

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale.
Curriculum di Diritto Internazionale - XXVI ciclo

GLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

BENEDETTA CAPPIELLO

TUTOR:

Chiar.ma Prof.ssa Nerina Boschiero

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.ma Prof.ssa Gigliola di Renzo Villata

A.A. 2012/2013

*A CHI L'HA LETTA
A CHI LA LEGGERA*

Un ringraziamento speciale alla Fondazione Fratelli Confalonieri di Milano che, sostenendomi materialmente, mi ha consentito di dedicarmi a questo studio.

INDICE SOMMARIO

Principali abbreviazioni VI

PARTE I

IL RICONOSCIMENTO DELLA COMPETENZA EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

Premessa..... 1

CAPITOLO I

LA POLITICA COMMERCIALE COMUNE E GLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

1. I motivi per il riconoscimento della competenza dell'Unione Europea in materia d'investimenti esteri diretti. 11
2. *Segue*: la politica commerciale comune nei trattati di Maastricht e di Nizza. 17
3. Il quadro normativo europeo in materia di investimenti esteri diretti: l'assenza di coordinamento tra gli accordi dell'Unione e i BIT's sottoscritti dagli Stati membri. 23

CAPITOLO II

LA COMPETENZA ESCLUSIVA EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

Sezione I: le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona

1. L'azione esterna dell'unione e il bilanciamento tra la liberalizzazione degli scambi e la tutela dei valori non economici. 29
2. Le nuove attribuzioni dell'Unione nell'ambito della politica commerciale comune. 33
3. *Segue*: Il ruolo del Parlamento Europeo nell'attuazione della politica commerciale comune e nel processo di negoziazione e conclusione degli accordi commerciali europei con i Paesi terzi. 34
4. *Segue*: le nuove maggioranze di voto per la stipulazione di accordi commerciali europei con Paesi terzi: una maggiore autonomia tra azione esterna e interna. 38

5. *Segue*: il principio del parallelismo “*a contrario*” a presidio della suddivisione di competenze interne tra Unione e Stati membri40

Sezione II: profili critici sull'estensione della nuova competenza dell'Unione Europea in materia di investimenti esteri diretti

6. I differenti approcci interpretativi41
7. La nuova politica commerciale comune nel Trattato di Lisbona43
8. La soluzione mediana e il potere dell'Unione circoscritto alle politiche di ammissione.46
9. *Segue*: i limiti della soluzione mediana49
10. La configurabilità di una competenza estesa dell'Unione: dalle politiche di ammissione alla protezione degli investimenti51
11. *Segue*: ripercussioni della nuova competenza europea in materia di espropriazione diretta e indiretta53
12. *Segue*: la garanzia del trattamento giusto ed equo nelle fonti europee.....59

Sezione III: ulteriori competenze dell'Unione in materia di investimenti esteri diretti

13. Argomenti a favore dell'interpretazione estesa della competenza europea in materia d'investimenti esteri diretti64
14. I poteri dell'Unione sulle materie connesse all'operazione d'investimento66
15. *Segue*: i *performance requirements*.67
16. *Segue*: la definizione di politiche collegate all'ingresso di persone legate all'operazione d'investimento69
17. La clausola surrogatoria: una tutela limitata per gli investitori europei all'estero.72
18. Gli investimenti di portafoglio.73
19. *Segue*: i poteri dell'Unione Europea in materia di investimenti di portafoglio: una competenza implicita esclusiva o concorrente?77

CAPITOLO III

LA DEFINIZIONE DI UNA POLITICA EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI

Sezione I: la definizione di un regime giuridico europeo per i BITs extra-UE

1. Le ragioni sottese all'adozione del Regolamento europeo n. 1219/2012 per il mantenimento in vigore dei BITs stipulati da Stati membri con Paesi terzi.81
2. *Segue:* la soluzione di compromesso accolta dalle istituzioni europee per la predisposizione del Regolamento europeo n. 1219/2012.....85
3. Due regimi giuridici differenziati per i BITs europei: il mantenimento in vigore e l'autorizzazione a stipulare nuovi accordi.87
4. Gli effetti del regolamento europeo n. 1219/2012 sui rapporti tra Stati membri e Paesi terzi.93
5. L'esigenza di un (difficile) contemperamento tra le posizioni delle istituzioni europee.98
6. *Segue:* il modello di BIT europeo.104
7. *Segue:* il bilanciamento tra la protezione dell'investitore e la tutela dei valori non economici.....106

Sezione II: la regolamentazione degli investimenti esteri diretti nei futuri accordi commerciali con i Paesi terzi

8. La ri-definizione di una rete di relazioni economiche tra Unione e Paesi terzi.110
9. Il mandato a negoziare con Canada, India e Singapore.112
10. *Segue:* le questioni controverse in relazione alle clausole di protezione dell'investitore.116
11. Il mandato a negoziare con gli Stati Uniti d'America. I problemi giuridici sull'eccezione culturale "alla francese".118

Considerazioni conclusive della prima parte122

PARTE II

L'UNIONE EUROPEA E L'ARBITRATO IN MATERIA D'INVESTIMENTI

<i>Premessa</i>	131
-----------------------	-----

CAPITOLO I

L'ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE RELATIVE A BIT'S EUROPEI. QUESTIONI PROCESSUALI.

Sezione I: Il rinvio all'arbitrato negli accordi bilaterali europei

1. La perdurante validità dei BIT's divenuti intra-UE dalla prospettiva europea e internazionalistica.	135
2. <i>Segue</i> : la clausola arbitrale dei BIT's intra-UE: la (presunta) incompatibilità con il diritto europeo e la validità per il diritto dell'arbitrato.....	142
3. L'ammissibilità della clausola arbitrale nei BIT's extra-UE.....	146

Sezione II: Le questioni processuali dell'arbitrato in materia di investimenti. I procedimenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi

4. La controversa questione della legittimazione processuale nei procedimenti arbitrali relativi a BIT's extra-UE stipulati prima del Trattato di Lisbona.	154
5. <i>Segue</i> : nelle controversie relative ad accordi europei stipulati successivamente al Trattato di Lisbona.	158
6. <i>Segue</i> : la responsabilità finanziaria.....	163
7. La difficile scelta della giurisdizione e delle norme di procedura per i giudizi che insorgeranno dai futuri accordi europei.	171

CAPITOLO II

LA LEGGE APPLICABILE: L'INTERAZIONE TRA DIRITTO NAZIONALE, EUROPEO E INTERNAZIONALE

Sezione I: Il richiamo del diritto europeo nei procedimenti arbitrali in materia di investimento

1. Il rinvio convenzionale al diritto europeo.....	177
2. L'applicabilità del diritto europeo in assenza di una scelta espressa di legge.	184
3. La prevalenza degli obblighi internazionali nell'ottica europea.	189

4. <i>Segue</i> : la prevalenza degli obblighi internazionali secondo il diritto nazionale.....	194
5. La concorrenza di obblighi derivanti dal diritto europeo ed internazionale: la composizione ad opera degli arbitri.....	198
6. <i>Segue</i> : la prevalenza del diritto europeo per il tramite dell'eccezione dell'ordine pubblico.....	200

Sezione II: Le garanzie per l'uniforme applicazione del diritto europeo

7. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea: una preclusione per gli arbitri.	207
9. Il rischio di un abuso dei giudizi di impugnazione.....	216
10. L'esecuzione dei lodi arbitrali: il rinvio alle Corti statali e l'immunità dell'Unione Europea.....	221

<i>Considerazioni conclusive della seconda parte</i>	223
--	-----

<i>Bibliografia</i>	231
---------------------------	-----

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

ASEAN	Association of South East Asian Nations
BIT	Bilateral Investment Treaties/accordi bilaterali di investimento
BITs extra-UE	Accordi bilaterali stipulati tra Stati membri e Paesi terzi
BITs intra-UE	Accordi bilaterali stipulati tra Stati membri
CCI	Camera del Commercio internazionale
CEDU	Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali
CDI	Commissione di Diritto Internazionale
CGE	Corte di Giustizia Europea/Corte di giustizia
DSU	Dispute Settlement Understanding
EDU	Corte Europea dei diritti dell'Uomo
FET	Fair and equitable standard
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreements on Trade in Services
ICSID	International Centre for settlement of investment Disputes
IED	Investimenti esteri diretti
NAFTA	North American Free Trade Agreement
O.I.	Organizzazioni Internazionali
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OMC	Organizzazione Mondiale del Commercio
PCC	Politica commerciale comune
Piattaforma	Minimum Platform on Investments for EU Free Trade Agreements
Regole di Trasparenza	<i>UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration</i>
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea/Trattato di Lisbona

TRIMS	Agreement on Trade-Related Investment measures
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	Unione Europea
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
USA	Stati Uniti d'America

PARTE I

IL RICONOSCIMENTO DELLA COMPETENZA EUROPEA IN MATERIA DI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

PREMESSA

L'Unione Europea si presenta come un fenomeno complesso e in sé unico; non si tratta né di un'Organizzazione internazionale classica né di uno Stato federale.¹

Si potrebbe, invece, descrivere come un' Organizzazione regionale *sui generis* all'interno della quale è stato raggiunto un livello di integrazione mai raggiunto prima, e dopo, la sua fondazione.²

L'Unione, come tutte le realtà dotate di una personalità giuridica, realizza la propria attività sia sul piano interno, con atti di diritto privato sia sul piano esterno, stringendo relazioni di natura prettamente pubblicistica con altre realtà della dimensione mondiale.

Il rapporto forza interna-relazioni esterne assume maggior importanza con l'insorgere ed il diffondersi del fenomeno della globalizzazione. L'annullamento di confini, spazi, forse d'identità, ha reso necessario una ristrutturazione delle dinamiche tra le potenze mondiali. Gli attori della scena internazionale si sono moltiplicati, per assumere un ruolo di guida bisogna avere una struttura ed una forza di ingerenza, di gran lunga superiore a quella dei propri vicini. Ma le relazioni internazionali, e la politica che ne è alla base, dipendono dalla stabilità economica del soggetto. Il mercato, il potere di acquisto e la ricchezza di materie prime sono i fattori da cui deriva il potere di un Paese e, di conseguenza, la sua possibilità di dettare le regole in una realtà esterna.

¹ ZILLER, *Diritto delle politiche e delle Istituzioni dell'Unione Europea*, Bologna, 2013, pp. 20-21.

² Questa è la posizione assunta dalla Corte di Giustizia sin dalle sue prime pronunce. *Ex pluribus*: CGE, C-26/62, *N.V. Algemene Transport en Exeditie Onderneming van Gen en Loos c. l'Amministrazione Olandese delle imposte (Van Gen en Loos)* (5 Febbraio 1963), [Racc. 3]; “[...] la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani [...]”, parte II. Sentenza del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Raccolta*, 1964, p.1129: “a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare [...] il trasferimento effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia”, p. 1144.

Principi fondamentali e regole vincolanti gli Stati membri hanno portato alla nascita e al funzionamento del mercato interno dell'Unione. A questo corrisponde, sul piano esterno, la politica commerciale comune.

Non si tratta più, solo, di una Comunità economica, costituita nel tempo attraverso la progressiva abolizione delle dogane e dei dazi di frontiera tra Stati membri – la c.d. integrazione negativa. Gli Stati membri, che dai sei originari sono divenuti ventotto con l'ingresso della Croazia nel luglio 2013, hanno vieppiù ceduto significative porzioni della propria sovranità nazionale. Ciò ha permesso all'Unione, e per essa alle sue Istituzioni, di procedere con una “integrazione positiva”, volta alla predisposizione di previsioni comuni e uniformi per tutti gli Stati membri.

Il diritto europeo, per le sue caratteristiche classiche del primato e della diretta applicabilità, si è quindi potuto “imporre” nelle relazioni tra gli Stati lasciando al loro diritto interno un'applicazione, se non altro per quelle materie di competenza europea esclusiva, perlopiù residuale.

I limiti di azione dell'Unione sono ben definiti e circoscritti a quelle materie alla medesima espressamente, o implicitamente, attribuite; in altre parole, sia sul piano interno sia su quello esterno l'attività dell'Unione deve essere giustificata, giustificabile, alla luce di precise basi giuridiche rinvenute nei Trattati Istituitivi, nella clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE³ ovvero nella giurisprudenza. Quest'ultima ha codificato – la prima volta con il Parere 1/94 – il principio del parallelismo tra poteri interni ed esterni: da esso deriva che all'Unione può esercitare poteri esterni – anche non riconosciuti – qualora ad essi corrispondano poteri interni.⁴

³ L'art. 352 TFUE dispone una procedura formale per l'ampliamento dei poteri dell'Unione qualora tali poteri, sebbene non espressamente attribuiti dal Trattato, risultino necessari per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione. L'operatività della clausola è sempre stata limitata dalla Corte di giustizia europea, sostenendo che la medesima trovasse applicazione solo nell'ipotesi in cui nessuna disposizione del Trattato conferiva alle Istituzioni, nemmeno implicitamente, i poteri necessari per adottare un atto. In questo senso, si rinvia alla sentenza del 12 luglio 1973, in causa 8/73, *Hauptzoolmat c. Massey-Ferguson*, in *Raccolta*, 1973, p. 00897.

⁴ Parere del 15 novembre 1994, in causa 1/94, *Parere sulla competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 1994, p. I-5267. Si rinvia anche al parere del 28 marzo 1996, causa 2/94, *Parere sull'adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1759; sentenza del 5 novembre 2002, in causa 466/98, *Commissione c. Regno Unito (Open Skies)*, in *Raccolta*, 2002, p. I-09427. *Contra*, vi è chi sostiene un parallelismo meno rigido, nel senso che: “*is it clear that the scope of the common commercial policy has evolved to reflect specifically external policy requirements, notably within the WTO; it does not simply present the external dimension of the internal market*”. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union*, in CRAIG, DE BÚRCA (a cura di), *The evolution of EU Law*, 2^a ed., Oxford, 2011, p. 229.

Parallelamente alla costante riformulazione dei Trattati Istitutivi vi è stato il progressivo accrescimento delle competenze attribuite espressamente all'Unione. Alcune furono riconosciute già ai tempi della sottoscrizione del Trattato di Roma al fine di permettere il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 dell'allora TCE, quindi di: *“promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche”*. Per altre, invece, è stato necessario attendere le successive riformulazioni dei Trattati Istitutivi, come è accaduto per il riconoscimento di una competenza concorrente, in materia ambientali ovvero esclusiva per il settore dei servizi aerei. Di altre ancora, poi, è ragionevole ipotizzare che rimarranno sempre – o almeno per ancora lungo tempo – nella sovranità degli Stati membri. Si tratta di quelle materie che regolano settori piuttosto sensibili, quale è la sanità, la cultura, la politica economica, che gli Stati, per ragioni perlopiù politiche, sono restii a cedere. In tali settori, l'Unione esercita una competenza concorrente – nei limiti di quanto espresso al Protocollo II allegato ai Trattati Istitutivi⁵ – ovvero solo di sostegno, come sancito all'art. 6 TFUE.

L'intento di questa prima parte dello studio è di isolare il complesso fenomeno degli investimenti esteri diretti (“IED”) la cui disciplina, a livello europeo, è destinata a mutare dopo che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tale materia è rientrata tra le competenze esclusive dell'Unione.⁶

Il fenomeno interessa poiché a partire dagli anni '90 del secolo scorso, in un clima più disteso nelle relazioni internazionali, gli investimenti esteri diretti hanno cominciato ad essere considerati la prima forma di cooperazione industriale transnazionale, come *alter-ego* complementare, piuttosto che come alternativa al commercio.⁷

Il settore degli investimenti è sempre stato oggetto della competenza esclusiva degli Stati nazionali, gli unici responsabili della definizione di autonome politiche di confine, quindi di maggiore o minore apertura dei flussi di investimento, nonché di protezione dell'operazione. Solo in casi eccezionali, il potere di regolare la materia è

⁵ Il Protocollo II allegato ai Trattati Istitutivi – e in quanto tale avente lo stesso rango – è dedicato espressamente all'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che sono i principi nel rispetto dei quali l'Unione esercita le competenze ad essa attribuitele.

⁶ Gli investimenti esteri diretti sono stati inseriti nell'art. 207 TFUE relativo alla politica commerciale comune a sua volta ricompresa, a norma dell'art. 3.2 TFUE tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione.

⁷ Si rinvia all'analisi di GRAHAM, *Investment and the new multilateral trade Context*, OECD, *Market access after Uruguay Round*, in Sauvé, Zampetti (eds.), *Market Access after the Uruguay Round: Investment, Competition and Technology Perspectives*, Parigi, 1996, pp. 35-62.

stato riconosciuto in capo a Organizzazioni economiche regionali, all'uopo predisposte. È il caso, ad esempio, del *North America Free Trade Agreement* (“NAFTA”) e dell'*Association of South-east Asian Nations* (“ASEAN”), la cui estensione territoriale copre le parti, rispettivamente, occidentale ed orientale del mondo.

A livello europeo, invece, si è dovuto attendere l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona perché all'Unione venisse riconosciuta la competenza esclusiva in materia di investimenti esteri diretti. Prima di allora, nonostante le istanze sollevate dalla Commissione già ai tempi della riformulazione dei Trattati di Maastricht e di Nizza, la competenza in materia di IED è sempre stata esercitata dagli Stati membri.⁸ Ciò ha contribuito ad uno sviluppo della materia alquanto disorganico ed è stato all'origine di conseguenze distorsive anche per il mercato interno europeo. Tali aspetti saranno oggetto del primo capitolo.

Con il riconoscimento della competenza, invece, l'Unione potrà procedere alla definizione di un quadro normativo uniforme in materia di investimenti esteri diretti, allineando le politiche di tutti i ventotto Stati membri e così presentarsi come *partner* internazionale appetibile sulla sfera internazionale.

Questa prima parte è dedicata all'esame degli aspetti sostanziali che discendono dal passaggio di competenze dagli SM all'Unione in materia di IED.

Il tema è unico, ma i punti di interesse sono molteplici.

Segnatamente, si tratta in primo luogo di capire i confini della nuova competenza. Al riguardo, la lettera del Trattato che attribuisce i nuovi poteri all'Unione è stata oggetto di molteplici, e tra loro contrastanti, approcci interpretativi. La Corte Europea di Giustizia non ha ancora avuto occasione di dare alla norma – si tratta dell'art. 207 TFUE – un'interpretazione autentica.

In assenza di una posizione comune, i confini della nuova competenza sono individuabili solo adottando il metodo interpretativo teleologico-sistematico, volto a dare alla norma un'interpretazione conforme alle altre previsioni dei Trattati Istitutivi.⁹ Ciò, al fine di inquadrare la materia in un modo che sia organico e coerente alle altre

⁸ Per un'analisi sull'evoluzione della competenza in materia di movimento di capitali – quindi anche di investimenti – e di definizione di politiche di accesso, si rinvia a: TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 7^a ed., Padova, 2012, pp. 572-575; DANIELE, *Diritto del mercato europeo*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 217-227.

⁹ Il concetto dell'effetto utile è stato adottato dalla CGE prima ancora di sviluppare le dottrine sul primato e sull'effetto diretto. Nel diritto dell'Unione tale principio è volto a dare piena efficacia agli obiettivi dei Trattati e del diritto derivato. In buona sostanza, dal principio dell'effetto utile deriva che le norme dei Trattati e dei atti di diritto derivato, devono essere interpretate così da riconoscere loro un significato/campo di applicazione conforme alle previsioni dei Trattati medesimi e dei principi dell'Unione.

disposizioni dei Trattati Istitutivi. Più nello specifico, attraverso tale interpretazione si vuole creare un parallelismo tra la competenza dell'Unione in materia commerciale e di investimenti.

Assunta la posizione circa l'interpretazione della norma – oggetto del II Capitolo – viene seguita, adottando un metodo empirico, l'evoluzione del quadro normativo in materia di IED.

Infatti, sin dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione ha iniziato quel processo che dovrebbe concludersi con la definizione di una politica europea in materia di investimenti.

Da un lato, ha predisposto il Regolamento n. 1219/2012, che istituisce un quadro giuridico transitorio all'interno del quale sussumere i BITs extra-UE – quelli sottoscritti da SM e Paesi terzi – e così garantirne il mantenimento in vigore. Il fine ultimo è quello di arrivare presto alla loro sostituzione con accordi UE.

Così operando, l'Unione sta procedendo analogamente a quanto già aveva fatto in occasione del conferimento in capo alla medesima di competenze in altre materie.

Si ricorda, ad esempio, che in materia di prestazione di servizi aerei, l'Unione definì un Regolamento volto, appunto, a instaurare un regime transitorio per gli accordi sino allora sottoscritti autonomamente dagli SM con Paesi terzi.

Allora come oggi, l'*iter* procedurale seguito dall'Unione pare essere il medesimo: il passaggio di competenze da SM a Unione deve avvenire in modo graduale e ciò anche, e forse soprattutto, per garantire i *partner* commerciali provenienti dai Paesi terzi e già vincolati da relazioni con SM. Pertanto, prima si procede alla definizione di un regime transitorio all'interno del quale sussumere gli accordi stipulati dagli SM – eventualmente anche emendando le previsioni che risultino in contrasto con il diritto UE – dopodiché l'Unione si attiva per la negoziazione di nuovi accordi con i medesimi *partner*, destinati a sostituirsi ai precedenti.

Tale soluzione appare idonea a preservare gli equilibri di un sistema regionale integrato, qual è quello europeo. Invero, l'esercizio effettivo di una competenza a livello sovranazionale non può essere immediato; alla riformulazione letterale dei Trattati Istitutivi deve fare seguito una modifica degli assetti interni del sistema europeo che richiederà, inevitabilmente, qualche tempo.

Nel caso specifico degli investimenti, il tempo che è stato necessario all'Unione per iniziare a definire una politica autonoma non è stato molto, tutt'altro.

Al riguardo si osserva che, parallelamente alla negoziazione del Regolamento predetto, l'UE ha aperto le trattative con alcuni *partner* stranieri per addivenire alla conclusione di accordi commerciali che contengano previsioni in materia di investimento ovvero, com'è il caso della Cina, di *Stand-alone Agreements* con un ambito di applicazione *ratione materiae* limitato ai soli investimenti.

La stipulazione dei primi accordi è prevista per il primo semestre del 2014.

L'analisi dei contenuti – condotta nel III capitolo – sconta il limite della scarsa pubblicità dei documenti ufficiali. Pertanto, aldilà delle poche notizie pubblicate in via officiosa, per lo più su siti di contestazione alle politiche europee – come tali certo di parte – lo studio non è potuto andare.

I dati recuperati permettono, tuttavia, di meglio delineare l'estensione della nuova competenza europea in materia di investimenti, in parte confermando la posizione di cui si è detto precedentemente: in tutti i mandati a negoziare adottati dal Consiglio, sono contenute clausole inerenti anche alla tutela dell'investimento. Da ciò si evince che l'UE ha interpretato la nuova competenza come estesa ad entrambe le fasi dell'operazione di investimento: quella pre e post stabilimento.

Tale posizione pare conforme alle conclusioni che si sarebbero raggiunte sulla sola base di un'interpretazione teleologico-sistematica del dettato normativo. Peraltro, così procedendo si evitano le conseguenze distorsive che potrebbero derivare se agli SM fosse lasciato il potere di regolare la fase post, limitando così il potere dell'Unione alle sole politiche di accesso.

È finita l'epoca dei particolarismi in materia di investimenti esteri diretti; sconfitta dalle sempre più pressanti forze economiche rappresentate dalle Organizzazioni economiche regionali, l'autonomia nazionale cede sovranità, anche a livello europeo, all'organo centrale. Gli inconvenienti legati ai particolarismi nazionali, che derivano perlopiù da una sfaccettatura eccessiva della materia, saranno quindi superati grazie al conferimento in capo all'Unione della competenza in materia di investimenti esteri diretti.¹⁰

¹⁰ Si osserva che anche in altri settori del diritto vi è stata – e permane – la tendenza a predisporre un sistema normativo sovra-statale. Più nello specifico, ci si riferisce al diritto internazionale privato la cui normativa tende ad essere racchiusa – nei limiti accettati dagli Stati – in Convenzioni di diritto materiale uniforme. È il caso, ad esempio, della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni. Del pari, si evidenzia che a livello europeo, l'Unione esercita una sempre più florida attività volta alla predisposizione di Regolamenti che contengono norme di conflitto uniformi per tutti gli SM. Tra i tanti, si ricordano solo il Reg. 44/2001, Regolamento Bruxelles I sulla competenza, riconoscimento, esecuzione delle decisioni in materia commerciale (che sarà sostituito dal Reg. 1215/2012 a partire dal 10 gennaio 2015), il Reg. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Tale attività è possibile grazie al riconoscimento della competenza dell'Unione per la definizione di uno spazio di

Da qui deriva una considerazione più generale. Là dove gli Stati e, del pari, la Comunità internazionale hanno fallito nel predisporre sistemi di tutela degli investitori uniformi, si inserisce la dimensione regionale che pare, per la materia, l'unica in grado di predisporre un quadro giuridico sovranazionale adeguato.

Preso atto di ciò, si assume che il livello regionale sia, a oggi, l'unico in grado di predisporre sistemi normativi in grado di bilanciare gli interessi contrapposti in materia di IED. Segnatamente, si tratta da un lato della tutela dell'investimento e dall'altro, del diritto dello Stato ospite di esercitare la propria sovranità introducendo, se necessario, misure normative idonee a tutelare interessi fondamentali.

Spesso una sola voce può essere più incisiva e penetrante di un coro disarmonico o non sempre ben integrato.¹¹ La riformulazione dei rapporti sulla scena internazionale, impone di ricostruirli passando dalla relazione Stato-Stato a quella Regione-Regione. I sistemi integrati di Stati sono, infatti, quelli che meglio riescono ad imporsi, definendo le sorti dell'intera comunità internazionale.

A livello europeo, l'unificazione normativa è premessa necessaria e inevitabile per garantire l'armonia delle relazioni nei rapporti sia intra sia extra Unione. Questa permette che le norme definite a livello europeo vengano applicate nello stesso modo da tutti gli Stati membri. Ecco quindi che la scelta di sussumere la regolamentazione di tutte le fasi degli investimenti all'interno di una cornice normativa sovranazionale appare inevitabile per raggiungere il fine ultimo, sotteso al passaggio di competenze.

In buona sostanza, solo attraverso la predisposizione di politiche uniformi in materia d'investimenti è possibile addivenire alla creazione di un clima sereno, economicamente stabile e sufficientemente garantito, all'interno del quale accogliere gli investitori stranieri.¹² Invero, costoro sono perlopiù attratti dalla possibilità di accedere al territorio europeo poiché, una volta ivi stabiliti, possono beneficiare delle libertà

libertà, sicurezza e giustizia, che è stato inserito dal Trattato di Lisbona tra gli obiettivi generali dell'UE all'art. 3.3 TFUE e la cui disciplina specifica è contenuta all'art. 67 TFUE.

¹¹ Per una completa presentazione del Regionalismo, inteso come fenomeno di integrazione tra Stati altro, rispetto al multilateralismo, si rinvia: PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione del commercio*, Padova, 2002, pp. 499-540; BERGÉ, FORTEAU, *Interactions du droit international européenne, Contribution de l'Union Européenne au développement du droit international général. Combinaison et hiérarchisation du droit national européenne*, in *Journal du droit international*, in CLUNET, n. 3, chron. 4, 2010; WARLEIGH-LACK, ROBISON E ROSAMOND, *New regionalism and the European Union, Dialogue, comparisons and new research directions*, in Routledge/ECPR Studies in European Political Science, 2011.

