

INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT: PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ CON IL SISTEMA DEMOCRATICO E LA COSTITUZIONE, I DIRITTI UMANI E LO SVILUPPO SOSTENIBILE.*

di Simone Berretta**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Garanzie processuali. – 3. Diritto applicabile. – 4. Costi. – 5. Globalizzazione. – 6. Democrazia, Costituzione e sovranità. – 7. Diritti umani. – 8. Sviluppo sostenibile. – 9. ISDS, neoliberalismo, eguaglianza.

149

1. Introduzione.

Dagli anni Novanta in avanti si è assistito ad un marcato incremento della stipulazione di Trattati sugli investimenti tra Stati³⁴⁰, accordi prevalentemente bilaterali, ma non solo³⁴¹, contenenti clausole per la risoluzione delle controversie (*Investor State Dispute Settlement* - ISDS), allo stesso modo si è verificato un notevole aumento del ricorso a tale strumento da parte degli investitori stranieri³⁴².

Il sistema prevede la possibilità per l'investitore di portare lo Stato in giudizio davanti ad una Corte arbitrale, qualora tra i due soggetti sorga una controversia. Sono diversi gli istituti che offrono questo tipo di servizio, fra questi il più famoso è l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), con sede a Washington, articolazione della Banca Mondiale specializzata esclusivamente nella risoluzione delle controversie

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore in Giurisprudenza – Università di Torino.

340 Il numero totale di accordi bilaterali fino al 1979 ammonta a 238, nel decennio dal 1980 al 1989 cresce a 385, nel 1999 si raggiunge la cifra di 1857 a livello mondiale (UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999*, United Nations, New York and Geneva, 2000). Il numero attuale di accordi bilaterali sugli investimenti ammonta a 2952 di cui 2358 in vigore, a cui sono da aggiungere i trattati commerciali con capitoli dedicati agli investimenti che equivalgono a 380, di cui 310 in vigore (UNCTAD, Investmentpolicyhub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (24 settembre 2018)).

341 La disciplina degli investimenti esteri è affidata perlopiù ad accordi bilaterali tra gli Stati (*Bilateral Investment Treaties*- BITs), esistono però anche accordi multilaterali, con oggetto non limitato agli investimenti, come ad esempio il NAFTA, che coinvolge Stati Uniti, Canada e Messico, stipulato nel 1994; l'*Energy Charter Treaty*, accordo in materia energetica, sempre del 1994, firmato da numerosi Stati europei e da alcuni Stati asiatici; il TTIP, accordo tra Stati Uniti e Unione Europea, per il quale però le trattative sono in fase di stallo; o l'accordo CETA, tra Unione Europea e Canada, in vigore in via provvisoria dal 2017.

342 Cfr. UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, maggio 2017.

investitore-Stato³⁴³. Esistono poi numerosi altri soggetti a cui è possibile rivolgersi, come ad esempio l'International Chamber of Commerce (ICC)³⁴⁴, con sede a Parigi, la Stockholm Chamber of Commerce (SCC)³⁴⁵, la London Court of International Arbitration (LCIA)³⁴⁶, o la Permanent Court of Arbitration (PCA)³⁴⁷. L'arbitrato può inoltre essere condotto secondo la forma ad hoc, senza l'ausilio di alcuna istituzione, solitamente applicando le UNCITRAL Arbitration Rules³⁴⁸, corpo di regole predisposto nell'ambito delle Nazioni Unite.

L'investitore può quindi sottoporre la questione ad una Corte internazionale, in cui a giudicare sono soggetti privati, provenienti perlopiù dal mondo dell'economia e legati ai grandi studi legali internazionali, esautorando così i Giudici nazionali. Lo Stato soccombente sarà condannato a pagare al ricorrente vittorioso la somma stabilita, senza possibilità di un secondo grado di giudizio.

Gli Arbitri applicano in prevalenza le norme riconducibili a quella che viene definita "nuova *lex mercatoria*"³⁴⁹, insieme di principi sviluppati nel contesto del commercio internazionale, volti a regolare gli scambi oltre frontiera. L'interpretazione di tali principi è estremamente ampia, e spesso permette di ricomprendere fattispecie molto diverse sotto la medesima categoria.

L'arbitrato internazionale sugli investimenti ha dei costi estremamente elevati, che gravano

343 L'ICSID nasce nel 1965, con la firma della Convenzione di Washington, entrata in vigore nel 1966. Il Centro è un'organizzazione internazionale, che persegue il fine di promuovere gli investimenti internazionali, attraverso la "depoliticizzazione" delle controversie investitore Stato, che vengono sottratte alla giurisdizione interna e affidate ad un organo terzo considerato maggiormente neutrale (I. F.I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, versione aggiornata al 31 gennaio 1992 di un discorso tenuto dall'autore il 31 luglio 1985 all'International Congress on Commercial Arbitration a Rio de Janeiro, pubblicato successivamente come articolo in *ICSID Review* 1 (1986)). La maggior parte degli Stati latinoamericani non firmarono la Convenzione, ritenendo il sistema previsto non necessario, tale rifiuto è conosciuto come *El no de Tokio* (ICSID, *History of the ICSID Convention*, Vol 2, 1970, p. 606).

344 La ICC nasce nel 1919, nel 1923 viene fondata la corte arbitrale, che opera secondo le *ICC Arbitration Rules* (<https://iccwbo.org/>).

345 L'istituto arbitrale della SCC nasce nel 1917, è collegata alla camera ma indipendente da essa, i procedimenti seguono l'apposito regolamento, le *SCC Arbitration Rules* (<http://www.sccinstitute.com/>).

346 Le origini della LCIA risalgono al 1892, anno in cui viene fondata *The City of London Chamber of Arbitration*, le regole arbitrali sono contenute nelle *LCIA Arbitration Rules* (<http://www.lcia.org/>).

347 La PCA è un'organizzazione internazionale fondata nel 1899. Opera in due ambiti: fornisce servizi di risoluzione delle controversie o può svolgere la funzione di autorità designante, che nomina gli arbitri in procedimenti non amministrati presso di essa (<https://pca-cpa.org/en/home/>).

348 La *United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) ha emanato le regole arbitrali nel 1976, allo scopo di fornire un modello versatile da utilizzare per la conduzione di controversie arbitrali. L'arbitrato può svolgersi in qualsiasi luogo, anche all'interno di istituzioni come quelle sopra menzionate (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html)

349 Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010.

sul bilancio statale, così come esorbitanti possono essere le cifre riconosciute come risarcimento all'investitore, che possono arrivare a toccare il bilione di dollari. L'alto costo del procedimento genera inoltre il fenomeno del finanziamento da parti terze, che offrono sostegno economico, in cambio di una parte del risarcimento, agli investitori che non possiedono risorse sufficienti per portare avanti la causa.

Queste particolarità del meccanismo arbitrale lo rendono ampiamente criticabile, e pongono in dubbio la sua compatibilità con diversi elementi riconducibili alle garanzie costituzionali in tema di caratteristiche del processo, fondamentali in uno Stato di diritto retto da regole democratiche, così come appare plausibile il contrasto con il principio della sovranità popolare. Allo stesso modo sembra potersi configurare un conflitto con i principi delineati in ambito di tutela dei diritti umani e con il perseguimento di un modello di sviluppo sostenibile, laddove le attività degli investitori incompatibili con tali obiettivi generino il riconoscimento di un diritto al risarcimento per i mancati profitti.

L'analisi del sistema dai diversi punti di vista permette uno sviluppo parallelo del discorso, affrontato dall'ottica del diritto costituzionale, individuando i diversi contesti rispetto ai quali l'ISDS si pone in contrasto, e delineando quello che sembra essere uno scontro tra due diverse prospettive: una che pone al centro il mercato e l'interesse economico, e l'altra che invece valorizza la persona e l'interesse collettivo.

2. Garanzie processuali.

Una prima serie di criticità può rilevarsi in relazione alle principali garanzie previste da uno stato di diritto in ambito processuale, quali la precostituzione del Giudice naturale, l'imparzialità e l'indipendenza del soggetto giudicante, la possibilità di ottenere un secondo grado di giudizio.

L'articolo 25 della Costituzione italiana afferma al comma 1: «Nessuno può essere distolto dal Giudice naturale precostituito per legge»³⁵⁰, mentre il comma 1 dell'articolo 102

350 L'assenza di precostituzione potrebbe portare ad una «assegnazione mirata in funzione dell'esito che alla controversia si voglia dare» (M. D'Amico e G. Arconzo, *Art. 25*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 530). Su naturalità e precostituzione si vedano inoltre: M. Nobili, *Il I comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti Civili*, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1981; R. De Liso, *Naturalità e precostituzione del giudice nell'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XIV. Fasc. 2 (1969); R.

stabilisce che: «La funzione giurisdizionale è esercitata da Magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»; il testo prosegue negando la possibilità di istituire Giudici straordinari o speciali. Il principio affermato garantisce l'imparzialità del Giudice, che potrebbe non essere certa se questo fosse scelto successivamente al sorgere della controversia³⁵¹.

Tra soggetti privati questi principi sono derogabili qualora sussista un accordo tra le parti, che sono legittimate a prevedere consensualmente il ricorso ad un Arbitro³⁵². La deroga è quindi ammessa su base contrattuale e in un'ottica privatistica, in un contesto in cui la decisione verte su questioni individuali e su interessi di pari rango, e a seguito di un accordo esplicito e volontario tra le parti in conflitto³⁵³.

Nel caso di controversia tra investitore e Stato si ha invece una distorsione nell'espressione del consenso, che viene dato in momenti diversi, e non deriva da un apposito accordo: è dichiarato dallo Stato in maniera estremamente generica e aperta, attraverso la clausola arbitrale contenuta in leggi o trattati internazionali³⁵⁴, mentre da parte dell'investitore la dichiarazione è costituita dalla richiesta di sottoporre la controversia ad arbitrato³⁵⁵. Si parla in questo caso di “*arbitration without privity*”³⁵⁶, espressione coniata per indicare la situazione in cui il consenso non deriva da un accordo contrattuale, ma viene ricavato da atti aventi diversa natura e viene dato dalle due parti non contestualmente.

Le questioni affrontate nei giudizi prendono inoltre in considerazione scelte di politica pubblica, effettuate dallo Stato nel libero esercizio del suo potere sovrano, che possono

Romboli, *La garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in S.Panizza, A. Pizzorusso e R. Romboli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Edizioni Plus, Pisa, 2002.

351 M. Scaparone, *L'ordinamento Giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 23.

352 Il Codice di procedura civile prevede l'arbitrato tra i procedimenti speciali, al titolo VIII. L'arbitrato commerciale è inoltre disciplinato da diversi strumenti internazionali quali ad esempio il Protocollo di Ginevra sulle Clausole Arbitrali, del 24 settembre 1923; la Convenzione di Ginevra sull'Esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere, del 26 settembre 1927; la Convenzione di New York sul Riconoscimento e l'Esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere, del 10 giugno 1958; a livello europeo esiste inoltre la Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961.

353 La manifestazione di volontà può essere inserita direttamente nel contratto (clausola compromissoria art. 808 c.p.c.), o derivare da un successivo accordo (compromesso art. 807 c.p.c.).

354 Si veda ad esempio l'art. 26.3 dell'*Energy Charter Treaty*: «[...] each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration [...]»; o anche l'art. 25.1 dell'US model BIT del 2012: «Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty».

355 Sul tema: G.B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, e Netherlands, 2012, pp. 4-5; M. Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, p. 21-32.

356 J. Paulsson, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review*, Vol. 10, I. 2, 1995.

essere fatte per garantire diritti fondamentali dei cittadini, e che non dovrebbero quindi poter essere messe in discussione attraverso sistemi di giustizia privata.

L'assenza di un foro precostituito e la possibilità di scelta tra diversi sistemi arbitrali rende inoltre possibile il cosiddetto “*forum shopping*”³⁵⁷, lasciando all'investitore la facoltà di rivolgersi al foro che ritiene più conveniente per le sue necessità. Questa pratica viene generalmente limitata il più possibile dai sistemi giudiziari nazionali³⁵⁸, per evitare la competizione tra Giudici diversi e il possibile conflitto tra decisioni sulla medesima questione, e per contrastare i fenomeni di abuso del diritto, che comportano un utilizzo delle facoltà riconosciute dall'ordinamento che va oltre i fini per i quali sono state attribuite³⁵⁹.

La possibilità di ricorrere tramite arbitrato costituisce un privilegio per gli investitori stranieri, discriminante nei confronti degli investitori nazionali, che possono rivolgersi esclusivamente alle Corti nazionali³⁶⁰. Comporta inoltre ulteriori criticità³⁶¹, tra le quali la mancanza di coerenza della sentenza: il Tribunale infatti potrebbe essere portato a decidere anche in assenza di elementi sufficienti per definire la controversia³⁶², pur di soddisfare la richiesta delle parti, definendo perciò la questione senza un'adeguata analisi dei fatti e delle norme applicabili.

Oltre al *forum shopping* si verifica poi il “*treaty shopping*”³⁶³, messo in atto attraverso la creazione di società collegate, che nascono con il solo ed unico scopo di poter usufruire della protezione fornita da un trattato contenente una clausola ISDS, e che spesso non sono altro che gusci vuoti, che non svolgono alcuna attività commerciale³⁶⁴. È il caso ad esempio

357 Cfr. D. Gaukrodger, K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, Paris, 2011, pp. 51-54.

358 *Ibid.* Anche il diritto comunitario disciplina la competenza giurisdizionale (Regolamento 44/2001/CE), per evitare fenomeni di *forum shopping* tra le Corti dei diversi Stati membri.

359 La nozione di abuso del diritto legata al *forum shopping* è stata utilizzata in ambito europeo, nel settore societario e in quello tributario (Cfr. L. Panzani, *Forum Shopping e Abuso del Diritto*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, Fascicolo 10, (2017)).

360 Cfr. M. Nalin, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali*, cit., p. 574; York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit.; Australian Government-Department of foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, Aprile 2011.

361 Cfr. J. Pauwelyn, L.E. Salles, *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, Iss. 1, (2009).

362 *Ibid.*, p. 83.

363 Cfr. D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 55-57.

364 R. Knotterus, R. Van Os, *The Netherlands: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection*, Investment Treaty News, 12 gennaio 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping/> (10 aprile 2018).

della causa intentata da Philip Morris contro lo Stato australiano³⁶⁵: la società non avrebbe potuto ricorrere ad un Tribunale arbitrale tramite la sua sede australiana, ma attraverso una società collegata, con sede a Hong Kong, ha potuto effettuare il ricorso in base all'articolo 10 del BIT tra Australia e Hong Kong del 1993³⁶⁶.

