

# “Diritto internazionale degli investimenti e diritto all’acqua: il caso dell’Argentina”

Simone Vezzani<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza, Perugia, Italia.

Mail de contacto: [simone.vezzani@unipg.it](mailto:simone.vezzani@unipg.it)

“Mentre la qualità dell’acqua disponibile peggiora costantemente, in alcuni luoghi avanza tendenza a privatizzare questa risorsa scarsa, trasformata in merce soggetta a lle leggi del mercato. In realtà, *l’accesso all’acqua potabile e sicura è un diritto umano essenziale, fondamentale e universale, perché determina la sopravvivenza delle persone, e per questo è condizione per l’esercizio degli altri diritti umani.* Questo mondo ha un grave debito sociale verso i poveri che non hanno accesso all’acqua potabile, perché ciò significa negare ad essi il diritto alla vita radicato nella loro inalienabile dignità.”.  
(Papa Francesco. 2015. *Lettera enciclica Laudato Si’*. Sulla cura della casa comune, par. 30).

---

## RESUMEN

A partir de la década de 1990, las grandes olas de privatización y liberalización del sector de servicios públicos (incluido el sector del agua) han dado lugar a inversiones masivas. En las mismas décadas, el Derecho internacional de inversión extranjera se ha caracterizado por un desarrollo impresionante, a través de la celebración de casi tres mil tratados bilaterales de inversión (TBI) que permiten a los inversores extranjeros iniciar un procedimiento de arbitraje contra los Estados receptores. Si bien el derecho internacional de inversiones se ha convertido en el área de derecho internacional que garantiza a las partes privadas los recursos más efectivos, las restricciones al derecho del Estado receptor a ejercer sus poderes reguladores pueden tener un impacto perjudicial en su capacidad para cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Este artículo analiza críticamente la particularmente abundante jurisprudencia de arbitraje relativa a las inversiones extranjeras en el sector del agua en Argentina. En particular, examina la interacción existente entre los derechos de los inversores y el derecho humano al agua y el saneamiento.

**Palabras clave: Derecho humano al agua - Inversiones extranjeras - CIADI – Argentina estado de necesidad - Demanda Reconvenacional.**

---

## ABSTRACT

Starting from the 1990s, major waves of privatization and liberalization of the public utility sector (including the water sector) have resulted in massive foreign investments. In the same decades international investment law has been

characterized by an impressive development, through the conclusion of almost three thousand bilateral investment treaties (BITs) allowing foreign investors to initiate ICSID arbitration proceedings against host States. While international investment law has turned into the area of international law which guarantees to private parties the most effective remedies, constraints to the host State's right to exercise its regulatory powers may have a detrimental impact on their ability to abide by their international human rights obligations. This paper critically analyzes the particularly abundant arbitration case law concerning investment in the water sector in Argentina. Notably it examines the interplay existing between the investors' rights and the human right to safe drinking water and sanitation.

**Keywords: Human right to water – Foreign investments – ICSID – Argentina State of Necessity – Host State human rights counterclaim.**

---

### **1. Premessa: dalla protezione diplomatica all'arbitrato ICSID**

La mobilità degli investimenti fra Stati esportatori e Stati importatori di capitali suscita delicati problemi connessi al contemperamento fra la protezione degli investitori stranieri e la sovranità economica degli Stati. Dalla fine del secolo XIX, in un periodo storico in cui il ricorso a rappresaglie armate non era vietato dal diritto internazionale, la lesione dei diritti di proprietà dei propri cittadini all'estero era utilizzata dalle grandi potenze europee persino come pretesto per spedizioni armate nei confronti degli Stati ospiti degli investimenti. Costituisce una manifestazione di questa tendenza imperialista il blocco navale praticato nel 1902-1903 nei confronti del Venezuela da Germania, Italia e Gran Bretagna, intervenuti in protezione diplomatica dei propri investitori. Contro il recupero dei crediti *manu militari* (c.d. politica delle cannoniere), si levò la voce del giurista e ministro degli esteri argentino Luis María Drago (Buenos Aires, 1859 – Buenos Aires, 1921), principale artefice della Convenzione c.d. Drago-Porter; pur non essendo mai entrato in vigore, questo strumento prevede per la prima volta dei limiti al ricorso all'uso della forza, nei casi in cui lo Stato debitore si dimostrasse disponibile a una soluzione pacifica della controversia (v. sul punto Cassese, 1984). Qualche anno prima, il giurista argentino Carlos Calvo (Buenos Aires, 1824 – Parigi, 1906) aveva elaborato la dottrina, che da lui ha preso il nome, in base alla quale gli Stati avrebbero dovuto inserire, nei contratti di concessione stipulati con stranieri, ai fini dello sfruttamento delle risorse naturali, una clausola attraverso la quale l'investitore rinunciava alla protezione diplomatica del proprio Stato di nazionalità. La "clausola Calvo" prevedeva altresì che tutte le controversie relative agli investimenti avrebbero dovuto essere sottoposte alle corti dello Stato territoriale. Purtroppo entrambi questi tentativi di arginare il predominio degli Stati europei fallirono, non riuscendo a incidere sul funzionamento dell'istituto tradizionale della protezione diplomatica e sulle norme in materia di uso della forza.

