



FULVIO MARIA PALOMBINO*

IL MODELLO AFRICANO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI INVESTIMENTI: TRA TENDENZA TERZOMONDISTE E “UMANIZZAZIONE” DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’“africanizzazione” del diritto internazionale degli investimenti... – 3. ...E i suoi limiti. – 4. Un’alternativa: l’argomento della “umanizzazione” del diritto internazionale. – 5. L’argomento della “umanizzazione” attraverso la lente del diritto internazionale degli investimenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Sin dalle sue origini il diritto internazionale degli investimenti è andato sempre di più strutturandosi come un sistema inerentemente sbilanciato in favore degli investitori; e ciò sotto il profilo sia sostanziale sia procedurale. Così, in riferimento al primo profilo, è fin troppo evidente come la maggior parte dei trattati in materia – almeno di norma – garantisca diritti agli investitori, ma non imponga loro alcun obbligo. Relativamente al profilo procedurale, del resto, e in base a questi stessi trattati, è noto che mentre gli investitori possono lamentare dinanzi a un tribunale arbitrale internazionale una violazione del trattato da parte dello Stato ospite, quest’ultimo non gode di alcuna legittimazione attiva. Non c’è dubbio, dunque, che i sistemi di risoluzione delle controversie tra Stato e investitori stranieri (*Investor-State Dispute Settlement* – ISDS, secondo l’acronimo inglese) per loro natura non possano che essere asimmetrici¹; e le cose non cambiano se il sistema viene visto nel prisma della prassi africana.

* Professore Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ In questo senso M. KOSKENNIEMI, *It’s not the Cases, It’s the System*, in *Jour. W. Int.*, 2017, p. 343 ss. osserva che «when one of the parties, and only one of them, may say “if you do not agree with my condition, then see you in the court”, then the balance of power has shifted decisively in favor of that party» (p. 351). Si veda anche G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, in M. BUSCEMI, N. LEZZERINI, L.

Gli Stati africani sono storicamente i Paesi che hanno risentito di più di questa asimmetria, per cui spesso: risultano parti soccombenti in procedimenti arbitrari promossi da investitori stranieri; e finiscono per sacrificare i propri interessi in favore di quelli dei Paesi esportatori di capitale. In questo senso non sorprende che questi stessi Stati abbiano intrapreso un processo di profondo cambiamento dei propri trattati in materia; e che questo cambiamento sia stato funzionale a rafforzare la posizione dello Stato ospite nei confronti degli investitori, in particolare prevedendo degli obblighi in capo a questi ultimi e sostituendo i meccanismi di ISDS con una serie di sistemi nazionali e regionali di risoluzione delle controversie. Si tratta di una tendenza tutt'altro che marginale, tanto da spingere parte della dottrina a parlare di "africanizzazione" del diritto internazionale degli investimenti. Su questi presupposti anche l'oggetto del lavoro risulta delineato.

L'intenzione è quella di esplorare i tentativi di diversi Paesi e organizzazioni regionali africani nel senso di superare l'asimmetria tipica del diritto internazionale degli investimenti e di provare a comprendere fino a che punto l'approccio volto alla sua "africanizzazione" sia il più adeguato nella prospettiva degli stessi Stati che lo promuovono o vi siano delle alternative possibili.

2. L'"africanizzazione" del diritto internazionale degli investimenti...

Il continente africano ha da sempre giocato un ruolo di primo piano rispetto alla emersione e allo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti contemporaneo, specie attraverso un suo coinvolgimento diretto nei momenti cruciali della storia dei meccanismi di ISDS. A titolo esemplificativo basti pensare: che il primo procedimento instaurato ai sensi della Convenzione ICSID vedeva il Marocco quale parte convenuta²; che il primo caso nel quale un lodo sia stato effettivamente reso coinvolgeva la Costa d'Avorio³; che il noto "*test Salini*", messo a punto dalla giurisprudenza arbitrale al fine di definire la nozione di "investimento", è stato elaborato per la prima volta in un procedimento contro il Marocco⁴ e così via. Eppure i Paesi africani, anziché beneficiarne economicamente, nel corso degli anni sono stati spesso destinatari di lodi arbitrari sfavorevoli.

