

# **DIRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI**

*Pia Acconci*  
*pacconci@unite.it*

# GLOSSARIO

- **PVS** = Paesi in via di sviluppo
- **FDI** = Foreign Direct Investment
- **BITs** = Bilateral Investment Treaties
- **ICSID** = International Centre for the Settlement of Investment Disputes
- **ICC** = International Chamber of Commerce
- **UNCITRAL** = UN Commission on International Trade Law

# GLOSSARIO

- **NIEO/NOEI** = New International Economic Order (nuovo ordine economico internazionale)
- **UNCTAD** = UN Conference on Trade and Development
- **“Dottrina Calvo”** = trattamento simile per le proprietà straniere e quelle nazionali, nessuna interferenza dello Stato nazionale e/o giurisdizione esclusiva dei giudici nazionali
- **OECD/OCSE** = Organization for Economic Cooperation and Development

# QUESTIONI PRINCIPALI

- Cosa è un investimento?
- Quando un investimento può essere qualificato straniero?
- Quali obblighi ha uno Stato verso investitori stranieri?
- Cosa è un espropriazione? Quando si verifica?
- Quali rimedi sono a disposizione in caso di una controversia?

Diritto internazionale in materia di  
investimenti = il risultato  
dell'interazione di una varietà di attori,  
interessi/aspettative e  
fonti

## Stato nazionale (*Home State*)/ Stato ospite (*Host State*)

- *Home State* = lo Stato nazionale dell'investitore
- *Host State* = lo Stato estero dove l'investimento è realizzato

# ARGOMENTI PRINCIPALI

- Origini del diritto internazionale in materia di investimenti (colonialismo)
- Decolonizzazione ed espropriazioni dirette
- Dibattito Nord-Sud e richieste per un Nuovo Ordine Economico Internazionale (anni '70 del novecento)
- Atteggiamento dei PVS verso investimenti di imprese multinazionali
- Motivi della conclusione di migliaia di trattati internazionali in materia
- Il collegamento tra questi trattati e “arbitrato diretto”
- Specificità dell'arbitrato ICSID
- “Arbitrato diretto” = “Arbitration without privity”?
- Espropriazioni indirette e questione della rilevanza di interessi non-economici
- Revisione di trattati internazionali in materia
- Cenni al ruolo dell'UE, quale attore dell'arena internazionale relativa agli investimenti, dopo entrata in vigore del Trattato di riforma di Lisbona (2009)

**Origini del diritto  
internazionale in  
materia di  
investimenti  
(colonialismo)**



# Diritto internazionale in materia di investimenti

## Origini: PERIODO COLONIALE

- I membri della società internazionale erano solo Stati economicamente avanzati
- “Full security” per investitori stranieri ritenuto diritto internazionale consuetudinario (protezione della proprietà straniera)
- Libertà di investimento = principio base
- La violazione dei diritti di proprietà di un investitore straniero = La violazione dei diritti del suo Stato nazionale
- Protezione attraverso le leggi e/o la forza militare dello Stato nazionale

**Decolonizzazione e  
Contrapposizione  
sulle regole in materia  
di investimenti nel  
corso del dibattito  
Nord-Sud**

# ***Post-decolonizzazione: dibattito Nord-Sud***

## **Due concetti opposti di libertà**

- STATI INDUSTRIALIZZATI sostenevano:
  - la libertà assoluta di scelta degli investitori
  - le scelte di investimento determinate dalle aspettative di profitto degli investitori
- STATI DI NUOVA INDIPENDENZA sostenevano:
  - la libertà assoluta degli Stati ospiti di esercitare la sovranità relativamente non solo al territorio, ma anche alle risorse naturali
  - il condizionamento delle scelte di investimento ai bisogni e alle politiche degli Stati ospiti

# ORIENTAMENTO DEGLI STATI INDUSTRIALIZZATI: ogni Stato doveva garantire

- libertà di ammissione/ingresso
- “minimum standard” di trattamento
- soddisfazione di certi requisiti di liceità in caso di espropriazione:
  - obiettivo dell’interesse pubblico
  - non-discriminazione
  - Pagamento di un indennizzo adeguato, pronto ed effettivo (“full compensation”)
  - rimedi giurisdizionali adeguati (“due process”) e dalla protezione diplomatica

