

2 NOVEMBRE 2022

Il caso *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*: esiste una ‘buona legge’ nel diritto degli investimenti?

di Mattia Colli Vignarelli
Dottorando in Diritto internazionale
Università degli Studi di Torino



Il caso *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*: esiste una ‘buona legge’ nel diritto degli investimenti?*

di **Mattia Colli Vignarelli**

Dottorando in Diritto internazionale
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il presente contributo inquadra criticamente il lodo *Eco Oro c. Colombia*, ponendosi in primo luogo nella prospettiva del diritto degli investimenti e soffermandosi in particolare sull’applicazione del Minimum Standard of Treatment (MST). In secondo luogo, si osserverà il lodo in una prospettiva ‘esterna’. La decisione nel suo complesso costituisce infatti un esempio della tendenziale impermeabilità del diritto degli investimenti alla tutela di interessi non compatibili con la protezione degli investimenti.

Title: The case *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*: is there a “good law” in investment law?

Abstract [En]: This work critically engages with the decision in the case *Eco Oro c. Colombia*, assuming in the first place the perspective of international investment law and focusing on the application of the Minimum Standard of Treatment (MST). Secondly, the decision is analysed from an ‘external’ perspective. Indeed, the decision as a whole represents an example of the quasi-impermeability of investment law to interests non compatible with investment protection.

Parole chiave: Diritto Internazionale degli Investimenti, Progetto Istituzionale, *Eco Oro c. Colombia*, Espropriazione Indiretta, Standard Minimo di Trattamento

Keywords: International Investment Law, Institutional Project, *Eco Oro v. Colombia*, Indirect Expropriation, Minimum Standard of Treatment

Sommario: 1. Introduzione. 2. Questione di confini. Gli elementi di fatto e la domanda di arbitrato. 3. Un’analisi nella prospettiva del diritto degli investimenti. *Eco Oro* come ‘bad law’. 3.1. L’espansione del *Minimum Standard of Treatment*. 3.2. La selezione del precedente. 4. Cenni di un’analisi al di fuori del ‘progetto istituzionale’ del diritto degli investimenti. 5. Conclusioni: il diritto internazionale e il miraggio della ‘buona legge’.

1. Introduzione

Eco Oro Minerals Corporation è una *public company* con sede in Canada, che conta fra i suoi maggiori azionisti fondi di investimento inglesi e statunitensi, nonché, almeno fino al 2016, l’International Financial Corporation (IFC)¹. Il suo progetto di punta era noto con il nome di ‘Angostura Project’ e riguardava

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ L’International Financial Corporation è un’agenzia della Banca Mondiale il cui compito principale è fornire capitale e servizi di consulenza a investitori privati operanti in paesi in via di sviluppo (si veda <https://www.ifc.org/>). Nel 2016, dopo il deposito di *Eco Oro* della domanda presso il foro dell’ICSID (che è, come è noto, un’altra organizzazione facente parte del gruppo della Banca Mondiale) l’agenzia ha deciso di disinvestire dalla società. Si consideri che già nel 2012 alcuni comitati rappresentativi delle comunità locali della regione di Bucamaranga (interessata dall’investimento) avevano presentato un ricorso al Compliance Advisor Ombudsman (CAO) dell’IFC, sostenendo che l’Angostura project non avrebbe dovuto essere supportato e finanziato dall’agenzia per via del suo impatto sulla qualità e sulla quantità di acqua nella regione, per gli irreparabili danni ambientali da esso derivanti, nonché per la sua incompatibilità con gli

l'esplorazione ed estrazione di oro e argento da un giacimento situato nel Vetas-California Mining District, nel nord-est della Colombia². Per circa vent'anni, Eco Oro ha tentato di avviare la fase estrattiva del suo progetto, che insisteva tuttavia su un'area in certa parte coincidente con un ecosistema protetto chiamato Páramo di Santurbán³. La procedura per la delimitazione dei confini di tale ecosistema si è protratta nel tempo, coinvolgendo vari organi e articolazioni territoriali dello Stato e della società civile colombiana, con ripercussioni negative sulla possibilità di sfruttamento della concessione.

Quando la Corte Costituzionale colombiana ha sostanzialmente posto fine alle incertezze, decretando con chiarezza la priorità della protezione del Páramo sugli altri interessi in gioco (e dunque il drastico ridimensionamento delle opportunità di profitto dell'investitore), Eco Oro ha deciso di ricorrere allo strumento dell'arbitrato investitore-Stato previsto dal Canada-Colombia Free Trade Agreement (d'ora in avanti FTA). Il tribunale, in *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*⁴ (d'ora in avanti *Eco Oro*), ha stabilito a maggioranza che la condotta del convenuto costituisca una violazione del Minimum Standard of Treatment (MST), così come disciplinato dall'art. 805 FTA e nonostante l'eccezione generale di cui all'art. 2201(3). Alla Colombia è stato imposto il pagamento di un risarcimento la cui entità sarà da stabilire in una successiva decisione⁵.

Il contenuto e l'esistenza stessa degli standard 'assoluti' o 'non contingenti'⁶ è fra gli argomenti di maggior dibattito fra gli studiosi del diritto internazionale degli investimenti fin dalle sue origini⁷. Fra le sue più risalenti testimonianze in epoca moderna si ricorda spesso il *dictum*⁸ del caso *Neer*⁹, risalente al 1926, che divenne ben presto oggetto di citazione fra i sostenitori dello standard internazionale di trattamento degli

standard ambientali e sociali dell'IFC. L'Ombudsman riscontrò diverse carenze nell'operato dell'agenzia, cui in buona parte non si era posto rimedio alla data di chiusura dell'investigazione determinata dalla cessazione dell'investimento e del progetto. Si veda <https://www.cao-ombudsman.org/cases/colombia-eco-oro-01bucaramanga>

² *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decisione su giurisdizione, responsabilità e indicazioni sul *quantum* del 9 settembre 2021, para. 96

³ I páramos sono ecosistemi di alta montagna fondamentali nel mantenimento della biodiversità, per via della loro capacità unica di contribuire al ciclo dell'acqua.

⁴ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia* ICSID Case No. ARB/16/41.

⁵ Cfr. *Eco Oro v. Colombia*, Ordine procedurale No. 12 del 3 novembre 2021.

