



DOVERI INTERGENERAZIONALI E TUTELA DELL'AMBIENTE

Sviluppi, sfide e prospettive per Stati,
imprese e individui

a cura di Pasquale Pantalone

Atti del Convegno svoltosi presso
l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021

Il diritto dell'economia

numero monografico

ISSN 1123-3036



STEM Mucchi Editore



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

La pubblicazione è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca SEED 2019 dal titolo *The Common Core of European Intergenerational Duties: Towards a European Charter*, finanziato dall'Università degli Studi di Milano

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano, Via Röntgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell'economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Jugoslavia, 14, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena
Pubblicato nel mese di dicembre 2021

Indice numero monografico

<i>Pasquale Pantalone</i> , Ringraziamenti e presentazione del tema.....	pag.	11
<i>Vito Velluzzi</i> , Introduzione alla I Sessione: «I doveri intergenerazionali nel sistema filosofico, giuridico ed economico: un dialogo interdisciplinare»	»	15
<i>Tiziana Andina</i> , Il dovere di essere transgenerazionali.....	»	20
<i>Lorenza Violini, Giulia Formici</i> , Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza.....	»	32
<i>Fabrizio Fracchia</i> , I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali	»	55
<i>Tullio Scovazzi</i> , I diritti delle generazioni future nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente.....	»	70
<i>Rodrigo Míguez Núñez</i> , Brevi osservazioni sui doveri intergenerazionali a tutela dell'ambiente nel diritto civile	»	84
<i>Mario Libertini</i> , Doveri ambientali, sviluppo sostenibile e diritto commerciale	»	93
<i>Sara Valaguzza</i> , Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati davanti al giudice nazionale	»	97
<i>Elena Carpanelli</i> , Cambiamenti climatici e obblighi intergenerazionali dinanzi agli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani: alcune riflessioni alla luce della recente decisione di irricevibilità del Comitato dei diritti del fanciullo nel caso <i>Sacchi et al. c. Argentina et al.</i>	»	102
<i>Giovanna Adinolfi</i> , Cambiamenti climatici e responsabilità degli investitori stranieri in materia ambientale.....	»	119
<i>Claire Bright, Chiara Macchi</i> , <i>Mandatory human rights due diligence</i> : recenti sviluppi legislativi in Europa.....	»	125
<i>Giulia Botta</i> , <i>Public Procurement & Human Rights: The Intergenerational Duties for States and Corporations to Advance Responsible Business Conduct in the EU debate on Mandatory Human Rights Due Diligence</i>	»	131
<i>Giuseppe Arconzo</i> , La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione	»	157
<i>Emiliano Frediani</i> , La definizione di condizionalità nel codice dell'ambiente: una fattispecie a formazione progressiva	»	186

<i>Elisabetta Romani</i> , Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere <i>uti civis</i>	»	204
<i>Stefanella Stranieri, Pasquale Pantalone, Martina Buscemi</i> , Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: primissime osservazioni a margine dei risultati raccolti attraverso un'indagine empirica.....	»	220
NOTE SUI COLLABORATORI		231

Cambiamenti climatici e responsabilità degli investitori stranieri in materia ambientale

Giovanna Adinolfi

1. Questo breve intervento è dedicato ad alcune linee di tendenza che si osservano nel diritto internazionale degli investimenti: alcuni dei più recenti *bilateral investment treaties* (BIT) e la prassi arbitrale degli ultimi anni testimoniano infatti un crescente interesse non solo per la condotta richiesta allo Stato ospite, secondo l'approccio tradizionale di questa disciplina, ma intervengono anche con riguardo al comportamento dell'investitore straniero, sia nella cd. fase di *establishment* (ovvero quando questi trasferisce capitali e risorse per avviare un'attività economica in uno Stato diverso da quello di origine) sia nella gestione successiva dell'investimento.

L'analisi economica ha dedicato grande attenzione nell'analizzare se e a quali condizioni gli investimenti stranieri possano costituire un motore di sviluppo economico e avere effetti positivi in termini di trasferimenti di tecnologie e di *know-how*, di aumento dell'occupazione, del prodotto nazionale lordo o del reddito pro-capite nel paese ospite. Si osserva come a questi studi se ne affianchino altri, in tempi più recenti, dedicati all'impatto degli investimenti esteri sull'ambiente naturale dello Stato ospite, così per definire come detti investimenti possano contribuire al perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile, declinati non solo in termini economici, ma guardando anche alla realizzazione di più elevati livelli di protezione ambientale, oltre che di tutela dei diritti umani. Con riferimento alla dimensione ambientale, un impatto negativo degli investimenti esteri può sorgere laddove l'attività economica in questione sia di per sé inquinante, a maggior ragione nel contesto di più generali processi di delocalizzazione produttiva spinti da normative ambientali o climatiche nello Stato ospite meno rigorose rispetto a quelle vigenti nello Stato di origine dell'investitore.

