degli investimenti da applicare ai Paesi in via di sviluppo, che le hanno costantemente avversate⁶⁰³.

Il contenuto essenziale del minimum standard è stato progressivamente assorbito e sviluppato all'interno dello standard FET, ormai divenuto clausola ricorrente nei trattati bilaterali di investimento⁶⁰⁴. Il FET è stato interpretato dalla prassi arbitrale come comprensivo di obblighi ulteriori come: la protezione dell'affidamento legittimo dell'investitore, l'esigenza di trasparenza dell'azione pubblica, il trattamento non discriminatorio, lo standard della *full protection and security*. Nonostante il progressivismo sviluppo, la natura giuridica dello standard FET resta discussa⁶⁰⁵.

Accanto al ruolo centrale assunto dai trattati bilaterali di investimento, la consuetudine internazionale mantiene una funzione di primo piano nel diritto degli investimenti. Come previsto dall'art. 31 par 3 let. C della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁶⁰⁶, le disposizioni convenzionali devono essere interpretate nel contesto delle norme generali di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le parti. La prassi arbitrale dimostra la perdurante rilevanza della consuetudine: basti pensare alle regole sull'attribuzione della condotta dello Stato, sulla responsabilità internazionale e sul calcolo dei danni. Particolare rilievo assumono inoltre le regole consuetudinarie in materia di espropriazione, diniego di giustizia e nazionalità degli investitori⁶⁰⁷.

Accanto alla consuetudine, anche i principi generali di diritto hanno acquisito crescente attenzione nella prassi degli investimenti internazionali. Ai sensi dell'art 38

⁶⁰³ Ivi, p. 92

⁶⁰⁴ S.W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, cit., pp.150 ss.; R. DOLZER, *Fair and Equitable Treatment Standard in the International Investment Law*, EJIL 2009.

⁶⁰⁵ F. M. PALOMBINO, Il Trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri, Il Mulino, 2012,

⁶⁰⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 31, **General rule of interpretation**; “*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. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes, any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty, and any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. There shall be taken into account, together with the context, any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions, any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation, and any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended*”.

⁶⁰⁷ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, OUP, 2013, p. 107-112, 126.

par 1 lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, si fa riferimento a quei principi che risultano comuni agli ordinamenti interni della gran parte degli Stati e che, in quanto tali, possono essere applicativi in via sussidiaria come “principi generali di diritto” nel caso di assenza di norme pattizie o consuetudinarie⁶⁰⁸. Si tratta, in larga misura, di principi di giustizia e di coerenza logico-giuridica così basilari e strettamente legati all’idea stessa di diritto da potersi presumere presenti in ogni sistema giuridico. Non a caso, i principi generali di diritto sono stati utilizzati estensivamente dai tribunali arbitrali sin dal XIX secolo per risolvere controversie riguardanti contratti di concessione per lo sfruttamento di risorse naturali stipulati tra Stati e società straniere. Ciò accadeva in un contesto in cui il diritto internazionale era poco sviluppato, rendendo naturale, soprattutto in Europa il ricorso ai principi consolidati del diritto interno per colmare le lacune normative⁶⁰⁹. Attualmente, tra i principi più frequentemente richiamati dai tribunali arbitrali figurano: la buona fede, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *estoppel*, *nullus commodum capere de sua inuria propria*, *pacta sunt servanda*, divieto di arricchimento senza causa, *res judicata*, oltre ai principi generali di *due process*, come il diritto di essere ascoltati⁶¹⁰.

In tale prospettiva, il tribunale arbitrale nel caso *Chevron/TexPet v. Ecuador* ha offerto un’ampia applicazione dei principi generali, in particolare con riferimento al divieto di arbitrarietà, alla discriminazione e alla garanzia di accesso effettivo alla giustizia⁶¹¹. Richiamando la nozione consolidata secondo cui un comportamento statale può qualificarsi arbitrario solo quando sia del tutto irrazionale o prossimo a una condotta deliberatamente impropria. Il collegio ha sottolineato che l’onere probatorio in capo agli investitori richiede una dimostrazione puntuale di tali elementi⁶¹². Analogamente, con riguardo alle accuse di discriminazione il tribunale ha ribadito che

⁶⁰⁸ C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, cit. p. 136-137.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ Si veda: R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 23; M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, OUP, 2013; C. T. KOTUBY, L. U. SOBOTA, *General Principles of Law and International Due Process*, OUP, 2017.

⁶¹¹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador (Chevron v. Ecuador I)*, PCA Case No. 34877, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, par. 334-340; *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 agosto 2008, par. 391, 392.

⁶¹² *Ibidem*.

per configurare una violazione è necessario dimostrare un trattamento differente rispetto ad altri soggetti in condizioni comparabili e primo di adeguata giustificazione⁶¹³. In questa prospettiva, il tribunale ha rilevato che i procedimenti avviati da *TexPet* dinanzi ai tribunali ecuadoriani erano rimasti per oltre tredici anni senza decisione definitiva, un ritardo che non poteva essere giustificato né dalla complessità delle cause, di natura contrattuale e di media difficoltà, né dal comportamento delle parti, che avevano insistentemente sollecitato una pronuncia⁶¹⁴. Tali circostanze hanno condotto il collegio ad accettare la violazione dell'art 2 par 7 del BIT⁶¹⁵, configurando un'inadempienza dello Stato agli obblighi internazionali assunti, alla luce dei principi generali di buona fede, ragionevolezza ed *estoppel*, i quali impediscono allo Stato di trarre vantaggio da un sistema giudiziario inefficiente che ostacola l'effettivo esercizio dei diritti degli investitori⁶¹⁶.

In una prospettiva più cauta, parte della dottrina ha suggerito che anche il diritto internazionale dei diritti umani possa offrire argomenti comparativi utili all'elaborazione degli standard di trattamento degli investitori stranieri. Dopo il declino del *Claims Commissions* e prima dell'affermazione dell'arbitrato sugli investimenti, gli Stati hanno creato regimi internazionali e regionali di tutela dei diritti umani, contenenti garanzie funzionalmente analoghi a quelli dei trattati sugli investimenti⁶¹⁷. La maggior ricchezza normativa in materia di diritti umani rispetto alla relativa scarsità di prassi sul trattamento degli stranieri rende naturale il ricorso all'analogia. È stato osservato che tale tecnica si fonda su una 'identità o somiglianza di proporzione', capace di collegare anche regimi giuridici differenti⁶¹⁸, capaci di collegare anche gli regimi giuridici differenti. Ne consegue che un parallelismo calibrato tra i due ambiti risulta coerente con la logica della prassi internazionale: il *daniel of justice* può essere

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ *Ibidem*.

⁶¹⁵ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Protocol and a Related Exchange of Letters, Washington, 27 August 1993, par. 7: "provides that each Party must provide effective means of asserting rights and claims with respect to investment, investment agreements and any investment authorizations. Under paragraph 8, each Party must make publicly available all laws, administrative practices, and adjudicatory procedures pertaining to or affecting investments".

⁶¹⁶ *Ivi*, parr. 253-256

⁶¹⁷ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, cit. p. 177.

⁶¹⁸ H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green & Co. Ltd, London, 1927, p. 83.

accostato al diritto a un equo processo, l'espropriazione alle garanzie contro la privazione arbitraria della proprietà, il *fair and equitable treatment* ha la protezione del diritto di proprietà e il *full protection and security* ad aspetti del diritto alla vita punto a differenza di principi generali desunti dal diritto interno i diritti umani operano già come obblighi internazionali verso gli individui la cui violazione comporta direttamente responsabilità dello Stato⁶¹⁹.

3.1 *La rilevanza della Soft Law nel diritto internazionale degli investimenti*

Nella prossima in dottrina si parla di soft law per indicare norme o principi che non sono giuridicamente vincolanti ma che tuttavia, quando non vengono richiamate da norme vincolanti, potrebbero produrre comunque un effetto giuridico ma di portata minore⁶²⁰. Nel processo di ricalibratura del diritto internazionale degli investimenti, gli strumenti di Soft Law sono divenuti sempre più centrali per colmare lacune normative, orientare l'interpretazione delle clausole di protezione e armonizzare la prassi. Tra i più significativi rientrano le *IBA Rules on the Taking of Evidence* e le *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* in ambito procedurale, nonché i *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs), le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, i quadri UNCTAD per lo sviluppo sostenibile, oltre vari standard settoriale e ambientali, come quelli in materia di due diligence e di valutazione d'impatto⁶²¹. Controverso si è rivelato l'uso delle IBA Guidelines sui conflitti di interesse, dal momento che il sistema ICSID contiene già proprie disposizioni in materia di ritorsione: in casi come *Total v. Argentina* esse sono state considerate meri riferimenti utili, ma prive di carattere vincolante. Ciononostante, la diffusione ha avuto un impatto rilevante sia sul processo di revisione delle regole ICSID, che oggi contempla aspetti tradizionalmente regolati dalle IBA Rules, sia sulla prassi pattizia più recente. Alla luce di quanto ora detto si può notare come il CETA o i modelli

⁶¹⁹ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, cit. p. 177.

⁶²⁰ C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, cit. p. 228.

⁶²¹ G. ADINOLFI, *Soft Law in International Investment Law and Arbitration*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 1, no. 1, 15 October 2021, pp. 86–112.

bilaterali elaborati dal Brasile, Unione Europea e Norvegia hanno introdotto veri e propri codici di condotta vincolanti per arbitri e giudici, con il risultato di ‘cristallizzare’ norme sviluppatesi come Soft Law⁶²².

Sul piano sostanziale, il soft law è stato utilizzato in contesti diversi. Esso ha svolto un ruolo nelle questioni di giurisdizione ammissibilità, in particolare nel valutare la legittimità degli investimenti alla diligenza richiesta agli investitori in materia di diritti umani, corruzione e responsabilità sociale d'impresa. Nel caso *Copper Mesa v. Ecuador* un'obiezione alla giurisdizione è stata sollevata dal convenuto sulla base del fatto che il ricorrente era responsabile di gravi violazioni del diritto internazionale e dei principi sulla responsabilità sociale delle imprese, incluso le OECD Guidelines e il Global Compact⁶²³. Tuttavia, dopo aver riqualificato questa questione come questione di ammissibilità, il Tribunale non si è pronunciato sul peso da accreditare al soft law sulla base del fatto che la liceità del comportamento del ricorrente era stata contestata solo dopo l'inizio del procedimento, e non quando è stato effettuato l'investimento⁶²⁴.

Inoltre, norme di Soft Law sono state richiamate per l'interpretazione delle clausole di protezione. Un esempio significativo è il caso *Philip Morris v. Uruguay* in cui le misure contestate erano state adottate sulla base della *Framework Convention on Tobacco Control* e delle *Guidelines on Implementation*. Tale configurazione normativa ha consentito al tribunale di ritenere che l'Uruguay non avesse violato la clausola sul FET contenuta nel BIT con la Svizzera, in quanto le misure sanitarie restrittive trovavano un chiaro fondamento nelle Linee guida stesse. L'evidente collegamento tra le politiche statali adottate e gli strumenti di soft law ha reso possibile l'ipotesi di

⁶²² Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, signed 30 October 2016, provisionally entered into force 21 September 2017, art. 8.30(1); Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Singapore, of the other part, signed 19 October 2018, not yet in force, art. 3.11(1) and Annex 7; Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other part, signed 30 June 2019, not yet in force, art. 3.40(1) and Annex 11; Italy Model Bilateral Investment Treaty, 2020, art. 14(15) and Annex I; Norway Model Bilateral Investment Treaty (2015), art. 15, “Conflict of Interest and Code of Conduct

⁶²³ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, Award, 15 March 2016, par. 5.29; *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2011.

⁶²⁴ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, Award, 15 March 2016, par. 5.61–5.64; J.E. VIÑUALES, “Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, 2017, pp. 346 ff., 359–360.

utilizzare questo tipo di norme per affermare la legittimità della condotta statale⁶²⁵.

In *Urbaser v. Argentina* gli strumenti di soft law sono stati riferiti a ritenere che gli obblighi di diritto internazionale si applicano anche per quanto riguarda gli investitori stranieri⁶²⁶. Questa tendenza si riflette negli accordi di nuova generazione, che non si limitano a richiamare in preambolo principi generali su sviluppo sostenibile, diritti umani, responsabilità sociale d'impresa, ma introducono talvolta disposizioni operative che incoraggiano o impongono agli investitori il rispetto di standard internazionali. In tale prospettiva, il Model BIT olandese del 2019, stabilisce che, nel determinare l'ammontare del risarcimento, i tribunali debbano considerare l'eventuale inosservanza, da parte dell'investitore, degli impegni derivanti dai principi guida delle Nazioni Unite e dalle linee guida OCSE per le imprese multinazionali, aprendo così la strada ha una possibile riduzione dell'indennizzo in caso di condotta imprenditoriale negligente⁶²⁷. Pur non avendo natura vincolante, questi strumenti assumono rilevanza anche nell'ordinamento interno. I giudici nazionali, infatti, possono impiegarli come parametri interpretativi per chiarire contenuto e limiti di clausole generali come buona fede, proporzionalità e trasparenza; allo stesso modo, essi possono servire a valutare la diligenza dell'investitore per rafforzare la legittimità di misure regolatorie statali in settori delicati quali l'ambiente, la salute pubblica, la responsabilità sociale d'impresa. L'esplicito richiamo di tali standard nei trattati, infine, li rende parte del 'contesto

⁶²⁵ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 393–396.

⁶²⁶ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, 12 August 2010, para. 37

⁶²⁷ Netherlands Model Bilateral Investment Treaty, 2019, art. 7: "*Corporate Social Responsibility* 1. 2. Investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host state, including laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws; 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, 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. The Contracting Parties reaffirm the importance of investors conducting a due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for the environmental and social risks and impacts of its investment. Investors 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. 5. The Contracting Parties express their commitment to the international framework on Business and Human Rights, such as the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and commit to strengthen this framework"; si veda anche: G. ZARRA, *International Investment Treaties as Source of Human Rights Obligations for Investors*, in BUSCEMI et al. (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, Boston, 2020, pp. 52-64.

rilevante' ai sensi dell'art. 31 della convenzione di Vienna aumentando così la loro influenza anche nei giudizi domestici volte l'applicazione o all'esecuzione degli obblighi internazionali.

In definitiva, l'analisi delle fonti mostra come l'applicabilità interna degli standard di trattamento degli investimenti non possa essere compresa esclusivamente attraverso i trattati bilaterali o multilaterali d'investimenti, ma richieda di considerare il contributo la rilevanza delle norme consuetudinarie, dei principi generali e del soft law. Questi ultimi, pur privi di vincolatività formale, hanno assunto crescente rilevanza sia nella prassi arbitrale che nell'elaborazione pattizia, contribuendo a definire parametri sostanziali e procedurali ormai difficilmente ignorabili anche a livello interno. Ne emerge la necessità di bilanciare la tutela degli investitori con l'esigenza di pervasare lo spazio regolatorio degli Stati e di integrare nel diritto degli investimenti valori trasversali, come la sostenibilità, la responsabilità sociale e la protezione dei diritti fondamentali.

4. Giudici nazionali e obblighi internazionali: esempi comparati

Il tema dell'applicabilità interna degli standard di trattamento non può prescindere dall'analisi del ruolo dei giudici nazionali, i quali si trovano spesso nella posizione di dover bilanciare gli obblighi derivanti dal diritto internazionale con i principi costituzionali le esigenze dell'ordinamento interno. L'esperienza comparata mostra approcci differenti, a seconda delle tradizioni giuridiche, della gerarchia delle fonti dell'atteggiamento politico nei confronti della protezione degli investimenti stranieri. Il diritto internazionale, creato essenzialmente nei rapporti tra Stati, deve poter trovare applicazioni all'interno di ciascun ordinamento, il che avviene tramite apposite norme interne di ricezione o di adattamento. Ne deriva che l'efficienza del diritto internazionale dipende dalla sua applicazione da parte delle istituzioni statali, esso viene infatti concretamente applicato dai giudici interni ed è attuato con certezza dalle autorità nazionali, in quanto dotati di un sufficiente grado di effettività. In genere, gli

Stati - pur attraverso modalità differenti - adottano norme che consentono di rendere applicabili le disposizioni internazionali nell'ordinamento interno, evitando conflitti con norme nazionali contrastanti la cui applicazione sarebbe altrimenti obbligatoria per gli organi statali, a cominciare dai giudici. Questi ultimi, infatti, tendono ad applicare le norme internazionali vincolanti per lo Stato, talvolta facendo ricorso a presunte norme tacite di ricezione, ricavabili da disposizioni interne che non recepiscono direttamente la norma internazionale ma ne presuppongono l'operatività, oppure da principi generali dell'ordinamento considerato nel suo complesso. Va tuttavia Considerato che esistono differenze rilevanti nell'applicazione Interna del diritto internazionale, legate alla varietà delle strutture costituzionali dei diversi ordinamenti statali. Inoltre, è centrale analizzare il modo in cui le norme internazionali si combinano con le disposizioni interne di ciascun ordinamento. Al di là di tali diversità, resta fermo che l'obiettivo ultimo è quello di garantire l'effettività della norma internazionale, assicurando la realizzazione di quanto essa prescrive nei confronti dei destinatari.

In questo contesto, riveste particolare importanza la tradizionale contrapposizione tra monismo e dualismo. Secondo l'approccio monista, il diritto internazionale può essere applicato direttamente dagli organi statali, senza necessità di ulteriori atti interni. L'approccio dualista, invece, ritiene che le norme internazionali possano produrre effetti nell'ordinamento interno solo a seguito di un atto di adattamento da parte del legislatore nazionale⁶²⁸. Questa distinzione si riflette anche nelle costituzioni degli Stati, che adottano soluzioni diverse in merito alla modalità di ricezione del diritto internazionale. Così, negli Stati di tradizione monista, i trattati diventano immediatamente applicabili al momento della ratifica, mentre negli Stati dualisti la loro efficacia interna richiede l'adozione di una legge di ricezione distinta dalla ratifica e successiva. Potrebbe sembrare, dunque, che i sistemi monisti siano più inclini ad applicare direttamente il diritto internazionale; In realtà quanto ha detto è fuorviante poiché i giudici degli Stati comunisti possono in realtà rifiutarsi di applicare una norma internazionale ad esempio in quanto *non-self-executing* o perché magari viene conferito

⁶²⁸ C. FOCARELLI, Diritto Internazionale, *cit.* p. 246-247

alla norma un rango inferiore alla legge ordinaria, mentre la stessa norma potrebbe essere applicata dai giudici dualisti in quanto al contrario ritenuta *self-executing* o perché al contrario le viene conferito un rango più elevato della legge ordinaria⁶²⁹. Non mancano, però situazioni in cui le norme internazionali nell'ordinamento non vengano concretamente applicati ai giudici, per mancanza di disposizioni interne che disciplinino le modalità di attuazione. Dando uno sguardo al diritto comparato, emergono approcci differenti. In merito alla ricezione e applicazione del diritto internazionale negli ordinamenti interni. In Europa centrale, l'articolo 9 comma 1, della Costituzione austriaca e l'articolo 25 e della Costituzione tedesca stabiliscono che le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute fanno parte integrante del diritto federale⁶³⁰. In Francia, l'articolo 55 della Costituzione conferisce ai trattati regolarmente ratificati approvati un'autorità superiore a quella della legge ordinaria, assicurando la prevalenza del diritto internazionale su quello nazionale⁶³¹. Analogo è l'approccio dei Paesi Bassi: l'articolo 93 della costituzione dispone che le norme vincolanti contenute nei trattati negli atti delle organizzazioni internazionali abbiano effetto diretto nell'ordinamento e vincolino tutti i soggetti giuridici⁶³². In America Latina si osservano soluzioni particolarmente avanzate. In Argentina, l'articolo 75 (22) della costituzione attribuisce rango costituzionali a determinati trattati in materia di diritti umani, rendendoli direttamente applicabili e prevalenti sulla legislazione ordinaria⁶³³. In Colombia all'articolo 93 della costituzione stabilisce che i trattati e convenzioni internazionali sui diritti umani prevalgono interno e vincolano anche il

⁶²⁹ *Ibidem*.

⁶³⁰ Bundes-Verfassungsgesetz (Federal Constitutional Law of Austria), adopted 1 October 1920, as amended, art. 9(1); Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Basic Law for the Federal Republic of Germany), adopted 23 May 1949, as amended, art. 25; si veda per un maggiore approfondimento: B. SIMMA, *The Contribution of German Jurisprudence to the Development of International Law*, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Elsevier 2000); A. REINISCH, *International Law and Domestic Courts: Austrian Practice* (Oxford University Press 2010).

⁶³¹ Constitution de la République française, adopted 4 October 1958, as amended, art. 55; O. DUBOS, *Droit international et droit français*, LGDJ, 2010; H. RUIZ FABRI, *Le droit international et les juridictions françaises*, in *Recueil des cours*, Hague Academy, 2006.

⁶³² Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Constitution of the Kingdom of the Netherlands), adopted 24 August 1815, as amended (most recently in 2008), arts. 93–94.; A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law* (Oxford University Press 2011, pp. 46–52; D. SLOSS, *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, cit. p. 11 ss.

⁶³³ Constitución de la Nación Argentina, adopted 1 May 1853, as amended (most recently in 1994), art. 75(22); J. KOVEN LEVIT, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, pp. 281.

legislatore rafforzando il carattere cogente degli obblighi internazionali⁶³⁴. Un caso emblematico è la decisione della Corte Suprema argentina *Ekmekdjian v. Sofovich*, che ha affermato la prevalenza dei trattati sui diritti umani rispetto alle leggi interne⁶³⁵. Nei sistemi asiatici, Il Giappone rappresenta un modello monista: l'articolo 98 della costituzione impone che i trattati conclusi dal paese siano osservati fedelmente, garantendo così una cornice normativa stabile e prevedibile⁶³⁶. Diverso è il caso dell'India dove vige un approccio dualista, in questo ordinamento i trattati necessitano di atto legislativo di ricevimento per produrre effetti interni⁶³⁷. Rilevante alla luce di quanto ora detto la sentenza *Vishaka v. State of Rajasthan*, in cui la Corte ha utilizzato norme internazionali sui diritti delle donne per colmare lacune della legislazione nazionale⁶³⁸. Tuttavia, la Corte Suprema indiana ha riconosciuto che enorme di diritto internazionale consuetudinario, se non in conflitto con la legislazione nazionale, entrano a far parte del diritto interno, favorendo così un'apertura al richiamo di standard internazionali in materia di investimenti. Questo panorama comparato dimostra come il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno non sia neutrale rispetto alla protezione degli investimenti: da questo quadro generale si determina in quale misura gli investitori possano far valere direttamente in sede nazionale gli standard di protezione derivanti dai trattati internazionali. La conseguenza pratica è che negli ordinamenti più permeabili il diritto internazionale si rafforza la prevedibilità e la certezza del diritto. (si veda cap. II par. 3.1)

⁶³⁴Political Constitution of Colombia (Constitución Política de Colombia), enacted 4 July 1991, as amended, art. 93; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010/00, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>.

⁶³⁵ Corte Suprema argentina, *Ekmekdjian c. Sofovich*, Fallos 315:1492 (1992), consid. 18–21. La Corte ha affermato la prevalenza dei trattati internazionali – in particolare quelli sui diritti umani – rispetto alla legislazione interna, anche se successiva, obbligando i giudici a disapplicare la normativa contrastante e riconoscendo ai trattati un rango superiore alla legge ordinaria; si veda: L. PATRICIOS, *Ekmekdjian v. Sofovich: The Argentine Supreme Court Limits Freedom of the Press*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 24, no. 3, 1993, pp. 657–685.

⁶³⁶Constitution of Japan, promulgated 3 November 1946, entered into force 3 May 1947, art. 98(2).

⁶³⁷Costituzione indiana, Artt. 51(c), 253; Supreme Court of India, *Gramophone Co. of India Ltd. v. Birendra Bahadur Pandey* (1984) 2 SCC 534 <https://indiankanoon.org/doc/383397/> ; P. CHANDRASEKHARA RAO, *The Indian Constitution and International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 1982.

⁶³⁸ *Vishaka v. State of Rajasthan*, Supreme Court of India, AIR 1997 SC 301, par 12. La Corte, richiamando la CEDAW, ha affermato che in assenza di legislazione nazionale specifica i trattati internazionali possono essere utilizzati per colmare lacune normative, purché non in contrasto con il diritto interno. Conclusivamente, stabili linee guida vincolanti in materia di molestie sessuali: «These guidelines will not prejudice any rights available under the Protection of Human Rights Act, 1993. Accordingly, we direct that the above guidelines and norms would be strictly observed in all work places for the preservation and enforcement of the right to gender equality of the working women. These directions would be binding and enforceable in law until suitable legislation is enacted to occupy the field. These Writ Petitions are disposed of, accordingly» (par. 12).

Un'utile punto di riferimento, in questa prospettiva, è l'art. 42 della convenzione ICSID, che non introduce regole sostanziali proprie, ma offre un meccanismo di selezione del diritto applicabile combinando l'autonomia delle parti e certezza del diritto. In presenza di un accordo, il tribunale applica le regole di diritto individuale dalle parti; in mancanza di ciò, opera la regola residuale che rinvia al diritto dello Stato ospitante congiuntamente al diritto internazionale⁶³⁹. Questa clausola è distinta dalle norme su procedure giurisdizione, in quanto l'articolo 42 disciplina il merito, mentre la procedura è regolata dalla Convenzione e dai suoi regolamenti, e la giurisdizione resta ancorata all'art. 25 e all'atto di consenso (contratto, legge nazionale, trattato)⁶⁴⁰. Proprio questo assetto illumina il ruolo del diritto interno: nazionalità dell'investitore, capacità e rappresentanza delle società, esistenza e contenuto dei diritti di proprietà rilevanti per l'"investment" sono, in prima battuta, questioni di diritto statale (tipicamente del Paese di incorporazione o del foro societario; per i diritti, del diritto del Paese ospitante), che il tribunale deve accertare prima di verificare se vi sia stata violazione di uno standard internazionale (espropriazione, FET, FPS)⁶⁴¹. Ne discende che, pur muovendosi entro un quadro internazionale, l'arbitrato sugli investimenti sia legato strutturalmente a norme interne per delimitare il fatto giuridico. Al contempo, il mancato rispetto della "legge corretta" può avere effetti processuali rilevanti: la giurisprudenza in sede di annullamento ICSID ha chiarito che la non-applicazione del diritto applicabile può integrare eccesso di potere con rischio di annullamento del lodo⁶⁴². In prospettiva comparata, questo quadro conferma che l'effettività interna degli standard internazionali non dipende solo dai modelli costituzionali (monismo/dualismo), ma anche da come i giudici – interni e arbitrali – combinano diritto statale e diritto internazionale: il primo per riconoscere e definire le situazioni giuridiche soggettive su cui il secondo proietta gli standard di protezione; il secondo

⁶³⁹ C. SCHREUER, 'Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration' (2002) 7 *Austrian Rev Int'l & Eur L*, 163–195

⁶⁴⁰ C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit. art. 42, pp. 3-6.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, par. 59-61

per sindacare, alla luce degli obblighi internazionali, l'esercizio del potere pubblico e le interferenze sui diritti così delineati.

Un ruolo essenziale, nel comprendere le diverse interazioni tra diritto internazionale di diritto interno è svolto dal diritto comparato, che consente di individuare modelli soluzioni difficoltà comuni ai vari ordinamenti. In questa prospettiva, un ulteriore profilo che emerge dalla comparazione tra esperienze giurisdizionali interne e l'opportunità di guardare al diritto internazionale degli investimenti attraverso la lente del diritto pubblico comparato. Tale metodo, sostenuto in dottrina parte che l'arbitrato investitore stato e il diritto internazionale degli investimenti svolgono una funzione analoga a quelli dei sistemi costituzionali e amministrativi nazionali. Si limiterebbe l'abuso del potere governativo garantendo principi come la non discriminazione, rispetto della *rule of law* e la tutela della proprietà⁶⁴³. In questa prospettiva, il diritto internazionali degli investimenti può essere accostato alle garanzie che negli ordinamenti interni proteggono gli individui contro il cattivo esercizio del potere pubblico, così come a regime internazionali paralleli - come diritti umani e il WTO - che affrontano problematiche simili di equilibrio tra sovranità statale e obblighi internazionali e meccanismi di risoluzione delle controversie. L'approccio comparativo consente quindi di chiarire il concretizzare l'interpretazione di standard generali spesso vaghi, come il *fair and equitable treatment*, la nozione di espropriazione indiretta il principio di protezione e sicurezza, mi niente richiamo a principi comuni del diritto amministrativo e costituzionale dei vari ordinamenti. Tale impostazione è ravvisabile nel caso *International Thunder beat gaming v. Mexico*, in cui l'arbitro Wälde, nella sua opinione separata, ha sostenuto che al fine di chiarire il fondamento normativo della protezione delle legittime aspettative come parte di un trattamento giusto ed equo ai sensi dell'articolo 1105 del NAFTA, fosse necessario richiamare non solo una vasta gamma di concetti Provi del diritto internazionale e nazionale, ma soprattutto a un'analisi comparativa di diritto pubblico⁶⁴⁴. In questa

⁶⁴³ W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, cit., pp. 150-155.

⁶⁴⁴ *International Thunderbird Gaming v Mexico*, Separate Opinion by Thomas Wälde (n 30above) para 24, 27, 28.

prospettiva, l'arbitro Wälde ha valorizzato istituti e principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione europea, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dell'organizzazione mondiale del commercio. I principi consolidati in tali sistemi possono offrire un punto di riferimento utile per l'interpretazione dei trattati sugli investimenti, specialmente in quei settori in cui la prassi arbitrale non risulta ancora stabilizzata. Il diritto pubblico comparato quindi può aiutare a chiarire il contenuto degli standard di protezione; bilanciare la tutela degli investimenti con interessi pubblici come l'ambiente o diritti sociali; assicurare coerenza tra i diversi trattati a regimi internazionali e interni, mitigando gli effetti della frammentazione che da sempre rappresenta un grande problema per il diritto internazionale degli investimenti. L'interazione da giudici nazionali obblighi internazionali non deve essere quindi letta in contrapposizione, ma piuttosto deve essere percepita come un'interazione di arricchimento reciproco: i tribunali interni, nel confrontarsi con standard internazionali, elabora soluzioni valorizzabili anche in sede arbitrale, mentre il diritto degli investimenti internazionali può rafforzare legittimazioni e coerenza del proprio sistema attingendo a principi consolidati del diritto pubblico interno e di altri regimi internazionali.

