

**Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su  
commercio, investimenti e occupazione  
Una prospettiva italiana**

**a cura di**

**Pia Acconci ed Elisa Baroncini**



Questo volume è stato sottoposto a una procedura di valutazione anonima da parte di due *referees*.

Dipartimento di Scienze giuridiche Direttore Michele Caianiello Università di Bologna  
Via Zamboni 27/29 40126 Bologna

CC BY 4.0 International

ISBN – 9788854970243

DOI – 10.6092/unibo/amsacta/6440

Editing dei contributi, impaginazione, copertina e quarta di copertina: dott. Francesco Paolo Cunsolo, dott. Gian Maria Farnelli

Immagine di quarta di copertina: Carta di Frederick de Wit, sec. XVIII, Museo di Palazzo Poggi, Sistema Museale di Ateneo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. Si ringraziano il Presidente del Sistema museale d'Ateneo, prof. Roberto Balzani, e la dott.ssa Cristina Nisi, dei Servizi tecnico-museali dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Prima edizione: luglio 2020



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

La pubblicazione del presente volume rientra tra le attività di divulgazione dei risultati delle attività del Modulo Jean Monnet (Programma Erasmus+) su “EU Investment Law” (EUIL) finanziato dall’Agenzia Esecutiva per l’Istruzione, gli Audiovisivi e la Cultura (EACEA) dell’Unione Europea (project number 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE), di cui è coordinatore scientifico la prof.ssa dr. Pia Acconci (2018-2021). I contenuti riflettono le opinioni degli autori. La Commissione non ne è responsabile ad alcun titolo.

This book is published as an implementing activity of Jean Monnet Module (Program Erasmus+) on “EU Investment Law” (EUIL) with the support of the Erasmus+ Program of the European Union under the Jean Monnet Action (2018-2021) coordinated by prof. dr. Pia Acconci (project number 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). The contents reflect the views only of the authors. The Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.



Con la collaborazione di ILA Italy - Sezione italiana dell’International Law Association



Con la collaborazione del Gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) sul diritto internazionale dell’economia (DIEcon)

## INDICE

Elenco degli autori.....	V
Nota delle curatrici .....	XIX
Prefazione .....	1
<i>Pia Acconci</i>	
Considerazioni introduttive.....	7
<i>Attila Tanzi</i>	
Covid-19 e restrizioni al commercio internazionale: il dialogo ( <i>soft</i> ) tra OMS e OMC.....	23
<i>Donato Greco</i>	
<i>Quo Vadis</i> WTO after the Covid-19 Crisis? .....	47
<i>Giorgio Sacerdoti</i>	
<i>A tale of two crises</i> : quali risposte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla pandemia da Covid-19? .....	63
<i>Giovanna Adinolfi</i>	
<i>Immuni</i> dal diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio? Le app di tracciamento dei contatti e dei contagi nel contesto multi-plurilaterale.....	87
<i>Gianpaolo Maria Ruotolo</i>	
Le fragilità delle catene di fornitura globali di fronte all'emergenza da Covid-19 .....	103
<i>Carla Gulotta</i>	
Sicurezza alimentare e commercio internazionale ai tempi del Covid-19 .....	123
<i>Ilaria Espa</i>	
L'incidenza del Covid-19 sul settore agroalimentare nel quadro dell'OMC e dei controlli sugli investimenti esteri diretti .....	135
<i>Francesco Cazzini</i>	
Temporal Limits to Trade and Investment Measures Coping with a Sanitary Emergency under International Law.....	153
<i>Lorenza Mola, Stefano Saluzzo</i>	
Il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea e la protezione delle attività strategiche europee nel contesto dell'emergenza da Covid-19 .....	183
<i>Antonino Ali</i>	

L'effetto del Covid-19 sull'accesso degli investimenti stranieri: le recenti modifiche introdotte nel regime di "golden power" .....	193
<i>Maria Rosaria Mauro</i>	
Obblighi positivi dello Stato nell'emergenza sanitaria e diritto internazionale degli investimenti .....	225
<i>Gian Maria Farnelli</i>	
L'impatto del Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: le misure di contenimento dell'epidemia come espressione del "power to regulate" dello Stato ospite.....	239
<i>Giuliana Lampo</i>	
L'impatto del Covid-19 sui contratti commerciali transnazionali alla luce delle "force majeure" e "hardship clauses" .....	265
<i>Agostina Latino</i>	
Sviluppo sostenibile e investimenti diretti esteri dopo l'emergenza Covid-19: quale ruolo per i contratti di investimento? .....	293
<i>Sondra Faccio</i>	
L'emergenza Covid-19: l'approccio dell'Unione Europea alle restrizioni all'esportazione e al rinnovamento della "governance" degli scambi internazionali per gli "healthcare products" .....	311
<i>Elisa Baroncini</i>	
Gli effetti della pandemia sul mercato interno europeo: l'azione degli Stati e la risposta dell'Unione.....	341
<i>Paola Mariani</i>	
La libera circolazione dei prodotti farmaceutici e sanitari all'interno dell'Unione Europea. Riflessioni a margine della pandemia da Covid-19 .....	355
<i>Luca Pantaleo</i>	
Sovereign Financing During the Covid-19 Pandemic: the Debt Implications of Italy's Socio-Economic Measures for 2020 and the Response of the European Union .....	369
<i>Emma Luce Scali</i>	
La <i>Common Response Investment Initiative</i> : politica di coesione dell'Unione Europea e tutela del lavoro nell'emergenza Covid-19 .....	389
<i>Alessandro Perfetti</i>	
European Solidarity in the Age of Covid-19: The SURE Instrument.....	403
<i>Ilja Pavone</i>	