Alla luce di queste considerazioni generali, vorrei proporre tre spunti di riflessione, guardando: 1) agli strumenti del diritto internazionale che hanno ad oggetto l'impatto ambientale degli investimenti esteri; 2) alla prassi arbitrale in cui vi è stata data applicazione; infine 3) ad alcuni recenti BIT che intervengono con una disciplina rivolta anche all'investitore, così definendo già sul piano del

diritto pattizio un quadro giuridico al cui interno il giudice o l'arbitro internazionale è chiamato a risolvere controversie in materia di investimenti¹.

2. Sul primo punto, quali strumenti del diritto internazionale regolano la condotta delle imprese? Si tratta principalmente di strumenti di c.d. *soft law*, dedicati in particolare al tema della c.d. *corporate social responsibility*. Tra questi, possono essere menzionate le Linee guida sulle imprese multinazionali approvate in seno all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)², un capitolo delle quali tiene precisamente conto dei potenziali effetti che l'attività delle imprese multinazionali può avere sulla tutela ambientale nel territorio dello Stato ospite. A tale riguardo, le Linee guida sottolineano come, muovendosi nel quadro della normativa vigente nello Stato ospite, le multinazionali non possono trascurare eventuali danni che possono derivare dalla loro attività e, di conseguenza, sono chiamate a fondare ciascuna decisione di investimento anche su una valutazione di impatto ambientale. Al contempo, è loro richiesto di adottare tutte le misure necessarie affinché l'attività di produzione messa in atto abbia le minori conseguenze possibili sull'ambiente e di informare adeguatamente le comunità potenzialmente interessate sulle sue possibili sugli ecosistemi naturali. Le Linee guida costituiscono un atto di *soft law*, che non produce quindi effetti giuridici vincolanti né per gli Stati né per le multinazionali; esse possono tuttavia assumere un certo rilievo nel guidare sia le decisioni di investimento dei privati, sia le politiche normative degli Stati di modo che siano previsti obblighi sostanziali e procedurali nei rispettivi ordinamenti interni cui le imprese medesime siano tenute ad uniformarsi nello stabilire la propria attività economica e nella successiva di gestione dell'investimento.

3. Passando al secondo punto, l'indagine deve prendere le mosse dal contenuto degli accordi bilaterali sugli investimenti. Come è noto agli specialisti di questa materia, ad oggi sono stati conclusi più di 3000 BIT³, con la conseguenza che il diritto internazionale degli investimenti si propone come un quadro normativo fortemente frammentato. In estrema sintesi, il nucleo centrale di tali accordi si rinviene nelle disposizioni che definiscono le garanzie che lo Stato ospi-

¹ Per uno studio più approfondito delle questioni affrontate in questo intervento, ci sia consentito di rinviare a G. Adinolfi, *Soft Law in International Investment Law and Arbitration*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, 86 ss., in particolare 98 ss.

² OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, 2011. V. P. Acconci, *The Promotion of Responsible Business Conduct and the New Text of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, in *Journal of World Investment*, 2001, 126 ss.

³ Cfr. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

te è tenuto ad accordare all'investitore nazionale della controparte, al momento dell'ammissione al proprio territorio, nel caso degli BIT c.d. di liberalizzazione degli investimenti, e nella fase successiva in cui l'attività economica viene messa in atto, in tutti i BIT. Questi standard di trattamento attengono a diverse materie, tra cui la non discriminazione, la piena protezione e sicurezza, il riconoscimento di "trattamento giusto ed equo" e l'espropriazione (diretta o indiretta) e nazionalizzazione dell'investimento straniero.