5. L'esperienza arbitrale tra autonomia e dialogo con le corti interne

Un tratto distintivo dell'arbitrato in materia di investimenti è la coesistenza di pluralità di rapporti giuridici e conseguentemente di fonti normativi differenti. L'investitore spesso una società costituita secondo il diritto di uno stato contraente, mentre l'investimento è costituito da un complesso di diritti acquisiti in virtù del diritto interno dello Stato ospitante⁶⁴⁵. Gli atti di quest'ultimo, se contrari agli standard di trattamento previsti dal trattato, possono determinare le responsabilità internazionali in base al diritto internazionale generale⁶⁴⁶. Se il tribunale arbitrale invece agisce

⁶⁴⁵ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 40.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

anche sulle pretese contrattuali, i diritti dell'investitore derivanti da un contratto con un ente statale saranno disciplinati dalla legge che governa quel contratto⁶⁴⁷. In sostanza, in questi casi sarà la legge interna dello Stato ospitante a dover essere applicata. Douglas definisce questo fenomeno come un vero e proprio “mosaico di leggi applicabili”, in cui il diritto internazionale non agisce in via esclusiva ma si intreccia costantemente con il diritto interno⁶⁴⁸. Quest'ultimo non è più relegato a mero fatto da accertare, bensì costituisce parte integrante del quadro normativo complessivo. Le relazioni di investimento, infatti, coinvolgono tipicamente sia il diritto interno sia il diritto internazionale.⁶⁴⁹ Il diritto dello Stato ospitante regola una molteplicità di questioni tecniche, come l'ammissione, le licenze, i rapporti di lavoro, la fiscalità, i controlli valutari e la proprietà immobiliare⁶⁵⁰; mentre il diritto internazionale rileva per aspetti quali lo standard minimo di trattamento, la protezione dei beni di proprietà straniera - in particolare contro espropriazioni illegittime- l'interpretazione dei trattati, la responsabilità internazionale dello Stato e in alcuni casi anche i diritti umani⁶⁵¹.

L'esperienza arbitrale ha avuto un impatto rilevante sul modo in cui le corti interne percepiscono e applicano il diritto internazionale degli investimenti, seppur attraverso un rapporto caratterizzato da tensioni e dialogo allo stesso tempo. Un primo elemento da sottolineare è la differenza mostrata da numerosi tribunali arbitrali nei confronti della giustizia interna. Come spiegato anche all'interno del Capitolo I, nel tempo è emersa l'idea secondo cui i giudici nazionali possono non essere indipendenti o imparziali, o addirittura spesso risultano inadeguati a garantire tutele effettive agli investitori stranieri. Da questo atteggiamento discende la tendenza di alcuni collegi arbitrali a non attribuire rilevanza vincolante alle decisioni delle corti interne anche quando riguardano questioni centrali per la controversia. È il caso di *Inceysa Vallisoletana v El Salvador*, in cui il tribunale ha rifiutato di fondare il proprio giudizio sulla legalità dell'investimento esclusivamente sulle pronunce interne, preferendo un

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ C. SCHREUER, *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1996, vol. 1, p. 89.

⁶⁵⁰ *Ibidem*.

⁶⁵¹ *Ibidem*.

autonomo accertamento dei fatti⁶⁵². Determinate pronunce dimostrano come la giurisprudenza arbitrale si è spesso posta in un'ottica di “supplenza” rispetto alle corti domestiche, assumendo su di sé la funzione di valutare la conformità degli investimenti non solo di diritto internazionale, ma anche a quello interno⁶⁵³. Tuttavia, questa impostazione non esaurisce il quadro. Vi è infatti un filone dottrinale e giurisprudenziale che invita a valorizzare maggiormente le decisioni delle corti nazionali, considerate la fonte più autorevole per accertare il contenuto e l'interpretazione del diritto interno⁶⁵⁴. Lo stesso Rapporto *dell'International Law Association* (ILA) fornisce una serie di suggerimenti utili che possono essere attinti per sviluppare un quadro per gli arbitri dei trattati di investimento che devono determinare i contenuti del diritto interno⁶⁵⁵.

Alcuni tribunali arbitrali hanno mostrato apertura in questo senso, utilizzando la giurisprudenza domestica come parametro interpretativo o come conferma della propria ricostruzione del diritto nazionale. Sebbene non vincolanti, le sentenze interne possono quindi assumere un ruolo importante nell'orientare l'interpretazione arbitrale e contribuire alla formazione di un dialogo, sia pure asimmetrico, tra i due piani giurisdizionali. Inoltre, la prassi arbitrale ha sviluppato il ricorso al principio di *iura novit curia*, secondo cui il giudice – e dunque anche l'arbitro – ha il potere-dovere di applicare d'ufficio il diritto rilevante, indipendentemente dal richiamo operato dalle parti⁶⁵⁶. Tale principio, riaffermato da diversi comitati ad hoc dell'ICSID, tra cui nei casi *Enron v. Argentina* e *RSM v. Grenada*, comporta che i tribunali internazionali non possano limitarsi a recepire le argomentazioni delle parti, ma debbano accertare essi

⁶⁵² Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, par. 209: “Before deciding whether the investment made by Inceysa is protected by the BIT, considering that it was made in accordance with the laws of El Salvador, it is important to repeat that, as the legality of the investment is a premise for this Tribunal's jurisdiction, the determination of such legality can only be made by the tribunal hearing the case, i.e. by this Arbitral Tribunal”. Nella stessa direzione: Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, para. 391.

⁶⁵³ J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, 1st ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 117–119.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ International Law Association (ILA), International Commercial Arbitration Committee, *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, 2008.

⁶⁵⁶ J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., p. 122.

stessi il contenuto delle norme domestiche pertinenti⁶⁵⁷. In questo modo, l'arbitrato riproduce una dinamica propria della giurisdizione statale e riconosce implicitamente la centralità del diritto interno nella definizione dei diritti e degli obblighi in gioco. Da questa prospettiva, l'esperienza arbitrale non solo ha messo in discussione l'autorità delle corti interne, ma le ha anche indotte a considerare come le proprie decisioni possano essere valutate in un eventuale procedimento internazionale. Le corti nazionali sono consapevoli che il mancato rispetto di standard di chiarezza, coerenza e prevedibilità nell'interpretazione del diritto interno può avere ripercussioni significative in sede arbitrale, incidendo sulla valutazione della legittimità degli atti statali. Al contempo, gli stessi tribunali arbitrali, pur mantenendo un margine di autonomia, non possono prescindere dall'apporto dei giudici nazionali: dalla definizione della personalità giuridica e della capacità delle società, all'accertamento dei diritti di proprietà o alla validità dei contratti, sono le corti interne a stabilire i presupposti giuridici essenziali che l'arbitrato utilizza come base per l'applicazione degli standard internazionali⁶⁵⁸.

Il rapporto tra esperienza arbitrale e corti interne non è unidirezionale, ma si configura come un intreccio complesso di resistenze e influenze reciproche. L'arbitrato investitore-Stato ha certamente limitato lo spazio di discrezionalità delle giurisdizioni nazionali, ma al tempo stesso ne ha valorizzato il ruolo quale punto di partenza imprescindibile per la definizione del diritto applicabile⁶⁵⁹. Questa dialettica contribuisce a spiegare la progressiva ibridazione tra diritto internazionale e diritto interno che caratterizza oggi il diritto degli investimenti, e che rende necessario un dialogo costante tra arbitri e giudici nazionali⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment, 30 July 2010, paras. 385–395. In questo passaggio, il Comitato ad hoc chiarisce l'ambito del controllo in sede di annullamento, ribadendo che non si tratta di un riesame nel merito della controversia, bensì di una verifica limitata al rispetto dei motivi tassativi previsti dall'art. 52 della Convenzione ICSID; *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling, 29 October 2009, para. 23.

⁶⁵⁸ C. SCHREUER, *International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1996, pp. 89 ss.; J.W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 2^a ed., OUP, 2015; A. BJORKLUND, "Domestic Courts and International Investment Law", in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. VIÑUALES (eds), *The Foundations of International Investment Law*, OUP, 2014.

⁶⁵⁹ J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., p. 120-125.

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

Un ulteriore aspetto dell'esperienza arbitrale che ha avuto eco anche davanti alle corti interne riguarda la distinzione tra il diritto applicabile ai diritti privati che compongono l'investimento (ad esempio la validità della società veicolo, la titolarità delle partecipazioni, la legittimità delle concessioni), disciplinato dal diritto municipale, e il diritto applicabile alla condotta dello Stato rispetto a quei diritti, che invece è valutata alla luce degli standard del trattato e del diritto internazionale⁶⁶¹. In alcune decisioni, i tribunali arbitrali hanno mostrato sensibilità verso questa linea di demarcazione, ribadendo che non spetta al diritto internazionale "creare" i diritti dell'investitore, ma piuttosto proteggerli e garantire che non vengano compromessi da atti contrari agli obblighi convenzionali⁶⁶². In questa prospettiva, un ulteriore contributo dell'esperienza arbitrale all'evoluzione del diritto interno è rappresentato dalla chiarificazione del mosaico di leggi applicabili che caratterizza le controversie sugli investimenti. I tribunali hanno ribadito la propria autorità intrinseca a qualificare le questioni e a determinare il diritto applicabile, distinguendo così con precisione tra i diversi piani normativi. Ad esempio, le questioni relative all'esistenza e alla portata dei diritti di proprietà che compongono l'investimento sono regolate dal diritto interno dello Stato ospitante, comprese le sue norme di diritto internazionale privato; viceversa, la valutazione del fatto che tali diritti costituiscono un "investimento protetto" spetta al trattato di investimento. Allo stesso modo, le questioni di giurisdizione e ammissibilità sono disciplinate dal trattato stesso e, se del caso, dalla Convenzione ICSID; la determinazione della nazionalità dell'investitore richiede una combinazione di trattato e diritto nazionale dello Stato di appartenenza; mentre la capacità processuale di una società è valutata alla luce della *lex societatis*⁶⁶³. Per quanto riguarda la responsabilità internazionale dello Stato, il parametro resta il trattato di investimento, integrato dal diritto internazionale generale, ma le conseguenze di una sua violazione si collocano in un regime speciale di responsabilità statale in materia di trattati sugli investimenti, distinto dal diritto internazionale generale della

⁶⁶¹ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 40-45.

⁶⁶² *Ibidem*.

⁶⁶³ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 79-80.

responsabilità⁶⁶⁴. Infine, le questioni procedurali sono regolate dal trattato, dalle regole arbitrali applicabili e, in alcuni casi, dalla legge della sede arbitrale. Questo schema, come ha rilevato la dottrina, si armonizza con l'art. 42 della Convenzione ICSID, confermando che l'arbitrato sugli investimenti non è isolato da altri ordinamenti, ma si colloca in un sistema multilivello in cui il diritto internazionale e quello interno si integrano e si condizionano reciprocamente⁶⁶⁵.

Un esempio significativo è offerto dal caso *AAPL v. Sri Lanka*, in cui il tribunale ha sottolineato che un trattato bilaterale di investimento non costituisce un sistema giuridico chiuso, né può essere limitato alle sole norme sostanziali di protezione che esso prevede⁶⁶⁶. Al contrario, esso deve essere inserito in un quadro giuridico più ampio, nel quale trovano ingresso, mediante meccanismi di rinvio espresso o implicito, regole supplementari provenienti sia dal diritto internazionale generale sia dal diritto interno dello Stato ospitante⁶⁶⁷. In questa prospettiva, il lodo ha chiarito che l'interpretazione e l'applicazione delle clausole del trattato non possono prescindere dal coordinamento con altre fonti normative, confermando l'idea che l'arbitrato sugli investimenti funzioni come luogo di interazione multilivello tra ordinamenti diversi, piuttosto che come meccanismo autoreferenziale⁶⁶⁸.

In conclusione, l'esperienza arbitrale mostra come il diritto internazionale degli investimenti si configuri non come un sistema isolato, ma come uno spazio di interazione multilivello, in cui si intrecciano norme di diritto interno, obblighi internazionali e prassi arbitrali⁶⁶⁹. Proprio questa complessità spiega perché il ruolo delle corti interne e quello dei tribunali arbitrali non possano essere letti in termini di contrapposizione, bensì come parte di un dialogo giuridico che, pur tra tensioni e resistenze, contribuisce a chiarire gli standard applicabili e ad assicurarne

⁶⁶⁴C. SCHREUER et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Kluwer Law International, 2022, 3rd ed pp. 1092 ss; I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2012, p. 548 ss, R.DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. pp. 281ss.

⁶⁶⁵J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., pp. 117–119; C. SCHREUER, “International and Domestic Law in Investment Disputes”, cit., pp. 89–118.

⁶⁶⁶*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (Merits), 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250

⁶⁶⁷*Ibidem*.

⁶⁶⁸*Ibidem*; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 127.

⁶⁶⁹S. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration*, in *Fordham Law Review*, 2005, pp. 1521 ss.

un'interpretazione più coerente. L'arbitrato, da un lato, ha favorito la diffusione di principi di diritto internazionale all'interno degli ordinamenti nazionali; dall'altro, trae legittimazione e contenuto dal diritto interno, che resta il fondamento necessario per definire l'investimento, i diritti dell'investitore e i limiti del potere statale⁶⁷⁰. In questo senso, la dialettica tra giudici interni e arbitrali rappresenta non soltanto una sfida, ma anche una risorsa per l'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti.

6. *Conclusione: il dialogo giurisprudenziale (CIG, tribunali arbitrali, giudici nazionali)*

L'analisi condotta ha mostrato come l'applicabilità interna degli standard di trattamento non si riduca alla mera trasposizione di clausole pattizie, ma si configuri come il risultato di una circolazione interpretativa multilivello. A partire dal FET – standard più evocato e al tempo stesso più controverso – si è visto come la sua indeterminatezza sia stata al contempo un limite e una risorsa: un limite, perché espone il rischio di decisioni divergenti; una risorsa, perché consente di adattare la clausola a contesti differenti, integrandola con principi generali, norme consuetudinarie e strumenti di soft law.

In questo quadro, si colloca la dimensione del dialogo giurisdizionale, che costituisce oggi l'elemento chiave per comprendere come gli standard di protezione degli investimenti vengano applicati, interpretati e resi effettivi. Il dialogo si manifesta su due piani interdipendenti. I tribunali arbitrali hanno elaborato un corpo giurisprudenziale ampio e variegato. Le Corti nazionali, invece, definiscono la validità degli atti amministrativi, i diritti di proprietà, la personalità giuridica delle società: elementi che costituiscono il presupposto per l'applicazione degli standard internazionali. La dinamica che emerge è quella di un rapporto non gerarchico ma dialogico. In *Inceysa v. El Salvador*, ad esempio, il tribunale ha ribadito che la legalità dell'investimento è premessa della giurisdizione e che la sua valutazione spetta al

⁶⁷⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, 2007, pp. 357 ss

collegio arbitrale, senza rinviare meccanicamente alle corti domestiche⁶⁷¹. In *Fraport I*, la stessa impostazione è stata confermata, sancendo che il sindacato arbitrale non può essere delegato integralmente ai giudici interni⁶⁷². Tuttavia, in altre occasioni gli arbitri hanno valorizzato la giurisprudenza nazionale come parametro interpretativo, riconoscendo che solo i giudici interni possono definire con autorevolezza il contenuto delle norme domestiche⁶⁷³. La dottrina ha colto questa ambivalenza: Douglas ha parlato di ‘mosaico di leggi applicabili’ in cui diritto internazionale e diritto interno si intrecciano⁶⁷⁴; Hepburn ha messo in luce che il diritto nazionale non è un mero fatto, ma una componente normativa che l’arbitro deve applicare ex officio (*iura novit curia*)⁶⁷⁵; Schill, infine, ha mostrato come il diritto comparato e costituzionale filtri negli arbitrati, introducendo categorie proprie della *rule of law*⁶⁷⁶.

I tribunali arbitrali non operano in un vuoto normativo: nel definire la portata degli standard di trattamento, essi incidono sul modo in cui i giudizi nazionali leggono e applicano il diritto internazionale degli investimenti. Le corti interne, a loro volta, non sono meri recettori passivi: si pensi all’Argentina e alla Colombia, dove la Costituzione attribuisce rango prevalente ai trattati sui diritti umani, o ai Paesi Bassi e al Giappone, che prevedono la diretta applicabilità delle norme internazionali, contribuendo a costruire un quadro giuridico coerente. In più, le soluzioni interpretative elaborate dalle giurisdizioni domestiche vengono spesso riprese dai tribunali arbitrali per ricostruire il contenuto delle norme interne ai fini della questione sollevata dinanzi al tribunale arbitrale. Questo atteggiamento, tuttavia, non è seguito in modo uniforme da tutti i

⁶⁷¹ Inceysa (n. 51) par. 209.

⁶⁷² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/03/25, Award, 16 August 2007, par. 390,391.

⁶⁷³ F. DE LY, M. FRIEDMAN, L. RADICATI DI BROZOLO, *International Law Association International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations on ‘Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration International*, 2010. V. 26, pp. 193-200.

⁶⁷⁴ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 79-80.

⁶⁷⁵ J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., p. 122.

⁶⁷⁶ W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, cit., pp. 151,152; A. REINISCH, S. SCHILL (eds.), *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2023; R. ARNOLD, J. CREMADES (eds.), *Rule of Law, Technology and Environment: Contributions to the World Law Congress 2023 in New York*, Springer, Cham, 2025, <https://doi.org/10.1007/978-3-031-76349-6>; A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations: An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham–Northampton, 2021.

tribunali arbitrali, il che alimenta la frammentazione del sistema, ampiamente criticata e considerata una delle principali problematiche del sistema ISDS.

Emerge quindi, un dialogo asimmetrico, in cui ciascun livello giurisdizionale esercita influenza indiretta sull'altro: gli arbitrati consolidano standard che riverberano sugli ordinamenti interni, mentre corti nazionali forniscono categorie e letture che temperano la discrezionalità arbitrale. Questo circuito contribuisce in parte a ridurre la frammentazione del sistema. Se la cooperazione tra i due sistemi diventasse una prassi consolidata, il sistema non solo risulterebbe più omogeneo, ma consentirebbe anche di bilanciare l'interesse pubblico perseguito dallo Stato con la protezione dell'investitore. In questa prospettiva, si è osservato che l'esclusione di uno dei due livelli giurisdizionali dalla risoluzione delle controversie investitore-Stato non assicura un procedimento equo e bilanciato, obiettivo che può invece essere raggiunto rafforzando il dialogo tra tribunali arbitrali e corti domestiche.

Questa prospettiva è particolarmente rilevante in vista delle sfide emergenti della transizione energetica e della lotta al cambiamento climatico. Le politiche ambientali, spesso caratterizzate da misure incisive e talvolta retroattive, sollevano con forza il problema del bilanciamento tra protezione degli investimenti e spazio di manovra regolatoria degli Stati. In questo scenario, il dialogo multilivello tra tribunali arbitrali e corti domestiche sarà decisivo per evitare che l'interpretazione degli standard di protezione si traduca in una compressione eccessiva della discrezionalità pubblica. Solo un approccio che riconosca la specificità delle azioni regolatorie e ne valorizzi la funzione nell'interesse collettivo potrà infatti scongiurare il rischio di *regulatory chill*, garantendo al contempo la certezza del diritto per gli investitori e la legittima autonomia degli Stati nel perseguire obiettivi d'interesse pubblico. Tale bilanciamento, peraltro, non riguarda soltanto l'ambiente. I più recenti sviluppi della prassi arbitrale e i BITs di nuova generazione mostrano una crescente attenzione alla responsabilità sociale d'impresa e l'integrazione dei diritti umani negli obblighi degli investitori. In questa prospettiva, il dialogo tra arbitri e giudici interni potrà svolgere un ruolo essenziale non solo per preservare lo spazio regolatorio ma anche per rafforzare la

legittimità del sistema attraverso l'inclusione di valori trasversali come sostenibilità, equità sociale e tutela dei diritti fondamentali.

CAPITOLO IV

INVESTIMENTI, TRANSIZIONE ENERGETICA E CAMBIAMENTO CLIMATICO: PROSPETTIVE PER LA GIUSTIZIA INTERNA E *REGULATORY CHILL*

1. Introduzione

Negli ultimi due decenni, la crescente intersezione tra flussi di investimento estero diretto e politiche di transizione energetica ha generato un terreno fertile di tensioni normative, economiche e giuridiche. Da un lato, gli Stati sono vincolati ad obblighi internazionali ed interni al perseguimento di obiettivi di mitigazione del cambiamento climatico e di protezione ambientali; dall'altro lato gli investitori stranieri che si avvalgono delle garanzie previste nei trattati bilaterali e multilaterali d'investimento, che tutelano i diritti patrimoniali mediante standard di protezione, quali il *di fair and equitable treatment*, la protezione contro le espropriazioni dirette e indirette, il rispetto delle legittime aspettative. Questa dialettica si manifesta con particolare forza nel settore energetico, che rappresenta, al contempo, la principale fonte di emissioni

climalteranti e un comparto ad alta intensità di capitali esteri. La progressiva eliminazione dei combustibili fossili (*phase-out* del carbone, limitazioni alle trivellazioni offshore, revoca di concessioni estrattive) e la promozione delle fonti rinnovabili rappresentano misure necessarie per il raggiungimento della neutralità climatica. Tuttavia, tali politiche possono tradursi in perdite economiche significative per gli investitori, che reagiscono spesso ricorrendo ai meccanismi dell'arbitrato internazionale investitore-Stato.

È In questo quadro che si inserisce il fenomeno del cosiddetto *regulatory chill*, concetto elaborato dalla dottrina per descrivere la riluttanza degli Stati ad adottare regolazioni incisive in materia ambientale o sociale per il timore di essere coinvolti in arbitrati costosi e potenzialmente sfavorevoli⁶⁷⁷. Alcune controversie recenti lo confermano: basti pensare al caso *Rockhopper v. Italia*, dove lo Stato italiano è stato condannato per aver vietato nuove trivellazioni entro le dodici miglia nautiche, o ancora al caso *RWE v. Paesi Bassi*, relativo alla decisione olandese di accelerare la chiusura delle centrali a carbone.

La domanda di fondo è dunque se in che misura l'attuale architettura del diritto internazionale degli investimenti permetta il bilanciamento tra tutela dell'investitore protezione dell'interesse pubblico, in particolare la lotta al cambiamento climatico e la salvaguardia dei diritti umani. La prassi arbitrale, pur con segnali di apertura, continua a mostrare una forte prevalenza per la protezione degli interessi economici, relegando gli aspetti ambientali ha un ruolo marginale o meramente difensivo.

In tale prospettiva, la giustizia interna emerge come uno spazio potenzialmente correttivo e complementare. I tribunali nazionali, infatti, operano in un contesto giuridico arricchito da principi costituzionali che, in molti ordinamenti, attribuiscono rango primario alla tutela dell'ambiente, alla salute e ai diritti fondamentali⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ K. TIENHAARA, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, CUP, 2009.

⁶⁷⁸ Per esempi di disposizioni costituzionali che attribuiscono rango primario alla tutela dell'ambiente e della salute (e, più in generale, ai diritti fondamentali connessi), si vedano: Italia: Cost., art. 9 (tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, riforma 2022); art. 32 (tutela della salute); art. 41, co. 3 (limiti all'iniziativa economica per ambiente/salute). Germania: Grundgesetz, art. 20a (protezione delle basi naturali della vita e degli animali, anche verso le future generazioni). Spagna: Cost., art. 45 (diritto a un ambiente adeguato e doveri di tutela); art. 43 (protezione della salute). Francia: Charte de l'environnement (2004) con valore costituzionale, Preambolo e artt. 1–10 (diritto a vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute). Portogallo: Cost., art. 66

Giurisprudenza come quella della Corte costituzionale tedesca sul “*Klimaveschluss*” o della Corte Suprema olandese nel caso *Urgenda* dimostrano come le corti interne possono farsi promotrici di un bilanciamento dinamico tra sviluppo economico e sostenibilità, rafforzando la legittimità democratica delle decisioni in materia climatica.

L'obiettivo di questo capitolo è incanalare le tensioni e delineare le possibili vie di composizione tra investimenti, transizione energetica e cambiamento climatico, con particolare attenzione al ruolo della giustizia interna quale strumento di pluralismo giuridico sostenibile. Attraverso l'esame della prassi arbitrale e delle recenti controversie riguardanti il settore energetico, si intende mostrare come il rafforzamento del ruolo delle corti interne possa contribuire a ridurre il rischio di *regulatory chill* e ad aprire la strada verso una governance multilivello negli investimenti più equa e resiliente.

2. L'interazione tra diritto internazionale degli investimenti e tutela ambientale: ordini, tensioni e prospettive di integrazione sistemica.

La disciplina dei diritti umani e quella degli investimenti internazionali sono state a lungo percepite come ambiti distinti dell'ordinamento internazionale, con pochi punti di contatto. La prima, per sua natura, assume quale fulcro la tutela dell'individuo in quanto persona fisica, mentre la seconda si concentra prevalentemente sugli investitori intesi come soggetti giuridici, ossia società private, piuttosto che individui⁶⁷⁹. Questa distanza concettuale spiega la marginale incidenza di diritti umani nelle controversie arbitrali in materia di investimento⁶⁸⁰. Va tuttavia richiamata un'ulteriore distinzione:

(ambiente e qualità della vita); art. 64 (diritto alla protezione della salute). Paesi Bassi: Cost., art. 21 (cura per l'abitabilità del Paese e protezione/miglioramento dell'ambiente). Brasile: Cost., art. 225 (ambiente ecologicamente equilibrato come bene di uso comune e diritto di tutti); art. 196 (salute come diritto di tutti e dovere dello Stato). Argentina: Cost., art. 41 (diritto a un ambiente sano). Colombia: Cost., artt. 79–80 (diritto a godere di un ambiente sano e dovere statale di tutela). Sudafrica: Const., sec. 24 (ambiente non nocivo alla salute/benessere); sec. 27 (diritto all'assistenza sanitaria). Messico: Cost., art. 4 (diritto a un ambiente sano per sviluppo e benessere). India: Cost., art. 48A (protezione dell'ambiente) e art. 21 (diritto alla vita) come fondamento del diritto all'ambiente/salute. Ecuador: Cost., artt. 71–74 (diritti della natura; ambiente e sostenibilità con rango costituzionale).

⁶⁷⁹ P.-M. DUPUY, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*, in P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 45.

⁶⁸⁰ *Ivi*, p. 46

la protezione degli stranieri è tradizionalmente subordinata al principio di reciprocità, mentre l'area dei diritti umani a carattere oggettivo e prescindere da logiche di scambio tra Stati⁶⁸¹. L'evoluzione degli investitori straniero da individuo a persona giuridica non ha eliminato la centralità della nazionalità come criterio di qualificazione⁶⁸². In questo contesto emerge un apparente paradosso: mentre i sistemi originali di produzione di diritti umani impongono l'esaurimento delle vie di ricorso interne prima di adire le corti sovranazionali, nel diritto degli investimenti - a partire dalla convenzione di Washington nel 1965 e in giurisprudenza nel caso *AAPL c. Sri Lanka* - l'investitore può accedere direttamente all'arbitrato internazionale senza dover previamente ricorrere ai rimedi interni⁶⁸³.

Un'analogia dinamica si è osservata nel rapporto tra diritto internazionale degli investimenti e diritto internazionale dell'ambiente. Entrambi si sono infatti sviluppati come sottosistemi specializzati all'interno dell'ombrello del diritto internazionale pubblico, generando la percezione di regimi giuridici paralleli e autonomi. La Commissione di Diritto Internazionale (CDI), nel Rapporto del 2006 sulla frammentazione, ha descritto questo fenomeno come esito della diversificazione e dell'espansione del diritto internazionale, con la conseguente possibilità che norme appartenenti a regimi diversi entrino in rotta di collisione o, più spesso, si sovrappongano senza gerarchie precostituite⁶⁸⁴. In questo quadro, il rapporto tra protezione degli investimenti e tutela dell'ambiente - così come quello tra investimenti e diritti umani - non rappresenta un'eccezione, bensì un terreno pragmatico per osservare come l'ordinamento internazionale, strutturalmente orizzontale, affronti la gestione delle tensioni normative derivanti dall'interazione tra regimi giuridici eterogenei. La visibilità del nesso ambiente-investimenti è cresciuta lungo traiettorie parallele: i) l'emergere di controversie ambientali legate a grandi operazioni industriali delle imprese multinazionali, che hanno alimentato un'agenda pubblica e giudiziaria

⁶⁸¹ *Ibidem*.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990.

⁶⁸⁴ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the ILC, M. KOSKENNIEMI, UN Doc A/CN.4/L.682 (13 April 2006).

sempre più sensibile ai costi sociali ed ecologici dell'attività di impresa; *ii*) la progressiva densificazione degli impegni multilaterali in materia climatica e di sviluppo sostenibile, che ha reso le politiche economiche più sensibili alle politiche ambientali; *iii*) l'irruzione, a fine anni novanta, di un contezioso investitore-Stato con profili ambientali e la contestuale, fallita, negazione dell'Accordo multilaterale sugli investimenti in sede OCSE⁶⁸⁵. Si evince come la dialettica fra standard di tutela dell'investitore e misure ambientali è divenuta strutturale⁶⁸⁶. Sul piano metodologico, il diritto internazionale offre alcuni attrezzi per la gestione delle interferenze: l'integrazione sistemica di cui all'art. 32 par. 3 lett. C della Convenzione di Vienna sui trattati, che consente di leggere le disposizioni degli IIAs alla luce di altre norme internazionali applicabili fra le parti; le tecniche di *conflict-avoidance* e in subordine, i criteri di *lex specialis* e *lex posterior*. Tuttavia, come rilevato in dottrina, l'applicazione pratica è stata discontinua: spesso i tribunali arbitrali hanno valorizzato in via prioritaria la funzione "protettiva" degli IIAs, confinando gli interessi ambientali a eccezione difensive o a preamboli programmatici; in altre occasioni, invece, hanno impiegato principi ambientali come paramenti di ragionevolezza o proporzionalità dell'azione statale⁶⁸⁷. L'assetto incentrato sugli investitori di molti trattati di prima e generazione ha accentuato l'asimmetria: obblighi sostanziali gravano sugli Stati, diritti azionabili spettano agli investitori, mentre gli interessi ambientali entrano per lo più *ex post* come giustificazioni. Questa architettura ha favorito letture restrittive del margine di apprezzamento regolatorio, specie quando le misure ambientali incidevano su aspettative legittime radicate in regimi incentivanti o su attività estrattive oggetto di concessione. La frammentazione, però, non comporta necessariamente antagonismo tra i due sistemi. Una parte crescente della prassi e della *traty-making* mostra tentativi di "ricucitura": inserimento di preamboli ambientali sostanziali e clausole sul *right to regulate*; rinvii espressi a obblighi climatici e alla due diligence ambientale lungo le catene del valore; precisioni che scoraggiano la *race to bottom*, aperture alle

⁶⁸⁵ K. MILES, ed. *Research Handbook on Environment and Investment Law*. Edward Elgar Publishing Limited; 2019.