Questa pratica estende a dismisura la possibilità di sfruttare il meccanismo ISDS, attribuendo a qualsiasi società la possibilità di citare in giudizio uno Stato, permettendo quindi anche agli investitori nazionali di ricorrere costituendo compagnie in Stati esteri. Se in questo modo si appiana la discriminazione tra investitori esteri e nazionali, non vengono ad ogni modo eliminate le ulteriori problematiche che caratterizzano il *forum shopping*.

Un secondo attrito può individuarsi in relazione ai principi di imparzialità, indipendenza e terzietà del Giudice, che rappresentano le basi su cui si fonda la legittimazione del potere giudiziario nello Stato contemporaneo³⁶⁷. Chi esercita la potestà di giudizio deve essere libero da influenze provenienti dagli altri poteri ed essere al di sopra delle parti, privo di pregiudizi o attitudini favorevoli nei confronti di una o dell'altra.

In ambito di arbitrato sugli investimenti si richiede che chi viene nominato per decidere della controversia sia persona dotata di «high moral character»³⁶⁸ e che in caso di «alleged lack of impartiality or independence»³⁶⁹ sia possibile richiedere l'esclusione del soggetto nominato. Altri requisiti richiesti agli arbitri sono relativi alle conoscenze possedute nei campi del diritto commerciale e degli investimenti³⁷⁰.

365 *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

366 O. Shaposhnikova, *The Philip Morris Case and the Right to Regulate (Legislate)*, International Law Square, 5 febbraio 2016, <https://ilsquare.org/2016/02/05/the-philip-morris-case-and-the-right-to-regulate-legislate/>, (10 marzo 2018).

367 Tali principi sono sanciti nella Costituzione italiana agli articoli 104 e 111 comma 2. Sul tema: G. Piperata e A. Sandulli, *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici: atti dell'incontro del Gruppo del San Martino, Venezia, 7-9 aprile 2011*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; L. Prendini, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Edizioni scientifiche italiane Napoli, 2017; G. Campanelli, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti: scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Giappichelli, Torino, 2010; N. Zanone e F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario: status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Rognoni, *Giustizia e separazione dei poteri*, il Mulino, n. 1/2004.

368 *ICSID Convention* art. 14.1.

369 *ICC Arbitration Rules* art. 14.

370 *Cfr. ICSID Convention* art. 14.1: «Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators»; CETA art. 8.27: «The Members of the Tribunal shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is

Si può notare come le competenze ritenute necessarie siano limitate all'ambito economico, quindi al campo più attinente all'interesse dell'investitore, mentre non è richiesta alcuna competenza in materia di diritto pubblico, né conoscenze relative alla politica di tutela dell'ambiente o della salute. Chi è chiamato a giudicare è quindi generalmente sprovvisto di esperienza e familiarità con questioni inerenti agli interessi della collettività, che possono rappresentare un elemento rilevante delle motivazioni addotte dallo Stato.

Ma i dubbi sull'imparzialità e sull'indipendenza sono legittimati da motivazioni ben più consistenti, individuabili non esclusivamente nelle competenze richieste (benché in stretta connessione con esse), ma in diversi ordini di ragioni.

In primo luogo le competenze necessarie fanno sì che ci sia un forte legame tra chi è chiamato a giudicare e il mondo economico. Gli Arbitri sono infatti generalmente soggetti che svolgono la loro attività professionale all'interno di questo mondo, spesso si tratta di avvocati provenienti da grandi studi legali specializzati in controversie commerciali, accademici che svolgono attività di ricerca nel campo dell'economia o del diritto commerciale, esperti che collaborano con Governi o grandi aziende³⁷¹.

Tra questi soggetti vi è inoltre un gruppo molto ristretto che interviene in una buona parte delle cause: nel 55% dei casi conosciuti hanno svolto la funzione di Arbitri alternativamente le stesse quindici persone³⁷². Non solo: i soggetti chiamati a svolgere la funzione di Arbitro in una controversia, possono senza alcuna limitazione assumere il ruolo di avvocati o consulenti in un'altra disputa, prospettandosi quindi un tipico esempio di *revolving doors*³⁷³.

È facile desumere come meccanismi del genere non siano oggettivamente adatti a garantire imparzialità e indipendenza: l'Arbitro potrebbe trovarsi facilmente nella condizione di decidere le sorti di una controversia nella quale siano parti un'azienda o uno Stato per i quali ha prestato la sua attività professionale. In secondo luogo, il fatto che il numero di

desirable that they have expertise in particular, in international investment law, in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements».

371 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 137; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 44; United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, A/70/285, 5 agosto 2015, p. 18.

372 Cfr. P. Eberhardt, C. Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, 2012, p. 38.

373 *Ibid.* Si veda inoltre: M. Langford, D. Behn e R. Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, n. 20/2017.

professionisti nominati come Arbitri più frequentemente sia molto esiguo, fa sì che l'interpretazione delle regole e la definizione delle norme del diritto internazionale degli investimenti, sia monopolizzata da pochi soggetti privati, provenienti dal medesimo contesto sociale e culturale, che condividono una comune visione delle relazioni economiche, e che tendono quindi a conformare le regole al loro punto di vista³⁷⁴. In quest'opera di costruzione è esclusa qualsiasi visione alternativa, né è previsto il controllo di alcun potere pubblico, il corpo di regole che ne deriva è perciò frutto di un pensiero uniforme, che pone alla sua base la garanzia del profitto. Inoltre l'abitudine di questi soggetti ad intervenire nelle cause come Arbitri o come difensori rende molto probabile l'evenienza che nella medesima controversia avvocati e Giudici abbiano tra loro legami personali e che sorga un contrasto tra le posizioni che il medesimo soggetto sostiene in diversi procedimenti, in quanto potrebbe ricoprire contemporaneamente il ruolo di arbitro in una disputa e quello di consulente in un'altra³⁷⁵.

Discutibile è inoltre il fatto che chi giudica venga nominato dalle parti o da un'autorità non dotata di carattere pubblico. Gli Arbitri tenderanno ragionevolmente a rispecchiare il punto di vista del soggetto che li ha nominati³⁷⁶, soprattutto se aspirano ad essere chiamati nuovamente in successive dispute, perché la possibilità di essere rinominati dipende inevitabilmente dal risultato che la parte ha ottenuto o dalla valutazione dell'autorità di nomina, che sarà parametrata alla visione che detiene in merito ai temi affrontati nel giudizio³⁷⁷.

Il conflitto di interessi appare evidente e peraltro non si limita alle questioni appena trattate, ma si estende al mantenimento stesso dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie, a scapito di altri meccanismi³⁷⁸. Se infatti la retribuzione degli Arbitri non è fissa e slegata dalla loro attività, ma dipende dall'esercizio o meno della funzione, è facile credere come sarà interesse di questi soggetti alimentare l'industria dell'arbitrato e far proliferare la quantità di cause³⁷⁹, cosa che non avviene quando un Giudice riceve un

374 Cfr. G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges? Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration*, 3 luglio 2014, p. 39 ss.

375 *Ibid.*

376 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 42.

377 G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit.

378 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., pp. 47-48.

379 *Ivi*. Il numero di casi conosciuti è aumentato costantemente dagli anni Novanta, arrivando a 767 nel 2016 (UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, maggio 2017).

compenso fissato per legge, indipendente dal numero di controversie che è chiamato a risolvere.

In terzo luogo il sistema ISDS esclude la possibilità di ricorrere in appello contro la sentenza. Sebbene il secondo grado di giudizio non rappresenti un diritto riconosciuto esplicitamente a livello costituzionale³⁸⁰, è comunque una procedura prevista nel sistema italiano e nella maggior parte degli ordinamenti democratici.

Le sentenze arbitrali non hanno possibilità di essere appellate per una revisione nel merito, ma si può effettuare un ricorso esclusivamente per vizi procedurali³⁸¹. La decisione assume carattere vincolante e definitivo come se fosse stata emessa da un Giudice facente parte dell'ordinamento giudiziario interno, diventa quindi *res judicata* non appena pronunciata, come se provenisse da una corte di ultima istanza³⁸².

Sebbene l'appello in alcuni casi non sia concesso dagli stessi ordinamenti interni³⁸³, la rilevanza pubblica delle questioni affrontate nei giudizi che coinvolgono Stati ed investitori

380 Non vi è in Costituzione un'affermazione del diritto ad un secondo grado di giudizio in quanto tale, ma l'art. 24.2 riconosce il diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio, prevedendo perciò indirettamente che i procedimenti giudiziari siano costituiti da più gradi. La Corte costituzionale ritiene non esista un riconoscimento costituzionale del diritto ad un secondo grado di giudizio come ha affermato ad esempio nella sentenza 301 del 1896 (Corte costituzionale, *Sentenza n. 301 Anno 1986*, in *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0301s-86.html>). Alcuni autori si sono invece pronunciati in direzione opposta, sostenendo un'indiretta copertura costituzionale del diritto d'appello: E.T. Liebman, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, (1980); I. Nicotra, *Doppio grado di giudizio, diritti di difesa e principio di certezza*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/2000. Sul procedimento d'appello si veda: G. Verde, *Diritto processuale civile. 2. Processo di cognizione*, 4 ed., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 205-206; D. Dalfino, *L'appello, garanzia di giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 4/2015.

381 La *Convenzione ICSID* prevede la possibilità di istituire un comitato *ad hoc*, che ha il compito di valutare la richiesta di annullamento di una sentenza emessa da un tribunale ICSID. Questa sarà accordata ai sensi dell'art. 52 se viene accertato: «(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». Per le sentenze emesse da tribunali non ICSID è possibile richiedere che non vengano eseguite ai sensi dell'art. V della *Convenzione* per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, stipulata a New York nel 1958; l'annullamento è invece regolato dalla legislazione interna, che spesso prende come esempio l'art. 34.2 della *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*.

382 Tale principio è stabilito dall'art. 54.1 della *Convenzione ICSID*: «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»; allo stesso modo l'art. III della *Convenzione di New York del 1958* prevede che ogni Stato firmatario riconosca come vincolanti le sentenze arbitrali straniere e che ne permetta l'esecuzione secondo il proprio diritto interno, senza richiedere condizioni più onerose di quelle richieste alle sentenze arbitrali emesse sul proprio territorio.

383 L'art. 339 del Codice di Procedura Civile prevede che le sentenze di primo grado siano appellabili «purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti».

appare una valida motivazione per sostenere che l'assenza di un giudizio di secondo grado sia un elemento fortemente negativo del sistema.

Alcune proposte sono state presentate per ovviare a tale mancanza³⁸⁴. La presenza di una Corte d'Appello, pur essendo funzionale al miglioramento del sistema e ad una maggiore coerenza interpretativa, non rappresenterebbe tuttavia una soluzione per le altre questioni esposte, soprattutto nel caso in cui a giudicare in appello fossero soggetti con le medesime caratteristiche degli Arbitri in primo grado, e non Giudici, la cui imparzialità ed indipendenza sia garantita dall'essere incardinati nel sistema giudiziario e dall'esercitare una funzione pubblica³⁸⁵.

Risulta infine poco compatibile con le garanzie richieste da un sistema democratico l'assenza di adeguati meccanismi di trasparenza e partecipazione. La confidenzialità è infatti una delle principali caratteristiche del procedimento arbitrale, ed è un elemento che rende tale sistema molto attrattivo per gli investitori, poiché evita le conseguenze derivanti da una procedura pubblica, che potrebbe comportare il rischio di svelare informazioni riservate³⁸⁶.

I regolamenti arbitrali prevedono specificamente la riservatezza del procedimento: ad esempio l'articolo 19.4 delle LCIA Arbitration Rules afferma che «All hearings shall be held in private, unless the parties agree otherwise in writing», l'articolo 30 invece dispone che le sentenze non siano pubblicate, a meno che non vi sia il consenso delle parti. Anche per le decisioni dei Tribunali ICSID è previsto il divieto di pubblicazione, salvo volontà delle parti³⁸⁷, il Centro ha però istituito un sistema di registrazione pubblica dei casi, ed è quindi possibile conoscere l'identità delle parti, la materia del contendere ed una sintesi delle motivazioni della sentenza, quando le parti non acconsentono alla sua pubblicazione³⁸⁸. Le *UNCITRAL Arbitration Rules* sono state integrate con le *UNCITRAL*

384 Ad esempio l'Unione Europea ha previsto l'inserimento di un meccanismo di appello nel CETA e nel TTIP (European Commission, *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, p.16-17).

385 G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit., pp. 53-54.

386 J. Ribeiro e M. Douglas, *Transparency in investor-state arbitration: the way forward*, in *Asian International Arbitration Journal*, n. 1/2015, p. 2.

387 *ICSID Convention* art. 48.2.

388 *ICSID Arbitration Rules* Rule 48.(4); *ICSID Administrative and Financial Regulations* art. 22.1, art. 23.

Il registro è tenuto dal Segretario Generale, e non sembra essere prevista la possibilità per le parti di opporsi alla pubblicazione dei dati essenziali relativi alla causa (Cfr. ICSID, *Confidentiality and Transparency - ICSID Convention Arbitration*, [Icsid.worldbank.org](https://icsid.worldbank.org),

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>, (13 novembre 2018)).

Rules on Transparency, che prevedono una maggiore pubblicità della procedura e la pubblicazione della sentenza³⁸⁹; l'applicazione di queste regole è però limitata³⁹⁰.

La trasparenza dovrebbe costituire un elemento fondamentale delle procedure che coinvolgono questioni di interesse pubblico e chiunque dovrebbe avere accesso alle informazioni relative a tali questioni³⁹¹. L'arbitrato è invece un sistema pensato e sviluppato per risolvere questioni tra privati, prive di rilevanza pubblica, per i quali la riservatezza assume un grande valore. Ma quando tale sistema viene utilizzato in dispute nelle quali vengono messe in discussione le scelte politiche di uno Stato non può mantenersi la medesima riservatezza, al contrario dovrebbe prevedersi la massima pubblicità.

Il primo aspetto che dovrebbe sempre essere reso pubblico riguarda l'esistenza della causa stessa: non si ha infatti conoscenza di numerosi procedimenti ISDS³⁹², dipendendo la pubblicità dal regolamento arbitrale e dalla volontà delle parti. Come visto sopra, solo l'ICSID è provvisto di un sistema per rendere note le cause, sebbene nessuno obbligo sia previsto per l'accesso ai documenti, alle udienze e in merito alla pubblicazione della sentenza; negli altri casi non è invece prevista nessuna forma, seppur minima, di pubblicità. Lo Stato si può trovare quindi nella posizione di dover sostenere una spesa senza un'adeguata giustificazione, e i cittadini nella condizione di non poter conoscere la destinazione del denaro pubblico³⁹³.