⁶ Con questi termini sono indicati il MST e il Fair and Equitable Treatment (FET), in contrapposizione agli standard 'relativi' o 'contingenti', vale a dire il National Treatment (NT) e il Most-Favoured-Nation Treatment (MFN).

⁷ Per una ricostruzione storico-giuridica di tale dibattito si veda K. MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge, 2013, pp. 49-70.

⁸ «[T]he treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of government action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency». (para. 4).

⁹ Gli Stati Uniti sostenevano che le autorità messicane fossero responsabili di diniego di giustizia, non avendo agito diligentemente nel perseguire i responsabili dell'omicidio di Paul Neer, cittadino statunitense. Si veda *L. F. H. Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, Award, Report of International Arbitral Award, 15 ottobre 1926, vol IV, pp. 60-66.

stranieri¹⁰, ed è stato considerato da una parte della giurisprudenza arbitrale una formulazione ‘tradizionale’ del MST¹¹.

La ricognizione complessiva del dibattito sul MST non può evidentemente essere oggetto di questo lavoro¹². Tuttavia, *Eco Oro* rappresenta una significativa occasione per evidenziare alcuni degli elementi di incertezza che tutt’oggi permangono sulla questione e, a ben vedere, offre l’occasione di ‘toccare con mano’ taluni dei più evidenti nodi critici del regime internazionale di protezione degli investimenti stranieri.

In primo luogo, assumendo la prospettiva degli operatori del diritto internazionale degli investimenti – orientata da un certo ‘progetto istituzionale’ e da una determinata ‘cultura giuridica’¹³ – il presente contributo inquadrerà la decisione nel caso *Eco Oro* come esempio di ‘*bad law*’¹⁴. L’analisi mostrerà infatti come il tribunale abbia tentato di ‘espandere’ il MST, sovrapponendone il contenuto al Fair and Equitable Treatment (FET) attraverso un ragionamento difficilmente sostenibile sia dal punto di vista della sua logica interna, sia della compatibilità con la volontà delle Parti del trattato, sia infine della ‘corretta’ applicazione degli istituti del diritto degli investimenti.

In secondo luogo, la decisione verrà osservata ponendosi all’esterno del progetto istituzionale del diritto internazionale degli investimenti. Infatti, l’applicazione strutturalmente sbilanciata del giudizio di proporzionalità, l’utilizzo alterato del diritto consuetudinario e la scelta di non accettare l’intervento di terzi proposto da una coalizione di ONG attive nella protezione dei diritti umani e dell’ambiente, fanno della decisione un significativo esempio della tendenziale impermeabilità del settore alla tutela di interessi non compatibili con la protezione degli investimenti.

¹⁰ Si veda ad esempio E. BORCHARD, *The "minimum standard" of the treatment of aliens*, in *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 1939, pp. 51-74.

¹¹ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, 2013, p. 17.

¹² Nella giurisprudenza arbitrale l’approccio allo standard minimo è stato piuttosto eterogeneo: talora, si è ritenuto che la formulazione ‘tradizionale’ non potesse cristallizzare il contenuto dello standard alla luce delle esigenze contemporanee (*Mondev v. United States*, ICSID No. ARB(AF)/99/2, lodo del 2 ottobre 2002, para. 116, 117; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID No. ARB(AF)/98/3, Lodo del 26 giugno 2003), para. 132); in altri casi, si è deciso di delimitare lo stesso FET in base allo standard consuetudinario (*Glamis Gold Ltd v. United States of America*, UNCITRAL, lodo dell’8 giugno 2009); infine, talora – come in questo caso – si è assistito ad una sovrapposizione dello standard minimo e del ‘trattamento giusto ed equo’. Nella prassi, l’opposizione alla formazione dello standard minimo di trattamento nel diritto consuetudinario, ben presente dal XIX secolo per voce degli Stati dell’America Latina, fu riportata in primo piano fra gli anni ’60 e ’70 dagli Stati post-coloniali nel contesto delle proposte riguardanti il c.d. New International Economic Order (NIEO) (Cfr. K. MILES, *The Origins of International Investment Law*, pp. 78-99). Infine, la dottrina riflette la disomogeneità di giurisprudenza e prassi, dividendosi tutt’oggi sulla legittimità, sul contenuto e sulle differenze esistenti fra MST e FET. Il caso in analisi è a tal proposito un significativo esempio di due posizioni diametralmente opposte.

¹³ Si veda il successivo paragrafo 4.

¹⁴ J. SIERRA, *Is the Arbitral Award in the Eco Oro v Colombia Dispute "Bad Law"?*, in *Afronomicslaw*, 11 novembre 2021, disponibile a <https://www.afronomicslaw.org/index.php/category/analysis/arbitral-award-eco-oro-v-colombia-dispute-bad-law>

2. Questione di confini. Gli elementi di fatto e la domanda di arbitrato

Come anticipato, gli elementi di fatto su cui si basa la controversia si sviluppano lungo un arco di tempo di circa vent'anni. In estrema sintesi, Eco Oro poteva farsi forte di un permesso acquisito nel 1994 e della successiva Concessione 3452 del 2007, inserite tuttavia in un quadro normativo in costante evoluzione. In base all'Atlas allegato alla Legge Generale Ambientale del maggio 2007, oltre metà dell'area oggetto di concessione si sovrapponeva all'area protetta attorno all'ecosistema del Páramo di Santurbán¹⁵. All'interno di tale area non sarebbe stato concesso praticare attività estrattiva, secondo quanto stabilito dalla Legge 1382 del 2010¹⁶. Successivamente, tali confini si rivelarono non definiti con sufficiente precisione¹⁷ e l'applicazione della legge fu ripetutamente oggetto di contestazione da parte di Eco Oro¹⁸. Il conflitto sulla puntuale definizione dei confini del Páramo (e sulle conseguenze di tale delimitazione) si sviluppò fra articolazioni e poteri dello Stato, società civile, lavoratori, comunità locali, con un ruolo particolarmente attivo della stessa Eco Oro, che si adoperava per esercitare i diritti di estrazione sull'intera area della Concessione. Negli anni, si susseguirono una serie di vicissitudini giuridiche e politiche rispetto alle quali sia consentito un rinvio¹⁹. A ben vedere, la controversia sulla definizione del confine geografico del Páramo si può forse riassumere come quella derivante dalla delimitazione di una 'frontiera' di diversa natura, vale a dire il limite al prezzo ambientale che un certo Stato è disposto a pagare per lo 'sviluppo'. Da una parte la protezione del Páramo, con il suo ruolo fondamentale nel ciclo dell'acqua e la ricchezza della sua biodiversità, dall'altra le ricadute occupazionali e di gettito fiscale derivanti dall'attività dell'investitore²⁰.