Questa circostanza non è altro che la conseguenza fisiologica dell'asimmetria del diritto internazionale degli investimenti, da sempre penalizzante per i paesi più deboli dal punto di vista economico e istituzionale. D'altra parte è per la stessa ragione che il sistema di ISDS sta vivendo una profonda crisi di legittimità, aggravata apparentemente da decisioni spesso confliggenti, dall'assenza di un meccanismo generale di appello avverso tali decisioni, da dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri, nonché dagli elevatissimi costi del sistema; tutti elementi che

MAGI, D. RUSSO (Eds.), *Legal Sources in Business & Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, 2019, p. 52 ss.

² Decisione sulla giurisdizione ICSID del 12 maggio 1974, ICSID Case No ARB/72/1, *Holiday Inns SA e altri c. Regno di Marocco*.

³ Lodo arbitrale ICSID del 5 giugno 1990, ICSID Case No ARB/76/1, *Gardella SpA c. Costa d'Avorio*.

⁴ Decisione sulla giurisdizione ICSID del 31 luglio 2001, ICSID No ARB/00/4, *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Regno di Marocco*.

hanno generato un vivace dibattito dottrinale sulle possibilità di una sua riforma, e soprattutto spinto gli Stati africani a farsene portavoce in diversi contesti, ancorché lungo la logica dell'africanizzazione del diritto internazionale degli investimenti⁵.

Si tratta di un approccio ascrivibile a quel movimento più ampio volto più in generale a rimettere in discussione i “dogmi” del diritto internazionale in chiave terzomondista (*Third World Approach to International Law – TWAIL*)⁶. E che si è tradotto in una serie di strumenti normativi, quali accordi regionali e legislazioni interne.

In primo luogo, diversi accordi in materia di investimenti adottati nell'ambito di organizzazioni economiche regionali africane (*African Regional Economic Communities – RECs*) hanno tentato di innovare le disposizioni in materia di risoluzione delle controversie. Nel 2016, ad esempio, nel contesto dell'Unione africana, è stato redatto il codice panafricano per gli investimenti (*Pan African Investment Code – PAIC*); e ciò con l'ambizioso obiettivo di armonizzare le politiche in materia di investimenti di tutto il continente. A dire il vero, il codice è soltanto una guida per futuri accordi in materia e in quanto tale non vincolante, ma rappresenta in ogni caso il tentativo più ambizioso di superare l'arbitrato internazionale e di sostituirlo con un meccanismo più equilibrato di risoluzione delle controversie attraverso corti domestiche e istituzioni arbitrali africane. Ad andare in questa direzione vi sono diversi elementi del codice, quali: l'introduzione del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni per l'accesso all'arbitrato⁷; la previsione dell'applicabilità della legge interna dello Stato ospite, una volta che la controversia sia deferita in arbitrato; l'amministrazione del procedimento arbitrale ad opera di istituzioni – pubbliche o private – africane⁸; e la possibilità, per lo Stato convenuto, di proporre domande riconvenzionali⁹. Le innovazioni contenute nel PAIC, d'altra parte, non si limitano ad aspetti procedurali, ma interessano anche questioni sostanziali relative al trattamento degli investimenti stranieri: tali sono una definizione particolarmente restrittiva della nozione di investitore, l'assenza di previsioni sul trattamento giusto ed equo, e l'imposizione di requisiti di *performance* in materia di diritti umani, *due diligence* e uso sostenibile delle risorse naturali.

Egualmente significativo nella medesima prospettiva è il modello di trattato bilaterale di investimento (*Bilateral Investment Treaty – BIT*) della Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (*Southern African Development Community – SADC*)¹⁰, adottato in un differente contesto istituzionale. Qui c'è una chiara preferenza per la risoluzione interstatale delle controversie, piuttosto che

⁵ M. M. MBENGUE, S. SCHACHERER, *The Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and Reform of the International Investment Regime*, in *Jour. W. Inv.*, 2017, p. 414 ss.; O. D. AKINKUGBE, *Africanization and the Reform of International Investment Law*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2021, p. 7 ss. Analogamente si veda O. D. AKINKUGBE, *Africanization and the Reform of International Investment Law*, cit., p. 17: «[i]n recognition of the shortcomings of the legal rules of IIA for the development of African economies, Africanization seeks a reform of the system by centering the critical voices of African states in the [International Investment Agreements] where they have negotiation leverage. The Africanization process reimagines and reshapes the international investment regime, while acknowledging the constraints of the [International Investment Law] regime».