¹² Il Quadri, in relazione alla predisposizione di una normativa materiale uniforme nel diritto internazionale privato osservava che: "in ogni modo, nessuna Comunità statale ha mai potuto sottrarsi all'esigenza indicata [uniformizzazione del diritto materiale] la quale potrebbe venire meno solo nel caso manifestamente antistorico di adozione da parte di tutti gli Stati di norme di egual contenuto". QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, quinta edizione, Napoli, 1969, p. 64.

fondamentali del mercato interno: movimento di persone, merci, capitali e servizi.¹³ Del pari, e di conseguenza, l'Unione può ottenere che i propri investitori, operando in uno Stato membro di un'Organizzazione regionale, fruiscono delle garanzie da quest'ultimo offerte all'interno del proprio territorio.¹⁴

L'UE, forte della nuova competenza, si pone quindi sullo stesso piano degli Stati Uniti d'America, dei membri dell'ASEAN nonché di altre potenze economiche quale è la Cina. I benefici sono immediati, posto che un operatore economico gode di più garanzie e di maggiore forza contrattuale se si presenta in un territorio straniero quale società europea e non nazionale, di uno SM.

In definitiva, l'Unione dispone ora di tutti gli strumenti per garantire l'unificazione normativa in materia di IED.

Gli interventi sino ad oggi eseguiti risultano incisivi, anche se non ancora sufficienti – ma ciò è inevitabile posto che l'esercizio della nuova competenza ha avuto inizio solo nel 2009 – per la definizione di una politica europea in materia di investimenti. Gli strumenti adottati o *adottandi*, nella specie il Regolamento n. 1219/2012 e i futuri accordi, sono dotati della forza necessaria per arrivare all'effettiva implementazione del dettato normativo di cui al Trattato di Lisbona.

Di conseguenza, dovremo attenderci una nuova riflessione scientifica, sganciata dai particolarismi sino ad oggi esistenti tra gli SM e focalizzata sul nuovo fenomeno, che ha una dimensione tutta europea.

L'ordinamento europeo, infatti, presenta caratteri peculiari, quali un sistema giurisdizionale autonomo e un assetto delle norme di tipo gerarchico che, come tale, implica una maggior ingerenza nei sistemi nazionali. Il principio del primato e dell'effetto diretto non esistono nella dimensione internazionale sicché si suppone che, riconosciuta la competenza europea in materia di IED, quest'ultima ha tutti gli strumenti per definire un quadro normativo direttamente applicabile e vincolante per tutti gli Stati membri.¹⁵

¹³ Al riguardo, si rinvia a: DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo, cittadinanza-libertà di circolazione-concorrenza-aiuti di Stato*, cit..

¹⁴ Le negoziazioni di un *Transatlantic trade and investment partnership* (TTIP) tra UE e USA sono volte anche ad ottenere che gli investitori europei che entrano nel territorio USA possano fruire delle previsioni del regime di libero scambio instaurato tra i Paesi NAFTA di cui gli USA sono, appunto, parte. cfr. <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>.

¹⁵ Il principio del primato è stato richiamato a livello del diritto primario, con la Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona. Tale strumento, non vincolante, è comunque fondamentale per chiarire che, sebbene il principio non sia richiamato nei Trattati Istitutivi, esso è insito nella natura dell'UE. Secondo la Dichiarazione: “*La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia*

Alla luce di tutto ciò, non si può neppure escludere, aprioristicamente, che vi sia presto, per la materia degli investimenti, una penetrazione normativa fra sistemi regionali volta ad allineare le previsioni in tutti presenti.

Si tratta, in questo caso, di un'ipotesi che ad oggi trova timide conferme nell'indirizzo preso dall'Unione e non avulsa dal contesto giuridico, politico ed economico che governa le relazioni all'interno della Comunità internazionale.

In buona sostanza, preso atto dei fallimenti che si sono succeduti a livello internazionale per arrivare alla definizione di un quadro normativo accettato da tutti i membri della Comunità, si riconosce ora, a livello regionale, la possibilità di uniformare, all'interno di specifiche regioni, le previsioni in materia di investimenti.

L'Unione, grazie alla nuova competenza acquisita, si inserisce nel nuovo assetto delle dinamiche internazionali-regionali e può partecipare, unitamente alle altre realtà sovranazionali, alla predisposizione di un quadro giuridico che sia uniforme tra gli SM e, al contempo, analogo a quello definito negli altri sistemi.

L'omogeneità delle previsioni normative non può che favorire l'aumento dei flussi d'investimenti a beneficio, inevitabilmente, delle economie nazionali e sovranazionali.

Si tratta di riflessioni che, a oggi, devono essere condotte adottando una prospettiva *de lege ferenda*. Trattandosi di una materia ancora in divenire non può, infatti, essere accolto un approccio empirico; mancano i dati e la giurisprudenza è scarsa se non, per certi aspetti, del tutto assente.

Tuttavia, procedendo per analogia e adottando una prospettiva di sistema, interno ed esterno all'Unione, sarà possibile raggiungere qualche conclusione, che abbiamo cercato nelle pagine che seguiranno.

dell'Unione Europea, i Trattati ed il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli SM alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza?

CAPITOLO I

LA POLITICA COMMERCIALE COMUNE E GLI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI.

SOMMARIO: -1. I motivi per il riconoscimento della competenza dell'Unione Europea in materia d'investimenti esteri diretti -2. Segue: la politica commerciale comune nei trattati di Maastricht e di Nizza -3. Il quadro normativo europeo in materia d'investimenti esteri diretti; l'assenza di coordinamento tra gli accordi dell'Unione e i BITs sottoscritti dagli Stati membri. -4. Segue: le conseguenze distorsive della suddivisione di competenze tra UE e Stati membri in materia di IED.

1. I MOTIVI PER IL RICONOSCIMENTO DELLA COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI.

Il Trattato di Lisbona (“**TFUE**”) ha esteso i confini della politica commerciale comune (“**PCC**”) attribuendo all'Unione la competenza esclusiva a concludere accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e gli investimenti esteri diretti.¹⁶

Per quanto riguarda quest'ultimo settore, si tratta di un riconoscimento di particolare rilievo, poiché segna la fine del percorso intrapreso dalle Istituzioni europee già ai tempi della negoziazione dei Trattati di Maastricht e di Nizza e volto ad ottenere il trasferimento della competenza in capo all'Unione in materia di IED.¹⁷

L'Unione deve ora definire le basi di una politica europea sugli investimenti, racchiudendola in una cornice legislativa uniforme, che rifletta le politiche sino ad oggi condotte dagli Stati membri (**SM**) nonché quelle intraprese in altre Organizzazioni economiche regionali. Lo scopo è quello di definire un regime europeo di protezione degli investimenti eguale, se non superiore, a quello attualmente garantito, favorendo al contempo la liberalizzazione degli scambi d'investimento, nonché la tutela dei valori non economici.

Per comprendere le conseguenze che discendono dal trasferimento di competenze in materia di investimenti esteri diretti è necessario preliminarmente indagare sui motivi, di natura politica ed economica, che ne stanno all'origine. Infatti, solo adottando una prospettiva generale, di sistema, si pongono le basi per inquadrare gli effetti sostanziali e processuali che derivano dal passaggio di competenza summenzionato.

¹⁶ UNIONE EUROPEA, Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea entrato in vigore il 1 dicembre 2009, [C.115/47].

¹⁷ Cfr. *infra.*, stessa sez., par. 2.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea si è dotata di una personalità giuridica (art. 47 TUE et 335 TFUE);¹⁸ tale attribuzione implica il riconoscimento in capo alla medesima della capacità di concludere e negoziare accordi internazionali nel rispetto delle sue competenze esterne, di diventare membro di un'Organizzazione internazionale e di aderire alle convenzioni internazionali, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU").¹⁹

Il riconoscimento codifica l'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia europea ("CGE"), che è sempre stata costante nell'affermare che gli accordi internazionali sono fonti interne del diritto europeo, avendo in alcuni casi anche effetto diretto.²⁰

L'Unione gestisce all'interno i rapporti con gli Stati membri e all'esterno con i Paesi terzi, agendo in entrambi i casi solo nei limiti delle competenze che le sono attribuite, o che vengono fatte derivare, dai Trattati Istitutivi. La competenza è esclusiva ovvero concorrente, esplicita o implicita; quest'ultima può essere successiva ovvero preventiva.

Si tratta di competenza successiva quando l'Unione ha già adottato misure interne e quindi agisce sul piano esterno conducendo una politica conforme alle prime.²¹ È viceversa preventiva, quando la competenza interna riconosciuta in capo

¹⁸ TUE, art. 47: "L'Unione ha personalità giuridica"; TFUE, art. 335: "In ciascuno degli Stati membri l'Unione ha la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche delle legislazioni nazionali [...]".

¹⁹ Come osservato da autorevole dottrina: "non sarebbe peraltro né utile né opportuno indugiare con un approccio astratto sulla natura e la portata della personalità giuridica dell'Unione. Il conferimento della personalità giuridica nel caso dell'Unione, infatti, molto semplicemente non può non comportare la possibilità di condurre un'attività di rilevanza esterna e, di conseguenza, anche di concludere degli accordi internazionali". TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 75.

²⁰ "Within the Community law, direct effect has been seen in part as an issue of effective enforcement of rules and in part as an example of constitutionalization of EC law [...] giving direct effect to an international agreement deprives member states (and national courts) of discretion as to how to implement the obligation articulated in art. 300(7)". CREMONA, *EC external Commercial policy after Amsterdam*, in WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA, Towards a common Law of international trade?*, 2001. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sulla competenza esterna dell'Unione si rinvia alle seguenti pronunce: sentenza del 12 dicembre 1972 in cause riunite 21/72, 22/72, 23/72, 24/72, *International Fruit Company NV e a. Produktschap voor Groenten and Fruit*, in *Raccolta*, 1972, p. 1219, punti 14-16; sentenza del 30 aprile 1974, in causa 181/73, *Ré v Haegeman c. Belgio*, sentenza, in *Raccolta*, 1974, p. I-449, punti 3-5; sentenza del 26 ottobre 1982, in causa 104/81, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie. KG a. A.*, in *Raccolta*, 1982, I-3641, punto 13; parere del 14 dicembre 1991, in causa 1/91, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, in *Raccolta*, 1991, p. I-6079, punto 3; sentenza del 10 settembre 1996, in causa 61/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1994, p. I-3989; sentenza del 23 novembre 1999, in causa 149/96, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, p. I-8395, punti. 42-49.

²¹ Sentenza del 31 marzo 1971, in causa 22/70, *Commissione c. Consiglio* (AETS), in *Raccolta*, 1970, p. 263. *Contra*, parte della dottrina sostiene un parallelismo meno rigido, nel senso che "is it clear that the scope of the common commercial policy has evolved to reflect specifically external policy requirements, notably within the WTO; it does not simply present the external dimension of the internal market?". CREMONA, *External relations and external*

all'Unione è attivata in occasione, o dopo, la sottoscrizione di un accordo internazionale.²² In questo secondo caso, l'Unione può stringere relazioni esterne, solo se dimostra che la conclusione dell'accordo è indispensabile per la realizzazione di uno degli obiettivi dell'Unione, che non potrebbero essere raggiunti senza l'intervento della medesima.²³

Dalle origini dell'Unione vi è stata la tendenza, legittimata da riformulazioni dei Trattati istitutivi nonché da numerosi arresti giurisprudenziali, a estendere i confini della competenza esterna dell'Unione, riconoscendo in capo alla medesima anche poteri impliciti.²⁴ La sfera di operatività dell'articolo sulla politica commerciale comune è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di giustizia europea che, chiamata ad interpretare i confini della medesima, si è spesso pronunciata estendendoli.²⁵

Peraltro, l'espansione del commercio internazionale ha reso gradualmente la politica commerciale comune una delle politiche europee più importanti. Parallelamente, la costante estensione dei confini dell'Unione e il consolidamento del mercato interno hanno rafforzato la posizione dell'UE, in quanto polo d'attrazione e d'influenza nei negoziati commerciali condotti sia a livello bilaterale con Paesi terzi sia a livello multilaterale, nell'ambito, *inter alia*, dell'Organizzazione mondiale del Commercio ("OMC"). L'estensione della politica commerciale comune europea, da sempre oggetto

competence of the European Union, in CRAIG, DE BÚRCA (eds.), *The evolution of EU Law*, 2ª ed., Oxford, 2011, p. 229.

²² Parere del 26 aprile 1977, in casua 1/76, *Sull'Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, in *Raccolta*, 1977, p. 471.

²³ *ibid*, punti 3-5; Parere del 19 marzo 1983, in causa 2/91, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, in *Raccolta*, 1993, p. I-01061, punti 9-11; sentenza del 5 novembre 2002, in causa 471/98, *Commissione c. Belgio (Open Skies)*, in *Raccolta*, 1994, p. I-09681; parere del 15 novembre 1994, in causa 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, cit., punti 94-95; parere del 24 marzo 1995, in causa 2/92, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale*, in *Raccolta* 1995, p. I-521, punto 33; sentenza del 5 novembre 2002, in causa 467/98, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2002, p. I-9519; parere del 26 novembre 2006, in causa 1/03, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Raccolta*, 2006, p. I-1145.

²⁴ Per un'analisi sulle relazioni esterne dell'Unione si rinvia a *ex multis*: CREMONA, *The Impact of Enlargement: External Policy and External Relations*, in CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003; CREMONA, *Developments in EU external relations*, Collected Courses of the Academy of European Law, Firenze, 2008; EEECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford, 2011; DASCHWOOD, MARESCEAU (a cura di), *Law and Practice of EU external relations*, Cambridge, 2012; KOUTRAKOS, *External relations*, in *International and comparative law quarterly*, n. 59, 2010, pp. 481-489; VAN ELSUWEGE, *The EU external Action after the collapse of the pillar structure, in search of a new balance between delimitation and consistency*, in *Common Market Law review*, n. 47, 2010, pp. 987-1019.

²⁵ *Supra*, nota 20.

di competenza esclusiva dell'Unione, diviene quindi sempre più una necessità per garantirle un ruolo primario nelle relazioni con gli altri attori internazionali.

Il processo di estensione della competenza esterna dell'Unione ha coinvolto anche gli investimenti esteri diretti, settore che ha sempre rivestito una notevole importanza strategica nelle relazioni economiche tra gli Stati e tra Organizzazioni economiche regionali.

I flussi in entrata e in uscita degli IED sono infatti validi indicatori economici, politici e sociali di una realtà territoriale: esprimono l'andamento dell'economia mondiale, rispecchiando i rapporti tra i Paesi, e favoriscono le interazioni tra economie, non sempre allo stesso livello di sviluppo. La crescita dei flussi di IED – rilevante negli ultimi decenni, salvo il biennio 2008-2009 – ha coinvolto tutto il sistema economico internazionale ed è stata fortemente incoraggiata dai cambiamenti avvenuti recentemente sulla scena economica, in particolare dal fenomeno della 'globalizzazione'.²⁶

Posto ciò, l'inserimento degli IED nella politica commerciale comune, quindi nella rosa dei poteri esclusivi dell'Unione di cui all'art.3.2 TFUE, si giustifica proprio alla luce del fatto che i flussi di investimento, in uscita come in entrata, rappresentano una voce importante nelle politiche economiche di uno Stato che, per garantirli, deve essere in grado di predisporre un quadro normativo ben definito. Inevitabilmente, nei sistemi regionali integrati tale risultato può essere ottenuto solo attraverso l'adozione di una normativa uniforme, vincolante per tutti i membri.

D'altra parte, l'assenza di una competenza esclusiva dell'Unione in materia d'investimenti ha sino ad ora avuto effetti per lo più negativi, sia per il mercato interno europeo sia per le relazioni esterne.²⁷

Da una prospettiva interna, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la competenza in materia d'investimenti stranieri è stata suddivisa tra Unione e Stati membri e questi ultimi hanno mantenuto il potere di definire, per la materia, autonome politiche di accesso e di primo stabilimento.²⁸

²⁶ HUNTINGTON: "nel 1910 il mondo era oramai un'entità politica ed economica coesa mai come prima nella storia dell'uomo. La percentuale del commercio internazionale sul prodotto mondiale lordo giunse a dei livelli inusitati e mai eguagliati fino agli anni Settanta ed Ottanta. La percentuale degli investimenti internazionali rispetto agli investimenti totali toccò un livello superiore rispetto a quello di qualsiasi altra epoca". HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon&Shuster, 1996, p. 62.

²⁷ *Infra*. Parte I, cap. I, par. 3 e 4.

²⁸ Ogni Stato ha la libertà assoluta di definire le condizioni in presenza delle quali ammettere l'ingresso di capitali stranieri così massimizzando, attraverso le più diverse forme di controllo, il contributo dell'investimento straniero per il raggiungimento dei propri obiettivi ed interessi economici. Di prassi,

La definizione dei regimi di ammissione degli investimenti stranieri rientra tra i poteri sovrani degli Stati i quali – indipendentemente dal loro livello di sviluppo – hanno la libertà assoluta di decidere riguardo all’accesso degli stranieri sul proprio territorio. In assenza di obblighi internazionali ovvero regionali, lo Stato può quindi negare o ammettere l’ingresso di operatori stranieri e dei loro investimenti, subordinandolo a condizioni più o meno restrittive, a seconda delle proprie necessità politico-economiche.²⁹

Nel sistema europeo alcuni Stati, quale la Gran Bretagna, hanno adottato politiche di apertura altri invece, tra cui l’Austria, hanno condotto politiche protezionistiche chiudendo i propri mercati all’ingresso di capitali stranieri.³⁰ Gli Stati membri hanno così potuto sviluppare, secondo il livello del proprio mercato e delle politiche economiche condotte, sistemi di minore o maggiore apertura dei propri confini, incoraggiando, in questo secondo caso, gli investimenti di operatori di Paesi terzi.³¹

Le differenti politiche di “confine” condotte in seno all’Unione sono state però all’origine della distorsione e del malfunzionamento del mercato interno in relazione alla

nessuna legge prevede la libertà assoluta di accesso degli investimenti stranieri; al contrario, tutte le leggi confermano la libertà degli Stati di decidere circa l’ingresso dei capitali sul proprio territorio.

²⁹ Per parte della dottrina: “*nell’ordinamento internazionale non risulta, per unanime e giustificato consenso della dottrina, che si siano mai formate, o che esistano attualmente, delle norme generali che vincolino gli Stati a determinati comportamenti, per quanto concerne la disciplina della circolazione internazionale dei capitali. Gli Stati mantengono perciò la più piena libertà circa la scelta del regime economico e normativo cui sottoporre sia l’“esportazione” dei capitali nazionali, sia l’“accesso” al proprio interno di capitali provenienti dall’estero. Gli unici vincoli sono di carattere convenzionale.*” PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri?*, in PICONE, SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell’economia*, Milano, 1994, p. 72. *Contra*: “*Recognition that the general admission of aliens is subject to international legal constraints should encourage states, in their mutual interest, to begin to formulate specific obligations of general admission. At present, the clearest formulation which would need to be refined, is that a State has a qualified duty to admit aliens when they pose no serious danger to its public safety, security, general welfare or essential institutions.*” NAFZIGER, *The general Admission of aliens under International Law*, in *The American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 804-8467.

³⁰ Tutti gli Stati membri hanno sottoscritto il Codice OCSE sulla liberalizzazione del movimento di capitali e pagamenti, preso a modello per la predisposizione di BIT con Paesi terzi; gli Stati membri che hanno perseguito politiche protezionistiche hanno posto molte riserve alla concessione del trattamento nazionale, prevista nel Codice medesimo, così indirizzando gli operatori stranieri alla ricerca di altri mercati più appetibili, che hanno potuto essere anche quelli di altri Stati membri. <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/codes.htm>

³¹ Gli Stati membri hanno condotto autonome politiche nel rispetto degli obblighi discendenti dal sistema OMC. In altre parole, ciascuno Stato membro dell’Organizzazione mondiale del commercio ha dovuto formalizzare le proprie politiche in seno all’OMC con la pratica delle *schedule of specific commitments*. Attraverso le predette *schedule*, conformemente all’impianto generale del GATS, ciascuno Stato ha indicato i settori dei servizi, e quindi anche degli investimenti che implicano stabilimento, cui sarebbero state applicate le clausole della nazione più favorita nonché del trattamento nazionale. Per un quadro completo sulle politiche perseguite dagli Stati membri, anche in relazione agli impegni GATS, si rinvia a: COMMISSIONE EUROPEA, *The EU economy: 2003 review*, in *European Economy n.6/2003*, Brussels, 2004, pp. 271 e ss.

costituzione ovvero al mantenimento di una presenza commerciale straniera all'interno dell'Unione; l'adozione di politiche di apertura ovvero chiusura ha favorito infatti il fenomeno dello *State's shopping*, che in un sistema integrato qual è quello europeo ha alterato le relazioni tra gli Stati membri.³² L'operatore straniero ha infatti potuto accedere al territorio dello Stato membro con politiche di apertura verso capitali stranieri e, dopo avervi costituito una società, fruire delle libertà del mercato interno europeo aprendo succursali – diritto di secondo stabilimento – anche nei territori degli Stati membri chiusi al capitale straniero.³³

Il fenomeno dello *States' shopping* ha quindi permesso agli operatori stranieri di aggirare le preclusioni all'ingresso poste dagli Stati che adottano politiche di chiusura verso i capitali stranieri, accedendovi in un secondo momento, per via del secondo stabilimento.

Per quanto riguarda le relazioni esterne, l'Unione ha perso quote di mercato nelle economie di altri attori internazionali, Stati Uniti d'America, Cina e Giappone, che hanno perseguito politiche di apertura e di liberalizzazione dello scambio di servizi e capitali. Ciò è accaduto anche, e soprattutto, perché l'Unione era rimasta priva del potere di garantire ai *partner* stranieri il libero accesso ai confini europei e a sua volta di pretenderlo per i propri investitori.

I rapporti con gli importanti mercati stranieri sono stati per lo più gestiti dai singoli SM, che però hanno potuto contare su un potere di trattativa alquanto ridotto, ponendo così gli investitori europei in una posizione di svantaggio rispetto a quella di cui hanno fruito gli operatori di altre realtà economiche più stabili e integrate, quale quella dei Paesi NAFTA, di Cina e Giappone.

³² Sul punto, EECKHOUT, *External relations of the European Union, Legal and Constitutional foundations*, Oxford, 2004, pp. 30 ss; parere del 15 novembre 1994, in causa 1/94, cit., punto 78: “*The Commission asserted at the hearing that the Member States' continuing freedom to conduct an external policy based on bilateral agreements with non-member countries will inevitably lead to distortions in the flow of services and will progressively undermine the internal market. Thus, it argued, travellers will choose to fly from airports in Member States which have concluded an 'open skies' type of bilateral agreement with a non-member country and its airline, enabling them to offer the best quality/price ratio for transport. The Commission further claimed that as a result of the existence of an agreement between Germany and Poland exempting German road haulage operators from having to pay any transit tax, whereas the corresponding agreement between Poland and the Netherlands imposed a tax of DM 650 on Netherlands hauliers, distortion had arisen in competition between Netherlands hauliers and German hauliers in relation to traffic bound for Russia, Byelorussia and the Baltic countries?*”.

³³ Per diritto di stabilimento, di cui all'art. 49 TFUE, si intende l'installazione professionale e durevole in uno Stato membro per ivi esercitarvi un'attività non salarita, sia essa indipendente o di costituzione e gestione di un'impresa. Più nello specifico, lo stabilimento primario si basa sul diritto di accesso che deve essere riconosciuto per la costituzione e la gestione di imprese e società a condizioni uniformi a quelle concesse ai cittadini dello Stato ospitante. Lo stabilimento secondario, invece, rende possibile per il soggetto operante sul territorio di uno Stato membro di realizzare, in un altro Stato membro, un centro di attività aprendo pertanto, filiali, agenzie, succursali.

Per assumere nuovamente un ruolo da attore principale, incrementando i flussi d'investimento in entrata e in uscita, l'Unione deve quindi presentarsi ai potenziali *partner* commerciali con un quadro normativo per gli investimenti integrato e uniforme, poiché gestito a livello centrale.

Di qui, la necessità di ridefinire l'allocazione di competenze tra Unione e Stati membri, riconoscendo in capo alla prima il potere, espresso ed esclusivo, di regolare il settore degli investimenti esteri.³⁴ Nei sistemi sovranazionali, internazionali o regionali, solo la revisione convenzionale della suddivisione di competenze tra il centro e i membri, può infatti permettere la parziale riduzione di una prerogativa dei secondi a favore del primo.

2. *Segue*: LA POLITICA COMMERCIALE COMUNE NEI TRATTATI DI MAASTRICHT E DI NIZZA.

Nei Trattati istitutivi precedenti a quello di Lisbona, gli IED sono stati oggetto solo delle previsioni relative al libero movimento di capitali e pagamenti.

L'investimento, infatti, prima di accedere in un mercato straniero materializzandosi in un *asset* – quindi in una partecipazione azionaria in una società costituita o *costituenda* – si presenta nella forma di capitale da investire. Di conseguenza, la regolazione dei flussi d'investimento è rientrata nelle politiche di libera circolazione dei capitali, da sempre materia di competenza concorrente Stati membri-Unione: la circolazione è libera da e verso Paesi terzi (oggi artt. 63-66 TFUE), ma gli Stati membri possono mantenere o adottare politiche nazionali restrittive (oggi art. 64-65 TFUE, cd. *Grandfathering clauses*).³⁵

Le norme sul movimento di capitali non hanno quindi mai conferito all'Unione la competenza esplicita a stipulare accordi internazionali che imponessero previsioni uniformi in materia d'investimenti né, sino all'entrata in vigore dell'art. 207 TFUE, sono state introdotte previsioni legittimanti tale potere.³⁶

Questa la ragione politico-economica che ha spinto le Istituzioni europee, *in primis* la Commissione, e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, a iniziare il

³⁴ Sul punto, la Commissione europea ha sempre sostenuto che: “*the only way to redress the situation is to rapidly upgrade the EC investment*”, COMMISSIONE EUROPEA, *Note for the attention of the 133 Committee, upgrading the EC investment policy*, 2006, par. 3.

³⁵ Per l'analisi della libera circolazione di capitali e pagamenti, si rinvia a: TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit.; DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, cit., pp. 215-225.

³⁶ DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011, pp. 94 ss.

processo che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha portato al riconoscimento della competenza esclusiva dell'Unione in materia di IED.

La questione del riconoscimento della competenza dell'Unione in materia d'investimenti, è stata trattata per la prima volta dalla Corte di giustizia europea: nel Parere 2/92, la Corte ha riconosciuto la competenza implicita e concorrente dell'Unione a concludere accordi commerciali contenenti previsioni anche in materia di investimenti.³⁷

L'estensione della competenza dell'Unione agli investimenti è stata poi oggetto di dibattito in occasione della negoziazione dei Trattati di Maastricht, 1992 e di Nizza, 2001.³⁸

Per quanto riguarda il primo, la negoziazione del Trattato sull'Unione Europea non ha introdotto le modifiche auspiccate dalla Commissione che avrebbe voluto che gli scambi di investimento, da materia di competenza concorrente Stati membri-Unione, divenissero di competenza esclusiva europea. L'esecutivo europeo, nel Report sulle operazioni che avrebbero portato alla stipulazione del Trattato di Maastricht, ha evidenziato, infatti, che gli articoli relativi al movimento di capitali contenuti nei Trattati istitutivi (gli allora artt. 73a e 73h TCE) riconoscono all'Unione una parziale competenza in materia di investimenti, che però non può essere esercitata al meglio

³⁷ Nel parere del 24 marzo 1995, in causa 2/92, cit., la Corte è chiamata a decidere sulla natura esclusiva o concorrente della competenza della Comunità Europea a partecipare alla Terza Decisione, relativa al trattamento da riservare alle imprese stabilite nel territorio di Paesi membri dell'OCSE e controllate da stranieri, stilata in seno all'Organizzazione economica per la cooperazione e lo sviluppo (OCSE). La Comunità non era membro dell'OCSE e la Decisione sottoposta alla sua analisi era la terza parte di un atto tripartito: le prime due parti erano dichiarazioni politiche la terza invece, una volta sottoscritta, avrebbe vincolato le parti e le obbligava a osservare una procedura di notifica e di esame, nell'ambito dell' OCSE, dei provvedimenti che costituivano eccezioni al trattamento nazionale nonché di ogni altra misura che avesse ripercussioni sul trattamento nazionale. La previsione del trattamento nazionale si sarebbe applicata anche agli scambi di investimento. Nel merito, la Corte ricordava che sussiste la competenza esterna esplicita esclusiva dell'Unione solo per le materie incluse nell'elenco dell'allora art. 113 TCE – articolo sulla PCC – ma la norma sul trattamento nazionale di cui alla terza Decisione OCSE riguardava solo parzialmente gli scambi internazionali con Paesi terzi: essa concerne, infatti, anche il commercio interno. Per l'effetto si doveva escludere la competenza esclusiva dell'Unione di cui all'art. 113 TCE. Del pari, non poteva neppure essere riconosciuta la competenza implicita esclusiva che, per giurisprudenza costante, sussiste solo quando sul piano interno l'Unione ha già esercitato il potere legislativo o l'azione da compiersi risulta necessaria a fini del perseguimento degli obiettivi dell'Unione. La Corte rilevava che non vi erano atti legislativi interni contenenti disposizioni relative al trattamento da riservare alle imprese controllate da stranieri o che conferiscono alle istituzioni competenza a negoziare con i paesi terzi, e pertanto non poteva ravvisarsi né esercizio del potere legislativo interno né in ogni caso l'azione dell'Unione poteva essere ritenuta necessaria. Di conseguenza, esclusa la competenza implicita esclusiva dell'Unione, la Corte ritiene che la competenza a sottoscrivere la terza Decisione doveva essere concorrente Unione-Stati membri.