Dopo le atrocità delle due Guerre mondiali, la Carta delle Nazioni Unite ha segnato il passaggio a un ordine internazionale imperniato sul divieto di uso della forza come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (art. 2, par. 4 della Carta), in linea con le aspirazioni di Drago. Inoltre, a seguito del processo di decolonizzazione, le rivendicazioni del Gruppo dei 77, divenuti maggioranza numerica nell'ambito delle Nazioni Unite, hanno portato all'affermazione del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. Tuttavia, anche in questo caso, l'opposizione del blocco degli Stati occidentali ha impedito l'effettiva realizzazione di un Nuovo ordine economico internazionale ispirato a principi solidaristici e di giustizia redistributiva (Bulajić, 1993).

A partire soprattutto dagli anni '90 del secolo scorso, in un contesto geopolitico caratterizzato dal prevalere delle dottrine neoliberiste, il diritto internazionale degli investimenti ha conosciuto uno sviluppo tumultuoso attraverso la conclusione fra gli Stati di quasi tremila accordi bilaterali (BITs, Bilateral Investment Treaties), trasformandosi in uno dei settori del diritto internazionale in cui sono tutelati in maniera più efficace gli interessi dei privati. L'innovazione maggiormente significativa è rappresentata dalla previsione nei BITs di meccanismi arbitrari che possono essere attivati unilateralmente dall'investitore nei confronti dello Stato ospite. Grazie ad essi, le imprese non hanno bisogno di adire i tribunali dello Stato territoriale per far valere le asserite violazioni, da parte di questo, degli obblighi previsti dal BIT, né devono attendere un eventuale intervento in protezione diplomatica del proprio Stato di nazionalità, una volta esauriti inutilmente i mezzi di ricorso interni. Specialmente il ricorso all'arbitrato amministrato dal Centro internazionale per la soluzione delle controversie legate agli investimenti (ICSID, istituito dalla Convenzione di Washington entrata in vigore il 14 ottobre 1966), si rivela estremamente vantaggioso per gli investitori, in quanto i lodi arbitrari hanno efficacia di titolo esecutivo in tutti gli Stati contraenti della Convenzione di Washington (ivi, art. 54). Giustificato dall'esigenza di evitare una politicizzazione delle controversie e un diniego di giustizia da parte delle corti interne, di cui si ritiene dubbia l'indipendenza e l'imparzialità, il ricorso generalizzato all'arbitrato si pone in netto contrasto con la "dottrina Calvo". Le imprese multinazionali si vedono infatti riconosciuta la facoltà di agire di fronte a tribunali arbitrari *ad hoc*, per far valere le proprie pretese fondate sui BITs e veder lo Stato ospite condannato al pagamento di un indennizzo. Come dimostra la denuncia della Convenzione di Washington da parte di Bolivia, Ecuador e Venezuela, alcuni Stati continuano a ritenere che non sia opportuno affidare ad arbitri *ad hoc* il compito di sindacare le scelte di politica economica e sociale operate dagli Stati. Sebbene tradizionalmente espresse dai Paesi importatori di capitali, queste preoccupazioni sono state condivise di recente anche dai Paesi del Nord Globale, come testimoniato dall'esclusione dei meccanismi di soluzione delle controversie Stato-investitore dall'Accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Australia (Accordo del

18 maggio 2004, entrato in vigore il 1° gennaio 2005, 43 ILM 1248) e dalla accese critiche mosse dall'opinione pubblica europea nei confronti dell'introduzione di tali meccanismi nel CETA e nel TTIP (sul punto v. Sornarajah, 2015; Roberts, 2017).

Gli arbitri sono chiamati a decidere questioni giuridiche assai delicate, se si considera che, frequentemente, le violazioni allegate dagli investitori sono una conseguenza dell'adozione di atti legislativi o regolamentari finalizzati al perseguimento di interessi generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente o dei lavoratori (Acconci, 2011 e 2014; Vadi, 2013). Oltre all'esercizio del diritto dello Stato ospite a regolare l'attività economica, in vista del perseguimento dei propri obiettivi di politica socio-economica ("right to regulate"), a venire in rilievo sono gli stessi interessi della comunità internazionale nel suo complesso, relativi alla tutela dei diritti umani (Francioni, 2014).