⁶ B. S. CHIMNI, *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, in *International Community Law Review*, 2021, p. 3 ss.; J. T. GATHII, *The Agenda of Third World Approaches to International Law (TWAIL)*, in J. DUNOFF, M. POLLACK (a cura di), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge, 2022, p. 153 ss.

⁷ Unione africana, AU/STC/FMEP1/EXP/18(II), 26 marzo 2016, *Draft-Pan African Investment Code*, Art. 42(1)(c).

⁸ *Ivi*, Art. 42(1)(d).

⁹ *Ivi*, Art. 43.

¹⁰ *SADC Model Bilateral Investment Treaty*, adottato nel 2012.

tra Stati e investitori stranieri. E il modello è quello per cui, previo esaurimento dei ricorsi interni da parte del singolo investitore, lo Stato di nazionalità potrebbe agire in giudizio per suo conto al fine di lamentare una presunta violazione delle disposizioni del trattato da parte dello Stato ospite¹¹.

Ancora. Nel contesto della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (*Economic Community of Western African States – ECOWAS*) è stato adottato il «Supplementary Act Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for Their Implementation with ECOWAS»¹². Si tratta di uno strumento teso all'armonizzazione delle normative interne e all'adozione di un codice comune in grado di guidare le politiche nazionali in materia di investimenti. Lo stesso strumento prevede inoltre un meccanismo di risoluzione delle controversie che opera per il tramite di corti interne o di istituzioni arbitrali nazionali¹³. Nel testo, infine, si legge che «home States shall ensure that their legal systems and rules allow for, or do not prevent or unduly restrict, the bringing of court actions on their merits before domestic courts relating to the civil liability of investors for damages resulting from alleged acts or decisions made by investors in relation to their investments in the territory of other Member States and that the host State laws on liability shall apply to such proceeding»¹⁴. Di conseguenza, anche in questo caso, l'investitore è destinatario di una serie di obblighi, tra cui quello di «comply with on hygiene, security, health and social welfare rules in force in the host country»¹⁵.

Non può non menzionarsi, del resto, il BIT concluso tra Marocco e Nigeria nel 2016, non ancora entrato in vigore, ma il cui carattere profondamente innovativo può notarsi da una serie di disposizioni, ad esempio l'art. 18 relativo all'obbligo degli investitori di rispettare l'ambiente, i diritti umani e alcuni standard in materia di lavoro adottati dall'Organizzazione internazionale del lavoro.

In sintesi, tutti gli strumenti esaminati condividono alcune caratteristiche, in particolare la tendenza a ricorrere a mezzi di risoluzione delle controversie alternativi rispetto al tradizionale arbitrato Stato-investitore, nonché la previsione di un certo numero di obblighi gravanti sugli investitori.

Con riferimento invece alle normative nazionali, è senz'altro significativo il fatto che il Sudafrica abbia terminato tutti i BIT di cui era parte e adottato nel 2015 il «Protection of Investment Act» (PIA)¹⁶ per regolamentare la materia, peraltro sempre nel senso di escludere qualsiasi forma di arbitrato Stato-investitore. Il meccanismo di risoluzione delle controversie configurato da questo strumento normativo prevede infatti il ricorso a corti nazionali o, in alternativa, l'uso dell'arbitrato interstate¹⁷. In aggiunta, lo Stato «may consent to [State-to-State] international arbitration»¹⁸, ma non è obbligato a farlo. Sembra chiaro dunque che nonostante l'originaria inclinazione del Sudafrica alla conclusione di BIT così come all'accettazione delle clausole arbitrali

¹¹ *Ivi*, Art. 29(4)(b).

¹² *ECOWAS Supplementary Act A/Sa.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and The Modalities for Their Implementation with ECOWAS*, siglato il 19 dicembre 2008, entrato in vigore il 19 gennaio 2009.

¹³ *Ivi*, Art. 33(6).

¹⁴ *Ivi*, Art. 29.

¹⁵ *Ivi*, Art. 14(1).