³⁸ UNIONE EUROPEA, *Trattato sull'Unione Europea - Trattato di Maastricht* del 7 febbraio 1992, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, n. C 191 del 29.7.1992; *Trattato di Nizza* del 26 febbraio 2001, in *Gazz. Uff. Un. Eur.* n. C 80 del 10.3.2001.

“while member States continue to conclude bilateral treaties on investments. The relationship between trade and investments is particularly significant in the context of agreements with the Eastern European countries, which tend to make access to other their goods for market conditional on the volume of investment and vice versa”.³⁹

Più nello specifico, le libertà del mercato interno sul diritto di stabilimento (oggi art. 49 TFUE) e la libera prestazione dei servizi (oggi art. 56 TFUE) rientrano tra le materie di competenza concorrente Unione-Stati membri e si applicano solo alle società *“costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione”*.⁴⁰

Tali libertà sono sempre state strettamente connesse agli scambi d'investimento e pertanto, ne avrebbero dovuto favorire i flussi che implicano lo stabilimento, quindi gli investimenti del terzo tipo – secondo la suddivisione operata nel *General Agreement on Trade in services* (“**GATS**”). Tuttavia, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, poiché interne al mercato, riguardano solo l'esercizio di attività economiche già costituite nel territorio di uno Stato membro. Di conseguenza, la competenza dell'Unione in materia si è fermata ai soli rapporti intra-Unione, attivandosi invece la competenza degli Stati membri per la definizione di politiche nazionali di accesso.⁴¹

Il Trattato di Nizza, invece, ha riformulato la previsione sulla politica commerciale comune, inserendovi anche gli scambi nei servizi che comprendono, secondo la suddivisione operata nel GATS, anche quelli del terzo tipo, ossia le tipologie di scambio che implicano lo stabilimento dell'investitore nel Paese ospite.⁴²

L'estensione della competenza dell'Unione agli investimenti nei servizi introdotta con il Trattato di Nizza è risultata comunque ridotta rispetto a quanto prospettato dalla Commissione: il potere esplicito dell'Unione in materia d'investimenti è infatti rimasto oggetto di forti limitazioni.⁴³ Da un lato, è stata esclusa la competenza dell'Unione sugli

³⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Report on the Operation of the Treaty on European Union*, 10 maggio 1995, SEC (95)731, p. 65.

⁴⁰ Art. 54.1 TFUE: *“Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri”*.

⁴¹ Parere del 15 novembre 2011, cit., punto 81.

⁴² COMMISSIONE EUROPEA, *Adapting the Institutions to make a success of enlargement*, Commission Opinion in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union on the calling of a Conference of Representatives of the Governments of the Member States to amend the Treaties, COM (2000)34 (26 gennaio 2000), p. 26.

⁴³ La Commissione avrebbe voluto una più penetrante revisione dei confini della PCC, rilevando che *“the scope of Article 133 should be extended to all services, investment and intellectual property rights”*. *Adapting the Institutions to make a success of enlargement*, cit., p. 27.

scambi di investimento nei prodotti; dall'altro, interi settori – quello culturale, educativo, delle assunzioni, della salute pubblica e dei trasporti – sono rimasti espressamente di competenza concorrente Stati membri-Unione.⁴⁴

Per queste ragioni, la riformulazione della PCC nel Trattato di Nizza non è stata considerata sufficiente; il dibattito per un ulteriore allargamento dei poteri dell'Unione è stato quindi riaperto in seno alla Convenzione Europea, l'organo straordinario preposto alla stesura della bozza di quello che sarebbe dovuto essere il Trattato per una Costituzione Europea (“**Trattato-Costituzione**”).⁴⁵ A quei tempi, in seno all'Organizzazione mondiale del commercio si discuteva concretamente della necessità di liberalizzare le politiche sugli investimenti e di conseguenza, se gli IED fossero diventati di competenza esclusiva dell'Unione, la Commissione avrebbe potuto esercitare in sede OMC un ruolo alquanto incisivo. Nella bozza di articoli relativi all'azione esterna dell'Unione il *Praesidium*, organo propulsore della Convenzione, ha riformulato l'articolo sulla politica commerciale comune (l'allora art. 131 TCE), inserendo gli investimenti esteri diretti e assumendo che ciò avveniva “*in recognition of the fact that financial flows supplement trade in goods and today represent a significant share of commercial exchanges*”. *The second paragraph of Article 131 TEC has been deleted as the reference to the abolition of customs duties was obsolete*”.⁴⁶

La più parte dei membri della Convenzione, tuttavia, si è opposta all'inserimento degli IED e il rappresentante del Governo inglese, P. Hain, ha specificato che l'eventuale approvazione della nuova formulazione dell'art. 131 TCE avrebbe semplicemente legittimato la Commissione a negoziare quello che sarebbe stato l'accordo dell'OMC sulle questioni commerciali relative agli investimenti esteri – oggi *Agreement on trade-related Investments Measures* (“**TRIMs**”) –, allora in discussione. Nel merito, Hain ha specificato che la nuova competenza dell'Unione non “*remove Member State competence to conduct bilateral investment activity*”.⁴⁷

Gli Stati membri oppositori hanno poi ostacolato la proposta della Commissione anche per il timore che il nuovo conferimento di competenze avrebbe ulteriormente

⁴⁴TCE, art. 133.6: “[...] gli Accordi nei settori degli scambi dei servizi culturali ed audiovisivi, di servizi didattici nonché di servizi sociali relativi alla salute umana rientrano nella competenza ripartita della Comunità e degli Stati membri [...] la negoziazione e la conclusione di Accordi internazionali nel settore dei servizi restano soggette alla disposizioni del titolo V dell'articolo 300”.

⁴⁵ CONVENZIONE EUROPEA, *Progetto di Trattato che istituisce una Convenzione per l'Europa*, CONV820/03, 20 giugno 2003.

⁴⁶ Si rinvia a: <http://european-convention.eu.int/praesidium.asp?lang=IT>

⁴⁷ Si rinvia a: <http://europeanconvention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/866/global866.pdf>.

eroso il già limitato potere dei parlamenti nazionali di partecipare, seppure indirettamente, alla sottoscrizione di accordi commerciali europei.⁴⁸ Situazione, questa, difficilmente accettabile, data l'influenza sempre maggiore che tali accordi, in quanto fonti secondarie del diritto europeo, esercitano sulle politiche nazionali.⁴⁹

Di conseguenza, per bilanciare gli interessi degli Stati membri, nella bozza di Costituzione è stato introdotto il meccanismo della co-decisione – poi confluito nel Trattato di Lisbona – che avrebbe incrementato il ruolo del Parlamento europeo e, indirettamente, il controllo dei Parlamenti nazionali. Si è trattato di una concessione rilevante soprattutto perché il Parlamento europeo, a quei tempi, era solo informato degli sviluppi delle negoziazioni degli accordi internazionali, ma non ne poteva impedire la stipulazione. Il Trattato-Costituzione è stato firmato solennemente a Roma nel gennaio 2004 ma non è mai entrato in vigore, lasciando pertanto aperte numerose questioni, tra cui la necessità di riformulare la PCC per arrivare ad una politica europea uniforme per gli investimenti.

Nel 2006 l'esecutivo europeo ha sottoposto al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni le sue proposte per una Europa globale in grado di competere sul mercato mondiale.⁵⁰ La Commissione ha rilevato la necessità di ridurre le barriere all'esportazione e agli investimenti, creando per questi ultimi un quadro normativo uniforme, in grado di favorirne i flussi in entrata e in uscita e di garantire la presenza delle imprese europee all'estero con un sistema di protezione adeguato.

Il 27 novembre 2006 il Consiglio ha elaborato la *Minimum Platform on Investments for EU Free Trade Agreements* (“**Piattaforma**”) che conteneva previsioni standardizzate, da includere nei futuri capitoli in materia di investimento, parte dei più ampi accordi commerciali. Con tale proposta, pur non vincolante, è stata ribadita la necessità di

⁴⁸ La possibilità di concludere accordi internazionali è uno dei criteri per riconoscere alla personalità giuridica dell'Unione un carattere anche internazionale. Nella definizione di accordi internazionali europei rientrano gli accordi sottoscritti dall'Unione, in forma mista o autonoma, con Paesi terzi. In generale, l'Unione può concludere accordi in materia di politica commerciale (art. 207 TFUE), accordi di associazione (art. 217 TFUE) ed inoltre può cooperare con Paesi terzi ed Organizzazioni Internazionali nei settori di ricerca, sviluppo tecnologico, dell'ambiente e della cooperazione allo sviluppo (artt. 186, 191 e 211 TFUE).

⁴⁹ *Supra*, nota 9.

⁵⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Global Europe, a contribution to the EU's growth and jobs strategy*, (COM2006) 567 final, 4 ottobre 2006, pp.6-7. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130376.pdf.

adottare una politica europea degli investimenti.⁵¹ Nello specifico, la Piattaforma ha previsto di rendere gli IED oggetto di previsioni uniformi sull'accesso al mercato e la concessione del trattamento nazionale – fase di pre-stabilimento; parallelamente, il testo ha limitato le deroghe alla clausola della nazione più favorita alla sola ipotesi di trattamenti preferenziali concessi in accordi regionali di integrazione economica.

Per quanto riguarda la suddivisione interna di competenze tra Stati membri e Unione, nulla è cambiato dopo l'adozione della Piattaforma; nelle relazioni esterne invece, questo strumento è stato utilizzato come modello per stipulare gli accordi di libero scambio, a quei tempi in negoziazione. Nello specifico, l'accordo di partenariato economico tra UE e Paesi del gruppo CARIFORUM, stipulato nel 2008, ha previsto la liberalizzazione degli scambi d'investimento, facilitata peraltro anche dall'esclusione di restrizioni di pagamenti e di movimenti di capitali connessi a investimenti diretti esteri.⁵²

L'Accordo stipulato tra UE e Repubblica della Corea del sud nel 2009, l'ultimo esempio di accordo multilaterale sottoscritto prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai capitoli 7 – Commercio nei servizi, stabilimento e commercio elettronico – e 8 – pagamenti e movimento di capitali – ha incluso previsioni in materia di investimenti: nello specifico, ha garantito l'accesso ai flussi di investimenti stranieri, senza però toccare questioni sostanziali, relative alla protezione dell'operazione.⁵³

Nei decenni precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli scambi di investimenti sono stati regolati dall'Unione e dagli Stati membri. In assenza di riconoscimenti espressi nel dettato dei Trattati Istituitivi, la prima ha potuto esercitare solo una competenza implicita, divenuta poi esplicita ed esclusiva solo limitatamente ad alcuni settori, specificamente quello degli investimenti nei servizi.

In generale, l'azione europea è stata comunque fortemente limitata dal potere degli Stati di regolare questioni direttamente connesse agli scambi di investimento: primo accesso e stabilimento nel territorio nazionale. In assenza di specifiche previsioni

⁵¹ COMMISSIONE EUROPEA, "Remarks" in the Draft Minimum Platform on investment for EU free Trade agreements for the 133 Committee, 28 Luglio 2006. Disponibile al sito: www.iisd.org/pdf/2006/itn_ecom.pdf.

⁵² UE, *Accordo di Partenariato economico tra i Paesi del gruppo CARIFORUM, la Comunità Europea ed gli Stati membri* del 30 ottobre 2008, in L. 289/2008, art. 123: "the Signatory CARIFORUM States and the EC Party undertake to impose no restrictions on the free movement of capital relating to direct investments made in accordance with the laws of the host country and investments established in accordance with the provisions of Title IP".

⁵³ UE, *Accordo di libero scambio tra Unione Europea e Stati membri e Repubblica della Corea del Sud*, del 14 maggio 2011, in *Gazette. Uff. Un. eur.*, n. L. 127/2011, art. 7.5: "With respect to market access through the cross-border supply of services, each Party shall accord to services and service suppliers of the other Party treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in the specific commitments contained in Annex 7-A".

convenzionali, tali settori rimangono, infatti, nella piena disponibilità di ciascun ordinamento nazionale.

Solo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il ruolo dell'Unione è stato radicalmente modificato: la riformulazione dell'art. 207 TFUE ha infatti permesso il trasferimento convenzionale della competenza in materia di investimenti dagli Stati membri all'Unione.⁵⁴

3. IL QUADRO NORMATIVO EUROPEO IN MATERIA DI INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI: L'ASSENZA DI COORDINAMENTO TRA GLI ACCORDI DELL'UNIONE E I BIT'S SOTTOSCRITTI DAGLI STATI MEMBRI.

Sino all'entrata in vigore del TFUE gli investimenti esteri diretti sono stati inquadrati in una molteplicità di fonti legislative, non sempre tra loro coordinate.

Nello specifico, l'UE e gli Stati membri hanno adottato autonomi strumenti legislativi, accordi bilaterali/multilaterali europei e *Bilateral Investment Treaties* ("BITs") nazionali, con cui hanno regolato gli investimenti esteri diretti, nei limiti delle reciproche competenze attribuite dai Trattati istitutivi.

L'Unione Europea ha stipulato in forma mista accordi commerciali multidisciplinari ove, a fianco delle previsioni sullo scambio di beni e servizi, ha inserito capitoli dedicati agli investimenti e al movimento di capitali.⁵⁵

Nonostante l'Unione dopo il Trattato di Nizza abbia potuto esercitare la competenza esclusiva per gli investimenti nei servizi, i medesimi sono rimasti oggetto di politiche molto diverse da quelle definite per gli scambi nei beni. Negli accordi stipulati dall'Unione con Paesi terzi è stata infatti sancita la creazione di aree di libero scambio per le merci, cui sono corrisposte, per i servizi, disposizioni che si limitavano a prevedere per il futuro liberalizzazioni solo eventuali e ipotetiche, destinate ad essere

⁵⁴ Il trasferimento convenzionale della competenza in materia di accesso di investimenti stranieri avviene comunque solo previo consenso degli Stati, parte dell'Organizzazione internazionale ovvero regionale. Il trasferimento convenzionale non implica pertanto alcuna evoluzione del regime giuridico in materia di accesso degli investimenti stranieri rispetto a quanto previsto dal diritto internazionale consuetudinario: il potere in materia rimane solo ed esclusivamente in capo agli Stati che, eventualmente, hanno facoltà di trasferirlo di volta in volta all'Organizzazione di appartenenza.

⁵⁵ Tra tutti, si ricordano: *The Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and Their member States and Ukraine* del 1994; *Agreement Establishing an Association between the European Community and the Republic of Chile* del 2002; *the Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States and the European Community* del 2008.

perseguite o con successivi negoziati o con successive decisioni degli Organi istituiti con gli accordi stessi.⁵⁶

D'altra parte, le politiche commerciali non possono essere traslate in altri settori, quale quello degli investimenti, che seppur vicini mantengono le proprie peculiarità. Di ciò è conferma il fatto che, anche nel sistema OMC, commercio ed investimenti vengono regolati da accordi specifici, tra loro distinti. Nello specifico, il GATT e il TRIMs regolano rispettivamente gli scambi nei commerci e gli aspetti commerciali connessi all'investimento, nel rispetto delle peculiarità di ciascuna materia e, soprattutto, nei limiti di quanto ammesso dagli Stati parte dell'OMC.⁵⁷

Nella dimensione regionale europea dunque, posta l'assenza di specifiche statuizioni dei Trattati istitutivi, l'Unione non ha potuto regolare gli scambi di investimento in modo analogo a quelli commerciali. Altrimenti, vi sarebbe stata violazione del principio di attribuzione, che regola i rapporti tra Unione e Stati membri, nonché del potere sovrano di questi ultimi.

Nel tempo, sono quindi stati conclusi circa sessanta accordi commerciali multidisciplinari. Di questi, una metà non contiene previsioni vincolanti in materia di investimenti mentre l'altra contiene clausole relative, quale quella del trattamento nazionale e della nazione più favorita, che assicurano all'investitore straniero condizioni favorevoli di accesso al mercato interno europeo. La garanzia del libero accesso all'interno dei confini europei è stata tuttavia limitata dalle restrizioni adottate dai singoli

⁵⁶ BESTAGNO, *La prestazione dei servizi nella comunità europea da parte dei prestatori non comunitari*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, 2008, pp.1-34; per la tipologia di accordi adottati e per gli scarsi impegni assunti dagli Stati membri di liberalizzare gli scambi nei servizi, sono molto più numerosi gli accordi esterni dell'Unione notificati all'OMC ai sensi dell'art. XXIV GATT rispetto a quelli notificati in applicazione dell'art. V GATS.

⁵⁷ L'Accordo stipulato in seno all'OMC in materia di investimenti contiene invero previsioni molto meno vincolanti l'autonomia degli Stati membri dell'Organizzazione predetta, rispetto a quelle incluse nel GATT. Gli Stati parte dell'OMC, in sede di negoziazione del TRIMs, si sono infatti opposti alla definizione di uno strumento multilaterale che limitasse eccessivamente il loro potere sovrano di gestire i flussi in entrata ed uscita dei capitali stranieri. L'impossibilità di trasferire agli scambi di investimento le previsioni stabilite per lo scambio di merci, si rinviene anche nel fatto che *"The different impacts of trade compared to investments also means that one cannot assume that the rules of one field can simply be transferred to the other. This is clear should anyone seek to transfer the analysis of "like products" in the WTO jurisprudence to a concept of "like circumstances" between domestic and foreign investments. The economic competition basis of the like products analysis yields a static assessment, while investments have a series of dynamic and ever developing relationships with host communities and states that vary from facility to facility and community to community"*. MANN, *The rights of States to regulate and International Investment Law*, in *Expert Meeting on the development dimension of FDI: policies to enhance the role of FDI in support of the competitiveness of the enterprise sector and the economic performance of host Economies, taking into account the Trade/investment interface, in the national and international context*, Ginevra, 6-8 novembre 2002.

SM, che hanno continuato a mantenere una competenza nella definizione di politiche di confine per gli investimenti, in settori altri rispetto a quello nei servizi.⁵⁸

Gli Stati membri, per parte loro, hanno sottoscritto accordi bilaterali di promozione e protezione degli investimenti, garantendo all'investitore un regime stabile di protezione attraverso l'inserimento di clausole assolute, quale quella sul trattamento giusto ed equo ("FET"), la *full protection and security*, nonché il rinvio a procedimenti arbitrali Stato-privato in caso di controversie.⁵⁹ Tali accordi, per prassi, non contengono alcuna previsione relativa all'ammissione degli investimenti; nella maggior parte dei casi, infatti, per tale aspetto rinviano alle leggi nazionali dei Paesi ospiti. Da ciò deriva che l'impegno assunto dalle parti dei BITs rimane soggetto di tutte le restrizioni poste dalla legislazione dello Stato ospite all'accesso degli investimenti stranieri.

Per quanto riguarda la relazione tra questi strumenti, si deve notare che gli accordi europei e i BITs degli SM sono tra loro complementari, occupandosi di fasi differenti dell'operazione d'investimento. I primi si limitano a definire il regime di ammissione dei flussi di investimento; i secondi invece, contengono previsioni a tutela della fase post-stabilimento, peraltro non perfettamente sovrapponibili, contribuendo così a creare livelli diversi di protezione per gli investitori stranieri.

La definizione di tale rete di relazioni multilaterali e bilaterali ha creato un sistema di ammissione e di protezione dell'operatore straniero nell'UE piuttosto articolato e differenziato, e ciò a scapito dell'uniformità e della certezza del trattamento garantito agli investitori stranieri, le sole condizioni che possono favorire l'incremento dei flussi di investimento da e verso l'Unione.

4. *Segue*: LE CONSEGUENZE DISTORSIVE DELLA SUDDIVISIONE DI COMPETENZE TRA UNIONE E STATI MEMBRI IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI.

Concretamente, il quadro legislativo sopra descritto – oggi modificato dal Trattato di Lisbona – è stato all'origine di trattamenti discriminatori tra investitori stranieri, operativi sul territorio europeo, e tra investitori stranieri ed europei.

Per quanto riguarda la prima fonte di discriminazione, l'investitore straniero,

⁵⁸ La controparte di questi trenta accordi è spesso rappresentata da un gruppo di Stati – come è il caso dell'Accordo CARIFORUM – e di conseguenza tale strumenti mettono l'Unione in relazione con ben 133 Paesi terzi. Previsioni relative agli investimenti figurano anche negli accordi sottoscritti tra Unione, Stati membri e Organizzazioni Internazionali, quale l'OMC, ovvero istitutivi di un sistema settoriale, quale è il Trattato sulla Carta dell'energia, 1994.

⁵⁹ I BITs tra Stati membri e Paesi terzi attualmente in vigore sono 1.318.

entrato nel mercato europeo, fruiva di una protezione, più o meno estesa, in base alle previsioni contenute nel BIT sottoscritto tra il suo Paese di origine e lo Stato membro ospite. Ciò implicava, sul piano del mercato interno europeo, una discriminazione nel trattamento tra investitori provenienti da diversi Paesi, che sono stati protetti nei limiti e nella misura loro garantita dal regime previsto nel BIT sottoscritto dal loro Paese di provenienza e lo SM.

Sul piano esterno, ciò ha causato il fenomeno dello *State's shopping*, che ha spinto gli investitori stranieri ad entrare negli Stati membri che conducevano politiche di confine di apertura e che, per il tramite dei BITs da loro sottoscritti, garantivano il miglior regime di protezione. La discriminazione interna, che è conseguenza dello *State's shopping*, potrebbe essere risolta grazie alla nuova competenza dell'Unione in materia di IED. L'UE ha, infatti, il potere di predisporre strumenti normativi uniformi che garantiscano a tutti gli investitori stranieri un trattamento eguale, indipendentemente dallo Stato membro in cui accedono, annullando pertanto la necessità di dover ricercare il territorio che offre condizioni di ingresso privilegiate.

Per quanto riguarda il secondo profilo, invece, la molteplicità delle fonti legislative è stata all'origine di una discriminazione tra investitori stranieri e investitori europei stabiliti in uno Stato membro diverso da quello, sempre europeo, di provenienza. I primi, infatti, beneficiavano di un trattamento privilegiato garantito nel BIT, sottoscritto dal loro Paese di provenienza con lo Stato membro ospite; ai secondi, invece, si applicavano solo le libertà e le garanzie del mercato interno europeo che, pur ampie e in parte analoghe a quelle contenute negli strumenti internazionali, potevano, e possono tutt'ora, essere meno favorevoli. Ad esempio, il diritto dell'Unione esclude il ricorso ad arbitrato tra Stato e privato, che è invece la modalità di risoluzione di controversie favorita dagli investitori e di prassi adottata nei BITs.

Per parte della dottrina, tali discriminazioni potrebbero essere evitate solo garantendo l'estensione delle previsioni dei BITs anche agli investitori europei.⁶⁰ In verità, come meglio si vedrà nei capitoli che seguono, tale estensione sarà possibile solo con la stipulazione, da parte dell'Unione, di futuri accordi commerciali multidisciplinari che regolino anche i flussi di investimento.⁶¹ Ad oggi, infatti, non vi sono basi giuridiche idonee ad estendere le garanzie previste in accordi internazionali, quali sono i BITs, agli

⁶⁰ DIMOPOULOS, *The validity and applicability of international investment agreements between EU and Member States under EU and International Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 63-93.

⁶¹ *Infra*, Parte I, cap. III sez. II.

investitori cui questi ultimi non si applicano.

La molteplicità delle fonti legislative è stata infine all'origine di una terza forma di discriminazione: il diverso campo di applicazione degli accordi UE e dei BITs ha, infatti, sottoposto ad un trattamento differenziato le operazioni di investimenti in entrata. In altre parole, gli accordi commerciali europei hanno sempre avuto un campo di applicazione *ratione materiae* meno esteso di quello dei BITs, che contengono una definizione molto ampia degli investimenti oggetto di protezione.⁶² Pertanto, gli investimenti esclusi dal regime dell'Accordo UE, hanno potuto accedere al mercato europeo solo se il Paese terzo di loro provenienza aveva stipulato un BIT con uno Stato membro.⁶³ Diversamente, l'operazione di investimento straniero, esclusa dal campo di applicazione dell'Accordo europeo, non avrebbe potuto accedere nel territorio UE.

Nel quadro normativo così delineato, il conferimento della competenza esclusiva in capo all'Unione permette, inevitabilmente, l'uniformazione del regime giuridico che ad oggi regola gli scambi di investimento da e verso l'Unione Europea, favorendo al contempo la definizione di una politica europea degli investimenti.

⁶² Per parte della dottrina: “*anche se sembrerebbe non esistere una definizione universalmente accettata di investimento, si può rilevare l'esistenza di una nozione convenzionale di investimento, che si potrebbe definire “oggettiva” la quale include tutti i beni, diritti, interessi ed attività che sostanzialmente costituiscono l'investimento*”. MAURO, *Gli Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, pp. 120.

⁶³ Per quanto riguarda la questione dell'ammissione, i BITs di norma rinviano alle legislazioni dello Stato ospite, che definisce le condizioni d'ingresso dei capitali stranieri. Pertanto, la protezione dell'operazione d'investimento prevista negli accordi bilaterali si estende solo agli investimenti approvati dallo Stato ospite, conformemente alle proprie previsioni nazionali. Secondo parte della dottrina “*the recognition of a distinction between approved investment and other investment itself indicates the lex specialis nature of bilateral investment treaties, for unapproved investments are subject to general norms of investment protection, if any exist, whereas approved investment are subject to treaty regime*”. SORNARAJAH, *The international Law on foreign investment*, 3^a ed., Cambridge, 2004, p. 244.

CAPITOLO II

LA COMPETENZA ESCLUSIVA EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI

SOMMARIO: *Sezione I: le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. -1. L'azione esterna dell'Unione e il bilanciamento tra la liberalizzazione degli scambi e la tutela dei valori non economici. -2. Le nuove attribuzioni dell'Unione nell'ambito della politica commerciale comune. -3. Segue: il ruolo del Parlamento Europeo nell'attuazione della politica commerciale comune e nel processo di negoziazione e conclusione degli accordi commerciali europei con Paesi terzi. -4. Segue: le nuove maggioranze di voto per la stipulazione di accordi commerciali europei con Paesi terzi: una maggiore autonomia tra azione esterna e interna. -5. Segue: il principio del parallelismo a contrario a presidio della suddivisione di competenze interne tra Unione e Stati membri. -Sezione II: profili critici sull'estensione della nuova competenza dell'Unione Europea in materia di investimenti esteri diretti. -6. I differenti approcci interpretativi. -7. La nuova politica commerciale comune nel Trattato di Lisbona. -8. La soluzione mediana e il potere dell'Unione circoscritto alle politiche di ammissione. -9. Segue: i limiti della soluzione mediana. -10. La configurabilità di una competenza estesa dell'Unione: dalle politiche di ammissione alla protezione degli investimenti. -11. Segue: ripercussioni della nuova competenza europea in materia di espropriazione diretta e indiretta. -12. Segue: la garanzia del trattamento giusto ed equo nelle fonti europee. -13. Argomenti a favore dell'interpretazione estesa della competenza europea in materia di investimenti esteri diretti. -Sezione III: ulteriori competenze dell'Unione in materia di investimenti esteri diretti. -14. I poteri dell'Unione sulle materie connesse all'operazione di investimento. -15. Segue: i performance requirements. -16. Segue: la definizione di politiche collegate all'ingresso di persone legate all'operazione di investimento. -17. La clausola surrogatoria: una tutela limitata per gli investitori europei all'estero. -18. Gli investimenti di portafoglio. -19. Segue: i poteri dell'Unione in materia di investimenti di portafoglio: una competenza implicita esclusiva o concorrente?*

Sezione I

Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona

1. L'AZIONE ESTERNA DELL'UNIONE E IL BILANCIAMENTO TRA LA LIBERALIZZAZIONE DEGLI SCAMBI E LA TUTELA DEI VALORI NON ECONOMICI.

Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore in un momento storico, politico ed economico in cui cresceva la necessità di imprescindibili riforme del sistema economico, che permettessero all'Unione di accrescere il proprio ruolo di *partner* commerciale di importanti mercati internazionali.⁶⁴

Il testo del TFUE codifica i risultati del lungo processo istituzionale che da tempo spingeva per la ridefinizione dei confini della politica commerciale comune, secondo un approccio di stampo “neo-liberista”.⁶⁵

Nello specifico, il Trattato di Lisbona ha profondamente modificato gli articoli relativi alla politica commerciale comune e li ha inseriti nella parte V titolo 1 e seguenti,

⁶⁴ *Supra* cap. I.

⁶⁵ *ibid.*

rubricata alla voce *Azione esterna dell'Unione* e non più *Politica commerciale comune*. Tale nuova disposizione delle previsioni lascia intendere che la PCC rappresenta ora una delle modalità attraverso le quali l'Unione conduce le proprie relazioni esterne.

L'art. 205 TFUE apre la disamina delle previsioni in materia di azione esterna sancendo che: *“l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità alle disposizioni di cui al capo 1 del titolo V del Trattato sull'Unione Europeo”*. Così disponendo, l'art. 205 TFUE prescrive una norma di comportamento vincolante: l'azione esterna dell'Unione deve essere condotta nel rispetto degli obiettivi “costituzionalmente”⁶⁶ garantiti e sanciti all'art. 21 TUE, che a loro volta richiamano, rinforzandoli, i valori e gli interessi di cui all'art. 3.5 TUE che fondano l'UE e che vengono promossi nelle sue relazioni con il resto del mondo.⁶⁷ Da ciò deriva che la liberalizzazione degli scambi di merci e servizi – obiettivo dell'azione esterna dell'Unione – deve essere perseguita adottando politiche rispettose della democrazia, del diritto dell'ambiente, delle questioni sociali e di salute pubblica, nonché dello sviluppo sostenibile nei Paesi terzi. In altre parole, vengono equiparati obiettivi economici e tutela dei valori non-economici.⁶⁸

Il rinvio operato dall'art. 205 TFUE all'art. 21 TUE potrebbe però circoscrivere l'obiettivo della liberalizzazione ai soli scambi commerciali, poiché l'art. 21.2. lett. e) TUE prevede solo la *“progressiva eliminazione delle restrizioni del commercio internazionale”*.

Tale interpretazione restrittiva non è tuttavia coerente con la prassi sino ad oggi sviluppatasi. Infatti, riprendendo il ragionamento proposto dalla CGE nel Parere 1/94, il termine commercio dovrebbe essere interpretato non in modo statico, bensì in linea con l'evoluzione delle dinamiche economiche globali e in considerazione del fatto che il settore dei servizi è divenuto di importanza fondamentale.⁶⁹ La natura aperta della PCC

⁶⁶ Diversamente da quanto vale per uno Stato, nel sistema di gerarchia delle norme dell'Unione Europea non vi è una fonte quale la Costituzione, posta al vertice dell'ordinamento giuridico. Pertanto, nel sistema europeo, il termine Costituzione rinvia ai contenuti dei Trattati Istitutivi, espressione degli obblighi derivanti dal patto sottoscritto dagli Stati membri. La Costituzione UE ha, quindi, natura di accordo internazionale.

⁶⁷ Art. 3.5 TUE: *“Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco dei popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani [...] e allo sviluppo del diritto internazionale, al particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite”*.

⁶⁸ Per un'analisi sulla tutela degli obiettivi non economici si rinvia a: KRAJEWSKY, *The reform of the common commercial policy*, in BIONDI, EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*, Oxford, 2011; CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32.3, 2005, pp. 259-291 spec. p. 282.

⁶⁹ Parere del 15 novembre 1994, in causa 1/94, cit., punti 40 e 41.

impedisce pertanto di escludere a *priori* il commercio dei servizi dal suo campo di applicazione e, per quel che qui concerne, l'azione di liberalizzazione che dovrebbe guidare tale politica non può essere circoscritta solo agli aspetti commerciali degli scambi di beni, ma deve anche comprendere servizi ed investimenti.⁷⁰

L'art. 206 TFUE apre la disamina delle previsioni in materia di PCC stabilendo che: “l'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale in conformità agli articoli da 28 a 32 contribuisce, nell'interesse comune, allo sviluppo armonico del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti e alla riduzione di barriere doganali e di altro tipo”. Diversamente dalla previsione di cui al precedente art. 133 TCE ove era prescritto che l'Unione *intende contribuire allo sviluppo armonico del commercio mondiale*, la nuova formulazione eleva la liberalizzazione degli scambi e anche degli investimenti a obiettivo vincolante, che deve essere perseguito nell'esercizio della politica commerciale comune. Il fatto che la soppressione delle barriere sia *graduale*, non inficia la vincolatività del dettato normativo, facendolo ritornare una mera statuizione di principio. Al contrario, la corretta interpretazione della norma implica che l'attuale livello di restrizioni dovrà essere con il tempo ridotto e, parallelamente, non potrà essere aggravato dall'adozione di nuove misure restrittive.

Tuttavia, il *favor* verso politiche liberali deve comunque permettere la rimozione delle condizioni favorevoli di ingresso e delle concessioni tariffarie agevolate, che l'Unione ha in passato concesso ad alcuni *partner* commerciali, per favorire gli scambi con i medesimi.⁷¹ In altre parole, l'Unione deve rimanere libera di modificare le condizioni privilegiate concesse a Paesi terzi se, mutate le condizioni del mercato o il livello di sviluppo di questi ultimi, risultino troppo vantaggiose ed economicamente non più giustificabili.

Verso tale conclusione deporrebbero due considerazioni.

In primo luogo, la concessione di condizioni tariffarie privilegiate rientra tra gli strumenti di politica commerciale ammessi nel sistema OMC, che hanno durata variabile: in base alle contingenze politico-economiche dello Stato concedente, tali strumenti possono infatti risultare utili, e quindi essere adottati, ovvero essere rimossi quando non più necessari.⁷²

⁷⁰ Sul punto, si rinvia a: BISHOFF, *Just a little bit of mixity? The EU's role in the field of International investment protection law*, in *Common market law Review*, vol. 48, 2011, pp.1527-1550, spec. 1540.

⁷¹ *Contra*, DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit., pp. 206-207.

⁷² PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del Commercio*, Padova, 2002, pp.157 ss – 229 ss - 369 ss.

In secondo luogo, dalla loro rimozione potrebbe derivare persino la liberalizzazione “spontanea” del settore, prima oggetto di agevolazioni tariffarie; ciò è accaduto, ad esempio, quando l’Unione, in occasione dell’allargamento del 2004, ha modificato, e parzialmente rimosso, le concessioni in ambito dell’accordo OMC *General Agreements on trade in services* (“GATS”) fatte ad alcuni Stati allora non membri. La revisione dei rapporti con i medesimi, poi divenuti membri, ha permesso l’eliminazione dei trattamenti differenziati tra gli Stati europei, che a sua volta ha favorito l’armonizzazione, nei confini europei, degli scambi nei servizi, come peraltro ammesso all’art. V.4 GATS.⁷³

In terzo luogo, la questione del ritiro o della modifica delle concessioni dovrebbe essere trattata non alla luce dell’art. 206 TFUE, bensì assumendo una prospettiva di diritto dell’OMC, che è quello conformemente al quale tali misure vengono adottate, così come previsto agli artt. XXVIII GATT e XXI GATS.⁷⁴

Da ultimo, infine, qualsiasi misura commerciale che l’Unione adotta, deve essere valutata alla luce degli obiettivi e dei principi che guidano l’azione esterna europea e pertanto, se la rimozione delle concessioni è conforme ai medesimi, non può essere impedita.

In definitiva, il dettato di cui all’art. 206 TFUE sancisce l’impegno dell’Unione a perseguire politiche liberali ma lascia un piccolo margine discrezionale alla politica, chiamata a definire i contenuti e l’estensione delle misure *adottande*.

L’art. 206 TFUE sancisce poi l’istituzione di un’unione doganale. Contrariamente alla precedente formulazione di cui all’art. 131.2 TCE, scompare la previsione *fra loro* (ossia fra gli Stati membri). Ciò implica che l’unione doganale di cui all’art. 206 TFUE corrisponde all’unione doganale europea, quindi ai confini geografici dell’organizzazione regionale: all’abolizione delle frontiere interne all’Unione, corrisponde un’uniforme politica commerciale comune, realizzabile anche grazie alla progressiva eliminazione delle barriere all’ingresso per gli scambi di beni, servizi ed

⁷³ Art. V GATS: “1. *This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an agreement, provided that such an agreement: 5. If, in the conclusion, enlargement or any significant modification of any agreement under paragraph 1, a Member intends to withdraw or modify a specific commitment inconsistently with the terms and conditions set out in its Schedule, it shall provide at least 90 days advance notice of such modification or withdrawal and the procedure set forth in paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply*”.

⁷⁴ Tali articoli stabiliscono il meccanismo di modifica delle concessioni che si fanno gli Stati membri dell’OMC nell’ambito, rispettivamente, dell’Accordo GATT e GATS. Per l’analisi si rinvia a: KRAJEWSKI, *External trade Law and the Constitution Treaty: towards a federal and more democratic common commercial policy*, in *Common market law review*, n. 91, 2005, p. 295 ss.

anche investimenti.

2. LE NUOVE ATTRIBUZIONI DELL'UNIONE NELL'AMBITO DELLA POLITICA COMMERCIALE COMUNE.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli investimenti esteri diretti rientrano tra le materie della PCC di cui all'art. 207 TFUE che, per effetto della disposizione dell'art. 3.2 TFUE, rientra tra i settori di competenza esclusiva dell'Unione.⁷⁵

L'art. 207 TFUE è suddiviso in sei commi e l'effettiva portata di ciascuno è ancora oggetto di interpretazioni, tra loro non sempre conformi.

Il primo comma sancisce che “*la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne [...] gli investimenti diretti esteri?*”. L'Unione Europea è quindi investita di una competenza esclusiva esplicita in materia di IED.

Il tenore letterale della previsione parrebbe escludere dall'alveo dei nuovi poteri le altre tipologie di investimento, quali quelli di portafoglio.⁷⁶ Parallelamente, appare chiaro che tale previsione, in quanto inserita nel capitolo sull'azione esterna dell'Unione, riguarda i soli scambi di investimento transfrontalieri, o extra-UE, lasciando quindi alle regole del mercato interno la regolamentazione dei flussi intra-Unione. Il primo comma ribadisce poi che l'Unione deve condurre la propria politica commerciale *nel rispetto dei principi ed obiettivi dell'azione esterna*. Si tratta di un obbligo di condotta che rinvia all'art. 205 TFUE, ribadendo che tra gli obiettivi della PCC figurano anche quelli non economici.⁷⁷ Il primo comma dell'art. 207 TFUE riunisce poi le materie della politica

⁷⁵ Le materie che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione “*sont l'objet de règlements émanant du Parlement européen et du Conseil ainsi que d'accords internationaux que l'Union pourra conclure dans la mesure prévue et suivant la procédure indiquée dans les articles 219-219 TFUE*”. GIARDINA, *La question du droit applicable: l'application directe du droit européen et son influence sur le droit et l'arbitrage des investissements*, in KASSEDJIAN, (sous la direction de), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Parigi, 2012, p.148.

⁷⁶ Per l'analisi sulla competenza europea in materia di investimenti di portafoglio, si rinvia a *infra* nel capitolo par. 17. Per quanto riguarda gli IED, invece, sul piano internazionale non esiste una definizione unanime; sia il Fondo monetario Internazionale sia l'OCSE hanno cercato di darne una definizione, che risultasse la più unanimemente accolta. In entrambi i casi, pur nelle rispettive peculiarità, sono state rinvenute tre caratteristiche costanti: gli IED implicano operazioni di lungo periodo, il connubio tra gestione e controllo e l'assunzione di rischio da parte dell'investitore. Nella dimensione europea, una definizione, pur non europea, di investimento estero diretto, si rinviene nell'allegato I della Direttiva europea n. 88/361/CEE, per l'attuazione dell'art. 67 TCE (8 luglio 1988), [L.178/5].

⁷⁷ Secondo parte della dottrina “*artt. 205 et 207.1 TFUE explicitly require the common commercial policy to contribute to these objectives rather than simply to focus on the reduction of barriers to trade [...] the Union will have to consider them in the formulation and implementation of the EU's external trade policy. Consequently, the Council and the Commission need to explain and justify a particular trade policy measure with reference to the objectives and goals mentioned in art. 21TUE*”. KREJEWSKI, *cit.*, p. 297.

commerciale che, viceversa, nelle formulazioni precedenti sono sempre state distinte; la previsione di cui all'art. 133.5 TCE prevedeva, infatti, che le questioni relative allo scambio dei servizi e degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale fossero definite in Accordi autonomi, stipulati secondo il procedimento ordinario e, salvo casi particolari, non sarebbero potute essere inserite in Accordi multidisciplinari già sottoscritti, portando alla loro riformulazione.⁷⁸ La riunione dei vari settori della PCC prevista con la nuova formulazione di cui all'art. 207 TFUE, implica che l'Unione potrà regolare il settore degli investimenti sia includendo previsioni *ad hoc* in accordi commerciali multidisciplinari già sottoscritti ovvero da sottoscrivere, sia adottando stipulano accordi di investimento.⁷⁹

3. *Segue*: IL RUOLO DEL PARLAMENTO EUROPEO NELL'ATTUAZIONE DELLA POLITICA COMMERCIALE COMUNE E NEL PROCESSO DI NEGOZIAZIONE E CONCLUSIONE DEGLI ACCORDI COMMERCIALI EUROPEI CON I PAESI TERZI.

Prendendo atto del problema di *deficit* democratico e quindi della scarsa rappresentatività delle Istituzioni, nel Trattato di Lisbona viene ampiamente ridefinito il ruolo del Parlamento Europeo, che ora esercita la funzione legislativa e la funzione di bilancio congiuntamente al Consiglio.⁸⁰

Per quanto riguarda il ruolo del Parlamento nella definizione della politica estera, e specificamente della politica commerciale comune, l'art. 207 TFUE riconosce a tale Istituzione il potere di partecipare sia all'attuazione della PCC, sia al processo di negoziazione e di conclusione dei futuri accordi commerciali.

Alla luce del nuovo quadro normativo, ci si interroga su quali siano i limiti – se ve ne sono – entro i quali il Parlamento può, in pratica, esercitare entrambi i nuovi poteri,

⁷⁸ Art. 133.5 TCE: “Paragraphs 1 to 4 shall also apply to the negotiation and conclusion of agreements in the fields of trade in services and the commercial aspects of intellectual property, insofar as those agreements are not covered by the said paragraphs and without prejudice to paragraph 6”.

⁷⁹ VIS DUNBAR, *The Lisbon Treaty—Implications for Europe's International Investment Agreements*, in *International Centre for Trade and sustainable development*, 9 novembre 2009.

⁸⁰ Il termine “*deficit democratico*” è stato coniato per la prima volta nel 1997 da R. Corbett, collaboratore di A. Spinelli e Presidente dei giovani federalisti europei. Con tale termine, si voleva evidenziare l'assenza di poter del Parlamento europeo in materia legislativa nell'ambito dei Trattati UE, prima ancora delle riforme di Maastricht. In verità, come rilevato da autorevole dottrina, “*non esistono studi seri che permettano di misurare il deficit democratico a livello delle Istituzioni dell'Unione né di fare paragoni con il deficit democratico a livello di quelle degli Stati membri, e quindi, il concetto è rimasto uno slogan*”. ZILLER, *Diritto delle Politiche e delle Istituzioni dell'Unione Europea*, Bologna, 2013, p. 315 Ad oggi, l'art. 14 TUE, così come riformulato, sancisce che: “*Il Parlamento europeo esercita congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Esercita funzioni di controllo e consultive alle condizioni stabilite dai Trattati. Elege il Presidente della Commissione*”. Per l'analisi completa sul nuovo ruolo del Parlamento si rinvia a: TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea, settima edizione*, cit., pp. 22 ss..

posto che al riguardo la lettera della norma non è chiara.

Per quanto concerne il primo potere, il secondo comma dell'art. 207 TFUE prevede che il Parlamento europeo deliberi con il Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE, “*adottando le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune*”.⁸¹

Il rinvio all'art. 294 TFUE implica che il Parlamento europeo diviene co-legislatore – unitamente al Consiglio – degli atti di implementazione degli accordi internazionali e l'adozione di autonome misure interne di politica commerciale.

L'art. 207.2 TFUE estende quindi l'applicazione del processo di legislazione ordinario anche agli atti legati alla politica commerciale comune e pertanto, il consenso del Parlamento europeo diviene necessario per la stipulazione di tutti gli accordi internazionali che devono essere implementati sul piano interno.⁸²

Non è tuttavia chiaro quale sia il ruolo del Parlamento nella fase di negoziazione e stipulazione di quegli accordi che non devono essere implementati.⁸³

La specificazione introdotta al secondo comma dell'art. 207 TFUE, “*misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune*”, potrebbe infatti circoscrivere il potere decisionale del Parlamento alle sole misure di politica commerciale comune, quindi ai soli accordi internazionali, che devono essere implementate sul piano interno. Una simile circostanza potrebbe, ad esempio, crearsi quando si arriverà alla conclusione dell'accordo che modifica il *Dispute Settlement Understanding* (“**DSU**”).⁸⁴ Infatti, le eventuali modifiche del sistema di controversie dell'OMC non avrebbero riflessi sul piano interno dell'Unione e, non dovendo essere implementate, non sarebbero in grado di attivare il meccanismo previsto dall'art. 207.2 TFUE.

In questi casi quindi, il ruolo del Parlamento rimarrebbe prettamente consultivo nonché circoscritto alla fase finale del processo di negoziazione, ossia alla firma, così come previsto all'art. 218 TFUE.⁸⁵

⁸¹ Il primo comma dell'art. 294 TFUE prevede che: “*Quando nei Trattati si fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria, per l'adozione di un atto, si applica la procedura che segue [...]*”. In tutti gli altri casi, per l'implementazione di un atto si fa rinvio a procedure legislative speciali.

⁸² Art. 218.6 par. 2 (a) V. TFUE: “[...] *il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'Accordo a) previa approvazione del Parlamento europeo nei seguenti casi: V) Accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria [...]*”.

⁸³ DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit., pp. 97-98.

⁸⁴ KRAJEWSKI, cit., p. 309.

⁸⁵ *infra.*, par. seguente.

In definitiva, comunque, anche laddove il dettato dell'art. 207.2 TFUE fosse interpretato in modo restrittivo, limitando il potere decisionale del Parlamento alla stipulazione degli accordi internazionali che devono essere implementati sul piano interno, il ruolo di quest'ultimo risulterebbe comunque rafforzato dal Trattato di Lisbona. Diversamente da quanto previsto nelle precedenti formulazioni, il Parlamento ha ora diritto a essere informato dei progressi dei negoziati di qualsiasi accordo internazionale e di svolgere un ruolo consultivo durante tutta la fase di negoziazione dei medesimi.⁸⁶

Per quanto riguarda il secondo potere, si rileva che l'art. 207.3 TFUE prevede disposizioni particolari relativamente alla procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali in materie comprese al primo comma della medesima norma.

La nuova previsione conferisce al Parlamento europeo il diritto di essere informato sullo stato di avanzamento dei negoziati, ma sorge il dubbio su quali poteri il co-legislatore europeo possa effettivamente esercitare.

In generale, l'art. 207.3 TFUE sancisce che l'Unione stipula accordi internazionali in materia di PCC nel rispetto delle previsioni di cui dall'art. 218 TFUE – procedura ordinaria di negoziazione degli accordi internazionali.⁸⁷ Il comma in esame fa comunque salve le “*disposizioni particolari del presente articolo*” e per esse, una specifica definizione dei ruoli delle Istituzioni, nonché di margini di maggioranza differenziati.

Per quanto riguarda i ruoli, in sintesi, la Commissione, dopo averne ricevuto mandato dal Consiglio, avvia i negoziati con i Paesi terzi. Insieme al Consiglio, ha inoltre il compito di valutare la compatibilità degli accordi *negoziandi* con le politiche interne dell'Unione. Ciò significa che la Commissione e il Consiglio non possono stipulare accordi con Paesi terzi che conducono politiche in contrasto con i principi ed i valori difesi in seno all'Unione.⁸⁸ L'Unione, infatti, non può stringere relazioni, anche solo commerciali, con Paesi terzi, profittando delle garanzie in materia, ad esempio, di tutela dei lavoratori e dell'ambiente, meno elevate di quelle imposte agli operatori europei. Il fine è, più in generale, quello di mantenere una condotta uniforme sia sul

⁸⁶ Sul punto si rinvia a WOOLCKOCK, *The potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union external Trade*, in *SIEPS European Policy analysis*, 2008. Sempre sul nuovo ruolo del Parlamento, si rileva che la nuova formulazione dell'art. 11 TUE, codificando il principio di democrazia partecipativa, ammette la formulazione, da parte del Parlamento, di proposte legislative: il potere del Parlamento europeo e per esso dei Parlamenti nazionali è stato quindi rafforzato.

⁸⁷ Per un'analisi sulla procedura di conclusione dei Trattati internazionali, si rinvia a: ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni europee*, cit., p. 522-525.

⁸⁸ *Infra.*, Parte, cap. III, sez. II, par. 7.

piano interno sia su quello delle relazioni internazionali.

Il combinato degli artt. 207.3 e 218.2 TFUE attribuisce al Consiglio il potere di avviare i negoziati, di definire le direttive del negoziato nonché di autorizzare la firma e la conclusione dell'accordo. Al Parlamento è riconosciuto invece il diritto di essere informato dalla Commissione dei progressi del negoziato; in fase di conclusione dell'accordo, salvi i casi in cui è prevista l'approvazione del Parlamento, quest'ultimo può solo formulare il proprio parere, non vincolante, al Consiglio.⁸⁹

Come anticipato, però, risulta poco definita l'effettiva portata del ruolo del Parlamento, e ciò è stato all'origine di contrasti tra le Istituzioni europee. Il Consiglio ha infatti espresso il proprio dissenso alla Proposta di accordo tra Commissione e Parlamento, predisposta per definire le relazioni tra queste ultima due alla luce delle nuove previsioni del Trattato di Lisbona.⁹⁰ Il Consiglio, oltre a evidenziare il suo mancato coinvolgimento nella negoziazione del predetto testo inter-istituzionale, ha sollevato una serie di eccezioni di merito.⁹¹ Tra queste, una concerne la previsione della Proposta in base alla quale, in occasione della stipulazione dei futuri Accordi: *“the Commission will facilitate the participation of Members of the European Parliament as observers in all relevant meetings under its responsibility before and after international negotiation sessions”*.⁹² Al riguardo, si osserva che il dettato di cui all'art. 218.4 TFUE⁹³ legittima solo il Consiglio a nominare il Comitato che sarà consultato e parteciperà alla fase di negoziazione degli accordi e di conseguenza, la previsione contenuta nella Proposta di accordo inter-istituzionale si pone in contrasto con la lettera del Trattato poiché vorrebbe riconoscere al Parlamento un ruolo superiore rispetto a quello normativamente previsto.⁹⁴

⁸⁹ Nella vecchia formulazione dell'articolo sulla politica commerciale comune, la Commissione aveva l'obbligo di riferire periodicamente dei progressi circa la negoziazione dell'accordo solo al Comitato speciale; il Parlamento, pertanto, poteva solo partecipare alla fase di ratifica dell'Accordo (art. 133 TCE).

⁹⁰ COMMISSIONE EUROPEA e PARLAMENTO EUROPEO, *Proposta di un Accordo quadro sulle relazioni tra Commissione e Parlamento Europeo per il periodo legislativo 2009-2014*, 2010/2118 (ACI), del 9 febbraio 2010, disponibile al sito:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:304:0047:0062:EN:PDF>.

⁹¹ Parere del 18 ottobre 2010, del Consiglio Europeo, Servizi giuridici, n. 12964/10, JUR 348 INST 302, disponibile al link: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st15/st15018.en10.pdf>

⁹² COMMISSIONE EUROPEA e PARLAMENTO, *Proposta di un Accordo quadro sulle relazioni tra Commissione e Parlamento Europeo per il periodo legislativo 2009-2014*, cit., punto 21.

⁹³ Art. 218.4 TFUE: *“Il Consiglio può impartire direttive al negoziatore e designare un Comitato speciale che deve essere consultato nella conduzione dei risultati”*. Art.207.3TFUE: *“[...] tali negoziati sono condotti dalla Commissione, in consultazione con un Comitato speciale designato da un Consiglio per assisterla in questo compito”*.

⁹⁴ Parere del Consiglio europeo, servizi giuridici, n. 12964/10, cit., p. 12. Sul nuovo ruolo del Parlamento, la Commissione ha affermato che *“With regards to the right of the European Parliament to be informed and consulted in an appropriate and meaningful manner throughout the negotiations, the Commission reconfirms*

Peraltro, il Trattato di Lisbona ammette solo per alcune tipologie di accordi internazionali – quelli di cui all’art. 207.2 TFUE – l’intervento del Parlamento nella fase iniziale, relativa alla definizione degli aspetti della politica commerciale comune e in quella finale, quando quindi l’accordo è stato finalizzato e manca solo l’approvazione. Per le tipologie escluse dal secondo comma, invece, il TFUE non prevede alcun coinvolgimento del Parlamento nella fase di negoziazione e di conclusione degli accordi.⁹⁵

4. *Segue*: LE NUOVE MAGGIORANZE DI VOTO PER LA STIPULAZIONE DI ACCORDI COMMERCIALI EUROPEI CON PAESI TERZI: UNA MAGGIORE AUTONOMIA TRA AZIONE ESTERNA E INTERNA.

Diversamente dalle formulazioni precedenti, il quarto comma dell’art. 207 TFUE impone due margini di voto diversi a seconda della tipologia di accordo internazionale che deve essere stipulato. La riformulazione non pone problemi interpretativi, ma merita comunque una breve considerazione per quanto riguarda gli effetti che da essa discendono.

In generale, per l’adozione di accordi internazionali, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. Diversamente, per la negoziazione e la conclusione di accordi nei settori degli scambi di servizi, degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e degli investimenti esteri diretti è richiesta l’unanimità “*qualora tali accordi contengano previsioni per le quali è richiesta l’unanimità per l’adozione di norme interne*”. Nella precedente formulazione, l’art. 133 TCE richiedeva invece l’unanimità “*qualora l’accordo riguardi un settore nel quale la Comunità non ha ancora esercitato, con l’adozione di norme interne, le sue competenze in virtù del presente Trattato*”.

L’esclusione dell’obbligo dell’unanimità per i casi di mancato esercizio di una competenza interna ha portato a un alleggerimento del processo decisionale, slegando l’attività esterna da quella interna e sviluppando, al contempo, il parallelismo delle modalità decisionali in seno al Consiglio. In altre parole, per la negoziazione e la

its commitment to cooperate in order to serve this goal, in compliance with the relevant provisions of the Treaties and of the Framework Agreement on Relations between the European Parliament and the Commission [...] It will therefore inform the Parliament of its intention to seek negotiating directives for any investment negotiations at the same time as it informs the Council, and, when proposing draft negotiating directives to the Council, it will at the same time present them to Parliament. This will be done in sufficient time for the Parliament to be able to express its views as appropriate, and for the Commission to be able to take the Parliament's view as far as possible into account”. COMMISSIONE EUROPEA, *Follow up to the European resolution on international investment policy*, 6 luglio 2011.

⁹⁵ Parere del Consiglio Europeo, servizi giuridici, n. 12964/10, cit., pp. 12-15.

conclusione di accordi internazionali devono essere previste le medesime maggioranze che sono stabilite per l'adozione del corrispondente atto legislativo interno.

La nuova formulazione ha realizzato quindi un equo bilanciamento tra la necessità di svincolare l'adozione di misure esterne dal previo esercizio del corrispondente potere interno e il timore degli Stati membri di essere privati delle proprie prerogative decisionali: le maggioranze richieste dipendono, infatti, dalla materia e rimangono eguali, indipendentemente dal fatto che la misura sia adottata sul piano interno ovvero esterno.

Il comma in esame prevede inoltre l'unanimità per materie di particolare rilievo nazionale, difficili da sottrarre alla competenza degli Stati membri. Ai fini della nostra indagine ci soffermiamo solo sulla previsione di cui all'art. 207.4 TFUE sotto paragrafo 3a che richiede l'unanimità in Consiglio per la sottoscrizione di accordi che contengono previsioni *“relative allo scambio di servizi culturali ed audiovisivi qualora tali accordi rischino di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione”*.⁹⁶

Tali settori non sono più esclusi dalla competenza esclusiva dell'Unione, come invece accadeva nelle precedenti formulazioni ma, per la loro sensibilità, vengono mantenuti presidi, quale il ricorso all'unanimità, se sussistono particolari condizioni.

Il dettato normativo sconta ancora una volta il limite di essere definito in termini eccessivamente vaghi, così ostacolando l'attività dell'interprete. In primo luogo, la diversità culturale è un concetto di per sé indefinito che può essere riempito di molteplici significati. In secondo luogo, non sono chiari i termini e le modalità con cui lo Stato membro potrà attivare l'eccezione dell'unanimità. La percezione di un “rischio”, eventualmente evidenziata dallo Stato, potrebbe invero non essere condivisa dal Consiglio, che quindi potrebbe procedere all'adozione della misura con una votazione a maggioranza qualificata, lasciando che la questione venga eventualmente, e successivamente, risolta dalla Corte di giustizia europea. Per uscire dall'impasse interpretativa si possono ipotizzare due scenari: nel primo, gli Stati membri potrebbero rinunciare a far valere l'eccezione di cui al sotto paragrafo in esame per il secondo, il Consiglio dovrebbe ricorrere al procedimento all'unanimità ogniqualvolta nell'accordo *stipulando* siano inserite previsioni relative agli scambi di servizi culturali e audiovisivi, indipendentemente dall'esistenza di eventuali “rischi”. Quest'ultima appare l'opzione

⁹⁶ Secondo la previsione di cui all'art. 207.4 TFUE, il vincolo dell'unanimità per la stipulazione degli Accordi opera anche per quelli che contengono previsioni *“nel settore degli scambi di servizi nell'ambito sociale, dell'istruzione e della sanità, qualora tali Accordi rischino di perturbare seriamente l'organizzazione nazionale di tali servizi e di arrecare pregiudizio alla competenza degli Stati membri riguardo alla loro prestazione”*.

preferibile, anche alla luce del fatto che gli accordi commerciali, di prassi, contengono sia materie per le quali è prevista la votazione all'unanimità sia quelle che devono essere decise a maggioranza qualificata. Per effetto del *pastis principle* le prime hanno forza attrattiva sulle seconde, imponendo quindi che tutto l'accordo venga sottoscritto all'unanimità, senza pertanto ricorrere all'eccezione di cui al sotto-paragrafo 3a.⁹⁷

5. *Segue*: IL PRINCIPIO DEL PARALLELISMO “A CONTRARIO” A PRESIDIO DELLA SUDDIVISIONE DI COMPETENZE INTERNE TRA UNIONE E STATI MEMBRI.

Il quinto comma dell'art. 207 TFUE è dedicato al settore dei trasporti la cui trattazione esula però dall'impianto generale di questo studio, dal momento che si tratta di una materia che ha sempre avuto autonoma regolamentazione a livello europeo. Basti qui ricordare che tale previsione è analoga a quella contenuta nella precedente formulazione e la sua interpretazione è ancora oggetto di dibattito tra Commissione e Consiglio.⁹⁸

Al sesto comma dell'art. 207 TFUE è infine previsto che “*l'esercizio delle competenze attribuite dal presente articolo nel settore della politica commerciale comune non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri e non comporta un'armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri, se i Trattati escludono tale armonizzazione*”.

Si tratta di una clausola di salvaguardia che slega le competenze interne da quelle esterne. In buona sostanza, dalla previsione in esame, si evince che l'azione esterna dell'Unione deve essere esercitata autonomamente e non è soggetta agli stessi limiti che valgono per quella interna.⁹⁹ Al contrario, la separazione dei piani di attribuzione, interno ed esterno, da un lato lascia l'Unione libera di esercitare in modo esclusivo i poteri che rientrano nella politica commerciale comune mentre, dall'altro, preserva le competenze degli Stati membri per quelle materie che rimangono di competenza

⁹⁷ LAMY, *The Convention and trade policy: concrete steps to enhance the EU's international profile*, 5 febbraio 2002: http://europa.eu.int/comm/commissioners/lamy/speeches_articles/spla146_en.htm.

⁹⁸ Art. 133.5 TCE “*la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali nel settore dei trasporti sono soggette al titolo V e dell'art. 300 TCE*”. Nella formulazione attuale sono stati modificati solo i rinvii, divenendo pertanto titolo VI e art. 218 TFUE. Per quanto riguarda l'interpretazione della previsione “*This (art.207.5 TFUE) is a similar provision for agreements on transport [...] the precise scope of which is currently a subject of dispute between the Commission and the Council*.” LEAL-ARCAS, *The European Union's Trade and investment policy after the Treaty of Lisbon*, Legal Study Research Paper n.64/2010, Queen Mary University of London, School of Law, (2010) p. 481.

⁹⁹ DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit., pp. 95-99. *Contra*, LEAL-ARCAS, cit., p. 482. Per Leal-Arcas, la corretta interpretazione della previsione dell'art. 207 TFUE implica che l'Unione non può stipulare accordi internazionali che possono avere ripercussioni nei settori di competenza degli Stati membri.

concorrente.

In generale, il presidio di cui all'art. 207.6 TFUE si applica a quei settori di competenza di sostegno, individuati all'art. 6 TFUE, nei quali l'Unione ha competenza "per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri".

Più nello specifico, il presidio in esame può trovare applicazione anche per l'ipotesi di competenza concorrente. L'art. 167 TFUE stabilisce, ad esempio, che per gli scambi nei servizi culturali o degli audiovisivi interni al mercato europeo vi è competenza concorrente di Unione e Stati membri; l'art. 207.4 TFUE "trasforma" tale competenza da concorrente ad esclusiva quando tali settori divengono oggetto di scambi transfrontalieri. Tuttavia, per effetto della disposizione di cui all'art. 207.6 TFUE, l'eventuale armonizzazione legislativa raggiunta per tali settori in accordi internazionali non si impone sulle disposizioni legislative o regolamentari adottate dagli Stati membri e così non pregiudica la ripartizione delle competenze tra questi ultimi e l'Unione.

In definitiva, la disposizione dell'art. 207.6 TFUE definisce un parallelismo *a contrario*.¹⁰⁰ Nella formulazione tradizionale, tale principio implica che la competenza esterna si estende sino ai limiti di esercizio di quelle interne. Il parallelismo *a contrario* impedisce, invece, all'Unione di negoziare un accordo internazionale, se questo richiede l'armonizzazione delle misure interne, e la medesima non ha competenza interna a uniformare il settore.

Sezione II

Profili critici sull'estensione della nuova competenza dell'Unione Europea in materia di investimenti esteri diretti

6. I DIFFERENTI APPROCCI INTERPRETATIVI.

L'art. 207 TFUE trasferisce, lo si è detto, in capo all'Unione la competenza esclusiva in materia di IED, ma non ne specifica l'estensione. Ci si interroga quindi se, a seguito del conferimento del nuovo potere, l'UE potrà adottare sia misure di ammissione sia misure di protezione ovvero dovrà limitarsi solo alle prime.

Favorire un'interpretazione più o meno estesa del dettato normativo implica

¹⁰⁰ WOUTERS, COPPENS e DE MEESTER, *External relations after the Lisbon Treaty*, in GRILLER, ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a constitutional Treaty*, Vienna/New York, 2008, pp. 143-203, spec. p. 174.

conseguenze rilevanti per la gestione dei rapporti pendenti e la definizione di quelli futuri. Se si assume un'interpretazione riduttiva della nuova competenza, si limitano i poteri dell'Unione alla definizione di politiche di accesso, lasciando agli Stati membri il potere di adottare misure relative al trattamento e alla protezione dell'investimento.

Di contro, se si espande il ruolo dell'Unione riconoscendole il potere di definire misure di pre e post-stabilimento, inevitabilmente si scalfisce una porzione significativa della sovranità degli Stati.¹⁰¹

Tale interpretazione estensiva, se giustificata da idonee basi giuridiche rinvenibili nei Trattati istitutivi, favorirebbe un risultato coerente con la tendenza generale che si ravvisa in seno all'Unione: la graduale liberalizzazione degli scambi, anche di investimenti, è possibile solo attraverso l'uniformazione del quadro legislativo della materia a livello europeo. Riconoscere all'Unione il potere di definire politiche di pre e post stabilimento significa, infatti, favorire il futuro allineamento delle molteplici fonti normative che oggi regolano il settore degli investimenti. Gli accordi europei e i BITs degli Stati membri sono tra loro complementari, quindi garantiscono l'investitore in ogni fase dell'operazione, ma possono essere causa di discriminazioni tra investitori europei e stranieri e stranieri tra loro.¹⁰²

Il passaggio di competenze in capo all'Unione dovrebbe viceversa permettere la definizione di un unico strumento legislativo che contenga al contempo clausole relative all'ammissione e alla protezione dell'operazione di investimento così favorendo, tra l'altro, l'allineamento della politica europea a quella condotta da altri attori internazionali. In altre parole, legittimata dal nuovo conferimento di poteri, l'Unione potrebbe trarre ispirazione dal capitolo undicesimo del NAFTA, che contiene appunto previsioni sull'accesso e la protezione degli investimenti esteri. Tale approccio, quindi la previsione di norme pre e post stabilimento, è peraltro a oggi seguito nella più parte degli accordi multilaterali stipulati anche da Paesi non-NAFTA, quale il Giappone e la Cina.¹⁰³

Gli Stati membri, per parte loro, continuerebbero comunque a svolgere un ruolo attivo nella definizione delle politiche sugli investimenti, specificamente in quelle ipotesi

¹⁰¹ Le misure di pre-stabilimento concernono la definizione di condizioni di accesso al territorio mentre quelle di post-stabilimento accordano all'operatore straniero garanzie di trattamento. La definizione di entrambe le misure, pre e post, permetterebbe di uniformare la politica dell'area regionale europea per ogni fase dell'operazione.

¹⁰² *Supra*, Parte I, cap. I, par. 3 e 4.

¹⁰³ Sul punto, si rinvia a VIS-DUNBAR, cit.

in cui verranno sottoscritti accordi in forma mista, che contengono quindi materie che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione.¹⁰⁴

L'estensione dei nuovi poteri dell'Unione dipende quindi dall'interpretazione dell'art. 207 TFUE e dall'esistenza di altre basi giuridiche – sempre contenute nei Trattati istitutivi – che possano contribuire a definirne i contorni. Sul punto, non è stata ancora raggiunta una posizione unanimemente condivisa, per la quale si dovrà probabilmente attendere una pronuncia della Corte di giustizia europea.

In dottrina rimane aperto il dibattito tra i sostenitori della competenza limitata alle sole politiche di accesso e coloro che, invece, giustificano in capo all'Unione l'esistenza di ampi poteri, relativi quindi anche alla protezione dell'operazione di investimento.

7. LA NUOVA POLITICA COMMERCIALE COMUNE NEL TRATTATO DI LISBONA.

Il rischio di un'eccessiva erosione del potere degli SM in materia di IED ha fatto in alcuni casi propendere per interpretazioni restrittive della nuova formulazione dell'art. 207 TFUE.

Come anticipato, per parte della dottrina – invero minoritaria – la lettera del Trattato deve essere interpretata restrittivamente, così da preservare un pur limitato potere in capo agli Stati membri in materia di IED.

Più nello specifico, si possono distinguere due approcci interpretativi restrittivi. Il primo limita la nuova competenza dell'Unione alla regolazione dei soli investimenti esteri legati al commercio internazionale; in base al secondo approccio, invece, l'art. 207 TFUE conferirebbe all'UE solo il potere di negoziare, in qualità di mandatario, i futuri accordi commerciali internazionali.

Secondo la prima corrente interpretativa, l'art. 207 TFUE riconosce all'Unione una competenza limitata agli aspetti commerciali delle operazioni di investimento.¹⁰⁵

Tale approccio si ferma al dato letterale della norma interpretato alla luce del contesto, degli obiettivi e delle circostanze storiche che hanno portato alla stipulazione

¹⁰⁴ La procedura di conclusione degli accordi internazionali varia parzialmente per gli accordi che regolano, *inter alia*, materie di competenza concorrente. Si tratta dei c.d. accordi misti, la cui entrata in vigore è subordinata alla ratifica anche degli Stati membri, secondo le rispettive procedure costituzionali. *Infra*. Parte I, cap. III.

¹⁰⁵ KRAJEWSKI, *External trade Law and the Constitution Treaty: towards a federal and more democratic common commercial policy*, cit..

del Trattato di Lisbona nonché alla riformulazione dell'art. 207 TFUE.¹⁰⁶

Per quanto riguarda il contesto storico e gli obiettivi, i sostenitori dell'interpretazione restrittivo-letterale, ora in esame, evidenziano che gli IED divengono per la prima volta parte della politica commerciale comune nella bozza di quella che sarebbe dovuta diventare la Costituzione Europea. L'estensione della competenza dell'Unione in materia di IED è stata allora prevista in termini uguali a quelli di cui all'art. 207 TFUE. Da ciò consegue che, poiché ai tempi della preparazione della Costituzione Europea non si pensava di conferire una competenza che andasse oltre le questioni inerenti agli aspetti commerciali degli investimenti, un'interpretazione analoga deve essere adottata anche per l'attuale formulazione del Trattato di Lisbona.¹⁰⁷

Si osserva, tuttavia, che la “questione investimenti”, seppur poco discussa in sede di preparazione del Trattato-Costituzione, fu già oggetto di ampio dibattito nelle Conferenze inter-governative che portarono alla sottoscrizione dei Trattati di Maastricht e di Nizza.¹⁰⁸ In occasione della Dichiarazione di *Laeken* del 2001 poi, il Consiglio Europeo ha sancito che l'Unione “*was confronted with a fast-changing globalised world. A better division and definition of competence was therefore needed to achieve a more democratic, transparent and efficient world*”.¹⁰⁹

Nel 2006, infine, la Commissione ha affermato la necessità di sviluppare un nuovo e ambizioso modello di accordi di investimento europei, da adottare nelle future relazioni con i *partner* commerciali.¹¹⁰

L'inclusione degli IED nella politica commerciale comune rispecchia quindi necessità che sono sempre andate ben oltre le questioni relative agli aspetti commerciali.

Inoltre, diversamente da quanto difeso dai sostenitori di tale approccio, proprio la formulazione dell'art. 207.1 TFUE sembra garantire l'inclusione degli IED diversi da quelli strettamente relativi al commercio: il primo comma della predetta norma menziona infatti gli “*scambi di merci e servizi e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti stranieri diretti*”.

La congiunzione “e” distingue i due settori, merci e servizi, e ciò non implica che

¹⁰⁶ *ibid.*, pp. 112-114.

¹⁰⁷ *Supra*, cap. I, par. 2.

¹⁰⁸ *ibid.*

¹⁰⁹ CONSIGLIO, *Laeken Declaration on the Future of the European Union* del 13 dicembre 2001, in *Gaz. Uff. Un. Eur.* n. C 12, p.18.

¹¹⁰ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato Economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Europa Globale, competere nel mondo, un contributo alla crescita e all'occupazione dell'UE*, COM2006/0567 del 4 ottobre 2006.

gli IED siano solo quelli legati allo scambio di beni, ben potendo essere ammessi anche per i servizi. Parallelamente, la specificazione *aspetti commerciali* vale solo per la proprietà intellettuale, cui è direttamente connessa. Se l'intento fosse stato davvero quello proposto dai sostenitori dell'approccio interpretativo ora in esame, il legislatore europeo avrebbe specificato questa posizione già nella lettera del Trattato, probabilmente inserendo una seconda congiunzione tra investimenti e proprietà intellettuale.

Per la parte della dottrina più conservatrice, invece, la nuova competenza europea deve essere interpretata, sempre restrittivamente, ma alla stregua di un mandato a negoziare. Per effetto di questa impostazione, l'Unione Europea può pertanto solo negoziare i futuri accordi commerciali, rimanendo la definizione dei contenuti una questione di competenza degli Stati membri.¹¹¹

Questa lettura trova la propria base giuridica nel comma 3 dell'art. 207 TFUE che richiede l'unanimità dei voti in Consiglio per la stipulazione di accordi internazionali in materia di IED.¹¹² Da ciò deriverebbe che, poiché il Consiglio è il rappresentante degli Stati membri, l'imposizione dell'unanimità lascerebbe il potere di definire gli accordi a questi ultimi, riconoscendo alla Commissione solo il compito di rappresentare l'Unione in sede di negoziati. Se gli SM non raggiungono un accordo, la Commissione può assumere impegni con il Paese terzo controparte, nel rispetto però delle singole richieste nazionali.

Una posizione tanto restrittiva non può essere condivisa; da un lato l'inclusione degli IED nella politica commerciale comune sarebbe priva di valore se, concretamente, l'Unione guadagnasse solo il ruolo di referente, quindi di soggetto preposto ad esternare quanto già definito dagli Stati membri.

Dall'altro, l'interpretazione conservatrice assume che il legislatore europeo abbia inteso regolare il settore degli investimenti diversamente da quello dei beni e servizi, per i quali l'Unione definisce anche gli aspetti sostanziali, vincolanti per gli Stati membri.

La lettura sistematica del Trattato di Lisbona e il principio dell'analogia, che è strumento interpretativo anche nel sistema europeo, impediscono che settori tra loro

¹¹¹ MOLA, *Which role for the EU in the development of international investment law?*, presentato alla *Society of International Economic Law, Inaugural Conference*, ottobre 2010.

¹¹² Per parte della dottrina, la politica commerciale comune non riflette solo ed esclusivamente le previsioni del mercato interno *"this in turn implies the need to establish the relationship between CCP powers and those implied from other, predominantly, internal provisions, including those relating to capital movements, establishments, energy and environment [...] one aspect of this policy coherence reflected in art. 207.3 TFUE, which requires CCP agreements to be compatible with internal Union Policies and rules"*. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union*, cit., p. 229.

così vicini, poiché tutti parte della politica commerciale comune, siano oggetto di un trattamento differenziato.

L'art. 207 TFUE copre peraltro sia l'adozione di atti legislativi interni – quale la predisposizione del mandato a negoziare del Consiglio – sia la negoziazione e conclusione di accordi internazionali. Da ciò deriva che la previsione di cui alla norma in esame conferisce sia poteri procedurali sia di definizione di elementi sostanziali; diversamente, verrebbe data un'interpretazione inconferente con il dato normativo.

8. LA SOLUZIONE MEDIANA E IL POTERE DELL'UNIONE CIRCOSCRITTO ALLE POLITICHE DI AMMISSIONE.

Parte della dottrina, proponendo un'ulteriore interpretazione della nuova competenza europea, sostiene che l'art. 207 TFUE riconosca il potere esclusivo dell'Unione solo per regolare le politiche di accesso e di liberalizzazione dei flussi di investimento.¹¹³

Si tratta di una soluzione “mediana” poiché si pone a metà tra le interpretazioni restrittivo-letterali su richiamate e quella estensivo-teleologica, di cui ci si occuperà nel prosieguo.

Per i sostenitori della c.d. “soluzione mediana”, l'Unione dovrebbe limitarsi a perseguire una politica di liberalizzazione degli IED, definendo un regime uniforme di accesso ai confini europei.¹¹⁴

Il riconoscimento della competenza dell'Unione limitato alle sole politiche di ammissione sarebbe il solo conforme alla lettera dei Trattati istitutivi nonché alle necessità economico-politiche che hanno portato alla formulazione attuale dell'art. 207 TFUE.¹¹⁵

Il passaggio di competenze introdotto con il Trattato di Lisbona deve quindi essere interpretato partendo dal quadro normativo precedente, quando gli Stati membri esercitavano il proprio diritto sovrano di definire politiche di ammissione e primo stabilimento per tutte quelle materie escluse dalla politica commerciale comune.

Le conseguenze negative della molteplicità di fonti che regolano gli IED e il

¹¹³ Leczykiewicz sostiene che “*foreign direct investment is only part of the common commercial policy as far as restrictions on foreign direct investment are concerned, but not where investment protection against expropriation is concerned*”. LECZYKIEWICZ, *Common Commercial policy: the expanding competence of the European Union in the Area of international trade*, in *German Law Journal*, vol. 6, 2005, p. 1678.

¹¹⁴ *Ex multis*, DE LUCA, *La competenza dell'Unione Europea sugli investimenti esteri*, Torino, 2012, pp. 25-38.

¹¹⁵ *Supra*, Parte I, cap. I.

rischio che gli operatori economici europei rimangano esclusi dai mercati internazionali più appetibili, hanno favorito il riconoscimento della competenza esclusiva dell'Unione, limitatamente però agli aspetti di pre-stabilimento. La sola uniformazione di questi aspetti è la condizione necessaria, e sufficiente, per favorire la liberalizzazione di scambi di merci, servizi e investimenti e creare l'unione doganale di cui all'art. 206 TFUE.

In termini pratici, quindi, con l'entrata in vigore dell'art. 207 TFUE, l'UE può inserire nei futuri accordi clausole di accesso e di trattamento nazionale e così liberalizzare gli scambi, accrescere i flussi di capitali esteri e, per effetto della clausola di reciprocità, garantire l'accesso degli operatori europei nei mercati stranieri.¹¹⁶

Ovviamente, il passaggio di competenze lascia impregiudicato il regime di restrizioni relative ai movimenti di IED salvaguardate dalla previsione di cui agli artt. 64.1 e 65 TFUE, che inevitabilmente ridurranno l'impatto del processo di uniformazione ora attivato in seno all'Unione.¹¹⁷ In altre parole, l'Unione potrebbe stipulare un accordo di libero scambio con un Paese terzo garantendo condizioni favorevoli di accesso al territorio europeo; tuttavia, l'operatore economico straniero potrebbe essere limitato da misure restrittive di accesso ancora in vigore in uno Stato membro, il quale si aprirà solo qualora l'investitore straniero, fruendo della libertà di cui all'art. 49 TFUE, vi acceda con un secondo stabilimento.

I sostenitori della soluzione mediana sostengono che la limitazione della nuova competenza europea alle sole politiche di ammissione degli IED sia l'unica conforme al diritto dell'OMC e alla prassi del diritto internazionale degli investimenti.

Per quanto riguarda la conformità al diritto OMC, i sostenitori della posizione

¹¹⁶ *Infra*, Parte I, cap. III per l'analisi dello stato di negoziazione degli Accordi con Canada, India e Singapore.

¹¹⁷ Art. 64.1 TFUE: “Le disposizioni di cui all'articolo 63 lasciano impregiudicata l'applicazione ai paesi terzi di qualunque restrizione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell'Unione per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari”. Art. 65 TFUE: “1. Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. 2. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati. 3. Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63”. Per la dottrina si rinvia a Vidal Puig, *The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to 'Foreign direct investment'*, in *Legal Issues of economic Integration*, vol. 40, n. 2, 2013, pp. 133-162 spec. pp.147-154.

mediana assumono che la nuova competenza europea in materia di investimenti esteri diretti sia giustificata dalla necessità di allineare la politica europea a quella condotta in seno all'OMC e, pertanto, essa deve essere interpretata alla luce delle previsioni stabilite in materia da tale Organizzazione internazionale.¹¹⁸

Quest'ultima, per parte sua, ha spinto per la definizione di uno strumento multilaterale volto a definire “*predictable conditions for long-term cross border investment, particularly foreign direct investment*”,¹¹⁹ senza però sancire l'adozione di misure sostanziali uniformi. Analoga esclusione dovrebbe essere prevista nel sistema europeo.

Sempre alla luce del diritto dell'OMC, sarebbe giustificabile l'esclusione dall'art. 207 TFUE degli investimenti di portafoglio.¹²⁰ Sul punto, i sostenitori della “soluzione mediana” argomentano che nella dichiarazione di Doha del 20 novembre 2001 vi è stato l'invito a negoziare le future politiche commerciali e di investimento dando particolare attenzione alle questioni relative alle modalità “*for pre-establishment commitments based on a GATS-type, positive list approach*”,¹²¹ così escludendo quelle operazioni che si esauriscono con il movimento di capitali senza stabilimento.

Alla luce di quanto precede, pare opportuno prendere le distanze da questo approccio, giacché collega due sistemi che meriterebbero, invece, di rimanere distinti. Si deve infatti escludere che la limitazione della nuova competenza esclusiva dell'Unione, con effetti limitati al sistema europeo, si stia assunta per conformare la politica europea a quella adottata in seno all'OMC.

Si osserva, infatti, che l'Unione in altre materie incluse nella PCC e al contempo oggetto di accordi OMC – scambi di merci – definisce regimi sostanziali, così rompendo quell'apparente parallelismo tra i due sistemi, che viceversa i sostenitori della soluzione mediana vorrebbero mantenere. Quanto all'esclusione degli investimenti di portafoglio, si tratta di una questione che esula dal problema dell'effettiva estensione della nuova competenza europea e, pertanto, non può divenire argomento per

¹¹⁸ DE LUCA, cit., p. 39 e ss.

¹¹⁹ OMC, Conferenza Ministeriale, *Dichiarazione di Doha*, WT/MIN(01)/DEC/1 (20 Novembre 2001), para.20.

¹²⁰ *Contra*, DE LUCA: “*la materia degli investimenti esteri diretti costituisce solo un elemento della politica commerciale comune. A sua volta la politica commerciale comune e il suo allargamento al settore solo degli investimenti esteri diretti devono essere interpretati nel contesto del diritto dell'OMC. Il contesto OMC è pacificamente quello proprio della competenza dell'Unione in materia [...]. Gli aspetti relativi alla protezione degli investimenti ricompresi nei BITs (segnatamente e principalmente gli standard assoluti di protezione), le questioni attinenti alla protezione dei diritti di proprietà e interessi economici degli stranieri, così come le questioni relative alla tutela della proprietà in generale, esulano dal contesto OMC*”, DE LUCA, cit., pp. 29-45.

¹²¹ OMC, Conferenza Ministeriale dell'OMC, *Dichiarazione di Doha*, cit..

legittimare il parallelismo OMC-UE.

Per quanto riguarda invece la conformità dell'interpretazione restrittiva alla prassi internazionale, è innegabile che sino ad ora quest'ultima si sia sviluppata nel senso di tenere distinte le misure di accesso da quelle di protezione, lasciando le prime in capo agli Stati ovvero alle Organizzazioni regionali e inserendo le seconde nei BITs predisposti per definire un regime di protezione post-stabilimento.