## **ORIENTAMENTO DEGLI STATI DI NUOVA INDIPENDENZA: libertà di ciascuno Stato di**

- accettare o no FDI nel suo territorio
- delineare e imporre condizioni alle scelte degli investitori
- espropriare e/o nazionalizzare FDI secondo (solo) i suoi bisogni e risorse (“appropriate compensation”)
- negare il ricorso alla protezione diplomatica dello Stato nazionale per la soluzione delle controversie in materia di FDI (giurisdizione esclusiva delle corti nazionali)

# OBIETTIVI DEL NOEI

- Distribuzione equa (*fair*) delle risorse
- Trasferimenti di tecnologia ai PVS
- Condizioni preferenziali nel commercio
- Una riforma vantaggiosa del sistema monetario internazionale
- Sostegno ai PVS per la loro dipendenza dai capitali stranieri: possibilità di restrizioni all'ammissione e nel corso della realizzazione dell'investimento

# La questione della definizione di espropriazioni/nazionalizzazioni

- espropriazioni/nazionalizzazioni dirette: atti di spossessamento/"taking" apertamente dichiarati
- espropriazioni/nazionalizzazioni *de facto*: neutralizzazione effettiva dei benefici della proprietà, senza un atto di spossessamento/"taking" apertamente dichiarato
- "creeping"/espropriazioni indirette: interferenza nell'esercizio dei diritti di proprietà equivalente a quella di uno spossessamento/"taking", anche se non si verifica formalmente alcun trasferimento di tali diritti

# ESPROPRIAZIONI/NAZIONALIZZAZIONI: requisiti di liceità tradizionali

- Nel diritto internazionale uno Stato può espropriare/nazionalizzare se rispetta alcuni requisiti sostanziali e procedurali
- Uno spossessamento/”taking” deve essere
  - per un interesse/obiettivo pubblico
  - non discriminatorio
  - seguito dal pagamento dell’indennizzo e
  - dalla disponibilità di mezzi effettivi di riparazione a livello locale (“due process”)



# LA QUESTIONE DELLA DETERMINAZIONE DELL'INDENNIZZO PER ESPROPRIAZIONE

- Secondo gli Stati industrializzati, norme di diritto internazionale consuetudinario ponevano obbligo dell'indennizzo pieno, ossia pronto, adeguato ed effettivo (“full compensation”)
- Secondo gli Stati di nuova indipendenza, norme di diritto internazionale consuetudinario avrebbero imposto obbligo dell'indennizzo appropriato, ossia determinato caso-per-caso, sulla base dell'interesse pubblico in gioco, dei bisogni e delle risorse dello Stato ospite

## **Alcuni effetti della diversità di posizioni dei due gruppi di Stati**

- “Rischio Stato ospite” a seguito delle richieste dei PVS (rischio politico)
- Insicurezza giuridica
- Incertezza del presunto diritto internazionale consuetudinario
- Fenomeno dei trattati internazionali in materia, per lo più bilaterali (BITs)

# Il diritto internazionale in materia di investimenti a seguito del dibattito Nord-Sud

- Tutela della libertà di iniziativa e azione degli investitori stranieri in un contesto di neoliberalismo
- Indirizzo dell'attività delle multinazionali, a seguito del dibattito Nord/Sud relativo alla definizione delle regole su trattamento e protezione degli investimenti all'estero (decolonizzazione e NOEI)
- Trattati internazionali *ad hoc* (migliaia: molti bilaterali ancora in vigore)

**Atteggiamento dei PVS verso  
investimenti di imprese  
multinazionali  
in decenni diversi del  
novecento**

## Anni settanta

- Ostilità e tentativi di controllo restrittivo (esempio, progetto di Codice di condotta ONU)

# Mutamenti nell'orientamento dei PVS (a partire dagli anni ottanta)

- Capitale straniero = uno strumento di sviluppo finanziario
- BITs
- Politiche nazionali di attrazione degli investimenti stranieri attraverso
  - crediti d'imposta
  - sovvenzioni
  - accettazione/consenso all'arbitrato diretto

# Anni novanta

- Consolidamento del mutamento di orientamento:
  - imprese multinazionali = un “male necessario”
  - legislazioni nazionali favorevoli agli investimenti stranieri

**Il fenomeno dei  
trattati internazionali  
in materia di  
investimenti**



# Trattati internazionali in materia di investimenti tra Stati con livello differente di sviluppo economico

Motivi per la loro conclusione:

- la ricerca di compromessi per la creazione di un clima internazionale favorevole per investimenti all'estero
- il nuovo orientamento dei PVS risultante dalle loro leggi e azioni sul piano internazionale

# Questioni principali disciplinate dai BITs tradizionali

- Determinazione ambito di applicazione: definizioni di investimento e investitore
- Standard di trattamento
- Espropriazioni e nazionalizzazioni
- Soluzione delle controversie (arbitrato diretto)

# Standard di trattamento tipici

- *Fair and equitable* (giusto ed equo)
- Non discriminatori
  - trattamento della nazione più favorita
  - trattamento nazionale

# Clausole dei trattati su espropriazione/nazionalizzazione: elementi ricorrenti

- Definizione ampia e aperta di espropriazione/nazionalizzazione (*any taking* o *any measure tantamount to an expropriation/nationalization*)
- Prevalentemente clausole che ricalcano i requisiti di liceità alla base delle pretese degli Stati industrializzati al tempo del dibattito Nord-Sud, in particolare
- Riferimento ai tre requisiti – pronto, adeguato ed effettivo – alla base della determinazione della *full compensation* quale indennizzo

**Il collegamento tra  
questi trattati e  
“arbitrato diretto”**

# **“Arbitrato diretto”**

## **se una clausola arbitrale è inserita in**

- un trattato internazionale tra uno Stato nazionale e uno Stato ospite
- un contratto tra un investitore e uno Stato ospite
- una legge nazionale dello Stato ospite

# Vantaggi dell'arbitrato ICSID

- L'ICSID è un'organizzazione internazionale che amministra la soluzione delle controversie tra un investitore straniero e uno Stato ospite, soprattutto mediante arbitrato
- L'ICSID è un organismo tecnico/neutrale
- L'ICSID ha norme procedurali specifiche
- Vi partecipano numerosi Stati

## L'art. 27 della Convenzione ICSID

«(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute»



# L'importanza dell'art. 27 della Convenzione ICSID

- Istituisce un rapporto tra controversie tra Stato ospite e investitore dell'altro Stato contraente portate davanti a un tribunale arbitrale ICSID e le controversie eventuali tra i due Stati contraenti per il trattamento ricevuto dal medesimo investitore
- Vieta la protezione diplomatica, eccetto quando lo Stato ospite non «abide by and comply with» la sentenza arbitrale ICSID

# “Arbitration without Privity”

Consenso all'arbitrato dello Stato ospite pre-esistente nel trattato oppure in una legge nazionale

Questo consenso appare indipendente da quello dell'investitore (nessuna “privity” per questo se non quando decida di attivare clausola arbitrale)

Strumenti diversi e non contestuali per il consenso

L'investitore può agire direttamente per la tutela dei propri interessi senza un accordo preliminare con lo Stato ospite e senza dipendere dall'intervento del proprio Stato nazionale

**Perché iniettare la  
tutela di interessi non  
economici nei trattati  
internazionali in  
materia di  
investimenti?**

# La frizione tra tutela di investimenti all'estero e salvaguardia del "Regulatory Space" di uno Stato ospite

## La prassi dimostra

- Secondo molti investitori, la clausola sul trattamento "fair and equitable" renderebbe effettive le loro aspettative sulla stabilità, coerenza e prevedibilità del sistema politico e normativo dello Stato ospite
- Secondo taluni Stati ospiti, non esisterebbe un collegamento tra siffatte aspettative e la situazione politica, sociale ed economica, nonché normativa, di uno Stato

# Casi sorti a seguito di un atto normativo dello Stato ospite relativo a

concessioni idriche (contro Argentina)

gestione di siti di rifiuti (contro Mexico)

divieto di sostanze dannose  
(contro Stati Uniti, Canada, Australia e Uruguay)

tutela del patrimonio artistico, culturale e religioso  
(contro Stati Uniti e Lituania)

**Come iniettare la  
tutela di interessi non  
economici nei trattati  
internazionali in  
materia di  
investimenti?**

# Elementi innovativi dei trattati recenti (elementi aggiuntivi)

- Liberalizzazione, protezione e promozione
- Sostenibilità/Qualità degli investimenti
- *Non-precluding/Non-relaxation measures*
- *Right to regulate*
- Trasparenza