¹⁶ *Protection of Investment Act* No. 22/2015.

¹⁷ *Ivi*, Art. 13.

¹⁸ *Ivi*, Art. 13(5).

ivi contenute, la drastica scelta di abbandonare del tutto i meccanismi di ISDS non sia altro che l'epilogo di un rapporto con il sistema rivelatosi gradualmente sempre più travagliato.

Benché in maniera meno radicale, poi, anche la Tanzania ha recentemente mutato il proprio approccio verso l'arbitrato internazionale sugli investimenti: attraverso diversi atti normativi, il Governo ha infatti escluso questa forma di arbitrato per determinati settori economici, quali quello dell'industria estrattiva, e assoggettato le relative controversie alla competenza di organismi arbitrali nazionali, che operano sulla base del diritto tanzaniano¹⁹.

3. ...E i suoi limiti

Sebbene le innovazioni appena descritte possano considerarsi in un certo senso pionieristiche, l'africanizzazione del diritto internazionale degli investimenti rischia di risultare controproducente, come si è detto, per gli stessi Stati che a lungo l'hanno promossa. E le ragioni non sono difficili da cogliere.

I meccanismi di ISDS, che gli Stati africani cercano di sostituire in diverso modo, nascono dall'esigenza di garantire agli investitori un foro imparziale ove siano provvisti di legittimazione attiva. Uno dei rischi che un sistema del genere mira a neutralizzare, in particolare, è la politicizzazione delle controversie gestite da corti interne o risolte per il tramite della protezione diplomatica; rischio ancora più concreto nel contesto di Stati istituzionalmente ed economicamente più deboli, non sempre in grado, come tali, di garantire agli investitori un sistema di amministrazione della giustizia efficiente, imparziale, trasparente e, in ultima analisi, conforme ai principi del giusto processo. Di qui l'idea sostenuta da più parti per cui gli Stati che non vogliono avvalersi di questi meccanismi «risk sending out the wrong message concerning their commitment to the protection of foreign investments»²⁰.

In effetti, i meccanismi di ISDS e l'attuale struttura del diritto internazionale degli investimenti hanno svolto un ruolo fondamentale nel rassicurare gli investitori circa la volontà e la capacità degli Stati in via di sviluppo di proteggerne gli investimenti, assicurando così l'afflusso di capitali verso questi Paesi; un ritorno alle corti interne o alla protezione diplomatica potrebbe invece stimolare verosimilmente la tendenza opposta. Per di più, come si è detto, il contributo africano alla costruzione e allo sviluppo dell'attuale quadro normativo di diritto internazionale degli investimenti è stato significativo, e piuttosto che sottrarsi allo stesso, sarebbe forse auspicabile contribuire ad una sua riforma "dall'interno".

D'altra parte, anche volendo valorizzare le misure descritte nella Sezione precedente, i limiti che le caratterizzano impongono di essere tutt'altro che ottimisti circa la loro capacità di avere un impatto generale sull'intero sistema. E ciò, se non altro, perché trattasi in genere di strumenti non vincolanti e in ogni caso con efficacia limitata alle relazioni tra Stati africani. Nel dettaglio, per quanto riguarda il primo aspetto, è sufficiente osservare che sebbene gli strumenti

¹⁹ *The Natural Wealth and Resources Act* del 2017; *The Natural Wealth and Resources Contracts Act* del 2017 e *The Miscellaneous Amendment Act* del 2017.

²⁰ M. F. QUMBA, *Assessing African Regional Investment Instruments and Investor-State Dispute Settlement*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2021, p. 197 ss.

di *soft law* abbiano sempre rivestito un certo rilievo nel diritto internazionale degli investimenti, sembra invece difficile, se non impossibile, che questi strumenti siano in grado di riformare, nel suo complesso, un sistema così intriso di considerazioni economiche e politiche. In riferimento al secondo aspetto, poi, che gli Stati occidentali decidano di prestare il proprio consenso agli strumenti normativi descritti va escluso, perché apertamente in contrasto con i propri interessi economici.