Emergenza sanitaria e <i>Maritime Labour Convention</i> : alla ricerca dei “core rights” del lavoratore marittimo.....	419
<i>Elisa Ruozzi</i>	
Elenco delle abbreviazioni.....	439

## OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO NELL'EMERGENZA SANITARIA E DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI

Gian Maria Farnelli\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ipotesi di omessa adozione di misure di contenimento di emergenza sanitaria e potenziali violazioni del trattamento giusto ed equo. – 3. *Segue*: potenziali violazioni dello standard della piena protezione e sicurezza. – 4. Possibili difese dello Stato. – 5. Conclusioni.

1. Dall'inizio dell'emergenza sanitaria da Covid-19, la dottrina si è diffusamente interrogata rispetto all'obbligo negativo dello Stato di non cagionare un danno irragionevole all'investitore tramite le misure di contenimento di una emergenza sanitaria <sup>(1)</sup>. Il presente contributo analizza l'altra faccia della medaglia, ossia gli obblighi positivi incombenti su uno Stato rispetto ad investitori stranieri in

---

(\*) Si ringraziano la prof.ssa Acconci per l'organizzazione dell'evento e l'invito, il prof. Tanzi per l'incoraggiamento e gli utili consigli su una versione precedente di questo scritto, la prof.ssa Baroncini per l'incoraggiamento e la prof.ssa Adinolfi e la dott.ssa Faccio per gli utili spunti di riflessione durante il dibattito. Ovviamente, qualsiasi imprecisione ed errore è da imputare solo all'Autore.

(1) Si vedano tra gli altri BENEDETTELLI, *Could Covid-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy*, GAR Online, 26 marzo 2020, reperibile nel sito <https://globalarbitrationreview.com>; HAILES, *Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures*, EJIL: Talk!, 27 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.ejiltalk.org>; PADDEU, JEPHCOTT, *Covid-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Parts I-II*, EJIL: Talk!, 17 marzo 2020, reperibile nel sito <https://www.ejiltalk.org>; PADDEU, PARLETT, *Covid-19 and Investment Treaty Claims*, Kluwer Arbitration Blog, 30 marzo 2020, reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>; WINKLER, *Practical Remarks on the Assessment of Covid-19 as a Force Majeur in International Contracts*, SIDI Blog, 6 maggio 2020, reperibile nel sito <http://www.sidiblog.org>. Per uno studio approfondito sull'interazione tra tutela della salute pubblica e diritto degli investimenti sotto il profilo degli obblighi negativi dello Stato, si vedano VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, New York, 2013; VOON, MITCHEL, *Community Interests and the Right to Health in Trade and Investment Law*, in *Community Interests across International Law* Benvenisti, Nolte, Yalin-Mor (eds.), Oxford, 2018, p. 249.

caso di pandemia. In altre parole, si considera se la mancata adozione di misure di contrasto a una emergenza sanitaria come quella da Covid-19 possa implicare una responsabilità internazionale dello Stato per illecito omissivo sotto il profilo del diritto internazionale degli investimenti.

La esistenza di obblighi positivi dello Stato in questo senso deriva dalla natura di obblighi di diligenza (“due diligence”) degli obblighi in tema di tutela degli stranieri <sup>(2)</sup>. Ciò comporta che lo Stato abbia un generale obbligo di prevenire e reprimere i danni che possano essere arrecati a investitori stranieri <sup>(3)</sup>. Pertanto, l’investitore che possa dimostrare l’inadeguatezza dell’azione statale rispetto ai propri obblighi di tutela e il nesso di causalità tra tale azione inadeguata e un danno subito dal suo investimento avrà diritto al risarcimento.

Queste considerazioni possono essere esemplificate con riguardo all’emergenza da Covid-19. Un rapido riferimento alla contagiosità del virus e al periodo di trattamento della malattia è infatti sufficiente a dare una idea di quanto essa, se lasciata incontrollata, possa avere un significativo impatto sulla capacità economica di una impresa.