⁶⁸⁶ *Idibem*.

⁶⁸⁷ *Idibem*.

counterclaims ambientali degli Stati, fondate sul diritto interno o su standard internazionali. Rimane tuttavia aperto il nodo della legge applicabile e della giurisdizione sui *counterclaims*, nonché quello – più generale – della prevedibilità regolatoria in un contesto, come quello climatico, costruito sul principio di progressiva intensificazione degli impegni⁶⁸⁸.

La questione alla base del problema che pone la frammentazione non è soltanto quello di limitare i conflitti ma quello di cercare di assicurare una cooperazione tra i regimi. La giurisprudenza internazionale ha riconosciuto che taluni obblighi ambientali assumono oggi natura trasversale; si pensi alla valutazione d'impatto ambientale come obbligo di diritto consuetudinario richiamato della CIG nel caso *Pulp Mills*⁶⁸⁹ – e che lo sviluppo sostenibile opera come principio di integrazione delle politiche⁶⁹⁰. Traslati nello spazio degli investimenti, questi elementi suggeriscono che la protezione dell'affidamento dell'investitore debba essere bilanciata con l'evoluzione delle politiche ambientali. Una lettura integrata degli IIAs – supportata da test di proporzionalità e da una ricostruzione non formalistica delle aspettative legittime – è lo strumento per trasformare la frammentazione da fattore di attrito a criterio di coordinamento. In particolare, si osserva come la cooperazione tra diversi regimi del diritto internazionale sia cruciale per il corretto funzionamento dei settori strategici, primo fra tutti quello energetico, che rappresenta punti di connessione sia con il diritto degli investimenti sia con il diritto internazionale dell'ambiente. La maggior parte degli investimenti stranieri, infatti, si concentra nel comparto energetico, soprattutto nelle

⁶⁸⁸ United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 11 December 1997, entered into force 16 February 2005) 2303 UNTS 148; Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) 3156 UNTS 3; Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted 22 March 1985, entered into force 22 September 1988) 1513 UNTS 323; Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (adopted 16 September 1987, entered into force 1 January 1989) 1522 UNTS 3; Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79; Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) (adopted 25 June 1998, entered into force 30 October 2001) 2161 UNTS 447; Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention) (adopted 25 February 1991, entered into force 10 September 1997) 1989 UNTS 309; United Nations Convention to Combat Desertification (adopted 17 June 1994, entered into force 26 December 1996) 1954 UNTS 3; Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention) (adopted 2 February 1971, entered into force 21 December 1975) 996 UNTS 245.

⁶⁸⁹ La Corte ribadisce che la valutazione d'impatto ambientale è uno strumento necessario affinché gli Stati integrino correttamente ambiente e sviluppo. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010, p. 14, para. 197.

⁶⁹⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, ICJ Rep 1997, 88: <https://www.legal-tools.org/doc/e45b69/pdf>

fonti fossili; al contempo, e proprio questo settore a essere individuato dal diritto ambientale come ambito centrale per affrontare il cambiamento climatico, attraverso la promozione e l'impiego di energie rinnovabili. Tale interrelazione, tuttavia, ha spesso alimentato fenomeni di frammentazione. Gli Stati che hanno introdotto riforme e incentivi a favore delle rinnovabili, si sono spesso trovati coinvolti in procedimenti arbitrari avviati da investitori, i quali lamentavano la violazione delle legittime aspettative o di standard di protezione previsti dai trattati di investimento. Ne risulta evidente che una collaborazione strutturata tra i due regimi non è soltanto essenziale per attenuare la frammentazione che storicamente caratterizza il diritto internazionale, ma anche per garantire un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico degli Stati e le aspettative legittime degli investitori.

2.1 Dalla cooperazione multilaterale alla governance climatica: evoluzione dei principi e delle istituzioni ambientali internazionali

Nel solco della crescente specializzazione del diritto internazionale, alcune tappe convenzionali hanno avuto effetto “costituzionale” sulla governance ambientale globale, definendone principi, istituzioni e tecniche regolative. Un momento cruciale nello sviluppo della tutela internazionale dell'ambiente è rappresentato dalla conferenza di Stoccolma del 1972, che ha segnato l'avvio della cooperazione multilaterale in materia ambientale⁶⁹¹. I negoziati si conclusero con tre risultati fondamentali: l'adozione della dichiarazione sull'ambiente umano⁶⁹², l'elaborazione di

⁶⁹¹ Negli anni '60 l'attenzione internazionale verso i temi ambientali si accese grazie a opere di grande impatto come Rachel Carson, *Silent Spring* (1962), che denunciava gli effetti nocivi dei pesticidi, K. E. Boulding, *The Economics of the Coming Spaceship Earth* (1966), e M. Nicholson, *The Environmental Revolution* (1969), che inaugurarono una riflessione sistematica sulla sostenibilità, seguiti da B. Commoner, *The Closing Circle* (1971). A ciò si aggiunsero studi epocali come il rapporto del Club di Roma, *The Limits to Growth* (1972), e drammatici eventi quali l'incidente della petroliera *Torrey Canyon* (1967) e il disastro di Minamata in Giappone, che resero evidente l'urgenza di un'azione internazionale per la tutela dell'ambiente. Per maggiore approfondimento si veda: P.-M. DUPUY, J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 8; K. E. BOULDING, *The Economics of the Coming Spaceship Earth*, in H. JARRETT (ed.), *Environmental Quality in a Growing Economy*, J. HOPKINS University Press, Baltimore, 1966, pp. 3–14; M. NICHOLSON, *The Environmental Revolution: A Guide for the New Masters of the World*, Hodder & Stoughton, London, 1969.

⁶⁹² United Nations Conference on the Human Environment, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 16 June 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, pp. 2 ff. (Stockholm Declaration).

un piano d'azione per l'ambiente umano⁶⁹³ e infine, l'istituzione del programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), destinato a diventare il principale organismo internazionale di coordinamento delle politiche ambientali⁶⁹⁴.

A vent'anni dalla Conferenza di Stoccolma, la Conferenza di Rio del 1992 segna il passaggio dall'enunciazione dei principi alla costruzione di una vera architettura normativa e istituzionale. La conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo (UNCED), nota come Conferenza di Rio, si è svolta nel 1992. Vi hanno preso parte le delegazioni di 176 stati, organizzazioni internazionali, ONG e rappresentanti del settore privato⁶⁹⁵. I negoziati si sono conclusi con il raggiungimento di numerosi risultati principali: la Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo, un ambizioso programma d'azione di lungo periodo denominato "Agenda 21"; l'apertura alla firma di due convenzioni globali incentrate rispettivamente su cambiamenti climatici e sulla diversità biologica; l'istituzione della Commissione sullo Sviluppo Sostenibile (CSD), sotto l'egida del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite e infine l'adozione di una Dichiarazione autorevole non giuridicamente vincolante di principi per un consenso globale sulla gestione, conservazione e sviluppo sostenibile di tutti i tipi di foreste⁶⁹⁶. La Conferenza di Rio ha inoltre creato lo slancio politico-istituzionale per la cristallizzazione di un'iniziativa africana volta all'adozione di una convenzione multilaterale per la lotta alla desertificazione, nonché per la firma di un accordo sulla gestione degli stock ittici altamente migratori e a cavallo di diverse giurisdizioni. Sotto il profilo giuridico la Dichiarazione di Rio rappresenta l'esito più significativo e

⁶⁹³ United Nations Conference on the Human Environment, *Action Plan for the Human Environment*, Stockholm, 16 June 1972, UN Doc. A/CONF.48/14, pp. 10–62.

⁶⁹⁴ United Nations General Assembly, *Institutional and Financial Arrangements for International Environmental Cooperation*, Resolution 2997 (XXVII), 15 December 1972, UN Doc. A/RES/2997/XXVII.

⁶⁹⁵ L. A. Kimball and W. Boyd, 'International Institutional Arrangements for Environment and Development: A Post-Rio Assessment' (1992) 1 *Review of European Community and International Environmental Law* 295; M. Pallamaerts, 'International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future' (1992) 1 *Review of European Community and International Environmental Law* 254;

⁶⁹⁶ Report of the United Nations Conference on Environment and Development, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Resolution 1, Annex 2: *Agenda 21*; United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 May 1992, 1771 UNTS 107 (UNFCCC); Convention on Biological Diversity, 5 June 1992, 1760 UNTS 79 (CBD); *Institutional Arrangements to follow up the United Nations Conference on Environment and Development*, 22 December 1992, UN Doc. A/RES/47/191; *Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests*, 14 August 1992, UN Doc. A/CONF/151/26 (Vol. III) (*Forest Principles*).

rappresentativo all'interno del diritto internazionale dell'ambiente⁶⁹⁷. Il principio 10 esplica le componenti della c.d. “democrazia ambientale”, affermando che “*ogni individuo deve avere un accesso appropriato alle informazioni riguardanti l'ambiente in carico alle autorità pubbliche, comprese le informazioni sui materiali pericolosi e sulle attività [...] così come l'opportunità di partecipare ai processi decisionali*”⁶⁹⁸; inoltre, è previsto un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari amministrativi⁶⁹⁹. Tale architettura, costituisce il presupposto procedurale per l'effettività delle politiche ambientali e inoltre ha originato gli sviluppi successivi in materia tanto sul piano pattizio quanto su quello interno⁷⁰⁰. La conferenza di Rio è divenuta un punto di riferimento nella storia della governance ambientale globale. Se la conferenza di Stoccolma simboleggia la nascita del moderno diritto internazionale ambientale, Rio segna l'evoluzione e la maturità. La governance ambientale contemporanea continua a operare entro principi generali elaborati a Rio; tuttavia, e con il *World Summit on Sustainable Development* (WSSD) di Johannesburg del 2002 che l'attenzione si sposta dal perfezionamento normativo all'attuazione concreta. Nonostante il perfezionamento normativo e l'evoluzione del diritto ambientale ha avuto sin dal 1972 ai primi anni 2000 l'assemblea generale delle Nazioni unite in una sessione speciale dedicata al *follow-up* di Rio aveva contestato che nonostante gli sviluppi internazionali avutosi con le varie conferenze, lo stato dell'ambiente continuava a deteriorarsi; per questo motivo, nel dicembre del 2000 l'Assemblea Generale ha deciso di convocare una terza conferenza. La conferenza di Johannesburg si è conclusa con due esiti principali: la *Johannesburg Declaration on Sustainable Development* e il *Plan of Implementation*, che ha tradotto in impegni programmatici una serie di obiettivi operativi. Sono stati inoltre lanciati partenariati volontari *multi-stakeholder* a sostegno dell'attuazione, ed è stato promosso un programma decennale per modelli di consumo e produzione sostenibili. Pur

⁶⁹⁷ United Nations Convention to Combat Desertification in Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 17 June 1994, 1954 UNTS 3 (UNCCD); 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, 4 August 1995, 2167 UNTS 3.

⁶⁹⁸ Rio Declaration on Environment and Development, Principle 10, adopted at the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Rio de Janeiro, 14 June 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), p. 3.

⁶⁹⁹ *Idibem*.

⁷⁰⁰ P.-M. DUPUY, J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, cit. p. 15.

riconoscendo il ruolo centrale dell'energia nell'agenda dello sviluppo, i negoziati non hanno condotto alla definizione di un obiettivo globale vincolante in materia di fonti rinnovabili⁷⁰¹.

Concentrandoci sulle politiche energetiche come strumenti di contrasto al cambiamento climatico, un primo punto di svolta è rappresentato dal protocollo di Kyoto del 1997, che ha introdotto obiettivi di riduzione delle emissioni per i Paesi industrializzati, in attuazione dell'art. 2 UNFCCC⁷⁰². Il Protocollo di Kyoto ha inaugurato meccanismi di mercato innovativi – *emissions trading, joint implementation e clean development mechanism* – orientati a internalizzare i costi delle emissioni e catalizzare investimenti in tecnologie più pulite. Il protocollo di Kyoto ha costituito una svolta decisiva per quanto attiene a energia in ambiente e generazioni future, entrato in vigore nel 2005 esso ha rappresentato il principale strumento di attuazione della Convenzione Quadro, all'interno del quale sono stati definiti alcune misure volte a raggiungere gli obiettivi di riduzione delle emissioni climalteranti identificate come le principali cause del surriscaldamento globale⁷⁰³.

Il successivo, oggi centrale, riferimento è l'Accordo di Parigi del 2015, che fissa l'obiettivo di mantenere l'aumento medio della temperatura ben al di sotto dei 2°C e di proseguire gli sforzi verso 1,5°C rispetto ai livelli preindustriali⁷⁰⁴. L'architettura è di tipo *bottom-up*, fondata sui *Nationally Determined Contributions* (NDCs), con obblighi procedurali di preparazione, comunicazione e aggiornamento, un solido quadro di trasparenza e un *Global Stocktake* quinquennale⁷⁰⁵. L'attuazione richiede

⁷⁰¹ Sul rapporto tra UNFCCC e Protocollo di Kyoto cfr. Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), New York, 9 maggio 1992, art. 2 (obiettivo ultimo); e Protocollo di Kyoto alla UNFCCC, Kyoto, 11 dicembre 1997, art. 3(1) e Allegato B (obiettivi quantitativi per le Parti dell'Allegato I), in vigore dal 16 febbraio 2005; v. anche UN Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1. Per la messa in opera degli impegni (QELRCs) e dei meccanismi flessibili (artt. 6, 12, 17), UNFCCC Secretariat, Kyoto Protocol Reference Manual on Accounting of Emissions and Assigned Amounts, 2008. In dottrina, v. D. Bodansky – J. Brunnée – L. Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017, capp. 3–5; M. GRUBB – C. VROLIJK – D. BRACK, *The Kyoto Protocol: A Guide and Assessment*, Earthscan/RIIA, 2000.

⁷⁰² G. DE MAIO, *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 150.

⁷⁰³ *Idibem*.

⁷⁰⁴ P. BIANDRINO, M. DE FOCATIS, *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia. Un nuovo modello?* (a cura di), Cedam, 2017, p. 21 ss.

⁷⁰⁵ Accordo di Parigi, 12 dicembre 2015, artt. 3–4 (NDC: determinazione nazionale, preparazione, comunicazione, aggiornamento e progressione), art. 13 (Enhanced Transparency Framework), art. 14 (Global Stocktake quinquennale); v. anche Decisione 1/CP.21, "Adozione dell'Accordo di Parigi", in FCCC/CP/2015/10/Add.1, parr. 23–24 e 27–29 (ciclo quinquennale degli NDC) e 99–101 (quadro di trasparenza), nonché Decisione 18/CMA.1, "Modalities, Procedures and Guidelines for the Transparency Framework" (c.d. Katowice Rulebook).

pacchetti energetici incisivi: *carbon pricing* basato su tasse sul carbonio e sistemi di scambio delle emissioni, riforma dei sussidi ai combustibili fossili, standard prestazionali, efficienza energetica e diffusione delle rinnovabili. Nello stesso 2015, l'Agenda 2030 ha codificato la dimensione energetica dello sviluppo sostenibile⁷⁰⁶ e le sue interconnessioni con consumo e produzione responsabili⁷⁰⁷ e azione per il clima⁷⁰⁸, offrendo un quadro programmatico di *soft law* che dialoga con gli impegni dell'Accordo di Parigi e orienta la coerenza delle politiche pubbliche⁷⁰⁹.

Trasposte nel diritto internazionale degli investimenti, le trasformazioni delle politiche energetiche - dal *phase-out* di combustibili fossili al rafforzamento degli incentivi alle rinnovabili, fino all'inasprimento degli standard ambientali - hanno spesso innescato contenziosi ISDS promossi dagli investitori contro gli Stati ospitanti. In tali controversie, gli investitori hanno dedotto la violazione degli standard di tutela previsti dai trattati, sostenendo che i mutamenti normativi e regolatori, nonché la riallocazione degli incentivi a favore delle fonti pulite o le restrizioni alle attività estrattive, avessero inciso in modo ingiustificato e discriminatorio sull'equilibrio economico degli investimenti realizzati sulla base di precedenti quadri regolatori incentrati su una politica energetica diversa. Nel prosieguo si esamineranno giurisprudenza e casi emblematici del settore energetico (anche in relazione all'ECT), mettendo in luce: *i*) l'attrito tra tutele sostanziali e *right to regulate*; *ii*) i possibili effetti di chilling sulle politiche climatiche; *iii*) le oscillazioni interpretative degli standard; *iv*) i nodi della quantificazione del danno e il ruolo — non sempre virtuoso — delle *stabilization clauses* nei rapporti di lungo periodo.

⁷⁰⁶ United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/70/1, 25 September 2015, Sustainable Development Goals, SDG 7.

⁷⁰⁷ *Ivi*, 12.

⁷⁰⁸ *Ivi*, 13.

⁷⁰⁹ K. KANIE, F. BIERMANN (a cura di), *Governing through Goals: Sustainable Development Goals as Governance Innovation*, MIT Press, 2017; D. BODANSKY – J. BRUNNÉE – L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017, capp. 7–9; Accordo di Parigi, 12 dicembre 2015, artt. 4, 13, 14, e Decisione 1/CP.21.

2.2 Il contenzioso investitore-Stato tra regolazione ambientale e diritto a regolare: profili giurisprudenziali e sistemici

Emerge, dalla prassi contenziosa, una geografia non omogenea. Una quota significativa di ricorsi ha riguardato Paesi dell'America Latina – in particolare Argentina, Cile, Costa Rica, Messico, Perù ed El Salvador – dentro questo gruppo il Messico ricorre con maggiore frequenza, specie in dispute su gestione e smaltimento dei rifiuti e dell'uso delle risorse idriche. Anche Stati Uniti e Canada figurano più volte come convenuti: per quanto riguarda gli Stati Uniti, i casi hanno toccato profili di regolazione chimica, sicurezza animale tutela di minoranze; nel caso del Canada i casi hanno toccato temi come rifiuti e sostanze chimiche⁷¹⁰. Molte di queste controversie nordamericane si basano sul NAFTA⁷¹¹. In Europa occidentale compaiono, seppur più sporadicamente, Germania e Spagna; in Europa orientale Bulgaria, Repubblica Ceca e Lituania. Dal quadro finora esaminato non si intende affermare che solo gli Stati menzionati siano stati coinvolti in arbitrati internazionali in materia di investimento; anche altri Paesi, come l'Italia, il Regno Unito e la Francia, hanno partecipato a controversie arbitrali di analoga natura. Accanto alle questioni ambientali, il contenzioso riflette ormai anche questioni legate alle più recenti politiche climatiche; un esempio di ciò è il caso *Naftac c. Ucraina*, connesso a un progetto di *joint implementation* ex art. 6 del Protocollo di Kyoto, o anche alle pretese avanzate contro Canada, Spagna e Repubblica Ceca sui massicci investimenti nel settore delle rinnovabili, indotti dagli strumenti di promozione dell'energia pulita⁷¹². Nel complesso la giurisprudenza arbitrale fotografa una crescente sensibilità verso l'evoluzione del diritto ambientale interno e internazionale e segnala un rapporto di trasformazione tra tutela degli investimenti e obiettivi ambientali.

Negli ultimi decenni, un numero crescente di controversie internazionali con componenti ambientali è sottoposto all'esame di Corti e Tribunali, sia nazionali che

⁷¹⁰ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 23.

⁷¹¹ North American Free Trade Agreement, 17 December 1992, 32 ILM 296.

⁷¹² J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, cit., p. 23.

internazionali. Sebbene non sia semplice determinare in quale misura una controversia possa essere definita di stampo ambientale, si può affermare con certezza che in numerose dispute con rilevanti implicazioni ambientali sono state portate dinanzi a organi quali la Corte Internazionale di Giustizia, il Tribunale Internazionale del Diritto del Mare e Tribunali arbitrati istituiti sotto l'egida della Corte permanente d'arbitrato, inoltre come già specificato la relazione tra ambiente e investimenti è stata protagonista di molti arbitrati in materia di investimento.

Le prime grandi frizioni tra protezione ambientale e investimenti stranieri si manifestano sul terreno della regolazione di base: pianificazione territoriale, autorizzazioni (VIA/VAS), standard sui rifiuti e sostanze pericolose, tutela di passaggio. In questa costellazione di misure gli investitori sperimentano il ricorso all'ISDS per contestare dinieghi, revoche o sopravvenienze regolatorie, mobilitando soprattutto gli *standard di fair and equitable treatment*, l'espropriazione e in alcuni casi le garanzie di trasparenza e *due process* amministrativo. L'esito giurisprudenziale è paradigmatico del bilanciamento tra poteri dello Stato e affidamenti dell'investitore, con il FET che assume una dimensione procedurale e l'espropriazione indiritta si assetta su una soglia sostanziale elevata⁷¹³. Nel prosieguo si presenterà una selezione di casi significativi della giurisprudenza arbitrale, con l'obiettivo di delineare con maggiore precisione il quadro delle tensioni tra investimenti esteri, tutela dell'ambiente, transizione energetica e diritti umani. L'analisi sarà articolata in due sezioni: *i)* regolazione ambientale e governo del territorio; *ii)* politiche energetiche e crisi climatica.

2.2.1 *Regolazione ambientale e governo del territorio*

Emblematico è il caso *Metalclad v. Mexico*, relativo al diniego definitivo di autorizzazioni per una discarica di rifiuti pericolosi dopo un iter opaco, segnato da

⁷¹³ A. NEWCOMBE – L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer, 2009, capp. 6–7; T. WÄLDE – Y. KOLO, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking'*, in *International Law, ICLQ*, 2001, 423 ss

attese contraddette e interferenze politico-locali: il collegio valorizza il deficit di trasparenza e prevedibilità come chiave di lettura del FET⁷¹⁴. Una traiettoria fine emerge nel caso *Tecmed v. Mexico*⁷¹⁵, relativo alla revoca della licenza di un impianto per rifiuti pericolosi. Nella prassi arbitrale, le legittime aspettative non operano come standard autonomo ma sono esaminate in relazione al FET, con talune intersezioni nella disciplina dell'espropriazione e della compensazione. Il collegio arbitrale ha interpretato il FET come obbligo per lo Stato di non frustrare le aspettative di base che hanno orientato la decisione ad investire, agendo in modo coerente, non ambiguo e trasparente nei rapporti con l'operatore⁷¹⁶. Questa tutela dell'affidamento opera entro il perimetro del FET e riguarda aspettative qualificate (fondate su impegni o condotte univoche dello Stato); non si traduce in un vincolo di cristallizzazione dell'ordinamento e lascia spazio a evoluzioni regolatorie ragionevoli, purché non arbitrarie, non retroattive in senso punitivo e non introdotte in modo opaco. Pur ammettendo in astratto l'evoluzione del quadro normativo, l'enfasi posta sulla trasparenza totale non si riflette in pari misura sui requisiti di coerenza e non-ambiguità, lasciando intendere che mutamenti incisivi possano entrare in attrito con l'affidamento maturato⁷¹⁷. Inoltre, l'affermazione secondo cui lo Stato dovrebbe impiegare gli strumenti giuridici in conformità alla funzione loro usualmente assegnata è stata eletta come potenzialmente idonea a coprire il *regulatory space*, perché rischia di cristallizzare funzioni originariamente attrattive degli investimenti, anche quando queste assumo un ruolo di posizionamento strategico in chiave ambientale⁷¹⁸. Dopo il caso *Tecmed*, diversi collegi arbitrali hanno continuato a trattare le aspettative legittime in relazione allo standard FET, affinando i criteri su specificità dell'impegno statale, prevedibilità e stabilità ragionevole⁷¹⁹. Nel caso *Azurix*, il tema riaffiorava anche

⁷¹⁴ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30.8.2000.

⁷¹⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.5.2003.

⁷¹⁶ *Ivi*, par. 154.

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 114; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 302; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 277; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 127–139; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 372; *Metalpar S.A.*

nell'analisi dell'espropriazione, interpretata come una frustrazione dell'affidamento come possibile chiave dell'interferenza sostanziale⁷²⁰. Nel caso *Saluka v. Czech Republic*, il tribunale arbitrale ha affermato che, in base al diritto internazionale gli Stati non sono tenuti a corrispondere un indennizzo quando, nel normale esercizio dei poteri regolatori adottano misure non discriminatorie perseguendo il benessere generale⁷²¹. Ne consegue la necessità di accertare preliminarmente se l'atto contestato rientri effettivamente nel legittimo esercizio dei *police powers* alla luce del diritto internazionale consuetudinario. In questa prospettiva, le misure adottate per finalità ambientali sono generalmente qualificate come misure regolatorie, tanto nell'ordinamento interno quanto in quello internazionale⁷²².

Un controcanto decisivo proviene dai casi nord-americani su additivi e pesticidi. In *Methanex v. USA*, il bando californiano del MTBE è qualificato come misura generale di tutela della salute e dell'ambiente e il tribunale interpreta in senso restrittivo l'ambito dell'espropriazione, limitando gli spazi per contestare la regolazione ambientale degli Stati ospitanti: il mero impatto economico non basta; occorre una sottrazione sostanziale, mirata e priva di giustificazione pubblica⁷²³. In parallelo, nel caso *Fireman's Fund v. Mexico* il tribunale ha proposto una serie di criteri per delineare l'ambigua nozione di espropriazione - tra cui la finalità pubblica - confermando l'orientamento volto a circoscrivere le censure agli interventi regolatori ambientali⁷²⁴; in quel giudizio le pretese espropriative furono respinte anche perché le

and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6 June 2008, para. 183; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 320; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para. 147; *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para. 279; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005.

⁷²⁰ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 316,372.

⁷²¹ *Saluka Investments BV (the Netherlands) v. the Czech Republic*, Partial Award of 17 March 2006, UNCITRAL, para. 255-262.

⁷²² *Ibidem*.

⁷²³ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, E. B. WEISS, *International Investment Rules and Water: Learning from the NAFTA Experience*, in E. B. WEISS, L. DE CHAZOURNES E N. BERNASCONI-OSTERWALDER (a cura di), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 288; Q. REN, *Public Interests in International Investment Law: Balancing Protection for Investor and Environment*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 135 ss.

⁷²⁴ *Fireman's Fund Insurance Company v. the United Mexican States*, Award of 17 July 2006 (ICSID Case No. ARB(AF)/02/01), par.176: "[...] (a) Expropriation requires a taking (which may include destruction) by a government-type authority of an investment by an investor covered by the NAFTA; (b) The covered investment may include intangible as well as tangible property; (c) The taking must be a substantially¹⁵⁷ complete deprivation of the economic use and enjoyment of the rights to the property, or of identifiable distinct parts thereof (i.e., it approaches total impairment); (d) The taking must be permanent, and not ephemeral or temporary; (e) The taking usually involves a transfer of ownership to another person (frequently the government authority concerned), but that need

misure controverse miravano a salvaguardare, non a sottrarre, il valore dell'investimento del ricorrente⁷²⁵.

Sul piano degli standard, la giurisprudenza tende a convergere su tre capisaldi: *i)* l'espropriazione indiretta richiede un sacrificio sostanziale del valore e della fruibilità dell'investimento, non integrato dal semplice aggravio economico derivante da misure generali e non discriminatorie⁷²⁶; *ii)* il FET non garantisce la cristallizzazione normativa, ma tutela contro arbitarietà, incoerenze, retroattività punitiva e violazioni del giusto procedimento⁷²⁷; *iii)* il rischio regolatorio inerisce in misura accentuata ai settori a forte impatto ambientale e grava - entro limiti di ragionevolezza - sull'investitore, specie quando le finalità pubbliche sono sorrette da un'istruttoria tecnico-scientifica adeguata⁷²⁸. Ne discende uno spostamento dell'angolo visuale dal "se" dello *ius variandi* pubblico al "come": sequenziamento delle riforme, periodi transitori, motivazioni fondate su evidenza scientifica, non discriminazione e parità di trattamento.

Sistemicamente, questi lodi hanno inciso su due fronti. Primo, hanno spinto gli Stati a codificare nei preamboli e in clausole operative il riferimento alla tutela elevata dell'ambiente e al diritto a regolare per finalità di salute/ambiente, talora introducendo espresse eccezioni generali ambientali e clausole interpretative in materia di FET. Secondo, hanno rafforzato, per gli operatori, la centralità della due diligence regolatoria e della documentazione procedurale (autorizzazioni, consultazioni, vincoli,

not necessarily be so in certain cases (e.g., total destruction of an investment due to measures by a government authority without transfer of rights); (f) The effects of the host State's measures are dispositive, not the underlying intent, for determining whether there is expropriation; (g) The taking may be de jure or de facto; (h) The taking may be "direct" or "indirect." (i) The taking may have the form of a single measure or a series of related or unrelated measures over a period of time (the so-called "creeping" expropriation); (j) To distinguish between a compensable expropriation and a noncompensable regulation by a host State, the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized; and the bona fide nature of the measure; (k) The investor's reasonable "investment-backed expectations" may be a relevant factor whether (indirect) expropriation has occurred".

⁷²⁵ *Ibidem*; L'articolo 1110 del North American Free Trade Agreement (NAFTA) stabilisce il divieto per le Parti contraenti di procedere, direttamente o indirettamente, alla nazionalizzazione o all'espropriazione di un investimento, o di adottare misure equivalenti a una nazionalizzazione o a un'espropriazione, salvo che siano rispettate determinate condizioni. In particolare, tali misure sono ammesse solo se perseguono un fine di pubblico interesse, sono adottate in modo non discriminatorio, in conformità al giusto processo legale e all'articolo 1105(1) del Trattato, e prevedono il pagamento di un indennizzo adeguato, come specificato nei paragrafi da 2 a 6 dello stesso articolo; North American Free Trade Agreement, Article 1110.

⁷²⁶ UNCTAD, *Expropriation*, Series on Issues in IIAs II, 2012.

⁷²⁷ S. SCHILL (a cura di), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010, pp. 152 ss.

⁷²⁸ J. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, cit., pp. 31-54

contenziosi) come parte dell'assetto protettivo dell'investimento, alla luce anche degli standard di condotta responsabile (OCSE) e dei performance standards IFC⁷²⁹.