Detto diversamente, se è vero che una riforma del diritto internazionale degli investimenti appare necessaria, soprattutto per i Paesi in via di sviluppo, l'impatto effettivo dei tentativi portati avanti sinora dagli Stati africani, oltre ad essere limitato, rischia di influire negativamente sulla loro capacità di attrarre investimenti e dunque sui loro livelli di sviluppo economico. Ma un'alternativa c'è e riposa sull'argomento della c.d. "umanizzazione" del diritto internazionale degli investimenti, ancorché letto in chiave Stato-centrica.

4. Un'alternativa: l'argomento della "umanizzazione" del diritto internazionale

L'idea di fondo sottesa a questo lavoro è che, al fine di superare i problemi insiti nell'approccio dell'africanizzazione del diritto internazionale degli investimenti, si potrebbe ricorrere a un argomento differente, ossia quello della c.d. umanizzazione del diritto internazionale; e ciò perché se applicato prudentemente, questo argomento finisce per produrre parte degli stessi effetti dell'africanizzazione, muovendo però dal presupposto per cui le criticità dei meccanismi di ISDS, sia pure in misura diversa, avrebbero portata generale e non interesserebbero esclusivamente i Paesi in via di sviluppo.

Nello specifico si tratta di un argomento utilizzato per enfatizzare il profondo impatto dei diritti umani sulla struttura del diritto internazionale con riferimento sia alla composizione soggettiva dell'ordinamento di cui è espressione sia al suo contenuto materiale²¹. Relativamente al primo aspetto, l'umanizzazione del diritto internazionale valorizza il ruolo degli individui quali soggetti di diritto internazionale; un ruolo, si sostiene, che ha subito notevoli cambiamenti nel corso del tempo proprio in ragione dell'emersione progressiva del diritto internazionale dei diritti umani. In effetti, per lungo tempo, gli individui non sono stati titolari di alcun diritto sul piano internazionale ed era loro negata qualsiasi legittimazione attiva dinanzi a corti e tribunali internazionali. Ma l'adozione di diverse convenzioni a carattere universale e regionale in materia di diritti fondamentali (in particolare, la Convenzione europea dei diritti umani del 1950 e i Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti sociali, economici e culturali del 1966) hanno fatto sì che agli stessi individui venissero attribuiti progressivamente diritti tanto sostanziali quanto procedurali, fino al punto di consentirne l'inclusione nel novero dei soggetti del diritto internazionale, sia pure nel senso di una personalità non piena ma *sui generis* che, come tale, si esplica esclusivamente in determinati ambiti normativi.

²¹ Si vedano, in generale: T. MERON, *The Humanization of International Law*, Leiden, 2006; V. P. TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanization of International Law: Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation*, in *Erasmus Law Review*, 2013, p. 62 ss.

D'altra parte l'impatto dell'emersione dei diritti umani sulle dinamiche normative proprie dell'ordinamento internazionale nel suo complesso appare tutt'altro che scontato. Ed anzi vi sono settori normativi in cui si può osservare un trend diametralmente opposto che va nel senso della c.d. "contro-umanizzazione". Un esempio emblematico in questa prospettiva è offerto dalla prassi in materia di immunità statali. A ben vedere, infatti, se si ragiona nella prospettiva della "umanizzazione", il diritto di accesso alla giustizia dovrebbe prevalere sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione delle corti interne, se non altro con riguardo a giudizi che vertono su gravi violazioni dei diritti umani. Ma la Corte internazionale di giustizia ha sempre respinto una idea del genere²². E non sembra che le esigue manifestazioni della prassi in senso contrario consentano di pervenire a conclusioni diverse, affermando l'avvenuta formazione di una *human rights exception* a livello consuetudinario.

Il medesimo trend nel senso della contro-umanizzazione può essere osservato in materia di protezione diplomatica, il cui esercizio resta un diritto piuttosto che un obbligo dello Stato. Ebbene, per diversi anni, la Commissione del diritto internazionale ha spinto nel senso di uno sviluppo progressivo della disciplina dell'istituto, ad esempio sostenendo che gli Stati avrebbero dovuto agire in protezione diplomatica per lo meno a fronte di una violazione di norme di diritto cogente. In ultima analisi, però, nessuna di queste idee è confluita in una norma di diritto positivo. E sebbene anche in questo caso vi siano delle sporadiche manifestazioni della prassi in senso contrario, ci sembra che l'unico risultato raggiunto per il momento sia rappresentato dall'adozione di raccomandazioni prive di carattere vincolante. Così, come è stato osservato, «[w]hat these instances all have in common is that the humanization of international law has proven to have limits. The perception of an order giving unconditional priority to human rights, which have, according to that view, led to the drastic erosion of the classical foundations of voluntarist sovereignism and have completely displaced bilateralism to the benefit of community interests, belongs in all these cases to the world of the normative "ought"»²³.