Secondo autorevoli studi scientifici, il SARS-CoV-2 ha un numero di riproduzione di base pari tra 2.79 e 3.28 <sup>(4)</sup>. Ciò significa

---

<sup>(2)</sup> Sul punto, si veda, tra gli altri, PISILLO MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, *German Yearbook of International Law*, 1992, vol. 35, p. 9.

<sup>(3)</sup> Sulla natura di “due diligence” degli obblighi in materia di investimenti in generale, si vedano DE BRABANDERE, *Host States’ Due Diligence Obligations in International Investment Law*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2015, vol. 42, p. 319; DE NANTEUIL, *Due diligence et investissements étrangers*, in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale: Journée d’études franco-italienne du Mans* Cassella (ed.), Parigi, 2018 p. 93. Più nello specifico, con riguardo al trattamento giusto ed equo e della piena protezione e sicurezza, si vedano BLANCO, *Full Protection and Security in International Investment Law*, Cham, 2019, p. 421 ss.; NEWCOMBE, PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 277; TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 157; YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2018 (2nd ed.), par. 20.101.

<sup>(4)</sup> *Rapid Risk Assessment: Coronavirus disease 2019 (Covid-19) in the EU/EEA and the UK – Ninth Update*, p. 8, reperibile sul sito <https://www.ecdc.europa.eu/>.

che ogni contagiato contagia almeno altre due persone prima di guarire, con un incremento esponenziale del numero di malati. Inoltre, il Covid-19 è caratterizzato da un periodo di trattamento e recupero che secondo l’OMS varia tra le due e le sei settimane <sup>(5)</sup>. In tale periodo, una persona infettata si trova ovviamente impossibilitata a lavorare.

Questi dati rendono evidente come, in assenza di misure di contenimento, il numero dei malati di Covid-19 sarebbe rapidamente aumentato, con un conseguente impatto sul mondo economico in generale e, pertanto, anche sugli investitori stranieri. Solo per fare alcuni esempi, un’impresa potrebbe subire danni a causa della diffusione del Covid-19 per via della riduzione della manodopera disponibile, della riduzione dell’acquisto dei suoi prodotti o della indisponibilità di beni essenziali alla sua attività economica <sup>(6)</sup>.

Stanti questi elementi, un investitore potrebbe invocare la violazione di due standard a fronte dell’inattività o dell’inadeguatezza delle misure adottate da uno Stato nel contrasto di una emergenza sanitaria. In primo luogo, l’investitore potrebbe sollevare una violazione del trattamento giusto ed equo, sia come inadeguatezza in termini di ragionevolezza o proporzionalità delle misure a tutela dell’interesse pubblico alla salute, sia come mancata tutela della legittima aspettativa a un ragionevole profitto. In secondo luogo, l’investitore potrebbe lamentare una violazione dello standard della piena protezione e sicurezza.

2. La dottrina ha individuato tre obblighi principali incombenti sullo Stato di investimento nell’ambito dello standard del trattamento giusto ed equo: garantire un rimedio effettivo contro provvedimenti amministrativi che danneggino l’investitore; evitare il diniego di giustizia; tutelare le legittime aspettative dell’investitore

---

<sup>(5)</sup> OMS, *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, p. 14 reperibile nel sito [www.who.int](http://www.who.int).

<sup>(6)</sup> Per una panoramica dei potenziali effetti economici della pandemia da Covid-19, si vedano MALISZEWSKA, MATTOO, VAN DER MENSBRUGGHE, *The Potential Impact of Covid-19 on GDP and Trade. A Preliminary Assessment*, *World Bank Policy Research Working Paper No. 9211* reperibile nel sito <https://www.worldbank.org/>.

(<sup>7</sup>).

Dei tre obblighi appena indicati, ai fini del presente studio si intende analizzare nello specifico la questione della tutela delle legittime aspettative (<sup>8</sup>). Si ritiene in particolare che vengano in considerazione due ordini di aspettative di cui l'investitore potrebbe lamentare una lesione: da un lato, l'aspettativa che lo Stato adotti misure ragionevoli a tutela di un interesse pubblico quale la salute; dall'altro, l'aspettativa che lo Stato tenga un comportamento che non danneggi il "ragionevole profitto" dell'investimento.

La prassi internazionale indica come meritevoli di tutela solo le aspettative che risultino «ragionevoli» e «giustificate» (<sup>9</sup>) in quanto frutto di «chiare rappresentazioni» da parte dello Stato, normalmente sotto forma di una clausola di stabilità, e di un «prudente» apprezzamento da parte dell'investitore di tutte le circostanze rilevanti (<sup>10</sup>). Tale prova della legittimità delle aspettative in

---

(<sup>7</sup>) In questo senso, DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012 (2° ed.), pp. 130-160 e 178 ss.; MCLACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2017 (2° ed.), p. 296 ss.; TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 154 ss.