Anche solo una veloce disamina dei BIT induce ad affermare come questi standard siano tradizionalmente formulati in termini vaghi, lasciando così un ampio margine di discrezionalità al giudice e all'arbitro internazionale nel definirne la precisa portata normativa e quindi nell'accertare l'illiceità della condotta dello Stato ospite lamentata da un investitore straniero⁴. La prassi che ne è derivata è stata oggetto di numerose critiche, per le quali i tribunali arbitrali nelle loro pronunce conferirebbero un rilievo primario alla tutela degli interessi degli investitori, ordinando quindi il pagamento a loro favore di un risarcimento dei danni subiti, a discapito di una adeguata considerazione all'esigenza dello Stato ospite di perseguire interessi collettivi, quale la tutela dell'ambiente, anche attraverso misure di regolazione idonee ad avere direttamente o indirettamente un impatto negativo sugli investitori stranieri interessati.

Alcuni elementi della prassi più recente sembrano però orientarsi in senso diverso. Emerge infatti come in alcuni casi sia stato messo in dubbio che il tribunale arbitrale adito avesse giurisdizione oppure che il ricorso fosse ammissibile, in virtù del fatto che l'investimento in questione era stato compiuto in violazione della legislazione nazionale dello Stato ospite e, di conseguenza, non era degno della protezione prevista dall'accordo bilaterale sugli investimenti in causa. Nei casi in cui lo Stato convenuto ha proposto una simile questione preliminare, non è venuta in rilievo la violazione delle norme ambientali, bensì di altre normative interne, ad esempio in materia di corruzione⁵, o di strumenti di *soft law* del diritto internazionale⁶. Al di là degli esiti cui è giunto ciascun procedimento, non è da escludere che, alla luce del diritto di volta in volta applicabile, la questione della legittimità della condotta dell'investitore possa essere posta preliminarmente anche con riferimento a violazioni norme e principi di diritto interno

⁴ Sul trattamento giusto ed equo, v. F. Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Berlin, 2018.

⁵ V. *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID Case No. Arb/00/7, lodo del 4 ottobre 2006.

⁶ V. *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, lodo del 15 marzo 2016. V. anche *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, lodo del 15 aprile 2009, e *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, lodo del 18 giugno 2010.

o internazionale in materia di protezione dell'ambiente, per escludere l'esame di merito dei ricorsi.

In secondo luogo, nell'interpretazione degli standard di trattamento sopra accennati, e particolare delle norme dei BIT sul trattamento giusto ed equo, si pone il quesito se una loro violazione possa essere esclusa allorquando lo Stato ospite eserciti il suo potere di regolazione per dare attuazione nel proprio ordinamento ad accordi internazionali vincolanti nei suoi confronti, o anche a linee guida o altri strumenti internazionali di *soft law*. A tale riguardo, può essere utile ricordare il caso *Philip Morris v. Uruguay*⁷, ove il tribunale arbitrale costituito nel quadro della Convenzione di Washington sulla soluzione delle controversie sugli investimenti del 1965⁸ non ha ravvisato alcuna violazione da parte dell'Uruguay nell'accordo bilaterale degli investimenti concluso con gli Stati Uniti, giacché le misure che a giudizio del ricorrente costituivano una misura di espropriazione indiretta e una violazione della norma sul trattamento giusto ed equo erano state adottate per dare applicazione alle linee guida approvate nel quadro della *Framework Convention on Tobacco Control* conclusa nel 2003 nel quadro della Organizzazione mondiale della sanità⁹. È solo un primo elemento della prassi, che lascia presagire la possibilità, in termini più generali, che anche gli strumenti di *soft law* possono venire in rilievo come strumenti interpretativi cui il giudice può ricorrere per definire la portata e il contenuto degli standard di trattamento degli investimenti esteri previsti dai BIT.

Infine, sempre guardando alla prassi contenziosa, può richiamarsi il caso *Urbaser v. Argentina*¹⁰, ove il tribunale ICSID ha accolto la domanda riconvenzionale presentata dallo Stato convenuto contro l'investitore, in cui era lamentata la violazione da parte di quest'ultimo di principi e norme di diritto internazionale. Nel caso di specie era allegata la violazione da parte dell'investitore del diritto umano all'acqua¹¹, ma non può escludersi che possano venire in rilievo contestazioni simili riguardo condotte dell'investitore particolarmente pregiudizievoli per la qualità dell'ambiente nel territorio dello Stato ospite.¹²

⁷ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, lodo dell'8 luglio 2016.

⁸ United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, 159 ss.

⁹ United Nations, *Treaty Series* vol. 2302, 166 ss. Per le linee guida, v. <https://fctc.who.int/who-fctc/overview/treaty-instruments>.