In sintesi, non c'è dubbio che una forma di "umanizzazione" del diritto internazionale sia in corso e abbia, in una certa misura, valorizzato il ruolo dell'individuo secondo una prospettiva per l'appunto individuo-centrica. Lo stesso processo di umanizzazione, tuttavia, specie se calato nel contesto del diritto internazionale degli investimenti, si può leggere anche in una prospettiva diversa per non dire diametralmente opposta, ossia Stato-centrica.

5.L' "umanizzazione" attraverso la lente del diritto internazionale degli investimenti

Come si è ricordato più volte, il diritto internazionale degli investimenti integra ad oggi un sistema profondamente sbilanciato in favore degli investitori: i trattati in materia sono per lo più strutturati in modo tale da attribuire loro solo diritti (e non obblighi), oltreché la legittimazione ad agire per farli valere in giudizio. Senonché, tra gli "anticorpi" progressivamente sviluppati dal

²² Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interventore)*, in *ICJ Reports 2012*, p. 99 ss.

²³ V. P. TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanization of International Law*, cit., p. 65.

diritto internazionale degli investimenti nel corso degli ultimi anni vi è proprio quello della umanizzazione, usato però in una prospettiva Stato-centrica, vale a dire nell'ottica di rafforzare la posizione dello Stato ospite piuttosto che quella degli individui/investitori.

Ciò appare chiaro se si guarda, ancora una volta, alla questione della soggettività dell'individuo e più in generale alle dinamiche normative proprie del diritto internazionale degli investimenti. Sul piano della soggettività, va senz'altro ricordato il caso *Urbaser c. Argentina*²⁴. In quel caso, il Tribunale investito della controversia, nel pronunciarsi sulla sussistenza della propria giurisdizione relativamente alla domanda riconvenzionale promossa dallo Stato convenuto (e secondo cui l'investitore, con la propria condotta, avrebbe inciso negativamente sul diritto all'acqua della popolazione argentina) osservò, in modo lapidario, che «it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law»²⁵. Così facendo, il Tribunale si è chiaramente espresso nel senso della personalità giuridica degli investitori, ma al fine di sostenere che questi fossero destinatari non solo di diritti ma anche di obblighi. La stessa conclusione è stata poi raggiunta nel più recente caso *David Aven c. Costa Rica*, un caso nel quale lo Stato ospite aveva proposto domanda riconvenzionale per la presunta violazione, da parte degli investitori, di obblighi in materia ambientale²⁶.

D'altra parte, lo stesso argomento della umanizzazione del diritto internazionale è stato utilizzato dai tribunali arbitrali con l'obiettivo di difendere il c.d. "right to regulate" degli Stati ospiti, vale a dire «the legal right exceptionally permitting the host State to regulate in derogation of international commitments it has undertaken by means of an investment agreement without incurring a duty to compensate»²⁷. È infatti ad oggi comunemente accettato nella prassi arbitrale che gli Stati possano adottare misure volte a proteggere i diritti fondamentali dei propri cittadini, anche laddove ciò comporti una violazione degli obblighi contenuti nei trattati in materia di investimenti²⁸.

Per quanto riguarda poi la rilevanza dell'argomento dell'umanizzazione nel contesto delle dinamiche normative proprie del diritto internazionale degli investimenti, tanto gli Stati quanto i tribunali arbitrali vi hanno spesso fatto riferimento per bilanciare i meccanismi di ISDS. Più nello specifico, gli Stati sempre più di frequente inseriscono nei propri trattati in materia di investimenti clausole contenenti obblighi degli investitori in materia di diritti umani. Un esempio sotto questo profilo è offerto dall'Art. 10 del BIT Iran-Slovacchia, il quale espressamente prevede che gli investitori dovrebbero adoperarsi per apportare il massimo contributo possibile allo sviluppo sostenibile dello Stato ospite e della comunità locale attraverso pratiche socialmente responsabili. Quanto alla prassi arbitrale può farsi riferimento, ancora una volta, a quella recente in materia di domande riconvenzionali degli Stati ospiti. E in effetti, sebbene soltanto contro-

²⁴ Lodo arbitrale ICSID dell'8 dicembre 2016, ICSID Case No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Repubblica di Argentina*.