(<sup>8</sup>) La scelta di non trattate in modo specifico la possibilità che la legislazione emergenziale adottata da uno Stato in relazione ad una emergenza sanitaria privi l'investitore di un rimedio effettivo per i danni subiti, o che questi incorra in un diniego di giustizia, corrisponde alla scelta di non trattare gli obblighi negativi in capo allo Stato. Per un approfondimento su questi temi, si rimanda alla dottrina citata *supra*, nota 7.

(<sup>9</sup>) *International Thunderbird Gaming v. United States of Mexico*, UNCITRAL, Award (26 gennaio 2006), par. 147.

(<sup>10</sup>) La giurisprudenza degli investimenti in materia è ampia. Si vedano a titolo esemplificativo *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (16 dicembre 2002), par. 148; *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Award (15 novembre 2004), par. 76; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1, *Decision on Liability* (3 ottobre 2006) par. 130; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 agosto 2008), paragrafi 340 e 351; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 settembre 2008), paragrafi 161 e 257-263; *Total S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability* (27 dicembre 2010), par. 145; *Philip Morris SARL v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 luglio 2016), par. 426; *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Award (2 maggio 2018), par. 360 (1)-(3).

questione non pare difficile.

L'aspettativa che uno Stato adotti misure di contrasto ad un'emergenza sanitaria potrebbe trovare fondamento nelle «chiare rappresentazioni» dello Stato della volontà di tutelare la salute degli individui residenti sul proprio territorio derivanti da disposizioni costituzionali, da una legislazione relativa all'assistenza sanitaria pubblica e dall'adesione a trattati in tema di diritti umani che tutelino la salute. Ciò poiché, come sostenuto in giurisprudenza, per quanto disposizioni normative generali e astratte non possano da sole giustificare una aspettativa dell'investitore <sup>(11)</sup>, un investitore «is entitled to expect that the State will not act in a way which is manifestly inconsistent or unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy)» <sup>(12)</sup>.

Va comunque osservato che, sebbene la prova della legittimità dell'aspettativa all'adozione di misure a tutela della salute pubblica non appaia difficile, la giurisprudenza fa presumere che ben più complessa risulterebbe la dimostrazione che lo Stato abbia materialmente violato tale aspettativa <sup>(13)</sup>.

Un elemento costitutivo della violazione del FET da provare sarebbe la significativa riduzione dei guadagni derivante dalla situazione socio-economica ingenerata dalla mancata adozione delle misure necessarie alla prevenzione, o al contenimento, della epidemia. L'aspettativa ad un ragionevole profitto trova fondamento nell'attività stessa di un investimento. Come giustamente indicato da Ian Brownlie, il ragionevole profitto «constitute the alter ego of the concept of legitimate expectations» poiché «an investment carries the expectation that it will be profitable» <sup>(14)</sup>.

L'aspettativa ad un ragionevole profitto è stata recentemente discussa in giurisprudenza in casi contro la Spagna, ossia *RREEF*

---

<sup>(11)</sup> In questo senso, tra gli altri, *Antaris*, cit., par. 360(6); *Philip Morris*, cit., paragrafi 426-427.

<sup>(12)</sup> *Antaris*, cit., par. 360(13).

<sup>(13)</sup> *Infra*, sezione 4.

<sup>(14)</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion on the issues at the quantum phases of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C. (14 marzo 2003), par. 58.

(<sup>15</sup>), *Hydro* (<sup>16</sup>) e *PV Investors* (<sup>17</sup>), e in un caso contro l'Italia, *Sunreserve* (<sup>18</sup>). Si tratta di casi relativi alla presunta responsabilità spagnola e italiana per violazione delle legittime aspettative dell'investitore derivante dalla modifica degli incentivi alle energie rinnovabili. I tribunali, pur raggiungendo conclusioni diverse nel merito, hanno sostenuto che esista in astratto un obbligo per lo Stato di garantire all'investitore un ragionevole profitto (<sup>19</sup>) anche a fronte di un legittimo esercizio di potere normativo da parte dello Stato finalizzato all'esigenze di contenere la spesa pubblica (<sup>20</sup>). Il Tribunale in *RREEF*, in particolare, ha sostenuto che, laddove la condotta di uno Stato cagioni una riduzione del profitto dell'investimento al di sotto del «ragionevole profitto», si dovrà ritenere che lo Stato abbia agito in maniera non proporzionata e irragionevole, pertanto violando lo standard del trattamento giusto ed equo, indipendentemente dall'esistenza di un impegno dello Stato in tal senso (<sup>21</sup>).

Nel caso di una emergenza sanitaria, l'investitore dovrà quindi primariamente dimostrare di avere subito un danno collegato da nesso di causalità alla mancata adozione di misure tempestive ed adeguate. Come già indicato, ciò non appare difficile poiché

---

(<sup>15</sup>) *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, *Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum* (30 novembre 2018), par. 387.

(<sup>16</sup>) *Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum* (9 marzo 2020), par. 690.

(<sup>17</sup>) *The PV Investors v. Spain*, PCA Case No. 2012-14, *Final Award* (28 febbraio 2020), par. 611. Sulla rilevanza della diligenza dell'investitore si veda, tra gli altri, TANZI, *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* Gattini, Tanzi, Fontanelli (eds.), Leiden, 2018, p. 193 ss.

(<sup>18</sup>) *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, SCC Case No. 132/2016, *Award* (25 marzo 2020).

(<sup>19</sup>) Nel linguaggio dei tribunali, tale ragionevole profitto viene definito «reasonable rate of return».

(<sup>20</sup>) *RREEF*, cit., par. 385.

(<sup>21</sup>) *RREEF*, cit., par. 472. Nello stesso senso, *PV Investors*, cit., par. 648. A favore di questa lettura, si veda FACCIO, *The assessment of the FET standard between legitimate expectations and economic impact in the Italian Renewable Energy Investment Case Law*, *Questions of Int. Law*, 2020, Zoom-in 71.

l'omessa adozione di misure adeguate al contenimento dell'emergenza sanitaria può comportare un danno agli investitori stranieri in virtù della rapida diffusione di un contagio <sup>(22)</sup>. In base a questa considerazione, si può ritenere che l'omessa adozione di tali misure possa rilevare ai fini della lesione della legittima aspettativa ad un ragionevole profitto.

Ovviamente, il punto centrale diventerebbe quantificare la «ragionevolezza» del profitto atteso. Pur potendo operare tale valutazione solo caso per caso, pare condivisibile in via generale la posizione secondo cui il ragionevole profitto è «significantly above a mere absence of financial loss» <sup>(23)</sup>. Pare quindi verosimile che misure quali la sospensione del pagamento delle imposte o l'esistenza di un sistema previdenziale che si faccia carico dei costi di gestione sanitaria dei malati non basti ad escludere la lesione della legittima aspettativa ad un ragionevole profitto. Ciò perché queste misure escludono al massimo una perdita finanziaria dell'investimento, ma non garantiscono alcuna entrata. Piuttosto, ai fini di tale valutazione dovrebbe considerarsi quanto l'inazione o l'inadeguatezza dell'azione statale incida sulla riduzione di capacità economica e produttiva dell'investimento. Sulla base di ciò si potrà fondare eventualmente una responsabilità dello Stato.

3. Passando allo standard della piena protezione e sicurezza, esso notoriamente comporta l'obbligo di diligenza da parte dello Stato nel senso di adottare tutte le misure ragionevolmente necessarie a proteggere l'integrità fisica dell'investitore e dell'investimento <sup>(24)</sup>. Il Tribunale della controversia *Enron* ha

---

<sup>(22)</sup> L'esperienza del Covid-19 è, di nuovo, particolarmente esemplificativa in questo senso. I tre Stati più colpiti al mondo in termini di numero di contagi, ossia Stati Uniti, Brasile e Federazione russa, sono Stati che hanno adottato tardivamente misure di contenimento della pandemia. Un discorso simile si può fare per il Regno Unito, che risulta essere il quinto paese al mondo più colpito. Gli Stati che si sono attivati più rapidamente, quali Danimarca, Francia e Germania, hanno comparativamente avuto meno contagi (fonte: *Coronavirus Statistics: Latest Numbers on Covid-19 Cases and Deaths*, reperibile nel sito <https://www.euronews.com/>).

<sup>(23)</sup> *RREEF*, cit., par. 387. Nello stesso senso, *Hydro*, cit., par. 615.

<sup>(24)</sup> Si vedano, tra gli altri, *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, *Award* (21 febbraio 1997), par. 6.05; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Award* (8

sostenuto che tale obbligo riguardi la tutela dell'integrità fisica di tutto il personale dipendente dell'impresa oggetto di investimento, indipendentemente da una posizione dirigenziale o meno <sup>(25)</sup>. Il Tribunale della causa *Biwater* ha ulteriormente specificato che l'obbligo prevede la garanzia di un «secure physical environment» <sup>(26)</sup>. Pare ragionevole affermare che tale concetto di sicurezza fisica includa anche la sicurezza igienico-sanitaria.

Già partendo da questi precedenti si potrebbe sostenere che lo standard della piena protezione e sicurezza comporti una responsabilità dello Stato di tutelare la salute dei dipendenti dell'investitore, indipendentemente dalle mansioni che svolgono, oltre all'investitore stesso. Elementi ulteriori sono forniti dalla decisione della controversia *Allard v. Barbados*.

In tale controversia, il ricorrente sosteneva di aver subito un danno a causa della mancata attuazione da parte delle Barbados dei propri obblighi internazionali in tema di tutela dell'ambiente. In particolare, il ricorrente sosteneva che tale omissione avesse causato un grave deterioramento del territorio limitrofo alla sua attività «ecoturistica», cagionando pertanto un danno al suo investimento <sup>(27)</sup>.