Non sorprende che larga parte del contenzioso ICISD abbia riguardato investimenti connessi al trattamento e alla somministrazione dell'acqua. Si tratta di una risorsa strategica per la vita dell'uomo e per i processi produttivi, destinata, peraltro, a diventare sempre più scarsa in un futuro minacciato dall'incremento demografico e dal riscaldamento globale. A partire dagli anni '80 e '90 del secolo scorso, ingenti sono stati gli investimenti stranieri realizzati nel settore in esame, nel contesto di massicce politiche di privatizzazione dei servizi pubblici. Come è noto, specialmente nell'America Latina, queste politiche sono state attuate prevalentemente nel contesto di programmi di aggiustamento strutturale e settoriale promossi dalle organizzazioni finanziarie internazionali (*in primis* Fondo monetario internazionale e Banca mondiale) in coerenza con la c.d. dottrina del *Washington consensus*. E non è un caso che la maggior parte delle controversie siano state promosse nei confronti dell'Argentina, un Paese ricco di risorse idriche, conosciuto in tutto il mondo per il Rio de la Plata e per le cascate di Iguazú.

## **2. Tutela internazionale del diritto all'acqua**

La peculiarità degli investimenti nel settore idrico risiede nel fatto che l'acqua non è una semplice merce; costituisce un determinante del diritto fondamentale alla salute, che può definire la differenza fra la vita e la morte. Non soltanto l'accesso all'acqua potabile, ma anche la disponibilità di sistemi idrico-fognari adeguati è indispensabile per garantire il diritto alla salute, prevenendo i c.d. *water-related diseases* (Marrella, 2010; Acconci, 2011; Daza-Clark, 2017; Scovazzi, 2017).

Già con la Dichiarazione di Mar del Plata, resa alla fine della Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua del 1977, gli Stati si impegnarono sul piano politico a predisporre piani e politiche nazionali volte a garantire l'accesso all'acqua potabile necessaria per il soddisfacimento dei bisogni primari della propria popolazione. Da allora, il diritto umano all'acqua pulita e a servizi fognari

adeguati ha trovato espressamente riconoscimento, sul piano del *soft law*, nella risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 64/292, adottata il 28 luglio 2010. Ma, soprattutto, tale diritto è stato ricavato in via ermeneutica dalle disposizioni contenute nelle numerose convenzioni internazionali sui diritti umani, che proteggono il diritto alla vita e alla salute (Lanciotti, Alessandra, 2018). Si segnala in particolare il Patto ONU del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali. Secondo il Comitato incaricato di sorvegliarne l'osservanza, esso salvaguarda il diritto all'acqua attraverso il combinato disposto degli articoli 11 e 12, rispettivamente concernenti il diritto ad uno *standard* di vita adeguato e il diritto alla salute (Commento generale n. 15 del 20 gennaio 2003). Secondo l'opinione prevalente, queste disposizioni del Patto codificano il diritto internazionale generale. In quanto tali, vincolano anche tutte le organizzazioni finanziarie dotate di personalità giuridica internazionale – quali Banca mondiale, Fondo monetario internazionale e banche regionali di sviluppo – facendo loro divieto di finanziare progetti o programmi di aggiustamento suscettibili di pregiudicare il godimento del diritto all'acqua (Commento generale n. 15, punto 60). Per altro verso, le norme del Patto entrano a far parte del diritto degli Stati contraenti, secondo i meccanismi di adattamento predisposti da ciascuno di essi, rafforzando così la tutela che il diritto all'acqua riceve sul piano del diritto interno (in tal senso, si veda ad esempio la sentenza del 18 luglio 2007 *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, nella quale la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) fa ampiamente riferimento al Commento generale n. 15 di cui sopra, al fine di ricostruire il contenuto del diritto di accesso all'acqua).

La società civile si è fatta promotrice di varie iniziative finalizzate allo sviluppo progressivo del diritto all'acqua sul piano internazionale, attraverso l'adozione di uno strumento *ad hoc*. Si segnala, in particolare, il Progetto recentemente elaborato dall'ong "Comitato Italiano Contratto mondiale sull'acqua", che potrebbe costituire la base per il negoziato di un Secondo Protocollo facoltativo al Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (Scovazzi, 2017).

### **Obbligo di proteggere**

Come chiarito nel citato Commento generale n. 15, nonché nei lavori degli *Special Rapporteurs* sul diritto all'acqua nominati dal Consiglio per i diritti umani dell'ONU, gli Stati hanno l'obbligo di rispettare, di proteggere e di realizzare il diritto all'acqua delle persone sottoposte alla loro giurisdizione. Ai fini del presente contributo, maggiore interesse riveste l'obbligo degli Stati di proteggere, ossia di evitare che l'attività di privati possa pregiudicare il godimento del diritto all'acqua. Quest'obbligo assume una particolare rilevanza nel caso in cui uno Stato abbia scelto di privatizzare i servizi idrici: "Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes

deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento” (Commento generale n. 15, cit., punto 24).