²⁵ *Ivi*, par. 1195.

²⁶ Lodo arbitrale finale ICSID del 18 settembre 2018, ICSID Case No. UNCT/15/3, *David R Aven e altri c. Repubblica del Costa Rica*, parr. 699 e 738.

²⁷ A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, 2014, p. 33.

²⁸ Sul "power to regulate" in generale si veda G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 95 ss.

versie derivanti da un investimento siano deferibili in principio a un tribunale arbitrale internazionale, proprio questa prassi evidenzia come attraverso lo strumento della domanda riconvenzionale l'oggetto della controversia possa essere "ampliato" fino al punto di coprire questioni in materia di diritti umani. Così, sempre nel caso *Urbaser*²⁹, il Tribunale si pronunciò sulla domanda riconvenzionale dello Stato ospite, muovendo dal presupposto che la clausola arbitrale del rilevante BIT (Spagna-Argentina) fosse talmente ampia da consentire all'Argentina di presentare qualsiasi domanda connessa ad un investimento; sicchè esso «accepted not only the procedural possibility for the host State to bring a counterclaim, but also accepted that the cause of action of the counterclaim can be grounded in another legal regime than the treaty itself»³⁰.

6. Considerazioni conclusive

Le osservazioni svolte finora convergono nel porre in luce come l'argomento dell'umanizzazione, nel contesto del diritto internazionale degli investimenti, andrebbe sempre più utilizzato in funzione della realizzazione di un obiettivo diametralmente opposto rispetto a quello del rafforzamento della posizione degli individui nei riguardi dello Stato, ossia la protezione di quest'ultimo, inteso come portatore di interessi suoi propri e garante dei diritti fondamentali della propria popolazione.

Visto da questa prospettiva, l'argomento dell'umanizzazione sembra porsi sulla scia (fino quasi a sovrapporsi) dei tentativi dei Paesi africani nel senso di includere, nei propri trattati in materia di investimenti, disposizioni tese a bilanciare la relazione tra Stato e investitori. Sul piano della soggettività giuridica e degli obblighi che ne discendono, ad esempio, parlare espressamente di responsabilità degli investitori, come fa il "Supplementary Act" dell'ECOWAS, risponde esattamente a questo bisogno e potrebbe fungere da ispirazione per il sistema di ISDS nel suo complesso. Nella stessa logica, ma in tema di dinamiche normative proprie del diritto internazionale degli investimenti, è sufficiente menzionare ancora una volta il "Supplementary Act" dell'ECOWAS o il BIT Marocco-Nigeria del 2016, che incorporano diverse disposizioni miranti a riequilibrare gli interessi degli Stati contraenti e degli investitori imponendo a questi ultimi obblighi in materia di diritti umani, di lavoro e ambientali, nonché incoraggiando l'adozione di adeguati standard di responsabilità sociale d'impresa.

L'"approccio africano" al diritto internazionale degli investimenti, peraltro, per produrre effetti positivi a favore degli Stati che ne sono gli artefici, nel lungo periodo dovrebbe superare i limiti del continente africano e aspirare a imporsi progressivamente a livello globale, favorendo una dimensione sempre più Stato-centrica di questo settore del diritto; in caso contrario, infatti, l'approccio di cui si discute avrebbe sì l'effetto di proteggere i Paesi africani dal rischio di giudizi sbilanciati a favore degli investitori, ma con una riduzione inevitabile dei flussi di capitale nei

²⁹ Lodo arbitrale ICSID dell'8 dicembre 2016, *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Repubblica di Argentina*, cit.

³⁰ E. DE BRABANDERE, *Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in *Rev. belge dr. int.*, 2017, p. 591 ss., p. 609.

propri territori; e dunque in ultima analisi – è bene ripeterlo – con una incidenza inevitabilmente negativa sui livelli di sviluppo economico.