Ai fini della presente riflessione, giova notare che il Tribunale ha accettato l'argomento del ricorrente. Reiterando che lo standard di trattamento della piena protezione e sicurezza impone allo Stato l'obbligo di adottare misure «ragionevoli», il Tribunale ha aggiunto che per la valutazione della ragionevolezza delle misure «host State's international obligations may well be relevant» <sup>(28)</sup>. In base a tale considerazione, quindi, un investitore potrebbe legittimamente sollevare la questione della violazione dello standard della piena protezione e sicurezza laddove potesse dimostrare di aver subito un

---

dicembre 2000), par. 84; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 maggio 2003), par. 177; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 marzo 2006), paragrafi 483-484; *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 ottobre 2011), par. 523.

<sup>(25)</sup> *Enron Corp. and Ponderosa Assets L.P. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (22 May 2007), par. 286.

<sup>(26)</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 luglio 2008), par. 729.

<sup>(27)</sup> *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award (27 giugno 2016), par. 56.

<sup>(28)</sup> *Ibid.*, par. 244.

danno conseguente alla mancata o inadeguata adozione di misure di contenimento di una emergenza sanitaria da parte di uno Stato, nel caso in cui tale inadeguata o mancata azione dello Stato costituisca violazione di altri obblighi internazionali.

4. A fronte di domande arbitrali in linea con gli argomenti appena indicati, uno Stato convenuto potrebbe presentare una difesa di esercizio dei cosiddetti «poteri regolamentari» («regulatory powers») o di non irragionevolezza della mancata adozione di specifiche misure preventive o di contenimento.

La difesa dell'esercizio dei «poteri regolamentari» dello Stato è oggetto di ampia prassi e dibattito dottrinale <sup>(29)</sup>. Essa è stata considerata e accettata da più tribunali, nel senso di sostenere che uno Stato non sia «liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation» <sup>(30)</sup>. I tribunali delle controversie *Saluka* e *Tecmed* hanno sostenuto la natura consuetudinaria dell'eccezione alla responsabilità dello Stato appena indicata <sup>(31)</sup>. Nel caso *Saluka* si è inoltre evidenziata la necessità di tenere a mente «the host State's legitimate right [...] to regulate domestic matters in the public interest» <sup>(32)</sup>.

Sulla base di questa giurisprudenza, uno Stato potrebbe sostenere che la mancata adozione di misure di contrasto a una emergenza sanitaria, essendo per sua natura un atto non discriminatorio, persegua in buona fede l'interesse pubblico a evitare danni al sistema economico del paese. In questo senso, tale mancata adozione potrebbe non costituire *per se* una violazione del trattamento giusto ed equo, in linea con ampia giurisprudenza internazionale <sup>(33)</sup>.

Pur potendo essere ragionevolmente argomentata, tale difesa

---

<sup>(29)</sup> Si vedano, tra gli altri, LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: the Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2019; RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, L'Aja, 2018; TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, 2014.

<sup>(30)</sup> *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* (3 settembre 2001), par. 198.

<sup>(31)</sup> *Saluka*, cit., par. 262; *Técnicas Medioambientales Tecmed*, cit., par. 119.

<sup>(32)</sup> *Saluka*, cit., par. 305.

<sup>(33)</sup> Si veda, tra gli altri, *Belenergia S.A. v Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, *Award* (6 agosto 2019), par. 572.

non pare agevole. La giurisprudenza dei tribunali arbitrali in materia di investimenti stranieri è nel senso di sostenere che sia esclusa la responsabilità dello Stato per misure adottate nell'esercizio di poteri regolamentari se «the action [is] taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, [is] non-discriminatory and proportionate»<sup>(34)</sup>. La mancata adozione di misure di contrasto ad una emergenza sanitaria difficilmente potrebbe essere qualificata come una forma di tutela del benessere pubblico per quanto giustificata da considerazioni economiche. Ciò in base alla considerazione sistemica secondo cui la tutela della salute, strumentale alla tutela della vita, gode di una rilevanza superiore rispetto ai diritti economici nell'assetto dei diritti umani, rispetto ai quali, come sostenuto in *Urbaser*, si deve svolgere una interpretazione sistemica del diritto degli investimenti<sup>(35)</sup>. Parimenti, l'adozione di misure non in linea con le indicazioni dei competenti organismi internazionali o nazionali, e pertanto inadeguate, facilmente fallirebbe il "test" di proporzionalità<sup>(36)</sup>.

Più utilmente uno Stato potrebbe difendersi adducendo la non irragionevolezza della propria condotta. A tale riguardo, si pone una

---

<sup>(34)</sup> *Philip Morris*, cit., par. 305; enfasi aggiunta.