2.2.2 La transizione energetica come nuova frontiera del diritto degli investimenti

La transizione energetica ha reso strutturale il confronto tra interesse pubblico climatico-ambientale e protezione degli investimenti⁷³⁰. Rimodulazioni di incentivi, uscita dal carbone e dal nucleare, i requisiti di efficienza e strumenti di *carbon pricing* hanno alimentato un contenzioso sempre più rilevante, spesso incardinato sotto l'*Energy Charter Treaty* e in misura crescente su accordi bilaterali e regionali di nuova generazione. Per cogliere la fisionomia di questo conflitto si esamineranno tre casi emblematici: *Rockhopper c. Italia*, *RWE c. Paesi Bassi*, *Eco Oro c. Colombia*.

Esemplare del nodo ambiente–investimenti, il caso *Rockhopper v. Italia*⁷³¹ che ruota intorno al mancato rilascio della concessione di coltivazione per il giacimento “Ombrina Mare” e ripropone il tema, da sempre controverso, del rapporto tra diritto internazionale degli investimenti e protezione dell'ambiente⁷³². Gli investitori hanno attivato l'arbitrato ai sensi dell'*Energy Charter Treaty* (ECT)⁷³³, sostenendo che la sequenza di atti favorevoli dell'amministrazione avesse generato una legittima aspettativa al rilascio della concessione⁷³⁴.

⁷²⁹ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* (ed. 2011, aggiornam.); IFC, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2012.

⁷³⁰ P. M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, p. 271-448; M.C. CORDONNIER SEGGER, M. W. GEHRING, A. NEWCOMBE (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, The Hague, Kluwer, 2011; J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012; T. COTTIER, O. NARTOV A, S. Z. BIGDELLI (eds.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009; P. M. DUPUY, F. FRANCONI, E. U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

⁷³¹ *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No.ARB/17/14, Final Award, 23 agosto 2022.

⁷³² P. M. DUPUY, F. FRANCONI, E. U. PETERSMANN (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009; P. M. DDUPUY, J. E. VIÑUALES, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, p. 271-448; M.C. CORDONNIER SEGGER, M. W. GEHRING, A.A. NEWCOMBE(eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, The Hague, Kluwer, 2011; J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012; T. COTTIER, O. NARTOV A, S. Z. BIGDELLI (eds.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009;

⁷³³ *Energy Charter Treaty*, art. 10, par 1

⁷³⁴ *Ivi*, art. 13

La vicenda si colloca sullo sfondo di un quadro normativo interno oscillante: dopo il permesso di esplorazione del 2005 e la domanda di concessione del 2008, nel 2010 è stato introdotto un divieto di perforazione entro le 12 miglia dalla costa, applicato anche alle istanze pendenti e, con efficacia retroattiva, a titoli già rilasciati⁷³⁵. Nel 2012 tali limiti sono stati rimossi per le domande già presentate, con conseguente riattivazione dell'istruttoria di Ombrina Mare; il 7 agosto 2015 il Ministero dell'Ambiente ha approvato la VIA del progetto e, pochi giorni dopo, la società ha formalizzato le proprie istanze conclusive. Il 14 agosto 2015 i ricorrenti hanno notificato al Ministero, ai sensi del decreto n. 484/1998, la richiesta di rilascio della concessione di produzione entro 15 giorni, ma tale concessione non è mai stata accordata. Pochi mesi dopo, il parlamento italiano ha approvato una legge che ha confermato il divieto di perforazione entro le dodici miglia marine, eliminando l'eccezione introdotta nel 2012 su cui Rockhopper fondava la propria domanda. All'inizio del 2016, è stata respinta in via definitiva l'istanza della società.

Dinanzi all'arbitrato, Rockhopper ha dedotto la violazione dell'art. 10 (1) ECT (*fair and equitable treatment*) e dell'art. 13 ECT (espropriazione). Sul piano sostanziale, il collegio ha inquadrato le finalità ambientali come interesse pubblico legittimo, richiamando il principio di proporzionalità per bilanciare, nel caso concreto, gli obiettivi pubblici con il sacrificio imposto all'investitore⁷³⁶. In questa logica, quando l'incidenza della misura equivale sostanzialmente a una privazione del valore dell'investimento, la compensazione diventa fattore decisivo del “giusto equilibrio”: un'espropriazione sostanziale senza un indennizzo ragionevolmente correlato al valore non supera il test di proporzionalità.

Altro caso di particolare rilievo è *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*⁷³⁷. La società, attiva dal 1994 nell'estrazione di oro e argento nell'area dei Páramos Santurbán–Berlín – ecosistemi ad altissima sensibilità ambientale e serbatoi idrici

⁷³⁵ Rockhopper v. Italy, cit., par. 96.

⁷³⁶ U. KRIEBAUM, A. REINISCH, Property, Right to, International Protection, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2019, parr. 48-52.

⁷³⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*, ICSID, No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9, set, 2021)

essenziali per milioni di persone – aveva investito oltre 250 milioni di dollari in un progetto avviato quando non esistevano ancora divieti minerari nei *páramos* né erano state istituite aree naturali protette. Ottenuti i necessari atti amministrativi e una concessione estrattiva, l’iniziativa aveva incontrato una crescente opposizione di comunità locali e ONG, preoccupate per i rischi agli ecosistemi. Dal 2010 la Colombia ha progressivamente ristretto le attività minerarie nei *páramos*. Il punto di svolta c’è stato nel 2016, quando la Corte costituzionale ha annullato le deroghe del diritto minerario che consentivano a Eco Oro e ad altre imprese di proseguire nelle attività estrattive, con successiva revoca da parte dell’Agenzia nazionale delle miniere dei titoli insistenti sulle aree protette. La società ha quindi avviato arbitrato ICSID, deducendo espropriazione indiretta e violazione dello standard minimo di trattamento, anche in ragione della riduzione di circa il 50% dell’area di concessione e della sostanziale compromissione della porzione residua. Muovendo da tali presupposti, il collegio ha interpretato il trattato nel senso di garantire un quadro prevedibile per commercio e investimenti coerente con la protezione e la conservazione dell’ambiente, affermando la pari importanza tra tutela ambientale e protezione degli investimenti e la necessità che esse coesistano in modo reciprocamente vantaggioso⁷³⁸. Resta tuttavia controverso il modo in cui questa impostazione sia stata poi utilizzata per delimitare la portata dell’eccezione ambientale dell’FTA Canada–Colombia (art. 2201)⁷³⁹, specie nel rapporto tra misure di conservazione e affidamenti maturati.

La questione riflette una problematica più ampia, comune anche ad altri ordinamenti, in cui misuri di transizione energetica hanno inciso su posizioni giuridiche consolidate degli investitori. Nel 2019 i Paesi Bassi hanno adottato la legge che vieta la produzione di elettricità da carbone entro il 2030, incidendo in modo diretto sugli impianti di ultima generazione, tra cui la centrale RWE di Eemshaven, entrata in

⁷³⁸ *Ivi*, par. 828.

⁷³⁹ L’art. 2201 del *Canada–Colombia Free Trade Agreement* introduce una clausola generale che consente agli Stati di adottare o mantenere misure necessarie alla tutela della vita o della salute umana, animale o vegetale, esplicitamente includendo tra queste le misure di carattere ambientale. Tale disposizione riconosce la legittimità dell’intervento statale a fini di conservazione delle risorse naturali e di protezione ambientale, purché tali misure non siano applicate in modo arbitrario o discriminatorio nei confronti degli investitori stranieri; *Canada–Colombia Free Trade Agreement*, signed 21 November 2008, entered into force 15 August 2011, *Article 2201 – General Exceptions*. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/fta-ale/22.aspx?lang=eng>

esercizio nel 2015. In sede interna, il Tribunale distrettuale dell'Aja ha considerato legittimo il divieto conforme ai principi di proporzionalità e prevedibilità, qualificando come legittima misura regolatoria e negando qualsiasi diritto al risarcimento⁷⁴⁰.

Parallelamente RWE ha avviato arbitrato ai sensi dell'ECT sostenendo che il *phase-out* determina una espropriazione indiretta e viola il trattamento giusto ed equo, giacché il periodo transitorio non consentirebbe di recuperare l'investimento e le alternative tecnologiche ipotizzate non sarebbero realistiche. Lo Stato ha opposto che la misura persegue obiettivi climatici di alto interesse pubblico, è generale e non discriminatoria, si colloca in una traiettoria di policy prevedibile e rispetta un orizzonte temporale ragionevole. È stata, inoltre, sollevata anche l'eccezione intra-UE sulla giurisdizione, alla luce della giurisprudenza dell'Unione⁷⁴¹.

Il cuore del dibattito ruota attorno a quattro snodi: la prevedibilità del *phase-out* alla luce degli impegni climatici nazionali e dell'evoluzione regolatoria; l'adeguatezza del periodo transitorio rispetto alla vita utile degli asset; la praticabilità di alternative tecniche che riducano l'intensità carbonica senza azzerare il valore dell'investimento; la proporzionalità del sacrificio imposto al singolo operatore. Il procedimento, tuttora pendente, è banco di prova di un principio ricorrente nella prassi: l'ampio margine regolatorio statale in materia climatica deve accompagnarsi a una transizione coerente, non retroattiva e trasparente, calibrata in modo ragionevole rispetto all'orizzonte economico degli investimenti.

In controluce ai casi più recenti — *Rockhopper*, *RWE* ed *Eco Oro* — emerge un tratto comune: l'attuale diritto internazionale degli investimenti continua a proiettare una protezione marcata degli operatori privati, mentre fatica a garantire un bilanciamento effettivo con interessi pubblici quali tutela dell'ambiente e diritti umani. Queste controversie non dipendono solo da un impianto pattizio sbilanciato; in *Rockhopper* e *RWE*, ad esempio, hanno pesato anche condotte statali ondivaghe,

⁷⁴⁰A. ARCURI, K. TIENHAARA, L. PELLEGRINI, *Investment law v. supply-side climate policies: insights from Rockhopper v. Italy and Lone Pine v. Canada*, in *Int Environ Agreements*, 2024, V. 24, pp. 193–216. <https://doi.org/10.1007/s10784-023-09622-w>; District Court Den Haag (2022). ECLI:NL: RBDHA: 2022:12628 RWE Eemshaven Holding II v. De Staat Der Nederlanden.

⁷⁴¹F. MONTANARO, *The European Union and International Investment Law : The Two Dimensions of an Uneasy Relationship*; Hart Publishing, An Imprint of Bloomsbury Publishing: Oxford, UK, 2023, p. 79.

aspettative coltivate e poi smentite, sequenze decisionali poco coerenti. Che gli Stati possano rimodulare le proprie politiche è indubbio; l'esperienza arbitrale, però, impone una migliore architettura *ex ante*, ovvero chiarire quali aspettative siano davvero qualificate e protette, distinguere il rischio regolatorio fisiologico da quello eccentrico, e delimitare i casi in cui la lesione discende dalla condotta negligente dell'operatore o da impatti ambientali non gestiti.

La riconversione degli investimenti fossili è al contempo esito e leva delle politiche climatiche⁷⁴². Riconoscere indennizzi per profitti meramente attesi rischia di cortocircuitare tali segnali, attenuando gli incentivi economici al disinvestimento; la prospettiva di maxi-condanne in sede ISDS può inoltre produrre un *chilling effect* sulle misure lato offerta, con impatti più acuti nei Paesi a capacità istituzionale limitata. Ne discende un'agenda di riequilibrio ormai ineludibile: trattati che esplicitino il *right to regulate* e parametri di proporzionalità nelle transizioni; criteri risarcitori più sobri, poco permeabili ai profitti ipotetici; spazi chiari per controdomande ambientali degli Stati; e soprattutto procedure decisionali trasparenti, partecipate e prevedibili⁷⁴³. Solo in questo quadro il dialogo tra protezione degli investimenti e interesse pubblico potrà uscire dalla logica del conflitto e misurarsi, in modo credibile, con la transizione ecologica.

2.3 Equilibrio dinamico tra tutela dell'investitore e obiettivi ambientali: una sintesi ragionata

Le traiettorie ricostruite nei precedenti paragrafi consentono alcune considerazioni di ordine sistemico utili a innestare l'analisi del bilanciamento fra protezione degli investimenti e interessi non economici. In primo luogo, l'esito delle controversie non dipende dall'intensità in sé della protezione ambientale, bensì dalla qualità istituzionale e procedurale con cui la regolazione è concepita e applicata.

⁷⁴² J. PAINE, E. SHEARGOLD, *A climate change carve-out for investment treaties*, in *Journal of International Economic Law*, 2023, V. 26, 2, pp. 285–304.

⁷⁴³ J. ARATO, K. CLAUSSEN, M. LANGFORD, *The Investor-State Dispute Settlement Reform Process: Design, Dilemmas and Discontents*, in *Journal of International Dispute Settlement*, V. 14, 2, 2023, pp. 127–133, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad004>.

Trasparenza del processo decisionale, prevedibilità e continuità dell'azione amministrativa, non discriminazione e ragionevolezza delle misure appaiono gli snodi attraverso cui gli organi arbitrali leggono e legittimano l'intervento pubblico in materia ambientale e climatica. Ne discende uno spostamento della domanda giuridica: dal "se" lo Stato possa regolare al "come" debba farlo affinché le misure superino lo scrutinio di conformità agli standard di trattamento.

In secondo luogo, si delinea una distinzione stabile tra aspettative generali dell'investitore – non protette in quanto tali – e aspettative qualificate sorrette da impegni specifici o da condotte univoche dell'autorità. La prima categoria coincide, nella prassi, con l'affidamento fisiologico che accompagna l'entrata in settori regolati e ad alta sensibilità ambientale; la seconda richiede elementi di specificità, capaci di fondare una pretesa di stabilità ragionevole. Questo discrimine opera come valvola di equilibrio tra la flessibilità necessaria alla transizione ecologica e l'esigenza di tutela dell'affidamento quando lo Stato abbia contribuito a generarlo.

In terzo luogo, la categoria dell'espropriazione indiretta si conferma come eccezionale nei contesti di regolazione generale non selettiva: gli arbitri tendono a riservare tale qualificazione a misure che determinino una sostanziale privazione del valore o della fruibilità dell'investimento, non integrata dal solo impatto economico dovuto a misure di carattere generale. Nel diritto contemporaneo dell'espropriazione, il punto cruciale non è tanto verificare se siano soddisfatti i requisiti di una espropriazione legittima, quanto accertare se un'espropriazione si sia verificata⁷⁴⁴. Ne consegue che molta attenzione si concentra sulla definizione di ciò che costituisce un'espropriazione e, soprattutto – alla luce della generale accettazione degli investimenti esteri diretti da parte degli Stati, che ha ridotto la frequenza delle espropriazioni dirette – su quali misure debbano essere qualificate come espropriazioni indirette. Il concetto di espropriazione indiretta non è nuovo; tuttavia, benché le decisioni di tribunali internazionali e le analisi della dottrina abbiano fatto luce su

⁷⁴⁴ C. SCHREUER, *The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, in C. Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006, pp. 108-111.

diversi profili problematici⁷⁴⁵, il quadro rimane tutt'altro che cristallizzato e non si può ancora parlare di una dottrina sistematica e compiuta sull'argomento. Sul piano terminologico, va aggiunta un'osservazione: il termine "espropriazione", impiegato in questo capitolo, è spesso sostituito—soprattutto nella letteratura statunitense—da "taking", espressione che può ritenersi intercambiabile con la prima. Più rilevante è che, pur essendo l'idea di "espropriazione indiretta" ben radicata nel diritto internazionale, esiste una pluralità di etichette per descriverne le forme: si parla, ad esempio, di espropriazione *de facto*, occulta (*disguised*), consequenziale, regolatoria o strisciante (*creeping*); i BIT fanno spesso riferimento a misure "equivalenti" all'espropriazione. I confini tra queste figure sono sfumati e – fatta salva la *creeping expropriation*, che presenta contorni un po' più nitidi in ragione dell'accento sulla sequenza degli atti – le denominazioni sono talora usate in modo intercambiabile⁷⁴⁶. Una criticità attiene al ricorso, nella prassi arbitrale, alla nozione di espropriazione indiretta, talora utilizzata come se integrasse una vera e propria espropriazione in senso stretto: misure regolatorie generali o interventi correttivi dell'amministrazione vengono così letti quali "equivalenti" allo spossessamento, con il rischio di dilatare indebitamente l'ambito della tutela espropriativa e comprimere lo spazio regolatorio statale oltre quanto giustificato dal principio di proporzionalità e dalla funzione pubblica delle misure⁷⁴⁷. Sebbene previsioni sull'espropriazione indiretta compaiano di frequente nei trattati e in altri strumenti di protezione degli investimenti, nella maggior parte dei casi esse si limitano a un rinvio generico alla categoria, senza fornirne una definizione operativa. Come ha osservato Dolzer, le formulazioni correnti dei trattati d'investimento "*non chiariscono davvero la questione delle espropriazioni indirette; piuttosto enunciano il problema, presumendo che sia il diritto internazionale*

⁷⁴⁵ B.H. WESTON, *Constructive Takings* "under International Law: A Modest Foray into the Problem of "Creeping Expropriation", in *Virginia Journal of International Law*, 1975, p. 103; R. HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, in II] *Recueil des Cours*, 1983, p. 259; R. DOLZER, *Indirect Expropriation of Alien Property*, *JCSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 1986, v. 1, p. 48; R. DOLZER, *Indirect Expropriations: New Developments?*, in *NYU Environmental Law Journal*, 2002, p. 64; W.M. REISMAN, R.D. SLOANE, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, in *British Yearbook of International Law*, 2003, v. 74, p. 115; J. PAULSSON, Z. DOUGLAS, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, in N. Horn and S. Krdll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004, p. 145.

⁷⁴⁶ A. REINISCH, (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, pp. 152-153.

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

generale a offrire la soluzione”⁷⁴⁸. Si riscontra, in effetti, una marcata riluttanza a inserire una definizione di “espropriazione” in tali strumenti: come rilevano Dolzer e Stevens, lo Stato ospite può adottare una gamma di misure che producono effetti simili all’espropriazione o alla nazionalizzazione pur non integrando, *de jure*, un atto formale di esproprio; tali misure sono comunemente qualificate come espropriazioni indirette, striscianti o *de facto*⁷⁴⁹. In *Middle East Cement v. Egypt*, la revoca della licenza d’importazione e il sequestro/alienazione dei beni hanno determinato una privazione sostanziale dell’investimento, configurando espropriazione indiretta⁷⁵⁰. In *Tecmed v. Mexico*, il mancato rinnovo del permesso per la discarica, deciso senza un adeguato bilanciamento tra finalità ambientali e affidamento legittimo dell’investitore, è stato qualificato come misura equivalente a espropriazione, con richiamo esplicito ai criteri di proporzionalità e prevedibilità. Inoltre, questo tipo di espropriazione non avviene necessariamente in modo graduale o occulto – la nozione di *creeping* designa soltanto una specie di espropriazione indiretta – e può realizzarsi mediante un singolo atto, una serie di atti in un breve arco temporale oppure atti simultanei⁷⁵¹. Occorre pertanto distinguere tra *creeping expropriation* ed espropriazione *de facto*, pur rientrando entrambe nel più ampio concetto di espropriazione indiretta e pur potendo entrambe concretizzarsi attraverso una pluralità di condotte, da valutare caso per caso per accertare se si sia verificata una delle due fattispecie⁷⁵².

Questo orientamento, unito alla progressiva “proceduralizzazione” del FET, incentiva gli Stati a strutturare riforme ambientali e climatiche secondo criteri di sequenziamento, periodi transitori adeguati e motivazioni basate su evidenza tecnico-scientifica, riducendo il rischio di responsabilità internazionale. Specularmente,

⁷⁴⁸ R. DOLZER, *Indirect Expropriation of Alien Property*, JCSID Review—Foreign Investment Law Journal, 1986, vol. 1, pp. 48-56.

⁷⁴⁹ R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1995.

⁷⁵⁰ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, Award, 12 April 2002; V. anche, per valutazioni analoghe sull’espropriazione (diretta/indiretta) e sui relativi criteri applicativi: *Goetz and Others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 2 settembre 1998; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 agosto 2000; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 settembre 2001; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 aprile 2004; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 agosto 2007.

⁷⁵¹ *Tecmed v. Mexico*, parr. 114 ss.

⁷⁵² *Ibidem*.

impone agli investitori una *due diligence* rafforzata: mappare *ex ante* il rischio regolatorio, documentare accuratamente il percorso autorizzatorio e predisporre strategie di adattamento diventa parte integrante dell'assetto protettivo dell'investimento.

In quarto luogo, l'esperienza maturata nei contenziosi "*climate-facing*" (in particolare quelli legati alla rimodulazione degli incentivi alle rinnovabili, ai *phase-out* di tecnologie ad alta intensità carbonica e alle moratorie connesse a rischi ambientali) mostra che il parametro della proporzionalità, ormai ricorrente nella motivazione arbitrale, opera come metrica di raccordo tra il *right to regulate* e gli standard di protezione: quanto più la misura contribuisce in modo credibile agli obiettivi di decarbonizzazione e tutela ambientale ed è costruita in chiave di gradualità, tanto maggiore è la sua resilienza in sede ISDS. Ciò non sterilizza, tuttavia, i profili di responsabilità quando intervengano retroattività punitiva, incoerenze procedimentali o carenze istruttorie.

Questo quadro "di principio" prepara il passaggio dalla casistica settoriale a un'analisi del bilanciamento che tenga insieme interessi economici e interessi non economici lungo due direttrici speculari, che costituiranno l'oggetto del paragrafo successivo. Da un lato, occorre interrogarsi su come e quando l'investitore, nell'esecuzione dell'attività economica, possa incidere su diritti umani e beni ambientali dello Stato ospitante, e quali strumenti il diritto degli investimenti consenta per prevenire o rimediare tali impatti: requisiti di legalità dell'investimento, clausole che subordinano la protezione al rispetto del diritto interno e degli standard internazionali pertinenti, accoglimento di controdomande statali ove la base testuale lo consenta, nonché l'emergere di cornici di *soft law*. Questo versante, che apparirà nel § 3.2, sposta il baricentro dall'esclusiva protezione dell'investitore alla responsabilizzazione dell'attività d'impresa, valorizzando l'integrazione sistemica tra diritto degli investimenti, diritti umani e diritto ambientale.

Dall'altro lato, rimane imprescindibile l'esame delle situazioni in cui è lo Stato a comprimere in modo arbitrario o sproporzionato i diritti dell'investitore, incidendo sulla proprietà o sull'affidamento legittimo. In tali casi - che saranno affrontati nel §

3.1- il sindacato arbitrale continuerà a ruotare attorno a FET ed espropriazione indiretta, ma con un'attenzione crescente al contesto: la crisi climatica e le correlate esigenze di transizione non fungono da “scudo assoluto”, bensì da parametro per calibrare la ragionevolezza delle scelte pubbliche, verificandone coerenza, prevedibilità e proporzionalità. La cornice metodologica, dunque, non è quella di una prevalenza automatica dell'uno o dell'altro interesse, ma di un test multilivello in cui la qualità del processo e la solidità dell'istruttoria tecnico-scientifica assumono rilievo determinante.

In sintesi, il paragrafo successivo abbandona l'angolo prospettico per materia e adotta una logica “per funzioni di tutela”: come il diritto degli investimenti, nelle sue categorie classiche, si confronta oggi con interessi non economici che non sono periferici ma strutturali. Il passaggio dai casi alla teoria del bilanciamento non è un cambio di registro, bensì la naturale prosecuzione di un percorso già tracciato dalla giurisprudenza: una convergenza verso standard procedurali esigenti, un uso più accorto delle aspettative legittime e una graduale, ma riconoscibile, integrazione tra protezione dell'investimento e responsabilità sociale e ambientale dell'attività d'impresa.

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

Il diritto internazionale degli investimenti nasce con una vocazione protettiva dell'investitore straniero, costruita attorno a standard sostanziali ampi e a un meccanismo procedurale asimmetrico (ISDS) che consente al solo investitore di azionare pretese direttamente contro lo Stato ospitante. La progressiva emersione di istanze ambientali e di tutela di diritti umani, insieme alla centralità assunta dalle politiche climatiche la transizione energetica, ha reso sempre più evidente la tensione tra questa architettura “*investor-oriented*” e gli interessi pubblici non economici.

Prima di entrare nel merito degli standard sostanziali, va richiamato il contesto procedurale: l'arbitrato internazionale degli investimenti è divenuto il canale privilegiato per la risoluzione delle controversie investitore-Stato. L'espansione del contenzioso ha posto sempre più spesso in relazione la disciplina degli investimenti con gli interessi non economici – tutela ambientale e diritti umani – invocati tanto dagli Stati quanto dagli investitori. I riferimenti ai diritti umani nei lodi ISDS restano, ad oggi, sporadici. Ciò riflette anche la struttura delle fonti, poiché la maggior parte di trattati bilaterali di investimento non contempla richiami espressi a diritti umani⁷⁵³; analogamente ne sono privi strumenti multilaterali di rilievo come il NAFTA e l'*Energy Charter Treaty*. La Convenzione ICSID, infine ha un taglio prevalentemente procedurale e non contiene disposizioni sostanziali in materia.

Sul piano contenzioso, il bilanciamento si articola soprattutto nell'ambito dello standard FET e nella qualificazione dell'espropriazione indiretta. Diversi tribunali arbitrali hanno riconosciuto che la stabilità dell'ordinamento giuridico dello Stato ospitante costituisce un elemento rilevante nell'interpretazione e nell'applicazione dello standard FET⁷⁵⁴. Tuttavia, il diritto dell'investitore ha un contesto normativo stabile non è illimitato. La giurisprudenza arbitrale sottolinea infatti che la tale esigenza deve essere bilanciata con il legittimo potere regolatorio dello Stato, il quale conserva la facoltà di intervenire nel proprio ordinamento per perseguire obiettivi di interesse pubblico⁷⁵⁵. Pertanto, la richiesta di stabilità non può essere intesa come un vincolo tale da impedire allo Stato ospitante di adattare la propria normativa alle mutevoli condizioni economiche, sociali o politiche. Nel caso *EDF v. Romania* il tribunale ha chiarito che collegare automaticamente le legittime aspettative all'investitore – e quindi allo standard FET – alla totale immutabilità del quadro giuridico ed economico sarebbe

⁷⁵³ I Model BITs di diversi Stati — tra cui la Cina (2003), la Francia (2006), la Germania (2005), il Regno Unito (2005) e gli Stati Uniti (2004) — non contengono un riferimento espresso a tali principi; Si veda: R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008; ; C. REINER, C. SCHREUER, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 82 ss.

⁷⁵⁴ *AES v Hungary*, Award, 23 September 2010, par. 9.3.27– 9.3.35; *Paushok v Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, par. 302; *Impregilo v Argentina*, Award, 21 June 2011, paras 290– 291; *Ulysseas v Ecuador*, Final Award, 12 June 2012, par. 240– 256; *TECO v Guatemala*, Award, 19 December 2013, par. 629; *Mobil & Murphy Canada*, Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 May 2012, para 153; *Levy v Peru*, Award, 26 February 2014, par. 319.

⁷⁵⁵ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. pp. 206-207

un'interpretazione eccessiva ampia e priva di fondamento. Secondo il tribunale, una simile interpretazione porterebbe di fatto una cristallizzazione della normativa economica, limitando ingiustificatamente il potere regolatorio dello Stato e trascurando la natura dinamica dell'attività economica⁷⁵⁶. Si ritiene quindi che solo qualora lo stato abbia assunto impegni o fornito assicurazioni specifiche nei confronti dell'investitore, quest'ultimo può legittimamente confidare nella stabilità delle condizioni giuridiche. In assenza di tali impegni espliciti, l'investitore non può considerare il trattato bilaterale d'investimento come una garanzia contro ogni modifica normativa o economica dello Stato ospite, poiché aspettative di tale portata non possono essere considerate né legittime né ragionevoli⁷⁵⁷.

Alla luce di tali coordinate – interpretazione dello standard FET, qualificazione dell'espropriazione indiretta e perimetro del *right to regulate* – il bilanciamento tra interessi economici e interessi non economici si manifesta lungo due direttrici complementari. Da un lato, si registrano controversie in cui è l'operato dell'investitore a incidere su beni ambientali o diritti fondamentali nel territorio dello Stato ospitante: in tali ipotesi la reazione statale si articola, per un verso, nel ricorso agli strumenti giurisdizionali interni e, per altro verso, nella proposizione di controdomande dinanzi al tribunale arbitrale quando l'investitore abbia attivato l'ISDS. Dall'altro lato, emergono fattispecie in cui sono le condotte pubbliche – arbitrarie, discriminatorie o proceduralmente viziate – a ledere i diritti dell'investitore. Nei paragrafi che seguono l'analisi prenderà in esame, in modo distinto, entrambe le evenienze. Ciò consente di mettere a fuoco la metrica del bilanciamento tra interessi economici e non economici, valutando di volta in volta base legale della misura, evidenza tecnico-scientifica, coerenza e trasparenza del procedimento, proporzionalità dell'intervento pubblico e adeguata graduazione temporale rispetto all'orizzonte degli investimenti.

⁷⁵⁶ EDF v. Romania, Award, 8 October 2009, par 217.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

3.1 Interferenza statale e compressione dei diritti umani dell'investitore

Sorprende osservare che i diritti umani vengano raramente invocati dagli investitori nei procedimenti di arbitrato in materia di investimenti. Ciò dipende, in parte, dal fatto che nella maggioranza dei casi le parti investitrici sono persone giuridiche e che soltanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) prevede una tutela espressa del diritto di proprietà delle persone giuridiche⁷⁵⁸. Un'ulteriore spiegazione risiede nella circostanza che gli strumenti di tutela dei diritti umani offrono, di regola, un livello di protezione meno ampio rispetto agli standard previsti dai trattati bilaterali di investimento o dai contratti internazionali d'investimento⁷⁵⁹. Anche quando i diritti umani dell'investitore potrebbero risultare pertinenti, i tribunali arbitrali hanno spesso evitato di affrontare tali questioni in via autonoma. Emblematico, in tal senso, è *Biloune v. Ghana*: in assenza di un foro competente in materia di diritti umani, l'investitore adì un tribunale arbitrale per gli investimenti; il collegio, tuttavia declinò la giurisdizione a conoscere in via autonoma delle asserite violazioni dei diritti umani nell'ambito della controversia d'investimento, pur ammettendo che tali profili potessero rilevare indirettamente ai fini di connessi inadempimenti contrattuali⁷⁶⁰.