Si rileva, tuttavia, che nella prassi più recente sono stati stipulati accordi internazionali regionali che includono previsioni di natura sia procedurale sia sostanziale. Tra tutti, l'accordo NAFTA rappresenta l'esempio più compiuto: stabilisce un regime di libero accesso e di trattamento nazionale e garantisce all'investitore il rispetto dello standard minimo di trattamento nonché previsioni a tutela della proprietà dall'espropriazione.¹²²

In definitiva, parrebbe che i sostenitori della teoria ora in esame si limitino a ribadire quanto si evince dal Trattato, legittimando una competenza che può con agio già essere derivata dalla lettera dell'art. 207 TFUE, senza d'altra parte argomentare i motivi che escluderebbero l'allargamento dei poteri alle misure di post stabilimento.

9. *Segue:* I LIMITI DELLA SOLUZIONE MEDIANA.

Contrariamente a quanto asserito dai sostenitori della “soluzione mediana”, in assenza di specifiche preclusioni e assumendo una prospettiva che favorisca l'interpretazione sistematica dei Trattati istitutivi, si rinvergono le basi giuridiche per legittimare l'estensione della nuova competenza anche a misure di post-stabilimento.

In primo luogo, le politiche delle Istituzioni europee che hanno portato alla graduale riformulazione delle PCC sono state sin dal principio volte ad accrescere la competitività dell'UE nei confronti di altri *partner* commerciali. Nel settore degli investimenti, tale risultato può essere realizzato predisponendo per l'investitore straniero un mercato regolamentato, che offra un regime giuridico stabile e certo per ogni fase dell'operazione. Di norma, infatti, l'operatore economico straniero sceglie il territorio ove investire non solo per la facilità di accesso, ma anche per il grado di certezza e stabilità del panorama legislativo. Nel sistema europeo, tali condizioni non possono essere garantite se ciascuno Stato membro mantiene il diritto di definire

¹²² Si rinvia al capitolo XI dell'Accordo NAFTA reperibile al link: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpiID=142>

autonome politiche di protezione continuando, quindi, a stipulare accordi bilaterali complementari a quelli europei di accesso.¹²³

Del pari, l'operazione d'investimento presenta una struttura sì bifasica, poiché scissa in fase di pre e post stabilimento, ma complessa e interconnessa e, pertanto, si verrebbe a creare uno squilibrio di garanzie se solo la prima divenisse oggetto di politiche europee uniformi, lasciando invece la seconda alla libera definizione degli Stati membri.¹²⁴

Peraltro, non è sempre immediata la distinzione tra politiche di accesso e misure di protezione. Ad esempio, l'introduzione di una misura statale che legittima l'aumento significativo della tassazione sui redditi di una società, se anche adottata per questioni di politica interna e applicata indistintamente a tutte le società presenti sul territorio di uno Stato membro, può colpire sia gli investimenti già stabiliti sia quelli che devono ancora accedere al territorio. Per i primi è pregiudicato il regime di protezione. I secondi, viceversa, saranno orientati in territori di altri Stati membri, che hanno un regime di tassazione più favorevole. Anche una misura interna, apparentemente legittima, può quindi incidere sul corretto funzionamento del regime uniforme di accesso ai confini europei. Per evitare tali effetti distorsivi, l'Unione dovrebbe poter regolare entrambe le fasi dell'operazione.

Inoltre, a favore di un'interpretazione estesa della nuova competenza depone il fatto che i nuovi confini della PCC siano stati estesi sino ad includere anche gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale ("P.I."). Tali aspetti concernono più che politiche di liberalizzazione, la definizione dei limiti e del regime di protezione dei diritti di P.I.. Poiché l'Unione può adottare misure sostanziali per regolare i diritti di P.I., per analogia tali poteri dovrebbero valere anche per le operazioni di investimento; l'art. 207 TFUE include infatti sia gli IED sia la proprietà intellettuale.

Da ultimo, il riconoscimento di una competenza estesa in capo all'Unione favorisce la definizione di un quadro normativo rispettoso anche degli aspetti non

¹²³ "The lack of predictability of the host State regulatory environment is among the major factors restricting international investment flows." In UNCTAD, *United Nations World Investment Report, 2003 FDI Policy for development: national and international Perspective*, 2003, p. 85. A favore anche CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol.32.2, 2005, p. 270.

¹²⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e sociale e delle Regioni, Verso una politica comune europea in materia di investimento* COM(2010)343, definitivo, (7 luglio 2010). Al punto 2.b. si legge che "A comprehensive common international investment policy needs to better address investor needs from the planning to the profit stage or from the pre- to the post-admission stage. Thus, our trade policy will seek to integrate investment liberalisation and investment protection".

economici dell'operazione di investimento, la cui tutela è divenuta obiettivo della PCC.¹²⁵ Ciò è ancor più vero poiché, come sostenuto da autorevole dottrina “*FDI is more closely linked to public interest regulations for labour, environmental, and human rights consideration than trade, it makes more sense to treat both investment liberalization and regulation together*”.¹²⁶

Sul punto, la Commissione Europea, nel 2006, in occasione della predisposizione della Piattaforma, ha affermato la necessità di creare una cornice normativa uniforme ove, tra l'altro, figurasse come priorità il mantenimento di *standard* idonei a implementare le priorità delle politiche europee, tra cui rientra il *favor* per lo sviluppo sostenibile “*the hortatory provision on the non-lowering of standards aims at implementing at operational level EU political priorities, to foster sustainable development in all its dimensions. Sustainable development is enshrined in the EU and EC Treaties as an overarching objective, and is also mentioned in the EU Charter of Fundamental Rights*”.¹²⁷

In definitiva, la scomparsa del multilateralismo a favore del regionalismo, nonché la necessità di allineare le politiche europee a quelle condotte in seno ad altre Organizzazioni regionali, dovrebbe far propendere per il riconoscimento in capo all'Unione di una competenza estesa, che legittimi l'adozione di misure relative alla fase di pre e post stabilimento. Tale riconoscimento gioverebbe, peraltro, anche al mercato interno, in passato pregiudicato dalle politiche di ammissione e dai regimi di protezione differenziati adottati individualmente dai singoli Stati membri.¹²⁸

10. LA CONFIGURABILITÀ DI UNA COMPETENZA ESTESA DELL'UNIONE: DALLE POLITICHE DI AMMISSIONE ALLA PROTEZIONE DEGLI INVESTIMENTI.

Le correnti dottrinali che difendono la competenza estesa dell'Unione assumono i motivi descritti nel paragrafo precedente a fondamento del loro pensiero, ma giungono a due risultati diversi.

Da un lato, vi è chi propende per una competenza dell'Unione estesa alla

¹²⁵ *Supra*, Parte I, cap. II, par. 1 e 2.

¹²⁶ In CEYSSENS, *cit.*, p. 282.

¹²⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Note for the attention of the 133 Committee, cit.*, p. 3.

¹²⁸ EECKHOUT, *External relations of the European Union, legal and constitutional foundations*, New York, 2004, pp. 30-31.

definizione di misure di pre e post stabilimento;¹²⁹ dall'altro vi è chi, pur riconoscendo che i nuovi poteri dell'Unione comprendono anche la definizione di misure sostanziali, esclude che l'Unione possa definire questioni relative alla tutela della proprietà dall'espropriazione e inserire la clausola del trattamento giusto ed equo.¹³⁰

Questo secondo approccio trae spunto da un'interpretazione dell'art. 207.6 TFUE che non pare del tutto coerente con la lettera del Trattato di Lisbona, poiché crea un parallelismo tra competenze esplicite interne ed esterne che esula dal dettato della previsione.¹³¹

Per i sostenitori di tale limitazione, la tutela dall'espropriazione e la garanzia del trattamento giusto ed equo non rientrano tra i poteri esterni dell'Unione in quanto quest'ultima non beneficia, in tali materie, di una competenza esclusiva interna.

Si osserva, tuttavia, che l'art. 207.6 TFUE è norma di salvaguardia del principio di attribuzione, volta ad evitare un abuso di competenze da parte dell'Unione.¹³² In altre parole, da una parte, non può legittimare l'efficacia di una misura esterna nei rapporti intra-Unione – se l'UE non ha competenza interna in materia. Dall'altra, non impone che l'esercizio di poteri esterni espliciti sia limitato ai settori in cui l'Unione ha competenza interna.¹³³

Da ciò deriva che, contrariamente a quanto rilevato dalla dottrina in esame, il rinvio all'art. 207.6 TFUE non è idoneo a risolvere la questione. Piuttosto, e per giustificare una competenza “senza limiti”, il problema deve essere inquadrato in termini diversi, procedendo con un'indagine separata per ambo i settori.

¹²⁹ Si rinvia a: BUNGENBERG, *The division of competence between the EU and its Member States in the area of investment policy*, in BUNGENBERG, GRIEBEL, e HINDELANG (eds.), *International investment law and EU law*, Vienna/New York, 2011, pp. 36-37.

¹³⁰ CEYSSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Commission*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, 2005, pp. 259-291.

¹³¹ In CEYSSSENS, cit., pp. 279-281. Secondo l'Autore, la clausola del parallelismo di cui all'art.207.6, prevede che la nuova formulazione della politica commerciale comune non incida sull'originaria suddivisione di competenze Stati membri-Unione. Questa previsione riprenderebbe, invero, le parole del Parere 1/94 in cui la Corte chiarisce che, là ove l'Unione non ha poteri legislativi interni, non può essere raggiunta uniformità per il tramite dell'azione esterna, quindi anche della politica commerciale comune.

¹³² *Supra*, Parte I, cap. II, sez. I, par. 5.

¹³³ La Corte di giustizia europea ha interpretato l'art.133.6 TCE – di tenore analogo all'attuale art. 207.6 TFUE – rilevando che “*riguardando il commercio estero [l'art.133.6 TCE] non potrebbe mai costituire il fondamento normativo per una misura avente unicamente efficacia intra-comunitaria*”. Sentenza del 12 dicembre 2001, in causa 281/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, p. I-12049, punto 46.

11. *Segue*: RIPERCUSSIONI DELLA NUOVA COMPETENZA EUROPEA IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE DIRETTA E INDIRETTA.

Per dimostrare l'esistenza della competenza dell'Unione a definire le misure relative alla tutela della proprietà, si deve partire dall'art. 345 TFUE che così prescrive: “*I trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*”.

Per chi esclude la competenza dell'Unione in questo settore, la lettera di cui all'art. 345 TFUE deve essere interpretata estensivamente nel senso di conferire in capo agli Stati membri competenza esclusiva su qualunque azione che coinvolga i diritti di proprietà in caso di espropriazione o rischi politici, con particolare attenzione alle questioni della legalità dell'espropriazione e del conseguente diritto di compensazione.¹³⁴

Al contrario, si rileva che le origini della norma, la giurisprudenza, nonché altre previsioni del Trattato di Lisbona depongono a favore di un'interpretazione più restrittiva dell'articolo in esame.¹³⁵

Per quanto riguarda l'origine, nelle discussioni preparatorie l'art. 345 TFUE è stato concepito in modo da escludere l'interferenza dell'Unione dalle decisioni concernenti il carattere pubblico ovvero privato di un bene, così riconoscendo in capo agli Stati membri il diritto di categorizzare la proprietà – suddividendola in pubblica e privata – e di mutarne eventualmente il regime.¹³⁶

La giurisprudenza della Corte di giustizia, poi, è sempre stata costante, sin dai primi arresti, nel sancire che gli Stati membri non godono di piena autonomia nella definizione delle questioni relative alla proprietà. Al contrario, essi adottano qualsiasi misura connessa al diritto di proprietà nel rispetto delle altre previsioni dei Trattati istitutivi, incluse quelle relative alla libertà di stabilimento, al libero movimento di capitali, nonché ai principi europei.¹³⁷ Da ciò deriva che le previsioni di diritto europeo

¹³⁴ Cfr. *infra multis*, SHAN e ZHANG, *The Treaty of Lisbon: half way toward a Common Commercial policy*, in *The European journal of international law*, vol. 21, n. 4, 2011, pp. 1066-1084.

¹³⁵ Tale interpretazione è conforme alle previsioni contenute nelle carte costituzionali di alcuni Stati membri. Ad esempio, all'art. 42 Costituzione Italiana si legge che “*la proprietà è pubblica o privata. I Beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati*”. La Costituzione francese dopo aver sancito l'inviolabilità della proprietà, enuncia all'art. 34 che la Legge fissa le regole per definire il regime di proprietà prevedendo quindi che si tratti di regimi di diritto privato ovvero pubblico.

¹³⁶ DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit., p. 110.

¹³⁷ Sentenza del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta* 1964, p. I-1251; sentenza del 6 novembre 1984, in causa 182/83, *Fearon*, in *Raccolta*, 1984, p. 3677, punto 7; sentenza del 1 giugno 1999, in causa 302/97, *Konle* in *Raccolta*, 1997, p. I-3099, punto 38; sentenza del 23 febbraio 2003, in causa 452/01, *Ospelt*, in *Raccolta*, 2001, p. I-9743], punto 24. Anche nei c.d. casi *Golden Shares*, la Corte ha ribadito che l'art. 345 TFUE non può essere usato dagli Stati membri per giustificare una violazione delle norme sul movimento di capitali. Sul punto si rinvia a ARNULL ET ALL., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 2006, pp. 855-866.

vincolano e condizionano la libertà degli Stati membri di decidere su questioni connesse al diritto di proprietà.

Con riguardo, poi, alle altre previsioni dei Trattati istitutivi, l'art. 345 TFUE deve essere interpretato secondo l'approccio adottato per le norme relative alla proprietà intellettuale, rappresentando quest'ultima una *species* del *genus* proprietà.

Al riguardo, si osserva che in tema diritti di P.I., la Corte di giustizia ha stabilito non solo che essi devono essere conformi alle previsioni del diritto europeo,¹³⁸ ma anche che l'UE può adottare misure di armonizzazione relative alla loro esistenza ed esercizio.¹³⁹

In merito a questo secondo aspetto, l'Unione ha da tempo predisposto numerosi atti normativi di armonizzazione del regime dei marchi e dei diritti di proprietà intellettuale connessi ai *software* informatici.¹⁴⁰ Sul punto, l'art. 118 TFUE stabilisce che *“nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno il Parlamento ed il Consiglio [...] stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione dei uniforme dei diritti di proprietà intellettuale dell'Unione”*.

Dalla competenza dell'Unione sulle questioni che concernono i diritti di proprietà intellettuale deriva, per analogia e coerenza di sistema, che l'art. 345 TFUE non può essere interpretato nel senso di escludere completamente l'azione dell'Unione. In altre parole, l'art. 345 TFUE riconosce agli Stati solo il potere di decidere se nazionalizzare o privatizzare, lasciando in capo all'Unione la definizione un regime europeo uniforme delle condizioni che legittimano, o condannano, le misure espropriative.¹⁴¹

In questo senso depone anche la previsione di cui all'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che tutela il diritto di proprietà e prevede che *“nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita*

¹³⁸ Sentenza del 29 febbraio 1968, in causa C-24/67, *Parke Davis c. Probel*, in *Raccolta* 1968, p. I-00081.

¹³⁹ Sentenza del 13 luglio 1995, in causa 350/92, *Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1985, p. I-1985.

¹⁴⁰ CONSIGLIO, *Direttiva 89/104 sull'avvicinamento delle legislazione degli Stati membri in materia di marchi* (1989), [L.40/1]; CONSIGLIO, *Direttiva 91/250 sulla protezione dei programmi informatici* (1991), [L.122/42].

¹⁴¹ La necessità di rendere legittima l'espropriazione predisponendo le condizioni in presenza delle quali gli Stati possono procedervi, nasce dal dubbio se il diritto internazionale permetta, o meno, agli Stati di procedere in totale discrezione all'espropriazione o alla nazionalizzazione degli investimenti. Da questa, due altre domande si pongono come corollari *“si la décision d'exproprier ou de nationaliser rencontre des limitations qui lieraient les Etats et si les conditions de l'expropriation ou de nationalisation sont laissées à la discrétion de ces Etats”*. CARREAU, FLORY, JUILLARD, *Droit International économique*, Parigi, 1990, p. 695.

della stessa”.¹⁴²

Il rinvio alle previsioni di legge vale come rinvio al dritto all’Unione e alla difesa di un ordine pubblico, inevitabilmente anch’esso europeo.¹⁴³ In questo senso l’Unione, definendo parametri sull’espropriazione vincolanti per qualsiasi Stato membro, favorisce l’uniformità e riduce l’aleatorietà che via sarebbe, se gli Stati potessero decidere di limitare il diritto di proprietà solo sulla base dell’ordine pubblico nazionale e dei propri principi fondamentali.¹⁴⁴

Questa lettura è tra l’altro conforme alle previsioni di cui all’art. 51 della predetta Carta che chiarisce al primo comma che “*le disposizioni della Carta si applicano alle Istituzioni, organi e organismi dell’Unione nel rispetto dei principi di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”. Inoltre, al secondo comma precisa che “*la Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione né introduce nuove competenze o compiti nuovi per l’Unione né modifica le competenze e i compiti definiti nel Trattato*”. La competenza dell’Unione di definire modalità e condizioni in presenza delle quali gli Stati membri possono espropriare non implica, quindi, un esercizio di competenze escluse dalle previsioni dei Trattati istitutivi né un impiego esclusivo delle stesse.¹⁴⁵

Gli Stati membri sono poi vincolati dalle previsioni di cui all’art. 1 del Protocollo Addizionale I della CEDU, che preserva il diritto di ciascuno al godimento della

¹⁴² DIMOPOULOS, *The validity and applicability of international Investment agreements between EU Member States under EU and International law*, cit., p. 66.

¹⁴³ L’esistenza dell’interesse pubblico giustifica, insieme ad altri elementi, misure espropriative. Il termine *interesse pubblico* figura anche all’art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea sui diritti dell’uomo. Tuttavia, l’interesse pubblico non è un principio definibile *a priori* e pertanto la Corte di giustizia europea ha limitato i poteri dei giudici riguardo all’identificazione di tale principio rilevando che: “*because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is ‘in the public interest [...] it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern and of the remedial action to be taken*”. Sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo del 21 febbraio 1986, in causa n. 8793/79, *James and others c. Regno Unito*, in Serie A, n. 93.

¹⁴⁴ La Corte di giustizia europea, contrariamente alla posizione di altri Corti sovra-statali tendente ad attenuare i limiti di indagine sulle misure nazionali, ha legittimato un’indagine che vada oltre il dato fattuale. La Corte di Strasburgo ha pertanto stabilito che “*in the absence of formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court consider that it must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of [...] Since the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective, it has to be ascertained whether that situation amounted to a de facto expropriation*”, Sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo del 23 settembre 1986, in causa 7151/75, *Spoorog e Loonroth c. Svezia*, in serie A.n. 52, par. 63. L’analisi nel merito delle misure nazionali è quindi non solo permessa ma anche dovuta, purché venga compiuta in *bona fide*, con ragionevolezza e proporzionalità. Per un’analisi del tema si rinvia a: REINISCH, *Expropriation*, in MUCHLINSKI, ORTINO, SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 407- 458.

¹⁴⁵ *Contra*, DE LUCA, cit., p. 90.

proprietà, che può essere limitato solo per causa di pubblica utilità e nei limiti di quanto previsto dalla legge nazionale e dal diritto internazionale generale.¹⁴⁶

Da ciò consegue che la libertà degli Stati di regolare e di limitare il pieno diritto di proprietà, è condizionata all'esistenza di alcuni presupposti e condizioni, che soli legittimano la loro azione. Tra questi rientrano, inevitabilmente, anche quelli sanciti a livello europeo.¹⁴⁷

Da tutto quanto precede deriva che l'Unione esercita già il potere di definire i casi e le condizioni in cui lo Stato membro può legittimamente espropriare ovvero nazionalizzare.

Il riconoscimento di tale ruolo in capo all'Unione è peraltro in linea con la prassi internazionale del diritto degli investimenti. Infatti, quando gli Stati membri stipulano BITs con Paesi terzi, accettano che le misure espropriative dai medesimi eventualmente adottate, siano regolate dai criteri definiti dal diritto internazionale generale. L'adozione di criteri generali nel regime europeo non implica quindi una riduzione, illegittima, dei poteri degli Stati membri che per primi, nei loro rapporti esterni, sottostanno alle condizioni stabilite dal sistema internazionale.¹⁴⁸

Posto che i Trattati Istitutivi e la giurisprudenza hanno riconosciuto in capo all'Unione la competenza a regolare questioni relative alla tutela della proprietà dall'espropriazione, ci si domanda come siano regolate le espropriazioni indirette, che rappresentano un tipo di espropriazione meno dibattuto in dottrina, ma certo di rilievo nelle relazioni economiche tra Stati.

In estrema sintesi, con espropriazione indiretta si intende l'adozione di misure nazionali che colpiscono negativamente le operazioni di investimento tanto quanto le forme di sottrazione diretta della proprietà.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CEDU, Protocollo addizionale I alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali del 20 maggio 1952.

¹⁴⁷ La Corte di Strasburgo ha affermato che l'art. 1 del Protocollo addizionale I CEDU contiene tre distinte regole: *"the first rule, which is of general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property [...]; the second rule convers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions [...]; the third rules recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose"*. Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 23 settembre 1982, *Sporrong and Lonnroth c. Svezia*, in Serie A. n. 52, par. 63.

¹⁴⁸ *"It is on the whole undisputed that the prohibition of expropriation of foreign property, both under customary international law and under applicable treaty law, covers not only formal taking but also indirect expropriation"*. REINISCH, *Expropriation*, cit., p. 420.

¹⁴⁹ L'espropriazione indiretta ricorre quando le misure adottate da uno Stato, pur non comportando un diretto trasferimento di proprietà, determinano comunque *"effective loss of management, use or control, or a significant depreciation of the value of the assets of a foreign investor"*. Per rinvenire i casi di espropriazione indiretta, la giurisprudenza ha elaborato due approcci interpretativi. Il primo, *sole effective doctrine*, guarda

Nonostante ci siano stati molti tentativi di specificare i diversi tipi di espropriazione indiretta, tale misura, di norma, è spiegata rinviano a concetti più ampi “*unreasonable interference, prevention of enjoyment, deprivation of property rights*”.¹⁵⁰ Indipendentemente dall’esistenza di una definizione unanimemente accolta, nella maggior parte dei casi, l’espropriazione indiretta corrisponde all’adozione di misure legislative che, modificando il regime di tassazione, quello sui beni pubblici – come l’acqua e l’energia o addirittura quello a tutela dei diritti fondamentali quale la salute – riducono i diritti in capo agli operatori stranieri che conducono un’attività economica nel settore riformato.

La varietà di azioni che possono essere all’origine di un’espropriazione indiretta rende difficile distinguere se una misura introdotta dallo Stato, in quanto atto espropriativo, dia origine al diritto di compensazione ovvero rientri tra le misure nazionali legittimamente introdotte. In assenza di previsioni negli accordi tra le parti, l’operazione di esatta qualificazione di una misura è lasciata alla discrezionalità degli arbitri, che devono quindi distinguere tra misure espropriative, dirette e indirette, che fanno sorgere il diritto alla compensazione e misure che rientrano tra gli atti legittimi di regolamentazione statale.¹⁵¹

Molti accordi internazionali, bilaterali o regionali, distinguono tra misure di espropriazione indiretta e atti statali legittimi, prevedendo che la compensazione sia dovuta solo nei primi casi.¹⁵²

agli effetti che discendono dalla misura adottata; se sono tali da comportare la privazione di proprietà, allora si tratta di una misura di espropriazione indiretta. Il secondo, *police powers doctrine*, non restringe l’analisi agli effetti, ma considera la situazione in un contesto più ampio, rinvenendo anche gli interessi statali sottesi alla misura. In altre parole, se la misura è stata introdotta per tutelare l’interesse pubblico ovvero diritti fondamentali, allora non equivale ad un’espropriazione indiretta. Sul punto, si rinvia a: SUDA, *The effect of BITs on human rights enforcement and realization*, in DE SCHUTTER (eds.), *Transnational Corporations and human rights*, Oxford, 2006, pp. 73-160.

¹⁵⁰ REINISCH, *Expropriation*, cit., p. 420.

¹⁵¹ Solo in rare occasioni i Tribunali Internazionali hanno valutato l’effettiva sussistenza dell’interesse pubblico nazionale applicando parametri esterni, il cui uso comporta un’eccessiva intromissione negli affari nazionali. Di norma, infatti, i tribunali NAFTA e UNCITRAL ritengono che se ricorrono obiettivi nazionali legittimi, nel merito dei quali le Corti non possono indagare, le misure introdotte dallo Stato non possono essere considerate alla stregua di un’espropriazione, neppure indiretta e per l’effetto rientrano tra le misure nazionali ammesse. Nel caso Sedco, il Tribunale ha evidenziato che esiste “*an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury which is a consequence of a bona fide regulation within the accepted police powers of States*”. IRAN-US States Claim Tribunals, *Sedco, inc v. National Iranian Oil Co.* (1986). In SD Mayers il Tribunale sancisce addirittura il principio per cui: “*the general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation*”. NAFTA, *SD Mayer*, cit., par. 281. In REINISCH, *Expropriation*, cit., pp. 431-433.

¹⁵² Capitolo 11 NAFTA proibisce ogni misura che equivalga a nazionalizzazione ovvero espropriazione: Art.1110 NAFTA: “*No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment*”. Il

Diversamente, nello studio i cui risultati sono riportati alla figura 1, solo ventitré dei cinquantuno dei BITs europei scrutinati prevedono la tutela dall'espropriazione indiretta.¹⁵³ In nessun caso, tuttavia, tali misure vengono definite in modo chiaro, facendo così sorgere incertezza sulle modalità per distinguere le misure espropriative legittime da quelle di espropriazione indiretta.¹⁵⁴

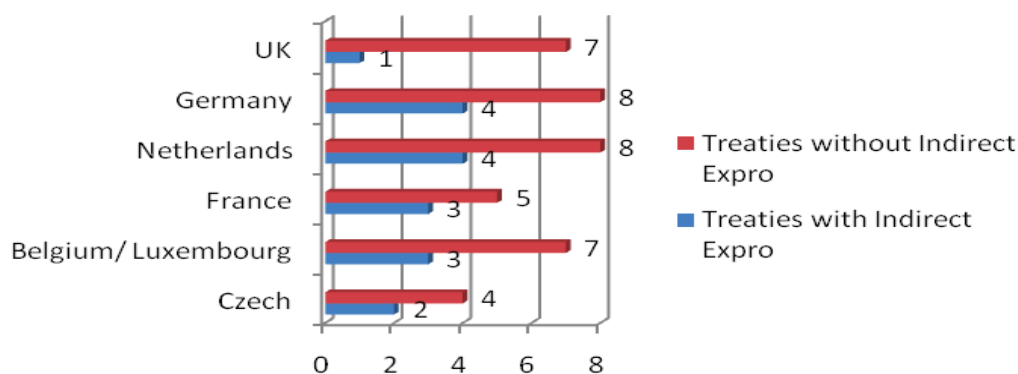


Fig. 1 BITs europei e tutela dall'espropriazione indiretta (*The EU Approach to international Investment policy after the Lisbon Treaty*, Parlamento Europeo, gruppo INTA, 2010).

Si evidenzia che questa situazione d'incertezza può essere all'origine di un trattamento discriminatorio tra gli investitori che operano nel mercato europeo. Infatti, se l'Unione adotta una misura che, di fatto, impone una modifica dell'assetto normativo interno degli Stati membri e quest'ultima è considerata alla stregua di un'espropriazione indiretta, la compensazione sarebbe dovuta solo a gli investitori protetti da un BIT che li garantisce anche dall'espropriazione indiretta, lasciando gli altri privi di tutela.

In definitiva, salva la necessità dell'Unione di prendere una posizione ufficiale in materia di espropriazione indiretta, per tutte le altre questioni connesse all'espropriazione, il potere decisionale di quest'ultima già sussiste. Pertanto, negli accordi commerciali futuri potranno essere inserite previsioni anche a tutela del regime

Model BIT USA definisce in modo piuttosto chiaro i criteri per distinguere tra misure statali che equivalgono ad espropriazioni e misure statali che invece sono legittime: “*except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation*”. Annex B (2012) reperibile al sito <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

¹⁵³ Per l'analisi dei dati si rinvia a: WOOLCOCK, *The EU approach to international investment policy, after the Lisbon Treaty*, INTA, DG Expo policy Department, 2010, pp. 37 ss.

¹⁵⁴ I BITs sottoscritti dal Regno Unito di prassi tutelano l'investitore da misure: “*having effect equivalent to nationalisation or expropriation*”; quelli svedesi proteggono da “*any direct or indirect measure*”. Dello stesso tenore sono le previsioni introdotte nei BITs di Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca e Romania. Dati OCSE *Working Papers on international investment. Indirect Expropriation and their Right to regulate in international investment law*, 2004.

di proprietà.¹⁵⁵

12. *Segue*: LA GARANZIA DEL TRATTAMENTO GIUSTO ED EQUO NELLE FONTI EUROPEE.

Come anticipato, vi è chi sostiene che l'allargamento dei confini della PCC agli investimenti esteri diretti non permetta all'Unione di inserire nei futuri accordi commerciali la clausola sul trattamento giusto ed equo (*free and equitable treatment*, “FET”).

Tale clausola rinvierebbe, infatti, al trattamento nazionale e pertanto non sussisterebbe la competenza dell'Unione a definirne il contenuto.¹⁵⁶

Ci sono, però, due motivi che portano a sostenere il contrario: in primo luogo, a livello internazionale, il contenuto della clausola FET è rinvenuto senza far rinvio al trattamento nazionale. In secondo luogo, nei Trattati istitutivi è rinvenibile la competenza dell'Unione a disporre su tale materia.

In estrema sintesi, la FET contiene uno *standard* di protezione assoluto che protegge l'investitore straniero da misure nazionali che, indipendentemente dalla loro applicazione non-discriminatoria, risultino “ingiuste”.¹⁵⁷

La clausola in esame garantisce un trattamento minimo assoluto, il cui contenuto è però variabile: secondo una prima corrente interpretativa, essa dovrebbe valere alla stregua di uno *standard* autonomo con un proprio significato, che è divenuto parte del diritto consuetudinario.¹⁵⁸ Per una seconda corrente, invece, tale clausola deve essere interpretata alla luce di altre previsioni del diritto internazionale, specificamente quella relativa al *minimum standard* di trattamento.¹⁵⁹ Quest'ultimo principio è parte del diritto

¹⁵⁵ DIMOPOULOS, *EU foreign investment law*, cit., p. 188.

¹⁵⁶ CEYSSENS, cit., p. 290. *Contra*, Dolzer e Schreuer sostengono che: “Tribunals have repeatedly emphasized that this treatment standard is independent of the national treatment standard”, in DOLZER e SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 123

¹⁵⁷ Lo Stato ospite potrebbe, ad esempio, aumentare in modo ingiustificato il regime di tassazione così imponendo condizioni più gravose all'operatore straniero. Il fatto che lo stesso aumento colpisca anche le imprese nazionali non esclude che la misura nazionale, se non introdotta a tutela di interesse superiori nazionali, sia in violazione della clausola FET contenuta nell'accordo stipulato tra il Paese di provenienza dell'investitore e lo Stato che ha introdotto la misura legislativa.

¹⁵⁸ Per un'analisi della clausola FET, si rinvia a: NEWCOMBE, CAMPBELL, *Law and practice of investment Treaties: standards of treatments*, l'Aia, 2009, pp. 255-298; SCHREUER, *Fair and equitable treatment*, BIICL, Investment Treaty Forum, 9 settembre 2005.

¹⁵⁹ La Convenzione OCSE sulla protezione della proprietà privata 1967, sancisce che “FET standard required conforms in effect OCSE to the minimum standard which forms part of customary international law”. In *Commentary on Draft OECD Convention on the Protection of Foreign Property*, Notes and comments to Article 1, 2 ILM (1963) p. 241. La clausola FET non è mai stata inquadrata in una definizione unanimemente accolta e ciò ha sempre lasciato autonomia interpretativa alle corti arbitrali. Anche in sistemi più

internazionale consuetudinario, ma non gode di una definizione unanimemente accolta. Dopo la prima interpretazione data nel 1933,¹⁶⁰ giurisprudenza e dottrina ne hanno ripetutamente espanso o ristretto la portata, e ciò a discapito di certezza per i suoi destinatari.¹⁶¹

Indipendentemente dall'esatta portata della clausola FET, che dipende dalla formulazione e dall'interpretazione che ne viene data, quest'ultima, espressione del principio di buona fede, è inserita nei BITs al fine di proteggere l'investitore da condotte abusive dello Stato ospite, assicurare al medesimo la trasparenza del quadro normativo nazionale – quindi garanzia di equo processo – e, infine, tutelarne le legittime aspettative. Si tratta quindi di una protezione sostanziale assoluta.

Negli accordi commerciali sottoscritti dall'Unione tale clausola non è mai stata prevista – ad eccezione della Carta dell'Energia – ma in alternativa sono state inserite previsioni che, di fatto, proteggono l'investitore in modo analogo.

Poste queste premesse, per giustificare l'esistenza del potere dell'Unione a inserire nei futuri accordi la clausola FET, bisogna adottare una prospettiva generale, evidenziando che nel diritto europeo vi sono principi e previsioni che riconoscono garanzie in capo agli individui, quindi anche agli investitori stranieri, di fatto tutelandoli alla stregua di quanto farebbe la clausola FET.¹⁶²

Nel caso Eureka è stato chiarito che la clausola FET non trova esatta corrispondenza solo nel principio di non-discriminazione, sancito all'art. 18 TFUE e

integrati, quale quello NAFTA, non è stata raggiunta un'uniforme interpretazione della clausola FET, per il cui significato si è fatto sempre rinvio ad altre clausole. Più nello specifico, la Commissione NAFTA in una Nota vincolante del 21 Luglio 2011 ha interpretato l'art. 1105 NAFTA che richiama il *fair and equitable treatment* rilevando che: “*fair and equitable treatment standard was no more than the International minimum standard of customary International law [...] the concepts of fair and equitable treatment and full protection and security do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of article 1105.1 [...] the FET standard reflects the customary international law minimum standard and does not require treatment in addition to or beyond that which is required by customary international law*”. DOLZER e SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 124-125.

¹⁶⁰ MEXICO CLAIM COMMISSION, Caso Neer, 1926: “*the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage [...] so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*”. In United Nations, Report of International Arbitral Award, 1926, IV, pp. 60 et ss..

¹⁶¹ SORNARAJAH, *The International law on foreign investment*, 3^a ed., Cambridge, 2004, p. 204.

¹⁶² Si rinvia a ROBERT-CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre le droit communautaire et Accords internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?* In *Revue Générale de droit international publique*, n. 4, 2011, pp. 853-895.

all'art. 21 della Carta Europea dei diritti fondamentali.¹⁶³ La certezza di un trattamento non-discriminatorio non implica che si tratti al contempo di un trattamento giusto ed equo, potendo ad esempio essere adottate misure che, pur non discriminatorie, risultino ingiuste. La clausola FET sancisce il limite, al di sotto del quale la misura statale si pone in violazione dell'accordo internazionale ciò, indipendentemente dal fatto che la medesima venga adottata in modo non discriminatorio.¹⁶⁴

Oltre al principio di non-discriminazione, il sistema europeo offre all'investitore le garanzie di tutela che discendono dal principio di sicurezza giuridica. Quest'ultimo, individuato dalla CGE ed elevato a principio generale del diritto europeo, protegge ciascun individuo da ogni forma di discriminazione arbitraria.¹⁶⁵ Tale principio è suddiviso in altri sotto-principi, o principi derivati, specificamente il rispetto dei diritti acquisiti, la prevedibilità e determinatezza delle regole giuridiche, nonché la buona fede. Tutte garanzie, queste, che di fatto riempiono di contenuto la clausola FET.

Vi è poi il principio di proporzionalità, sancito all'art. 52 della Carta europea dei diritti fondamentali, che è *standard* di comportamento e previene gli abusi da parte delle Autorità, favorendo l'equo bilanciamento tra interessi pubblici e privati.¹⁶⁶

Nel sistema europeo, tale strumento è stato ampiamente utilizzato, così permettendo di bilanciare gli interessi in gioco e di legittimare le decisioni adottate dalle Autorità pubbliche.¹⁶⁷ Nel sistema internazionale invece, il principio di proporzionalità non è applicato sistematicamente e, se richiamato in sede di controversia, rischia di condurre a risultati tra loro difformi, poiché i BITs non rinviano ad alcun principio comune che permetta di valutare in modo omogeneo il bilanciamento degli interessi

¹⁶³ Corte Permanente dell'arbitrato, lodo sulla giurisdizione, l'arbitrabilità e la sospensione DEL 26 OTTOBRE 2010, in causa *Eureka B.V. c Repubblica Slovacca*, par. 251: “*treatment might be unfair and inequitable even if it is imposed on everyone regardless of nationality or, indeed, of any other distinguishing characteristic. A flate corporation might be an example. Respondent accepted that such a measure might be prohibited by the BIT but permitted by EU law. That possibility precludes an a priori determination that every claim of a violation of the fair and equitable treatment standard must fall within the scope of a prohibition on discrimination. Similar hypothetical examples can readily be imagined that relate to other principles of EU law*”.

¹⁶⁴ Lodo parziale sulla giurisdizione di arbitrato *ad hoc* UNCITRAL del 13 novembre 2000, in causa *S.D. Mayers c. Canada*, par. 259: “*the minimum standard is a floor below which treatment of foreign investors must not fall, even if the government were not acting in a discriminatory manner*”.

¹⁶⁵ Sentenza del 27 marzo 1980, in causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkanit italiana srl*, in *Raccolta* 1980, p. I-1205.

¹⁶⁶ CARTA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, art. 52 co.1: “*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”. Cfr. ZILLER, cit., p. 192.

¹⁶⁷ ROBERT-CUENDET, cit., p. 869.

delle parti.¹⁶⁸

Si osserva, poi, che gli investitori sono protetti dal sistema di garanzie che discende dal diritto di proprietà. Consacrato dalla Corte di giustizia europea nel 1979¹⁶⁹ e codificato all'art. 17 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il diritto di proprietà è stato interpretato in modo particolarmente estensivo, tale da inglobare operazioni economiche diverse tra loro, dallo sfruttamento di un ristorante, alla gestione di un cinema etc., sino a ricomprendere la tutela delle legittime aspettative.¹⁷⁰ Questo ampio sistema di garanzie connesso al diritto di proprietà è stato peraltro sancito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che già nel caso *Francovich* ha stabilito che “*sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro*”.¹⁷¹

Da ultimo, nella dimensione europea, l'investitore gode di tutte le libertà tutelate nella Carta europea dei diritti fondamentali, le cui previsioni garantiscono, di fatto, a ciascun investitore la tutela di uno *standard* minimo di protezione. Tale testo, che per effetto dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore dei Trattati Istitutivi, si impone nei rapporti tra Unione, Stati e individui e, di conseguenza, se la prima adotta una misura difforme dai principi nel medesimo contenuti, gli investitori possono potenzialmente trovare tutela avanti la Corte di giustizia europea.

Alla luce di questa indagine, pare che il sistema europeo offra all'investitore straniero un sistema di tutele affatto difforme da quello previsto nei BIT's attraverso l'inserimento della clausola FET.

A favore della competenza dell'Unione sulla previsione dello *standard* relativo al trattamento giusto ed equo depongono quindi due considerazioni: la prima di ordine metodologico, per la quale i futuri accordi europei devono garantire un trattamento eguale a quello ad oggi previsto nei BIT's stipulati dagli Stati membri. La seconda invece di ordine sistematico: deve riconoscersi il potere di inserire la clausola FET in quanto il

¹⁶⁸ NOUVEL, *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux*, in *Revue Générale Droit International publique*, 2002, p. 96.

¹⁶⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 dicembre 1979, in causa 44/79, *Liselotte Heuer c. Land Rheinland-platz*, in *Raccolta*, 1979, p. I-3727, punto 17.

¹⁷⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 novembre 2010, in cause riunite 18990/07 et 23905/07, *Affaire consorts Richet et le Ber c. France*.

¹⁷¹ Sentenza del 1991, in cause riunite 6/90 e 9/90, *Francovich et al. c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1991, p. I-1029, punto 33.

diritto dell'Unione già garantisce una tutela analoga.¹⁷²

Se tali argomentazioni non fossero dirimenti, vi è in subordine un ulteriore motivo che giustifica la competenza dell'UE ad introdurre la clausola FET nei futuri accordi commerciali. Indipendentemente dall'interpretazione che si voglia dare a tale clausola, quest'ultima è riferibile direttamente – per significato autonomo – o indirettamente – per rinvio al *minimum standard* – al diritto internazionale consuetudinario cui l'Unione è vincolata, in quanto soggetto di diritto internazionale.

Dei BITs europei sino a oggi sottoscritti, solo diciannove non contengono la clausola FET tra gli altri, come rileva la tabella sotto riportata, quindici includono una clausola FET già determinata altri, la maggior parte, rinviano per l'interpretazione ed esatta applicazione della FET ad altre clausole di protezione quale il *minimum standard* di trattamento.¹⁷³

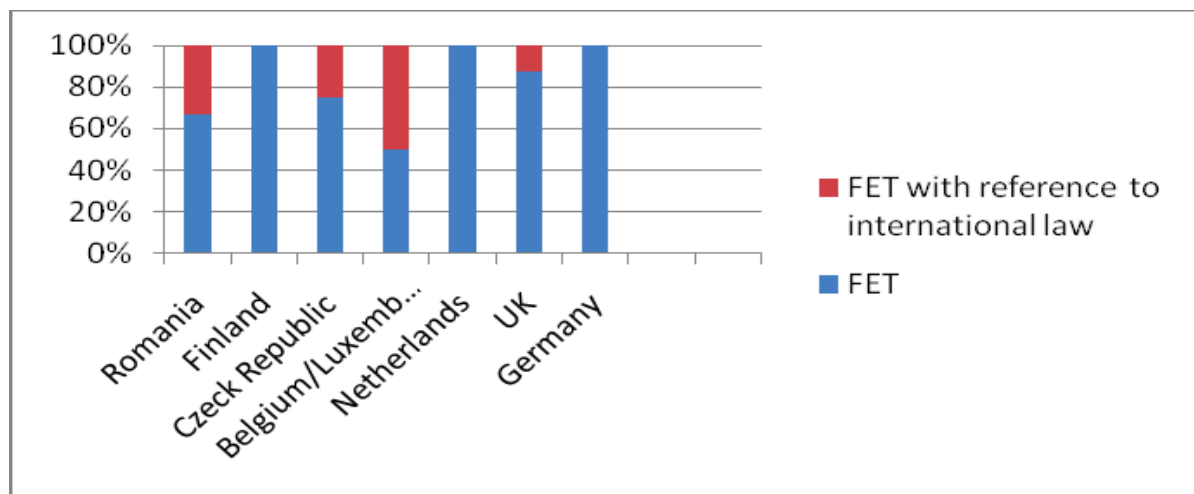


Fig. 2, BITs europei e clausola FET (*The EU Approach to international Investment policy after the Lisbon Treaty*, Parlamento Europeo, gruppo INTA, 2010).

La questione della clausola del trattamento giusto ed equo non concerne quindi la competenza dell'Unione a inserirla diversamente, il dubbio che sorge riguarda l'esatta formulazione cui si ricorrerà nei futuri accordi europei, non essendoci unanimità

¹⁷² KLAGER, *Fair and equitable treatment in International investment law*, Cambridge studies in International and comparative law, Cambridge, 2011, pp. 259-277; ALVAREZ, *The Public International Law regime governing International Investment*, P'Aja, 2011, pp. 177-227; *Contra*, la Commissione Europea già nel 2010 qualifica la clausola FET "as an important element among others that should inspire the negotiation of investment agreements at the EU level", COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione* del 7 luglio 2010, cit., p. 8.

¹⁷³ All'articolo 5 dei Modelli di BIT USA e Canadese si fa rinvio al *minimum standard*, indicandolo alla stregua di un principio di diritto consuetudinario, che a sua volta include il *fair and equitable treatment* e la *full protection and security*. All'art. 5.1 co. è prescritto che "Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".

neppure nelle fonti internazionali.¹⁷⁴ In altre parole, si tratterà di valutare se la clausola FET sarà o meno qualificata prevedendo, in questo secondo caso, rinvii interpretativi allo standard minimo di trattamento.¹⁷⁵

La prima soluzione parrebbe preferibile, anche alla luce del fatto che il rinvio ad altri *standard* rischia di abbassare il livello di protezione per l'investitore e, parallelamente, di legittimare un'applicazione discrezionale della clausola da parte dei collegi giudicanti.¹⁷⁶ Sul punto, il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità di includere una clausola FET "*defined on the basis of the level of treatment established by international customary law*", così ovviando alle incertezze che possono derivare dal rinvio ad altri *standard* di trattamento.¹⁷⁷

In definitiva, l'Unione ha competenza ad introdurre la FET ma, in linea con l'obiettivo di integrare il mercato unico interno, dovrebbe riempirla di un significato minimo assoluto, prevedendo quindi uno standard uniforme di trattamento giusto ed equo europeo e così evitando le incertezze interpretative che, ad esempio, ancora sussistono per la clausola corrispondente adottata nel sistema NAFTA.¹⁷⁸

13. ARGOMENTI A FAVORE DELL'INTERPRETAZIONE ESTESA DELLA COMPETENZA EUROPEA IN MATERIA D'INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI.

Per tutto quanto precede, il riconoscimento di una competenza estesa in capo all'Unione è il più coerente con il dettato di cui all'art. 207 TFUE e le finalità della PCC.

D'altra parte, come rilevato da autorevole dottrina "*the art. 207 TFUE does not contain any explicit limitation, and for reasons of efficiency and practicability (effet-utile) the EU should possess the competence for all possible aspects of (foreign direct) investments promotion and*

¹⁷⁴ SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment*, BIICL, Investment Treaty Forum, 9 settembre 2005.

¹⁷⁵ Per parte della dottrina "*despite the broad enunciation of the principle of equal treatment, it does not mean that all advantages under bilateral agreements between Member States must automatically be extended to all other EU nationals. Elaborating the principle of equal treatment, the Court has found that exceptions to equal treatment are possible, as long as different treatment is justified*", in DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law* cit..

¹⁷⁶ *Contra*, Weil sostiene che "*the standard of 'fair and equitable treatment' is certainly no less operative than was the standard of 'due process of law,' and it will be for future practice, jurisprudence and commentary to impart specific content to it*", in WEIL, *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Review*, vol. 15, 2000, p. 415.

¹⁷⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del 6 aprile 2011 sul futuro della politica europea degli investimenti*, 2010/2203(INI), 6 aprile 2011.

¹⁷⁸ La giurisprudenza sull'art.1105 NAFTA non è unanime, tra tutte, si rinvia alle sentenze rese nei casi: Tribunale ICISID, lodo del 30 agosto 2000, in causa ARB/AF/97/1, *Metaclad corporation c. Stati Uniti del Messico*; Tribunale *ad hoc* UNCITRAL, lodo del 10 aprile 2001, in causa *Pope&Talbot c. Canada*.

protection".¹⁷⁹ L'interpretazione teleologica della nuova previsione sulla PCC è quindi quella che, più delle altre, permetterà all'Unione di creare una politica europea degli investimenti.¹⁸⁰

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea ha quindi acquisito la competenza a regolare le operazioni d'investimento, adottando sia misure di accesso sia di protezione, introducendo, in questo secondo caso, clausole relative e assolute.¹⁸¹ La promozione dell'investimento rimane invece appannaggio degli Stati membri nei limiti, ovviamente, che le loro politiche siano conformi ai principi europei.

Si osserva, tuttavia, che l'interpretazione teleologica della norma non può estendere la competenza esclusiva dell'Unione a quei settori che rimangono espressamente di competenza concorrente, quale i servizi di trasporto.

Da ciò consegue che l'Unione, e le tendenze attuali depongono in tal senso, stipulerà accordi commerciali in forma mista, nel rispetto delle prerogative degli Stati membri fatte salve dai Trattati istitutivi.¹⁸²

Quanto agli effetti che discenderanno dell'esercizio di una competenza esclusiva dell'Unione in una materia prima di competenza concorrente, si ritiene che questi ultimi saranno alquanto positivi. D'altra parte, non si tratta del primo caso di trasferimento di competenze; così è già avvenuto per altri settori, quali quello commerciale e dei servizi aerei.¹⁸³

¹⁷⁹ BUNGENBERG, *Centralizing European BIT making under the Lisbon Treaty, Paper at the Biennial Interest Group Conference in Washington, D.C., Novembre 13-15 2008*. Cfr. anche, DIMOPOULOS, *The Common Commercial Policy After the Lisbon Treaty: establishing parallelism between internal and external relations?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, pp. 23-25.

¹⁸⁰ WOOLCKOK, *The Treaty of Lisbon and the European Union as an actor in international trade*, in *ECIPE Working Paper*, n. 01/2010, pp. 10 ss.. Woolcock difende l'approccio interpretativo più esteso della nuova competenza europea rilevando che: "*art 207 TFUE simply includes FDI in EU exclusive competence [...] a more realistic interpretation is that both liberalisation and protection are covered*", in *EU Trade and Investment Policymaking after the Lisbon Treaty*, in *Intereconomics*, 2010, p. 24, reperibile al sito: http://www.ceps.eu/system/files/article/2010/02/22-25-Woolcock_0.pdf. A conferma di tale interpretazione, soccorre il pensiero del Prof. Tesoro per il quale: "*un principio sovente utilizzato come chiave di lettura delle norme comunitarie è quello dell'effetto utile, che impone un'applicazione o anche un'interpretazione delle stesse che sia funzionale al raggiungimento delle loro finalità*". Per la giurisprudenza della Corte in materia si rinvia, *ex pluribus*, a sentenza del 5 aprile 1979, in causa 148/78, *Procedimento penale a carico di T. Ratti*, in *Raccolta*, 1979, p. 01629, punto 21.

¹⁸¹ A favore, CEYSSENS, cit., p. 277 e EILMANSEBRGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 383-429, spec. p. 395; COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione, cit., 7 luglio 2010, par. 5.

¹⁸² *Infra*, Parte I, Cap. III, sez. III. Si rinvia a BUNGENBERG, *Going global' the EU common commercial policy after Lisbon*, in HERRMANN E TERHECHTE, (eds), *European yearbook of international Economic Law*, Berlino/Amburgo, 2010, p. 143.

¹⁸³ CONSIGLIO, Decisione 69/494 *on agreements concerning commercial relations between Member States and third countries and on the negotiation of Community agreements* (16 dicembre 1969), [L. 326/1969]; CONSIGLIO, Decisione 71/1961 *on the progressive standardization of agreements concerning commercial relations between Member*

Alla rinunzia del potere degli Stati membri nel settore degli investimenti, corrisponde l'accrescimento dei benefici per ciascuno, certo maggiori rispetto a quelli che possono derivare da politiche autonome nazionali. Infatti, i flussi di investimento si dirigono, premiandoli, verso territori che offrono all'investitore garanzia di un clima giuridico-economico stabile, ove condurre la propria operazione. Se i ventisette Stati membri continuassero a condurre politiche autonome, si avrebbero ventisette diritti degli investimenti europei che, pur nel rispetto dei principi dell'Unione, manterrebbero le proprie peculiarità. Viceversa, il conferimento all'Unione del potere di regolare la fase pre e post stabilimento porterà alla definizione di un diritto degli investimenti uniforme, comunque rispettoso delle esigenze di tutti i ventisette Stati membri.

Sezione III

Ulteriori competenze dell'Unione in materia di investimenti esteri diretti

14. I POTERI DELL'UNIONE SULLE MATERIE CONNESSE ALL'OPERAZIONE D'INVESTIMENTO.

L'operazione d'investimento ha una struttura bifasica – suddivisa in fase pre e post stabilimento – e complessa, poiché non si riduce ad un mero flusso di capitali con conseguente stabilimento. Al contrario, a un'operazione d'investimento sono correlati aspetti accessori, che mantengono una loro autonomia e un significato giuridico proprio.

Tra questi aspetti rientrano i *performance requirements*,¹⁸⁴ l'ingresso nello Stato ospite di persone fisiche connesse all'operazione di investimento e l'attivazione delle clausole di garanzie in caso di danni procurati all'investitore.

Posto ciò, ci si domanda se l'Unione abbia la competenza a regolare anche gli aspetti accessori di un'operazione d'investimento.

Più propriamente, nel silenzio dell'art. 207 TFUE e in assenza di una specifica previsione normativa che disponga in merito alla competenza su questi aspetti, occorre valutare se il potere dell'Unione a regolarli possa discendere da altre norme dei Trattati

States and third countries and on the negotiation of Community agreements (9 ottobre 1961), [L.71/1961]; PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, Reg. 1008/2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità del 24 settembre 2008, in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L. 293/3; COMMISSIONE EUROPEA, Regolamento di esecuzione, n. 391/2013 che istituisce un sistema di tariffazione commune per i servizi di navigazione aerea del 3 maggio 2013, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 128/31.

¹⁸⁴ "Performance requirements are stipulations, imposed on investors, requiring them to meet certain specified goals with respect to their operation in the host country". UNCTAD, *Foreign direct investments and performance requirements: new evidences from selected countries* (2003), p. 2, reperibile al sito: http://unctad.org/en/Docs/iteiia20037_en.pdf.

istitutivi.

15. *Segue*: I PERFORMANCE REQUIREMENTS.

I *performance requirements* sono parametri per mezzo dei quali lo Stato ospite stabilisce le quote di import ed export, la nazionalità degli impiegati e, più in generale, gli aspetti commerciali di un'operazione di investimento, all'interno dei quali deve essere condotta l'operazione economica che accede al proprio territorio.¹⁸⁵ Con tali strumenti, di prassi, lo Stato ospite regola alcuni settori e aspetti sensibili del proprio mercato interno, così prevenendo gli eventuali effetti distorsivi all'equilibrio dell'economia nazionale, che potrebbero derivare dall'ingresso incontrollato di operazioni straniere.¹⁸⁶

Nella prassi internazionale più recente, gli Stati hanno cominciato a ridurre, se non addirittura a escludere, tali parametri per gli effetti protezionistici che ne discendono;¹⁸⁷ nella dimensione europea, invece, la tendenza attuale è quella di mantenerli, trasferendo in capo all'Unione la competenza esclusiva a regolarli.¹⁸⁸

Per quanto riguarda la definizione delle misure commerciali relative all'uso di beni o servizi locali, quote di import ed export ovvero regolazioni tariffarie, queste

¹⁸⁵ L'imposizione di *performance requirements* e, più in generale, di condizioni di ingresso dei capitali stranieri rappresenta un'eccezione alla libertà di ammissione. Di norma, tale imposizione è posta a salvaguardia di interessi generali, quali la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e la protezione dell'ambiente.

¹⁸⁶ I *performance requirements* rappresentano uno strumento di controllo indispensabile per lo Stato ospite che, con la predisposizione di tali strumenti, può regolare l'ingresso dei capitali e delle operazioni straniere, accogliendo quelle più utili per l'equilibrio del mercato interno. In generale, la predisposizione di *performance requirements* permette di valutare l'investimento in base alle conseguenze economiche che quest'ultimo potrà avere sull'economia del paese ospite.