### **3. La prassi arbitrale relativa all’Argentina**

Alcuni dei casi maggiormente interessanti decisi negli ultimi anni dai tribunali arbitrali ICSID sono stati promossi da investitori stranieri nei confronti dell’Argentina. Ai ben noti casi riguardanti i *bond*, si affiancano quelli scaturiti dalla decisione dell’Argentina – intesa nella sua qualità di soggetto di diritto internazionale – di bloccare gli aumenti delle tariffe in circostanze di iperinflazione, revocare o imporre una revisione dei contratti di concessione riguardanti il trattamento e la somministrazione di acqua potabile, nonché la captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue. Come in altri Paesi dell’America Latina, la privatizzazione/svendita dei servizi idrici ha prodotto in Argentina conseguenze sociali e sanitarie particolarmente deteriori, portando per lo più ad un peggioramento della qualità dei servizi e ad un aumento delle tariffe tale da impedire l’accesso all’acqua, a costi sostenibili, agli strati più poveri della popolazione. Ancora oggi, l’inadeguatezza delle infrastrutture e le politiche di prezzo improntate alla massimizzazione dei profitti fanno sì che l’accesso all’acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari costituisca un diritto negato per centinaia di migliaia di persone, tanto nelle periferie urbane, quanto nelle aree rurali più povere del Paese. Al riguardo, ha colpito molto l’opinione pubblica internazionale la foto pubblicata sul quotidiano “Misiones Online” il 13 dicembre 2017, che ritrae una bambina indigena, a Posadas, intenta a bere da una pozzanghera.

Per far fronte alla situazione creatasi in concomitanza con la grave crisi economico-finanziaria del 2001-2003, il 6 gennaio del 2002 l’Argentina promulgò la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario che, fra le altre cose, autorizzava il Governo a rinegoziare i contratti di servizi pubblici e operava un congelamento delle tariffe (sul regime giuridico dei servizi idrici integrati in Argentina v. Pastorino, 2014). In quello stesso frangente storico, le province argentine adottarono vari provvedimenti volti a sanzionare i comportamenti abusivi delle concessionarie dei servizi idrici che avevano privato migliaia di persone dell’accesso all’acqua pulita – in conseguenza sia dell’innalzamento dei prezzi, sia della mancata manutenzione e realizzazione di nuove infrastrutture, in violazione degli obblighi posti dai contratti di concessione. Fra queste misure si può ricordare, a titolo esemplificativo, l’adozione da parte dell’Organismo Regulador de Aguas Bonaerense, di un

provvedimento che impediva alle imprese concessionarie di interrompere la somministrazione di acqua ai soggetti morosi (ORAB, Resolución N° 56/02 del 27 agosto 2002). L'adozione di siffatte misure legislative e regolamentari è stata alla base dell'attivazione di vari procedimenti arbitrari da parte degli investitori stranieri, che lamentavano una violazione del loro diritto ad un "trattamento giusto ed equo", se non di aver subito un'espropriazione indiretta (cfr. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/03/17, decisión sobre jurisdicción 16 Majo 2006; *Azurix Corp. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/01/12, laudo 14 Julio 2006; *Impregilo S.p.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/17, laudo 21 Junio 2011; *Saur International S.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/04/4, laudo 22 Majo 2014; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent)*. ICSID Case No. ARB/03/19, lodo 9 aprile 2015; per un caso precedente scaturito dalla privatizzazione dei servizi idrici e fognari negli anni '90 v. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo 21 Noviembre 2000).

L'Argentina ha cercato, sino ad oggi con scarso successo, di giustificare di fronte ai tribunali ICSID la risoluzione unilaterale dei contratti di concessione, o l'adozione degli atti legislativi e regolamentari invisi agli investitori, adducendo argomenti fondati sulla tutela del diritto all'acqua. Argomenti analoghi sono stati altresì elaborati nelle memorie depositate da alcuni *amici curiae* (si veda in particolare il caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A., cit. supra*).

Tre sono state le principali strategie difensive utilizzate dall'Argentina. In primo luogo, la violazione degli obblighi scaturenti dai BITs è stata giustificata in ragione dell'esistenza di uno stato di necessità. In secondo luogo, si è sostenuta la doverosità di un'interpretazione sistematica delle disposizioni dei BITs, che prenda in considerazione le esigenze legate alla tutela del diritto all'acqua. In terzo luogo, la violazione di questo diritto da parte dell'investitore straniero è stata fatta valere attraverso la proposizione di una domanda riconvenzionale.

#### **a. Stato di necessità come causa di esclusione dell'illecito internazionale**

Come ammesso, sia pure con molta cautela, dal Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, adottato nel 2001 in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale, lo stato di necessità opera come causa di esclusione dell'illecito internazionale (Benvenuti, 2006). Questa scriminante può essere invocata per giustificare un fatto dello Stato che sarebbe altrimenti illecito, laddove tale fatto sia l'unico modo, per lo Stato, di salvaguardare un proprio interesse essenziale di fronte a un pericolo grave e imminente. Fra gli interessi protetti rientra certamente il corretto funzionamento

dei servizi pubblici essenziali, indispensabile sia per la conservazione del bene-Stato, sia per la tutela del diritto alla salute della popolazione. Come precisato dall'art. 25 del citato Progetto di articoli, occorre tuttavia che la condotta altrimenti illecita non comprometta in modo serio un interesse essenziale dello Stato nei cui confronti sussisteva l'obbligo (o della comunità internazionale nel suo insieme); inoltre lo stato di necessità non può essere invocato se lo Stato ha contribuito al suo verificarsi.

L'Argentina ha più volte prospettato lo stato di necessità nell'ambito di controversie con investitori stranieri, con riferimento anzitutto alle difficoltà sorte in relazione al rimborso dei titoli di debito sovrano. Peraltro, in casi molti simili fra di loro, promossi da obbligazionisti o da concessionari di servizi pubblici, i tribunali arbitrali hanno raggiunto conclusioni di segno opposto, quanto alla configurabilità della crisi finanziaria come stato di necessità (cfr. Weibel, 2007; Tanzi, 2012).

Con riguardo ai casi qui in esame, nel caso ICSID No. ARB/03/19 (lodo del 9 aprile 2015, cit. *supra*), il tribunale arbitrale ha riconosciuto che l'accesso all'acqua potabile e ai servizi fognari è di vitale importanza per la popolazione e costituisce un interesse essenziale dello Stato argentino (par. 260). Si noti che, nel caso di specie, l'Argentina sosteneva, tra le altre cose, che Suez e le altre imprese straniere coinvolte avessero somministrato acqua torbida nella Provincia di Buenos Aires, suscettibile di veicolare epidemie quali il colera. Tuttavia, il tribunale ha statuito che non fossero soddisfatte le altre condizioni per l'invocabilità dello Stato di necessità. In particolare, ad avviso degli arbitri, l'Argentina avrebbe potuto adottare altre misure idonee a garantire l'accesso all'acqua, senza violare l'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo agli investitori, previsto dai BITs conclusi con i rispettivi Stati di nazionalità (Francia, Spagna e Regno Unito) (*ibidem*, par. 262). Quest'affermazione si pone in linea con un orientamento piuttosto diffuso in ambito ICSID, quanto al rapporto esistente fra diritto degli investimenti e diritti umani (Acconci, 2018). Da un lato, alcuni tribunali arbitrali hanno riconosciuto che gli investimenti nel settore idrico hanno delle implicazioni sul godimento dei diritti umani (si veda, sia pur indirettamente attraverso il richiamo delle considerazioni svolte dagli *amici curiae*, *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, lodo 24 luglio 2008, parr. 366-392, spec. par. 379). Al contempo, i medesimi tribunali hanno ritenuto che non fosse configurabile alcun conflitto fra gli obblighi dello Stato in materia di diritto all'acqua e gli obblighi nei confronti degli (Stati di nazionalità degli) investitori (si vedano in tal senso *Azurix Corp.*, lodo 14 luglio 2006, cit. *supra*, par. 261; *Saur International S.A.*, lodo 22 maggio 2014, cit. *supra*, par. 331). È vero che il diritto di accesso all'acqua da parte dei non abbienti potrebbe essere garantito, in linea di principio, dallo Stato attraverso l'erogazione di sussidi, al posto del controllo dei prezzi. Sempre astrattamente, lo Stato potrebbe far fronte a nuovi rischi sanitari per la popolazione tramite nuovi investimenti pubblici, senza



bisogno di modificare il contenuto dei rapporti contrattuali con le imprese concessionarie dei servizi idrici integrati. Tuttavia, la concreta fattibilità delle soluzioni alternative, specialmente in situazioni di gravi crisi economico-finanziaria, dovrebbe essere valutata con molta attenzione, con riferimento alle specificità del caso e tenendo in debito conto le conseguenze che un aggravio della spesa pubblica potrebbe avere per lo sviluppo socio-economico della popolazione, e dunque sulla tutela effettiva dei diritti umani.

Alla luce di quanto precede, il richiamo dell'esimente dello stato di necessità costituisce una strategia di incerta efficacia, come dimostra l'alto grado di imprevedibilità delle soluzioni accolte sinora nella prassi internazionale (Tanzi, 2012). Del resto, l'incertezza riguarda anche un ulteriore aspetto di fondamentale rilievo, vale a dire se l'esimente dello Stato di necessità liberi lo Stato dal pagamento dell'indennizzo per il danno arrecato, o se viceversa consenta soltanto allo Stato di dilazionare tale pagamento (*ibidem*).

#### **b. Strategie difensive fondate sul un'interpretazione sistematica del diritto all'acqua**

Una seconda strategia difensiva fa leva sulla necessità di interpretare le norme dei BITs alla luce dell'obbligo dello Stato ospite di tutelare e promuovere il diritto di accesso all'acqua.

Gli interessi generali dello Stato e della comunità internazionale nel suo complesso sono suscettibili di venire in rilievo a fini ermeneutici sotto due distinti profili: un profilo "interno" ed uno "esterno" (Focarelli, 2016; sul punto v. anche Tanzi, 2013). Per quanto riguarda il primo, soprattutto i BITs più recenti contengono disposizioni che riconoscono il diritto dello Stato ospite di perseguire i propri fini pubblici e individuano, fra gli obiettivi dei trattati in questione, il perseguimento di uno sviluppo sostenibile dello Stato di destinazione degli investimenti (l'inserimento di clausole di questo tipo è stato auspicato anche dall'Institut de droit international nella risoluzione del 13 settembre 2013 su "Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties" (relatore Andrea Giardina), <[http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2013\\_tokyo\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2013_tokyo_en.pdf)>, art. 10). Come statuito da un tribunale ICSID in uno dei casi sopra citati, in base al metodo interpretativo di cui all'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, anche le norme dei BITs che enunciano il diritto degli investitori a un trattamento "giusto ed equo" devono essere interpretate alla luce di questo oggetto e scopo dei trattati (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*. ICSID Case No. ARB/03/19, lodo 30 luglio 2010, par. 218; pur interpretando la nozione di trattamento giusto ed equo alla luce del fine di perseguire il miglioramento dello sviluppo e del benessere dello Stato argentino, il tribunale arbitrale ha concluso tuttavia nel senso di una violazione del BIT).

Dall'altro lato, sotto il profilo "esterno", i trattati internazionali devono essere interpretati prendendo in considerazione tutte le regole internazionali applicabili nei rapporti fra le parti contraenti, secondo il principio di integrazione sistemica fissato dall'art. 31, par. 3, lett. c), della sopracitata Convenzione di Vienna. A prescindere dalla presenza di richiami in tal senso nei BITs, dunque, le norme internazionali sui diritti umani (di natura consuetudinaria o contenute in convenzioni internazionali di cui sono parti entrambi gli Stati contraenti) dovrebbero essere prese comunque in considerazioni dall'interprete, al fine di interpretare le norme volte a tutelare i diritti degli investitori (in tal senso v. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Demandantes) y Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/26, decisión 8 de Diciembre 2016, par. 1200). Da questo punto di vista, la nozione di trattamento "giusto ed equo" dovrebbe comportare una tutela limitata alle legittime aspettative degli investitori, da valutarsi anche alla luce degli obblighi – noti all'investitore che agisca in buona fede – dello Stato in materia di tutela dei diritti umani (per una valorizzazione dei principi di buona fede e di equità nel diritto internazionale degli investimenti, v. rispettivamente Tanzi, 2018 e Francioni, 2012).

Nei casi in esame, i criteri interpretativi di cui sopra sono stati richiamati più volte dai tribunali arbitrali, senza tuttavia che questi ultimi ne abbiano tratto conseguenze ai fini della decisione delle specifiche controversie. Ciò non toglie che, come mostrano alcuni lodi recenti, soluzioni meno sbilanciate a favore dei diritti degli investitori siano possibili, ispirate ad un'armonizzazione dei due sistemi normativi (in materia di investimenti e diritti umani) e alla conseguente funzionalizzazione del diritto di proprietà (v. *infra*).

### **c. Il caso *Urbaser* e la responsabilità delle imprese multinazionali per violazione del diritto all'acqua**

Una terza strategia difensiva adottata dall'Argentina è stata la presentazione di una domanda riconvenzionale nei confronti degli investitori, volta a far dichiarare una violazione, da parte di questi ultimi, del diritto all'acqua. Questa strategia è stata tentata per la prima (e per il momento unica) volta da uno Stato, nel caso *Urbaser* (*Urbaser*, decisione dell'8 dicembre 2016, cit., sulla quale v. Guntrip, 2017).

La procedura arbitrale era stata attivata sulla base del BIT Spagna-Argentina, da alcune società azioniste della società AGBA, erogatrice di servizi idrici integrati nella Provincia di Buenos Aires. La decisione presenta particolare interesse sotto il profilo del diritto internazionale. Pur non accogliendo nel merito la domanda riconvenzionale dell'Argentina, il tribunale arbitrale l'ha ritenuta ammissibile in base alla Convenzione di Washington e al BIT in questione (ivi, par. 1155). È interessante notare come sia stata ritenuta sufficiente l'esistenza di un legame di ordine fattuale con la controversia principale ai fini dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale. Peraltro, al riguardo, non è

possibile trarre indicazioni di portata generale, posto che l'ammissibilità di domande riconvenzionali nell'ambito delle controversie fra Stato e investitore non può che essere valutata sulla base delle specifiche previsioni del BIT, di volta in volta applicabile. Nel caso di specie, l'art. X del BIT fra Spagna e Argentina non pone limitazioni *ratione personae* alla parte che può proporre una domanda, né limita espressamente l'oggetto delle controversie sottoponibili ad arbitrato a quelle relative ad asserite violazioni del BIT stesso.

Il lodo *Urbaser* prende posizione circa una delle questioni maggiormente dibattute e controverse del diritto internazionale, inerente alla soggettività internazionale delle imprese multinazionali, più precisamente il problema se gli investitori siano destinatari degli obblighi internazionali in materia di diritti umani. Il tribunale si è pronunciato in senso affermativo, argomentando che, se gli accordi sugli investimenti "no est[an] basado[s] en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional" (*ibidem*, par. 1194). Si tratta in verità di una posizione (ancora) piuttosto isolata nella prassi dei tribunali interni e internazionali (Focarelli, 2016), per quanto non manchino analoghe prese di posizione al di fuori del contesto dell'arbitrato fra Stati e investitori stranieri (nel senso che anche le imprese siano destinatarie degli obblighi internazionali corrispondenti al diritto alla salute v. *Prof. Alain Pellet, Independent Objector (France) vs/ Afiliat Limited (Ireland)*, EXP/409/ICANN/26, par. 49). I limiti della presente trattazione non consentono di approfondire ulteriormente il punto.

Una volta risolta in senso affermativo la questione, circa l'idoneità delle norme di diritto internazionale generale in tema di diritti umani a produrre obblighi nei confronti degli investitori stranieri, il tribunale mette in luce come l'applicazione di dette norme non sia esclusa né dal BIT, né dalla Convenzione di Washington istitutiva dell'ICISD. Anzi, quest'ultima, all'art. 42 individua tra le norme applicabili dagli arbitri, in assenza di accordo fra le parti, il diritto dello Stato ospite e "such rules of international law as may be applicable" (fra queste ultime il tribunale ha coerentemente ritenuto ricomprese le norme internazionali sul diritto all'acqua: v. par. 1205).

Se, da un lato, il tribunale arbitrale ICSID ha adottato un approccio molto innovativo, ha nondimeno rigettato nel merito la domanda riconvenzionale dell'Argentina. Secondo la ricostruzione contenuta nel lodo, infatti, né dal BIT Spagna-Argentina, né dal diritto internazionale generale, sarebbe stato possibile desumere l'esistenza di un obbligo positivo in capo alle imprese, di assicurare l'accesso all'acqua: "El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua

potable y saneamiento a su población [...] En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa concedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general” (par. 1208 e 1210).

È indubbio che l’obbligo di adottare misure positive volte ad assicurare il godimento dei diritti umani gravi, in primo luogo, sullo Stato territoriale. In considerazione di ciò, si deve anzi ritenere che, nonostante il lodo *Urbaser*, con ogni probabilità gli Stati continueranno ad essere molto prudenti nel proporre questo tipo di domande riconvenzionali nel contesto dell’arbitrato in materia di investimenti. Ammettere che vi sia stata una violazione di un diritto di accesso all’acqua a danno di persone sottoposte alla propria giurisdizione – ad esempio perché non sono state costruite infrastrutture adeguate, o perché l’acqua è stata somministrata a prezzi non sostenibili – implica per lo Stato riconoscere di essere venuto meno ai propri obblighi di proteggere e di realizzare.

L’aspetto maggiormente interessante del lodo *Urbaser* riguarda tuttavia una considerazione svolta in un *obiter dictum*. Pur escludendo che la questione fosse rilevante nel caso di specie, il tribunale arbitrale ha nondimeno precisato: “[I]a situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares”. Laddove si consolidasse un orientamento di questo tipo nell’ambito dell’arbitrato sugli investimenti internazionali, gli investitori stranieri potrebbero essere chiamati a rispondere della violazione degli obblighi negativi in materia di diritti umani. Con riferimento al diritto all’acqua, si potrebbe pensare al caso in cui l’investitore straniero somministri alla popolazione acqua chimicamente o biologicamente contaminata, oppure causi un grave inquinamento delle acque superficiali o sotterranee. Ma vi è di più. Potrebbero essere qualificate come violazioni dell’obbligo di *non facere* anche tutte quelle condotte delle imprese straniere riconducibili al fenomeno del *water grabbing*, ossia l’uso massiccio di acqua a fini agricoli o produttivi, tali da compromettere l’accesso all’acqua potabile e all’igiene personale da parte della popolazione locale (in relazione alla violazione del diritto all’acqua, a causa delle attività di imprese straniere produttrici di bibite

in bottiglia, si veda la vicenda relativa alle attività della Coca Cola in India, sulla quale cfr. Corte suprema indiana, *M C Mehta v. Union of India* 2004 (12) SCC118 e, più in generale, Shiva, 2002).

#### 4. Conclusioni

Il diritto internazionale degli investimenti costituisce un'area "sismica" del diritto internazionale, la cui evoluzione ha avuto, e continuerà ad avere nei prossimi anni, un ruolo importante nel determinare gli assetti della globalizzazione economica e giuridica (Ferrarese, 2000).

Recenti pronunce, come quella resa nel caso *Philip Morris (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Demandantes) y República Oriental del Uruguay (Demandada)*. Caso CIADI N.° ARB/10/7, laudo 8 Julio 2016, spec. parr. 306-307), evidenziano una crescente attenzione degli arbitri nei confronti della tutela degli interessi generali dello Stato e dell'intera comunità internazionale. Fra questi, la corretta gestione dei servizi pubblici essenziali non può che avere un ruolo fondamentale, unitamente alla salvaguardia della salute, intesa nella sua dimensione individuale e collettiva. Nella stessa linea si colloca la revisione dei modelli di BITS predisposti dagli Stati, specialmente industrializzati, per meglio garantire il potere regolamentare dello Stato ospite (Acconci, 2018).

La prassi sopra esaminata, relativa al diritto all'acqua, evidenzia la prevalenza di decisioni sfavorevoli agli Stati ospiti degli investimenti. Si è peraltro messo in evidenza come il diritto internazionale fornisca soluzioni potenzialmente idonee a contemperare la tutela degli interessi degli investitori stranieri con quella dei diritti umani delle popolazioni interessate. Laddove accolte in maniera più sistematica, queste soluzioni potrebbero portare a escludere la responsabilità dello Stato ospite o, quantomeno, ridurre l'ammontare degli indennizzi, che nella prassi hanno raggiunto cifre molto onerose, soprattutto per Paesi in via di sviluppo e con elevato debito pubblico.

Particolarmente innovativa risulta la prospettiva inaugurata dal loro *Urbaser*, che ammette la possibilità di domande riconvenzionali nei confronti degli investitori che abbiano violato obblighi internazionali di *non facere* in materia di diritti umani.

#### 5. Riferimenti bibliografici

Acconci, Pia. 2011. *Tutela della salute e diritto internazionale*. Cedam. Padova.

Acconci, Pia. 2014. The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable? Sacerdoti, Giorgio e altri (a cura di). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 165-193.

Acconci, Pia. 2018. Sustainable Development and Investments: Trends in Law-Making and Arbitration. Gattini, Andrea, Tanzi, Attila e Fontanelli, Filippo (a

- cura di) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, Nijhoff. Leiden/Boston, 290-319.
- Benvenuti, Paolo. 2006. Lo stato di necessità alla prova dei fatti. Spinedi, Marina, Gianelli, Alessandra e Alaimo, Maria Luisa (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*. Giuffrè, Milano, 107-151.
- Bulajić, Milan. 1993. *Principles of International Development Law: Progressive Development of the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order*. Brill, Nijhoff. Dordrecht, etc.
- Cassese, Antonio. 1984. *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*. Il Mulino, Bologna.
- Daza-Clark, Ana Maria. 2017. *International Investment Law and Water Resources Management*. Brill, Nijhoff. Leiden, etc.
- Ferrarese, Maria Rosaria. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino, Bologna.
- Focarelli, Carlo. 2016. *Economia globale e diritto internazionale*. Il Mulino, Bologna.
- Francioni, Francesco. 2012. Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto? Di Stefano, Adriana e Sapienza, Rosario (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale. XVI Convegno SIDI, 23-24 giugno 2011*. Editoriale Scientifica, Napoli, 417-435.
- Francioni, Francesco. 2014. Foreign Investments, Sovereignty and the Public Good. *The Italian Yearbook of International Law* 23-1: 3-22.
- Guntrip, Edward. 2017. *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration? EJILTalk!* 10.02.2017.
- Lanciotti, Alessandra. 2018. L'accesso all'acqua pulita. Giuffrida, Roberto (a cura di). *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*. Giappichelli. Torino, 97-106.
- Marrella, Fabrizio. 2010. On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review* 12: 335-359.
- Pastorino, Leonardo (a cura di). 2014. *De códigos y desafíos jurídicos para enfrentar la crisis del agua*. Ediciones Cooperativas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Roberts, Anthea. 2017. The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecided. *EJIL Talks!* 15 June 2017.
- Scovazzi, Tullio. 2017. Il diritto umano all'acqua e all'igiene personale. Pineschi, Laura (a cura di). *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo fra interessi globali e interessi particolari. XXI Convegno. Parma. 9-10 giugno 2016*. Editoriale Scientifica. Napoli, 213-254.
- Shiva, Vandana. 2002. *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*. South End Press, Cambridge, MA.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. 2015. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge

- Tanzi, Attila. 2012. Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale* XCV-1: 66-88
- Tanzi, Attila. 2013. Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector: Problems and Prospects for an Integrated Approach. Treves, Tullio e altri (a cura di), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge. London/New York, 318-335.
- Tanzi, Attila. 2018. The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith. Gattini, Andrea, Tanzi, Attila e Fontanelli, Filippo (a cura di) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, Nijhoff. Leiden/Boston, 193-220.
- Vadi, Valentina. 2013. *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London, Routledge.
- Waibel, Michael. 2007. Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E. *Leiden Journal of International Law* 20: 637-648.