In *Tecmed v. Mexico*, pur non essendo i diritti umani il nucleo del giudizio, il tribunale richiamò la giurisprudenza della CEDU (*James v. Regno Unito*) per valutare la proporzionalità della misura: gli investitori stranieri, non partecipando alla vita politica dello Stato ospitante, sono più vulnerabili e non possono essere chiamati a sopportare un onere eccessivo nell'attuazione di obiettivi di interesse pubblico⁷⁶¹. Un ulteriore riferimento si rinviene in *Azurix v. Argentina*, dove l'investitore contestava

⁷⁵⁸ M. HIRSCH, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN e F. FRANCONI a cura di, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 99.

⁷⁵⁹ U. KRIEBAUM, *Human Rights and International Investment Law*, in Y. Radi a cura di, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 13–40

⁷⁶⁰ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability (1994) 95 ILR 184, par. 203.

⁷⁶¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA v Mexico*, Award, 29 May 2003, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, (2004) 43 ILM 133, parr. 40-41-122.

misure adottate a tutela dei consumatori, l'Argentina invocò la prevalenza degli obblighi derivanti dai trattati sui diritti umani. Il tribunale arbitrale, tuttavia, ritenne che non sussistesse incompatibilità tra le due sfere normative e procedette a valutare la proporzionalità delle misure statali in relazione alla tutela dell'investimento, esaminandone l'impatto in chiave espropriativa⁷⁶².

Il contenzioso connesso alla crisi del 2001–2002, *Sempra v. Argentina* è esemplare: lo Stato invocò lo stato di necessità e la salvaguardia dell'ordine costituzionale; il tribunale, verificato che non ricorresse una minaccia esistenziale, concluse che i diritti acquisiti degli investitori avrebbero potuto essere preservati mediante misure temporanee e negoziate⁷⁶³.

Quanto alla possibile applicazione diretta di strumenti di diritti umani, il caso *Rompetrol Group NV v. Romania* mostra che tale prospettiva non è preclusa in linea di principio. In questo caso, sia i Paesi Bassi sia la Romania erano parti della CEDU; inoltre, la clausola compromissoria del BIT faceva riferimento alle “*controversie relative agli investimenti*”⁷⁶⁴ e l'art. 42(1) della Convenzione ICSID consente al tribunale di applicare anche le norme di diritto internazionali pertinenti⁷⁶⁵. Ne discende che un tribunale potrebbe considerare disposizioni CEDU ove la presunta violazione risulti direttamente connessa all'oggetto della controversia d'investimento, senza invadere la sfera interpretativa della Corte di Strasburgo⁷⁶⁶. Sotto il profilo sistemico, l'opzione preferibile rimane quella di un'interpretazione integrata del diritto internazionale, capace di valorizzare la coerenza e l'unità dell'ordinamento e di risolvere le tensioni tra obblighi non attinenti agli investimenti e disciplina degli investimenti attraverso i canoni della proporzionalità, ragionevolezza e buona fede⁷⁶⁷.

⁷⁶² Azurix Corp v Argentina, Award, 14 July 2006, ICSID Case No ARB/01/12, parr. 254-261, 312.

⁷⁶³ Sempra Energy International v Argentina, Award, 28 September 2007, ICSID Case No ARB/02/16, parr. 4, 93, 98, 331, 332.

⁷⁶⁴ *Rompetrol Group NV v Romania* (ICSID Case No ARB/06/3) Award, 6 May 2011, parr. 170, 172.

⁷⁶⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), art. 42: “(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; (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law; (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree”.

⁷⁶⁶ U. KRIEBAUM, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, 15, p. 1020.

⁷⁶⁷ U. KRIEBAUM, *Human Rights and International Investment Law*, cit. p. 19.

In questa prospettiva, quando la clausola di giurisdizione lo consente, i tribunali arbitrali dovrebbero esaminare anche i profili riguardanti diritti umani direttamente scaturenti dall'attività d'investimento, trattandoli come parametri interpretativi effettivi e non meri elementi ornamentali⁷⁶⁸.

Questo esame conferma che, quando è lo Stato a incidere sull'investimento, i diritti umani entrano – seppur di rado – nel sindacato arbitrale soprattutto come criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁷⁶⁹. Nel paragrafo successivo, lo sguardo si sposta sull'altra direttrice del bilanciamento: i casi in cui è l'operatore economico a ledere interessi non economici (ambiente e diritti delle comunità) e sugli strumenti - giurisdizionali e riconvenzionali - attraverso i quali tali istanze possono essere fatte valere.

3.2 Responsabilità dell'investitore e tutela degli interessi non economici dello Stato ospite

La responsabilità degli investitori rispetto agli interessi non economici dello Stato ospitante si manifesta in una pluralità di situazioni: dall'abuso di diritti umani in contesti di sicurezza e ordine pubblico, a controversie lavoristiche con profili di lavoro forzato, fino all'inadempimento di obblighi contrattuali nella fornitura di servizi essenziali come l'acqua. Quando lo Stato omette di prevenire o reprimere tali condotte, la sua inerzia può integrare una violazione autonoma dei diritti umani⁷⁷⁰. Un paradigma emblematico è la decisione *Ogoni c. Nigeria*, nella quale la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha ritenuto la Nigeria responsabile – insieme a soggetti privati, tra cui il consorzio petrolifero che includeva Shell – per gravi violazioni, incluso il diritto alla vita⁷⁷¹. In simili contesti, il meccanismo ISDS non può surrogare gli strumenti di responsabilità sociale d'impresa né garantire, da solo, una tutela

⁷⁶⁸ *Ivi*, pp. 20 ss.; M. HIRSCH, Interactions between Investment and Non-Investment Obligations, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO E C. SCHREUER a cura di, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, *From Individual to Community Interest in International Investment Law*, in U. FASTENRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS e S. VON SCHORLEMER a cura di, *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷⁶⁹ M. HIRSCH, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, cit., p. 100.

⁷⁷⁰ U. KRIEBAUM, *Human Rights and International Investment Law*, cit. p. 22.

⁷⁷¹ *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria*, n 30, par. 67.

adeguata dei diritti fondamentali, specie quando né lo Stato né l'investitore hanno interesse a evocare norme di diritti umani⁷⁷².

Quando lo Stato interviene per correggere situazioni suscettibili di ledere diritti umani, la prassi arbitrale ha seguito due traiettorie principali. Secondo parte della dottrina, la prima è fondata sul c.d. requisito di legalità: molte intese di protezione richiedono che l'investimento sia effettuato “*in conformità con la legge dello Stato ospitante*”, con la conseguenza che gravi violazioni del diritto interno o dei diritti umani possono comportare la perdita della protezione del trattato⁷⁷³. In questa prospettiva, il tribunale ICSID in *Phoenix Action v. Repubblica Ceca* ha affermato che la protezione arbitrale non può essere estesa a investimenti collegati a violazioni fondamentali dei diritti umani (tortura, genocidio, schiavitù)⁷⁷⁴; più in generale, si è ritenuto che un investimento non goda della tutela del trattato se costituito in violazione del diritto dello Stato ospite al momento del suo ingresso. Per dare continuità a tale impostazione, gli Stati possono inserire clausole che subordinano non solo la costituzione, ma anche la “vita” dell'investimento al rispetto del diritto interno. L'art. 2(2) del BIT Cina–Malta richiama in modo espresso standard internazionali in materia di diritti umani, così da condizionare la protezione al rispetto costante di tali diritti. L'articolo 15 del Trattato bilaterale sugli investimenti (BIT) tra il Marocco e la Repubblica Federale della Nigeria rappresenta una disposizione di rilievo in materia di tutela dei diritti dei lavoratori e dei diritti umani nel contesto degli investimenti

⁷⁷² U. KRIEBAUM, *Human Rights and International Investment Law*, cit. p. 22.

⁷⁷³ A CARLEVARIS, The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2008, v.9, p. 35; C KNAHR, *Investments “in Accordance with Host State Law*, in *Transnational Dispute Management*, 2007, v. 4(5); U KRIEBAUM, *Illegal Investments*, in Christian Klaus-egger et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook* (Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2010); R MOLOO, A KHACHATURIAN, *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, v.34, p.1473. Si veda anche: *Inceysa*

Vallisoletana S L v Republic of El Salvador (ICSID Case No ARB/03/26) Award (2 August 2006), paras 203–207, 239, 257, 339; *Alasdair Ross Anderson et al. V Costa Rica* (ICSID Case No ARB(AF)/07/3) Award (19 May 2010), parr 50, 53, 58, 59; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v Republic of Ghana* (ICSID

Case No ARB/07/24) Award (18 June 2010), paras 123–26, 138 (*Hamster v Ghana*); *Saba Fakes v Republic of Turkey* (ICSID Case No ARB/07/20) Award

(14 July 2010), para 115; *Quiborax S A, Non Metallic Minerals S A and Allan Fosk Kaplun v Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No ARB/06/2) Decision on Jurisdiction (27 September 2012), paras 255, 282; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines [III]* (ICSID Case No ARB/11/12) Award (10 December 2014), para 328; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S A v Republic of Albania* (ICSID Case No ARB/11/24) Award (30 March 2015).

⁷⁷⁴ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic* (ICSID Case No ARB/06/5) Award (15 April 2009), par. 78.

internazionali⁷⁷⁵. Tale articolo riafferma, in primo luogo, gli obblighi delle Parti in qualità di membri dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) e i loro impegni derivanti dalla Dichiarazione dell'OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro⁷⁷⁶. La norma sancisce che nessuna delle Parti può incoraggiare l'afflusso di investimenti attraverso l'indebolimento o la riduzione delle tutele previste dal diritto interno in materia di lavoro, salute pubblica e sicurezza⁷⁷⁷. In particolare, ciascuno Stato si impegna a non rinunciare né a derogare alle proprie leggi nazionali laddove tale rinuncia o deroga risulti incompatibile con i diritti riconosciuti sia a livello interno sia dagli strumenti internazionali ratificati da entrambe le Parti⁷⁷⁸. L'articolo sottolinea inoltre la necessità che le legislazioni nazionali garantiscano elevati standard di protezione dei diritti del lavoro e dei diritti umani, adeguati alla realtà economica e sociale di ciascun Paese, incoraggiando un miglioramento progressivo di tali normative. Infine, viene ribadito l'obbligo per entrambe le Parti di assicurare che le proprie leggi, politiche e azioni siano coerenti con gli accordi internazionali in materia di diritti umani ai quali esse aderiscono. In tal modo, il BIT Marocco–Nigeria si distingue nel panorama dei trattati bilaterali di investimento per la sua attenzione agli aspetti sociali e di sostenibilità, integrando espressamente la tutela dei diritti dei lavoratori e dei diritti umani nel quadro della promozione e protezione degli investimenti esteri.

La seconda traiettoria consiste nel negare la violazione degli standard sostanziali quando l'intervento statale è giustificato dal dovere di proteggere i diritti umani. In *Biwater Gauff v. Tanzania*, relativo alla gestione idrica a Dar es Salaam, il tribunale ha ritenuto che la risoluzione del contratto, motivata da gravi carenze operative dell'investitore e dall'esigenza di garantire il diritto all'acqua, non integrasse né violazione contrattuale né lesione del FET⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, signed 3 December 2016

⁷⁷⁶ *Ivi*, par. 1

⁷⁷⁷ *Ivi*, par. 3

⁷⁷⁸ *Ivi*, par. 5.

⁷⁷⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No ARB/05/22) Award (24 July 2008), paras 434, 814

Un'evoluzione significativa si riscontra in *Urbaser v. Argentina*. Il tribunale ha integrato obblighi di diritti umani nell'interpretazione del FET previsto dal BIT Spagna–Argentina, riconoscendo che lo Stato è tenuto a contemperare gli impegni verso gli investitori con il dovere di garantire l'accesso all'acqua potabile durante la crisi del 2001–2002⁷⁸⁰. Il diritto umano all'acqua è stato così considerato parte del contesto normativo rilevante anche per qualificare le aspettative legittime dell'investitore⁷⁸¹. Pur ammettendo che singole misure emergenziali potessero, isolate, apparire in tensione con il FET, il collegio ha escluso il nesso causale determinante tra tali misure e l'insuccesso dell'investimento, imputandolo principalmente a profili di gestione; di qui l'applicazione della difesa di necessità in capo allo Stato. Ancor più rilevante, il tribunale ha dichiarato ammissibile la controdomanda dello Stato, fondata sulla pretesa violazione, da parte dell'investitore, di obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani (mancata espansione della rete e compressione dell'accesso all'acqua). Pur respingendola nel merito, il collegio ha riconosciuto la possibilità, in linea di principio, di responsabilità dell'investitore per violazioni dei diritti umani, come obbligo negativo di non interferire con tali diritti⁷⁸². *Urbaser* segna un passaggio significativo: lo standard FET viene interpretato alla luce delle obbligazioni in materia di diritti umani e le domane riconvenzionali statali divengono praticabili quando la clausola giurisdizionale e la legge applicabile lo consentono⁷⁸³.

Il caso *Urbaser* è rilevante anche perché il tribunale arbitrale afferma che il diritto internazionale dei diritti umani può proiettare obblighi anche sugli investitori stranieri, superando una lettura esclusivamente “difensiva” degli standard di protezione⁷⁸⁴. Ne discende che le imprese multinazionali non possono più essere considerate immuni da responsabilità sul piano internazionale: esse vengono progressivamente trattate come soggetti dell'ordinamento, titolari non solo di posizioni giuridiche attive ma anche di doveri e, correlativamente, passibili di responsabilità per le proprie condotte⁷⁸⁵. In tale

⁷⁸⁰ *Urbaser v. Argentine Republic*, cit. parr. 623.624.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

⁷⁸² *Ivi*, par. 1210.

⁷⁸³ Si veda: F. M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, 2017.

⁷⁸⁴ *Urbaser v. Argentine Republic*, cit. parr. 1115 ss.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

cornice, il tribunale valorizza la responsabilità sociale d'impresa come parametro di riferimento per l'operatore economico globale, richiamando l'esigenza che gli impegni di rispetto dei diritti umani accompagnino le attività svolte al di fuori dello Stato di sede o di incorporazione e sottolineando che non è più sostenibile l'idea di un'impresa transnazionale ontologicamente estranea alla soggettività internazionale⁷⁸⁶. Al tempo stesso, però, viene rimarcato il limite attuale della responsabilità sociale di impresa (RSI): le iniziative esistenti a livello internazionale, per quanto significative, non bastano da sole a imporre alle imprese un riallineamento automatico delle proprie politiche al diritto internazionale dei diritti umani⁷⁸⁷; l'analisi deve quindi contestualizzare le attività specifiche dell'impresa in rapporto al diritto fondamentale asseritamente inciso, così da verificare se e in che misura possano innestarsi obblighi internazionali in capo a un soggetto non statale⁷⁸⁸. In altri termini, il tribunale si mostra disponibile a considerare la RSI come criterio decisionale, ma richiede un quadro normativo chiaro e determinato per farla valere in modo effettivo. Muovendo da questa conclusione, appare coerente interrogarsi sull'opportunità di inserire nei trattati di investimento clausole dedicate alla RSI e, più in generale, disposizioni sugli obblighi e sulla responsabilità degli investitori per condotte potenzialmente lesive dei diritti umani e dell'ambiente⁷⁸⁹. A fronte dell'obiezione secondo cui basterebbero il diritto interno o altri strumenti di diritto internazionale, l'esperienza di *Urbaser* mostra che, allo stato, né gli uni né gli altri risultano pienamente adeguati a colmare le lacune applicative; da qui la ragionevolezza di norme pattizie ad hoc, capaci di fornire regole specifiche per il contesto degli investimenti internazionali e di sostenere, tra l'altro, l'ammissibilità di domande riconvenzionali fondate su violazioni dei diritti umani imputate alle imprese⁷⁹⁰.

Accanto alla giurisprudenza, si è sviluppata una cornice di *soft law* e autoregolazione che incide sulle condotte degli investitori. Gli *Equator Principles*

⁷⁸⁶ *Ivi*, par. 1195 ss.

⁷⁸⁷ D. Y. LEVASHOVA, *The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host states through international investment law*, in *Utrecht Law Review*, 2018, v. 14, §2, pp. 40–55

⁷⁸⁸ *Ibidem*; *Urbaser v. Argentine Republic*, cit. par. 1195.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

hanno introdotto requisiti di due diligence ambientale e sociale per i finanziamenti di progetto superiori a 10 milioni USD, con valutazioni d'impatto, consultazioni e monitoraggio, rinviando agli standard della Banca Mondiale e dell'IFC; oltre 76 istituzioni finanziarie li hanno adottati formalmente⁷⁹¹. Sul versante ONU, il percorso avviato a metà anni duemila ha condotto ai *Principi Guida su Imprese e Diritti Umani*, approvati dal Consiglio dei diritti umani e accompagnati dall'istituzione di un Gruppo di lavoro dedicato⁷⁹². Sul piano procedurale, le *Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, elaborate da un gruppo di esperti guidato dal giudice Bruno Simma, mirano a colmare il *remedial gap* per le vittime di violazioni dei diritti umani connesse ad attività d'impresa, offrendo regole arbitrali dedicate⁷⁹³.

Tale evoluzione si innesta su un paradigma di “sinergia” tra tutela ambientale e diritti umani. Un ambiente sano costituisce preconditione per l'effettivo godimento di molte libertà fondamentali: gli effetti dell'inquinamento delle acque e dell'aria, in molte regioni del mondo, incidono direttamente sulla salute e sull'aspettativa di vita. Questa consapevolezza ha progressivamente ampliato il contenuto delle disposizioni sui diritti umani, favorendo l'interazione con la regolazione ambientale e con i meccanismi istituzionali di garanzia. Le radici di tale impostazione risalgono alla Conferenza di Stoccolma del 1972: il Principio 1 della Dichiarazione afferma il diritto a “*condizioni di vita adeguate, in un ambiente di qualità tale da permettere una vita dignitosa e di benessere*”⁷⁹⁴. Ciò non ha eliminato i potenziali conflitti—si pensi alle tensioni tra creazione di aree protette e diritti delle popolazioni indigene/tribali—ma ha favorito il passaggio dal linguaggio della “natura” a quello, più inclusivo, di “ambiente”, attento all'interazione tra esseri umani e contesto naturale⁷⁹⁵. Lo studio

⁷⁹¹ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit. p. 34

⁷⁹² United Nations Human Rights Council, Resolution 17/4, “Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011.

⁷⁹³ The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (2019); <https://docs.pca-cpa.org/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration.pdf>

⁷⁹⁴ L. SOHN, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in Harvard International Law Journal, 1972, v.14, pp. 423, 451–5; J. E. Viñuales, *The Rise and Fall of Sustainable Development*, in Review of European Comparative and International Environmental Law 2013, v. 22

⁷⁹⁵ P.-M. Dupuy, *International Environmental Law: Looking at the Past to Shape the Future* in P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (Cambridge University Press, 2013), p. 9.

analitico dell'OHCHR del 2011 fotografa questa traiettoria, individuando tre approcci sinergici al rapporto tra diritti umani e ambiente⁷⁹⁶: i) l'ambiente adeguato come condizione per il godimento dei diritti⁷⁹⁷; ii) l'uso degli strumenti dei diritti umani per garantire soglie minime di protezione ambientale, valorizzando titolarità individuale, accesso a fori giurisdizionali e forza sociale dei diritti⁷⁹⁸; iii) la consapevolezza, tuttavia, dei limiti di tale via, poiché in assenza di un nesso causale diretto tra degrado ambientale e lesione grave di un diritto, la risposta resta debole o inadeguata⁷⁹⁹.

Nel loro insieme, questi sviluppi suggeriscono un modello nel quale la protezione degli investimenti è condizionata – *ex ante* ed *ex post* – al rispetto del diritto interno e degli standard internazionali pertinenti, mentre il sindacato arbitrale integra, accanto agli standard classici, considerazioni derivanti da obblighi di diritti umani e ambientali, sia come parametri interpretativi, sia, quando la base testuale lo consente, attraverso domande riconvenzionali.

3.3 *Dal contezioso arbitrale alla giustizia interna: il baricentro del bilanciamento*

Dalla ricognizione svolta nel paragrafo precedente emerge un quadro in cui il diritto internazionale degli investimenti si confronta sempre più spesso con interessi pubblici non economici – ambiente, salute, diritti fondamentali – senza però disporre, nella sua architettura originaria, di strumenti pienamente adeguati a comporre tali tensioni in chiave sistemica. La centralità degli standard di protezione ha consentito, in parte, di internalizzare criteri di proporzionalità, trasparenza procedurale e ragionevolezza; al contempo, la prassi delle domande riconvenzionali e il richiamo (ancora sporadico) a parametri di diritti umani hanno aperto spiragli verso una lettura

⁷⁹⁶ United Nations Human Rights Council, “Analytical study on the impact of loss and damage from the adverse effects of climate change on the full enjoyment of human rights, exploring equity-based approaches and solutions to addressing the same – Report of the Secretary-General”, A/HRC/57/30, 28 August 2024.

⁷⁹⁷ *Ivi.* par. 7

⁷⁹⁸ P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, p. 359-360

⁷⁹⁹ F. FRANCONI, *International Human Rights in the Environmental Horizon* in *European Journal of International Law*, 2010.

integrata dell'ordinamento internazionale. Resta, tuttavia, un limite strutturale: l'ISDS rimane in larga misura un meccanismo risarcitorio, centrato su rimedi pecuniari, con accesso asimmetrico e un raggio d'azione che difficilmente offre misure conformative idonee a riallineare, in concreto, politiche pubbliche e condotte d'impresa.

Questi vincoli spiegano perché il baricentro del bilanciamento tra sviluppo e sostenibilità tenda a spostarsi, o quantomeno a completarsi, nello spazio della giustizia interna. Le giurisdizioni nazionali - amministrative, ordinarie e costituzionali - dispongono di strumenti che l'arbitrato investitore-Stato normalmente non fornisce: sindacato pieno su legittimità e merito tecnico-scientifico dell'azione amministrativa; rimedi in forma specifica applicazione diretta di diritti costituzionali e di clausole ambientali; integrazione procedurale di partecipazione, accesso all'informazione e giustizia. In tale cornice, test di proporzionalità, precauzione e non-discriminazione sono impiegati non solo a fini indennitari, ma per orientare *ex ante* ed *ex post* la regolazione, scandendo tempi di transizione, periodi di salvaguardia e clausole di *grandfathering*.

Il dialogo – talora la frizione – tra piani non è, dunque, un'alternativa secca: è un rapporto di complementarità. Le decisioni interne alimentano il fascicolo probatorio anche in sede ISDS; le motivazioni delle corti nazionali – specie quando solide sul piano istruttorio – rafforzano la difesa del “*right to regulate*”; parallelamente, gli esiti arbitrali possono segnalare esigenze di migliore motivazione, prevedibilità e coerenza temporale delle politiche pubbliche. Si tratta, in altri termini, di costruire una circolazione virtuosa dei principi: dal contenzioso internazionale verso la normazione e l'amministrazione interne, e viceversa.

Il paragrafo che segue esplora proprio questa dimensione: la “giustizia interna” come spazio operativo del bilanciamento tra sviluppo e sostenibilità. L'analisi verterà sul ruolo dei giudici amministrativi e costituzionali nell'orientare le scelte energetiche e ambientali, sui rimedi in forma specifica idonei a prevenire o correggere lesioni sistemiche, e sulle condizioni perché il dialogo tra foro interno e regimi di protezione degli investimenti evolva verso un pluralismo giuridico coerente, capace di tenere insieme certezza degli investimenti e tutela effettiva dei beni comuni.

4. *La giustizia interna come spazio per il bilanciamento tra sviluppo e sostenibilità*

La relazione tra ordinamenti internazionale e interni costituisce un tema classico della riflessione internazionalistica; nel presente contesto interessa soprattutto la sua funzione nei conflitti di legittimità tra protezione degli investimenti e tutela ambientale, rispetto ai quali, nonostante il dibattito sul coordinamento tra i due livelli, permane il principio di prevalenza del diritto internazionale in caso di antinomia. Un richiamo esemplificativo è *SPP c. Egitto*, deciso in sede ICSID, dove il collegio applicò congiuntamente diritto egiziano e diritto internazionale, incluse le norme della Convenzione sul Patrimonio Mondiale⁸⁰⁰, e ribadì che, in presenza di lacune del diritto interno o di violazioni derivanti dalla sua applicazione esclusiva, occorre dare diretta operatività ai principi e alle regole internazionali,⁸⁰¹ un'impostazione poi ampiamente recepita nella giurisprudenza sugli investimenti⁸⁰². Nel caso specifico si ritenne sorto solo nel 1979 l'obbligo di protezione del sito, con la conseguenza che gli atti del 1978 non potevano giustificarsi in base alla Convenzione e che l'indennizzo non potesse includere utilità maturande oltre tale data, facendo emergere, in controluce, la priorità del diritto internazionale dell'ambiente sulle discipline interne degli investimenti⁸⁰³. Accanto a ciò, i conflitti possono riguardare anche norme di ordinamenti domestici differenti, rispetto ai quali operano i consueti criteri del diritto internazionale privato e la discrezionalità arbitrale nella scelta del diritto applicabile, come riconosciuto dalle principali regole arbitrali. Possono inoltre imporsi norme imperative quali le politiche ambientali, provenienti tanto dallo Stato della sede arbitrale quanto da Stati terzi,⁸⁰⁴ la cui applicazione è stata discussa in parallelo alla prassi antitrust, con un apprezzabile margine valutativo dei tribunali arbitrali e, secondo parte della dottrina, persino con un

⁸⁰⁰ *SPP v. Egypt*, para. 75–76; Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972, 1037 UNTS 151 ('World Heritage Convention'), parr. 77–84.

⁸⁰¹ *Ibidem*.

⁸⁰² R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law cit.* pp. 269–70.

⁸⁰³ *SPP v. Egypt*, par. 154.

⁸⁰⁴ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 287.

dovere di applicazione⁸⁰⁵; i limiti di tale discrezionalità si misurano, in concreto, sui motivi di annullamento del lodo previsti dall'art. 52 della Convenzione ICSID,⁸⁰⁶ dall'art. V della Convenzione di New York⁸⁰⁷ e dal diritto arbitrale della sede. Su questa trama di rapporti e di tecniche di composizione, la prassi recente evidenzia un'ulteriore dimensione: la concorrenza tra rimedi interni e arbitrato d'investimento rispetto agli stessi fatti lesivi, con possibili esiti disallineati quando il fondamento giuridico differisca⁸⁰⁸.

A questa trama si sovrappone una seconda, sempre più frequente, situazione di compresenza di rimedi: lo stesso fatto statale può essere contestato dall'investitore sia in sede internazionale sulla base di un accordo internazionale sugli investimenti, sia dinanzi ai giudici interni attraverso i rimedi amministrativi o costituzionali. Così, nel contenzioso *Vattenfall c. Germania*, originato dalla decisione di abbandonare il nucleare dopo Fukushima, la società ha promosso arbitrato ICSID ai sensi dell'*Energy Charter Treaty*⁸⁰⁹, mentre la controllata tedesca ha proposto ricorso costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale tedesca, denunciando, tra l'altro, effetti espropriativi e difetto di compensazione; nel 2016 la Corte costituzionale ha ritenuto le misure “*per lo più compatibili*” con la legge fondamentale (Grundgesetz), escludendo l'espropriazione ma ravvisando, per alcune restrizioni, la necessità di compensazione⁸¹⁰. Analoghe dinamiche si sono registrate per l'abrogazione di incentivi alle rinnovabili in Italia e nei Paesi Bassi, con contenziosi sia domestici sia arbitrali; in Italia, in sede interna, sono stati adottati anche profili di diritto internazionale, includendo l'*Energy Charter Treaty* e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸¹¹. In particolare, nel caso *Greentech Energy Systems A/S, et al. c. Repubblica italiana*, lo Stato ha sostenuto che più ricorsi erano stati proposti dinanzi

⁸⁰⁵ Ibidem, L. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police. Considé 'rations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 2005, V. 315, p. 402.

⁸⁰⁶ ICSID Convention, art. 52

⁸⁰⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958, 330 UNTS 38, art. 5.

⁸⁰⁸ J. E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, cit. p. 292.

⁸⁰⁹ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12

⁸¹⁰ German Federal Constitutional Court, Judgment of the First Senate of 6 December 2016, 1 BvR 2821/11.

⁸¹¹ Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic, SCC Case No. V 2015/095, Final Award, 23 December 2018, para.

ai giudici amministrativi avverso le misure oggetto dell'arbitrato e che in tali ricorsi erano state dedotte violazioni della Costituzione italiana, della CEDU, dell'ECT e di alcune direttive UE⁸¹². In Spagna, le riforme del quadro regolatorio del fotovoltaico nel periodo 2010–2013 hanno generato una serie di arbitrati fondati sull'*Energy Charter Treaty* con taluni accertamenti di responsabilità, mentre, in parallelo, dinanzi al *Tribunal Supremo* e al *Tribunal Constitucional* venivano dedotte violazioni del diritto amministrativo e costituzionale⁸¹³; in entrambi i fori sono stati scrutinati, sebbene ancorati a regimi diversi, principi affini di certezza del diritto e legittimo affidamento. Questi esempi mostrano come una medesima misura statale possa potenzialmente violare più fonti, con rimedi differenti e pluralità di vie di tutela: ne derivano rischi di duplicazione, accertamenti contrastanti in fatto e in diritto e persino di doppia o multipla riparazione quando la compensazione sia disponibile su più binari⁸¹⁴. Si aggiunga che, oltre all'arbitrato d'investimento fondato su un accordo internazionale sugli investimenti, è possibile l'accesso a corti dei diritti umani; un esempio significativo riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo per il diritto di proprietà sancito dal Protocollo n. 1 alla CEDU, come nel caso *Yukos c. Russia*, in cui, accanto agli arbitrati basati sull'*Energy Charter Treaty* e ad azioni interne, furono promossi anche ricorsi dinanzi alla Corte europea⁸¹⁵. La moltiplicazione dei fori si intreccia con un tratto istituzionale non secondario del sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati: l'arbitrato di investimento presenta una particolare capacità

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 7 May 2015; García-Castrillón CO (2016) Spain and investment arbitration: the renewable energy explosion, investor-state arbitration series, Paper No. 17, November 2016. Centre for International Governance Innovation.

⁸¹⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*; Springer Open: Cham, 2020, pp. 34-35.