In secondo luogo è necessario garantire l'accesso ai documenti relativi al procedimento e alle udienze, permettendo così di conoscere la causa del ricorso, le basi giuridiche sulle quali viene fatta la richiesta di indennizzo, le prove presentate, le motivazioni addotte dalle parti, l'identità degli arbitri³⁹⁴. La pubblicazione dei documenti e la pubblicità delle udienze

389 *UNCITRAL Rules on Transparency* art. 3.1.

390 È prevista in tutti i procedimenti basati su accordi stipulati successivamente all'entrata in vigore delle stesse (1 aprile 2014), mentre in caso di accordi con data antecedente possono venire applicate su decisione delle parti.

391 Cfr. York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, – 31 August 2010, «osgoode.yorku.ca», <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/> (2 Maggio 2018). Il diritto di accesso alle informazioni è contenuto nella *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, all'art. 19, quale complemento della libertà di opinione ed espressione, e nell'articolo 19 del *Patto sui Diritti Civile e Politici*; l'articolo 25 dello stesso documento statuisce invece il diritto di partecipazione alle decisioni pubbliche.

392 Nelle statistiche si parla infatti di casi “conosciuti”, non potendosi effettuare studi che prendano in considerazione tutti quelli esistenti. (Vedi ad esempio: UNCTAD, *IIA Issue Note. Investor–State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*, cit.).

393 Cfr. J. Ribeiro e M. Douglas, *Transparency in investor-state arbitration*, cit., p. 8.

394 *Ivi*, pp. 4-5.

possono essere ammesse discrezionalmente dalle parti³⁹⁵, non essendo previsto nessun obbligo nei regolamenti arbitrali; alcuni trattati recenti contengono però norme in tal senso, come ad esempio il trattato tra Australia e Cile del 2009³⁹⁶.

Come gli altri atti del procedimento, dovrebbe essere inoltre accessibile e consultabile la sentenza, in modo tale da rendere pubblica la decisione degli arbitri e le motivazioni che la sostengono, oltre all'entità dell'eventuale risarcimento e il metodo usato per quantificarlo. La pubblicazione della sentenza costituisce inoltre un metodo utile ad aumentare il senso di responsabilità degli arbitri, favorendo un migliore ragionamento giuridico e la valutazione della decisione da parte della comunità accademica³⁹⁷. Anche in merito alla sentenza non sono previsti obblighi di pubblicità nei regolamenti arbitrali³⁹⁸, ma questi sono inseriti in alcuni trattati³⁹⁹.

Complementare alla questione della trasparenza è quella della partecipazione: l'intervento di terzi, i cui interessi vengono toccati dalla controversia in corso, può essere un mezzo che aumenta la trasparenza, anche se non la garantisce in automatico⁴⁰⁰, perché non sempre alla parte che interviene viene permesso di prendere visione dei documenti prodotti dalle altre parti⁴⁰¹. Il contributo si concretizza tramite la presentazione di una memoria in qualità di *amicus curiae*: il soggetto terzo espone il proprio punto di vista per permettere al Tribunale di avere maggiori elementi su cui basare la decisione. La possibilità di intervento viene concessa dagli Arbitri, dopo aver consultato le parti, o su loro richiesta, e rappresenta un contributo utile per la valutazione della questione e non un diritto riconosciuto per tutelare un interesse⁴⁰². La presentazione di memorie è prevista dai regolamenti arbitrali⁴⁰³ e dalle

395 N. Bernasconi-Osterwalder e L. Johnson, *Bulletin # 2 Transparency in the Dispute Settlement Process: Country Best Practices*, Best Practices Series, International Institute for Sustainable Development, Manitoba, 2011, p. 5 ss.

396 Art. 10.22 Australia – Chile FTA. In senso simile dispone l'art 29 del US Model BIT.

397 J. Ketcheson, *Investment Arbitration: Learning from Experience*, in S. Hindelang e M. Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, p. 13.

398 Le regole ICSID ad esempio prevedono che la sentenza sia pubblicata dal Segretario Generale se le parti acconsentono, in caso contrario potranno essere pubblicati esclusivamente alcuni estratti della decisione (*ICSID Arbitration Rules* Rule 48(4)). La parte che invece desidera pubblicare la decisione non necessita del consenso della controparte (N. Bernasconi-Osterwalder e L. Johnson, *Bulletin # 2 Transparency in the Dispute Settlement Process*, cit., p. 11).

399 Vedi US Model BIT, art. 29.

400 Cfr. J. Ketcheson, *Investment Arbitration: Learning from Experience*, cit., p. 15.

401 UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 125.

402 G. Cfr. G. Van Harten, *Why Arbitrators not Judges?*, cit., p. 33.

403 Vedi ad esempio *ICSID Arbitration Rules* Rule 37.2.

norme dei Trattati⁴⁰⁴, che solitamente contengono un elenco di fattori utili a valutare la necessità e l'utilità dell'intervento⁴⁰⁵.

3. Diritto applicabile ed interpretazione.

Le norme che determinano la decisione finale variano a seconda dei casi e del luogo in cui l'arbitrato si svolge, il diritto nazionale viene generalmente riconosciuto quale diritto applicabile, ma viene spesso integrato, quando non sostituito, dal diritto internazionale e dalle norme derivanti dagli strumenti di *soft law*, dalle prassi contrattuali e dalle consuetudini commerciali costituenti la nuova *lex mercatoria*⁴⁰⁶. Come per la scelta del Giudice e del foro, anche in questo caso è data massima rilevanza all'autonomia delle parti, che sono libere di determinare il diritto applicabile di comune accordo, intervenendo invece il Tribunale quando le parti non trovano un compromesso.

La nuova *lex mercatoria*⁴⁰⁷ rappresenta il corpo di regole elaborato nel contesto del commercio internazionale da coloro che vi operano, senza intermediazione delle forze politiche, in maniera simile alla *lex mercatoria* sviluppata dalle corporazioni di mercanti in epoca medievale⁴⁰⁸.

Tale sistema di regole si è sviluppato grazie a due principali fattori: la diffusione di forme contrattuali uniformi, utilizzate a livello internazionale, e il ricorso all'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie commerciali⁴⁰⁹. Tale corpo di regole si estende oltre i confini degli Stati nazionali, per disciplinare questioni economiche per le quali si ritiene il diritto interno non sia adeguato, in quanto non conformato alle necessità del commercio internazionale⁴¹⁰.

404 Vedi l'art. 836 del Canada-Peru FTA.

405 Un elenco dei criteri è stato inoltre redatto dalla NAFTA Free Trade Commission, incaricata di definire la partecipazione di parti terze, nella decisione de 17 ottobre 2004.

406 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., pp. 142-143.

407 *Ivi*, p. 143.

408 Sul tema si vedano: F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit.; K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2. ed., Kluwer Law International, Alphen Aan den Rijn, 2010; L. LONGHI, *Il nuovo diritto globale: lex mercatoria ius gentium?* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, (2016).

409 Cfr. A. Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, in *Journal of European Public Policy*, 13:5, (2006).

410 K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 9.

Questo diritto particolare, settoriale e transnazionale è perciò coerente con gli interessi di una parte, che ne è addirittura artefice: le grandi *corporations* e le più potenti *law firms* sono le protagoniste di questa opera creativa⁴¹¹, che permette una definizione dei rapporti in base alle esigenze del commercio, attribuendo massima importanza all'autonomia delle parti senza che vi siano controlli e limiti posti da altri attori, che possano intervenire laddove vi siano squilibri di potere.

Anche in merito al diritto applicato ci troviamo di fronte a regole elaborate per disciplinare rapporti tra soggetti privati e per proteggere interessi economici; porre in secondo piano la normativa statale e basare le decisioni su un diritto autoprodotta da chi ne è soggetto passivo solleva dubbi sulla legittimità dei suoi contenuti e sull'adeguatezza di tale diritto a disciplinare questioni che non attengono alla materia commerciale, ma che prendono in considerazione questioni più ampie e più rilevanti del mero interesse economico.

L'attività giudicante comporta necessariamente un'attività interpretativa da parte di chi è investito del ruolo di applicare il diritto al caso concreto, ed anche in questa si possono rilevare diverse criticità. Quando non applica esclusivamente i principi della *lex mercatoria* l'arbitro si troverà nella condizione di dover interpretare ed applicare il diritto interno dello Stato, dando perciò la sua lettura alle norme dell'ordinamento nazionale e valutando la loro conformità con le regole internazionali, senza che però in quest'opera interpretativa sia previsto alcun tipo di filtro di carattere costituzionale, che dovrebbe invece costituire sempre il parametro per valutare la conformità delle norme internazionali⁴¹².

L'interpretazione viene inoltre praticata nel momento in cui si applicano le clausole contenute nei Trattati: l'Arbitro dovrà valutare quale sia la portata della protezione riconosciuta per stabilire se un determinato comportamento o una determinata normativa ne costituiscono violazione.

Questa attività interpretativa porta con sé due diverse criticità. La prima è relativa alla coerenza del sistema giuridico⁴¹³: non è infrequente che alla stessa clausola nel medesimo

411 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 14.

412 Cfr. M. Nalin, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali*: cit., p. 581.

413 Sul tema si vedano: D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 58 ss.; Organisation for Economic Co-operation and Development, *Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report*, Freedom of Investment Roundtable, 14 December 2012, p. 17; J.A. Khan, *Managing Investment Disputes: A Critical Analysis of Investor State Dispute Settlement Mechanism in Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of Management & Public Policy*, Vol. 8, No. 2, (2017), p. 41.

trattato o a clausole simili in accordi differenti vengano attribuiti significati differenti⁴¹⁴. In questo modo il sistema risulta inaffidabile, vengono a mancare la certezza del diritto e la prevedibilità della decisione finale, e si dà all'Arbitro una discrezionalità smisurata.

La seconda problematica riguarda il conflitto di interessi in cui incorre l'Arbitro nel momento in cui interpreta il contenuto dei Trattati: la portata della clausola può essere ampliata o ristretta per favorire la parte da cui l'Arbitro è stato nominato⁴¹⁵, sollevando ulteriori dubbi sulla garanzia di imparzialità ed indipendenza.

Anche in questo caso si possono poi individuare elementi critici relativi alla remunerazione dell'Arbitro⁴¹⁶: se questa dipende dallo svolgimento della funzione è suo interesse interpretare estensivamente le questioni relative alla giurisdizione, per proseguire la sua attività; e dato che il diritto di ricorrere tramite arbitrato è riconosciuto esclusivamente all'investitore, l'Arbitro è portato ad estendere la portata delle clausole di protezione per aumentare la fiducia dei ricorrenti nel sistema e nella sua funzionalità per il perseguimento dei propri scopi⁴¹⁷. Un'interpretazione estensiva aumenta inoltre la possibilità per l'Arbitro di essere nuovamente nominato in successive cause, in quanto aumenta l'affidamento dell'investitore nella possibilità di vedere riconosciute le pretese avanzate⁴¹⁸.

4. Costi.

Il ricorso presso una Corte arbitrale comporta dei costi estremamente elevati: si stima che la spesa media per una causa sia di 8 milioni di dollari americani, arrivando in alcune

414 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 60.

415 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.; D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 48; York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit. In particolare, la categoria dell'espropriazione ha subito una notevole espansione, tramite il concetto di espropriazione indiretta, che permette di includere tra le misure che richiedono un indennizzo tutti quelle che generano una lesione del diritto di proprietà dell'investitore anche se non direttamente volte a tale scopo. La libertà dello stato di regolamentare risulta in questo modo notevolmente compressa (OECD, *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, Paris, 2004).

416 *Ibidem*.

417 G. Van Harten, *Pro-Investor or Pro-State Bias in Investment-Treaty Arbitration? Forthcoming Study Gives Cause for Concern*, Investment Treaty News, 13 aprile 2012, <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investment-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern/> (18 aprile 2018).

418 *Ibidem*.

controversie a punte di 30 milioni di dollari⁴¹⁹.

Le spese da sostenere riguardano principalmente la retribuzione degli Arbitri, che può raggiungere i 3000 dollari al giorno⁴²⁰, e il compenso per avvocati e consulenti legali, la cui parcella può arrivare a 1000 dollari l'ora⁴²¹. Non indifferenti sono inoltre le retribuzioni da versare ad eventuali esperti e testimoni; piuttosto esigue rispetto al resto sono invece le spese di segreteria, richieste dall'istituzione⁴²².

L'allocazione dei costi non segue regole specifiche, mancando previsioni in merito nelle regole arbitrali. La suddivisione viene perciò decisa dagli Arbitri e spesso non segue il principio dell'attribuzione dei costi alla parte perdente: accade più frequentemente che ogni parte debba sostenere le proprie spese per la difesa e per gli esperti, mentre vengono suddivise equamente la retribuzione degli Arbitri e i costi di segreteria⁴²³.

Costi così elevati vanno a pesare in maniera non indifferente sulle casse statali, soprattutto quando il convenuto è uno Stato in via di sviluppo o in situazione di crisi economica; la mancata attribuzione delle spese alla parte perdente peraltro fa sì che lo Stato debba investire denaro pubblico anche quando risulta vincitore della causa, dovendo quindi sostenere alti costi a prescindere dal risultato finale⁴²⁴.

In secondo luogo tali spese non possono essere sostenute da piccoli imprenditori, ma solo da grandi aziende transnazionali, che sono in grado di arruolare e retribuire gli avvocati provenienti dagli studi legali più importanti e conosciuti a livello internazionale. Le grandi *law firms* hanno peraltro un significativo interesse ad alimentare e far crescere il settore dell'arbitrato internazionale, che rende possibili profitti elevatissimi⁴²⁵.

Un sistema così costoso favorisce la parte economicamente più forte, di solito l'investitore, che può usare la minaccia di instaurare una causa per costringere lo Stato a scendere a compromessi⁴²⁶.

419 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 19.

420 P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 15.

421 *Ibidem*.

422 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 19.

423 Cfr. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 147 ss.

424 Ad esempio nel caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), la Bulgaria, nonostante sia risultata vincente, ha dovuto sborsare più di 6 milioni di dollari in spese legali, in quanto il ricorrente è stato condannato a rimborsare poco più della metà delle spese totali. Uno Stato debole economicamente e con livelli di sviluppo non elevati ha inoltre maggiore difficoltà a strutturare una difesa efficiente, sia per il costo che essa richiede, sia per la mancanza di esperienza e capacità di gestire la situazione (D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 23).