# Riferimento a interessi non-economici nei trattati più recenti

“Non-relaxation clauses”  
nei preamboli e talvolta  
nel testo

Eccezioni generali agli  
obblighi sul trattamento

Eccezioni agli obblighi  
sul divieto di  
“performance  
requirements”

Disposizioni/Clausole  
speciali per la tutela di  
salute, ambiente e/o diritti  
dei lavoratori (per esempio, il  
*Model BIT* statunitense del 2012 e il  
*Model BIT* canadese del 2004



## Una “non-relaxation clause” può essere:

“[e]ach Contracting Party recognizes that **it is inappropriate to encourage** investment by investors of another Contracting Party **by relaxing its environmental measures**. To this effect each Contracting Party should not waive or otherwise derogate from such environmental measures as an encouragement for the establishment, acquisition or expansion of investments in its territory”.

Oppure ...

“[d]esiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”

(preambolo del *Model BIT* degli Stati Uniti, 2012)

# Lo *Standard* di trattamento *Fair and Equitable* Un esempio di approccio semantico diverso

- Secondo l'art. 9.4, par. 2, del capitolo sugli investimenti dell'accordo di libero scambio tra **UE e Singapore**, “[t]o comply with the obligation to accord fair and equitable treatment set out in paragraph 1, neither Party shall adopt measures that constitute: (a) denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings; (b) a fundamental breach of due process; (c) manifestly arbitrary conduct; (d) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or (e) a breach of the legitimate expectations of a covered investor arising from specific or unambiguous representations from a Party so as to induce the investment and which are reasonably relied upon by the covered investor” [testo autentico del 2018, art. 2.4, par. 2]

# Una disposizione speciale sulla legittimità di “Regulatory Takings”

“Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances”

[esempi: il *Canadian Model BIT* del 2004, l'*US-Australia FTA Agreement* del 2005, l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement* del 2009, l'*Indian Model BIT* del 2012, il *CETA* del 2016, il *TPP Agreement* del 2015/2018, l'*Investment Ch* del *Draft TTIP Agreement* del 2015]

# Il “Right to Regulate” per individuare e rendere accettabili eventuali ‘non compensable regulatory measures’

- Secondo la struttura tipica degli accordi = nessuna differenza
- “Compensable regulatory measures” = il risultato dell’esercizio ordinario del potere normativo statale
- “Non compensable regulatory measures” = il risultato dell’esercizio del “right to regulate” nell’interesse pubblico

# Il “Right to Regulate”

- è divenuto un concetto di riferimento
- è un concetto ampio connesso con
  - protezione dell’ambiente
  - salute pubblica/“safety”
  - diversità culturale/tutela del patrimonio artistico-culturale
  - trasparenza e apertura

# QUALI “Legitimate Objectives” pubblici?

quelli relativi agli interessi, bisogni e preoccupazioni di

- Popolazioni locali
- NGOs
- Consumatori
- *Stakeholders*
- Opinione pubblica in generale/società civile

# Il Riferimento al “Right to Regulate” nei Trattati

Il preambolo dell’Accordo **TPP** (2015):

“RECOGNISE their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non-living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals”



## Una clausola specifica su “investimenti e ambiente, salute e altri obiettivi normativi”

Esempio:

L'articolo 9.15 dell'Accordo **TPP** :

“Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives”

**Cenni al ruolo dell'UE,  
quale attore dell'arena  
internazionale relativa  
agli investimenti, dopo  
entrata in vigore del  
Trattato di riforma di  
Lisbona (2009)**

## L'ampliamento della politica commerciale comune dell'UE a seguito del Trattato di Lisbona del 2007

- Inclusione degli investimenti diretti esteri (FDI) nella politica commerciale comune (art. 207 TFUE)
- Rilevanza degli articoli 2.5 e 21 del TUE e 205 TFUE: coerenza tra l'azione esterna UE e i principi e valori UE

## Tentativi della Commissione di revisione della struttura tipica di alcune norme dei trattati internazionali in materia di investimenti. Come?

- Rilevanza della sostenibilità
- Inclusione della salvaguardia specifica del “right to regulate” dello Stato ospite al fine del bilanciamento tra interessi dell’investitore straniero e quelli dello Stato ospite
- Rilevanza di trasparenza e partecipazione per il bilanciamento di interessi
- Proposte di riforma dell’“arbitrato diretto” quale metodo ricorrente di soluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite