

Il patrimonio culturale: riflessioni e prospettive



L'impatto della Convenzione UNESCO del 1972 sui sistemi giuridici nazionali e internazionali e il rapporto con l'Unione europea

A cura di Michele Caianiello, Nicola Aicardi,
Elisa Baroncini, Vittorio Manes, Pietro Manzini

con la collaborazione di Alessandra Quarta



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Direzione della collana

Roberto Balzani, Giuliana Benvenuti, Francesco Citti, Carla Salvaterra
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

A cura di Michele Caianiello, Nicola Aicardi,
Elisa Baroncini, Vittorio Manes, Pietro Manzini

L'impatto della Convenzione UNESCO
del 1972 sui sistemi giuridici nazionali
e internazionali e il rapporto
con l'Unione europea

con la collaborazione di Alessandra Quarta



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

2024

L'impatto della Convenzione UNESCO del 1972 sui sistemi giuridici nazionali e internazionali e il rapporto con l'Unione europea / a cura di Michele Caianiello, Nicola Aicardi, Elisa Baroncini, Vittorio Manes, Pietro Manzini, con la collaborazione di Alessandra Quarta – Bologna : Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2024.

ISBN 9788854971875 (PDF)

DOI: https://doi.org/10.60923/pcrp_2024-6

Questo libro è stato sottoposto a un processo di peer-review sotto la responsabilità della direzione della collana.

Tutti i diritti d'autore e di pubblicazione dell'opera appartengono agli autori senza restrizioni. Eccetto ove diversamente indicato l'opera è pubblicata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Questa licenza consente a chiunque di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare e modificare, trasformare il materiale e basarsi su di esso con qualsiasi mezzo e formato per qualsiasi fine, anche commerciale, a patto che venga adeguatamente attribuita agli autori, che ciascuna modifica all'opera sia indicata e che sia fornito un link alla licenza.

Università di Bologna
Via Zamboni 33, 40126 - Bologna, Italy

Immagine di copertina: © Università di Bologna/ Antonio Cesari Palazzo Poggi - Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna - Pellegrino Tibaldi - Saletta di Ulisse - (particolare)

INDICE

Introduzione p. 7

I SESSIONE

La nascita e l'evoluzione della tutela giuridica del patrimonio culturale: dal diritto romano alla Convenzione UNESCO del 1972

MARCELLA GOLA

I (primi) 50 anni della "Convenzione UNESCO": Riflessioni introduttive per un approfondimento multidisciplinare p. 9

IVANO PONTORIERO

La tutela del patrimonio culturale in diritto romano p. 13

DONATELLA BIAGI MAINO, MASSIMO CARCIONE, GIUSEPPE MAINO

Una storia dei manuali e dei protocolli operativi per la salvaguardia dei beni culturali a rischio p. 20

FRANCESCO PAOLO CUNSOLO

La nozione di patrimonio mondiale nella Convenzione UNESCO del 1972, tra beni materiali e valori intangibili p. 24

CHIARA ALVISI

Patrimonio culturale UNESCO e teoria dei beni comuni p. 44

II SESSIONE

La Convenzione UNESCO del 1972, tra ordinamento internazionale e ordinamento interno

NICCOLÒ LANZONI

La Convenzione sul patrimonio mondiale e il diritto internazionale consuetudinario sulla tutela del patrimonio culturale in tempo di pace: alcune riflessioni p. 59

ELISA BARONCINI

Il patrimonio dell'umanità nell'arbitrato internazionale sugli investimenti p. 68

FEDERICA LEGNANI

La candidatura dei Portici di Bologna a Patrimonio Unesco p. 89

CLAUDIA TUBERTINI

A 50 anni dalla Convenzione UNESCO del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale mondiale: riflessioni alla luce dell'esperienza italiana p. 94

MARCO FUSAROLI

Attività investigative e strumenti di contrasto ai fenomeni criminosi connessi al cultural heritage: un terreno fertile per rimuovere, in futuro, i dubbi presenti..... p. 104

III SESSIONE

La tutela e valorizzazione del patrimonio culturale tra tradizione classica e nuove prospettive digitali

MARIA GIOVANNA BELCASTRO, ANNALISA PIETROBELLI, TERESA NICOLOSI

I resti umani di interesse scientifico nell'ambito del patrimonio culturale: un inquadramento nel panorama italiano e internazionale..... p. 116

FRANCESCO BOLDRIN

La valorizzazione del patrimonio culturale dell'umanità attraverso la riproduzione digitale delle sue immagini: problematiche e prospettive..... p. 128

DANILO LONGO, BEATRICE TURILLAZZI, LEILA SIGNORELLI, GIULIA FAVARETTO

Dagli aspetti strutturali e giuridici al funzionamento organizzativo: il Progetto 4CH per la formazione di un Centro di Competenza per la Conservazione del Patrimonio Culturale p. 136

VANNA GHERARDI, GIORGIA LEONARDI

La scuola nel territorio per una città... dei bambini. Un progetto partecipato didattico culturale a Pesaro, Città Creativa della Musica UNESCO..... p. 146

IV SESSIONE

Il contributo dell'Unione europea alla tutela del patrimonio culturale

PIERALBERTO MENGOZZI

La lotta al traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea..... p. 157

ALESSANDRA QUARTA

La Convenzione UNESCO del 1972 e l'impatto sulle politiche europee: lo sviluppo del Marchio del patrimonio europeo..... p. 165

Elenco delle autrici, degli autori, delle curatrici e dei curatori..... p. 173

Introduzione

Il presente volume raccoglie gli atti del Convegno organizzato nel dicembre 2022 dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Bologna per celebrare i 50 anni della Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio dell'umanità. Si tratta di un evento che fa parte del grande Progetto dell'Università di Bologna "Patrimonio dell'Umanità. 50 anni dalla Convenzione UNESCO: riflessioni nei Campus dell'*Alma Mater Studiorum*" guidato dalla Prof.ssa Giuliana Benvenuti, Delegata al patrimonio culturale dell'*Alma Mater*, e patrocinato dalla Commissione Nazionale Italiana per l'UNESCO¹. Tale iniziativa, che si è snodata in tutti i Campus dell'Ateneo di Bologna, ha chiamato a raccolta gli studiosi bolognesi sui temi del *cultural heritage*, realizzando una serie di eventi interdisciplinari in cui massimi sono stati lo scambio di idee ed il dibattito, immediatamente resi fruibili con l'accesso *online* ai video dei convegni, e, ora, ulteriormente condivisi con la pubblicazione in *open access* degli atti delle relazioni presentate nei vari incontri scientifici.

Adottata a Parigi il 16 novembre 1972, la Convenzione UNESCO sul *World Heritage*, con le sue 194 ratifiche², ha valenza universale, ed è uno degli strumenti pattizi più noti nella cultura generale e di maggiore impatto sulle realtà locali, nonché elemento centrale del diritto internazionale, il quale, lo ricordiamo, "should reflect its intercivilizational dimension –the idea that it governs the interplay between different cultures", poiché "acknowledging the plurality of the cultures that compose the international community is key to maintaining just, peaceful, and prosperous relations among nations"³. La Convenzione del 1972 ci ha regalato la nozione rivoluzionaria di "patrimonio dell'umanità", in base alla quale i beni di eccezionale valore universale non costituiscono più, semplicemente e solo, una "property", ma sono, per l'appunto, una eredità, un patrimonio che deve quindi essere tutelato e preservato, pure per le generazioni future. Tale strumento pattizio è di rilevanza centrale per un Paese come l'Italia, che vanta il maggior numero di siti UNESCO al mondo (59)⁴, presenti in un tessuto storico e culturale inestimabilmente ricco. La preservazione ottimale di tali beni, il loro accesso e la loro fruibilità sostenibile richiedono un quadro giuridico articolato nei vari settori del diritto. Innanzitutto, trattandosi di patrimonio dell'umanità intera, il dovere di salvaguardarlo non riguarda più unicamente lo Stato sul quale un sito UNESCO è ubicato: in ragione della rilevanza universale di quel bene, il dovere di tutela ricade anche sulla Comunità internazionale nel suo complesso. Inoltre, la gestione ottimale di un sito UNESCO necessita di notevole attenzione nella disciplina amministrativistica dei piani di gestione, nella definizione delle regole urbanistiche, nel coinvolgimento dei soggetti interessati, e, più in generale, della società civile, per proteggere i capolavori artistici unitamente alla bellezza dei siti naturali. Occorre consentirne la fruibilità, la

¹ Cfr. il sito *Patrimonio dell'Umanità. 50 anni dalla Convenzione UNESCO: riflessioni nei Campus dell'Alma Mater Studiorum*, al link <https://site.unibo.it/universita-per-unesco/it>

² Convenzione sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale (*Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage [World Heritage Convention, WHC]*) adottata a Parigi il 16 novembre 1972 ed entrata in vigore il 17 dicembre 1975, in *United Nations Treaty Series*, 1977, Vol. 1037, p. 151.

³ VADI, *Cultural Heritage in International Economic Law*, Leiden – Boston, 2023, a p. ix.

⁴ Per una presentazione dei siti UNESCO italiani si rinvia alla pagina web ad essi dedicata, predisposta dal Ministero della cultura, *Siti italiano del patrimonio mondiale Unesco*, al link <https://www.beniculturali.it/sitiunesco>.

possibilità di ‘viverli’, mantenendone, però, l’integrità e l’autenticità, dunque scongiurando, ad esempio, l’*overtourism*. Ancora, per preservare beni ed oggetti artistici e siti naturali da sfregi, furti, e ogni altro atto suscettibile di comprometterli, occorre potersi avvalere di un adeguato e coordinato insieme di regole penali. E la tutela dei beni culturali e naturali è anche nell’agenda dell’Unione europea, il cui motto è “Unità nella diversità”, ed i cui Trattati attribuiscono all’Unione anche il compito di rispettare la ricchezza della sua diversità culturale, curando e sviluppando il patrimonio culturale europeo.

Alla luce del contesto richiamato, il Dipartimento di scienze giuridiche ha accolto più che volentieri l’invito della Prof.ssa Benvenuti ad organizzare un Convegno che analizzasse la portata della Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio dell’umanità e l’impatto e i doveri che tale strumento pattizio implica per il sistema giuridico nazionale, e quelli dell’UE ed internazionale. A seguito della *call for papers* di Ateneo, che ha ricevuto grande attenzione, sono state selezionate le proposte poi sviluppate nella Conferenza del dicembre 2022, e ora completate per la loro pubblicazione nel presente volume.

Confidando che quanto realizzato possa risultare gradito e contribuire alla discussione scientifica, il Dipartimento di scienze giuridiche rinnova il proprio impegno di ricerca per continuare a lavorare sui sempre più indispensabili vari aspetti giuridici della tutela del *cultural heritage*.

Da ultimo, ma non ultimo, oltre a manifestare nuovamente il più vivo apprezzamento alla Prof.ssa Benvenuti per l’iniziativa dell’Università di Bologna per celebrare la Convenzione UNESCO sul patrimonio dell’umanità, desideriamo ringraziare, per il loro grande supporto organizzativo, il Dott. Enrico Desiderio e tutto il personale della Fondazione Alma Mater (FAM), e, per la paziente raccolta dei contributi e il prezioso *editing* del presente volume, la Dott.ssa Alessandra Quarta.

Bologna, febbraio 2024

Michele Caianiello, Nicola Aicardi, Elisa Baroncini,
Vittorio Manes, Pietro Manzini

Il patrimonio dell'umanità nell'arbitrato internazionale sugli investimenti

Elisa Baroncini

Abstract

Ratified by 194 countries, the World Heritage Convention (WHC) is one of the best-known treaty instruments in general culture. Having a significant impact on local realities, the WHC is a central element of international cultural heritage law, the development of which has been prodigious over the last 50 years. Increasingly the object of interpretation in national and international judgments, the 1972 UNESCO Convention also serves as a benchmark in international investment arbitration. This paper analyses the evolutionary path of arbitral awards that have considered the 1972 Convention, and it assesses the growing relevance, in international investment law (IIL), of the protection of UNESCO cultural and natural heritage. Furthermore, the paper shows that, in order to be able to invoke IIL protection, investors have to be responsible, and thus familiar with the international and domestic legal framework for the preservation and management of sites falling within the scope of the WHC. In fact, the fulfillment of such a duty of due diligence allows an investor to know the implications that the presence of cultural and natural assets has for the conduct of his/her business activities.

Ratificata da 194 Paesi, la Convenzione UNESCO sul patrimonio dell'umanità è uno dei più noti trattati nella cultura generale, anche per il suo significativo impatto sulle realtà locali. La *World Heritage Convention* (WHC) è un elemento centrale del diritto internazionale del patrimonio culturale, il cui sviluppo è stato prodigioso negli ultimi 50 anni. Sempre più oggetto di interpretazione in sentenze nazionali e internazionali, la Convenzione UNESCO del 1972 funge anche da parametro di riferimento nell'arbitrato internazionale sugli investimenti. Il presente lavoro analizza il percorso evolutivo dei lodi arbitrali che hanno preso in considerazione la Convenzione del 1972 e valuta la crescente rilevanza, nel diritto internazionale degli investimenti, della tutela del patrimonio UNESCO. In particolare, il contributo dimostra che, per essere considerati "diligenti", e dunque invocare la protezione del diritto internazionale degli investimenti, gli investitori devono conoscere anche il quadro giuridico internazionale e nazionale per la conservazione e la gestione dei siti che rientrano nell'ambito di applicazione della WHC. Infatti, l'adempimento di tale dovere di *due diligence* consente all'investitore di conoscere le implicazioni che la presenza di beni culturali e naturali ha per lo svolgimento delle proprie attività commerciali.

Parole chiave: patrimonio dell'umanità; diritto internazionale degli investimenti; arbitrato internazionale; *due diligence*; *business and human rights*.

Elisa Baroncini: Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

✉ elisa.baroncini@unibo.it

1. Introduzione

Con la definizione di patrimonio dell'umanità, la Convenzione UNESCO del 1972 ha apportato un contributo fondamentale alla protezione dei beni culturali e delle bellezze naturali e paesaggistiche di eccezionale valore universale. Detti beni, infatti, non rappresentano più una ricchezza solo per il Paese che li esprime e nel quale sono collocati, ma, dato il loro *outstanding universal value* (OUV), hanno un'importanza che supera i confini nazionali. Pertanto, avendo, i siti patrimonio UNESCO, una portata *universale*, della loro tutela, valorizzazione e trasmissione alle generazioni future non sono unicamente responsabili i singoli Stati in cui si trovano, ma anche la Comunità internazionale nel suo insieme.

Ratificata da 194 Paesi, la *World Heritage Convention* (WHC) è uno degli strumenti pattizi più noti nella cultura generale e di maggiore impatto sulle realtà locali, nonché elemento centrale del diritto internazionale dei beni culturali, il cui sviluppo è stato prodigioso negli ultimi 50 anni. Sempre più spesso oggetto di interpretazione nelle sentenze nazionali e internazionali, la Convenzione UNESCO del 1972 non manca d'essere parametro di riferimento anche negli arbitrati internazionali sugli investimenti, ed è proprio a tale giurisprudenza che è dedicato il presente lavoro. L'adesione di uno Stato alla WHC e la presenza sul territorio nazionale di un patrimonio culturale o naturale di valore eccezionale e universale, come pure la dichiarazione di un sito quale patrimonio UNESCO sono atti e situazioni giuridicamente qualificate che incidono sulla tutela degli investimenti stranieri prevista dai BITs (*Bilateral Investment Treaties*), o, comunque, dai capitoli a detti investimenti dedicati negli accordi economici di più ampio respiro (*Treaties with Investment Provisions*, TIPs).

Pertanto, intendiamo qui analizzare il percorso evolutivo dei lodi arbitrali che hanno considerato la Convenzione del 1972, al fine di valutare la crescente rilevanza, nel diritto internazionale degli investimenti, della tutela del patrimonio culturale e naturale originata dall'UNESCO. Contestualmente, ci si prefigge di apprezzare l'affermarsi della necessità che gli investitori, per poter invocare positivamente la protezione di BITs e TIPs, siano *responsabili, diligenti*, e dunque conoscano, tra l'altro, il quadro giuridico, internazionale ed interno, per la preservazione e la gestione di complessi monumentali e siti ricadenti nell'ambito di applicazione della Convenzione del 1972, e, quindi, le implicazioni che la presenza di detti beni ha per lo svolgimento delle loro attività imprenditoriali.

2. Il patrimonio UNESCO entra in scena nel contenzioso internazionale sugli investimenti: il caso Piramidi

Per la prima volta la Convenzione UNESCO del 1972 e un sito dichiarato patrimonio UNESCO vengono presi in considerazione da un Tribunale arbitrale internazionale nel caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*¹¹⁷. Il contenzioso era nato dall'impossibilità per la SPP(ME), società registrata ad Hong Kong, di realizzare la costruzione di un villaggio turistico nei pressi delle Piramidi di Giza, nonostante il progetto proposto avesse ottenuto tutte le autorizzazioni previste dallo Stato egiziano. In particolare, il 23 settembre 1974, la SPP(ME) stipulava un contratto con il Ministero egiziano per il turismo e la *Egyptian General*

¹¹⁷ *Southern Pacific Properties v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992.

Organization for Tourism and Hotels (EGOTH), istituendo una *joint venture* per lo sviluppo del *Pyramids Oasis Project*¹¹⁸. In pochi mesi detto contratto superava il controllo formale dell'ente preposto agli investimenti,¹¹⁹ e successivamente, il 2 maggio 1975, la *joint venture* veniva approvata con decreto n. 475 del Presidente della Repubblica egiziana. EGOTH trasferiva poi all'impresa comune il suo diritto di usufrutto sui terreni interessati dall'investimento "irrevocably" e "without restriction of any kind"¹²⁰. Seguirono tutti i passaggi formali per l'approvazione, da parte del Ministero dell'economia e della cooperazione economica e del Ministero del turismo, dei contratti con le agenzie locali, della forma giuridica del soggetto investitore, della progettazione generale e particolareggiata delle strutture turistiche.

Nel luglio 1977 iniziarono i lavori di costruzione: vennero realizzate le strade, installate le condutture dell'acqua e delle fognature, intrapresi gli scavi per i laghi artificiali ed un campo da golf, e fu quasi completato il bacino idrico principale. Inoltre, la progettazione di due alberghi era in fase avanzata; e furono venduti ben 386 lotti sui quali avrebbero dovuto essere edificate ville e abitazioni multifamiliari, per un totale di dieci milioni di dollari USA. Sul finire del 1977, però, il *Pyramids Oasis Project* iniziò ad incontrare una forte opposizione politica in Egitto, divenendo oggetto di una inchiesta parlamentare. Chi contestava il progetto lo considerava una minaccia per le antichità ancora da scoprire nei luoghi interessati dall'investimento. Ben presto l'Autorità egiziana per le antichità confermò la presenza di reperti archeologico-artistici nella parte occidentale della regione delle Piramidi di Giza, e, sulla base della relazione tecnica di tale Autorità, il Ministro per l'informazione e la cultura adottò, il 27 maggio 1978, un decreto per dichiarare "public property (Antiquity)"¹²¹ il territorio circostante le Piramidi. Con una sequenza molto rapida vennero revocate le autorizzazioni del progetto, e l'11 luglio 1978 il Primo ministro egiziano proclamò quel territorio "d'utilité publique"¹²².

L'intricata vicenda, dopo aver visto anche l'annullamento in appello di un lodo arbitrale della Camera internazionale per il commercio di Parigi confermato dalla Corte di cassazione francese, approdò dinanzi ad una procedura arbitrale dell'ICSID a seguito del ricorso presentato il 24 agosto 1984 dalla SPP(ME), nel quale quest'ultima lamentava la violazione degli accordi che aveva raggiunto con l'Egitto per la realizzazione del suo progetto, chiedendo di conseguenza di essere indennizzata per l'espropriazione diretta subita. In risposta a tali accuse, l'Egitto si giustificava sottolineando di essere parte contraente della Convenzione UNESCO del 1972. Dal 17 dicembre 1975, data di entrata in vigore di tale Convenzione, ad avviso dello Stato convenuto, sarebbe divenuto "obligatory, on the international plane, to cancel the Pyramids Oasis Project"¹²³. Inoltre, nel 1979, le zone delle Piramidi di Giza erano state proclamate patrimonio

¹¹⁸ Per la parte in fatto del caso *Piramidi v. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, parr. 42 – 72.

¹¹⁹ Si tratta della *General Organization for Investment of Arab Capital and Tax-Free Areas* (GIA) e del suo decreto n. 30/16-75 (v. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 54).

¹²⁰ Cfr. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 56.

¹²¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 63.

¹²² Cfr. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 65.

¹²³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 150.

dell'umanità, rendendo ancora più stringente la disciplina per la gestione del nuovo sito UNESCO¹²⁴. Per contro, l'investitore di Hong Kong sosteneva che l'Egitto aveva autorizzato la costruzione del complesso turistico l'anno successivo alla ratifica della WHC, avvenuta il 7 febbraio 1974, e che le fasi finali di approvazione del *master plan* erano avvenute nel 1976, dunque un anno dopo l'entrata in vigore della Convenzione UNESCO, per significare che, quantomeno in una prima fase, lo Stato nordafricano non pareva aver considerato il *Pyramids Oasis Project* come incompatibile rispetto agli obblighi internazionali assunti concludendo la WHC. Inoltre, la SPP(ME) sottolineava che l'Egitto avrebbe potuto adottare misure, diverse dall'annullamento del complesso turistico, comunque conformi agli obblighi della WHC di proteggere le antichità. Parimenti, il soggetto investitore evidenziava che le autorità egiziane non avevano fatto affidamento sulla Convenzione UNESCO nei provvedimenti con i quali avevano vietato il progetto, considerando, quindi, l'invocazione della WHC soltanto come "a post hoc rationalization for an act of expropriation", in quanto l'Egitto aveva nominato il sito delle Piramidi da Giza a Dahshur nella *Tentative List* di cui all'art. 11 della Convenzione per la nomina a patrimonio dell'umanità solo nove mesi dopo la cancellazione del progetto¹²⁵.

Il Tribunale arbitrale qualificò la Convenzione del 1972 come "relevant"¹²⁶ ai fini della soluzione della controversia, e ritenne "as a matter of international law" che l'Egitto fosse giustificato a cancellare il progetto turistico per preservare il suo patrimonio di antichità:

Clearly, as a matter of international law, the Respondent was entitled to cancel a tourist development project situated on its own territory for the purpose of protecting antiquities. This prerogative is an unquestionable attribute of sovereignty. The decision to cancel the project constituted a lawful exercise of the right of eminent domain. The right was exercised for a public purpose, namely, the preservation of antiquities in the area¹²⁷.

Non solo, il Collegio giudicante aveva anche osservato che "a hypothetical continuation of the Claimants' activities interfering with antiquities in the area could be considered as unlawful from the international point of view"¹²⁸ proprio perchè la prosecuzione dell'attività edilizia sarebbe stata irrispettosa del diritto UNESCO, il quale, per l'appunto, richiede alle Parti contraenti di preservare il patrimonio di eccezionale valore universale.

Tuttavia, gli arbitri affermarono che la Convenzione UNESCO del 1972 e il diritto sovrano a preservare le antichità non implicavano l'esclusione del diritto della ricorrente ad essere indennizzata, e quindi, pur considerando la cancellazione del *Pyramids Oasis Project* legittima poiché compiuta nell'interesse pubblico, essi stabilirono la responsabilità dell'Egitto poiché lo Stato convenuto non aveva adeguatamente compensato la ricorrente¹²⁹.

¹²⁴ Si veda la presentazione delle Piramidi egiziane nel sito UNESCO *Memphis and its Necropolis – the Pyramid Fields from Giza to Dahshur*, <https://whc.unesco.org/en/list/86/>

¹²⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 153.

¹²⁶ "Nor is there any question that the UNESCO Convention is relevant: the Claimants themselves acknowledged during the proceedings before the French *Cour d'Appel* that the Convention obligated the Respondent to abstain from acts or contracts contrary to the Convention, stating 'que les Etats étaient susceptibles d'engager leur responsabilité internationale envers les autres Etats signataires en persistant dans des actes ou contrats devenus contraires aux règles de la Convention'" (*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 78).

¹²⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 158, il corsivo è nostro.

¹²⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 154.

¹²⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, par. 154.

Nel definire il *quantum* dell'indennizzo, il Tribunale arbitrale operò una distinzione temporale tra il periodo precedente e quello successivo all'iscrizione delle Piramidi nella Lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO. Infatti, per il Tribunale, l'obbligo internazionale derivante dal sistema UNESCO di vietare la costruzione del villaggio turistico era sorto dal momento della proclamazione delle Piramidi a patrimonio dell'umanità, dunque dal 1979, e non, invece, come sosteneva l'Egitto, a partire dall'entrata in vigore della Convenzione, vale a dire dal 1975. Di conseguenza gli arbitri decisero di riconoscere alla SPP(ME) il pagamento del valore dell'investimento effettuato, unitamente alla compensazione per la perdita dell'opportunità di realizzare il *Pyramids Oasis Project*, sino al momento in cui la zona delle Piramidi fu proclamata patrimonio UNESCO. Invece, il Tribunale ICSID non riconobbe alcun mancato profitto (*lucrum cessans*) successivamente al 1979, quando il sito interessato venne iscritto nella *World Heritage List*: da quel momento, infatti, la costruzione e dunque la vendita di immobili nella zona di rispetto delle Piramidi erano divenute illegittime sia in base al diritto internazionale che al diritto egiziano, con la conseguenza che i mancati profitti risultanti da tali attività non avrebbero potuto essere compensati:

lot sales in the area registered with the World Heritage Committee under the UNESCO Convention would have been *illegal under both international law and Egyptian law* after 1979, when the registration was made. Obviously, the allowance of *lucrum cessans* may only involve those profits which are legitimate ... From that date [1979] forward, the Claimants' activities on the Pyramids Plateau would have been *in conflict with the Convention* and therefore in violation of international law, and *any profits* that might have resulted from activities are *consequently non-compensable*¹³⁰.

In sintesi, nel lodo adottato nel 1992, il Tribunale arbitrale modulò l'ammontare della compensazione per l'espropriazione subita dalla SPP(ME) a seconda che il sito interessato dai provvedimenti ablativi fosse o meno un sito già inserito nella *World Heritage List*. Le zone di rispetto e le regole restrittive per lo sviluppo edilizio che caratterizzano un bene UNESCO impediscono uno sfruttamento intensivo dei territori ad esso circostanti; e tale situazione di fatto, sostenevano gli arbitri del caso *Piramidi*, si riflette, ovviamente, sul calcolo della riparazione dovuta dallo Stato, che non potrà includere, a titolo di *lucrum cessans*, l'indennizzo per attività economiche vietate sui siti UNESCO¹³¹.

La dottrina ha opportunamente osservato che, in base all'art. 12 della WHC, la tutela del patrimonio di eccezionale valore universale non dipende dalla sua iscrizione alla *World Heritage List*, ma deriva dalla sottoscrizione della Convenzione UNESCO. Quest'ultima, infatti, come si osserverà più ampiamente nella successiva trattazione del caso *Glamis Gold*¹³², stabilisce l'obbligo di preservare il patrimonio dell'umanità indipendentemente da proclamazioni formali. Pertanto, ratificata la WHC, una Parte contraente deve tutelare il *world heritage* presente sul territorio, anche se tale patrimonio non è già stato ufficialmente dichiarato sito UNESCO. Da qui la critica mossa dalla dottrina al Tribunale arbitrale del caso *Piramidi*, nella parte in cui esso

¹³⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, parr. 190 – 191, il corsivo è nostro.

¹³¹ A fronte della richiesta della parte attrice di un risarcimento di quasi \$ 140.000.000, il Tribunale arbitrale ha disposto, invece, una compensazione di \$ 27.661.000. V. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, Award, parr. 33 e 257.

¹³² Cfr. *infra* il paragrafo 5 del presente lavoro.

opera una distinzione nel calcolo del risarcimento per l'espropriazione subita a seconda dell'avvenuto inserimento o meno del sito interessato nella Lista UNESCO del patrimonio mondiale¹³³.

3. *La controversia sulla compensazione per l'espropriazione volta a preservare il sito naturale di Guanacaste*

Il diritto UNESCO torna a venire in rilievo, anche se non esplicitamente nel testo del lodo arbitrale, in un contenzioso in materia di investimenti nel caso *Compañía del desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*¹³⁴. Nel 1970, la CDSA, compagnia costaricana i cui soci di maggioranza erano di nazionalità statunitense, acquistava la proprietà di Santa Elena, che si estendeva per circa 30 km sulla costa occidentale del Pacifico dello Stato centro-americano, confinando con il Parco nazionale di Santa Rosa¹³⁵. Si tratta di un'area naturale particolarmente bella, unica per la diversità delle sue caratteristiche geologiche, che ospita puma e giaguari e una grande varietà di piante, e sulle cui spiagge le tartarughe marine vanno a deporre le uova. La CDSA aveva l'intenzione di costruire un *resort* turistico ed un complesso residenziale su una parte significativa del possedimento acquistato, procedendo ad elaborare un progetto tecnico ed un piano finanziario per individuare le modalità di impiego del suo investimento. Il 5 maggio 1978, però, il Costa Rica, che nel frattempo aveva depositato il suo strumento di ratifica della Convenzione del 1972¹³⁶, approvò il decreto di espropriazione di Santa Elena. Infatti, il governo centro-americano riteneva indispensabile acquisire la proprietà della CDSA per unirla al Parco nazionale di Santa Rosa, realizzando una zona sufficientemente ampia per preservare incontaminati il variegato *habitat* e le molte specie animali e vegetali di quel tratto della provincia costaricana di Guanacaste, che riflettono il due per cento della biodiversità marina e terrestre a livello mondiale¹³⁷. La CDSA non contestava il diritto di espropriazione dello Stato, essendo evidente la pubblica utilità del provvedimento costaricano, adottato per mantenere l'unicità di un ecosistema; la società, invece, si opponeva all'ammontare della compensazione offerta dal Paese centro-americano, ritenuto inadeguato poiché non sarebbe stato corrispondente all'equo valore di mercato del bene espropriato. Dopo aver inutilmente intrapreso una prolungata battaglia giudiziaria dinanzi alle corti del Costa Rica, la CDSA, facendo leva su una

¹³³ V. P. J. O'KEEFE, *Foreign Investment and the World Heritage Convention*, in *International Journal of Cultural Property*, 1994, pp. 259-265.

¹³⁴ *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000.

¹³⁵ Per la ricostruzione della parte in fatto della controversia v. *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, par. 15-26.

¹³⁶ Il deposito, presso l'UNESCO, ebbe luogo il 23 agosto 1977. In base all'art. 33 della Convenzione sul patrimonio mondiale, tre mesi dopo, dunque nel novembre 1977, il Trattato divenne vincolante per il Paese latino-americano. Su queste notizie v. il sito ufficiale dell'Unesco <http://portal.unesco.org>.

¹³⁷ Riportano questo dato C.N. BROWER, Jarrod WONG, *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena*, in T. WEILER (ED.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, pp. 747-775, a p. 747.

normativa statunitense a tutela degli investimenti di cittadini e imprese USA all'estero¹³⁸, presentò una richiesta di arbitrato all'ICSID nel 1995, che perfezionò l'anno successivo. La questione centrale che gli arbitri erano chiamati ad affrontare consisteva nella definizione dell'importo della compensazione che lo Stato beneficiario dell'investimento doveva corrispondere alla CDSA per l'esproprio di Santa Elena. La parte convenuta concordava sull'obbligo di compensare la ricorrente; cercando di ridurre la somma dovuta, però, aggiungeva alle considerazioni già affidate alla motivazione del decreto del 1978 anche gli obblighi di tutela derivanti dalla Convenzione del 1972. Tra l'altro, il Costa Rica, nel luglio 1998, durante il procedimento arbitrale incardinato all'ICSID, aveva presentato il dossier di candidatura a patrimonio dell'umanità della zona di Guanacaste, ottenendo il prestigioso riconoscimento nel dicembre 1999¹³⁹. Lo Stato convenuto sosteneva, così, che l'obbligo giuridico internazionale di preservare anche l'unicità dell'ecosistema e del paesaggio naturale di Santa Elena scaturente dall'iscrizione nella lista UNESCO inevitabilmente implicava una compensazione più contenuta¹⁴⁰.

Nel lodo arbitrale del giugno 2000, il Tribunale ritenne che gli obblighi internazionali del Costa Rica non dovessero venire in rilievo nel riconoscimento del diritto alla compensazione, consistente nell'equo valore di mercato (*fair market value*) dell'investimento effettuato, per l'esproprio di Santa Elena. Affermarono, infatti, gli arbitri:

While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the property was taken does not alter the legal character of the taking for which *adequate compensation must be paid*. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

Expropriatory environmental measures –no matter how laudable and beneficial to society as a whole– are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: *where*

¹³⁸ Si tratta del cd *Helms Amendment*, la legislazione adottata dagli Stati Uniti che condizionava il conferimento degli aiuti nordamericani ai Paesi in via di sviluppo, nonché il voto positivo del governo statunitense ai progetti di finanziamento predisposti dalle organizzazioni internazionali, anche alla disponibilità di detti Paesi ad accettare di risolvere le controversie su espropri subiti da cittadini statunitensi, o compagnie con capitale statunitense almeno al 50 %, ricorrendo ad un arbitrato internazionale. V. 22 USC sec. 2370a (*Helms Amendment*, 30 April 1994), e *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, par. 24.

¹³⁹ Si veda la presentazione di Guanacaste compiuta dall'UNESCO *Area de Conservación Guanacaste*, in <https://whc.unesco.org/en/list/928/>.

¹⁴⁰ Il Costa Rica, nella sua comparsa di risposta, oltre alla Convenzione UNESCO del 1972 citava una serie di trattati sulla tutela di foreste, zone umide e biodiversità, dai quali scaturiva una nutrita serie di prescrizioni per la tutela dell'ambiente che limitavano lo sviluppo commerciale su larga scala per la proprietà di Santa Elena, come riportano Brower e Wong: “[a]dditional limitations were cited arising from the fact that Costa Rica is party to numerous treaties giving rise to obligations to protect the environment, including the Western Hemisphere Convention, the Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, the Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat, the 1992 Convention on Biological Diversity and the Central American Regional Convention for the Management and Conservation of the Natural Forest Ecosystems ... Costa Rica also very meticulously documented the Government's longstanding and comprehensive commitment to international and national environmental conservation and demonstrated how this policy had led to the creation of the Santa Rosa Park and to efforts undertaken ... to add the Guanacaste Conservation Area, embracing the Santa Rosa National Park, including Santa Elena, to the World Heritage List under the World Heritage Convention” (C.N. BROWER, J. WONG, *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena*, cit., a p. 761).

*property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains*¹⁴¹.

Occorre sottolineare che il Tribunale arbitrale ha calcolato il *fair market value* di Santa Elena individuando come momento dell'espropriazione la data del decreto del 1978, poiché “[a]s of that date, the practical and economic use of the Property by the Claimant was irretrievably lost”¹⁴². Al riguardo, gli arbitri ICSID hanno osservato che se avessero fissato come momento per calcolare il risarcimento quello dell’emanazione del lodo arbitrale, dunque l’anno 2000, essi avrebbero dovuto tenere in conto che la severa politica di preservazione ambientale definita dal Costa Rica a partire dal 1978 “would very likely exclude the kind of tourist, hotel and commercial development that CDSE contemplated when it first acquired the Property”¹⁴³. Così facendo, però, il Tribunale arbitrale non ha considerato che il Costa Rica doveva comunque preservare il patrimonio di eccezionale valore universale presente sul suo territorio a partire dall’entrata in vigore per esso della WHC, ossia dal novembre 1977¹⁴⁴.

Si può, tuttavia, rilevare che il Tribunale, pur incorrendo nella carenza sopra rilevata, ha individuato l’ammontare del risarcimento trovando un bilanciamento accettabile per le esigenze del Costa Rica e quelle della parte privata ricorrente. Gli arbitri ICSID hanno, infatti, scelto la linea mediana tra la valutazione proposta dal Costarica (1,9 milioni di dollari USA) e quella della CDSA (6,4 milioni di dollari USA). La cifra così riconosciuta a titolo di risarcimento (4,15 milioni di dollari USA), unitamente agli interessi, ha, da un lato, permesso al Costa Rica di poter sostenere il pagamento, evitando di restituire Santa Elena alla CDSE; dall’altro lato, l’ammontare dell’indennizzo è risultato sufficiente a scongiurare la prosecuzione del contenzioso arbitrale, vale a dire l’impugnazione da parte della CDSE del lodo per chiederne l’annullamento in base all’art. 52 della Convenzione ICSID.

4. *L’investimento straniero successivo alla proclamazione di un sito come patrimonio UNESCO: il Tribunale arbitrale respinge il ricorso nel caso Parkerings*

Con la causa *Parkerings*¹⁴⁵, l’interazione tra tutela del patrimonio culturale e protezione degli investimenti approda nel continente europeo. Tuttavia, più che per la collocazione geografica, la disputa in oggetto si contraddistingue perché sorge in merito a come preservare l’integrità e l’autenticità di un sito dichiarato patrimonio UNESCO non solo prima che venisse richiesta la procedura arbitrale, ma anche antecedentemente alla scelta dell’imprenditore ricorrente di investire sulla costruzione di una infrastruttura nei pressi di un complesso monumentale inserito nella *World Heritage List*. Infatti, nel 1994, il centro storico di Vilnius, caratterizzato da una struttura urbanistica risalente al medioevo e da un’architettura che spazia dal gotico allo stile classico, con edifici molto ben conservati, viene proclamato patrimonio dell’umanità¹⁴⁶. Nel

¹⁴¹ *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, parr. 71-72, i corsivi sono nostri.

¹⁴² *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, par. 81.

¹⁴³ *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, par. 84.

¹⁴⁴ V. *supra* la nota 32.

¹⁴⁵ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

¹⁴⁶ Si veda la presentazione del centro storico di Vilnius da parte dell’UNESCO *Vilnius Historic Centre*, in <https://whc.unesco.org/en/list/541/>.

1997, la municipalità di Vilnius pubblica il bando di una gara d'appalto per la costruzione di un parcheggio multipiano che interessa anche il centro storico della capitale lituana¹⁴⁷. Al termine del complesso *iter* procedurale, la Parkerings, una società norvegese, conclude nel 1999 un accordo con il comune di Vilnius per la realizzazione di tale infrastruttura. Di lì a poco, però, accanto ad una forte avversione popolare, si avvicendano diverse relazioni di organi nazionali e locali per la preservazione dei monumenti di Stato che valutano negativamente il progetto della Parkerings. Il parcheggio proposto, di grandi dimensioni e in parte sotterraneo alla *Old Town* di Vilnius, viene considerato eccessivamente impattante rispetto al centro storico della capitale lituana, distruttivo - a causa degli scavi e della parte da costruire nel sottosuolo - di strati culturali inesplorati e molto ricchi di testimonianze delle passate civiltà, dannoso per l'ambiente anche per l'aumento di traffico che avrebbe comportato, con conseguente peggioramento dello stile di vita per la popolazione residente e gravitante intorno all'area interessata, e indebolimento della capacità attrattiva turistica della capitale lituana. Pertanto, il comune di Vilnius corre ai ripari, non dà seguito all'accordo con la Parkerings, e sceglie, invece, il progetto più contenuto e rispettoso del sito UNESCO proposto da Pinus Proprius, una società a capitale olandese.

Nel 2005, l'investitore norvegese deposita, quindi, la sua richiesta di arbitrato all'ICSID, lamentando la violazione di diverse disposizioni dell'Accordo bilaterale sugli investimenti tra Lituania e Norvegia sottoscritto a Vilnius il 16 agosto 1992¹⁴⁸. In particolare, la Parkerings accusava lo Stato convenuto di non aver rispettato l'art. IV del BIT Norvegia / Lituania, relativo alla clausola della nazione più favorita¹⁴⁹. Ad avviso della ricorrente, l'impresa Pinus Proprius e la Parkerings sarebbero state in "similar circumstances"¹⁵⁰, e, dunque, la Lituania, preferendo il progetto della Pinus Proprius, avrebbe violato il principio di non discriminazione. Il Tribunale arbitrale, comparando la proposta della ricorrente norvegese con quella dell'impresa olandese, arriva alla conclusione che quei progetti non potevano essere considerati simili: oltre che per la dimensione più limitata, il piano della Pinus Proprius risultava più rispettoso della *Old Town*, in particolare perché non si estendeva nei pressi della zona della Cattedrale. Pertanto, i due investitori non si trovavano "in like circumstances"¹⁵¹, con la conseguenza che la Lituania non aveva violato il principio di non discriminazione, dunque l'art. IV, par. 1 del BIT Lituania / Norvegia.

Nella motivazione predisposta per sostenere tale sua decisione, il Tribunale ha fatto leva in modo netto sullo status di patrimonio UNESCO del centro storico di Vilnius. Gli arbitri dell'ICSID hanno sottolineato che "[t]he territory of the Old Town as defined by UNESCO is a protected area which requires the approval of various administrative Commissions in order,

¹⁴⁷ Sulla ricostruzione dei fatti del contenzioso v. *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 51 – 193.

¹⁴⁸ *Agreement between the Government of the Republic of Lithuania and the Government of the Kingdom of Norway on the Promotion and Mutual Protection of Investments*, 16 agosto 1992, testo disponibile sul sito della Corte permanente d'arbitrato <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA198.pdf>.

¹⁴⁹ "Investments made by Investors of one Contracting Party in the Territory of the other Contracting Party, as also the Returns therefrom, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by Investors of any third state" (art. IV, par. 1 del BIT Lituania / Norvegia).

¹⁵⁰ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 364.

¹⁵¹ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 396.

notably, to make any construction”¹⁵², ed hanno richiamato i pareri negativi dei vari dipartimenti amministrativi lituani preposti alla tutela del patrimonio culturale a proposito dell’adeguatezza del progetto della Parkerings. In particolare, il Tribunale ha evidenziato la relazione della Commissione nazionale per la protezione dei monumenti statali¹⁵³, nella quale si affermava che la costruzione di garages sotterranei nel sito UNESCO avrebbe, tra l’altro, intaccato “the authenticity of the old city of Vilnius”¹⁵⁴, un requisito centrale per il riconoscimento ed il mantenimento di un bene nella *World Heritage List*, andando anche a pregiudicare il rispetto, da parte della Lituania, degli obblighi internazionali assunti ratificando la Convenzione per la protezione del patrimonio architettonico d’Europa¹⁵⁵, e la Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico¹⁵⁶. Dunque, gli arbitri dell’ICSID hanno concluso che:

the fact that BP’s MSCP project [157] in Gedimino extended significantly more into *the Old Town as defined by the UNESCO*, is decisive. Indeed, the record shows that the opposition raised against the BP projected MSCP were important and contributed to the Municipality decision to refuse such a controversial project. *The historical and archaeological preservation and environmental protection could be and in this case were a justification for the refusal of the project.* The potential negative impact of the BP project in the Old Town was increased by its considerable size and its proximity with the culturally sensitive area of the Cathedral. Consequently, BP’s MSCP in Gedimino was not similar with the MSCP constructed by Pinus Proprius ... the City of Vilnius did have legitimate grounds to distinguish between the two projects. Indeed, the refusal by the Municipality of Vilnius to authorize BP’s project in Gedimino was justified by *various concerns*, especially in terms of *historical and archaeological preservation and environmental protection*¹⁵⁸.

L’11 settembre 2007, il ricorso della Parkerings è stato, quindi, interamente rigettato, mentre ciascuna parte ha dovuto far fronte alle proprie spese legali, suddividendo con la controparte i costi del collegio arbitrale e del segretariato dell’ICSID¹⁵⁹.

¹⁵² *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 382.

¹⁵³ “Another feature does ... call the Tribunal attention: the MSCP planned by BP extends significantly in the Old Town as defined by UNESCO and especially near the historical site of the Cathedral. The record shows that various administrative Departments and Commissions in Lithuania were opposed to the MSCP as planned by BP. On 20 October 2000, the State Monument Protection Commission of the Republic of Lithuania objected to the parking plan for the following reason:

Projects of such type and scale like the project of the construction of planned underground garages in the Old Town of Vilnius should be developed concurrently taking into consideration the possible direct and indirect environmental impact of planned works and also the impact on cultural properties. In the opinion of the State Monumental Protection Commission, the planned garages [...] would change the character of the Old Town of global value; destroy large areas of unexplored cultural layer. Also, the intensity of traffic and air pollution in the Old Town is likely to increase. The Old Town might become less attractive in terms of tourism and to the residents and visitor, and this would be a great loss. [The State Monumental Protection Commission] resolves: to object the project of construction of the underground garages in the Old Town of Vilnius [...] ...”

(*Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 385, corsivo nell’originale)

¹⁵⁴ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 388.

¹⁵⁵ Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe, adottata a Granada il 3 ottobre 1985 (*The Granada Convention*, ETS No. 121), testo disponibile sul sito del Consiglio d’Europa al link <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=121>.

¹⁵⁶ *European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised)*, adottata a La Valletta il 16 gennaio 1992 (*The Valletta Convention*, ETS No. 143), testo disponibile sul sito del Consiglio d’Europa al link <https://rm.coe.int/168007bd25>.

¹⁵⁷ Il parcheggio multipiano della Parkerings.

¹⁵⁸ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, parr. 392 – 396, i corsivi sono nostri.

¹⁵⁹ *Parkerings-Companiet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, par. 465.

5. La tutela del patrimonio dell'umanità al di là della World Heritage List: il caso Glamis Gold

Due anni dopo, il contenzioso sorto a proposito dell'articolato quadro giuridico predisposto dalle autorità statunitensi per preservare i luoghi sacri della tribù indiana Quechan mostra un approccio sempre più attento e sensibile alla tutela del patrimonio culturale e naturale promossa dalla Convenzione UNESCO del 1972 -la quale, come si evidenzierà nel presente paragrafo, richiede la preservazione di ciò che ha un eccezionale valore universale a prescindere dalla sua inclusione nella *World Heritage List*. La disputa sulle terre ancestrali dei Quechan nasce dalla fitta serie di interventi amministrativi e normativi dello Stato della California, e di enti federali e del Governo statunitense, sull'*Imperial Project*, il piano per l'apertura di un'estesa attività mineraria di estrazione di oro e argento della società canadese Glamis Gold¹⁶⁰. Detta attività doveva, infatti, svolgersi nel settore meridionale dell'Area di conservazione del deserto californiano, una zona considerata sacra dai nativi americani, e perciò protetta dalla normativa statunitense. In particolare, dopo una prolungata interlocuzione con uffici statali e federali, avviatasi nel 1994, l'*Imperial Project*, nell'aprile 2003, venne autorizzato a condizione, tra l'altro, che la Glamis Gold procedesse sistematicamente e prontamente al riempimento di tutti i vuoti di miniera per ricreare i contorni del territorio esistenti prima dell'estrazione. La parte del deserto californiano su cui la Glamis Gold intendeva operare, per l'appunto, era il luogo del *Trail of Dreams*, un percorso di valore spirituale per i Quechan, attraversato per eseguire riti cerimoniali, la cui importanza culturale per i nativi americani è simile a quella della Mecca o di Gerusalemme per i fedeli delle religioni monoteiste.

Trascorsi pochi mesi, nel luglio 2003, la società canadese decise di richiedere un arbitrato contro gli Stati Uniti nel quadro dell'Accordo NAFTA¹⁶¹. Per la Glamis Gold, la serie di misure californiane e federali rappresentava un "continuum of acts"¹⁶² che privavano l'investimento del

¹⁶⁰ La nostra ricostruzione dei fatti è basata principalmente su quanto riportato dal lodo arbitrale: v. *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, 8 June 2009, par. 27-90. Su tale lodo v. J.C. KAHN, *Striking NAFTA Gold: Glamis Advances Investor-State Arbitration*, in *Fordham International Law Journal*, 2009, pp. 101-155; E. OBADIA, *Introductory Note to NAFTA/UNCITRAL: Glamis Gold Ltd. V. United States*, in *International Legal Materials*, 2009, pp. 1035-1037; M.C. RYAN, *Glamis Gold Ltd. v. The United States and the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *McGill Law Journal*, 2011, pp. 919-958; S.W. SCHILL, *Glamis Gold Ltd. v. United States, NAFTA Chapter 11 Arbitral Tribunal, June 8, 2009*, in *American Journal of International Law*, 2010, pp. 253-259; E. WHITSITT, D. VIS-DUNBAR, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America: Tribunal sets a high bar for establishing breach of "Fair and Equitable Treatment" under NAFTA*, in *Investment Treaty News*, 14 July 2009.

¹⁶¹ Si tratta del *North American Free Trade Agreement*, l'Accordo nordamericano per il libero scambio tra Canada, Messico e Stati Uniti firmato il 17 dicembre 1992 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1994 (in *International Legal Materials*, 1993, pp. 289 ss.). Il NAFTA è stato rinegoziato durante l'amministrazione Trump ed è ora sostituito dall'Accordo USMCA (*United States-Mexico-Canada Agreement*), entrato in vigore il 1° luglio 2020. L'USMCA non si limita a liberalizzare gli scambi e proteggere gli investimenti, ma tutela anche i diritti dei lavoratori, è più attento alle esigenze del commercio agroalimentare, preserva i diritti di proprietà intellettuale, disciplina il commercio digitale, prevede regole per la lotta contro la corruzione nonché discipline specificamente dedicate alle piccole e medie imprese. Il testo è rinvenibile nel sito ufficiale creato dalle tre Parti contraenti dell'USMCA <https://can-mex-usa-sec.org/secretariat/agreement-accord-acuerdo/index.aspx?lang=eng>. Con specifico riferimento alla disciplina dedicata agli investimenti nel NAFTA v. T. WEILER (ED.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Ardsley, N.Y., 2004. Sui medesimi aspetti riguardo all'USMCA v. D. GARCIA-BARRAGAN, A. MITRETODIS, A. TUCK, *The New NAFTA: Scaled-Back Arbitration in the USMCA*, in *Journal of International Arbitration*, 2019, pp. 739-754.

¹⁶² *Glamis Gold Ltd. V. United States of America*, ICSID Award, par. 358.

suo valore, venendo ad integrare l'ipotesi di una espropriazione indiretta, e dunque una violazione dell'art. 1110 dell'Accordo NAFTA¹⁶³. Inoltre, ad avviso della ricorrente, l'obbligo di procedere al riempimento dei vuoti di miniera rendeva l'attività estrattiva antieconomica, e non sarebbe stato “rationally related to its stated purpose of protecting cultural resources and [was] thus ... arbitrary”¹⁶⁴, contravvenendo all'art. 1105 dell'Accordo NAFTA, che prescrive anche il rispetto del trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*, FET) degli investimenti stranieri¹⁶⁵.

Il Tribunale arbitrale, con il lodo dell'8 giugno 2009, respinse in toto il ricorso della Glamis Gold. Gli arbitri ritennero che le misure attaccate non avessero un impatto economico sufficiente a determinare una espropriazione dell'investimento della ricorrente (“the California backfilling measures did not result in a radical diminution in the value of the Imperial Project”¹⁶⁶), rimanendo, quindi, redditizia l'attività estrattiva esercitata secondo la normativa locale. Alle osservazioni mosse dall'impresa canadese, che lamentava la violazione dello standard FET poiché le misure nazionali, lungi dal preservare le risorse culturali, in realtà le avrebbero distrutte (“[o]nce you take the material out [of] the ground and if there are cultural resources on the surface, they're destroyed. Putting the dirt back in the pit actually doesn't protect those resources”¹⁶⁷), il Tribunale rispose appoggiando le considerazioni dello Stato convenuto, il quale evidenziava che, in assenza della disciplina contestata, fosse e cumuli di rifiuti avrebbero compromesso il paesaggio tradizionale ed il suo valore culturale¹⁶⁸. Gli arbitri considerarono quindi la normativa statunitense come razionalmente collegata alle finalità dichiarate di preservare il patrimonio culturale ed evitare il degrado ambientale, sottolineando che “governments must compromise between the interests of competing parties”¹⁶⁹. Consapevole della natura pubblica del sistema di tutela degli investimenti di cui al Capitolo 11 dell'Accordo NAFTA, il Tribunale

¹⁶³ È la disposizione dedicata dall'Accordo NAFTA alla disciplina sull'espropriazione, che stabiliva il divieto di nazionalizzazione o espropriazione diretta e indiretta, a meno che le misure nazionali non fossero state adottate per motivi di pubblico interesse, su base non discriminatoria, rispettando il *due process of law*, e prevedendo un equo indennizzo basato sui criteri esposti ai parr. 2 – 6 della disposizione in oggetto.

¹⁶⁴ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 867.

¹⁶⁵ L'articolo richiamato disponeva, infatti, che “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”. La clausola sul FET è quella invocata più di frequente nel contenzioso arbitrale internazionale sugli investimenti, poiché prevede uno standard di tutela di base per l'investitore anche laddove non si riscontrino violazioni dei divieti di discriminazione o espropriazione. Tale “catch-all provision” protegge le legittime aspettative dell'investitore create dalla condotta dello Stato beneficiario dell'investimento. Sul punto si rinvia a V. VADI, *Gravity and Grace: Foreign Investments and Cultural Heritage in International Investment Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2022, pp. 1007-1050, alle pp. 1032-1033, la quale richiama le efficaci considerazioni del caso *Unghaube* sulle circostanze che gli investitori devono provare per invocare una aspettativa ragionevole rispetto allo Stato convenuto: “claimants must demonstrate reliance on specific and unambiguous State conduct, through definitive, unambiguous and repeated assurances, and targeted at a specific person or identifiable group” (*Unghaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, Award, 16 May 2012, par. 270).

¹⁶⁶ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 366, il corsivo è nostro.

¹⁶⁷ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 387.

¹⁶⁸ “[I]t appears to the Tribunal that the government had a sufficient good faith belief that there was a reasonable connection between the harm and the proposed remedy and that Claimant is using too narrow a definition of artifacts. Respondent points out that there are, in addition to pot shards, spirit circles, and the like, sight lines, teaching areas and viewsheds that must be protected and would be harmed by significant pits and waste piles in the near vicinity” (*Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 805).

¹⁶⁹ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 804. Per le conclusioni del Tribunale arbitrale si vedano i parr. 534-536 e 830, nonché l'*executive summary* del lodo arbitrale ai parr. 10-26.

rimarcava la necessità di una dettagliata motivazione per indurre al rispetto del lodo arbitrale e rafforzarne così la legittimità¹⁷⁰. A fondamento delle considerazioni svolte e delle conclusioni raggiunte, gli arbitri, pertanto, richiamarono anche la Convenzione UNESCO del 1972 (laddove prevede che il danneggiamento o la distruzione di un bene del patrimonio culturale e naturale è un deleterio impoverimento del patrimonio di tutti i popoli)¹⁷¹, e in particolare il suo art. 12, il quale stabilisce che gli Stati parti contraenti sono tenuti a preservare il patrimonio indipendentemente dal fatto che sia inserito nella *World Heritage List*, poiché l'eccezionale valore universale non viene creato dal formale riconoscimento operato dal Comitato UNESCO ma è insito al bene da tutelare¹⁷².

6. Il sito UNESCO di Le Morne: il contenzioso tra l'imprenditore britannico Gosling e la Repubblica di Mauritius

Infine, da ultimo ma non ultimo, la giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti, nella recente causa *Gosling*¹⁷³, ha dato un ulteriore contributo alla definizione del rapporto tra siti UNESCO e tutela degli investimenti. Si tratta di una controversia sorta tra Thomas Gosling, cittadino britannico, diverse società da quest'ultimo controllate, registrate sia in Gran Bretagna che alle Mauritius, e lo Stato insulare africano¹⁷⁴. I ricorrenti, nella richiesta di arbitrato

¹⁷⁰ “[I]t is important that a NAFTA tribunal provide particularly detailed reasons for its decisions. All tribunals are to provide reasons for their awards and this requirement is owed to private and public authorities alike. In the Tribunal’s view, however, it is particularly important that the State Parties receive reasons that are detailed and persuasive for three reasons. First, States are complex organizations composed of multiple branches of government that interact with the people of the State. An award adverse to a State requires compliance with the particular award and such compliance politically may require both governmental and public faith in the integrity of the process of arbitration. Second, while a corporate participant in arbitration may withdraw from utilizing arbitration in the future or from doing business in a particular country, the three NAFTA State Parties have made an indefinite commitment to the deepening of their economic relations. In this sense, not only compliance with a particular award, but the long-term maintenance of this commitment requires both governmental and public faith in the integrity of the process of arbitration. Third, a minimum level of faith in the system is maintained by the mechanism for the possible annulment of awards. However, the time and expense of such annulments are to be avoided. The detailing of reasons may not avoid the initiation of an annulment procedure, but it is hoped that such reasons will aid the reviewing body in a prompt resolution of such motions” (*Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, par. 8).

¹⁷¹ “[D]eterioration or disappearance of any item of the cultural or natural heritage constitutes a harmful impoverishment of the heritage of all the nations of the world” (secondo considerando del Preambolo della Convenzione UNESCO del 1972).

¹⁷² Cfr. *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, ICSID Award, parr. 83-84, e la nota 194 del par. 84, dove il Tribunale enfatizza che “[t]he Convention makes special note that the fact of a site’s non-inclusion on the register does not signify its failure to possess ‘outstanding universal value’” (il corsivo è nostro). Infatti, ai sensi dell’art. 12 WHC “[t]he fact that a property belonging to the cultural or natural heritage has not been included in either of the two lists mentioned in paragraphs 2 and 4 of Article 11 [ossia la *World Heritage List* e la *List of World Heritage in Danger*] shall in no way be construed to mean that it does not have an outstanding universal value for purposes other than those resulting from inclusion in these lists”. L’attenzione prestata a tale disposizione dal Tribunale arbitrale del caso *Glamis Gold* richiama una importante giurisprudenza australiana che già negli anni ’90 aveva rilevato, in base alla disposizione richiamata, il dovere degli Stati di identificare il patrimonio di eccezionale valore universale e di proteggerlo, a prescindere dall’avvenuta iscrizione nella Lista del patrimonio mondiale. Per i riferimenti di tale giurisprudenza e una sua analisi cfr. P.J. O’KEEFE, *Case Note – Foreign Investment and the World Heritage Convention*, in *International Journal of Cultural Property*, 1994, pp. 259-265.

¹⁷³ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award of 18 February 2020.

¹⁷⁴ Sulla parte in fatto del presente contenzioso v. *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, parr. 41-84.

sottoposta all'ICSID il 13 settembre 2016, sostenevano che il governo di Port Louis aveva impedito la costruzione di complessi turistici di lusso nella regione di Le Morne in violazione dell'Accordo bilaterale tra Regno Unito e Mauritius sulla promozione e protezione degli investimenti del 1986¹⁷⁵. Nel 2003, infatti, proprio quando il governo africano assumeva due consulenti per ottenere l'inserimento di Le Morne nella *Tentative List* della Convenzione del 1972, avviando il percorso istituzionale per iscrivere quel sito nella Lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO, Gosling iniziava ad esplorare la possibilità di investire nelle Mauritius, senza, però, considerare con la dovuta attenzione le restrizioni che il conferimento del titolo UNESCO avrebbe potuto implicare per la gestione dei terreni rientranti nella *buffer zone* di Le Morne, penisola di eccezionale bellezza e di profondo significato culturale e storico per l'identità mauriziana -in quel luogo si rifugiavano coloro che, nei secoli passati, riuscivano a sfuggire alla tratta degli schiavi, preferendo lanciarsi dalla rupe di Le Morne Brabant piuttosto che essere ricatturati¹⁷⁶. Così, l'imprenditore britannico, in ossequio alla normativa interna, acquisì e si accordò con società locali per acquistare una proprietà a Le Morne, per poi stabilire con i vari pubblici uffici i contatti necessari ad ottenere le autorizzazioni alla realizzazione del suo investimento immobiliare turistico.

Tuttavia, mentre, il 7 maggio 2004, Gosling presentava il suo progetto al governo di Mauritius, il Parlamento della Repubblica insulare adottava il *Le Morne Heritage Trust Fund Act*¹⁷⁷. Con tale normativa veniva, per l'appunto, istituito un fondo fiduciario volto a raccogliere le risorse necessarie a preservare e promuovere quella regione mauriziana, sia come patrimonio naturale che come simbolo del ripudio della schiavitù, osservando anche le prescrizioni via via definite nell'interazione tra il governo africano e gli organi dell'istituzione specializzata delle Nazioni Unite al fine di ottenere il prestigioso riconoscimento di patrimonio UNESCO. A seguito della bocciatura, nel periodo tra marzo e maggio 2006, di diverse versioni del dossier

¹⁷⁵ Cfr. *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Mauritius for the Promotion and Protection of Investments*, firmato a Port Louis il 20 maggio 1986, ed entrato in vigore il 13 ottobre 1986 a seguito dello scambio degli strumenti di ratifica, in *United Nations Treaty Series*, 1988, Vol. 1505, pp. 63 ss.

¹⁷⁶ In particolare, è tristemente noto quanto avvenne nel 1835: a seguito dell'abolizione della schiavitù da parte del Regno Unito, con *lo Slavery Abolition Act* del 28 agosto 1833, entrato in vigore il 1° agosto 1834, un gruppo di soldati inglesi fu spedito a Le Morne per annunciare la libertà agli schiavi fuggiti, ma questi ultimi non compresero ciò che stava accadendo, e, temendo di ritornare in cattività, si gettarono dal promontorio di Le Morne. Più ampiamente su questi aspetti si veda il dossier predisposto dalla Repubblica mauriziana per richiedere l'iscrizione alla Lista Unesco del patrimonio mondiale: *The Le Morne Cultural Landscape - Application for Inscription on the World Heritage List*, Republic of Mauritius, 2007, alle pp. 13 ss. (disponibile al link <https://whc.unesco.org/uploads/nominations/1259.pdf>).

¹⁷⁷ The Parliament of Mauritius, *An Act to Provide for the Establishment and Management of Le Morne Heritage Trust Fund (Le Morne Heritage Trust Fund Act 2004)*, Act No. 10 of 2004, 28 May 2004, testo disponibile al link <https://www.eco-lex.org/details/legislation/le-morne-heritage-trust-fund-act-2004-no-10-of-2004-lex-faoc061973>

predisposto dal primo gruppo di consulenti per l'iscrizione di Le Morne, Mauritius assunse due nuovi esperti, indicati dall'UNESCO. Nel marzo 2007, la relazione ed il piano di gestione formulati da tali esperti vennero ritenuti soddisfacenti dal quartiere generale di Parigi, aprendo, così, la strada alla proclamazione, l'8 luglio 2008, del paesaggio culturale di Le Morne a patrimonio UNESCO¹⁷⁸.

Le diverse tappe di avvicinamento all'obiettivo politico da tempo perseguito dallo Stato insulare africano avevano progressivamente eroso le possibilità di consistente sviluppo edilizio nella zona di rispetto del sito di Le Morne, sino al totale divieto di costruire qualunque struttura turistica proprio sul terreno oggetto di investimento di Gosling, una misura adottata da Mauritius l'8 ottobre 2007.

Ad avviso dei ricorrenti, la condotta dello Stato insulare africano violava tre disposizioni del BIT tra Regno Unito e Mauritius: l'art. 5 sulla espropriazione indiretta¹⁷⁹, l'art. 2 sul trattamento giusto ed equo¹⁸⁰, e l'art. 3 sul principio di non discriminazione¹⁸¹.

In particolare, l'8 ottobre 2007, adottando il *Revised Planning Policy Guidance-2* ("Revised PPG2"), Port Louis avrebbe sostanzialmente privato gli investitori dei "contractual development rights" -vale a dire i diritti contrattuali di sviluppo- che i ricorrenti asserivano di aver acquisito grazie alla *Letter of Intent* (LOI) emessa il 30 dicembre 2005 dal *Board of Investments* (BOI) mauriziano e alla successiva lettera del 2 giugno 2006 di quest'ultimo, con la quale il BOI esortava gli investitori a sottoporre i documenti richiesti nella Lettera di intenti per poter emanare il certificato di investimento. Tuttavia, Gosling e le società da lui controllate, nonostante il sollecito dell'Ufficio preposto, non avevano rispettato il termine di sei mesi fissati dalla LOI per consegnare tutte le attestazioni necessarie, e, di conseguenza, nessun certificato era stato mai predisposto. Inoltre, il tenore della *Letter of Intent* non rivelava alcuna concessione di diritti contrattuali di sviluppo. Al contrario, l'autore della LOI, l'Ufficio per gli investimenti mauriziano, sottolineava nel suo testo che la presentazione di tutti gli atti elencati non comportava affatto l'emanazione automatica del certificato di investimento: "after the requested 'documents are submitted, the issue of an Investment Certificate under the Integrated Resort Scheme will be considered'"¹⁸². Con ancor più precisione, la Lettera di intenti si concludeva chiarendo che

¹⁷⁸ Si veda la presentazione UNESCO del sito di Le Morne *Le Morne Cultural Landscape*, <https://whc.unesco.org/en/list/1259/> (dicembre 2020).

¹⁷⁹ "Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party and against prompt, adequate and effective compensation" (art. 5, par. 1 del BIT Regno Unito / Mauritius, il corsivo è nostro),

¹⁸⁰ "Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded *fair and equitable treatment* and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party" (art. 2, par. 2 del BIT Regno Unito / Mauritius, il corsivo è nostro).

¹⁸¹ "Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to *treatment less favourable* than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State. Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to *treatment less favourable* than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State" (art. 3 del BIT Regno Unito / Mauritius, il corsivo è nostro).

¹⁸² *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 229.

essa non creava alcuna “contractual relation” tra il BOI e gli investitori, e che l’Ufficio mauriziano “will not be liable to any claim for compensation for any expenditure incurred by the company in the event that the project is not implemented as a consequence of the non-obtention of any permits and clearances required in furtherance of the realization of the project or for any other reason not within the control of the Board of Investment”¹⁸³.

Analizzando tale documentazione, il Tribunale arbitrale, a maggioranza, ha osservato che già quest’ultimo paragrafo, da solo, “should be sufficient to show that the LOI did not confer any development rights to the Claimants”¹⁸⁴. Quindi ha riportato che l’iscrizione di Le Morne nella Lista del patrimonio mondiale dell’UNESCO era un “overriding policy objective”¹⁸⁵, anzi “the paramount interest”¹⁸⁶ del Governo mauriziano. Di tale forte volontà politica, sottolinea ancora il Tribunale ICSID, i ricorrenti erano ben consapevoli, anche perché lo stesso Primo ministro mauriziano, già nella riunione con gli investitori del 30 settembre 2004, li aveva informati ed aveva fatto mettere a verbale che il Governo aveva deciso di proporre all’UNESCO la candidatura di Le Morne, con la conseguenza che i progetti di investimento proposti “may not be compatible with this nomination and the recommendations of the UNESCO report”¹⁸⁷. In un tale contesto

[i]t is doubtful that the LOI and the letter of June 2, 2006 by themselves would have been sufficient to generate, in a *prudent* businessman, expectations to proceed with an investment such as the Claimants had planned to carry out¹⁸⁸.

Dunque, conclude il Tribunale, “[t]he reliance of the Claimants seems misplaced”¹⁸⁹ poiché la Lettera di intenti non può essere considerata equivalente all’ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni governative. La documentazione prodotta nel contenzioso arbitrale non ha, pertanto, rivelato l’esistenza di alcun “contractual development right”¹⁹⁰ per i ricorrenti, con la conseguenza che la condotta statale non può essere qualificata come una espropriazione indiretta, quindi come una violazione dell’art. 5 del BIT anglo-mauriziano¹⁹¹.

Gosling e gli altri investitori tentarono anche di sostenere che la condotta di Mauritius avrebbe violato lo standard del trattamento giusto ed equo, previsto dall’art. 2 dell’Accordo sugli investimenti tra Regno Unito e Mauritius. Modificando i parametri di edificabilità dei terreni prossimi a Le Morne per ottemperare alle prescrizioni richieste dagli esperti UNESCO, il Governo di Port Louis avrebbe agito in modo incoerente ed imprevedibile, per cui il cambiamento di linea politica nelle prospettive di sviluppo per la *buffer zone* non avrebbe rispettato il principio di buona fede. Il Tribunale arbitrale respinge anche queste accuse:

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 230.

¹⁸⁵ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 226.

¹⁸⁶ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 238.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 236, il corsivo è nostro.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 226 e 255.

¹⁹¹ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 242.

[t]he Respondent's objective had always been to inscribe Le Morne as a heritage site. The Claimants were aware of this objective ... The Respondent was entitled to change its policy in respect of development in Le Morne and had never given any assurance that it would not change it¹⁹².

In particolare, riguardo all'argomento del mancato rispetto della buona fede nel rivedere la disciplina di pianificazione della *buffer zone*, poiché lo Stato insulare africano sarebbe stato opaco e carente nel confronto con gli investitori, il Tribunale arbitrale ha, al contrario, osservato che il governo locale aveva sempre agito in modo trasparente, chiedendo ad uno degli esperti scelti su indicazione dell'UNESCO di organizzare incontri con gli investitori per informare ed informarsi sui rispettivi progetti. Pertanto, anche lo standard del trattamento giusto ed equo di cui all'art. 2 del BIT doveva considerarsi rispettato¹⁹³.

L'ultimo argomento sollevato dai ricorrenti era quello del trattamento discriminatorio rispetto agli altri investitori nella zona di rispetto di Le Morne. Infatti, altri proprietari terrieri nella *buffer zone* avevano accettato gli indennizzi del governo mauriziano, indennizzi che Gosling e i suoi partner consideravano equi, mentre quelli a loro proposti non erano giudicati adeguati. Ancora una volta il Tribunale arbitrale non accoglie le doglianze dei ricorrenti, concludendo nel senso della correttezza della politica di indennizzo di Mauritius. Detta politica, invero, era commisurata alle opportunità di sviluppo delle varie zone di Le Morne che risultavano possibili in base ai requisiti posti dall'UNESCO. La considerazione dell'assenza di discriminazione nella quantificazione del valore dei terreni viene, quindi, ancorata al momento successivo all'adozione dei criteri più severi indicati dagli esperti UNESCO, i quali hanno distinto tra parti edificabili e non edificabili della *buffer zone*¹⁹⁴. I ricorrenti non si trovavano, pertanto, in "like circumstances"¹⁹⁵ rispetto agli altri proprietari terrieri: il divieto a costruire nella loro proprietà "was justified by objective criteria of fauna, flora, and visual integrity on the basis of the recommendations of the UNESCO's experts"¹⁹⁶, con la conseguente assenza di violazione dell'art. 3 del BIT tra Regno Unito e Mauritius.

Respingendo tutti i reclami sul merito dei ricorrenti, il Tribunale non ha riconosciuto alcun risarcimento a Gosling e alle sue società, che, invece, avevano chiesto un indennizzo pari a 18 milioni di euro. Riguardo alle spese processuali, alla luce del fatto che il Tribunale aveva rigettato la maggioranza delle obiezioni sulla giurisdizione avanzate dallo Stato convenuto, come

¹⁹² *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 249. Si sottolinea come anche l'arbitro dissenziente Alexandrov abbia riconosciuto che l'iscrizione di Le Morne nella *World Heritage List* fosse nell'interesse pubblico dello Stato delle Mauritius e della sua popolazione: "[i]t is undisputed that the inscription of *Le Morne* as a UNESCO World Heritage Site was in the public interest of Mauritius and its people, and that it was a noble goal consistent with the objective of preserving the history of the place, honoring the dignity of the slaves who lived and died there, creating a symbol of freedom and human dignity, and – last but not least – preserving the physical beauty of Le Morne. In sum, [the] Respondent was fully entitled to prohibit any development at *Le Morne*, including in the buffer zone, in the interests of the people of Mauritius – and it did so" (*Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, *Dissenting Opinion of Arbitrator Stanimir Alexandrov*, par. 27).

¹⁹³ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 250.

¹⁹⁴ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 256.

¹⁹⁵ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 169.

¹⁹⁶ *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 254.

pure le questioni di merito sollevate dagli investitori, è stato ritenuto appropriato far pagare a ciascuna parte le sue spese legali, unitamente alla metà dei costi del procedimento arbitrale¹⁹⁷.

7. Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza arbitrale qui proposta indica una chiara, costante e crescente attenzione alla tutela del patrimonio mondiale culturale e naturale anche nel contenzioso internazionale sugli investimenti. Tale dinamica riflette e contribuisce ad affermare la considerazione della tutela del *world heritage* come un importante obiettivo e dovere di interesse pubblico da parte della Comunità internazionale, data anche l'adesione pressoché unanime alla Convenzione del 1972. La WHC, infatti, ha riconosciuto il carattere universale dei beni suscettibili di essere qualificati come patrimonio dell'umanità, ponendo il dovere di contribuire alla loro preservazione non solo in capo allo Stato sul cui territorio si trova in bene UNESCO, ma richiamando anche il dovere di cooperazione degli altri Stati e la responsabilità della "international community as a whole"¹⁹⁸ per tutelarli, superando il tradizionale assunto secondo il quale i beni culturali ricadevano unicamente "within the domain of domestic jurisdiction"¹⁹⁹. L'interpretazione delle disposizioni degli accordi sugli investimenti -che, in base all'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, deve tenere conto di ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti-²⁰⁰ va, quindi, compiuta anche alla luce dei principi della Convenzione del 1972, considerando, altresì, che "some elements of cultural heritage protection already belong to customary international law"²⁰¹.

Inoltre, i lodi esaminati sul rapporto tra tutela degli investimenti e Convenzione del 1972 mostrano il contributo della giurisprudenza arbitrale internazionale alla definizione dell'obbligo di *due diligence* in capo agli investitori, i quali, in base a detto dovere, sono tenuti a realizzare investimenti che siano "responsabili". Ciò significa che un investitore deve svolgere anche una adeguata analisi del quadro giuridico interno ed internazionale, come pure delle circostanze sociali, economiche e politiche dello Stato beneficiario dell'investimento, sia prima di realizzare il suo investimento nel Paese ospite che successivamente all'avvio della sua attività imprenditoriale. La carenza di *due diligence* imputabile all'investitore, infatti, implica l'impossibilità per quest'ultimo di avvalersi della protezione dei BITs, o dei capitoli dedicati agli investimenti negli accordi economici, poiché le aspettative degli imprenditori, per ricadere nella tutela del diritto

¹⁹⁷ Il Tribunale arbitrale ha deciso sulla ripartizione dei costi processuali applicando il potere discrezionale previsto dall'art. 61, par. 2 dell'ICSID, ai sensi del quale "[i]n the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award". V. *Thomas Gosling et al. v. Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 286.

¹⁹⁸ Cfr. l'art. 6, par. 2 della WHC.

¹⁹⁹ Così V. VADI, *Culture Clash? World Heritage and Investors' Rights in International Investment Law and Arbitration*, in *ICSID Review*, 2013, pp. 123-143, a p. 126.

²⁰⁰ "A treaty shall be interpreted 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 ... There shall be taken into account, together with the context ... (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" (art. 31, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, 1980, p. 331).

²⁰¹ V. VADI, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, 2014, p. 268.

internazionale degli investimenti, devono risultare legittime e ragionevoli²⁰², una connotazione negata dalla mancata valutazione diligente, fattuale e giuridica, da parte dell'investitore, delle condizioni in cui il suo investimento si svolge²⁰³.

L'obbligo di *due diligence*, peraltro, si afferma ulteriormente e acquisisce spessore grazie al sempre più ampio *corpus di soft law* internazionale che si occupa della condotta degli imprenditori nell'esercizio della loro attività economica. I *Ruggie Principles*, infatti, chiedono alle “[b]usiness enterprises ... [to] respect human rights”²⁰⁴, avendo cura di indicare che “[i]n order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out *human rights due diligence*”²⁰⁵.

Più in generale, i codici volontari sulla responsabilità sociale delle imprese sono sempre più frequentemente richiamati dai recenti e innovativi accordi di diritto internazionale dell'economia. Ad esempio, l'Accordo CETA tra Unione europea e Canada, nel Preambolo e nelle disposizioni in cui afferma l'impegno delle parti alla promozione dello sviluppo sostenibile, dunque della dignità del lavoro, della protezione dell'ambiente e dell'uso ottimale delle materie prime, le esorta “a perseguire le migliori pratiche in materia di comportamento responsabile delle imprese” e ad incoraggiare “le imprese operanti nel loro territorio o sotto la loro giurisdizione a rispettare gli orientamenti e i principi riconosciuti a livello internazionale in materia di responsabilità sociale delle imprese”²⁰⁶ -tra cui le Linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali²⁰⁷ e la Guida dell'OCSE sul dovere di diligenza per una catena di approvvigionamento responsabile di minerali provenienti da zone di conflitto e ad alto rischio²⁰⁸. Un tale rinvio certo incide nel definire la portata della diligenza che un investitore deve avere allorché decida di operare in un Paese terzo: tale operatore economico dovrà adeguatamente informarsi e rispettare la legislazione nazionale e gli obblighi internazionali assunti dallo Stato beneficiario dell'investimento sul rispetto dell'ambiente, dei diritti fondamentali, ed anche per la tutela del patrimonio culturale e naturale. Sotto quest'ultimo profilo, si ricordano anche le recenti *Global Guid*

²⁰² “The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State”. *Duke Energy Electroquil Partners et Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award of 18 August 2008, par. 340.

²⁰³ In tal senso, si veda *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award of 2 December 2019: “the Tribunal is required to conduct an objective examination of the legislation and the facts surrounding the making of the investment to assess whether a prudent and experienced investor could have reasonably formed a legitimate and justifiable expectation of the immutability of such legislation. For such an expectation to be reasonable, it must also arise from a rigorous due diligence process carried out by the investor” (par. 264, i corsivi sono nostri).

²⁰⁴ Art. 11 dei *Ruggie Principles*. V. UNHRC Res. 17/4, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 16 June 2011.

²⁰⁵ Art. 17 dei *Ruggie Principles*, il corsivo è nostro.

²⁰⁶ Così il decimo considerando del Preambolo e l'art. 25.4, par. 2 lett. c) dell'Accordo CETA. Cfr. anche gli artt. 22.3 e 24.12 dell'Accordo CETA.

²⁰⁷ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, 2011.

²⁰⁸ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Third Edition, Paris, 2016.

elines dell'UNESCO per il settore imprenditoriale, in particolare per le compagnie di estrazione, per assicurare che le loro attività non mettano in pericolo i beni UNESCO attraverso il cd "no-go commitment"²⁰⁹.

Un altro elemento paradigmatico degli accordi sugli investimenti di ultima generazione, o dei *mega-regionals*, è la codificazione del diritto degli Stati di mantenere il loro "right to regulate" anche per tutelare i beni culturali e naturali laddove ciò sia suscettibile di incidere sulla tutela degli investimenti stranieri²¹⁰, purché la disciplina di protezione del patrimonio non risulti arbitraria o ingiustificatamente discriminatoria. Si consideri, ad esempio, il progetto di accordo sulla protezione degli investimenti tra Unione europea e Singapore, che all'art. 2, par. 3, lett. d) prevede la possibilità per ciascuna parte contraente di non rispettare il principio del trattamento nazionale degli investimenti qualora ciò risulti "necessari[o] per la tutela del patrimonio nazionale di valore artistico, storico o archeologico"²¹¹. Attraverso queste nuove disposizioni pattizie -che, peraltro, danno seguito alla *policy coherence* richiesta agli Stati dall'art. 9 dei *Ruggie Principles*²¹² - i tribunali arbitrali chiamati a dirimere controversie sull'applicazione dei più moderni strumenti pattizi avranno chiare prescrizioni aggiuntive, le quali confermano l'approccio dei lodi arbitrali da noi qui analizzati e la loro positiva dinamica a favore della tutela del patrimonio dell'umanità.

Non deve poi sfuggire che l'assenza di *due diligence* negli investitori può esporre questi ultimi ai *counterclaims* degli Stati convenuti nei contenziosi arbitrali. Ciò, ad esempio, è quanto accaduto nel caso *Urbaser*, in cui il Tribunale arbitrale ha stabilito la possibilità, per l'Argentina, di proporre una domanda riconvenzionale per sostenere la violazione, da parte dell'investitore, del diritto fondamentale dell'accesso all'acqua della popolazione sudamericana²¹³. Ancora, nel panorama della regolamentazione dell'economia, si affacciano significativi progetti volti ad affermare, articolandolo, l'obbligo di *due diligence*, e in tale contesto è rilevante il dibattito in seno all'Unione europea per dotarsi di una disciplina vincolante sulla "dovuta diligenza" delle imprese²¹⁴.

²⁰⁹ UNESCO *Guidance for the World Heritage 'No-Go' Commitment – Global Standards for Corporate Sustainability*, December 2022.

²¹⁰ La più recente proposta di includere il diritto a normare dello Stato beneficiario di un investimento è all'art. 1.2, par. 2 dell'Accordo tra Unione europea ed Angola per la facilitazione degli investimenti sostenibili, i cui negoziati si sono recentemente conclusi, nel novembre 2022: "The Parties retain the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, the environment including climate change, public morals, social or consumer protection, privacy and data protection, or the promotion and protection of cultural diversity". Si tratta del primo accordo avente come obiettivo centrale quello di promuovere investimenti sostenibili: cfr. *EU-Angola Sustainable Investment Facilitation Agreement (SIFA)*, disponibile al link https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/southern-african-development-community-sadc/eu-angola-negotiations_en.

²¹¹ V. COM(2018) 194 final, *Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo sulla protezione degli investimenti tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Singapore, dall'altra*, Bruxelles, 18.4.2018.

²¹² "States should maintain adequate domestic policy space to meet their human rights obligations when pursuing business-related policy objectives with other States or business enterprises, for instance through investment treaties or contracts" (Art. 9 dei *Ruggie Principles*).

²¹³ Cfr. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016, par. 1182-1221.

²¹⁴ V. COM(2022) 71, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, Bruxelles, 23.2.2022.

Un investitore, quindi, per essere prudente²¹⁵ e agire in *due diligence*, deve anche verificare l'impatto che il suo investimento è suscettibile di avere sul luogo prescelto per la sua attività sotto il profilo del rispetto del patrimonio mondiale culturale e naturale promosso ormai da più di cinquant'anni dalla WHC, a ragione considerata "the jewel of UNESCO treaties"²¹⁶. Solo così il suo investimento potrà essere considerato responsabile, poiché rispettoso di uno dei valori della Comunità internazionale, e, quindi, pienamente preservato dal diritto internazionale degli investimenti.

²¹⁵ Si v. *supra* il par. 6, ove il Tribunale richiede la presenza della qualità di "prudent investor" prima di riconoscere che gli interventi normativi dello Stato beneficiario dell'investimento abbiano violato la tutela di quest'ultimo. V. *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, Award, par. 236.

²¹⁶ S. VON SCHORLEMER, *Compliance with the UNESCO World Heritage Convention: Reflections on the Elbe Valley and the Dresden Waldschlisschen Bridge*, in *German Yearbook of International Law*, 2008, pp. 321-390, a p. 322.