Quando infine la Risoluzione 2090 del 2014 e la Legge 1753 del 2015 confermarono la delimitazione del Páramo di Santurbán – indicando una sovrapposizione del 54,7% dell'area di concessione di Eco Oro con la zona protetta attorno al Paramo, in linea con l'Atlas del 2007 – venne fatto salvo l'avvio dei progetti già autorizzati, che però non avrebbero potuto espandersi ulteriormente²¹. Questa eccezione venne giudicata inammissibile da una sentenza della Corte costituzionale colombiana del febbraio 2016²². Di conseguenza, Eco Oro avrebbe definitivamente dovuto rinunciare a circa i tre quinti del suo investimento. L'8 dicembre dello stesso anno la società depositò una richiesta di arbitrato presso il Centro internazionale

¹⁵ Eco Oro v. Colombia, Decisione, para 105.

¹⁶ *Ivi.*, para 110.

¹⁷ *Ivi.*, para 125.

¹⁸ *Ivi.*, para 115.

¹⁹ Per una cronistoria dettagliata è possibile consultare l'allegato A del lodo arbitrale.

²⁰ Il prof. Sands introduce la sua opinione dissenziente con queste parole: « *This case turns on a struggle between competing societal objectives which pull in opposite directions: on the one hand, the protection of the treaty rights of an international investor; on the other hand, the ability of a community to take legitimate measures to conserve its environment* ». (Eco Oro v. Colombia, Partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 1)

²¹ Eco Oro v Colombia, Decisione, para. 154-158.

²² Corte Constitucional, sentencia C-035 de 2016.

per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)²³. Nella sua domanda, Eco Oro affermava che la Colombia, con le sue azioni e inazioni, fosse responsabile di aver agito «in an arbitrary, inconsistent, non-transparent and disproportionate manner [...] frustrating Eco Oro’s legitimate expectations as a result of persistent uncertainty, an unstable and unpredictable legal framework and the deprivation of the rights and specific commitments provided to Eco Oro», in violazione dell’art. 805 del Canada-Colombia FTA²⁴. Inoltre, l’investitore sosteneva di essere vittima di una «unlawful creeping indirect expropriation²⁵» non accompagnata da adeguata compensazione, in contrasto con l’art. 811 del Trattato.

Si consideri infine che, già dopo il deposito della domanda di arbitrato, nel 2017 la Corte Costituzionale colombiana ha annullato l’intera Risoluzione 2090 per mancanza di consultazioni pubbliche²⁶, e che il 25 marzo del 2019 Eco Oro ha infine ufficialmente rinunciato alla Concessione 3452, al fine di “mitigate its losses”, finalità alla quale risponde anche la stessa domanda di arbitrato²⁷. Una nuova proposta per la delimitazione del Páramo è stata presentata nel novembre 2019, ricalcando i confini previsti dalla Risoluzione 2090²⁸, e dunque in sostanza gli stessi del maggio 2007.

3. Un’analisi nella prospettiva del diritto degli investimenti. Eco Oro come ‘bad law’

Il primo approccio attraverso cui analizzare la decisione del 9 settembre 2021 su giurisdizione, responsabilità e indicazioni sul *quantum* consiste nell’assumere la ‘prospettiva’ sul diritto positivo propria degli operatori del settore, esaminando il contenuto del lodo con le categorie della materia. Qualora si decida di avventurarsi nelle sue 387 pagine, per evitare di avvertire un certo senso di disorientamento conviene partire dal finale: la maggioranza del tribunale ha ritenuto la Colombia non responsabile di espropriazione indiretta ai sensi dell’art. 811 FTA, ma responsabile di violazione del MST così come disciplinato dall’art. 805 FTA, considerando irrilevante l’eccezione generale di cui all’art. 2201(3).

La difficoltà nel conciliare queste due conclusioni, le due più significative della decisione, è evidenziata anche dalla presenza di due opinioni parzialmente dissenzienti diametralmente opposte redatte dai due arbitri designati dalle parti, l’una concorde con le conclusioni che l’altra censura. Da un lato si trova Horacio A. Grigera Naón, designato dalla ricorrente, a sostenere che la condotta della Colombia configurasse un’espropriazione indiretta, appellandosi ai principi di buona fede e di *pacta sunt servanda*²⁹;

²³ Eco Oro v Colombia, Richiesta di arbitrato dell’8 dicembre 2016.

²⁴ *Ivi*, para. 70.

²⁵ *Ivi*, para. 73.

²⁶ Eco Oro v Colombia, Decisione para. 189.

²⁷ *Ivi*, para. 201.

²⁸ *Ivi*, para. 204.

²⁹ Eco Oro v. Colombia, Dr. Horacio A. Grigera Naón partial dissenting opinión, para. 32.

dall'altro Philippe Sands, designato dalla resistente, ad argomentare che la maggioranza nella sua decisione abbia «manifestly failed to apply³⁰» il MST e che «the approach taken by the majority fails to respect the text agreed by the drafters of the FTA, and is likely to undermine the protection of the environment»³¹. Lungo tutta la decisione, le conclusioni sugli aspetti chiave sono assunte a maggioranza, con la conseguenza di un ragionamento spesso tortuoso e contraddittorio, simile ad un combattuto 'flusso di coscienza'. Per esempio, già una volta superata la complessa ricostruzione dei fatti e la questione della giurisdizione, si nota un primo significativo punto di dissenso nella fragile armonia del tribunale: affrontando le prime due questioni sostanziali (quale sia il *covered investment* di Eco Oro e se esistesse un *mining ban* su parte della Concessione 3452 al momento dell'entrata in vigore del FTA) il tribunale decide solo a maggioranza di configurare l'investimento di Eco Oro come comprendente un diritto di sfruttamento (e non solo di esplorazione) sull'intera area di concessione. Tale conclusione non appare convincente, essendo fondata sostanzialmente su dichiarazioni più o meno formali di vari organi dello Stato e su frammenti di disposizioni che sembrano dimostrare la mera esistenza della Concessione³². Tuttavia, la parte della decisione che suscita maggiori perplessità è quella sul MST. Attraverso un'espansione dello standard di trattamento e una dubbia selezione dei precedenti a sua disposizione, il tribunale di Eco Oro si distingue per la significativa problematicità delle sue conclusioni.