425 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit.

426 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 23.

Se i costi relativi ai compensi sono elevati, risultano irrisori in confronto alle cifre che gli investitori chiedono come risarcimento: dalle decine di milioni si arriva alle centinaia e alle migliaia. Per citare alcuni esempi recenti: il Canada è stato condannato a pagare un risarcimento di 21 milioni di dollari alla *Windstream Energy LLC*, azienda americana che aveva investito nel settore dell'energia eolica; il Tribunale, istituito nell'ambito della PCA, ha individuato una violazione dello standard del trattamento giusto ed equo⁴²⁷ con sentenza del 27 settembre 2016⁴²⁸. Il 21 luglio 2017 un Tribunale ICSID ha condannato l'Argentina a risarcire tre aziende spagnole, operanti nel settore aereo, che affermavano di avere subito un esproprio, contrario alle norme del Trattato bilaterale tra Argentina e Spagna; lo Stato deve ora pagare 320 milioni di dollari come risarcimento⁴²⁹. La *Crystallex International Corporation* nel 2011 ha chiesto alla Bolivia un risarcimento per avere negato un permesso ambientale e il mancato rinnovo di una concessione mineraria; il Tribunale ICSID, in data 4 aprile 2016, ha condannato lo Stato boliviano a pagare all'azienda canadese 1202 milioni di dollari, considerando la situazione come un caso di espropriazione senza compensazione⁴³⁰.

Non sempre le cifre arrivano a toccare vette così estreme, ma si parla pur sempre di milioni di dollari, da aggiungere alle spese sostenute per retribuire Arbitri ed avvocati. Cifre che lo

427 Il trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*), è uno degli standard contenuti nella maggioranza dei trattati. Non ha un contenuto definito con esattezza e viene spesso utilizzato dalle Corti arbitrali per determinare la scorrettezza delle condotte statali (Cfr. P. Muchlinski, *The Framework of Investment Protection: the Content of BITs*, cit., p. 47; M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, cit., p. 235-236; ICSID Case No. ARB/03/19, *Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken*).

428 *Windstream Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2013-22*. (M. Levine, *NAFTA tribunal orders Canada to pay U.S. wind power developer more than CAD28 million*, Investment Treaty News, 13 marzo 2017, <https://www.iisd.org/itn/2017/03/13/nafta-tribunal-orders-canada-to-pay-u-s-wind-power-developer-more-than-cad28-million-windstream-energy-llc-v-government-of-canada-pca-case-no-2013-22/> (1 maggio 2018)).

429 *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1*. (M.F. Sarmiento, *Argentina ordered to pay over USD 320 million for unlawful expropriation in airlines case*, Investment Treaty News, 26 settembre 2017, <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/argentina-ordered-pay-over-usd320-million-for-unlawful-expropriation-airlines-case-maria-florencia-sarmiento/>, (24 aprile 2018)).

430 *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2*. (M. D. Brauch, *Venezuela ordered to pay US\$ 1.202 billion plus interest to Canadian mining company Crystallex for FET breach and expropriation*, Investment Treaty News, 10 agosto 2016, <https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/crystallex-international-corporation-v-bolivarian-republic-of-venezuela-icsid-case-no-arb-af-11-2/>, (24 aprile 2018)). Il principio di giusta compensazione in caso di esproprio è un'altra regola contenuta nella maggior parte dei trattati, che riprende i canoni della *formula Hull*, definita nel 1938 dal Segretario di Stato americano Cordell Hull, e che prevede una "*prompt, adequate and effective compensation*" (A.F. Lowenfield, *International Economic Law*, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 475 ss.).

Stato potrebbe usare per altri scopi, utili alla collettività⁴³¹; cifre che possono costituire un deterrente alla libertà dello Stato di legiferare perseguendo determinati obiettivi.

Gli alti compensi richiesti dai professionisti e l'elevata consistenza dei risarcimenti generano inoltre un altro fenomeno: il finanziamento da parte di terzi delle spese, quando il ricorrente non ha la possibilità di sostenerle con le proprie finanze.

I terzi che forniscono questo servizio sono generalmente grandi società finanziarie⁴³², che offrono di anticipare le spese legali del cliente, chiedendo in cambio una percentuale sul risarcimento, a condizione che questo venga riconosciuto, non ricevendo perciò nulla in caso contrario⁴³³.

La risoluzione delle controversie diventa quindi un ambito di investimento con grandi possibilità di guadagno, la tutela dei profitti di un investitore si trasforma in una possibilità di profitto per un altro investitore, che scommette sul risultato della causa, puntando sulla vittoria del ricorrente, dal quale otterrà dal 20% fino al 50% del risarcimento riconosciuto⁴³⁴.

L'arbitrato si configura come un'industria, un settore dell'economia utilizzabile per produrre profitti, con tutte le conseguenze che da ciò derivano. Il finanziatore ha infatti un forte interesse a far sì che la controversia si concluda con l'attribuzione di un risarcimento monetario al ricorrente. Vengono perciò sconsigliate tutte quelle soluzioni negoziali che non prevedono un risarcimento⁴³⁵, si spinge l'investitore a portare avanti la causa anche quando la pretesa può risultare frivola o abusiva⁴³⁶, e si può creare l'effetto di allargare a dismisura la richiesta di risarcimento: il ricorrente tende ad aumentarne l'ammontare, consapevole che la cifra verrà spartita con la società finanziatrice⁴³⁷.

Le scelte del soggetto ricorrente vengono poi influenzate dal finanziatore: questo infatti assume un ruolo nella scelta degli Arbitri e degli avvocati, o viceversa può avvenire che il

431 Cfr. E. Arismendi, *La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el CIADI*.

432 Tra queste vi sono ad esempio le inglesi Juridica e Burford, e l'olandese Omni Bridgeway, che hanno inserito l'arbitrato investitore-Stato tra i principali settori di investimento (D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 37).

433 Cfr. B.M. CREMADES, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, I. 4, (2011), p. 2.

434 D. Gaukrodger e K. Gordon, *Investor-State Dispute Settlement*, cit., p. 36.

435 *Ivi*, p. 39-40.

436 Cfr. J. Beisner, J. Miller, G. Rubin, *Selling lawsuits, buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009, p. 4 ss.

437 J. A. Khan, *Managing Investment Disputes*, cit., p. 40.

consulente indirizzi la parte nella ricerca di un finanziatore⁴³⁸. Le relazioni tra studi legali e fondi di investimento possono infatti essere molto strette; la collaborazione è la norma: spesso gli azionisti maggiori delle società finanziarie hanno in precedenza lavorato come avvocati nei grandi studi legali e mantengono perciò stretti legami con questi⁴³⁹.

Anche qui si ripropone una questione di conflitto di interessi: a quello già affrontato, relativo al rapporto tra Arbitri e consulenti delle parti⁴⁴⁰, si aggiunge quello relativo al finanziamento da parte di terzi. Soggetti nuovi, non direttamente coinvolti nella controversia, ma che apportano un contributo finanziario, inseriscono il proprio interesse economico nella questione, modificando i rapporti tra gli altri attori. L'imparzialità e l'indipendenza degli Arbitri vengono ulteriormente messe in dubbio: al critico legame tra questi e studi legali si aggiunge l'ombra del finanziatore terzo, soggetto capace di esercitare una forte ingerenza.

5. Globalizzazione.

La globalizzazione economica si è sviluppata, dal secondo dopoguerra, attraverso l'istituzione di organizzazioni economiche internazionali, come il Fondo Monetario Internazionale (IMF), la Banca Mondiale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)⁴⁴¹, e progetti regionali come la Comunità Economica Europea, evolutasi poi nell'Unione Europea⁴⁴². Il mercato globale necessita di regole uniformi: l'investitore richiede che la sua attività economica non sia sottoposta a normative avverse e sconosciute, ma che vi sia la certezza di operare in un ambiente favorevole al profitto, in un sistema giuridico orientato alla sua protezione.

Il diritto che risponde meglio a queste esigenze è ovviamente quello occidentale, sviluppato in Europa e America del nord, in particolare nella tradizione di *common law*⁴⁴³. La ricerca di uniformità è quindi volta all'estensione di questo diritto al resto del mondo, alla sua

438 Cfr. P. Eberhardt e C. Olivet, *Profiting from Injustice*, cit., p. 59.

439 *Ibidem*

440 Vedi *supra* § 2.1.2.

441 J.W. Head, *The Future of the Global Economic Organization, An Evaluation of Criticisms Leveled at the IMF, the Multilateral Development Banks and the WTO*, Transnational Publishers, New York, 2005.

442 Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2012; dello stesso autore: *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Bari, 2003.

443 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit.

globalizzazione, a scapito di differenti tradizioni giuridiche e culturali o di visioni del mondo alternative⁴⁴⁴; il modello occidentale viene esportato, presentato come unico paradigma accettabile, come elemento necessario per il perseguimento dello sviluppo.

I prestiti concessi da IMF e Banca Mondiale, sono erogati a condizione che gli Stati mettano in atto riforme strutturali in campo economico, prettamente di stampo neoliberista e spesso lesive dei diritti sociali⁴⁴⁵; gli accordi conclusi nell'ambito dell'OMC rispecchiano la visione dei membri dotati di maggior potere, ovvero le economie occidentali⁴⁴⁶; le clausole contenute nei trattati sugli investimenti e le regole applicate nei giudizi arbitrari esprimono il punto di vista dei rappresentanti del potere economico.

Ma la globalizzazione non significa solo omologazione del diritto, il mondo giuridico è modificato e plasmato dai processi economici non solo per quanto riguarda il suo contenuto, ma anche in relazione alla forma. La rigidità viene sostituita dalla fluidità, dal concetto di governo si passa a quello di *governance*, per indicare tutti quei processi regolativi non più caratterizzati dalla vincolatività tipica del diritto statale, ma da una nuova idea di disciplina implementata tramite la persuasione e la libera adesione⁴⁴⁷.

Nel contesto della *global economic governance* i protagonisti nella creazione del diritto non sono più solo gli Stati sovrani o le organizzazioni internazionali di cui fanno parte, ma anche nuovi soggetti privati, come le *corporation*⁴⁴⁸, che mettono in atto gli scambi commerciali a livello globale, e le grandi *law firms*⁴⁴⁹, vere e proprie imprese del diritto, che producono le regole e gli istituti necessari alla realizzazione degli scambi. Le imprese transnazionali, dotate di capitali immensi e detentrici di un enorme potere, parallelo a quello statale, e spesso in contrasto con esso, modellano le relazioni in base alle esigenze

444 Cfr. R.C. Wolf, *Trade, Aid, and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, cit.; K. Miles, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 71 ss.

445 *Ivi*, pp. 104-107.

446 Nei confronti di IMF, Banca Mondiale e WTO sono state elaborate numerose critiche, ad esempio in relazione alla non democraticità di tali istituzioni e all'eccessivo controllo esercitato da Stati Uniti e Stati europei. (Cfr. J.W. Head, *The Future of the Global Economic Organization*, cit.)

447 Sul tema si veda: M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit., p. 72-75. L'adesione non è così libera se viene prospettata come unica alternativa possibile, o almeno come unica soluzione che permetta di rimanere all'interno del circuito economico globale. L'assenza di rigidità, invece che garantire maggiore libertà, accorda a coloro che detengono la forza economica un enorme potere, in quanto rende possibile l'imposizione delle proprie regole, camuffata da libera scelta. Sul tema della *soft law* e della sua forza uniformante si veda: A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 171 ss.

448 *Ivi*, pp. 110-117.

449 *Ivi*, pp. 49-52.

del profitto; gli studi legali internazionali forniscono la base giuridica che legittima queste relazioni.

Tutto ciò appare come uno strumento attraverso cui l'oligarchia economica intensifica il suo controllo sulle relazioni sociali, sui modi di pensare, sulle abitudini e sui comportamenti, proponendo il suo modello come l'unico accettabile, limitando le possibilità di concepire forme diverse, insinuandosi attraverso meccanismi subdoli nelle trame della società⁴⁵⁰. L'assenza di forme giuridiche rigide implica l'assenza di controlli efficaci, la mancanza di procedimenti che prevedano dibattito e confronto⁴⁵¹, l'eliminazione della facoltà di chiedere conto delle scelte politiche effettuate. I nuovi centri di potere privato sembrano essere esonerati da verifiche del loro operato, potendo così agire indisturbati nel perseguimento di interessi particolari a scapito di quelli collettivi.

6. Democrazia, Costituzione e sovranità.

Il principio della sovranità popolare, riconosciuto dall'articolo 1, comma 2 della Costituzione italiana, rappresenta uno dei cardini del sistema democratico, di cui è caratteristica essenziale, esprimendo l'identità tra governanti e governati⁴⁵².

La sovranità nasce come attribuzione dello Stato, libero di agire sul piano internazionale senza vincolo alcuno⁴⁵³, il concetto perde le sue caratteristiche originarie nel mondo

450 "L'utopia neoliberale dissimula la sua identità e cancella qualsiasi possibile dialettica" (G. Micciarelli, *CETA, TTIP e altri fratelli: il contratto sociale della post-democrazia*, in *Politica del diritto*, Fascicolo 2, (2017), p. 241). Sul tema si veda inoltre: M. FISHER, *Capitalist Realism. Is there no alternative?*, John Hunt Publishing, UK, 2009.

451 Da notare come i negoziati in merito a TTIP e CETA siano rimasti a lungo segreti, e sia stata necessaria la pressione dei movimenti della società civile per spingere le parti a rendere pubblici i contenuti dei trattati prima della loro approvazione definitiva. (Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., p. 104; M. Barlow, *CETA: A Threat to Local Democracy*, Huffingtonpost., (22 Ottobre 2011), www.huffingtonpost.ca/maude-barlow/ceta_b_1021782.html, (16 maggio 2018); G. Micciarelli, *CETA, TTIP e altri fratelli*, cit., p. 241 ss.; M. M. Morvillo, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del Transatlantic Trade and Investment Partnership?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016), pp. 136 e ss; C. CROUCH, *Democracy at a TTIP'ing point: Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe*, in *Juncture. IPPR's quarterly journal of politics and ideas*, Vol. 1, n. 3/2014).

452 Cfr. A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento NO TAV*, Jovene, Napoli, 2011, p. 108 ss.; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, I. I Sovranità e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Cedam, Padova, 1991.