<sup>(35)</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 dicembre 2016), par. 1200. In dottrina si vedano sul punto, tra gli altri, DE BRABANDERE, *Human Rights and Foreign Direct Investment*, in *Research Handbook on Foreign Direct Investment* Krajewski, Hoffmann (eds.), Cheltenham, 2019, p. 619; DUPUY (P.-M.), *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law*, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* Dupuy (P.-M.), Petersmann, Francioni (eds.), Oxford, 2009; FAHNER, HAPPOLD, *The human rights defence in international investment arbitration: exploring the limits of systemic integration*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68, p. 741; KARAMANIAN, *Human Rights Dimensions of Investment Law*, in *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights* De Wet, Vidmar (eds.), Oxford, 2012; SANTACROCE, *The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, vol. 34, p. 136.

<sup>(36)</sup> Sul "test" di proporzionalità in diritto degli investimenti, si vedano, tra gli altri, KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, in *International Investment Law* Alvarez (ed.), Leiden-Boston, 2017, p. 1253; VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham, 2018.

necessaria distinzione tra l'uso di tale difesa a fronte di una doglianza relativa alla violazione del trattamento giusto ed equo, e rispetto ad una azione per violazione della piena protezione e sicurezza. Tale distinzione si accentua sulla base di una diversa distribuzione dell'onere probatorio nei due casi.

Nel caso di pretesa violazione del trattamento giusto ed equo, il ricorrente dovrà dimostrare la supposta irragionevolezza del comportamento dello Stato, in base all'ordinario criterio di attribuzione dell'onere probatorio "actori incumbit probatio" <sup>(37)</sup>. Tale prova pare ardua. La giurisprudenza è nel senso di ritenere che uno Stato violi questo standard quando la sua azione

[is] manifestly or grossly unfair or unreasonable, [is] arbitrary or discriminatory, constitute[s] a denial of justice in national proceedings in the host State, or that the host State engage[s] in a wilful neglect of duty or a wilful disregard of due process of law, or showed an extreme insufficiency of action falling far below international standards <sup>(38)</sup>.

Tale prova risulta ancora più ardua laddove l'investitore tenti di far valere il mancato rispetto di un obbligo internazionale a tutela di un interesse generale come fonte di danno per il suo investimento.

Nel caso *Bilcon*, in cui l'investitore lamentava la violazione del trattamento giusto ed equo costituita dall'applicazione da parte delle autorità canadesi della legge canadese relativa alla valutazione d'impatto ambientale, il Tribunale ha accolto l'argomento del ricorrente sulla base della dimostrazione che le autorità canadesi avevano tenuto nel caso concreto un comportamento difforme rispetto ad una prassi ben stabilita, che il ricorrente poteva legittimamente aspettarsi sarebbe stata seguita anche nel suo caso <sup>(39)</sup>.

Nel caso *Mesa*, invece, il Tribunale non ha riconosciuto una violazione del trattamento giusto ed equo da parte del Canada per il

---

<sup>(37)</sup> In questo senso, si veda SOURGENS, DUGGAL, LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford, 2018, p. 23 ss.

<sup>(38)</sup> *Sunreserve*, cit., par. 688.

<sup>(39)</sup> *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, *Award on Jurisdiction and Liability* (17 marzo 2015), par. 600.

mancato rispetto dei propri obblighi internazionale in tema di ambiente, limitandosi a rilevare che il convenuto avesse seguito un processo decisionale “razionale” nel decidere di non agire a tutela dell’ambiente <sup>(40)</sup>.

La prassi appena indicata dimostra come il ricorrente che si trovasse a sostenere l’irragionevolezza delle misure adottate rispetto ad una violazione dello standard del trattamento giusto ed equo dovrebbe dimostrare o l’assoluta irrazionalità del procedimento decisionale statale, o una grave difformità da prassi prestabilite. Le difficoltà di una prova simile appaiono evidenti. Non va inoltre dimenticato che, anche laddove il tribunale ritenesse che il comportamento dello Stato sia stato irragionevole, l’eccezionalità di un evento come un’emergenza sanitaria potrebbe influenzare la ragionevolezza delle aspettative dell’investitore nel senso di ridurne la portata. Ciò, poiché si potrebbe sostenere che lo Stato non sia tenuto a garantire l’investitore da situazioni eccezionali e imprevedibili <sup>(41)</sup>.

Ben diversa è la situazione rispetto ad un ricorso fondato sulla violazione dello standard della piena protezione e sicurezza. In questo caso, come sostenuto in dottrina, il ricorrente dovrebbe fornire solo la prova di aver subito un danno ascrivibile all’ambito di applicazione della piena protezione e sicurezza, e del nesso di causalità tra la condotta statale e tale danno <sup>(42)</sup>. Starebbe invece allo Stato dimostrare la propria diligenza <sup>(43)</sup>, ossia la “non irragionevolezza” delle proprie condotte.

La situazione appena indicata appare favorevole, sotto il profilo probatorio, per il ricorrente. Per i motivi già indicati, la diffusione di

---

<sup>(40)</sup> *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, *Award* (24 marzo 2016), par. 672.