3.1. L'espansione del *Minimum Standard of Treatment*

Come sottolineato sopra, il dibattito sugli standard 'assoluti' è uno dei più accesi nel diritto internazionale degli investimenti, e l'esistenza di uno standard internazionale minimo è sempre stato uno dei punti chiave nella contrapposizione fra Stati del Nord e del Sud del mondo sul contenuto del diritto consuetudinario³³. Anche considerando superato questo dibattito, rimane il fatto che non sia possibile, ad oggi, considerare del tutto chiaro il contenuto del MST, né giustapporlo pacificamente al trattamento giusto ed equo³⁴. Nonostante tale contesto, come nota il prof. Sands nella sua opinione dissenziente, «the Majority's

³⁰ Eco Oro v. Colombia, Partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 35.

³¹ Eco Oro v. Colombia, Partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 4.

³² Cfr. anche Eco Oro v. Colombia, Partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 15.

³³ Cfr. *supra* nota 11.

³⁴ Per diversi punti di vista critici sulla questione si vedano ad es. C. H. BROWER, *Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back* in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 56; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2015 (in particolare cap 5); N. M. PERRONE, *The Emerging Global Right to Investment: Understanding the Reasoning behind Foreign Investor Rights* in *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, pp. 673 ss. Tuttavia, per una discussione approfondita e più 'benevola' del tema, che si conclude comunque affermando che «the proper interpretation and application of FET remains a controversial issue in international investment law», si veda A. REINISCH, C. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge, 2020, pp. 251-535. Infine, per una ricognizione critica dei diversi tentativi di ricostruzione del FET, che ne propone una interpretazione quale principio generale del diritto internazionale, e in particolare principio generale specifico del diritto internazionale degli investimenti, si veda F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Napoli, 2018.

analysis [...] has in effect conflated the FET and MST»³⁵. Nella decisione assistiamo ad una vera e propria espansione del MST, basata su una ricostruzione contraddittoria dell'art. 805 FTA, che recita:

“(1) Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

(2) The obligation in paragraph 1 to provide ‘fair and equitable treatment’ includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process.

(3) A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.”

Nonostante la formulazione non del tutto chiara della disposizione, come lo stesso tribunale riconosce, lo standard di trattamento da applicare in base al testo dell'articolo è lo standard internazionale minimo, disciplinato dal diritto internazionale consuetudinario³⁶. Il tribunale «also accepts that Colombia is under no obligation to exceed this standard and, as it is not considering an autonomous treaty standard of FET but a “minimum” standard, [it accepts that] the obligation should not be interpreted expansively»³⁷. Tuttavia, fatta questa premessa, inizia il processo di espansione, che si sviluppa nei seguenti passaggi. Innanzitutto, il tribunale sottolinea come lo standard consuetudinario attualmente applicabile sia più ampio di quello definito nel caso *Neer*³⁸. In secondo luogo, dopo aver ricordato di essere chiamato ad interpretare il trattato «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms [...] in their context and in light of its object and purpose»³⁹, il tribunale richiama il ‘significato ordinario’ dei concetti di «fair» e di «equitable», utilizzando come precedente due casi – *MTD Equity (2001)* e *Saluka (2004)*⁴⁰ – concernenti l'applicazione del FET nell'ambito di accordi c.d. ‘di prima generazione’⁴¹, da cui il Canada-Colombia FTA si distingue per il contesto, gli obiettivi espressi dalle Parti, nonché per la presenza di eccezioni all'applicazione degli standard di trattamento⁴².

³⁵ *Eco Oro v. Colombia*, Partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 14.

³⁶ *Eco Oro v. Colombia*, Decisione, para. 743.

³⁷ *Ivi*, para. 745.

³⁸ *Ivi*, para. 744.

³⁹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (VCLT), art. 31(1).

⁴⁰ *Eco Oro v. Colombia*, Decisione, para. 747. I casi in questione sono *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 e *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL.

⁴¹ A partire dal report J. X. ZHAN, *World Investment Report 2012. Towards a new generation of investment policies*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Ginevra, 2012 è spesso utilizzata la separazione fra accordi ‘di prima’ e ‘di seconda generazione’, in base alla presenza o meno di eccezioni e precisazioni all'applicazione degli standard di trattamento.

⁴² In entrambi i casi gli accordi applicabili (Il BIT fra Cile e Malaysia del 1992 e quello fra Repubblica Ceca e Slovacchia del 1991), non prevedevano eccezioni o limitazioni paragonabili a quelle contenute nel Canada-Colombia FTA.

Subito dopo, citando il preambolo del FTA, il tribunale prima sostiene che «Eco Oro was entitled to expect that Colombia would treat its investment in an even-handed and just manner to ensure a predictable business environment»⁴³ ma subito dopo riconosce che «this does not mean that Colombia was under an obligation to guarantee that the domestic regulatory environment would remain stable»⁴⁴. Infine, si fa riferimento alla giurisprudenza arbitrale ritenuta rilevante⁴⁵ per concludere che una violazione dello standard minimo possa rintracciarsi qualora ricorra una delle seguenti situazioni: lo Stato ha violato le aspettative legittime dell'investitore; lo Stato non ha garantito «*at all times*» un ambiente regolatorio stabile e prevedibile; lo Stato non ha agito in buona fede⁴⁶.

Non prendendo in considerazione il contesto del Trattato, il suo testo e le stesse premesse del proprio ragionamento, il tribunale finisce per interpretare lo standard minimo consuetudinario alla stregua del FET, senza tuttavia fornire elementi a supporto di questa tesi: il mero utilizzo della giurisprudenza riguardante il trattamento giusto ed equo non può costituire un sufficiente accertamento della corrispondenza di tale standard al contenuto del MST. Al contrario, l'equiparazione fra questi due standard nel diritto consuetudinario sembra avvenire 'automaticamente', senza che Eco Oro sia stata in grado di fornire elementi a supporto di un'evoluzione dello standard consuetudinario tale da comprendere la violazione delle aspettative legittime dell'investitore o la stabilità e la prevedibilità dell'ambiente regolatorio. Secondo il prof. Sands, il rischio di tale approccio è che il tribunale «might be said to manifestly exceed its powers»⁴⁷.