453 L'idea dello Stato come potere più elevato, oltre il quale non si pone nessun altro potere, deriva dalla concezione seicentesca, espressa nei trattati costituenti la pace di Vestfalia, che nel 1648 concluse la guerra

globalizzato: lo Stato non è più l'unico soggetto delle relazioni internazionali, ma deve confrontarsi con numerosi attori, pubblici e privati, ai quali volontariamente o meno cede parte della sua sovranità⁴⁵⁴; parte quindi di quella sovranità che in uno Stato democratico appartiene al popolo.

In questa dinamica si inseriscono le organizzazioni internazionali, che traggono legittimazione dalla volontà degli Stati, che limitano il loro potere consapevolmente, concordando il fine per il quale tale limitazione è imposta. Nella Costituzione italiana l'articolo 11 ammette limitazioni alla sovranità per la creazione di «un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», indicando quindi molto chiaramente quali debbano essere le basi che giustificano la riduzione del potere statale.

Non sembra invece esistere alcuna legittimazione giuridica che giustifica e ammette il potere di fatto detenuto dalle *corporations*, un potere ottenuto e mantenuto grazie alle enormi risorse economiche, non basato su alcuna motivazione legata al benessere collettivo. Un potere spesso in conflitto con quello statale, che agisce direttamente, attraverso azioni concretamente in contrasto con i principi e le leggi dello Stato democratico, o indirettamente, cercando di modificare ed influenzare le politiche nazionali in direzione favorevole ai propri interessi, esercitando pressione nei centri di potere nazionali e sovranazionali⁴⁵⁵.

La cessione di sovranità, prevista dalle costituzioni democratiche, dovrebbe essere finalizzata ad una migliore garanzia dei diritti da queste riconosciuti: data la natura di barriera contro ingiustizia e disegualianza della Carta costituzionale e dato il carattere dello Stato quale tutore ed attuatore dei diritti costituzionali, qualsiasi limitazione del

dei trent'anni. (J.H. Jackson, *Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches*, in W. Shan, P. Simons, D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008). 454 *Ibidem*

455 Sull'attività di lobbying, esercitata dalle élite economiche, si vedano ad esempio: M. Fotia, *Le lobby in Italia*, Edizioni Dedalo, Bari, 1997; C.C. Lo Re, *Il governo del mondo : istituzioni, strutture e lobby della globalizzazione*, Cooper & Castelvechi, Roma, 2003, capitoli IV e V.

Nota è inoltre la pratica del *revolving doors*, che permette a soggetti provenienti dal mondo economico di ricoprire incarichi politici e viceversa, muovendosi tra pubblico e privato senza che vi siano controlli efficaci su possibili conflitti di interessi. (Sul tema: A. Demurtas, *Unione europea, lobby e porte girevoli. Il passaggio dalla politica ai gruppi di pressione*, Lettera 43, 19 marzo 2014, <http://www.lettera43.it/articoli/politica/2014/03/19/unione-europea-lobby-e-porte-girevoli/112756/>, (16 maggio 2018); Lobbyingitalia, *Frenare la revolving door tra pubblico e privato*, Lobbying Italia, 14, novembre 2013, <http://www.lobbyingitalia.com/2013/11/frenare-la-revolving-door-tra-pubblico-e-privato/>, (16 maggio 2018); R. Jass-Aguilar e H. Waitzkin, *Multinational corporations, the state, and contemporary medicine*, in *Health Sociology Review*, 20:3, (2011); D. Etzion e G.F. Davis, *Revolving Doors? A Network Analysis of Corporate Officers and U.S. Government Officials*, in *Journal of Management Inquiry*, Volume 17, n. 3/2008).

potere statale dovrebbe ammettersi solo in virtù di un incremento delle tutele concepite dai costituenti.

Se la sovranità statale viene circoscritta per fini diversi, da forze che agiscono per vie legali e di fatto, al solo scopo di tutelare i propri interessi particolari, le finalità individuate a livello costituzionale vengono meno. La «pace e la giustizia fra le Nazioni» non sono garantite da un sistema di risoluzione delle controversie che esautora i Giudici nazionali, i quali esercitano il potere giudiziario secondo i dettami costituzionali, a differenza degli Arbitri privati, che sono invece investiti di un ruolo intimamente legato ai propri interessi personali e a quelli degli investitori, e che applicano norme svincolate da qualsiasi controllo di costituzionalità⁴⁵⁶.

Democrazia ed economia di mercato sono due ambiti nettamente distinti: una politica neoliberista non è necessaria all'avvento di un regime democratico⁴⁵⁷. Tuttalpiù uno Stato democratico può risultare ambiente più favorevole per la promozione di riforme che favoriscano l'apertura dei mercati, in quanto il pluralismo garantisce la dialettica delle idee e il confronto tra esse. Ma in questo confronto si rischia di cadere nella trappola tesa dall'oligarchia economica, che spesso approfitta di un sistema democratico per esercitare il suo potere indisturbata, insinuandosi nei centri di potere, direzionando e limitando il confronto tra idee, presentando il proprio punto di vista come l'unico accettabile⁴⁵⁸, ed eliminando la possibilità di mettere in discussione le basi del sistema economico,

456 Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., p. 126.

457 Così come la democrazia non è esportabile tramite interventi armati, attraverso i quali si diffonde il modello economico occidentale, come è avvenuto ad esempio in Iraq, in cui all'invasione statunitense del 2003 ha fatto seguito l'approvazione di una nuova legge sugli investimenti stranieri. La guerra al terrore viene usata come strumento per giustificare l'introduzione di riforme neoliberiste, presentate come inesorabilmente legate all'avvento della democrazia (M. Sornarajah, *The Neoliberal Agenda in Investment Arbitration: Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty*, in W. Shan, P. Simons e D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, cit., p. 205; cfr. W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, Ed. italiana a cura di Federica Giardini, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 42). Sul tema si veda inoltre: L. Canfora, *Esportare la libertà. Il mito che ha fallito*, Mondadori, Milano, 2007; A. Chua, *L'età dell'odio: esportare democrazia e libero mercato genera conflitti etnici?*, Carocci, Roma, 2004. Sul rapporto tra democrazia e mercato: M. Salvati, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Il mulino, Bologna, 2009; J. E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto: stato, mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, a cura di Laura Pennacchi, Donzelli, Roma, 2001.

458 Sul tema si veda ad esempio: L. Gallin, *Il colpo di Stato di banche e governi: l'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013, p. 251 ss., in cui si afferma come il neoliberalismo sia una «dottrina totalitaria che si applica alla società intera e non ammette critiche» (p.251), «una dottrina costruita scientificamente allo scopo di conquistare un'egemonia che non ammette discussione in ogni settore della società, espellendone ogni altra dottrina o visione del mondo» (p.265). Si veda inoltre: M. Fotia, *Le lobby in Italia*, cit., p. 127, in cui si fa riferimento ai processi «non decisionali», che escludono determinate questioni dal dibattito pubblico. In questa direzione si inserisce poi il mantra «*There Is No Alternative*» (TINA), usato come motivazione per giustificare politiche neoliberiste, giudicate inevitabili e non discutibili.

ammettendo solo quelle variazioni che rimangono all'interno del paradigma dominante⁴⁵⁹. L'arbitrato viene promosso come sistema di tutela dalle ingiustizie perpetrate da uno Stato che abusa del suo potere nei confronti di un investitore impotente⁴⁶⁰, ma sembra in realtà rappresentare un sistema che incrina le possibilità di garantire i diritti dei più deboli e che aumenta invece il potere dei più forti; non uno strumento che punta all'evoluzione della società in senso egualitario, ma un mezzo che permette di aggredire indiscriminatamente le tutele erette a difesa dal potere economico, abbattendo le barriere che permettono di arginarlo, strutturate per soddisfare il senso di giustizia che permea la Costituzione italiana e le Costituzioni democratiche in genere.

Il diritto statale, in quanto emanato da un organo (il Parlamento), che è espressione del popolo sovrano, trova la sua legittimità nelle procedure democratiche previste dalla Costituzione, ed è legittimo se rispetta forme e principi contenuti nella Carta costituzionale. La struttura democratica dello Stato fa sì che siano i cittadini⁴⁶¹ ad esercitare il potere su loro stessi: vi è coincidenza tra chi pone le norme e chi ne è soggetto, il diritto presenta i caratteri dell'autonomia, che si contrappone all'eteronomia, la situazione in cui il diritto è posto da altri, non da coloro che ne sono i destinatari, ovvero la circostanza in cui legislatore ed esecutore delle norme sono due soggetti distinti⁴⁶².

Il diritto internazionale, benché dotato di carattere sovrastatale, deve pur sempre rispettare la Carta costituzionale, non si pone gerarchicamente ad un livello superiore, il suo contenuto non può entrare in contrasto con i principi stabiliti in Costituzione⁴⁶³. Si rispetta in questo modo il principio della sovranità popolare: rimane pur sempre l'organo eletto, rappresentante della pluralità di opinioni, a decidere della ratifica o meno di un trattato, ed

459 Si va verso quella che è stata definita “*postdemocrazia*”, lasciando che le *élite* acquistino sempre più potere sottraendolo alla politica (C. Crouch, *Postdemocrazia*, traduzione di Cristiana Paternò, Roma-Bari, 2003, p. 9).

460 Cfr. M. Hirsch, *The arbitration mechanism of the International centre for the settlement of investment disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993, p. 8.

461 Norberto Bobbio distingue il termine popolo dal termine cittadini, in quanto espressione di una massa composta da individui dotati di autonomia, la quale si concreta nel voto, attribuito singolarmente ad ognuno. Nella parola popolo invece si cela maggiormente il riferimento ad una massa indistinta, che «*forma un tutto*». L'autore preferisce perciò parlare di potere dei cittadini piuttosto che di potere del popolo. (N. Bobbio, *Democrazia*, cit., pp. 6-7).

462 *Ivi*, p.11.

463 I trattati internazionali hanno la medesima efficacia della norma interna di adattamento e, in alcuni casi possono fungere da norma interposta, per valutare la legittimità costituzionale di norme interne che siano in contrasto con essi, ma non assumendo per questo valore costituzionale. Tale interpretazione del nuovo art. 117 della Costituzione, così come riformato nel 2001, è stata definita in diverse sentenze della Corte Costituzionale: le n. 348 e 349 del 2007 e successivamente nel 2009 con le sentenze n. 39 e 311 (A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit., pp. 122-123).

è sempre possibile rilevarne l'illegittimità di fronte alla Corte costituzionale.

Il diritto fluido, dalle forme morbide e non chiaramente definite, non è invece sottoposto a tale scrutinio. I contenuti della *lex mercatoria*, sono elaborati sì da coloro i quali ne sono destinatari, ma non attraverso le forme garantiste che caratterizzano la democrazia e che permettono il confronto di diversi punti di vista. Tramite l'arbitrato peraltro questo diritto di origine commerciale viene applicato a questioni che non sono di carattere economico, coinvolgendo perciò interessi diversi e andando ad incidere su soggetti che non hanno contribuito alla creazione delle norme alle quali finiscono per essere sottoposti. Tale diritto sembra perciò dotato di eteronomia piuttosto che di autonomia, contrastando quindi con una caratteristica essenziale del sistema democratico⁴⁶⁴.

L'erosione dei diritti e della sovranità dello Stato, in nome di un sistema che appare diseguale ed iniquo, è individuabile nel processo definito *chill effect* o *regulatory chill*⁴⁶⁵, ovvero l'effetto di *raffreddamento* normativo, consistente in un peggioramento degli *standard* di tutela dei diritti, e nella contestuale limitazione della potestà regolamentare dello Stato.

La disciplina posta a garanzia dei principi democratici sembra subire un arretramento, le normative vengono modificate o eliminate, per evitare l'instaurazione di nuovi procedimenti ISDS; la minaccia da parte dell'investitore di fare ricorso ha un effetto deterrente sull'emanazione di nuove leggi⁴⁶⁶, il diritto dello Stato di regolare determinate materie secondo le esigenze dei cittadini risulta fortemente limitato.

La portata effettiva di questo fattore non è facilmente definibile⁴⁶⁷, in quanto coinvolge diversi elementi, relativi alla percezione da parte del legislatore della possibilità dell'instaurazione di un procedimento, che dipende peraltro dalle informazioni possedute in merito al sistema ISDS e al suo funzionamento e relativamente al diritto internazionale

464 Cfr. N. Bobbio, *Democrazia*, cit., p. 11. Come afferma Kelsen: "È politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna" (H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 46). Se il diritto è qualificabile come mezzo di espressione della forza il suo contenuto è necessariamente conforme al pensiero delle forze vincenti, che tendono ad omologare il resto della società (Cfr. A. Algotino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 59).

465 L'effetto di *regulatory chill* si verifica quando uno Stato modifica la sua attività legislativa a seguito di una minaccia di ricorrere tramite arbitrato da parte di un investitore. (C. Tietje, F. Baetens e E. Rotterdam, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Study prepared for the Minister of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign affairs, The Netherlands, 2014, pp. 40-41).

466 *Ibid.*

467 Per uno studio basato su modelli matematici si veda: E. Janeba, *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements*, Cesifo Working Paper no. 6188, Category 8: Trade Policy, 2016.

degli investimenti in generale⁴⁶⁸. Lo studio di casi concreti permette però di affermare che l'effetto descritto sia reale e che i rischi che ne conseguono siano effettivi⁴⁶⁹.

Alcuni esempi aiutano a rendere meglio l'idea della questione: nel 2004 alcune Province canadesi avanzano la proposta di creare un sistema pubblico di assicurazione automobilistica, per fornire ai cittadini una copertura completa e a basso costo, concorrente con le polizze offerte da agenzie private. Il progetto elaborato dalla commissione incaricata rimane però solo sulla carta, la possibilità di tramutarlo in legge viene bloccata dalle compagnie assicurative operanti sul mercato canadese, che minacciano di ricorrere tramite arbitrato nel caso venga adottato un provvedimento del genere⁴⁷⁰.

Precedentemente, nel 2002, lo Stato indonesiano aveva fronteggiato una situazione simile, in relazione ad una nuova legge che avrebbe imposto limitazioni alle industrie minerarie che svolgono attività estrattiva all'interno di zone forestali protette. Anche in questo caso la nuova legge non vede la luce, il Governo indonesiano non porta avanti il progetto, temendo ritorsioni e richieste di risarcimento da parte delle aziende del settore, che prospettano la possibilità di citare lo Stato in sede arbitrale⁴⁷¹.

Le situazioni descritte costituiscono esempi di come l'inibizione dell'attività legislativa dello Stato o l'influenza su essa vengono esercitate in maniera indebita, bloccando l'adozione di misure elaborate per garantire ai cittadini maggiori tutele o per proteggere beni collettivi, utilizzando come deterrente un sistema che appare costruito e strutturato per difendere l'interesse privato.