⁸¹⁵ In relazione alle misure fiscali di cui all'art. 21 ECT, il Tribunale definisce l'ambito di esclusione fiscale e la correlata riattivazione della tutela in caso di espropriazione (art. 13 ECT), distinguendo tra autentiche misure tributarie e condotte che, pur adottate tramite strumenti d'imposizione, mirano in sostanza a spogliare l'investimento. Ne consegue che l'esclusione fiscale non impedisce l'esame delle domande espropriative, poiché opera il meccanismo di riassorbimento previsto dall'art. 21, par. 5, in combinato disposto con l'art. 13; ulteriori profili fiscali non riconducibili all'espropriazione attengono invece a ammissibilità e merito e sono rinviati alla fase successiva. In questa prospettiva, gli abusi del potere impositivo restano, in linea di principio, scrutinabili in sede arbitrale quando integrino la fattispecie espropriativa; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, par. 587 ss.

conformativa nei confronti degli atti sovrani, che deriva sia dall'ampiezza degli standard applicati sia dall'eccezionale regime di esecuzione dei lodi.

In questo quadro, va inoltre considerato il peculiare profilo di potere dell'arbitrato d'investimento: facendo leva sull'architettura dell'arbitrato commerciale internazionale, esso consente a collegi privati di sindacare atti sovrani attraverso standard ampi e suscettibili di plurime interpretazioni; consente altresì di emettere decisioni dotate di una capacità esecutiva transnazionale superiore grazie alla combinazione tra la Convenzione di New York e la Convenzione ICSID; e opera in un contesto in cui molte giurisdizioni hanno rafforzato la deferenza verso i lodi stranieri, riducendo la supervisione giudiziaria⁸¹⁶. Inoltre, i collegi possono liquidare danni come rimedio di diritto pubblico senza soggiacere, di regola, alle limitazioni alla responsabilità statale stratificatesi negli ordinamenti interni per bilanciare deterrenza, compensazione, scelta democratica e discrezionalità amministrativa⁸¹⁷. Questa configurazione, pur funzionale all'effettività delle tutele, solleva interrogativi sulla responsabilità e sull'indipendenza dell'organo decidente: in un sistema tendenzialmente a senso unico, nel quale solo l'investitore agisce e soltanto lo Stato risponde, la mancanza di stabilità dell'incarico può far percepire l'arbitro come strutturalmente esposto a incentivi distorsivi, anche solo in termini oggettivi, rispetto agli interessi pubblici del convenuto, in misura che non caratterizza giudici dotati di garanzie di status e di un controllo pubblico più penetrante⁸¹⁸. Questo quadro rafforza l'esigenza di un'architettura di pluralismo giuridico sostenibile in cui le corti interne, in particolare le Corti Costituzionali e le Corti Supreme, operino come sedi complementari all'arbitrato attraverso riforme procedurali e meccanismi di coordinamento multilivello idonei a ridurre duplicazioni, contrasti e rischi di doppia riparazione, preservando al contempo proporzionalità e certezza del diritto.

L'analisi congiunta del rapporto tra ordinamenti, della pluralità di fori e del peculiare potere conformativo dell'arbitrato d'investimento indica la necessità di un

⁸¹⁶ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit. p. 14.

⁸¹⁷ *Ibidem*.

⁸¹⁸ *Ibidem*.

assetto istituzionale capace di integrare le tutele senza sovrapporle: ciò implica regole chiare di coordinamento tra giudici interni e tribunali arbitrali, criteri di deferenza e di riconoscimento reciproco che evitino esiti incompatibili, e l'adozione di standard comuni di bilanciamento (proporzionalità, ragionevolezza, protezione dell'affidamento) idonei a coniugare sviluppo economico e sostenibilità ambientale nel rispetto delle garanzie democratiche.

5. Conclusioni: corti interne, ambiente, energia e diritti fondamentali in un pluralismo giuridico sostenibile.

Le analisi svolte mostrano che la transizione energetica e la protezione dell'ambiente non sono interessi “aggiuntivi” rispetto alla disciplina degli investimenti, ma fattori strutturali del giudizio di legittimità delle misure pubbliche. In tale prospettiva, la giurisdizione interna – e, in particolare, le corti costituzionali e le corti supreme – emerge come sede privilegiata per il bilanciamento tra interessi economici e beni pubblici di rango costituzionale, potendo far valere criteri di controllo maturati nel diritto amministrativo e costituzionale. L'esperienza comparata conferma che, quando tali parametri sono esplicitati in modo trasparente e applicati con continuità, le politiche climatiche ed energetiche acquisiscono maggiore stabilità giuridica e resistenza al contenzioso, senza trasformarsi in talismani immunitari rispetto alle pretese degli investitori.

Questo ruolo “ordinante” delle corti interne è essenziale proprio nei contesti in cui la regolazione incide su filiere a elevato investimento di capitale o modifica in profondità schemi d'incentivazione e regimi autorizzativi. Sequenze regolatorie ben progettate – con periodi transitori ragionevoli, istruttorie tecniche robuste, motivazioni scientificamente fondate e un perimetro chiaro di legittime aspettative – riducono in radice il rischio di liti e, soprattutto, consentono un controllo giurisdizionale non meramente *ex post*, ma orientato alla qualità del processo decisionale pubblico. In tal modo, la giustizia interna non si contrappone all'arbitrato d'investimento: ne integra la funzione, traducendo in parametri interni – verificabili e sindacabili – i medesimi

canoni di buona amministrazione richiamati anche in sede pattizia (trattamento giusto ed equo, divieto di espropriazione indiretta sproporzionata, ragionevolezza dei tempi e degli oneri di adeguamento).

Sul piano assiologico, l'apporto delle corti si misura nella capacità di connettere il diritto degli investimenti al catalogo dei diritti fondamentali, inclusi i diritti ambientali e sociali, e agli obblighi climatici assunti a livello internazionale ed europeo. Questo raccordo evita letture meramente patrimoniali del rapporto tra impresa e potere pubblico e ricolloca il conflitto in uno spazio argomentativo più ricco, in cui la protezione dell'iniziativa economica convive con la salvaguardia della salute, dell'ambiente e delle generazioni future. Lungi dal costituire un vincolo "esterno" alla tutela degli investimenti, tali istanze alimentano una razionalità giuridica capace di far emergere soluzioni proporzionate, nelle quali l'eventuale compressione dell'aspettativa economica è giustificata e calibrata in funzione di interessi pubblici primari.

Per prevenire duplicazioni di procedimenti e decisioni potenzialmente disallineate, si impone un disegno istituzionale che favorisca un coordinamento multilivello effettivo: criteri chiari di priorità o sequenza tra rimedi interni e arbitrato; tecniche di deferenza e di utilizzazione persuasiva delle decisioni dell'altro foro; strumenti per evitare la doppia o multipla riparazione quando si articolino pretese parallele sul medesimo fatto lesivo. Tali accorgimenti non comprimono la tutela dell'investitore, ma la rendono più prevedibile e coerente con lo spazio regolatorio dello Stato, preservando al contempo l'effettività degli obiettivi di decarbonizzazione e sicurezza energetica.

In definitiva, l'uscita dal dilemma tra protezione dell'investimento e sostenibilità non passa per l'alternativa secca tra foro interno e arbitrato, bensì per un pluralismo giuridico sostenibile nel quale i due livelli dialogano attraverso standard condivisi e procedure coordinabili. Le corti interne, nel presidiare la legalità delle politiche ambientali ed energetiche e nel tutelare i diritti umani coinvolti, non indeboliscono l'attrattività degli investimenti: al contrario, contribuiscono a costruire un quadro di regole intelligibili, affidabili e legittimate democraticamente, entro cui capitale privato

e interessi pubblici possano coesistere entro confini di responsabilità ben tracciati. Questa è la traiettoria su cui si misurerà la capacità del sistema di accompagnare, e non ostacolare, le transizioni che definiscono il nostro tempo.

CONCLUSIONE

Il percorso intrapreso ha mostrato che il diritto internazionale degli investimenti vive una stagione di transizione: l'architettura incentrata sull'ISDS, formatasi nella stagione ICSID e potenziata dalla rete dei BIT, ha garantito per decenni un foro neutrale ma oggi sconta criticità strutturali, ovvero frammentazione, asimmetrie, costi, trasparenza che ne mettono in discussione la legittimità e aprono lo spazio a modelli correttivi, anche alla luce degli indirizzi maturati in sede internazionale a favore di un riequilibrio tra investitori e Stati e di una rivalutazione del ruolo delle giurisdizioni interne. L'assunto di partenza, evidenziato sin dalle pagine introduttive, è che l'assetto costruito intorno all'ISDS abbia prodotto, accanto a benefici in termini di prevedibilità e protezione, asimmetrie e frizioni sistemiche: moltiplicazione dei fori, frammentazione interpretativa, debole coordinamento con gli ordinamenti regionali, difficoltà nell'integrare diritti umani e interessi ambientali nello scrutinio degli standard convenzionali. Proprio per questo il "ritorno" alle corti interne non è presentato come un'alternativa secca, bensì come un complemento necessario per ridare coerenza e legittimità all'insieme del sistema. Da questa crisi non discende una contrapposizione binaria tra foro arbitrale e giudice nazionale. La ricerca ha evidenziato come il sistema tenda a funzionare in chiave dialogica e multilivello: i tribunali arbitrali contribuiscono a precisare il contenuto degli standard internazionali, mentre le corti interne danno sostanza ai presupposti giuridici dell'investimento e offrono parametri di legalità che informano, e talvolta correggono, l'interpretazione arbitrale. In questa circolazione, nessun livello è autosufficiente: la legittimazione dell'uno si nutre del controllo e della competenza dell'altro.

Nel Capitolo I la ricerca ha tracciato la cornice teorica e istituzionale del settore, mettendo in rilievo due movimenti convergenti. Da un lato, l'emergere—anche nello spazio europeo—della percezione che l'arbitrato d'investimento, così come strutturato,

possa entrare in tensione con l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e con la funzione nomofilattica della Corte di giustizia; dall'altro, la progressiva presa d'atto che la tutela degli investimenti non può più prescindere da un quadro multilivello nel quale diritti sociali, ambientali e umani siano coessenziali all'analisi giuridica. Questo doppio movimento giustifica l'interrogativo-guida della tesi: se l'ISDS sia ancora il perno del sistema o se, invece, l'innesto sulle corti interne non diventi il naturale esito di un'evoluzione che chiede più responsabilità, trasparenza e raccordo tra livelli di governo. L'impianto metodologico – che combina ricostruzione delle fonti, analisi della prassi e attenzione all'applicabilità interna degli standard – è servito a evitare soluzioni binarie e a indicare, con prudenza, vie di integrazione. Il Capitolo II ha approfondito l'ipotesi delle corti interne come alternativa imperfetta. Imperfetta, perché i limiti strutturali non mancano: incertezza sull'efficacia diretta degli standard convenzionali; barriere d'accesso e regole di giurisdizione; rischi di conflitto con il diritto dell'Unione; possibilità di duplicazioni processuali laddove la medesima misura sia oggetto, in parallelo, di contenzioso domestico e arbitrale. E tuttavia, proprio questa “imperfezione” diventa feconda: se adeguatamente coordinate con l'ISDS – mediante sequenze procedurali chiare, criteri di deferenza e di utilizzazione persuasiva delle decisioni dell'altro foro – le corti interne possono essere lo strumento per mitigare il problema della frammentazione, ridurre il forum shopping e attenuare i rischi di doppio giudicato. Il ritorno al giudice nazionale non è regressivo, ma segna un nuovo bilanciamento di funzioni: l'arbitrato conserva un ruolo di tutela e di omogeneizzazione minima; la giurisdizione interna riannoda le tutele all'interesse pubblico e alle garanzie democratiche. Questa integrazione non è una petizione di principio, ma una traiettoria già riconoscibile nella prassi e nella politica del diritto, specie in ambito europeo. Il cuore sostanziale del dialogo è lo standard *del fair and equitable treatment*: flessibile, capace di accogliere rule of law, legittime aspettative, due process e divieto di arbitrarietà, ma al contempo generatore di incertezza se privo di ancoraggi testuali e metodologici chiari. Il Capitolo III ha proposto di leggere il FET come cerniera fra legalità sovranazionale e diritto pubblico interno: la sua “elasticità controllata” diventa

virtù se ancorata a parametri condivisi come proporzionalità, ragionevolezza, trasparenza procedimentale, tutela dell'affidamento. Quanto più tali parametri sono interiorizzati dalle corti interne e assunti dai tribunali arbitrali in un dialogo coerente, tanto più diminuisce lo scarto fra qualificazioni giuridiche ed esiti decisorii. Non si tratta di appiattire l'autonomia dell'ISDS, ma di riconoscere che uno standard comune di legalità – nutrito da fonti pattizie, consuetudine, principi generali e soft law – è il solo antidoto realistico alla frammentazione interpretativa. Il terreno dell'ambiente, dell'energia e del clima è divenuto il banco di prova di questa evoluzione. Nel Capitolo IV, casi come Rockhopper, RWE ed ECO ORO mostrano che i conflitti non dipendono soltanto da un impianto pattizio sbilanciato, ma spesso da sequenze decisionali incoerenti, affidamenti ingenerati e poi smentiti, ovvero da percorsi di riforma privi di adeguata gradualità. Quando le misure climatiche sono strutturate con regole di transizione ragionevoli, non discriminatorie e ben giustificate, la loro difendibilità cresce sia davanti agli arbitri sia soprattutto dinanzi alle corti interne, che sanno operare un bilanciamento più ricco con i diritti fondamentali e con i vincoli costituzionali. Ne consegue una tesi normativa: la legittimazione delle scelte di decarbonizzazione passa anche attraverso il consolidamento di una giurisprudenza interna capace di parlare un linguaggio compatibile con gli standard ISDS, riducendo il divario tra fori e limitando il ricorso patologico all'arbitrato.

A questo punto però è giusto sostenere che in molti ordinamenti non si potrebbe garantire una giustizia interna equa ed imparziale o che abbia strumenti per poter intervenire non solo a livello interno ma combinando le proprie norme con standard e norme internazionali. Questa problematica fu uno dei principali motivi per il quale si cercò di istituire un nuovo metodo per la risoluzione delle controversie in materia di investimento. La risposta a questa problematica è insita nella domanda che ha dato vista a questa ricerca, ovvero la necessità di cooperazione tra sistemi e internazionale al punto da non risultare in antitesi ma anzi di riuscire a trovare un punto in cui i due sistemi sono da supporto all'altro, anche e soprattutto dal punto di vista delle garanzie. Sotto il profilo istituzionale, da questa analisi discendono tre direttrici. Primo, precisare nei trattati contenuti e limiti del FET mediante definizioni più puntuali, clausole

interpretative e richiami espressi a non discriminazione, due process e proporzionalità, così da ridurre la volatilità decisionale. Secondo, chiarire l’innesto fra trattati e diritto internazionale generale, definendo quando e come gli standard siano direttamente applicabili in sede domestica. Terzo, integrare con maggiore nettezza gli interessi non economici e gli obblighi correlati – diritti umani, ambiente– inclusa l’ammissibilità di domande riconvenzionali e profili di responsabilità dell’investitore, in coerenza con la prassi più recente e con gli accordi di nuova generazione. Quanto alle riforme di sistema, le iniziative in sede multilaterale e i modelli di tipo *court-based* rivelano la tensione tra esigenza di coerenza e costi di istituzionalizzazione. In attesa di un consenso ampio su soluzioni forti, risulta pragmatico coltivare un modello ibrido: corti interne valorizzate anche mediante filtri o priorità di competenza, arbitrato più trasparente e prevedibile, codici di condotta e *soft precedents* capaci di attenuare la frammentazione senza sacrificare la flessibilità; e, soprattutto, meccanismi di coordinamento procedurale che riducano il rischio di doppia riparazione e favoriscano un uso persuasivo e non conflittuale delle decisioni rese nell’altro foro.

Sul piano ricostruttivo, la tesi offre una lettura dell’evoluzione degli standard—FET, espropriazione indiretta, trattamento non discriminatorio—ancorata alla prassi: gli arbitri tendono a riconoscere un ampio margine regolatorio nelle politiche ambientali e climatiche, ma richiedono che il sacrificio imposto all’operatore sia calibrato, motivato e non retroattivo; ove le misure siano mal disegnate, non esitano a ravvisare violazioni. Qui il giudice interno può “stabilizzare” il come delle riforme rendendo meno probabile il contenzioso e più prevedibili gli esiti. Ciò è coerente con la funzione di *rule of law* che il Capitolo III attribuisce ai parametri comuni e con la lezione del Capitolo IV sulla necessità di politiche climatiche giuridicamente robuste. La ricerca non ignora i limiti: il quadro è in evoluzione, con riforme pattizie in corso e una giurisprudenza non sempre lineare; i sistemi costituzionali differiscono nel modo di recepire e applicare il diritto dei trattati; la misurazione empirica del regulatory chill resta incerta. Proprio questi limiti confermano l’utilità di un approccio comparato e interdisciplinare, che tracci indicatori di qualità normativa e li correli agli esiti del

contenzioso, interni e arbitrali. L'agenda futura riguarda l'ingegneria istituzionale del coordinamento: sequenze chiare fra rimedi interni e arbitrato; tecniche di deferenza reciproca e di uso persuasivo delle decisioni; criteri per prevenire doppie riparazioni in pendenza di procedimenti paralleli; esperienze comparate in cui corti costituzionali e supreme hanno guidato la transizione con parametri argomentativi compatibili con lo scrutinio arbitrale.

In definitiva, il futuro del diritto internazionale degli investimenti non si gioca sulla sopravvivenza o sul superamento dell'ISDS, ma sulla sua capacità di dialogare con lo spazio interno. La sfida non è proteggere di meno, ma proteggere meglio: rendere prevedibili le politiche di transizione, ragionevoli i tempi e gli oneri di adeguamento, trasparenti i processi decisionali, motivato il bilanciamento fra interessi economici e ambiente. A queste condizioni, l'arbitrato continua a svolgere una funzione di interesse pubblico, non un privilegio; e le corti interne smettono di essere un foro "alternativo" per diventare il luogo in cui le scelte collettive trovano controllo e legittimazione. Un pluralismo giuridico ben disegnato – fatto di standard comuni, coordinamento multilivello e ruolo responsabilizzato delle corti – è la via maestra per assicurare certezza del diritto agli investitori, spazio regolatorio agli Stati e legittimazione democratica alle decisioni che plasmano la transizione ecologica ed energetica in corso.

BIBLIOGRAFIA

Aarhus Convention. (1998, 25 giugno). *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters* (in vigore dal 30 ottobre 2001). United Nations Treaty Series, XXVII-13. <https://treaties.un.org/>.

Achmea B.V. v. Slovak Republic. (2012, 7 dicembre). *Final Award* (UNCITRAL), PCA Case No. 2008-13. <https://pca-cpa.org/en/cases/28>

Achmea B.V. v. Slovak Republic. (2018, 6 marzo). *Judgment of the Court (Grand Chamber)*, Case C-284/16. Court of Justice of the European Union. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-284/16>

Advisory Centre on WTO Law. (1999, 30 novembre). *Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law* (in vigore dal 15 luglio 2001). Ginevra. <https://www.acwl.ch/milestones/>

AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft v. Hungary. (2010, 23 settembre). *Award*, ICSID Case No. ARB/07/22. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-disputesettlement/cases/279/aes-v-hungary-ii->

AFILALO, A. (2001). Constitutionalization through the back door: A European perspective on NAFTA's investment chapter. *NYU Journal of International Law and Politics*, 34(1),

African Commission on Human and Peoples' Rights. (2001, 27 ottobre). *The Social and Economic Rights Action Center (SERAC) & Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* (Comunicazione n. 155/96), § 67.

Agreement between Japan and the Republic of Mozambique on the Reciprocal Liberalisation, Promotion and Protection of Investment (in vigore dal 29 agosto 2014). Ministry of Foreign Affairs of Japan. https://www.mofa.go.jp/region/page6e_000070.html

Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Republic of Senegal on the Promotion and Protection of Investments. (2008, July 3).

Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Republic of Senegal on the Promotion and Protection of Investments. (2008, July 3).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments. (2010, March 17).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments. (1980). Art. 8(1).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments. (2010, March 17).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments. (1980). Art. 8(1).

Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. (1995, July 11).

Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. (1995, July 11).

Agreement Concerning Tariff Questions between the United States of America and Finland. (1936, May 18).

Agreement Concerning Tariff Questions between the United States of America and Finland. (1936, May 18).

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. (1995, August 4).

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. (1995, August 4).

Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, *Award* (2010, May 19).

Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, *Award* (2010, May 19).

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine. (2010, 8 novembre). *Award*, ICSID Case No. ARB/07/16. <https://www.italaw.com/cases/71>

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia. (1986, 16 maggio). *Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment*, ICSID Case No. ARB/81/1. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986>

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia. (1990, 5 giugno). *Award in Resubmitted Proceeding*, ICSID Case No. ARB/81/1. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0056.pdf.

Anglia Auto Accessories Ltd. v. Czech Republic. (2017, 10 marzo). *Final Award*, SCC Case No. V 2014/181. <https://www.italaw.com/cases/5415>.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), *Order* (1997, December 17). I.C.J.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), *Order* (1997, December 17). International Court of Justice.

ARATO, J. (2018). *The private law critique of international investment law* (IILJ MegaReg Series).

ARATO, J., CLAUSSEN, K., LANGFORD, M. (2023). *The investor–state dispute settlement reform process: Design, dilemmas and discontents*. In *Journal of International Dispute Settlement*, 14(2).

ARCURI, A., TIENHAARA, K., PELLEGRINI, L. (2024). Investment law v. supply-side climate policies: Insights from *Rockhopper v. Italy* and *Lone Pine v. Canada*. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 24(3).

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, *Award (Merits)* (1990, June 27).

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, *Award (Merits)* (1990, June 27).

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. (2011, April). *Gillard Government trade policy statement: Trading our way to more jobs and prosperity*.

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade. (2011, April). *Gillard Government trade policy statement: Trading our way to more jobs and prosperity*.

Austrian Airlines v. Slovak Republic, Final Award, UNCITRAL Arbitration Rules (Oct. 9, 2009).

Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, *Decision on Jurisdiction* (2001, September 27).

Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, *Decision on Jurisdiction* (2001, September 27).

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (2003, 23 settembre). *Award*, ICSID Case No. ARB/00/5. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-autopista-concesionada-de-venezuela-c-a-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-tuesday-23rd-september-2003>.

Azurix Corp. v. Argentine Republic. (2006, 14 luglio). *Award*, ICSID Case No. ARB/01/12. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/61/azurix-v-argentina-i->

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain). (1970, 5 febbraio). *Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3. <https://www.icj-cij.org/case/50>

BARIATTI, S. (s.d.). *Gli accordi bilaterali di investimento e il diritto interno*. In *Rivista di diritto internazionale*.

BASEDOW, J. R. (2020). *The Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in intra-EU investment arbitration*. In *Journal of International Economic Law*, 23(2), 479–500.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, *Decision on Jurisdiction* (2005, November 14).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, *Decision on Jurisdiction* (2005, November 14).

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe. (2012, 26 giugno). *Procedural Order No. 2*, ICSID Case Nos. ARB/10/15 & ARB/10/25. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/border_timbers_v._zimbabwe_procedural_order_2_jun_26_2012.pdf

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe. (2018, 21 novembre). *Decision on Annulment*, ICSID Case No. ARB/10/15. <https://www.italaw.com/cases/1472>

BHAGWATI, J. (1998). *The capital myth: The difference between trade in widgets and dollars*. In *Foreign Affairs*, 77(3).

Bilonue and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, *Award on Jurisdiction and Liability* (1994). [precisa foro/dati]

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana. (1989, 27 ottobre). *Award on Jurisdiction and Liability* (UNCITRAL, ad hoc). <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-biloune-and-marine-drive-complex-ltd-v-ghana-investments-centre-and-the-government-of-ghana-award-on-jurisdiction-and-liability-friday-27th-october-1989>

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, *Award on Jurisdiction and Liability* (1994). [foro/dati da completare]

BIONDI, A., SANGIUOLO, G. (Eds.). (2021). The EU and the rule of law in international economic relations: An agenda for an enhanced dialogue. Edward Elgar

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, *Award* (2008, July 24).

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, *Award* (2008, July 24).

BJORKLUND, A. (2014). The emerging civilization of investment arbitration. In S. LALANI, R. POLANCO (Eds.), *The role of the state in investor-state arbitration* (pp. 15–40). Brill Nijhoff.

BJORKLUND, A. K. (2010). Sustainable development and international investment law. In K. P. Sauvant (Ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008–2009* (pp. 183–212). Oxford University Press.

BJORKLUND, A. K. (2013). The role of counterclaims in rebalancing investment law. *Lewis & Clark Law Review*, 17(2).

BJORKLUND, A. K. (2014). Domestic courts and international investment law, in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. VIÑUALES (Eds.), *The foundations of international investment law*, Oxford University Press.

BONNITCHA, J. (2014). *Substantive protection under investment treaties*. Cambridge University Press.

BONNITCHA, J., BREWSTER, A.-M., MELLINI, E. (2022). Towards a permanent investment court? CETA's court system in context. In M. Bungenberg et al. (Eds.), *From bilateral arbitral tribunals and investment courts to a multilateral investment court*. Springer.

BONNITCHA, J., POULSEN, L. N., WAIBEL, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press.

BROWNLIE, I. (2003). *Principles of public international law* (6th ed.). Oxford University Press.

BORCHARD, E. (1915). *The diplomatic protection of citizens abroad; or, The law of international claims*. New York: Banks Law Publishing Co.

BOULDING, K. E. (1966). *The economics of the coming spaceship earth*. In H. Jarrett (Ed.), *Environmental quality in a growing economy* (pp. 3–14). Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Brandes Investment Partners, L.P. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (2011, 2 agosto). Award, ICSID Case No. ARB/08/3. <https://www.italaw.com/cases/174>

BRANSON, D. J. (1986). *Annulments of “final” ICSID awards raise questions about the process*. In National Law Journal.

BROWER, C. N., AHMAD, J. (2018). From the two-headed nightingale to the fifteen-headed hydra: The many follies of the proposed International Investment Court. *Fordham International Law Journal*, 41(4).

BROWER, C. N., AHMAD, J. (2018). Why the “Demolition Derby” that seeks to destroy investor-state arbitration? *Southern California Law Review*, 91(6).

BROWER, C. N., SCHILL, S. W. (2009). Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law? *Chicago Journal of International Law*, 9(2).

BUBROWSKI, H. (2013). *Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims*. In A. de Mestral & C. Lévesque (Eds.), *Improving international investment agreements* (pp. 297–316). Routledge. (In origine cit.: “Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims, pp. 228 ss.”)

BUBROWSKI, H. (s.d.). *Balancing IIA arbitration through the use of counterclaims*. In A. de Mestral & C. Lévesque (Eds.), *Improving international investment agreements*. Routledge. (manoscritto/bozza; dati completi non indicati nel testo di partenza)

Bundes-Verfassungsgesetz (Federal Constitutional Law of Austria). (1920, October 1).

Bundes-Verfassungsgesetz (Federal Constitutional Law of Austria). (1920, October 1).

Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court). (2016, 6 dicembre). *Urteil des Ersten Senats* (1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12) – *Thirteenth Act Amending the Atomic Energy Act*. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/12/rs20161206_1bvr282111en.html

CALAMITA, J. (2017). *The challenge of establishing a multilateral investment tribunal at ICSID*. In *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 32(3),

CALAMITA, N. J. (2020). *The (in)compatibility of intra-EU investment arbitration with EU law: Lessons from the Italian experience*. In *Journal of World Investment & Trade*, 21.

CALVO, C. (1872). *Le droit international théorique et pratique* (2e éd.). Paris: A. DURAND, PEDONE-LAURIEL.

Canada–Colombia Free Trade Agreement. (2008, November 21) (in vigore 2011, August 15).

Canada–Colombia Free Trade Agreement. (2008, November 21). (In vigore dal 2011, August 15). Art. 2201.

CARLEVARIS, A. (2008). The conformity of investments with the law of the host State and the jurisdiction of international tribunals. *The Journal of World Investment & Trade*, 9(1).

CARLEVARIS, F. (2017). *Trattamento giusto ed equo e aspettative legittime*. In *Arbitrato internazionale e investimenti esteri*, Milano.

CARON, D. D. (1992). Reputation and reality in the ICSID annulment process: Understanding the distinction between annulment and appeal. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 7(1), 21–56.

CAVAZOS VILLANUEVA, G. (2008). *The fair and equitable treatment standard: The Mexican experience*. VDM Verlag.

CAZALA, J. (2019). *Good administration of justice*. In H. RUIZ FABRI (Ed.), *Max Planck encyclopedias of international procedural law*. Oxford University Press.

CETA (Canada–EU). (2017). *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (firmato 2016, October 30; applicazione provvisoria dal 2017, September 21).

CETA (Canada–EU). (2017). *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (firmato 2016, October 30; applicazione provvisoria dal 2017, September 21).

CETA; Netherlands Model BIT. (2019). [riferimento modello/bozza]

CETA. (2016). *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, art. 8.10.2.

CHANDRASEKHARA RAO, P. (1982). The Indian Constitution and international law. In *Indian Journal of International Law*.

CHARPENTIER, J. (1963). De la non-discrimination dans les investissements. In *Annuaire français de droit international*, 9.

CHAYES, A. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, 89(7).

Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2009-23, *Final Award* (2018, August 30).

Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador (Chevron I), PCA Case No. 34877, *Partial Award on the Merits* (2010, March 30).

Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador (Chevron I), PCA Case No. 34877, *Partial Award on the Merits* (2010, March 30).

Churchill Mining PLC & Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia. (2016, 6 dicembre). *Award*, ICSID Case Nos. ARB/12/14 & ARB/12/40. <https://www.italaw.com/cases/1479>

CJEU (Court of Justice of the European Union). (2019, 30 aprile). *Opinion 1/17* (CETA). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&doclang=EN>

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, *Partial Award* (UNCITRAL) (2001, September 13).

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic. (2001, 13 settembre). *Partial Award* (UNCITRAL). <https://www.italaw.com/cases/281>.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, *Award* (2005, May 12).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment* (2007, September 25).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. (2005, 12 maggio). *Award*, ICSID Case No. ARB/01/8; e (2007, 25 settembre) *Decision of the ad hoc Committee on Annulment*. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-cms-gas-transmission-company-v-the-argentine-republic-award-thursday-12th-may-2005>; <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/68/cms-v-argentina>.

Code of Conduct for Judges in International Investment Dispute Resolution and Commentary, U.N. Doc. A/CN.9/1149 (2023, April 28).