Proprio su legittime aspettative e stabilità dell'ambiente regolatorio, inoltre, si concentrano alcuni nodi critici della decisione. Come ricorda il prof. Sands nella sua opinione dissenziente, che il MST possa riguardare anche la protezione delle cosiddette 'legitimate expectations' è tutt'altro che scontato⁴⁸. In ogni caso, pur ammettendo tale ipotesi, prima di tutto il livello di fondatezza delle 'aspettative' protette dev'essere particolarmente elevato («quasi-contractual»⁴⁹). Inoltre – e forse qui emerge fino in fondo la fragilità del ragionamento del tribunale – in sede di esame del *claim* sull'espropriazione indiretta il tribunale aveva valutato che lo Stato non avesse violato le *investment-backed expectations* dell'investitore⁵⁰. Nel tentare

⁴³ Eco Oro v. Colombia, Decisione, para. 748.

⁴⁴ Eco Oro v. Colombia, Decisione, para. 749.

⁴⁵ Si citano svariati casi per ribadire il contenuto del FET, fra cui in particolare: Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4; Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, 2000. Dopodiché si passa a EDF (Services) Limited v. Romania (8 Ottobre 2009) per rintracciare gli 'indizi' dell'arbitrarietà di una condotta, elemento chiave del MST. Si cita inoltre Corte Internazionale di Giustizia (CIG), Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), United States of America v. Italy, Sentenza del 20 luglio 1989.

⁴⁶ Eco Oro v. Colombia, Decisione, para. 762

⁴⁷ Eco Oro v. Colombia, Partial dissent of Professor Philippe Sands QC, para. 8

⁴⁸ *Ivi*, para. 12

⁴⁹ *Ivi*, para. 14.

⁵⁰ Eco Oro v. Colombia, Decisione, para 694.

di rendere coerente la successiva conclusione in merito alla violazione del MST, la maggioranza afferma, senza spiegare su che basi né in quale misura, che il concetto di *legitimate expectations* differisca da quello di *reasonable investment-backed expectations*⁵¹.

È da segnalare inoltre il modo in cui il tribunale ricostruisce la presunta incorporazione dell'obbligo di stabilità o prevedibilità dell'ambiente regolatorio nello standard internazionale. In questo caso, si riporta quanto argomentato dal prof. Sands: «In its initial explanation of the MST, the Majority makes no mention of matters of legal or regulatory stability; indeed, at various parts of the Decision, including at paragraph 749, the Majority explicitly states that the Respondent is not under an obligation to provide a stable legal framework. Yet when it comes to the application of the MST standard to the facts of the case, out of nowhere the obligation of stability suddenly emerges, as though magically concocted out of thin air, with no reference to be found either to the Claimant's evidentiary burdens (on state practice or opinio juris in relation to the customary law standard) or any legal authority»⁵². e ancora «Where is the authority for the proposition that a failure to provide stability or predictability can give rise to a violation of the MST standard? The Majority has cited none. I am aware of none. The Majority has effectively engaged in judicial law-making; it has invented a new element for the identification of the customary standard which no state has appeared to have articulated, in the total absence of any evidence of state practice or opinio juris»⁵³.

3.2. La selezione del precedente

Il precedente nel diritto internazionale degli investimenti è stato variamente discusso dalla dottrina, sia mettendone del tutto in discussione l'utilizzo⁵⁴, sia considerandolo uno strumento di costruzione della legittimazione del regime degli investimenti e come tecnica finalizzata alla definizione degli standard sostanziali⁵⁵ o addirittura in alcuni casi identificandone il valore quasi-vincolante⁵⁶. In *Eco Oro*, come si è visto, l'utilizzo del precedente è ben presente. Tuttavia, l'approccio adottato dal tribunale è piuttosto discutibile: per ricostruire l'evoluzione del contenuto del MST non si forniscono evidenze – come ci si

⁵¹ *Ivi*, para 681.

⁵² *Eco Oro v. Colombia*, Partial dissent of Professor Philippe Sands QC, para. 19.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ I.M. TEN CATE, *The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2013, pp. 419-477.

⁵⁵ Si vedano ad es. C. SCHREUER, M. WEINIGER, *A Doctrine of Precedent?*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (a cura di P. Muchlinski, F. Ortino e C. Schreuer) 2008, pp. 1188-1206; P. M. NORTON, *The Role of Precedent in the Development of International Investment Law* in *ICSID Review*, 2018, pp. 280 ss; F. M. Palombino, G. Minervini, *Capitolo XXV, Il ruolo del precedente*, in aa.vv., *Trattato di Diritto dell'Arbitrato* (diretto da Daniele Mantucci) vol. XIII – *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Napoli 2020, pp. 935 ss.

⁵⁶ Y. RADY, *Precedent, "Jurisprudences Constantes" and Coherence in International Investment Arbitration – A Reappraisal of the Role of Earlier Decisions in the Practice of Arbitration Tribunals*, in: *b-Arbitra : Revue belge de l'arbitrage*, 2014, pp. 121 ss.

aspetterebbe di fronte alla ricostruzione del contenuto di una norma di diritto consuetudinario – di prassi e *opinio juris*, ma ci si limita a citare la giurisprudenza riguardante l'applicazione del FET, peraltro senza utilizzare tali precedenti allo scopo di ricostruire il contenuto dello standard consuetudinario, in contrasto con il testo dell'accordo e con la volontà delle Parti, espressa in ultimo anche nel 2017⁵⁷.

Un esempio non convincente di utilizzo del precedente è quello offerto dal tribunale in relazione all'interpretazione dell'eccezione generale di cui all'art. 2201(3), che recita:

3. For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- a. To protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health;*
- b. To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or*
- c. For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.*

Ammettendo che nel caso in questione si possa configurare una violazione del MST, il tribunale avrebbe ragionevolmente dovuto applicare l'eccezione generale che, come affermato anche nella *non-disputing Party submission* del Canada, comporta la seguente conseguenza: «If the general exception applies, then there is no violation of the Agreement and no State liability. Payment of compensation would therefore not be required»⁵⁸.