Lo Stato è libero di disciplinare le diverse materie di sua competenza, ma rispettando i limiti imposti dal sistema democratico e dalla Costituzione; in congruenza con i principi che garantiscono il pluralismo, il rispetto delle minoranze ed il giusto equilibrio tra le diverse esigenze in gioco, gli organi legislativi ed esecutivi possono regolamentare le diverse questioni seguendo l'indirizzo politico prescelto.

Ulteriori limiti sono inoltre posti dall'appartenenza ad organizzazioni sovranazionali, quali ad esempio l'Unione Europea, che attraverso Trattati istitutivi, direttive e regolamenti,

468 Cfr. K. Tienhaara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in C. Brown e K. Miles (ed.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 610-611.

469 *Ivi* p. 617 ss.

470 S. Shrybman e S. Sinclair, *Public auto insurance and trade treaties*, Canadian Center for Policies Alternatives, Briefing Paper. Trade and Investment Series, Vol 5 (1), (2004).

471 S.G. Gross, *Inordinate Chill: Bits, Non-NAFTA MITs, and Host-State Regulatory Freedom- An Indonesian Case Study*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol 24, I. 3 (2003).

direziona l'attività legislativa verso determinati obiettivi.

I Trattati sugli investimenti e l'arbitrato in essi previsto influiscono anch'essi sul libero esercizio del potere legislativo: gli investitori esteri possono ricorrere contro provvedimenti adottati dalle Autorità statali, chiedendone la diretta rimozione, ottenendo la compensazione per i mancati profitti da questi causati e frustrando l'emanazione di nuovi provvedimenti. Il *right to regulate* dello Stato risulta perciò limitato in nome delle esigenze del mercato e del guadagno, e la tutela dei diritti sociali, dell'ambiente e della salute possono subire forti inibizioni⁴⁷².

Bisogna riconoscere che alcuni trattati e alcune decisioni arbitrali si riferiscono esplicitamente al *right to regulate*, statuendo che questo debba essere sempre garantito e che non possa essere limitato dalle disposizioni del trattato o dalle esigenze dell'investitore. Il testo del CETA ad esempio dispone in tale senso nel preambolo:

«Recognizing that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity⁴⁷³».

In direzione simile, nel caso *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*⁴⁷⁴, il Tribunale ha affermato:

«It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power⁴⁷⁵».

La sentenza, datata 11 settembre 2007, ha dato ragione allo Stato lituano, dichiarando legittimo il rifiuto nei confronti del progetto, presentato da una compagnia norvegese, per la costruzione di un parcheggio nella città di Vilnius. Il Tribunale ha riconosciuto come

472 Cfr. The Council of Canadians, *The CETA Deception. How the Harper government's public relations campaign misrepresents the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, 17 luglio 2012, pp. 5-6.

473 *Consolidated CETA text, Preamble*.

474 ICSID Case No ARB/05/8.

475 ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 settembre 2007, § 332.

valide le motivazioni addotte dallo Stato, relative alla conservazione del patrimonio storico e culturale e alla tutela dell'ambiente, il diritto delle Istituzioni di disporre nell'interesse dei cittadini ha in questo caso prevalso⁴⁷⁶.

In una controversia più recente, le cui parti sono lo Stato australiano e l'azienda produttrice di tabacco Philipp Morris⁴⁷⁷, la questione verteva sulle leggi antifumo di recente emanazione, che modificavano le regole relative alla grafica dei pacchetti di sigarette, riducendo lo spazio per il logo della marca, e aumentando quello utilizzato per messaggi dissuasivi⁴⁷⁸. La decisione finale⁴⁷⁹ è stata in favore dello Stato, anche se le motivazioni non sono relative al diritto dello Stato di tutelare il diritto alla salute, ma riconoscono invece il comportamento abusivo della società, che ha proposto il ricorso tramite una sede appositamente costituita ad Hong Kong per usufruire della protezione accordata dal Trattato bilaterale tra Hong Kong e Australia⁴⁸⁰.

Chiaramente le decisioni dei Tribunali arbitrali non sono sempre a favore dell'investitore, in alcuni casi gli arbitri prendono in considerazione le motivazioni alla base dei provvedimenti statali e sanciscono la loro legittimità, così come i testi dei Trattati in alcuni casi riconoscono il diritto dello Stato a regolare tutelando interessi contrastanti con l'interesse al profitto. Ma ciò non elimina i problemi insiti nel sistema ISDS, che comunque permette all'investitore di sfidare determinate normative, lasciando alla discrezione di soggetti privati la valutazione delle circostanze e degli interessi in gioco, e sottraendola alla giurisdizione di Corti costituite da Giudici, la cui attività viene esercitata secondo le garanzie definite per legge.

7. Diritti umani.

Con la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948 si ha per la prima volta

476 Stockholm Chamber of Commerce, *Case Summary No. 8*, ISDS BLOG, 18 agosto 2015, <http://isdsblog.com/2015/08/18/case-summary-no-8/>, (1 giugno 2018).

477 *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

478 K. Singh, *Philip Morris v. Australia: A big win for public health*, in *Third World Economics*, Issue No. 606, (2015) <https://www.twn.my/title2/twe/2015/606/3.htm>.

479 Sentenza del 17 dicembre 2015.

480 C. Knaus, *Philip Morris cigarettes charged millions after losing plain packaging case against Australia*, *The Guardian*, 10 luglio 2017, <https://www.theguardian.com/business/2017/jul/10/philip-morris-cigarettes-charged-millions-after-losing-plain-packaging-case-against-australia>, 1 giugno 2018.

una definizione chiara e condivisa di quali siano i diritti umani, questione che fino ad allora era rimasta confinata al dibattito dottrinale, e mai tradotta in diritto positivo a livello internazionale⁴⁸¹.

La dichiarazione non ha carattere vincolante, ma ha assunto nel corso del tempo valore di *jus cogens*, in quanto contiene principi consuetudinari riconosciuti e accettati da tutti gli Stati. Negli anni seguenti il suo contenuto viene riprodotto e specificato tramite numerose Convenzioni, dotate di forza vincolante per gli Stati firmatari, quali ad esempio il *Patto Internazionale sui Diritti civili e Politici*, il *Patto Internazionale sui Diritti Sociali Economici e Culturali*, entrambi del 1966, la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna*, approvata nel 1979, o la più recente *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, del 1990.

Attraverso la disciplina dei diritti umani, il perseguimento di un modello di società più giusta ed egualitaria⁴⁸² si estende dal piano statale interno, che esprime tali fini per mezzo della Carta costituzionale, al piano internazionale, portando le istanze di cambiamento ad un livello superiore, condividendo tra Nazioni con diverse esperienze politiche e culturali i medesimi obiettivi.

I ricorsi proposti davanti ai Tribunali ISDS pongono spesso in gioco questioni direttamente inerenti alla tutela dei diritti umani e quindi incidenti sul rispetto da parte degli Stati degli impegni assunti in questo ambito a livello internazionale; allo stesso modo la protezione accordata agli investitori assume il carattere di obbligo internazionale, quando deriva da un Trattato con altro Stato. Ma nel bilanciamento degli interessi la garanzia dei diritti umani dovrebbe essere gerarchicamente superiore alla tutela del profitto privato; questo assunto non viene però spesso rispettato, il risarcimento per la perdita del capitale investito molte volte è riconosciuta, a prescindere dall'obbiettivo che lo Stato persegue con la misura che influisce sui diritti dell'investitore.

Questioni relative ai diritti umani vengono spesso sollevate nel corso delle cause, sia dagli

481 Cfr. A. Casseese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 32 ss. I diritti dell'uomo erano già stati codificati in passato, sono infatti contenuti nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata nel 1789 in Francia e nelle Dichiarazioni statunitensi del periodo 1776-1789. Tali documenti costituiscono dei precursori della dichiarazione del 1948, ma sono molto differenti, in quanto, ad esempio, riconoscono esclusivamente diritti agli individui e non ai gruppi e inoltre non prevedono efficaci strumenti di garanzia dei diritti (*Ivi*, p. 12 ss.).

482 “[...] la nascita e ora anche la crescita dei diritti dell'uomo sono strettamente connesse con la trasformazione della società [...]”, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014, p. 73.

Stati che dagli investitori, e in alcuni casi dallo stesso Tribunale⁴⁸³, ma l'unico diritto ad essere pienamente riconosciuto e garantito è quello di proprietà⁴⁸⁴, mentre per tutto ciò che riguarda la tutela della salute, dell'ambiente, del lavoro, e in generale dei diritti collettivi, si ha molte volte un rigetto delle motivazioni addotte. Il fatto che lo Stato abbia emanato una determinata normativa per garantire i propri cittadini è considerato irrilevante, al centro del ragionamento viene posto il diritto dell'investitore al profitto, considerato prevalente su qualsiasi altra esigenza di diverso carattere⁴⁸⁵.

La protezione accordata agli investitori stranieri viene considerata il principale vincolo per l'azione degli Stati: gli altri obblighi internazionali facenti parte del vasto impianto di diritti strutturato a protezione da arbitrio e ingiustizia vengono messi in secondo piano, il bilanciamento opera spesso a favore dell'interesse di una singola categoria di soggetti, gli investitori.

La disciplina dei diritti umani è correlata, così come le Costituzioni democratiche, alla limitazione del potere, pone degli argini al suo esercizio, per evitare che questo venga utilizzato in modo arbitrario, per tutelare coloro i quali non detengono posizioni di potere dalla volontà di coloro che le occupano⁴⁸⁶. Il potere viene circoscritto, vengono poste delle barriere affinché non degeneri in arbitrio, delle regole che ne permettono il controllo, rendendo così possibile la garanzia dei diritti. In secondo luogo i diritti umani, in particolare quelli di natura sociale, intervengono sulle disegualianze, incentivando azioni volte a ridimensionarle, agendo sulle cause che le generano attraverso interventi che le eliminano o ne riducono la portata⁴⁸⁷.

La tutela della proprietà privata deve essere bilanciata con le altre esigenze, il diritto individuale di un soggetto viene garantito nella misura in cui ciò sia possibile nel confronto tra questo e altri interessi, pubblici o privati, che entrano in contrasto con esso. Il profitto non dovrebbe prevalere sul diritto di ogni essere umano allo sviluppo, sul dovere di solidarietà, sulla necessità di promuovere un ordine internazionale equo e democratico, in

483 Cfr. V. Kube ed E.U. Petersmann, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, in *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 11:65, (2016).

484 *Ivi*, p. 69.

485 Si veda ad esempio come la disciplina in materia ambientale venga spesso interpretata quale atto contrario agli obblighi di protezione degli investitori (K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, cit., p.154 ss.).

486 Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 273.

487 Si distingue tra diritti civili e politici, relativi alla libertà da indebite influenze da parte dello Stato nella vita privata e al diritto di partecipare alla vita politica, e diritti economico sociali, orientati all'appianamento della disparità, A. Cassese, *I diritti umani oggi*, cit., p. 5.

cui sia a tutti riconosciuto l'accesso al benessere⁴⁸⁸.

I Trattati sugli investimenti e le decisioni arbitrali dovrebbero essere compatibili con tutti gli obblighi assunti dagli Stati in sede di Nazioni Unite, a partire dalla Carta istitutiva dell'ONU, che all'articolo 103 recita: «In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail», proseguendo con gli altri documenti approvati in tale sede in materia di diritti dell'uomo, garantendo ad esempio il diritto alla partecipazione, riconosciuto dagli articoli 19 e 25 del *Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici*, e non rispettato, molto frequentemente, sia nelle trattative in merito ai trattati sugli investimenti, sia nei procedimenti arbitrali⁴⁸⁹.

Le decisioni arbitrali entrano spesso in conflitto con i principi che costituiscono l'impianto destinato a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo: gli investitori sovente abusano del diritto a ricorrere tramite arbitrato, chiedendo compensazioni per mancati profitti derivanti dai limiti posti da provvedimenti che tutelano l'interesse dei cittadini.

Si prenda ad esempio il caso *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*⁴⁹⁰, nel quale l'azienda statunitense ha chiesto allo Stato messicano un risarcimento per il mancato rilascio di un permesso di costruzione, necessario ad edificare una struttura per il trattamento di rifiuti tossici. La negazione del permesso era motivata dal contrasto con la disciplina relativa al consumo di territorio e alla protezione dell'ambiente, ma nonostante ciò il Tribunale ha riconosciuto all'impresa una compensazione di 16.7 milioni di dollari, con sentenza del 30 agosto 2000, valutando la situazione come un caso di esproprio indiretto⁴⁹¹.

Sempre un'azienda nord americana, la *Azurix Corporation*, ha chiesto e ottenuto un risarcimento di 165 milioni di dollari dallo Stato argentino⁴⁹², condannato per aver infranto lo *standard* di trattamento giusto ed equo⁴⁹³. La vicenda riguarda la fornitura di acqua potabile, nella città di Buenos Aires: una concessione trentennale attribuiva alla Azurix la

488 United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., p. 4.

489 *Ivi*, p. 10.

490 ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

491 K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, cit., pp. 156-158.

492 *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12; sentenza del 14 luglio 2006.

493 Richiesta di arbitrato del 19 settembre 2001; sentenza del 14 luglio 2006.

gestione della rete idrica, a seguito di una grave contaminazione batterica dell'acqua il Governo ha imposto all'azienda una sanzione, considerandola non ottemperante agli obblighi derivanti dalla concessione, e ha vietato la riscossione delle fatture dovute dai residenti per il periodo in cui l'acqua si è mantenuta contaminata; in base a questi eventi l'impresa effettuò una richiesta di arbitrato, lamentando il guadagno perso a causa di provvedimenti emessi per tutelare la salute degli abitanti di Buenos Aires.

Un altro esempio, relativo ai diritti dei lavoratori, coinvolge l'Egitto e l'azienda francese Veolia, operante nel settore dello smaltimento dei rifiuti, che ha citato in giudizio lo Stato, a seguito dell'emanazione della legge che alzava il salario minimo dei lavoratori⁴⁹⁴. Veolia aveva chiesto un risarcimento di 110 milioni di dollari, affermando che il mancato adeguamento dell'accordo con lo Stato egiziano e la nuova legge sul salario, contrastino con l'obbligo contrattuale di mantenere i guadagni allineati con l'incremento dei costi⁴⁹⁵. Il Tribunale ha recentemente deciso in favore dello Stato, che ha però in ogni caso dovuto sostenere i costi della causa⁴⁹⁶.