¹⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, lodo dell'8 dicembre 2016.

¹¹ J. Alvarez, *Reviewing the Use of 'Soft Law' in Investment Arbitration*, in *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper no. 18-46; M. Krajewski, *A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application*, in *Business and Human Rights Journal* 2020, 105 ss.

¹² Seppur non accolte nel merito, v. le osservazioni del ricorrente in *South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, lodo del 22 novembre 2018, par. 195 ss.

4. Passando invece agli sviluppi che si registrano sul piano convenzionale, una particolare menzione merita l'iniziativa avviata nel 2015 dalla *United Nations Conference on Trade and Development* per una riforma degli accordi internazionali sugli investimenti di modo che questi incorporino espressamente il principio dello sviluppo sostenibile¹³. Al contempo, si osservano alcuni passi in avanti che, seppur timidi, possono essere indicativi di sviluppi futuri. In particolare, sono tre gli elementi che desidero sottolineare. In primo luogo, il preambolo di alcuni accordi sugli investimenti conclusi di recente rinvia direttamente a strumenti internazionali di *soft law* in materia di protezione dell'ambiente e di responsabilità sociale d'impresa¹⁴, quali le Linee guida dell'OCSE sulle imprese multinazionali, la Dichiarazione di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo de 1992 e il principio di sviluppo sostenibile ivi posto. Di tal guisa, questi strumenti divengono parte del "contesto" alla luce del quale dovranno interpretarsi le norme sostanziali in materia di trattamento dell'investitore straniero.¹⁵ Inoltre, non mancano accordi sugli investimenti più recenti a norma dei quali le parti contraenti assumono l'impegno a incoraggiare gli investitori stranieri che operano sul territorio a conformarsi e a rispettare gli standard internazionali in materia di responsabilità sociale dell'impresa¹⁶ rinviando alle Linee guida dell'OCSE già menzionate, ai *Guiding Principles on Business and Human Rights* adottati in seno alle Nazioni Unite nel 2011¹⁷ e alla *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* approvata dall'Organizzazione internazionale del lavoro¹⁸: indubbiamente si tratta di norme che si rivolgono agli Stati, e non agli investitori stranieri, ma in base alle quali si richiederanno elementi di prova particolarmente significativi a che l'investitore possa dimostrare che l'introduzione di normative nazionali coerenti con tali strumenti abbia dato luogo a una violazione da parte dello Stato ospite degli standard di trattamento. Infine, alcuni (pochi)

¹³ V. UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Genève, 2015 e Id., *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Genève, 2018.

¹⁴ Per tutti, v. il preambolo dell'Accordo economico e commerciale globale, concluso tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e il Canada, dall'altra (CETA), in *GUUE* L 11 del 14 gennaio 2017, 23 ss.

¹⁵ In base alla regola generale di interpretazione, posta dall'art 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, 331 ss.), gli accordi internazionali devono essere interpretati in buona fede, in base al senso ordinario dei termini ivi impiegati, guardando al "contesto" nel quale i medesimi sono inseriti e alla luce dell'oggetto e dello scopo dei trattati (par. 1). A comporre il "contesto" contribuisce anche il preambolo dei trattati (par. 2).

¹⁶ V. l'art. 22.3, par. 2(b) del CETA e l'art. 31 del model BIT della Norvegia del 2015 (<https://investmentpolicy.unctad.org>).

¹⁷ V. l'allegato a J. Ruggie, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011). In dottrina, v. M. Buscemi et al. (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden-Boston, 2020.

¹⁸ <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--en/index.htm>.

accordi più recenti prevedono un impegno a carico dell'investitore di contribuire allo sviluppo sostenibile dello Stato ospite e ad adottare prassi e misure coerenti con strumenti internazionale di *soft law*¹⁹.

5. In conclusione, la prassi brevemente richiamata induce a chiedersi se siamo agli albori di una evoluzione del diritto internazionale degli investimenti attenta alla condotta "responsabile" degli investitori stranieri, attribuendo, o ricostruendo per via interpretativa l'esistenza di, obblighi di condotta a loro carico in materia ambientale e sociale, il cui rispetto possa così contribuire allo sviluppo "sostenibile" degli Stati ospiti.

¹⁹ V. l'art. 14, par. 1 dell'accordo bilaterale sugli investimenti concluso nel 2018 tra il Brasile e l'Etiopia (<https://investmentpolicy.unctad.org>).