Code of Conduct for Judges in International Investment Dispute Resolution and Commentary, U.N. Doc. A/CN.9/1149 (2023, April 28).

Collier, J., & Lowe, V. (1999). *The settlement of disputes in international law*. Cambridge University Press.

COLLINS, D. (2017). *An introduction to international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.

COLLINS, D. (2017). *An introduction to international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Commissione europea. (2020). EU Model Bilateral Investment Treaty.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi II), ICSID Case No. ARB/97/3, *Award* (2007, August 20).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi II), ICSID Case No. ARB/97/3, *Award* (2007, August 20).

CONFORTI, B., IOVANE, A. (2021). *Diritto internazionale* (12^a ed.). Napoli: Editoriale Scientifica.

Constitución de la Nación Argentina. (1853/1994). Constitución (texto vigente con reformas al 1994). Buenos Aires: Infoleg/Boletín Oficial.

Constitution de la République française. (1958). *Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Légifrance.

Constitution of Japan. (1946/1947). *Nihonkoku Kenpō* (promulgated 3 November 1946; in force 3 May 1947). Tokyo: Cabinet Secretariat.

Constitution of the Republic of South Africa. (1996). *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*. Pretoria: Government Printer.

Convention on Biological Diversity. (1992, June 5) (in force 1993, December 29).

Convention on Biological Diversity. (1992, June 5). (In force 1993, December 29).

Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention). (1991, February 25) (in force 1997, September 10).

Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention). (1991, February 25). (In force 1997, September 10).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention). (1965, March 18).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention). (1965, March 18).

Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention). (1971, February 2) (in vigore 1975, December 21).

Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention). (1971, February 2). (In vigore 1975, December 21).

Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador. (2016, 15 marzo). *Award*, PCA Case No. 2012-2 (UNCITRAL). <https://www.italaw.com/cases/4206>.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-010/00*. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte cost. (Italia). (1979, 6 febbraio). *Ordinanza* [numero e massimario, se disponibili]. Roma: G.U.

Corte di cassazione (Sez. Unite). (2002, June 5). [numero e massimario].

Corte di cassazione (Sezioni Unite). (2002, June 5). [numero e massimario].

Corte internazionale di giustizia. (1970, February 5). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, *Sentenza*.

Corte internazionale di giustizia. (1970, February 5). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgio c. Spagna)*, *Sentenza*.

Corte Internazionale di Giustizia. (2018, 1° ottobre). *Obbligo di negoziare l'accesso sovrano all'Oceano Pacifico (Bolivia c. Cile)*, *Sentenza*. L'Aia: CIJ.

Corte Suprema argentina. (1992). *Ekmekdjian c. Sofovich*, Fallos 315:1492. Buenos Aires: CSJN.

Costituzione della Repubblica Italiana. (1948).

COTTIER, T. (2013). In O. Nartova & S. Z. Bigdeli (Eds.), *International trade regulation and the mitigation of climate change*. Cambridge University Press.

Council of the European Union. (2018, 20 marzo). *Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*, 12981/17 ADD.

Council of the European Union. (2018, March 1). *Negotiating directives for a convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes* (12981/17 ADD 1).

Court of Justice of the European Union. (2018). *Slovak Republic v. Achmea BV (Achmea)*, Case C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

COX, J. M. (s.d.). *Expropriation in investment treaty arbitration* (1st ed.).

COX, N. (2016). *Climate change litigation, state responsibility and the role of courts in the global regime: Towards a “judicial governance” of climate change?*. In *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34.

CRAWFORD, J. (2002). *International law and the rule of law*. *Adelaide Law Review*, 23.

CRAWFORD, J. (2009). *Continuity and discontinuity in international dispute settlement*. In C. BINDER et al. (Eds.), *International investment law for the 21st century: Essays in honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press.

CRAWFORD, J. (2019). *Brownlie’s principles of public international law* (9th ed.). Oxford University Press.

CRIVELLARO, A. (2020). *La nozione di investimento e di investitore*. In *Trattato di diritto dell’arbitrato – L’arbitrato negli investimenti internazionali* (Vol. XIII). Edizioni Scientifiche Italiane.

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

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, *Award* (2016). [parr. 951–960 cit.]

DAMODARAN, A. (2005). *Valuation approaches and metrics: A survey of the theory and evidence*. *Foundations and Trends in Finance*, 1(8).

DAVID, P., RIESENBERG, J. (2011). Fee shifting in investor-state arbitration: Doctrine and policy justifying application of the English rule. *Duke Law Journal*, 60, 977–1011.

DE FOCATIS, M., BIANDRINO, P. (Eds.). (2017). *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia. Un nuovo modello?* Padova: CEDAM.

DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (2010). *International Law Association... applicable law in international commercial arbitration*. In *Arbitration International*, 26(2), 193–234.

DE MAIO, G. (2019). *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*. Editoriale Scientifica.

Devas Multimedia Private Ltd.; Telecom Devas Mauritius Ltd.; & Devas Employees Mauritius Private Ltd. v. India, PCA Case No. 2013-09, *Award on Jurisdiction and Merits* (2016, July 25).

DIEHL, A. (2012). *The core standard of international investment protection: Fair and equitable treatment*. Kluwer Law International.

DIMOPOULOS, A. (2011). *EU foreign investment law*. Oxford: Oxford University Press.

DOLZER, R. (2022). Expropriation. In R. Dolzer, U. Kriebaum, & C. Schreuer, *Principles of international investment law* (3rd ed). Oxford University Press.

DOLZER, R., SCHREUER, C. (2008). *Principles of international investment law*. Oxford University Press.

DOLZER, R., STEVENS, M. (1995). *Bilateral investment treaties*. Martinus Nijhoff.

DOUGLAS, Z. (2006). Nothing if not critical for investment treaty arbitration: *Occidental, Eureko and Methanex*.

DOUGLAS, Z. (2008). IN P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (Eds.), *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press.

DOUGLAS, Z. (2009). *The international law of investment claims* (pp. 337–340). Cambridge University Press.

DOUGLAS, Z. (2014). *The MFN clause in investment arbitration: Treaty interpretation off the rails*. In *Classics in international investment law*. Cheltenham: Edward Elgar, 230–246.

Draft Interpretation of the CETA Joint Committee regarding Art. 8.10, Annex 8-A, Art. 8.9 e Art. 8.39 CETA. (s.d.).

Draft Statute of an Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution, U.N. Doc. A/CN.9/1184 (2024, April 25).

DUBOS, O. (2010). *Droit international et droit français*. Paris: LGDJ.

DUGARD, J. (1998). The South African judiciary and international law in the apartheid era. *South African Journal on Human Rights*, 14(1), [pagine].

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, *Award* (2008, August 18).

DUMBERRY, P. (2010). *The last citadel! Can a State claim the status of “persistent objector” to prevent the application of a rule of customary international law in investor-state arbitration?*. In *Leiden Journal of International Law*, 23(2).

DUMBERRY, P. (2012). International investment contracts. In *International investment law: The sources of rights and obligations*. Leiden.

DUMBERRY, P. (s.d.). *The fair and equitable treatment standard: A guide to NAFTA case law on Article 1105*.

DUPUY, P.-M. (2009). Unification rather than fragmentation of international law? The case of international investment law and human rights law. In P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI (Eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

DUPUY, P.-M., VIÑUALES, J. (2018). Reforming ISDS: The appellate mechanism. *ICSID Review*, 33(3).

DUPUY, P.-M., FRANCIONI, F., PETERSMANN, E.-U. (Eds.). (2009). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

DUPUY, P.-M., KERBRAT, Y. (2024). *Droit international public* (17e éd.). Paris, Dalloz

DUPUY, P.-M., VIÑUALES, J. E. (2013). *International environmental law: Looking at the past to shape the future*. In P.-M. DUPUY, J. E. VIÑUALES (Eds.), *Harnessing foreign investment to promote environmental protection: Incentives and safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press.

DUPUY, P.-M., VIÑUALES, J. E. (Eds.). (2013). *Harnessing foreign investment to promote environmental protection: Incentives and safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press.

ECCHR. (2012, luglio). *Human rights inapplicable in international investment arbitration? – A commentary on the non-admission of ECCHR and indigenous communities as amici curiae before the ICSID tribunal*. Berlin: ECCHR.

Economic Committee of the League of Nations. (1923). Report on equitable treatment of commerce, September 1922. *League of Nations Official Journal*.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, *Award* (2009, October 8).

Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, *Final Award* (2017, May 4/7).

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, *Award* (2011, October 31).

Eli Lilly and Company v. Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, *Final Award* (2017, March 16).

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, *Decision on Objections to Jurisdiction* (2000, January 25).

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA, *Award* (2006, February 3).

Energy Charter Treaty (ECT). (1994, December 17). Firmato a Lisbona; in vigore dal 1998, April 16. Art. 10(1); art. 47(3).

Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, *Decision on Jurisdiction* (2004, January 14).

ÉSAMBERT, B. (1991). *La guerre économique mondiale*. Paris: Olivier Orban.

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, *Award* (2020, September 4).

EU–Vietnam FTA, Investment Chapter (testo concordato a gennaio 2016). (2016).

EU–Vietnam Investment Protection Agreement (bozza). (2019, April 2).

European Commission. (2015, November 12). *EU's proposal for investment protection and resolution of investment disputes*.

European Commission. (2015, November 12). *EU's proposal for investment protection and resolution of investment disputes*.

European Commission. (2015, September 16). *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Draft text: Investment*.

European Commission. (2020). *EU proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty*.

European Commission. (2021). *Proposal for a modernised Energy Charter Treaty – Draft text*.

European Union & Singapore. (2018, October 19). *Investment protection agreement* (firmato). [URL Gazzetta ufficiale UE].
European Union & Viet Nam. (2019, June 30). *Investment protection agreement* (firmato). [URL Gazzetta ufficiale UE].

Eustathiadès, M. (1931). *La justice internationale et la protection des étrangers*. Librairie générale de droit et de jurisprudence.

FASTENRATH, U., GEIGER, R., KHAN, D.-E., PAULUS, A., VON SCHORLEMER, S. (Eds.). (2011). *From bilateralism to community interest: Essays in honour of Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press.

Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, *Award* (2006, July 17).

Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, *Award*, *ICSID*, (2006, July 17).

Flemingo Duty Free v. Republic of Poland, *Award* (2016, August 12).

FOCARELLI, C. (2023). *Diritto internazionale* (7^a ed.). Milano: Wolters Kluwer CEDAM.

FOCARELLI, C. (2023). *Diritto internazionale* (7^a ed.). Milano: Wolters Kluwer CEDAM.

FRANCIONI, F. (2009). *Access to justice in international investment disputes*. Oxford: Oxford University Press.

FRANCIONI, F. (2010). International human rights in the environmental horizon. *European Journal of International Law*, 21(1).

FRANCK, S. D. (2005). *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions*. *Fordham Law Review*, 73

FRANCK, S. D. (2007). *Rationalizing costs in investment treaty arbitration*. In *Washington University Law Review*, 86(3), 753–836.

FRANCK, S. D. (2019). *Arbitration costs: Myths and realities in investment treaty arbitration*. Oxford University Press.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, *Award*, (2007, August 16).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, *Award*(2007, August 16).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II), ICSID Case No. ARB/11/12, *Award*(2014, December 10).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II), ICSID Case No. ARB/11/12, *Award* (2014, December 10).

Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, I.C.J. Reports (1997).

Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*. (1997). I.C.J. Reports.

GAILLARD, E., & BANIFATEMI, Y. (Eds.). (2018). *Jurisdiction in investment treaty arbitration*.

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (2016, 19 dicembre). *Award* (ICSID Case No. ARB/11/20).

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20, *Award* (2016, December 19).

Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (2005, 17 giugno). *Decision of the Tribunal on preliminary questions on jurisdiction* (ICSID Case No. ARB/03/10).

Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, *Decision of the Tribunal on preliminary questions on jurisdiction* (2005, June 17). *Gas Natural v. Argentina, Decision on jurisdiction* (2005, June 17). [duplicato sostanziale della voce precedente—preferisci la forma completa ICSID]

Gas Natural v. Argentina (2005, 17 giugno). *Decision on jurisdiction*.

GATTINI, A. (2020). Il principio di autonomia dell'UE e l'arbitrato investitore-Stato. *Diritto dell'Unione europea*.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (2003, 15 settembre). *Award* (ICSID Case No. ARB/00/9).

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, *Award* (2003, September 15).

German Federal Constitutional Court. (2016, 6 dicembre). *Judgment of the First Senate* (Thirteenth Amendment to the Atomic Energy Act).

Germany–Pakistan BIT. (1959, November 25). *Treaty between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Pakistan for the Promotion and Protection of Investments* (in vigore dal 1962, April 28).

Gilpin, R., & Gilpin, J. M. (2001). *Global political economy: Understanding the international economic order*. Princeton University Press.

Green Power Partners K/S & SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain, SCC Case No. V (2016/135), *Award*(2022, June 16).

Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic, SCC Case No. V 2015/095, *Final Award* (2018, December 23).

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Constitution of the Kingdom of the Netherlands). (1815, August 24; as amended to 2008).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Basic Law for the Federal Republic of Germany). (1949, May 23).

GULATI, R., LAVRANOS, N. (2019). *Guaranteeing the independence of the judges of a MIC: A must for building the court's credibility*. In Columbia FDI Perspectives, No. 262.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, (2010, [June 18]).

H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/09/15, *Award* (2014, May 6).

Hepburn, J. (2017). *Domestic law in international investment arbitration* (1st ed.). Oxford University Press.
Hepburn, J. (2018). Domestic investment statutes in international law. *American Journal of International Law*, 112(4), [pagine]. [nel tuo testo “2028”; corretto in 2018]

HIGGINS, R. (1983). *The taking of property by the State: Recent developments in international law*. In Recueil des cours de l’Académie de droit international, 176(III).

HINDELANG, S., & KRAJEWSKI, M. (Eds.). (2020). *Shifting paradigms in international investment law*. Oxford University Press.

HOBÉR, K. (2012). *Investment treaty arbitration*. Oxford University Press.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, *Award* (2016, March 8).

ICSID Convention. (1965). *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (575 U.N.T.S. 159; in vigore dal 14 ottobre 1966).

IFC. (2012). *Performance standards on environmental and social sustainability* (1 January 2012). International Finance Corporation.

ILC – International Law Commission. (2006, April 13). *Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law* (Report of the Study Group, M. Koskenniemi) (UN Doc. A/CN.4/L.682).

ILC – International Law Commission. (2015, May 29). *Final report of the Study Group on the most-favoured-nation clause* (UN Doc. A/CN.4/L.852).

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, *Award* (2011, June 21).

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, *Award* (2006, August 2).

Indian Model Bilateral Investment Treaty. (2015). *Model Text*. Government of India.

Institutional arrangements to follow up the United Nations Conference on Environment and Development. (1992, December 22). UNGA Res. 47/190.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. (1945). *Statute of the International Court of Justice*. Signed at San Francisco, 26 June.

International Law Association, International Commercial Arbitration Committee. (2008). *Final report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*.

International Law Commission (ILC). (1978). *Draft articles on most-favoured-nation clauses*.

ISHIKAWA, T. (2019). Counterclaims and the rule of law in investment arbitration. In *AJIL Unbound*, 113, 65–70.

JENNINGS, R., WATTS, A. (Eds.). (1992). *Oppenheim's international law* (Vol. I, 9th ed.). Oxford: Oxford University Press.

JILLANI, J. (2023). *Institutional design for an appellate mechanism in investor–state dispute settlement*. In *Asian Journal of International Law*, 13(2).

JILLANI, M. A. H., GHOURI, A. A., & WU, X. (2018). *Institutional design for an appellate mechanism in investor–state dispute settlement*. In *Asian Journal of International Law*, 8(1), 74–99. <https://doi.org/10.1017/S2044251316000150>

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, *Award* (2011, March 28). [la data 2000 nelle tue note era riferita a un altro documento]

Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, *Decision on Jurisdiction* (2004, August 6).

K.J. VANDEVELDE. (2016). The liberal vision of the international law on foreign investment. In C. L. Lim (Ed.), *Alternative visions of the international law on foreign investment*. Cambridge University Press.

Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (Court of Justice of the European Union, 2008).

KALICKI, J. E., JOUBIN-BRET, A. (Eds.). (2015). *Reshaping the investor–state dispute settlement system: Journeys for the 21st century*. Brill Nijhoff / ICSID.

KANIE, K. (2017). *Governing through goals: Sustainable Development Goals as governance innovation*. In F. Biermann (Ed.), *Governing through goals: Sustainable development goals as governance innovation* (pp. 1–26). Cambridge, MA: MIT Press.

KANTOR, M. (2008). *Valuation for arbitration: Compensation standards, valuation methods and expert evidence*. Wolters Kluwer Law & Business.

KARKEY KARADENİZ ELEKTRİK ÜRETİM A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/13/1, *Final Award* (22 August 2017).

KAUFMANN-KOHLER, G. (2005). *The arbitrator and the law: Does he/she know it? Apply it? How?* And a few more questions. *Arbitration International*, 21(4), 631–641.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2005). The arbitrator and the law... *Arbitration International*, 21(4), 631–641.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2007). Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, 23(3), 357–378.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2007). *Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse?* *Arbitration International*, 23(3), 357–378.

KAUFMANN-KOHLER, G. (2009). *Lis pendens, res judicata and the issue of parallel judicial proceedings*. In T. WEILER, I. LAIRD (Eds.), *Investment arbitration and international law* (Vol. 2, pp. 3–28).

KAUFMANN-KOHLER, G. (2009). *Lis pendens, res judicata and the issue of parallel judicial proceedings*. In T. Weiler & I. Laird (Eds.), *Investment arbitration and international law* (Vol. 2, pp. 3–28). Juris.

KAUFMANN-KOHLER, G., & POTESÀ, M. (2016). *Transparency in international investment arbitration*. Cambridge University Press.

KAUFMANN-KOHLER, G., & POTESÀ, M. (2020). *Investor-State dispute settlement and national courts: Current framework and reform options*. Springer (Open Access).

KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, M. (2016). *Transparency in international investment arbitration*. Cambridge University Press.

KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, M. (2020). *Investor-State dispute settlement and national courts: Current framework and reform options*. Springer.

KAUFMANN-KOHLER, M., & POTESTÀ, M. (2020). *Investor-State dispute settlement and national courts: Current framework and reform options*. Geneva: Graduate Institute Publications.

KAUFMANN-KOHLER, M., POTESTÀ, M. (2020). *Investor-State dispute settlement and national courts: Current framework and reform options*. Graduate Institute.

KIMBALL, L. A., & BOYD, W. (1994). *International institutional arrangements for environment and development: A post-Rio assessment*. In *Environment and Development Journal*, 2(1), 45–60.

KLABBERS, J. (2013). *International law*. Cambridge University Press.

KLABBERS, J. (2013). *International law*. Cambridge University Press.

KLÄGER, R. (2011). *Fair and equitable treatment in international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, *Decision on Annulment* (1985, May 3).

Kluwer Law International. (2013). Alphen aan den Rijn. [nota editoriale – usa come luogo/editore dove pertinente]

Knahr, C. (2007). Investments “in accordance with host State law”. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 4(5).

KNAHR, C. (2007). Investments “in accordance with host State law”. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 4(5).

Kochenov, D. V., Lavranos, N. (s.d.). Rule of law and the fatal mistake of *Achmea*: Could the intra-EU BITs have been the last hope for justice in captured illiberal Member States?, 7–10.

KOMSTROY v. Republic of Moldova, Case C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (Court of Justice of the European Union, 2 September 2021).

KOMSTROY, Opinion of Advocate General Szpunar, Case C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164, para. 61.

KOTUBY, C. T., JR., SOBOTA, L. A. (2017). *General principles of law and international due process: Principles and norms applicable in transnational disputes*. Oxford: Oxford University Press.

KOTUBY, C. T., JR., SOBOTA, L. A. (2017). *General principles of law and international due process: Principles and norms applicable in transnational disputes*. Oxford: Oxford University Press.

KOVEN LEVIT, J. (1999). The constitutionalization of human rights in Argentina: Problem or promise? *Columbia Journal of Transnational Law*, 37.

KRAJEWSKI, M. (2018). *Human rights and State counterclaims in investment arbitration: The ICSID case Urbaser v. Argentina*. *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*, 16(2), 75–89.

KREDERI LTD. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/14/17, *Award* (2 July 2018).

KRIEBAUM, U. (2008). *Illegal investments*. In C. Klausegger et al. (Eds.). *In Austrian arbitration yearbook*. Manz.

KRIEBAUM, U. (2010). *Property, right to, international protection*. In A. Reinisch (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.

KRIEBAUM, U. (2011). *Arbitrary/unreasonable or discriminatory measures*. In M. Bungenberg et al. (Eds.), *International investment law*. Nomos–Beck–Hart.

KRIEBAUM, U. (2018). *Human rights and international investment law*. In Y. Radi (Ed.), *Research handbook on human rights and investment*. Edward Elgar.

KRIEBAUM, U. (s.d.). *The relevance of economic and political conditions for protection under investment treaties*. In *Journal of World Investment & Trade*.

KRIEBAUM, U., & REINISCH, A. (2011). *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. *Journal of World Investment & Trade*.

KRIEBAUM, U., DOLZER, R., SCHREUER, C. (2012). *Principles of international investment law* (2nd ed.). Oxford University Press.

KRÖBER, R. L. (Wellhausen, R. L.). (2019). *International investment law and foreign direct reinvestment*. International Organization, 73.

KRUG, R. D. (Sloane, R. D.). (2004). *Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation*. In Texas Law Review, 82.

KURTZ, J. (2016). *The WTO and international investment law*. Cambridge University Press.

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change. (1997, December 11). (In vigore 2005, February 16).

LABORDE, G. (2010). *The case for host State claims in investment arbitration*. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(1), 97–122. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idp008>

LANGFORD, M., BEHN, D., & HILLEREN LIE, R. (2017). *The revolving door in international investment arbitration*. In *Journal of International Economic Law*, 20(2), 301–331. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx010>

LANGFORD, M., BEHN, D., & HILLEREN LIE, R. (2017). *The revolving door in international investment arbitration*. In *Journal of International Economic Law*, 20(2), 301–331.

LAUTERPACHT, H. (1927). *Private law sources and analogies of international law*. London: Longmans, Green & Co.

LAUTERPACHT, H. (1927). *Private law sources and analogies of international law: With special reference to international arbitration*. Longmans, Green & Co.

LAVIEC, J-P. (1985). *Protection et promotion des investissements: Étude de droit international économique*. Paris.

LAVRANOS, N., GULATI, R. (2019). *Guaranteeing the independence of the judges of a MIC*. In Columbia FDI Perspectives, No. 262.

LAVRANOS, N., KOCHENOV, D. V. (s.d.). Rule of law and the fatal mistake of *Achmea*: Could the intra-EU BITs have been the last hope for justice in captured illiberal Member States?, 7–10).

League of Nations. (1919/1920). *Covenant of the League of Nations*, art. 23(e). (Adottato 28 giugno 1919; in vigore 10 gennaio 1920). Testo in *League of Nations Official Journal*, 1, 3. V. testo anche presso Yale/FRUS.

LENK, H. (2020). The EU Investment Court System and its resemblance to the WTO Appellate Body. In G. GÁSPÁR-SZILÁGYI, D. BEHN, M. LANGFORD (Eds.), *Adjudicating trade and investment disputes: Convergence or divergence?*. Cambridge University Press, 59–83.

LENK, H. (2020). The EU Investment Court System and its resemblance to the WTO Appellate Body. In G. Gáspár-Szilágyi, D. Behn, & M. Langford (Eds.), *Adjudicating trade and investment disputes: Convergence or divergence?* (pp. 59–83). Cambridge University Press.

LEVASHOVA, D. Y. (2018). The accountability and corporate social responsibility of multinational corporations for transgressions in host States through international investment law. *Utrecht Law Review*, 14(2), 40–59.

LEVY V. PERU, *Award* (26 February 2019). [Foro arbitrale e fonte: ICSID, da completare]

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. & LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability* (2006, October 3).

LILLICH, R. B. (1975). The diplomatic protection of nationals abroad: An elementary principle of international law under attack. *American Journal of International Law*, 69(2),

LILLICH, R. B., WESTON, B. H. (1975). *International claims: Their settlement by lump-sum agreements*. University Press of Virginia.

Maffezini, E. A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, *Award* (2000, November 13).

Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd. v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, *Award on Jurisdiction* (2007, May 17); *Decision of the ad hoc Committee on Annulment* (2009, April 16). [i riferimenti “(n 15) [78–79]” sono interni]

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, *Award* (2015, March 30).

Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea (II), ICSID Case No. ARB/84/4, *Decision on Annulment* (1989, December 22).

MARSHALL, F. (2009). Commentary: *Pantechniki v. Albania* decision offers pragmatic approach to interpreting fork-in-the-road clauses. *Investment Treaty News* (IISD).

MAURITIUS CONVENTION ON TRANSPARENCY. (2014, December 10). UNGA Res. A/RES/69/116; in vigore dal 18 October 2017.

MAURO, M. (2020). *Diritto internazionale dell’economia: Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*. Napoli: Editoriale Scientifica.

MAURO, M. R. (2022). *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: Contract claims v. treaty claims*. In A. Del Vecchio & P. Severino (Eds.), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti* (pp. 323–340). Bari: Cacucci Editore.

MAURO, M. R. (2022). Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: Contract claims v. treaty claims. In A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*. Bari: Cacucci. 323–340.

MCI Power Group L.C. & New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, *Award* (2007, July 31). [“(n 12) [165]” = citazione interna]

Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic, *Award* (2011, May 12). [indicare foro/numero di caso]

Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), *Award* (2010, March 31).

MERRILLS, J. G. (1998). *International dispute settlement* (3rd ed.). Cambridge University Press.

MERRILLS, J. G. (1998). *International dispute settlement* (3rd ed.). Cambridge University Press.

MERRILLS, J. G. (1998). *International dispute settlement* (3rd ed.). Cambridge University Press.

MERRILLS, J. G. (1998). *International dispute settlement* (3rd ed.). Cambridge University Press.

Mexico v. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664 (Supreme Court of British Columbia, 2001).

Micula, I., Micula, V., SC European Food SA, SC Starmill SRL & SC Multipack SRL v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, *Award* (2013, December 11).

Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, *Award* (2002, April 12).

MILES, C. (2011). *Case C-196/09, Miles and Others v. European Schools. (Vedi anche voce CJEU 2011.)*

MILES, K. (2019). *Research handbook on environment and investment law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

MILES, K. (Ed.). (2019). *Research handbook on environment and investment law*. Edward Elgar Publishing Limited.

MNSS B.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, *Award* (4 May 2016).

Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, *Decision on Liability and on Principles of Quantum* (2012, May 22).

Model Rules on Arbitral Procedure. (s.d.). Art. 35.

MOLOO, R., KHACHATURIAN, A. (2011). *The compliance-with-the-law requirement in international investment law*. In Fordham International Law Journal, 34(6).

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, *Award* (11 October 2002).

MONTANARO, F. (s.d.). *The European Union and international investment law: The two dimensions of an uneasy relationship*. [città]: [editore].

MONTANARO, V. (2019). *Arbitrato internazionale e investimenti esteri*. Torino, Giappichelli.

Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer. (1987, September 16). (In vigore 1989, January 1).

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, *Award* (8 April 2013).

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, *Award* (25 May 2004).

MUCHLINSKI, P. (1991). *Dispute settlement under the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes*. In W. E. BUTLER (Ed.), *Control over compliance with international law*.

MUCHLINSKI, P. (2006). “*Caveat investor*”? *The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard*. In International & Comparative Law Quarterly, 55(3).

MUCHLINSKI, P. (2009). The diplomatic protection of foreign investors: A tale of judicial caution. In C. BINDER et al. (Eds.), *International investment law for the 21st century: Essays in honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press.

MUCHLINSKI, P. (2015). Negotiating new-generation international investment agreements: New sustainable development-oriented initiatives. In S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (Eds.), *Shifting paradigms in international investment law*. Oxford: Oxford University Press.

MUNARI, F., CELLERINO, C. (2018, April 17). EU law is alive and healthy: The *Achmea* case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties. *SIDI Blog*.

MYERS, S. D., Inc. v. Government of Canada. (2000, September 13). UNCITRAL, *Partial Award*.

MYERS, S. D., Inc. v. Government of Canada. (2001). Order of the Federal Court of Canada.

NASH, L. C. (2005). *Response to Adam McBeth, "Crushed by an anvil: A case study on responsibility for human rights"*.

National Grid plc v. Argentine Republic, UNCITRAL, *Decision on Jurisdiction* (2006, June 20).

Netherlands v. Mustafić-Mujić; Netherlands v. Nuhanović, Supreme Court of the Netherlands, *Judgments* (2013, September 6).

Netherlands, Government of. (2019). *Netherlands model bilateral investment treaty*. The Hague: Ministry of Foreign Affairs.

New York Convention. (1958, 10 giugno). *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958). United Nations Treaty Series, vol. 330. Testo: <https://www.newyorkconvention.org/>; scheda trattati ONU.

NEWCOMBE, A., PARADELL, L. (2009). *Law and practice of investment treaties: Standards of treatment*. Kluwer Law International.

NEWCOMBE, A., PARADELL, L. (2009). *Law and practice of investment treaties: Standards of treatment*. Kluwer Law International.

NEWCOMBE, A., PARADELL, L. (2009). *Law and practice of investment treaties: Standards of treatment*. Kluwer Law International.

NEWMAN, L. W., & ZASLOWSKY, D. (s.d.). *Assessing costs in international arbitration*. In *New York Law Journal*.

NOLLKAEMPER, A. (2011). *National courts and the international rule of law*. Oxford University Press.

North American Free Trade Agreement. (1992, December 17). *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*.

Norway Model Bilateral Investment Treaty. (2015). *Model Text*.

OECD. (1967). *Draft convention on the protection of foreign property*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

OECD. (2004). *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

OECD. (2011). *OECD guidelines for multinational enterprises*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

ORAKHELASHVILI, A. (2008). The normative basis of “fair and equitable treatment”: General international law on foreign investment? *Archiv des Völkerrechts*, 46(1), 74–105.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, *Decision on Jurisdiction* (1 June 2012).

PALOMBINO, F. M. (2012). *Il trattamento giusto ed equo*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Palombino, F. M. (2017). *Il diritto all’acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Mondadori Education.

PALOMBINO, F. M. (2018). *Fair and equitable treatment and the fabric of general principles*. The Hague.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, *Award* (2009, July 29). (V. anche para. 67).