L'investitore privato tendenzialmente agisce per perseguire il suo interesse personale, svolgendo un'attività che per sua natura comporta dei rischi. Ma il profitto non è riconosciuto quale diritto umano, nel gioco dell'investimento a volte si vince, a volte si perde⁴⁹⁷, e quando ciò accade, non dovrebbe essere responsabilità dello Stato, che ha agito nell'interesse dei cittadini, risarcire chi ha scommesso il suo capitale.

Attraverso l'*amicus curiae*, che prevede la presentazione di memorie, da parte di terzi, in qualità di amici della Corte, viene in alcuni casi data la possibilità di introdurre elementi relativi alla protezione dei diritti umani. L'istituto è originario del *common law*, e prevede il contributo di soggetti diversi dalle parti contendenti, giustificato dall'esistenza di un forte interesse nella questione trattata⁴⁹⁸. Il terzo non interviene come parte della disputa, ma propone il suo punto di vista per fornire alla corte ulteriori elementi di valutazione⁴⁹⁹.

Questa pratica si è molto diffusa nelle dispute internazionali, dove ad intervenire sono

494 *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/15.

495 Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, Citizen, (2014), p.15.

496 ISDS Platform, *Veolia loses ISDS case against Egypt – after six years and millions in costs*, 4 giugno 2018, <https://isds.bilaterals.org/?veolia-loses-isds-case-against&lang=en>, (3 maggio 2019).

497 Cfr. United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., p. 5.

498 P.J. Sands, R. Mackenzie, *International Courts and Tribunals, Amicus Curiae*, Oxford Public International Law, gennaio 2008, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e8> (29 maggio 2018).

499 *Ibid.*

solitamente organizzazioni non governative (ONG), che portano alla luce le istanze della società civile non rappresentate da altri soggetti⁵⁰⁰.

Nel contesto dell'arbitrato sugli investimenti la memoria redatta come *amicus curiae* costituisce un mezzo che permette di difendere le politiche statali che tutelano l'interesse pubblico, spesso attraverso argomentazioni basate sui diritti umani.

La partecipazione di parti terze non è però garantita di diritto, ma viene concessa a discrezione del Tribunale, che valuta in base all'utilità degli argomenti addotti dal soggetto che richiede di intervenire; anche quando la memoria è accettata non è inoltre scontato che sia dato pieno riconoscimento alle motivazioni presentate, spesso infatti gli Arbitri non danno particolare rilevanza alle questioni inerenti ai diritti umani; allo stesso modo l'istituto non garantisce la trasparenza, non essendo previsto un automatico accesso agli atti legato alla presentazione della memoria.

Nel caso che ha coinvolto nel 2011 lo Zimbabwe, citato in giudizio da alcune società svizzere⁵⁰¹, il Tribunale ha rifiutato la richiesta di partecipare presentata da alcune comunità indigene, congiuntamente all'*European Center for Constitutional and Human Rights*. Le aziende ricorrenti lamentavano la lesione del loro diritto di proprietà, a seguito del programma di redistribuzione della terra messo in atto dallo Stato, che andava ad incidere su terreni da loro posseduti. Le motivazioni addotte per richiedere l'intervento prendevano in considerazione la *Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni*, approvata dall'assemblea generale dell'ONU il 13 settembre 2007, la quale riconosce il diritto al libero uso della terra, che nel caso in esame risulta limitato dalla presenza di soggetti che vantano diritti sul territorio su cui sono insediate le popolazioni indigene⁵⁰². La richiesta di intervento viene respinta, affermando che le norme citate non sono rilevanti per la decisione della controversia, in quanto nessuna delle parti le ha direttamente incluse nelle proprie argomentazioni⁵⁰³.

500 Vedi: E. De Brabandere, *NGOs and the "Public Interest": the Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, N. 1, (2011).

501 *Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Joint ICSID Cases No. ARB/10/15 and ARB/10/25.

502 Da notare come la proprietà della Border Timber sia stata acquisita dalla British South Africa Company, compagnia che ha portato avanti la politica coloniale che ha privato le popolazioni locali delle proprie terre, C. Cros e C. Schliemann-Radrbruch, *When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space: Consistent Solutions through Amicus Curiae Submissions by Regional Organisations*, in *Law & Dev. Rev.*, 6:67, (2013), p. 101).

503 *Ivi*, pp. 93-96.

La richiesta di partecipazione viene invece accettata nel caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania*⁵⁰⁴, nel quale l'impresa, di origine inglese, ricorre contro la cancellazione del contratto che le attribuiva la gestione della rete idrica⁵⁰⁵, motivata dal mancato rispetto degli obblighi e dalla cattiva gestione del servizio⁵⁰⁶. L'intervento come *amici curiae*, presentato congiuntamente da più soggetti⁵⁰⁷, solleva questioni legate al diritto all'acqua, riferendosi all'articolo 11 del *Patto Internazionale sui Diritti Sociali Economici e Culturali*⁵⁰⁸ e ad altre Convenzioni internazionali⁵⁰⁹. La decisione finale, del 24 luglio 2008, è in favore dello Stato, e il Tribunale riconosce l'utilità della memoria presentata, anche se non è chiaro quanto questa abbia influenzato la decisione⁵¹⁰, poiché le motivazioni presentate dalle terze parti non sono citate nel ragionamento giuridico⁵¹¹.

L'intervento come *amicus curiae*, ha un'efficacia limitata nel sollevare questioni relative ai diritti umani: le sue caratteristiche lo rendono un mezzo che non sembra in grado di incidere realmente sulla sentenza, e gli Arbitri sono dotati di eccessiva discrezionalità nella valutazione delle motivazioni presentate nelle memorie, oltre che nella scelta se ammettere o meno la partecipazione di terzi, portatori di un interesse pubblico, che dovrebbe invece essere messo in primo piano.

8. Sviluppo sostenibile.

504 ICSID Case No. ARB/05/22.

505 Richiesta di arbitrato del 5 agosto 2005.

506 C. Cros e C. Schliemann-Radrbruch, *When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space*, cit., pp. 88-90.

507 *The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL), The International Institute for Sustainable Development (IISD)*.

508 «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. Gli Stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso».

509 *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, art. 14 (2) (c); *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, art. 14 (2) (h); *Convention on the Rights of the Child*, art. 24 (2) (c).

510 L'utilità della memoria è inoltre limitata, a causa dell'impossibilità per le terze parti di accedere a tutti i documenti relativi alla controversia, fattore che impedisce una completa valutazione degli elementi in gioco. (J. Harrison, *Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Promoting Social Justice?* in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., p. 412)

511 *Ibidem*

Il concetto di sviluppo sostenibile viene definito in maniera chiara e condivisa nel 1987, nel rapporto della *World Commission on Environment and Development*, istituita dall'Assemblea Generale dell'ONU. Il report *Our Common Future*, indica come sostenibile lo sviluppo che soddisfa i bisogni attuali del genere umano senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni⁵¹².

Negli anni successivi numerosi documenti ribadiscono e approfondiscono tale idea: la *Dichiarazione di Rio* del 1992, l'Agenda 21, la *Dichiarazione del Millennio contenente gli Obiettivi di Sviluppo del Millennio (Millennium development Goals - MDGs)* e l'*Agenda 2030* che individua gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals - SDGs*) da raggiungere entro il 2030. Sebbene siano tutti atti dal carattere giuridicamente non vincolante⁵¹³, rappresentano un riferimento per l'azione di soggetti pubblici e privati, dei fini a cui mirare nel proprio operato.

Uno dei temi principali dello sviluppo sostenibile è costituito dalla tutela dell'ambiente, elemento fondamentale per la soddisfazione dei bisogni, le cui risorse, necessarie al sostentamento dell'essere umano, devono essere consumate senza superare i limiti che non ne permettono la rigenerazione, evitando uno sfruttamento che comprometta una futura fruizione⁵¹⁴.

Le elaborazioni più recenti del concetto comprendono inoltre molti riferimenti a temi sociali⁵¹⁵, che si affiancano a quelli ambientali, e completano l'idea di sviluppo sostenibile, inteso non solo come progresso compatibile con l'ambiente in cui l'essere umano opera, ma

512 World Commission on Environment and Development, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, Oslo, 20 marzo 1987, Chapter 2: Towards Sustainable Development.

513 Per una critica del carattere non vincolante degli SDGs si veda: T. Pogge e M. Sengupta, *A Critique of the Sustainable Development Goals' Potential to Realize the Human Rights of All: Why being better than the MDGs is not good enough*, in *Social Policy and the Transformative Potential of the SDGs*, Bob Deacon ed., speciale del *Journal of International and Comparative Social Policy*, (2016).

514 Cfr. D. Meadows, J. Randers, *I nuovi Limiti dello Sviluppo. La salute del pianeta nel terzo millennio*, traduzione di Maurizio Ricucci, Mondadori, Milano, 2006. Lo studio, attraverso strumenti informatici e matematici, calcola il rapporto tra risorse del pianeta e necessità del genere umano, dimostrando come sia estremamente necessario cambiare le abitudini, per impattare in maniera minore sull'ambiente e permettere uno sfruttamento delle risorse esistenti che non superi i limiti oltre i quali non è più possibile tornare indietro.

515 Già nel testo dell'Agenda 21, troviamo la prima Sezione dedicata alla dimensione sociale ed economica dello sviluppo sostenibile; la *International Law Association New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, del 2 aprile 2002, contiene riferimenti al diritto alla partecipazione, ai diritti umani, alla tutela della salute; i 17 *Sustainable Development Goals (SDGs)* comprendono, tra gli altri, l'eguaglianza di genere (SDG 5), il diritto all'educazione (SDG 4), l'accesso alla giustizia (SDG 16).

anche come evoluzione delle relazioni umane, delle relazioni tra Stati e dei legami tra diversi ambiti, tutti in egual misura coinvolti nel processo di miglioramento necessario ad eliminare le disuguaglianze esistenti. Lo sviluppo sostenibile risulta quindi sempre di più connesso e interdependente con i diritti umani, con i principi democratici, con il diritto alla partecipazione e l'obbligo di trasparenza e rendicontabilità delle scelte politiche⁵¹⁶.

Per far sì che lo sviluppo e il progresso dell'essere umano avvengano in modo sostenibile è infatti necessario che si guardi al quadro generale, in una prospettiva olistica⁵¹⁷, che prenda in considerazione tutti i molteplici aspetti che caratterizzano la realtà delle relazioni tra soggetti e tra discipline, una prospettiva che renda evidente il legame esistente tra ambiti a prima vista distanti e separati, ma che nel concreto risultano influenzarsi a vicenda.

Nel perseguimento di migliori livelli di sviluppo il ruolo dell'investimento appare senza dubbio fondamentale⁵¹⁸, in particolare sono necessari investimenti di origine estera là dove il contributo nazionale risulta insufficiente. Ma l'investimento estero non dovrebbe configurarsi come una indiscriminata usurpazione delle risorse locali, che prende le forme di un nuovo colonialismo.

L'investimento estero deve essere compatibile con le necessità di sviluppo del Paese⁵¹⁹, apportando un miglioramento, e non causando danni ulteriori; la crescita del PIL non può danneggiare la fascia più debole della popolazione. L'interesse dell'investitore al profitto va riconosciuto e tutelato in quanto funzionale al benessere collettivo, ma non può prevalere se entra in contrasto con le esigenze dei cittadini.

Di conseguenza non dovrebbe affidarsi ad un sistema privato, privo di garanzie volte a tutelare gli obiettivi di sviluppo, la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Se gli investitori sono liberi di sfidare le normative e le azioni poste in essere per perseguire la sostenibilità, si pone un ostacolo non indifferente alla sua realizzazione. La protezione dell'investimento non dovrebbe atteggiarsi come prevalente, su interessi dotati di pregnanza di gran lunga maggiore; lo sviluppo sostenibile non dovrebbe essere interpretato come obiettivo secondario rispetto al profitto.

516 Vedi ad esempio, in tema di trasparenza, la *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, del 1998 (Aarhus Convention).

517 Cfr. U. Mattei e F. Capra, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca Edizioni, Torino 2017.

518 Cfr. International Institute for Sustainable Development (IISD), IISD, <http://www.iisd.org/topic/investment>, 28 maggio 2018.

519 Soprattutto se lo scopo dei trattati sugli investimenti è quello di promuovere lo sviluppo. (M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 219).

Il meccanismo ISDS non sembra garantire l'attenzione richiesta per le questioni relative allo sviluppo, il bilanciamento tra gli interessi in gioco viene spesso effettuato in maniera arbitraria, in assenza di un quadro chiaro di riferimento; il giudizio reso non viene effettuato in base a parametri chiari e determinati, che prendano in adeguata considerazione le necessità sottostanti alle misure incidenti sull'interesse dell'investitore. La sostenibilità dell'investimento non appare come requisito necessario per ottenere la sua protezione, la sostenibilità dell'attività statale non sembra costituire un carattere sufficiente a garantirne la legittimità o a renderla elemento per determinare l'entità del risarcimento.

Le scelte politiche effettuate da un Governo allo scopo di tutelare l'ambiente, in un'ottica di sviluppo sostenibile, vanno frequentemente ad incidere sui diritti di proprietà di grandi investitori, che di conseguenza chiamano in giudizio lo Stato per richiedere compensazioni spropositate, come se l'azione statale fosse immotivata ed arbitraria, realizzata al solo scopo di danneggiare l'investitore straniero e non per proteggere interessi collettivi.

Un esempio di questa strategia è il caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*⁵²⁰. La società nordamericana aveva acquistato nel 1970 l'area conosciuta come Santa Elena, per realizzarvi infrastrutture turistiche; nel 1978 il Costa Rica espropria la zona, motivando il decreto con la necessità di conservare la biodiversità tipica del luogo⁵²¹. Al Tribunale ICSID viene richiesto di determinare l'entità della compensazione, sulla quale le parti non riescono a trovare un accordo⁵²²; la sentenza viene emessa il 17 febbraio 2000 e condanna lo Stato a pagare un risarcimento di 16 milioni di dollari, valutando come irrilevanti le motivazioni alla base del decreto di esproprio, che, per quanto legittime, non sono elementi in grado di incidere sull'entità della compensazione⁵²³.

Un altro caso simile, la cui decisione esprime una mancata considerazione dell'interesse collettivo e le scelte di politica pubblica è *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The*

520 ICSID Case No. ARB/96/1.

521 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law: A Critical Appraisal*, in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petresmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, cit., pp. 537-539.

522 Richiesta di arbitrato del 2 giugno 1995.

523 «Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains». (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, 17 febbraio 2000, § 71).