Eppure, il tribunale sceglie di liquidare questa interpretazione, appellandosi all'art. 31(1) VCLT⁵⁹ e non considerando che nella *single combined operation*⁶⁰ dell'interpretazione di un trattato l'interprete debba prendere in considerazione, fra le altre cose, «any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation»⁶¹, nonché «any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions»⁶². Rispettivamente, l'intervento del Canada quale subsequent practice e la Decisione della

⁵⁷ Joint Commission of the Free Trade Agreement Between the Republic of Colombia and Canada, Decision No. 6 (24 October 2017)

⁵⁸ Eco Oro v. Colombia, Non-disputing Party submission del 27 febbraio 2020.

⁵⁹ « *The Tribunal does not accept Colombia's construction of Article 2201(3). Pursuant to Article 31(1) of the VCLT, the Tribunal's task is to interpret this provision "in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose"* ». Eco Oro v. Colombia, Decisione, paras. 838-839.

⁶⁰ ILC Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report of the International Law Commission Seventieth, 13.

⁶¹ VCLT, Art. 31(3)(b).

⁶² VCLT, Art. 31(3)(a)

Joint-Commission del 2017⁶³ quale subsequent agreement avrebbero potuto essere tenuti in maggiore considerazione. Va peraltro sottolineato come nei paragrafi successivi il tribunale faccia riferimento ad una presunta volontà delle Parti che, nel redigere l'eccezione, avrebbero previsto che essa non escludesse il risarcimento⁶⁴.

Superato lo scoglio della prassi e degli accordi successivi in relazione all'interpretazione del trattato, il tribunale conferma che l'eccezione di cui all'art. 2201(3) non operi nel senso di escludere l'obbligo di risarcimento in caso di violazione del MST. Per fare ciò, utilizza a suo supporto l'unico precedente a disposizione: il caso *Bear Creek*⁶⁵. Tuttavia, pur assunto dal tribunale quale elemento a sostegno della propria interpretazione della disposizione⁶⁶, il precedente in questione non riguardava il MST, ma l'eventuale applicazione dell'eccezione ad un caso di espropriazione, in cui l'obbligo di compensazione è parte dell'obbligo primario, e non una conseguenza della sua violazione⁶⁷.

Sembra infine che un precedente meritevole di considerazione avrebbe potuto essere la Decisione sull'Annullamento nel caso *CMS v. Argentina*⁶⁸. Infatti, l'ultimo argomento citato dal tribunale nella ricostruzione del contenuto dell'eccezione è il riferimento all'art. 27 degli Articoli sulla Responsabilità Internazionale dello Stato (ARSIWA)⁶⁹. L'applicazione dell'eccezione generale di cui all'art. 2201(3) – dovuta all'adozione di misure motivate alla protezione dell'ambiente – viene ricondotta ad una (peraltro non meglio precisata) *circumstance precluding wrongfulness* di cui all'art. 27 ARSIWA⁷⁰. Tale argomento sembra poter essere ricondotto a quello utilizzato dal tribunale nel caso CMS⁷¹, che fu tuttavia oggetto della censura del Comitato *ad hoc* nella Decisione sull'Annullamento, che sul punto si esprime definendolo «a manifest error of law»⁷².

⁶³ Joint Commission of the Free Trade Agreement Between the Republic of Colombia and Canada, Decision No. 6 (24 October 2017)

⁶⁴ « Given that the Contracting Parties drafted other provisions, such as Annex 811(2)(b), to include an express stipulation as to the circumstances in which a measure is not to constitute a treaty breach, it is simply not credible that the Contracting Parties left such an important provision of non-liability to be implied when considering the operation of Article 2201(3) ».

⁶⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Lodo del 20 novembre 2017.

⁶⁶ *Eco Oro v. Colombia*, Decisione, para. 834.

⁶⁷ Si veda infatti *Bear Creek v. Perù*, para. 477.

⁶⁸ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, para. 146-147

⁶⁹ « Article 27, Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness: The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: [...] (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question ».

⁷⁰ *Eco Oro v. Colombia*, Decisione, para. 835.

⁷¹ *CMS v. Argentina*, Decisione, para. 379-394.

⁷² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on Annulment, para. 146.

4. Cenni di un'analisi al di fuori del 'progetto istituzionale' del diritto degli investimenti

Se la decisione di *Eco Oro* risulta essere, alla luce dell'analisi svolta, un esempio piuttosto evidente di *bad law*, essa sembra più in generale evidenziare la natura strutturalmente sbilanciata del 'regime'⁷³ del diritto internazionale degli investimenti. Senza dover prendere posizione nel complesso dibattito fra narrazioni opposte e mutualmente esclusive sulla frammentazione del diritto internazionale⁷⁴, è sufficiente considerare che «the world of legal practice is being sliced up in institutional projects that cater for special audiences with special interests and special ethos⁷⁵» e che in conseguenza di ciò la 'politica del diritto internazionale' è divenuta oggi una 'politica di ri-definizione' delle questioni a seconda del linguaggio specialistico di riferimento⁷⁶. La tendenziale impermeabilità del diritto degli investimenti ad interessi alternativi al diritto di proprietà si può notare, nel caso *Eco Oro*, in almeno due aspetti:

a) *Ignorare l'amicus curiae*. Secondo le ICSID Arbitration Rules, la partecipazione di un *amicus curiae* viene valutata a discrezione del tribunale, tenendo in considerazione, fra le altre cose, se: «(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding»⁷⁷, sempre a condizione che l'intervento «does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party»⁷⁸. Nel caso in questione, la richiesta di intervento proveniva da un gruppo di sei organizzazioni non governative attive nella protezione dell'ambiente e dei diritti umani⁷⁹. In sintesi, essa si concentrava sul possibile impatto della decisione sul diritto a vivere in un ambiente sano⁸⁰, da cui derivava anche l'interesse alla partecipazione.