<sup>(41)</sup> Si fa riferimento all’ipotesi del c.d. “act of God”, normalmente escluso dalle clausole di garanzia dei contratti di assicurazione. Sul fondamento teorico di questa difesa, si vedano FAURE, JING, WIBISANA, *Industrial Accidents, Natural Disasters and Act of God*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 43, p. 383. Si noti che i problemi posti da questa difesa sono normalmente risolti nei BIT attraverso la cosiddetta “clausola di indennizzo per danni” («compensation-for-losses»). Sul punto si veda PÉREZ-AZNAR, *Investment Protection in Exceptional Situations: Compensation-for-Losses Clauses in IIAs*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32, p. 696.

<sup>(42)</sup> BLANCO, *op. cit.*, p. 426, e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>(43)</sup> *Ibid.*, p. 425.

una pandemia ricade certamente nell'ambito di applicazione dello standard della piena protezione e sicurezza. Quanto al nesso di causalità, si ritiene che la pleora di studi sulla malattia e sulle sue ricadute economiche fornirebbe ampio materiale per un investitore per argomentare l'esistenza di tale collegamento. Più gravoso risulta invece l'onere probatorio incombente sullo Stato, in particolare laddove questi si fosse discostato dalle indicazioni di competenti organismi nazionali o internazionali, o avesse agito in modo palesemente difforme dalla maggioranza degli altri Stati.

5. Per riassumere, si ritiene in linea di principio sostenibile che il diritto internazionale degli investimenti imponga ad uno Stato obblighi positivi di adozione di misure di contenimento di una emergenza sanitaria. Ciò, in virtù della natura di obblighi di diligenza<sup>(44)</sup> degli obblighi derivanti dagli standard del trattamento giusto ed equo e della piena protezione e sicurezza.

Sotto il profilo del trattamento giusto ed equo, rileva, da un lato, l'obbligo dello Stato di non ledere le legittime aspettative dell'investitore a che lo Stato persegua politiche di interesse pubblico in modo razionale, e, dall'altro, che le azioni dello Stato non impediscano all'investitore di ottenere un ragionevole profitto. Questa seconda aspettativa comporterebbe l'obbligo per lo Stato di adottare misure che riducano la diffusione del contagio per non ridurre la capacità produttiva dell'investimento. Tuttavia, in entrambi i casi, l'investitore dovrebbe dimostrare l'irragionevolezza dell'azione statale, prova che pare ardua alla luce dello standard probatorio richiesto in giurisprudenza.

Sotto il profilo della piena protezione e sicurezza, l'obbligo di garantire la sicurezza fisica della "componente umana" dell'investimento comporterebbe l'obbligo di adottare misure ragionevoli alla tutela della salute dell'investitore e dei dipendenti. Tale ragionevolezza deve essere valutata alla luce di altri obblighi internazionali incombenti sullo Stato, sempre in tema di tutela della salute. In questo caso, si ritiene che spetterebbe allo Stato dimostrare la non irragionevolezza della propria condotta, prova che si ritiene ardua laddove lo Stato abbia disatteso a standard di tutela internazionali.

---

<sup>(44)</sup> *Supra*, nota 3.

Le considerazioni appena svolte non escludono comunque che l'investitore debba dimostrare il nesso causale tra l'inadeguatezza della misura di contenimento dell'emergenza sanitaria e il danno subito. Come già indicato, si ritiene tuttavia che il soddisfacimento di questo onere probatorio risulti semplificato nel caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 in considerazione della pleora di studi sulla malattia e sulle sue ricadute economiche.

Parimenti, le considerazioni appena indicate sugli obblighi positivi non mirano ad escludere una parallela responsabilità dello Stato per inadempimento dell'obbligo negativo di non cagionare un irragionevole danno attraverso misure di contenimento di una emergenza sanitaria. Più semplicemente, l'analisi fornita dimostra che uno Stato che abbia deciso di non adottare alcuna misura di contenimento del contagio rischi di affrontare contenzioso degli investimenti al pari di quegli Stati che abbiano adottato misure di contenimento di un contagio.

Il contemperamento tra gli obblighi positivi e negativi appena indicati sarà oggetto di ampio dibattito nei prossimi mesi e anni. Sarà di sicuro interesse osservare gli esiti dei contenziosi che verranno promossi contro Stati che hanno tempestivamente risposto all'emergenza sanitaria, come Francia, Germania e Italia, comparativamente rispetto a cause promosse contro Stati che hanno risposto tardivamente, o blandamente, quali Brasile, Regno Unito e Stati Uniti <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Prime ipotesi di contenzioso sono già state paventate nei confronti del Messico. Si veda BOHMER, *Changes to Mexico's electricity regulation in light of pandemic prompt threats of investment arbitration claims*, *Investment Arbitration Reporter*, 2020 reperibile nel sito <https://www.iareporter.com>