*United Mexican States*⁵²⁴, nel quale la compagnia spagnola ricorre contro lo Stato messicano⁵²⁵, reo di aver negato il rinnovo di una licenza per la gestione di una discarica di rifiuti pericolosi, motivato anche dalle numerose proteste provenienti da movimenti della società civile⁵²⁶. Il ragionamento del tribunale giudica la questione come meramente politica, sottovalutando le implicazioni ambientali e il principio di precauzione, affermando che non vi siano seri rischi per l'ambiente, e declassando le contestazioni come banali «socio-political circumstances»⁵²⁷, non determinate da una «serious urgent situation, crisis, need or social emergency»⁵²⁸. La sentenza, del 23 maggio 2003, condanna il Messico ad un risarcimento di 5 milioni di dollari, a cui sono da aggiungere gli interessi, calcolati dal 1998⁵²⁹.

Gli Arbitri non hanno tenuto conto né delle esigenze di tutela dell'ambiente né del diritto di partecipazione alle decisioni pubbliche, la compensazione riconosciuta all'investitore è stata calcolata esclusivamente in base al valore del capitale investito e della perdita sofferta, indipendentemente dalle motivazioni che stanno alla base della misura contestata. La partecipazione, la manifestazione del proprio punto di vista da parte dei cittadini, è stata giudicata come una contingenza di poco conto, mero incidente di percorso, a cui prestare poca attenzione, irrilevante nella valutazione delle scelte effettuate dallo Stato, che vengono valutate come un deliberato ed immotivato attacco ai diritti economici dell'investitore, inerme di fronte ad un'azione ingiusta ed illegittima.

Non sempre però le motivazioni economiche dell'investitore prevalgono, in alcuni casi le ragioni dello Stato vengono riconosciute, anche se è raro che ciò avvenga in virtù delle necessità di tutela dell'ambiente.

Nel caso *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*⁵³⁰, l'investitore argentino si rivolge alla Corte arbitrale per contestare il fallimento del suo investimento⁵³¹, dovuto a diverse motivazioni, tra cui l'imposizione di oneri ulteriori derivanti dalla Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), in seguito alla quale il costo dell'attività industriale, che

524 ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

525 Richiesta di arbitrato del 27 luglio 2000.

526 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law*, cit., pp. 554-556.

527 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 marzo 2003, § 129.

528 *Ivi*, § 139.

529 *Ivi*, § 201.2.

530 ICSID Case No. ARB/97/7.

531 Ricorso presentato il 18 luglio 1997.

prevedeva la produzione di sostanze chimiche altamente tossiche, sarebbe diventato eccessivo. Il Tribunale⁵³², giudicando la VIA un atto obbligatorio e prevedibile dall'investitore⁵³³, nega il rimborso richiesto, sostenendo che il mancato profitto sia stato causato da una scorretta valutazione dei rischi commerciali da parte dell'impresa⁵³⁴.

Sempre in relazione ad una Valutazione di Impatto Ambientale si sviluppa il caso *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, condotto secondo le UNCITRAL *Arbitration Rules*⁵³⁵. L'impresa canadese ricorre perché non ha ricevuto l'autorizzazione dallo Stato californiano per la realizzazione di un progetto minerario, che prevede l'apertura di una miniera d'oro a cielo aperto, all'interno della California Desert Conservation Area, in una zona abitata da popolazioni indigene⁵³⁶. Sebbene la sentenza, datata 8 giugno 2009, rigetti la richiesta della *Glamis Gold*, le motivazioni addotte non tengono in debita considerazione le questioni ambientali, quanto piuttosto elementi relativi all'entità dell'investimento, all'effetto della VIA e della disciplina legislativa limitante le miniere a cielo aperto sul suo valore, e al rispetto degli *standard* di trattamento: il diniego del risarcimento viene infatti motivato negando che vi sia stato un'ingente perdita di valore del capitale investito e confutando la tesi del ricorrente secondo cui non vi sarebbe stato un trattamento giusto ed equo⁵³⁷.

Questi esempi costituiscono delle eccezioni, la tendenza a giudicare esclusivamente in base a fattori economici è infatti prevalente nei giudizi arbitrali; il Tribunale non è vincolato da alcun obbligo di decidere tenendo conto delle scelte di politica ambientale, il *focus* rimane nella maggior parte dei casi centrato sul valore dell'investimento e sull'aspettativa di profitto, anche quando questioni di pubblico interesse vengono sollevate e costituiscono la *ratio* che determina il contenuto delle disposizioni legislative ed amministrative.

532 Sentenza del 13 novembre 2000.

533 «*The Tribunal has carefully examined these contentions, since the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law*» (*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 novembre 2000, § 67).

534 R. Pavoni e L. Samuele, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law*, cit., p.545 ss.

535 Notifica di arbitrato del 9 dicembre 2003.

536 *Ivi*, p. 547 ss.

537 E. Whitsitt, D. Vis-Dunbar, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America: Tribunal sets a high bar for establishing breach of "Fair and Equitable Treatment" under NAFTA*, «Investment Treaty News», 15 luglio 2009, <https://www.iisd.org/itn/2009/07/14/glamis-gold-ltd-v-united-states-of-america-tribunal-sets-a-high-bar-for-establishing-breach-of-fair-and-equitable-treatment-under-nafta/>, 30 maggio 2018.

9. ISDS, neoliberalismo, eguaglianza.

Il sistema ISDS, così come si deduce dalla storia del suo sviluppo, che si articola nel corso del processo di decolonizzazione⁵³⁸, è frutto dell'affermazione del pensiero economico neoliberista e dell'ideologia del libero mercato. La promozione e la protezione degli investimenti esteri, considerate fondamentali e necessarie allo sviluppo dei Paesi più arretrati, e poi diventate obbiettivo generale in tutte le relazioni commerciali tra Stati, sono un tassello del sistema giuridico che sostiene il libero flusso dei capitali a livello internazionale, garantendo a chi li detiene la realizzazione dei profitti derivanti dal loro investimento, tutelando da un'ampia gamma di rischi, ponendo l'interesse dell'investitore in primo piano, spesso a scapito degli interessi collettivi e dei principi di giustizia ed eguaglianza⁵³⁹.

La fluidità dei meccanismi ISDS e il loro forte distacco dalle forme tradizionali di giustizia, così come configurate nel contesto dello Stato di diritto, rende questo sistema difficile da controllare e da sottomettere ai valori espressi nelle costituzioni democratiche e nei trattati sui diritti umani, così come risulta arduo concepire la sua compatibilità con il concetto di sviluppo sostenibile.

Analizzando con occhio critico le regole che governano i procedimenti arbitrari, gli esiti delle decisioni⁵⁴⁰ e gli interessi che possono entrare in gioco nel corso del giudizio ci si rende conto di come il sistema sia strutturato per fornire una tutela efficace ed immediata all'investitore, attraverso un meccanismo che esula dalle forme e dalle garanzie del processo tradizionale, in nome della velocità richiesta dal mercato, e senza prendere in

538 Sul tema si vedano: M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 18 ss.; K.J. Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreement*, in K.P. Sauvant, L.E. Sachs, *The effect of treaties on foreign direct investment : bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, Oxford University Press, New York, 2009; M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003 p. 2 ss; A.F. Lowenfield, *International Economic Law*, 2 ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 483 ss.

539 Cfr. A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement)*, cit.; R. C. WOLF, *Trade, Aid and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2004, p. 25-26.

540 Gli investitori risultano vincitori nel 72% dei casi inerenti la giurisdizione e nel 60% dei casi relativi al merito. (H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, in International Institute for Sustainable Development (IISD), *Investment Treaty News, Breaking News Analysis*, (2015)).

considerazione altri valori fondamentali, o comunque lasciando alla volontà delle parti o degli Arbitri se tenere conto o meno di questi valori⁵⁴¹.

Le criticità del meccanismo ISDS rendono evidente come questo non sia uno strumento adatto a risolvere questioni che coinvolgono interessi pubblici e collettivi, ma utile esclusivamente a soddisfare l'interesse privato delle grandi imprese transnazionali, utilizzato come risorsa nel conflitto tra due prospettive antitetiche: quella che pone al centro la persona, l'uguaglianza e l'equa distribuzione della ricchezza e quella che invece ruota attorno al mercato, al profitto e al mantenimento della disparità⁵⁴².

Contro il sistema ISDS si sono sollevate numerose voci, dalla società civile, dal mondo accademico e dagli stessi Governi: numerosi sono infatti i movimenti di contestazione degli accordi commerciali più recenti come TTIP e CETA⁵⁴³; diversi studiosi hanno manifestato pubblicamente le loro preoccupazioni in merito alla risoluzione delle controversie tramite ISDS⁵⁴⁴; i governi di Ecuador⁵⁴⁵, Bolivia⁵⁴⁶ e Venezuela⁵⁴⁷ hanno deciso di ritirarsi dalla Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID, mentre il Governo australiano nel 2011 ha espresso la volontà di non inserire più la clausola ISDS nei trattati sugli investimenti⁵⁴⁸. Dubbi sulla legittimità del sistema sono inoltre stati avanzati in sede ONU, attraverso la relazione di Alfred-Maurice de Zayas, esperto indipendente per la promozione di un ordine internazionale equo e democratico, che sostiene la necessità per gli Stati di abolire un

541 Cfr. C. Reiner e C. Schreuer, *Human Rights and International Investment Arbitration* in P.M. Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

542 A. Algostino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, cit.

543 Ne sono un esempio la Campagna Stop TTIP Italia (<https://stop-ttip-italia.net/>) o la European Initiative Against TTIP e CETA (<https://stop-ttip.org/>).

544 Vedi ad esempio: York University, *Public Statement on the International Investment Regime*, cit.; Alliance for Justice, *Open letter by the Alliance for Justice*, cit.

545 J.M. Robbins, *Ecuador withdraws from ICSID Convention*, «uk.practicallaw.thomsonreuters.com», 12 agosto 2009, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-422-1266?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-422-1266?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), (2 Maggio 2018).

546 Bilaterals.org, *Bolivia notifies World Bank of withdrawal from ICSID, pursues BIT revisions*, «bilaterals.org», 9 maggio 2007, <https://www.bilaterals.org/?bolivia-notifies-world-bank-of&lang=fr>, 2 maggio 2018.

547 Gobierno bolivariano de Venezuela, *Gobierno bolivariano denuncia convenio con Ciadi*, «guyana.embajada.gob.ve», http://guyana.embajada.gob.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=243:gobierno-bolivariano-denuncia-convenio-con-ciadi&catid=3:noticias-de-venezuela-en-el-mundo&Itemid=19&lang=es, (2 Maggio 2018).

548 Australian Government-Department of foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement*, cit., p. 14.

meccanismo che rappresenta una minaccia alla tutela dei diritti umani⁵⁴⁹.

Anche la Corte di Giustizia Europea ha inoltre sollevato di recente alcune criticità, con una sentenza del 6 marzo 2018⁵⁵⁰, in cui stabilisce la non compatibilità con il diritto europeo della clausola arbitrale contenuta nel trattato bilaterale tra Olanda e Slovacchia⁵⁵¹.

Sembra quindi più che necessario un suo superamento e la riconduzione delle controversie tra investitore e Stato all'interno del sistema giudiziario nazionale, prevedendo eventualmente, qualora questo risulti effettivamente non efficiente, un ricorso sovranazionale, ma presso Corti che siano orientate a proteggere non solo l'interesse economico del singolo, ma anche i diritti dei cittadini⁵⁵².

Abstract: L'arbitrato internazionale sugli investimenti è diventato, dalla fine del secolo scorso, uno strumento molto apprezzato ed utilizzato dagli investitori stranieri, presente in quasi tutti i trattati bilaterali sugli investimenti e nei trattati commerciali con capitoli dedicati agli investimenti come NAFTA, ECT, TTIP e CETA. Il meccanismo arbitrale solleva però diversi dubbi e critiche, in quanto le sue caratteristiche lo fanno apparire poco compatibile con i requisiti che in uno stato di diritto dovrebbe avere il sistema giudiziario, quali ad esempio l'imparzialità ed indipendenza dei giudici o la trasparenza del procedimento e la possibilità di accesso agli atti. Di non poco conto è inoltre il peso sulle casse statali: i compensi dovuti ad arbitri e consulenti sono molto alti, così come

549 United Nations-General Assembly, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, cit., pp. 3-4.

550 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, C-284/16, EU:C:2018:158, 6 marzo 2018.

551 La vicenda trae origine dal giudizio arbitrale tra la Slovacchia e la società olandese Achmea, conclusosi con una condanna per lo Stato, quantificata in 22,1 milioni di euro. La Corte di Giustizia ha ritenuto illegittima la clausola del trattato, in quanto il tribunale arbitrale non è parte del sistema giudiziario interno e non ha quindi la possibilità di porre alla Corte questioni pregiudiziali in merito all'interpretazione del diritto europeo, nonostante si possa trovare nella situazione di applicarlo; la sentenza non è inoltre appellabile e non è quindi revisionabile da una corte che ne assicuri la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, C. Fouchard e M. Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BITS*, Arbitrationblog Kluwer Arbitration, 7 marzo 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/> (3 maggio 2018).

552 Così come è avvenuto in diversi giudizi, inerenti a questioni relative al diritto di proprietà, portate davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e alla Corte Europea di Giustizia, U. Kriebaum, *Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor State Arbitration?*, in Dupuy, F. Francioni ed E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009; B. De Witte, *Balancing of Economic Law and Human Rights by The European Court of Justice*, in Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, cit..

estremamente elevati sono i risarcimenti riconosciuti agli investitori. Si rilevano perciò numerosi attriti: con i principi costituzionali e democratici; con la normativa internazionale sui diritti umani; con un modello di sviluppo sostenibile per le future generazioni.

Abstract: International investment arbitration has become, since the end of the last century, a highly appreciated tool used by foreign investors, present in almost all bilateral investment treaties and commercial treaties with chapters dedicated to investments such as NAFTA, ECT, TTIP and CETA. However, the arbitration mechanism raises several doubts and criticisms, as its characteristics make it seem inconsistent with the requirements that the judicial system should have in a rule of law state, such as the impartiality and independence of the judges, or the transparency of the procedure and the possibility of access to documents. Moreover is not neglectable the weight on State's funds: the fees due to arbitrators and counselors are very high, as well as the compensation paid to investors is extremely high. There are therefore numerous frictions: with constitutional and democratic principles; with international human rights law; with a model of sustainable development for future generations.

Parole chiave: ISDS – investimenti stranieri - democrazia – Costituzione – diritti umani – sviluppo sostenibile - neoliberalismo.

Key words: ISDS – foreign investment – democracy – Constitution – human rights – sustainable development – neoliberalism.