Il tribunale si è espresso negando la richiesta di intervento, in base all'assenza di un interesse specifico e all'estraneità dei diritti umani alla controversia, ritenendo di non vedere come «[the] generalised issues of human rights, and particularly the right to live in a healthy environment, may be said to relate to the scope

⁷³ Il termine 'regime' è stato definito nel campo delle relazioni internazionali da S. KRASNER, *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*, in *International Organization*, 1982, 185 ss come «sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations». Ciò basta a descrivere un fenomeno sulla cui portata, in una prospettiva dottrinale, (la questione dei *self-contained regimes*) si dibatte da circa quattro decenni. Cfr. ad es. B. SIMMA, *Self-contained regimes*. in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 111 ss.

⁷⁴ A. MARTINEAU, *The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law* in *Leiden Journal of International Law*, 2009, pp. 1 ss.

⁷⁵ M. KOSKENNIEMI, *The politics of international law - 20 years later*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 9.

⁷⁶ *Ivi*, 11.

⁷⁷ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (ICSID Arbitration Rules), 2006, Rule 37(2).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Eco Oro v. Colombia*, Procedural Order No. 6, para. 9.

⁸⁰ *Ivi*, para. 18.

of the specificities of this dispute». Come è stato notato, affinché un tribunale ritenga un intervento pertinente con l'oggetto della controversia, esso deve essere strettamente argomentato all'interno della cornice del diritto degli investimenti⁸¹. I diritti umani sono «generalised issues», sostanzialmente irrilevanti quando si discute di concessioni, aspettative legittime ed espropriazioni. Eppure, come afferma il prof. Sands, gli effetti di una decisione come quella assunta in *Eco Oro* «[are] likely to undermine the protection of the environment»⁸².

b) Proporzionalità con una bilancia guasta: Tuttavia, anche qualora il tribunale avesse considerato l'impatto della propria decisione sui diritti umani, l'esito non sarebbe stato necessariamente diverso. In effetti, ponendo la questione dei diritti umani come uno dei vari elementi da considerare attraverso un bilanciamento fra interessi, si consegna agli arbitri la facoltà di operare un giudizio di proporzionalità che limiti e circoscriva qualunque innovazione gli Stati apportino all'interno degli accordi di investimento. Ci si riferisce alle molte eccezioni, precisazioni, limitazioni sostanziali e procedurali adottate nei trattati c.d. 'di nuova generazione'⁸³. Soprattutto, se il giudizio di proporzionalità viene operato all'interno di una cornice costruita all'unico scopo di proteggere i diritti degli investitori, non è difficile sostenere che la questione dei diritti umani possa trasformarsi in una mera contingenza, tutt'al più rilevante in sede di calcolo del risarcimento⁸⁴.

I rischi del giudizio di proporzionalità applicato al contesto del diritto degli investimenti si esplicitano nel ragionamento del tribunale sull'espropriazione indiretta. Dopo aver valutato, a maggioranza, che le azioni della Colombia non fossero da considerare discriminatorie, fossero state adottate in buona fede e motivate dal legittimo obiettivo di proteggere l'ambiente⁸⁵, avrebbe potuto seguire la semplice applicazione dell'Annex 811(2)(b) del FTA, che recita:

«(b) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, for example health, safety and the protection of the environment, do not constitute indirect expropriation».

Al contrario, tale conclusione viene messa alla prova dell'Annex 811(2)(a)⁸⁶, che afferma:

⁸¹ M. SOMDA, *Protecting Social Rights Using the Amicus Curiae Procedure in Investment Arbitration: A smokescreen against third parties?* In *Investment Treaty News*, 2019, disponibile a <https://www.iisd.org/itn/en/2019/04/23/protecting-social-rights-using-the-amicus-curiae-procedure-in-investment-arbitration-a-smokescreen-against-third-parties-maxime-somda/>

⁸² *Eco Oro v. Colombia*, partial dissent of professor Philippe Sands QC, para. 4.

⁸³ Sulla impossibilità e indesiderabilità di affidare agli arbitrati in materia di investimenti il bilanciamento fra interessi pubblici e privati attraverso il giudizio di proporzionalità si veda D. DAVITTI, *Proportionality and Human Rights Protection in International Investment Arbitration: What's Left Hanging in the Balance?* in *Nordic Journal of International Law*, 2020, p. 353.

⁸⁴ *Ivi*, p. 363.

⁸⁵ *Eco Oro v. Colombia*, Decisione, para 642.

⁸⁶ *Ibid.*

«(a) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred,

(ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations, and

(iii) the character of the measure or series of measures»

Nonostante ci si trovi nell'ambito di applicazione dell'eccezione di cui all'Annex 811(2)(b), il tribunale ritiene che il concetto di «rare circumstances» vada parametrato all'Annex 811(2)(a), costruendo così un intricato ragionamento sulla proporzionalità delle misure adottate dalla Colombia. Nel caso dell'espropriazione indiretta, la Colombia attraversa indenne questo passaggio. Tuttavia, la 'flessibilità' adottata nell'applicare le eccezioni previste dalle Parti sembra un elemento chiave anche per spiegare come il tribunale sia riuscito a vanificare la portata dell'eccezione generale di cui all'art. 2201(3).

A margine di tutto ciò, va notato anche che l'idea stessa di considerare la protezione della salute, dell'ambiente e di altri interessi pubblici (fra cui gli stessi diritti umani) una 'eccezione' rispetto alla regola della prevalenza degli interessi degli investitori suscita di per sé non poche perplessità⁸⁷.

5. Conclusioni: il diritto internazionale e il miraggio della 'buona legge'

In dottrina, l'utilizzo delle tecniche di interpretazione previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e il ricorso al diritto consuetudinario sono stati spesso individuati fra gli strumenti utili a porre rimedio alla 'frammentazione' del diritto internazionale⁸⁸, valorizzando la complessiva unità del diritto internazionale e facendone magari emergere un nuovo *jus gentium*, un diritto internazionale 'per l'umanità'.⁸⁹ In questo caso, tuttavia, il ricorso al diritto internazionale generale sembra produrre l'effetto

⁸⁷ Sul tema si veda J. ARATO, K. CLAUSSEN, J. HEATH, *The Perils of Pandemic Exceptionalism in American Journal of International Law*, 2020, pp. 627 ss.

⁸⁸ Fra i molti contributi, si vedano oltre a B. SIMMA *Self-Contained Regimes*, 1985, anche P. SANDS, *Treaty, Custom and the Cross-Fertilization of International Law*, in *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 1998, 85 ss e, quale 'classico' punto di partenza per la riflessione sul tema M. KOSKENNIEMI, *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of international law: difficulties arising from diversification and expansion of international law*, A/CN.4/L.682, 2006. Di recente, si veda ad es. A. PETERS, *The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization*, in *I•CON*, 2017, pp. 671 ss.

⁸⁹ Si fa riferimento all'ampio dibattito sulla "costituzionalizzazione" e "umanizzazione" del diritto internazionale, che si manifesterebbe in particolare per via del riconoscimento della soggettività dell'individuo nell'ordinamento internazionale e del ruolo sempre più fondamentale dei diritti umani nello sviluppo della disciplina. Fra chi si è interrogato su temi del genere da prospettive e in periodi anche molto diversi si vedano a titolo di esempio: H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, ed. Oxford 2011, (prima ed. 1933); B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, The Hague, 1994, p. 217 ss.; A.A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, ed. 2020 The Hague, prima ed. 2005; T. MERON, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006; A.

opposto. L'art. 31(1) VCLT diventa uno strumento dalle proprietà 'magiche'⁹⁰ attraverso cui trasfigurare il MST, la ricostruzione del diritto consuetudinario si esaurisce nella citazione della giurisprudenza arbitrale e il giudizio di proporzionalità si trasforma in uno strumento per vanificare la volontà delle Parti. Eco Oro sembra quindi dimostrare come il granitico progetto istituzionale del diritto degli investimenti⁹¹ e la cultura giudica dei suoi interpreti⁹² riescano a 'filtrare in entrata' lo stesso diritto internazionale, inficiandone un utilizzo compatibile con interessi che dovrebbero ragionevolmente prevalere.

È indubbio che le crescenti critiche rivolte al diritto degli investimenti⁹³ abbiano avuto riflessi sull'evoluzione di tale settore. Negli ultimi anni – guardando alla giurisprudenza dei tribunali arbitrali – si assiste infatti ad una crescente 'incorporazione' del discorso ambientale nella ricostruzione di concetti tipici della materia.⁹⁴ Gli accordi 'di nuova generazione', da parte loro, tentano di accelerare tale processo. Tuttavia, il caso Eco Oro sembra mostrare i rischi di affidare il complesso bilanciamento fra tutela dell'ambiente e interessi privati ad un regime fondato sullo specifico obiettivo della protezione degli investimenti stranieri. Per quante eccezioni, limitazioni e precisazioni possano essere adottate nella redazione dei trattati, il progetto istituzionale dei suoi *practitioners* sembra non mutare significativamente.⁹⁵

Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures* in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 579 ss.; J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, ed. Oxford 2011, prima ed. 2009; M. ROSENFELD, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?* in *European Journal of International Law*, 2014 p. 177 ss. Oltre a questa dottrina, vanno menzionati anche quegli approcci che hanno enfatizzato le conseguenze della "globalizzazione" sull'ordinamento internazionale, teorizzando il passaggio da un diritto 'internazionale' ad un diritto 'globale', spesso valorizzando la struttura pluralista. Si vedano fra tutti B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, J. B. WIENER, *Foreword: Global Governance as Administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, p. 1 ss.

⁹⁰ Si veda *supra*, nota 52.

⁹¹ Cfr. *supra* nota 75.

⁹² M. HIRSCH, *The Sociology of International Investment Law* in (a cura di Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. E. VIÑUALES), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014, pp. 143 ss.

⁹³ Di recente, l'attenzione è stata rivolta soprattutto al Trattato sulla Carta delle Energia, che si occupa specificamente della materia energetica, elemento chiave della transizione ecologica. Per citare tre esempi recenti e particolarmente significativi, pur in settori molto diversi fra loro, si veda innanzitutto il contributo del *Working Group III* istituito in seno al Gruppo Intergovernativo sul Cambiamento Climatico, disponibile a https://report.ipcc.ch/ar6wg3/pdf/IPCC_AR6_WGIII_FinalDraft_Chapter14.pdf, in particolare p. 81. In secondo luogo, si veda I. FRY, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and protection of human rights in the context of climate change*, A/77/226, che raccomanda di «repeal the Energy Charter Treaty». Infine, si consideri Prasad, Ananthakrishnan, Elena Loukoianova, Alan Xiaochen Feng, William Oman, *Mobilizing Private Climate Financing in Emerging Market and Developing Economies*. IMF Staff Climate Note 2022/007, International Monetary Fund, Washington DC, 2022, p. 5

⁹⁴ Accade ad esempio nella ricostruzione dei 'police powers' degli Stati (ad es. in *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Lodo del 2 agosto 2010, para. 266). Rispetto ai casi ancor più recenti, in dottrina si fa riferimento ad un crescente «*mainstreaming of environmental reasoning*» (Cfr. P.M. DUPUY, J. E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, second edition, Cambridge 2018, p. 465) che riguarda – con accenti ed esiti diversi – casi come *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Lodo del 17 marzo 2015; *Perenco Ecuador Ltd v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim dell'11 august 2015; *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Lodo del 3 novembre 2015;

⁹⁵ Nel caso specifico, «[t]he majority's finding on MST and on the duty to pay compensation circumvented the stated intention of the treaty parties to protect State discretion in environmental matters and exclude the duty to pay



Se Eco Oro si qualifica come ‘bad law’, per stabilire quale possa essere una ‘buona legge’ occorrerebbe adottare una teoria della giustizia⁹⁶, o più modestamente avere un’idea delle priorità alla base del diritto degli investimenti. Se nell’ordine delle priorità si decidesse di inserire la protezione dell’ambiente e la lotta al cambiamento climatico al di sopra della protezione dei diritti degli investitori, allora probabilmente occorrerebbe ridiscutere il regime fin dalle sue fondamenta.

compensation in the exercise of such discretion». Cfr. R. Garden, *Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2022

⁹⁶ Si veda J. LINARELLI, M. E. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford 2018 (in particolare cap. 3). Un dibattito giuridico sia ‘criticamente’ che ‘normativamente’ orientato sul conflitto fra diritto internazionale degli investimenti e protezione per l’ambiente potrebbe essere necessario, soprattutto di fronte all’emergenza climatica.