Paris Agreement. (2015, 12 dicembre). *United Nations Treaty Series*, 3156, 79. (Entrata in vigore: 4 novembre 2016). https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=27&clang=_en&mtdsg_no=XXVII-7-d

Park et al. v. Republic of Costa Rica (David R. Aven et al.), ICSID Case No. UNCT/15/3, *Award* (2018, September 18).

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, *Award* (11 September 2007).

Paschalidis, P. (2020, February 10). The pressing need for a European investment court. *Global Arbitration Review*.

PATRICIOS, L. (1993). *Ekmekdjian v. Sofovich*: The Argentine Supreme Court limits freedom of the press. *University of Miami Inter-American Law Review*, 24(3), [...–...].

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, *Final Award* (9 February 2004).

PAULSSON, J. (1995). Arbitration without privity. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 10(2), 232–257.

PAULSSON, J. (2005). *Denial of justice in international law*. Cambridge University Press.

Paulsson, J., & Douglas, Z. (2004). Indirect expropriation in investment treaty arbitrations. In N. HORN & S. KRÖLL (Eds.), *Arbitrating foreign investment disputes..* Kluwer Law International.

Paushok v. Mongolia, *Award on Jurisdiction and Liability* (28 April 2011).

PAUSHOK, S., CJSC Golden East Company & CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia. (2009).

PAUWELYN, J. (2017). *The rule of law without the rule of time in ISDS*. In *Journal of International Dispute Settlement*, 8(2), 273–294.

Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil), PCIJ, Series A, No. 21 (1929).

PETERS, A. (2016). Business and human rights: A hard law area coming of age. *Netherlands Yearbook of International Law*, 47(1), 1–43.

PETERS, A. (2016). Business and human rights: A hard law area coming of age. *Netherlands Yearbook of International Law*, 47(1), 1–43.

PETERS, A. (2017). The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, 15(3).

PETERSMANN, E.-U. (2020). *Human rights in international investment law and adjudication: Legal methodology questions*. Springer.

PETERSON, L. (s.d.). *The impact of lengthy ISDS proceedings on regulatory chill*. IISD Report.

Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia, UNCITRAL, *Award on Jurisdiction and Admissibility* (17 December 2015).

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A., & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, *Award* (8 July 2016). [Vedi anche: Born, G., *Concurring and Dissenting Opinion*, 8 July 2016.]

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, *Award* (15 April 2009).

Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, *Award* (2009, April 15).

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, *Decision on Jurisdiction* (2005, February 8).

Political Constitution of Colombia (Constitución Política de Colombia). (1991, July 4).

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, *Interim Award* (2000).

Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment. (2023). Art. 24.

Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. (1952, March 20). (In vigore 1954, May 18).

PSEG Global Inc. & Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, *Award* (2007, January 19).

PUIG, S., & SHAFFER, G. (2018). *A proposal for an ISDS appellate mechanism*. In *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 33(2), 509–558.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Fosk Kaplún, A. v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, *Decision on Jurisdiction* (27 September 2012).

RADI, Y. (2007). *The application of the most-favoured-nation clause to the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties: Domesticating the “Trojan Horse”*. In *European Journal of International Law*, 18(4).

RADI, Y. (2007). The application of the most-favoured-nation clause to the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties: Domesticating the “Trojan Horse”. *European Journal of International Law*, 18(4), 757–774.

RAMAIAH, B. B. (1997). *Towards a multilateral framework on investment? Transnational Corporations*, 6(1), 117–121.

RATNER, S. R. (2002). *International investment law and domestic investment rules: Tracing the upstream and downstream flows*. In *The Journal of World Investment & Trade*, 3(1), 5–29.

REED, L., PAULSSON, J., & BLACKABY, N. (2004). *A guide to ICSID arbitration*. Kluwer Law International.

REINER, C., SCHREUER, C. (2009). Human rights and international investment arbitration. In P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, & F. Francioni (Eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

REINISCH, A. (2007). The rule of law in international investment arbitration. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2.

REINISCH, A. (2013). The future shape of EU investment agreements: Balancing the right to regulate with investors’ rights. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 28(2).

REINISCH, A. (2015). Legality of expropriation. In M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (Eds.), *International investment law* (pp. 155–188). Nomos–Beck–Hart.

REINISCH, A. (2020). *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. Oxford University Press.

REINISCH, A. (Ed.). (2008). *Standards of investment protection*. Oxford University Press.

REINISCH, A., SCHILL, S. W. (Eds.). (2023). *Investment protection standards and the rule of law*. Oxford University Press.

REISMAN, W. M., SLOANE, R. D. (2003). Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *British Yearbook of International Law*, 74, [pagine].

REISMAN, W. M., SLOANE, R. D. (2003). Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. *British Yearbook of International Law*, 74, [pagine].

Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part Two (A/61/10), “Special rules of international law”.

Report of the United Nations Conference on Environment and Development. (1993). *A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Resolution 1, Annex 2: Agenda 21*. New York: United Nations.

RIBEIRO, C. (Ed.). (2006). *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*. Juris. (Cap. 3: C. H. SCHREUER, *The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties*).

RIGOD, B. (2015). *Optimal regulation and the law of international trade: The interface between the right to regulate and WTO law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rio Declaration on Environment and Development. (1992, June 14). *Rio Declaration on Environment and Development*. New York: United Nations.

ROBERTS, A. (2018). Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration. *American Journal of International Law*, 112(3).

Rockhopper Italia S.p.A.; Rockhopper Mediterranean Ltd.; & Rockhopper Exploration plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, *Final Award* (23 August 2022). (*voce unica; elimina duplicato*)

ROGERS, C. A. (2014). *Ethics in international arbitration*. Oxford University Press.

Romak S.A. (Switzerland) v. Republic of Uzbekistan, PCA Case No. AA280, *Award* (2009, November 26/December 29). [conferma data pubblicazione]

Rome Statute of the International Criminal Court. (1998, July 17).

Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, *Award* (2013, May 6).

ROOT, E. (1910). *The basis of protection to citizens residing abroad*. in *Proceedings of the American Society of International Law*, 4, 16–26.

RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Arbitration, *Award on Jurisdiction* (5 October 2007); *Final Award* (12 September 2010).

RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, *Award on Jurisdiction* (2007, October).

RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, *Decision on Application for a Preliminary Ruling* (29 October 2009); *Award* (13 March 2009).

RUIZ FABRI, H. (2006). *Le droit international et les juridictions françaises*. In *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 321, 9–218.

RUIZ FABRI, H. (2006). *Le droit international et les juridictions françaises*. In *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 321, 9–218.

Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, *Award* (29 July 2008).

Rumeli Telekom A.Ş. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, *Award* (2008, July 29).

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, *Award* (2010, [...]).

SACERDOTI, G. (2005). *Il trattamento degli investimenti stranieri nel diritto internazionale. Rivista di diritto internazionale*, 88, 861–894.

SACERDOTI, G., & MORAN, N. (s.d.). International trade and investment dispute settlement: From rise to crisis and reform. (cit., p. 247).

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, *Award* (2009, June 30).

SALACUSE, J. W. (2006). The treatification of international investment law: A victory of form over life? Or crossroads crossed? *Journal/venue*.

SALACUSE, J. W. (2015). *The law of investment treaties* (2nd ed.). Oxford University Press.

Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, *Decision on Jurisdiction* (2004, November 15).

Saluka Investments B.V. (Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, *Partial Award* (2006, March 17).

SALUKA INVESTMENTS B.V. v. CZECH REPUBLIC, UNCITRAL, *Partial Award* (17 March 2006).

SARAVANAN, A., SUBRAMANIAN, S. R. (2020). *Role of domestic courts in the settlement of investor-state disputes: The Indian scenario*. Springer.

SATTAR, S. (2010). *National courts and international arbitration: A double-edged sword?* In *Journal of International Arbitration*, 27(1), 51–60.

SCHILL, S. W. (2009). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge University Press.

SCHILL, S. W. (2017). *W(h)ither fragmentation? On the literature and sociology of international investment law*. In *European Journal of International Law*, 27(4), 1005–1028.

SCHILL, S. W. (Ed.). (2010). *International investment law and comparative public law*. Oxford University Press. [contiene Van Harten 2010]

SCHILL, S. W. (Ed.). (2010). *International investment law and comparative public law*. Oxford University Press.

SCHILL, S. W. (Ed.). (2010). *The backlash against investment arbitration*. Kluwer Law International. (*Se preferisci la curatela corretta, sostituisci con: Waibel, K., Kaushal, A., Chung, K.-H., & Balchin, C. (Eds.). (2010).*)

SCHILL, S. W. (s.d.). *Fair and equitable treatment, the rule of law, and comparative public law*. In S. W. Schill (Ed.), *International investment law and comparative public law*.

SCHILL, S. W., & (CO-AUT.). (s.d.). *Arbitration risk and effective compliance: Cost-shifting*. In investment treaty arbitration.

SCHILL, S. W., & TAMS, C. (Eds.). (2022). *International investment protection and constitutional law*. Edward Elgar.

SCHNEIDERMAN, D. (2000). *Investment rules and the new constitutionalism*. In *Law & Social Inquiry*, 25(2), 757–787.

SCHNEIDERMAN, D. (2008). *Constitutionalizing economic globalization: Investment rules and democracy's promise*. Cambridge: Cambridge University Press.

SCHOMMER, H. (2007). *Environmental standards in U.S. free trade agreements: Lessons from Chapter 11*. *Sustainable Development Law & Policy*, 8(1), 36–84.

SCHREUER, C. (1996). International and domestic law in investment disputes: The case of ICSID. *Austrian Review of International and European Law*, 1, 89–120.

SCHREUER, C. (2002). Failure to apply the governing law in international investment arbitration. *Austrian Review of International and European Law*, 7(1), 147–196.

SCHREUER, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3).

SCHREUER, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 357–386.

SCHREUER, C. (2005). *Fair and equitable treatment in arbitral practice*. In *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 357–386.

SCHREUER, C. (2006). The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties. In C. Ribeiro (Ed.), *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY: Juris, pp. 108–159.

SCHREUER, C. (2010). Interactions of international tribunals and domestic courts in investment law. In A. W. ROVINE (Ed.), *International arbitration and mediation: The Fordham papers*, Leiden–Boston: Brill Nijhoff.

SCHREUER, C. (2010). Interactions of international tribunals and domestic courts in investment law. In A. W. ROVINE (Ed.), *International arbitration and mediation: The Fordham papers*. Leiden–Boston: Brill Nijhoff.

SCHREUER, C. (2022). *The ICSID Convention: A commentary* (3a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

SCHREUER, C. (2022). *The ICSID Convention: A commentary* (3a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

SCHREUER, C. (s.d.). *Paradigmenwechsel im internationalen Investitionsrecht*. In W. HUMMER (Ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*.

SCHREUER, C. (s.d.). *Schreuer's commentary on the ICSID Convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (3rd ed).

SCHREUER, C. H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A., SINCLAIR, A., SCHILL, S. W. (2022). *The ICSID Convention: A commentary* (3rd ed.). Cambridge University Press.

SCHREUER, C., KRIEBAUM, U. (2011). From individual to community interest in international investment law. In U. FASTENRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER (Eds.), *From bilateralism to community interest: Essays in honour of Bruno Simma*, Oxford: Oxford University Press.

SCHREUER, C., KRIEBAUM, U. (2011). From individual to community interest in international investment law. In U. FASTENRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER (Eds.), *From bilateralism to community interest: Essays in honour of Bruno Simma* (pp. [xx–xx]). Oxford: Oxford University Press.

SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A., SINCLAIR, A. (2022). *The ICSID Convention: A commentary* (3a ed.). Cambridge: Cambridge University Press

SCHREUER, C., REINER, C. (2009). Human rights and international investment arbitration. In P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, F. FRANCONI (Eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, (Oxford: Oxford University Press.

SCHREUER, C., REINER, C. (2009). *Human rights and international investment arbitration*. In P.-M. DUPUY, E.-U. PETERSMANN, & F. FRANCONI (Eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

SCHWARZENBERGER, G. (1966). The principles and standards of international economic law. *Recueil des cours*, 117(I), 1–98.

SCHWARZENBERGER, G. (1966). *The principles and standards of international economic law*. In *Recueil des cours*, 117(I), 1–98.

SCHWARZENBERGER, G. (1966). *The principles and standards of international economic law*. In *Recueil des cours*, 117(I), 1–98.

Section “Resolution of Investment Disputes”. (2018, April 2). *EU–Mexico Global Agreement (draft for signature)*, art. 14.

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, *Award* (28 September 2007).

SERGEI PAUSHOK v. Mongolia. (2009). *Decision on Jurisdiction*. [foro/numero di caso da completare]

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, *Decision on Jurisdiction* (2003, August 6).

SHAFFER, G., & PUIG, S. (2018). *Imperfect alternatives: Institutional choice and the reform of investment law*. In *American Journal of International Law*, 112(3), 361–409. <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.70>

SHAFRUDDIN, Z. (2019). Investor-State dispute settlement between developed countries: Why one size does not fit all. *The American Review of International Arbitration*.

SHANY, Y. (2007). *Regulating jurisdictional relations between national and international courts*. Oxford University Press.

SHEARGOLD, E., PAINE, J. (2023). A climate change carve-out for investment treaties. *Journal of International Economic Law*, 26(3).

SHELTON, D. (1999). *Remedies in international human rights law*. Oxford: Oxford University Press.

SHIHATA, I. F. I. (1965). *The power of the international court to determine its own jurisdiction*. The Hague: Martinus Nijhoff.

SIEMENS A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, *Decision on Jurisdiction* (3 August 2004).

Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, *Decision on Jurisdiction* (2004, August 3).

SIMPSON, J. L., FOX, H. (1959). *International arbitration: Law and practice*. London: Stevens & Sons.

SIPIORSKI, E. (2019). *Conflicting conceptions of constitutionalism: Investment protection from the European Union and international perspectives*. In *Netherlands International Law Review*, 66(3), 379–407.

SLOSS, D. (2009). *The role of domestic courts in treaty enforcement: A comparative study*. Cambridge: Cambridge University Press.

SMITH, D. (2001). Shifting sands: Cost-and-fee allocation in international investment arbitration, *J. Int'l L*, 51, 749, 749–750.

SORNARAJAH, M. (2004). *The international law on foreign investment* (2nd ed.). Cambridge University Press.

SORNARAJAH, M. (2007). *The international law on foreign investment*. Oxford University Press. (*Oppure: 2004, 2nd ed., Cambridge University Press – in base alla versione che usi.*)

Soufraki, H. N. (2007, 5 giugno). *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, *Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment*.

South Africa. (2015). *Protection of Investment Act*, No. 22 of 2015.

SPHEERIS, C. (1988). *The valuation of nationalized property in international law. Volume IV*, ed. R. B. LILLICH. In *International and Comparative Law Quarterly*, 37(2), 435–436

SPP v. Egypt (Southern Pacific Properties). (1992). ICSID Case No. ARB/84/3, *Award*, para. 154; *Decision on Annulment*, paras. 75–76. [specificare date esatte se necessario]

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, *Award* (2011, December 7).

Standard Chartered Bank (Hong Kong) v. United Republic of Tanzania, *Award* (2019, October 11). [foro/numero di caso da indicare]

Standing Multilateral Mechanism: Selection and appointment of ISDS tribunal members and related matters, U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.213 (2021, December 8).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, *Decision on Jurisdiction* (16 May 2006).

Supreme Court of India. (1984). *Gramophone Co. of India Ltd. v. Birendra Bahadur Pandey*, AIR 1984 SC 667.

Supreme Court of the United States. (2008). *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491.

Swiss Federal Tribunal. (s.d.). *L. X. v. M. F.*, decision of 22 December. [anno/citazione ufficiale da completare]

Swisslion DOO Skopje v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, ICSID Case No. ARB/09/16, *Award* (6 July 2012).

TALUS, E. (2021). The Energy Charter Treaty and climate change: What can we learn from the past? *Journal of World Energy Law & Business*, 14(6).

TAMS, C. J., SCHILL, S. W., HOFMANN, R. (2017). *International investment law and general international law: Radiating effects?* (Frankfurt Investment and Economic Law Series). Cheltenham–Northampton: Edward Elgar.

TAMS, C. J., SCHILL, S. W., HOFMANN, R. (Eds.). (2023). *International investment law and general international law: Radiating effects?* (Frankfurt Investment and Economic Law Series). Cheltenham–Northampton: Edward Elgar.

TANZI, A. (2020). Le controversie sugli investimenti internazionali. *Diritto dell'Unione europea*.

TANZI, A., MARCHISIO, S. (2020). *Diritto internazionale dell'economia*. Giappichelli.

Tatneft v. Ukraine, PCA Case No. 2008-8, *Award on the Merits* (29 July 2014).

Tatneft, OJSC v. Ukraine, PCA Case No. 2008-8, *Award* (29 July 2014).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award* (29 May 2003).

TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23, *Award* (19 December 2013).

Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, *Award* (13 September 2006).

Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, *Award* (2006, September 13).

TIETJE, C., et al. (2014). *The impact of investor-State dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*. Study for the European Parliament.

TITI, C. (2014). Full protection and security, arbitrary or discriminatory treatment and the invisible EU Model BIT.

TITI, C. (2014). *The right to regulate in international investment law*. Baden-Baden: Nomos.

TITI, C. (2015). International investment law and the European Union: Towards a new generation of international investment agreements, *EJIL*, 26.

TITI, C. (2024). Investment treaty arbitration caught in the public-private law divide. *Michigan Journal of International Law*, 45(3), [pagine]. [Se disponibile, DOI]

Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability* (27 December 2010).

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, *Decision on Jurisdiction* (11 September 2009).

Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the French Republic. (1936, May 6).

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, *Award* (29 April 1999).

Treaty between Great Britain and Sweden. (1654, April 11 [May 13, N.S.]).

Treaty between the Government of the United States of America and the Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments. (1982, November 27) (in vigore 1992, June 27).

Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. (1991, November 14) (in vigore 1994, October 20).

TRINEL, E.-P. (2022). Counterclaims and legitimacy in investment treaty arbitration. *Arbitration International*, 38(2).

TROPPER, J. (2022). Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The end is (not) near. *Kluwer Arbitration Blog*.

TUDOR, I. (2008). *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*. Oxford University Press.

TZANAKOPOULOS, A. (2011). Domestic courts in international law: The international judicial function of national courts. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 34, 133–188.

U.K. Model BIT. (s.d.). In *Investment Treaty Arbitration: United Kingdom – England & Wales*.

U.N. Commission on International Trade Law (UNCITRAL). (2023, April 21). *Draft UNCITRAL Guidelines on Investment Mediation* (UN Doc. A/CN.9/1151).

U.S. Congress. (2011). *Investment treaty with Rwanda*. Senate Exec. Report 112-2.

U.S. investors (Aven, D. R., et al.) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, *Award* (2018, September 18).

U.S. Supreme Court. (2008). *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491.

Ulysseas, Inc. v. Republic of Ecuador, UNCITRAL, *Final Award* (12 June 2012).

UN General Assembly. (1972). *Institutional and financial arrangements for international environmental cooperation*, Res. 2997 (XXVII), 15 December.

UN General Assembly. (2015). *Transforming our world: The 2030 agenda for sustainable development*, A/RES/70/1.

UN Human Rights Council. (2011). *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/RES/17/4, 6 July.

UN Human Rights Council. (2024). *Analytical study on the impact of loss and damage from the adverse effects of climate change on the full enjoyment of human rights...*, A/HRC/57/30, 28 August.

UN Treaty Collection. (s.d.). *Mauritius Convention on Transparency – Status of ratifications*. <https://treaties.un.org/>

UNCCD (United Nations Convention to Combat Desertification). (1994, June 17) (in vigore 1996, December 26). *United Nations Treaty Series*, 1954.

UNCITRAL (Working Group III). (2019, 29 novembre). *Appellate and multilateral court mechanisms* (UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.185). <https://docs.un.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>

UNCITRAL. (2013). *Rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration*, arts. 2–7.

UNCITRAL. (2014). *Model law on international commercial arbitration* (as amended in 2006).

UNCITRAL. (2017). *Report of Working Group III (Investor–State Dispute Settlement Reform) on its Fiftieth Session (Vienna, 10–14 July 2017)*.

UNCITRAL. (2019, July 14). *Press release: UNCITRAL to consider possible reform of investor–State dispute settlement*, UNIS/L/250.

UNCITRAL. (2020). *Possible reform of ISDS – Appellate mechanism and enforcement issues* (Note by the Secretariat, A/CN.9/1004/Add.1), ¶ 29.

UNCITRAL. (2020). *Possible reform of ISDS: Cost and duration*, Working Group III, A/CN.9/WG.III/WP.153.

UNCITRAL. (2021, April 28). *Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary*, A/CN.9/1148.

UNCITRAL. (2021). Working Group III, 39th session, *Possible reform of ISDS – Security for costs and frivolous claims*, A/CN.9/WG.III/WP.192.

UNCITRAL. (s.d.). ‘Possible Reform of ISDS’ (n. 21), paras. 26–70.

UNCITRAL. (s.d.). *Reform of ISDS – Multilateral instrument on ISDS reform* (Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.194).

UNCITRAL/PCA. (2000, 17 febbraio). *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, *Final Award*.

UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). (1996). *Incentives and foreign direct investment*. New York: United Nations.

UNCTAD. (2000–). *World investment report*. New York & Geneva: United Nations.

UNCTAD. (2003). *Dispute settlement: Investor–State*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York & Geneva: United Nations.

UNCTAD. (2003). *Dispute settlement: State–State*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. United Nations.

UNCTAD. (2004). *Expropriation*. UNCTAD Series on Issues in IIAs II. New York & Geneva: United Nations.

UNCTAD. (2004). *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in IIAs II. New York & Geneva: United Nations.

UNCTAD. (2011). *Interpretation of IIAs: What States can do*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development.

UNCTAD. (2014). *The impact of international investment agreements on foreign direct investment: An overview of empirical studies 1998–2014*. UNCTAD.

UNCTAD. (2015). *Reform of the IIA regime: Four paths of action*. UNCTAD IIA Issues Note.

UNCTAD. (2015). *World investment report 2015: Reforming international investment governance* (chs. IV–V). United Nations.

UNCTAD. (2024). *World investment report 2024* (“...p. 97 ... sustainable finance ...”). [verifica sigla/lettera del capitolo “2024c”]

UNESCO. (1972, 16 novembre). *Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage* (World Heritage Convention). Paris: UNESCO.

UNFCCC (United Nations Framework Convention on Climate Change). (1992, May 9) (in vigore 1994, March 21). *United Nations Treaty Series*, 1771.

UNFCCC. (1992, 9 maggio). *Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*. New York.

UNFCCC. (1992, May 9). *United Nations Framework Convention on Climate Change*.

UNGA. (1974). *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, Res. 3201 (S-VI); *Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*, Res. 3202 (S-VI); *Charter of Economic Rights and Duties of States*, Res. 3281 (XXIX).

Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States. (1980, November 26) (in vigore 1981, September 7).

United Nations Commission on International Trade Law. (2021). *The ICSID paper “Overview of investment treaty clauses on mediation”* [scheda informativa/overview].

United Nations Conference on the Human Environment. (1972, June 16). *Action plan for the human environment; Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. Stockholm.

United Nations Framework Convention on Climate Change. (1992, May 9).

United Nations General Assembly. (1972, December 15). *Institutional and financial arrangements for international environmental cooperation*, Res. 2997 (XXVII).

United Nations General Assembly. (2015, September 25). *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1.

United Nations, Council of the European Union & Canada–EU. (2016). *TEU e TFEU*, GU C 202 del 7.6.2016.

United Nations. (1997, December 11). *Kyoto Protocol to the UNFCCC* (in vigore 2005, February 16).

United Nations. (2014, December 10). *Mauritius Convention on Transparency*, A/RES/69/116 (in vigore 2017, October 18).

United Nations. (2016). *EU–Vietnam Investment Protection Agreement (EVIPA)*; (2019). *EU–Singapore Investment Protection Agreement (EUSIPA)*. [riferimenti ufficiali/URL]

United States–Australia Free Trade Agreement Implementation Act, Pub. L. No. 108-286, §§ 102(c)(1)–(2), 118 Stat. 919 (2004).

United States–Australia Free Trade Agreement Implementation Act. (2004). Pub. L. No. 108-286, §§ 102(c)(1)–(2), 118 Stat. 919.

United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA). (2019, December 10) (in vigore 2020, July 1).

Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, *Award* (2016, December 8).

Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, *Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify* (2010, August 12); *Award* (2016, December 8).

Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, *Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify* (12 August 2010); *Award* (8 December 2016).

Urgenda Foundation v. The Netherlands, The Hague District Court (2015, June 24).

Urgenda Foundation v. The Netherlands, The Hague District Court (24 June 2015).

Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, *Award* (1994, February 16).

Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, *Award* (1994, February 16).

Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, *Award* (2006, August 2).

VAN DEN BERG, A. J. (2019). Appeal mechanism for ISDS awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 34(1), 156–189.

VAN DEN BERG, A. J. (2019). Appeal mechanism for ISDS awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 34(1).

VAN HARTEN, G. (2007). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford University Press.

VAN HARTEN, G. (2010). Investment treaty arbitration and public law. In S. W. Schill (Ed.), *International investment law and comparative public law* (pp. 17–46). Oxford University Press.

VAN HARTEN, G. (2010). *Investment treaty arbitration and public law*. In S. W. Schill (Ed.), *International investment law and comparative public law* (pp. 17–46). Oxford University Press.

VAN HARTEN, G. (2017). *Is it time to redesign or terminate investor–state arbitration?* CIGI Papers No. 192. Centre for International Governance Innovation.

VAN HARTEN, G. (2017). *Is it time to redesign or terminate investor-state arbitration?* CIGI Papers No. 192. Centre for International Governance Innovation.

VAN HARTEN, G. (2020). *The trouble with foreign investor protection*. Oxford University Press.

VAN HARTEN, G. (2020). *The trouble with foreign investor protection*. Oxford University Press.

VAN HECKE, G. A. (1964). Le projet de convention de l’OCDE sur la protection des biens étrangers. *Revue générale de droit international public*, 68, 641–668.

VAN HECKE, G. A. (1964). *Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers*. In *Revue générale de droit international public*, 68, 641–668.

VANDEVELDE, K. J. (2010). *Bilateral investment treaties: History, policy and interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

VANDEVELDE, K. J. (2010). *Bilateral investment treaties: History, policy and interpretation*. Oxford University Press.

Vattenfall AB & others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12. 13 nov. 2013.

VEENSTRA-KJOS, H. E. (2007). Counter-claims by host States in investment dispute arbitration “without privity”. In P. KAHN T. W. Wälde (Eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New aspects of international investment law*, pp. 597–600.

VEENSTRA-KJOS, H. E. (2007). *Counter-claims by host States in investment dispute arbitration “without privity”*. In P. Kahn & T. W. Wälde (Eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New aspects of international investment law* (pp. 597–600). Martinus Nijhoff.

Victor Pey Casado & President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, *Award* (2008).

Victor Pey Casado & President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, *Award* (2008).

Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer. (1985, March 22) (in vigore 1988, September 22). *United Nations Treaty Series*, 1513.

Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969, May 23).

VIÑUALES J. E. (Ed.), *Environmental and energy law: International dimensions*, Edward Elgar.

VIÑUALES, J. E. (2012). *Foreign investment and the environment in international law*. Cambridge University Press.

VIÑUALES, J. E. (2012). *Foreign investment and the environment in international law*. Cambridge University Press.

VIÑUALES, J. E. (2013). *The rise and fall of sustainable development*. RECIEL. In Review of European, Comparative & International Environmental Law, 22(1), 3–13.

VIÑUALES, J. E. (2017). *Investor diligence in investment arbitration: Sources and arguments*. In ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 32(2).

VIÑUALES, J. E. (2019). *Investor-State dispute settlement reform and the issue of parallel proceedings*. In ICSID Review, 34(2).

VIÑUALES, J. E. (2023). *International investment law and the energy transition*. Cambridge University Press.

VIÑUALES, J. E. (2023). *International investment law and the energy transition*. In J. E.

Vishaka v. State of Rajasthan, *AIR 1997 SC 301* (Supreme Court of India, 1997).

Vishaka v. State of Rajasthan, *AIR 1997 SC 301* (Supreme Court of India, 1997).

VISSCHER, C. (1968). *Theory and reality in public international law*. Princeton University Press.

Vladimir Berschader & Moïse Berschader v. Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, *Award* (2006, April 21).

Vladimir Berschader & Moïse Berschader v. Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, *Award* (2006, April 21).

WÄLDE, T. (2006). *Separate opinion in International Thunderbird Gaming v. Mexico* (UNCITRAL).

WÄLDE, T., KOLO, Y. (2001). Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, 50(4).

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (No. 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, *Award* (2004, April 30).

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (No. 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, *Award* (2004, April 30).

WEBB YACKEE, J. (2010). Do we really need BITs? *Columbia FDI Perspectives*.

WEGEN, G., MARKERT, L. (2006). Investment arbitration—Food for thought on fork-in-the-road: A clause awakens from its hibernation. *Austrian Yearbook on International Arbitration*.

WEISS, E. B. (2002). Invoking state responsibility in the twenty-first century. *American Journal of International Law*, 96(4).

WESTON, B. H. (1971). *International claims: Postwar French practice*. Syracuse, NY: Syracuse University Press.

WESTON, B. H. (1975). “Constructive takings” under international law: A modest foray into the problem of “creeping expropriation.” in *Virginia Journal of International Law*.

World Bank. (1992). *Guidelines on the treatment of foreign direct investment*. Washington, DC.

World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, *Award* (2006, October 4).

World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, *Award* (2006, October 4).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, *Interim Award on Jurisdiction and Admissibility* (2009, November 30).

ZÁRATE, J. M. Á. (2018). Legitimacy concerns of the proposed Multilateral Investment Court: Is democracy possible? *Boston College Law Review*, 59(8).

ZARRA, G. (2020). International investment treaties as source of human rights obligations for investors. In A. Buscemi et al. (Eds.), *Legal sources in business and human rights: Evolving dynamics in international and European law*. Leiden/Boston: Brill.

ZARRA, G. (2021, 5 novembre). *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*. In *SIDIBlog*.

ZHU, Y. (2019). *Do clarified indirect expropriation clauses in international investment agreements matter?*. In *Harvard International Law Journal*, 60(2).

ZHU, Y. (2019). Do clarified indirect expropriation clauses in international investment agreements matter? *Harvard International Law Journal*, 60(2).