¹⁸⁷ Dagli anni '80 si è assistito ad un'apertura delle frontiere e per essa, alla progressiva liberalizzazione dei regimi nazionali anche in materia di accesso degli investimenti. Ciò ha comportato se non l'esclusione, quanto meno la riduzione delle barriere poste all'ingresso. Vi sono tre ragioni che hanno portato all'impiego sempre più ridotto dei *performance requirements*: 1. alcuni Trattati internazionali, quale il TRIMS, impongono alle parti l'obbligo di eliminare gradualmente alcuni *performance requirements* 2. alcuni Stati hanno dovuto modificare le proprie politiche di investimento allineandole a quelle definite nelle dimensioni regionali, che regolano dal centro i *performance requirements* (cfr. NAFTA, EU) 3. l'incremento della competizione per accrescere i flussi di IED ha portato alla graduale liberalizzazione delle politiche in tale materia e per l'effetto, alla riduzione dei *performance requirements* che sono strumenti di protezionistici. UNCTAD, *Foreign direct investments and performance requirements: new evidences from selected countries*, cit., pp. 2-4. Cfr. anche, REINISCH, *The EU on the Investment path – Quo vadis? The future of EU BITs and other investment Agreements*, in *ICSID Review*, 2013, p. 24;

¹⁸⁸ I BITs europei sino ad oggi sottoscritti, in particolare quelli conclusi dalla Francia, regolano l'ammissione e l'incoraggiamento degli investimenti richiamando le previsioni della legislazione nazionale del Paese ospite. È dunque sulla base di quest'ultima che sono stati sino ad ora definiti in criteri e le condizioni con cui ammettere le operazioni straniere.

ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 207 TFUE.

Tali misure equivalgono, infatti, ad aspetti commerciali connessi all'investimento che, a livello internazionale, sono regolati nei TRIMs. La Corte di giustizia europea ha riconosciuto la competenza esclusiva dell'Unione a "stipulare gli accordi multilaterali relativi al commercio", poiché materia parte della PCC.¹⁸⁹ Posto che il TRIMs è uno degli accordi parte del *Multilateral Agreement on Trade in Goods*, a suo tempo sottoscritto esclusivamente dall'Unione, si evince la competenza esclusiva dell'Unione a imporre misure commerciali connesse all'operazione di investimento.

L'Unione ha poi competenza a predisporre i *performance requirements* relativi ai tassi di cambio; le previsioni di cui agli artt. 120-126 TFUE riconoscono infatti in capo all'Unione la competenza a condurre le operazioni di cambio e regolare la politica monetaria.¹⁹⁰ Per quanto riguarda le relazioni con i Paesi terzi, l'art. 219 TFUE prevede che "il Consiglio [...] può concludere accordi formali su un sistema di tassi di scambio dell'euro nei confronti delle valute di Stati terzi" (includendo questioni relative ai cambi di valute straniere, connessi all'operazione di investimento).

Da quanto precede deriva che, poiché l'art. 3.1.c TFUE include la politica monetaria tra le materie di competenza esclusiva europea, l'Unione è libera di imporre in materia un regime europeo uniforme agli Stati membri.¹⁹¹ Ovviamente, il potere dell'Unione non può essere esercitato nei confronti degli Stati non parte dell'euro-zona o che hanno derogato all'applicazione del capitolo del TFUE sulla politica monetaria.¹⁹²

Si rileva, poi, che l'art. 207 TFUE è la base giuridica che riconosce la competenza esclusiva dell'Unione a definire i parametri posti a tutela del regime di concorrenza europeo – divieto di monopoli, restrizioni a distribuzioni esclusive, controllo del regime

¹⁸⁹ Sentenza del 15 novembre 1994, in causa 1/94, cit., punti 30-34.

¹⁹⁰ Il diritto internazionale consuetudinario ha riconosciuto la sovranità monetaria degli Stati. La Corte Permanente di Giustizia internazionale afferma infatti che "it is indeed generally accepted principle that a State is entitled to regulate its own currency". Sentenza n. 14 della Corte permanente di Giustizia Internazionale del 12 luglio 1929, *Francia c. Regno di Serbia, Croazia e Slovenia, Case concerning the payment of various serbian Loans issued in France*, par. 96. Da ciò consegue che qualsiasi limitazione della sovranità monetaria deve essere convenzionale, quindi liberamente accettata da ciascuno Stato. Per la dottrina, si rinvia a: TREVES, *La sovranità monetaria oggi*, V Convegno SIDI, Napoli, 2001, pp. 11-22.

¹⁹¹ Art. 3.1.c TFUE: "l'Unione ha competenza esclusiva nelle seguenti materie c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro".

¹⁹² Gli Stati membri che non partecipano all'Eurozona hanno comunque l'obbligo di coordinare le loro politiche dei tassi di cambio con valute estere a quelle degli Stati dell'euro-zona; la libertà dei primi risulta pertanto limitata dal generale obbligo di cooperazione. DE LA ROCHÈRE, *EMU: Constitutional Aspects and external representation*, Yearbook of European Law, vol. 19 (2000) pp. 427-226; HERMANN, *Sovereignty over the euro and external relations of euro area: competences, procedures and practice*, European Foreign Affairs review (2002), pp- 9-11.

degli aiuti di Stati e dei sussidi – quando tali parametri sono connessi ad un rapporto che ha ripercussioni solo sul piano esterno.¹⁹³ Se, accogliendo l'interpretazione estesa dell'art. 207 TFUE, si assume che l'Unione ha il potere di regolare tutte le fasi di un'operazione di investimento, allora si può prevedere che tra le misure di post-stabilimento rientrino quelle che prevengono potenziali lesioni del regime di concorrenza europeo.

Viceversa, se si tratta di rapporti che coinvolgono non solo incidentalmente il mercato interno, la competenza dell'Unione a definire i parametri relativi a politiche di concorrenza deriva dalle previsioni di cui agli artt. 101, 102, 106 TFUE. Il dettato dei predetti articoli impone il regime europeo della concorrenza a qualsiasi operatore economico che agisca nel mercato europeo, indipendentemente dalla sua provenienza. L'art. 3.1.b TFUE stabilisce, poi, che l'Unione ha competenza esclusiva a definire le regole di concorrenza, quando queste sono necessarie al funzionamento del mercato interno. Da ciò consegue che l'Unione può imporre il regime di concorrenza europeo anche quando le condotte anti-competitive che possono avere conseguenze negative nel mercato interno sono portate avanti da investitori stranieri stabiliti in uno Stato membro.¹⁹⁴

Analogo ragionamento vale per le previsioni relative agli aiuti di Stato la cui concessione, per effetto degli artt. 107-109 TFUE, è oggetto di un rigido controllo da parte dell'Unione. Sul punto, anche se non è stata raggiunta un'armonizzazione legislativa delle regole in materia di aiuti di Stato, l'Unione rimane competente a definire misure quadro, che permettono all'investitore straniero di fruire di tali aiuti, rimanendo agli Stati membri una competenza piuttosto limitata. Ovviamente, le previsioni stabilite dall'Unione possono essere imposte anche agli operatori europei in fase di negoziazione dei futuri accordi europei.

16. *Segue*: LA DEFINIZIONE DI POLITICHE COLLEGATE ALL'INGRESSO DI PERSONE LEGATE ALL'OPERAZIONE D'INVESTIMENTO.

Le operazioni d'investimento implicano nella maggior parte dei casi movimento d'individui dal Paese di origine allo Stato ospite. Si tratta di capitale umano che l'investitore intende assumere per brevi periodi per la gestione dell'attività economica

¹⁹³ DIMOPOULOS, *EU Foreign investment law*, cit., p. 100.

¹⁹⁴ Art. 3.1.b TFUE: “l'Unione ha competenza esclusiva nelle seguenti materie b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”.

costituita o *costituenda*; pertanto, la più parte degli accordi d'investimento ha sempre incluso previsioni che regolano anche il trasferimento d'individui.¹⁹⁵

Si pone ora la questione di comprendere se, ed entro quali limiti, l'Unione abbia la competenza a regolare l'ingresso di persone legate all'operazione d'investimento.

Il diritto primario dell'Unione contiene una serie di previsioni rilevanti per il movimento di persone che provengono da Paesi terzi.

In primo luogo, il capitolo dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia conferisce in capo all'UE ampi poteri per regolare i flussi d'immigrazione e la concessione di visti, coprendo in tal modo alcuni aspetti rilevanti del movimento di persone legate alle operazioni d'investimento. Più nello specifico, per quanto riguarda la concessione del visto e dello *status* di residente, l'art. 77.2.a TFUE conferisce all'Unione il potere di definire una "*politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata*".

Il Trattato di Lisbona, a questo proposito, prevede una competenza concorrente. Tuttavia, l'uniformazione della materia raggiunta con le previsioni di Shengen, nonché lo sviluppo uniforme della politica delle frontiere attraverso l'adozione di legislazione secondaria, potrebbero far propendere per l'esistenza di una competenza implicita esclusiva dell'Unione a sottoscrivere accordi internazionali che contengano previsioni relative ad alcuni aspetti della politica dei visti concessi per il breve periodo.¹⁹⁶ Infatti, il principio del parallelismo *in foro interno in foro esterno*, elaborato dalla Giurisprudenza della Corte di giustizia, prevede che all'esercizio di poteri interni corrisponda l'esistenza di una competenza esterna dell'Unione.¹⁹⁷

L'art. 207 TUE riconosce poi all'Unione la competenza esclusiva a regolare lo scambio di servizi, tra le cui modalità vi è anche quella che prevede il trasferimento, per un breve periodo, del prestatore di servizi nello Stato ospite. Posto che l'Unione ha

¹⁹⁵ Sul punto, DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, cit., pp.101-105.

¹⁹⁶ Per l'analisi dello scopo della competenza UE su questioni legate all'immigrazione dei lavoratori, si rinvia a: PEERS, *EU Justice and Home affairs law*, Oxford, 2006, pp. 151-168, 176-178.

¹⁹⁷ Sentenza del 15 novembre 1994, in causa 1/94, cit.; Sentenza del 31 marzo 1997, in causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1997, p. 00263: "*with regard to implementation of the provisions of the Treaty, the system of internal Community measures could not be separated from that of external relations*". La competenza esterna dell'Unione non dev'essere quindi espressamente prevista dal Trattato, ma può essere desunta da disposizioni del Trattato ovvero da atti adottati dalle Istituzioni della Comunità in forza delle medesime. La Corte ha ribadito tale principio in un arresto successivo, rilevando che: "*where Community rules had been promulgated for the attainment of the objectives of the Treaty, the member States could not [...] assume obligations which might affect those rules or alter their scope [...] the authority of the decisions in that case could not be restricted for instances where the Community had adopted Community rules within the framework of a Community policy [...] in all the areas corresponding to the objectives of the Treaty, art.4.3 TCE required member States to facilitate the achievement of the Community's tasks and to abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of the treaty*". Parere del 19 marzo 1993, a causa 2/91, in *Raccolta*, p. I-01061, punti 9-11,

competenza a regolare i flussi di investimento nei servizi, in qualunque modo essi si realizzano, allora può definire anche le questioni relative al movimento di persone; in caso contrario, quindi escludendo gli scambi nei servizi che si realizzano attraverso lo spostamento del prestatore, la competenza esclusiva di cui all'art. 207 TFUE sarebbe limitata.

Per quanto poi riguarda le condizioni d'ingresso, è opportuno rilevare che il movimento di un cittadino straniero per motivi di lavoro per un breve periodo non implica il suo accesso al mercato del lavoro nazionale né gli garantisce diritti di residenza nel Paese ospite. Al contrario, il movimento di persone per un breve periodo è collegato al diritto di un investitore di stabilirsi e operare nel territorio straniero. Pertanto, bloccare il primo significa, di fatto, impedire la realizzazione dell'operazione economica d'investimento.

Per quanto riguarda lo scambio di servizi intra-Unione, la Corte di giustizia Europea ha riconosciuto nel caso *Van der Elst* il diritto di un prestatore di servizi di delocalizzare manodopera con cittadinanza straniera, ma residente in uno Stato membro e ivi regolarmente assunta, in un altro Stato membro, così da esercitare il diritto di libera prestazione di servizi, che viceversa sarebbe risultato lesivo.¹⁹⁸ Analogamente, deve inferirsi il diritto di un investitore straniero di delocalizzare la propria manodopera nello Stato membro ospite poiché altrimenti, una volta avuto accesso al territorio, l'investitore non potrebbe ivi esercitare la propria attività.

Di conseguenza, per garantire la corretta implementazione dell'art. 207 TFUE è inevitabile riconoscere il potere dell'UE di regolare anche questioni relative alle condizioni di ingresso e di permanenza di personale straniero per un periodo limitato; in caso contrario, l'operazione di investimento non si potrebbe realizzare.

Ovviamente, nel rispetto del dettato di cui al comma 6 dello articolo 207 TFUE, l'azione dell'Unione non può essere estesa a questioni relative all'immigrazione ovvero al regime di visti per il personale destinato a fermarsi nel territorio di uno Stato membro per un periodo lungo: tali questioni rimangono oggetto della competenza concorrente di cui agli artt. 77 e 78 TFUE. La competenza europea rimane inoltre concorrente anche per le questioni relative alle condizioni di assunzione del personale: l'Unione può disporre, a tal riguardo, di una politica comune, ma gli Stati membri non sono privati

¹⁹⁸ Sentenza del 9 agosto 1994, in causa 43/93, *Van der Elst c. OMI*, in *Raccolta*, p. I-3803, punti 14-21; cfr. anche sentenza del 27 marzo 1990, in causa 113-89, *Rush Portuguesa c. Office National d'immigration*, in *Raccolta*, p. I-1417.

del diritto di estendere anche ai lavoratori stranieri le normative nazionali in tema di rapporti di lavoro.¹⁹⁹

Per concludere, l'art. 207 TFUE è base giuridica per assumere la competenza esclusiva dell'Unione a sottoscrivere accordi internazionali che includano previsioni relative all'ingresso e alla concessione dei visti per persone fisiche legate all'operazione di investimento.²⁰⁰

17. LA CLAUSOLA SURROGATORIA: UNA TUTELA LIMITATA PER GLI INVESTITORI EUROPEI ALL'ESTERO.

Negli accordi commerciali vengono frequentemente inserite clausole di surrogazione per effetto delle quali il Paese d'origine si sostituisce all'investitore nelle controversie sorte contro lo Stato ospite. La surrogazione garantisce quindi l'operatore economico dai rischi, per lo più politici, che possono derivare pendente il rapporto di investimento.

Le previsioni contenute nelle clausole di surrogazione, e quindi la loro estensione, dipendono dai programmi definiti dalle Agenzie di Assicurazione nazionali, che offrono tutela agli operatori economici anche quando investono in Paesi terzi.

L'Unione Europea può istituire, e in parte lo ha già fatto, programmi per assicurare gli investimenti europei in uscita; tra questi, si annoverano quelli istituiti dalla Banca europea degli investimenti (**BEI**), e il programma per gli investimenti in Africa e nella zona dei Caraibi e del Pacifico.²⁰¹

Indipendentemente dal fatto che i programmi di assicurazione siano definiti a livello europeo ovvero nazionale, emerge che la competenza dell'Unione a inserire le clausole di surrogazione nei futuri Accordi commerciali dipende dall'esistenza, o meno, del potere in capo alla medesima di disporre sulle questioni sostanziali, che divengono oggetto della clausola. In altre parole, posto che la surrogazione è un meccanismo procedurale che concerne il trasferimento al Paese d'origine, o all'ente surrogatario, di

¹⁹⁹ PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, Direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito del trasferimento dei servizi del 16 dicembre 1996, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 018/97.

²⁰⁰ Per quanto riguarda gli spostamenti di lungo periodo, che esulano da questa trattazione poiché raramente contemplati in Accordi commerciali con Paesi terzi, sussiste una competenza concorrente dell'Unione a regolarli per effetto della previsione di cui all'art.79.2. (a) TFUE.

²⁰¹ Per l'analisi delle politiche di investimento, si rinvia a: BEI, *Investment Facility Annual Report*, 2012, reperibile al sito: <http://www.eib.org/infocentre/publications/all/investment-facility-annual-report-2012.htm>.

ogni diritto o obbligo derivante dalla controversia tra investitore e Stato ospite, nella dimensione europea si impone il parallelismo tra clausole di surrogazione ed esistenza del potere sostanziale. In assenza di tale parallelismo, l'Unione rischierebbe di non poter far valere diritti su cui può definire misure sostanziali ovvero avrebbe competenza a difendere diritti, pur non potendo disporre degli stessi.

18. GLI INVESTIMENTI DI PORTAFOGLIO.

L'art. 207 TFUE ha esteso lo scopo della PCC solo agli investimenti esteri diretti, escludendo pertanto tutte le altre tipologie di investimento.

Tale formulazione restrittiva ha fatto sorgere dubbi sulla possibilità di rinvenire la competenza implicita dell'Unione in materia di investimenti indiretti – *rectius* di portafoglio – che di norma rientrano nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dei BITs.

Concretamente, gli investimenti indiretti sono strumenti finanziari rinvenibili “*where there is a movement of money for the purpose of buying shares in a company formed or functioning in another country, the distinguishing element, being that, in portfolio investment there is a divorce between management and control of the company and the share ownership in it; it is generally accepted that the investor takes upon himself the risks involved in the making of such investments*”.²⁰²

L'investimento di portafoglio implica, quindi, l'acquisto di partecipazioni in una compagnia, la presenza della stessa in un altro Stato, il divorzio tra gestione e controllo e infine l'assunzione del rischio in capo all'investitore; in nessun caso, però, si sostanzia nello stabilimento dell'attività economica nel Paese ospite.²⁰³

Sulla questione dell'esistenza di una competenza implicita dell'Unione in materia di investimenti indiretti è ancora aperto il dibattito tra la Commissione, che propende per il riconoscimento della competenza implicita esclusiva e parte della dottrina, incline piuttosto ad escludere il potere dell'UE in tale settore.

Per tale corrente dottrinale, il riconoscimento dei poteri impliciti andrebbe contro il dato letterale di cui all'art. 207 TFUE che, espressamente, limita la competenza dell'Unione ai soli investimenti esteri diretti. La competenza implicita dell'Unione non potrebbe peraltro neppure essere fatta derivare da altre basi giuridiche contenute nei

²⁰² SORNARAJAH, *The international Law on foreign investment*, Cambridge, 2004, p. 7.

²⁰³ Secondo un'altra definizione “*Portfolio investments are made through debt and equity instruments. The debt instruments include bonds, commercial paper and certificates of deposit [...]*”. UNCTAD, Development Committee, *The Role of Foreign Direct Investment in Development*, Presentation to the 41st Meeting of the development Committee.

Trattati istitutivi.²⁰⁴ In altre parole, nel diritto europeo vi sarebbero sì delle previsioni che indirettamente concernono anche gli investimenti indiretti, ma non tali da costituire una competenza implicita dell'Unione.²⁰⁵ Tale competenza, infatti, si potrebbe assumere solo in presenza delle condizioni individuate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea,²⁰⁶ nonché dagli artt. 3.2 e 216 TFUE.²⁰⁷

In realtà, contrariamente alla predetta linea interpretativa, il riconoscimento di una competenza implicita europea pare non solo giustificabile alla luce di previsioni dall'art. 207 TFUE ma anche inevitabile, poiché è condizione per favorire lo sviluppo di un'uniforme e coerente politica europea degli investimenti – che poi è il traguardo che le Istituzioni auspicano di raggiungere con la ridefinizione dei confini della PCC.

Premesso ciò, al fine di rinvenire la competenza implicita dell'Unione in materia di investimenti di portafoglio, occorre partire dall'analisi delle fonti normative europee.

Più nello specifico, la Direttiva europea n. 88/361 identifica gli investimenti indiretti alla stregua di movimento di capitale, assoggettandoli alle medesime previsioni stabilite per gli investimenti esteri diretti. Tale qualificazione sancisce che il libero movimento di capitali, da e verso l'Unione, concerne, oltre agli investimenti diretti e immobiliari, anche altri beni/prodotti economici, quali gli investimenti indiretti.²⁰⁸ Diversamente dagli IED, per i quali devono essere previste misure relative allo stabilimento, al trattamento e i *performance requirements*, per regolare gli investimenti di

²⁰⁴ CEYSSSEN, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, cit., pp. 259-291; CHAISSE, *Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, pp. 51-84.

²⁰⁵ Cfr. artt. 63, 64, 66, 75 et 215 TFUE. In tutte queste previsioni è previsto che l'Unione adotti misure che sugli investimenti di portafoglio possono avere effetti solo indiretti. Ciò implica che l'Unione non può mai disporre direttamente in tale materia.

²⁰⁶ Sentenza del 31 marzo 1970, in causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETR)*, cit.: “La competenza esterna dell'Unione non deve essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato [...] ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati dalle Istituzioni della Comunità in forza di queste disposizioni?”, punto 263; Parere del 24 marzo 1995, in causa 2/92, Parere sulla competenza della Comunità o di una delle sue Istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell' OCSE relativa al trattamento nazionale, in *Raccolta*, 1995, p. I-521.

²⁰⁷ Art. 3.2 TFUE: “L' Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata”. Art. 216 TFUE: “L' Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora i trattati lo prevedano o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata”.

²⁰⁸ CONSIGLIO, Direttiva 88/361CEE per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato del 24 giugno 1988, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 178/5, allegato I, punto III; Sentenza del 13 maggio 2003, in causa 463/00, *Commissione Europea c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2003, p. I-04581.

portafoglio sono sufficienti previsioni relative al movimento di capitali e/o alla partecipazione dell'operatore economico nei mercati finanziari del Paese ospite.²⁰⁹

Come prescritto agli artt. 63-66 TFUE, l'Unione e gli Stati membri hanno competenza concorrente per la regolazione del movimento di capitali e pagamenti.²¹⁰

Nel dettaglio, l'art. 63 TFUE copre tutte le misure che concernono il movimento di capitali e, poiché gli investimenti di portafoglio si sostanziano in un trasferimento di capitali, sono inclusi nella previsione. Gli Stati membri sono sempre stati liberi di legiferare in materia di investimenti di portafoglio e, pertanto, trattandosi di materia oggetto di competenza concorrente, la stessa libertà deve essere riconosciuta anche in capo all'Unione.²¹¹

Il capitolo del TFUE sui movimenti di capitali non conferisce in capo all'Unione il potere di concludere accordi internazionali in materia di investimento. Tuttavia, nella misura in cui tali accordi possono contenere previsioni che alterino lo scopo delle norme relative a capitali e pagamenti, deve essere riconosciuta, nel rispetto dell'art. 216 TFUE, la competenza implicita dell'Unione a concludere accordi internazionali in materia di investimento.²¹² L'articolazione della futura politica europea sugli scambi di investimenti deve infatti essere conforme alle previsioni del TFUE relative al movimento di capitali e pagamenti.²¹³

A conferma di tale assunto, assumono rilievo due pronunce della Corte di giustizia europea. Nei casi C-205/06 e C-249/06 la Commissione ha convenuto in giudizio rispettivamente l'Austria e la Svezia per violazione dell'art. 307 TCE (oggi art.

²⁰⁹ SNELL, *Free movement of capital: evolution as a non-linear process*, in CRAIG, DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011.

²¹⁰ *Contra*, KRAJEWSKY, *The Reform of the Common Commercial Policy*, in BIONDI, EECKHOUT, RIPLEY, *The EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, pp. 292-313.

²¹¹ *Contra*, la Corte Costituzionale Tedesca ha stabilito che “*the extension of the common commercial policy to foreign direct investment [...] only encompasses investment which serves to obtain a controlling interest in an enterprise [...]. The consequence of this would be that exclusive competence only exists for investment of this type whereas investment protection agreements that go beyond this would have to be concluded as mixed agreements.*” BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Sentenza sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, par. 379.

²¹² L'ampiezza della competenza esterna dell'Unione va riferita ai Trattati nel loro complesso, oltre che alle singole disposizioni, come quella di cui all'art. 216 TFUE. Alla luce della predetta norma, la capacità di stipulare dell'Unione, anche in assenza di espressa attribuzione, può risultare necessaria per realizzare un obiettivo definito nei Trattati Istitutivi o da atti vincolanti o “*qualora i Trattati [...] possano incidere su norme comuni o alterarne la portata*”. In queste ipotesi, il potere di vincolarsi con Stati terzi o con Organizzazioni internazionali che incidano sugli stessi settori non appartiene più né individualmente né collettivamente agli SM. Sull'estensione della nuova competenza, cfr. *para* successivo.

²¹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione* del 7 luglio 2010, cit., p. 8.

351 TFUE).²¹⁴

Alcuni BITs sottoscritti dagli Stati convenuti con Paesi terzi contenevano una clausola che assicurava agli investitori stranieri il libero trasferimento, in valute liberamente convertibili, di pagamenti correlati a un investimento. Ad avviso della Commissione, tale previsione rendeva più difficile, se non impossibile, l'applicazione degli artt. 57, 59 et 60 TCE (oggi artt. 64-66 et 75 TFUE), che conferiscono al Consiglio il potere di introdurre eccezioni al principio della libera circolazione dei capitali e dei pagamenti tra Stati membri nonché tra questi ultimi e i Paesi terzi.²¹⁵

La controversia si è conclusa con l'accertamento della violazione dell'art. 307 TCE da parte di Austria e Svezia; la Corte ha infatti rilevato che le clausole oggetto di giudizio risultavano incompatibili con il diritto dell'Unione e che gli Stati convenuti, non avendole modificate, avevano violato l'obbligo che discende dall'art. 307.2 TCE.²¹⁶

Poiché i BITs oggetto del giudizio in esame hanno un campo di applicazione *ratione materiae* esteso sia agli investimenti diretti sia a quelli indiretti, le clausole sul libero trasferimento di capitali avrebbero interessato entrambe queste tipologie. Dichiarandone l'incompatibilità, la Corte ha sancito implicitamente che le misure di restrizione adottate dal Consiglio, alla luce delle previsioni sopra citate, possono coinvolgere i flussi d'investimenti diretti e indiretti.²¹⁷

Tale orientamento è stato peraltro confermato dal Consiglio che, nel mandato a negoziare con Canada, India e Singapore, ha adottato una formulazione di investimento estesa, includendovi anche gli investimenti di portafoglio.²¹⁸

²¹⁴ Sentenza del 3 marzo 2009, in causa 205/06, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2009, p. I-01301; sentenza del 3 marzo 2009, in causa 249/06, *Commissione c. Svezia*, in *Raccolta*, 2009, p. I-01335; per un'analisi delle sentenze si rinvia, *ex multis*, a KOUTRAKOS, *C-205/06, Commissione c. Austria, C-249/06, Commissione c. Svezia*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 2059-2076.

²¹⁵ Sentenza del 3 marzo 2009, in causa 205/06, cit., punto 28. La possibilità di trasferire liberamente in patria o verso un paese terzo i capitali originari dell'investimento nonché gli utili che se ne ricavano è una condizione irrinunciabile per l'investitore. Tuttavia, lo Stato ospite deve poter gestire le proprie politiche monetaria interne, mantenendo la disponibilità della valuta straniera e l'equilibrio della bilancia dei pagamenti. Solo raramente quindi, concede il trasferimento incondizionato di capitali e utili.

²¹⁶ Al secondo comma dell'art. 307 TCE, oggi nella sostanza trasfuso nell'art. 351 TFUE, era prescritto che “*nella misura in tali convenzioni sono incompatibili con il presente trattato, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità contrastate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta*”.

²¹⁷ BIT, *Repubblica Austriaca - Malesia*, art.1.3.b del 12 aprile 1985; BIT, *Regno di Svezia-Repubblica Argentina*, art.1.1.b, 22 novembre 1991.

²¹⁸ CONSIGLIO, Mandato a Negoziare con Canada, Singapore ed India del 12 settembre 2012, sotto “scopi”. Disponibile al sito: www.bilaterals.org/spip.php?article20272&lang=en.

19. *Segue*: I POTERI DELL'UNIONE IN MATERIA DI INVESTIMENTI DI PORTAFOGLIO: UNA COMPETENZA IMPLICITA ESCLUSIVA O CONCORRENTE?

Dopo aver appurato l'esistenza della competenza implicita dell'Unione in materia di investimenti indiretti, occorre esaminarne l'estensione, posto che può trattarsi di una competenza esclusiva ovvero concorrente.

Per parte della dottrina, nonché per la Commissione europea, la competenza implicita sugli investimenti indiretti dovrebbe intendersi come esclusiva, giacché sussisterebbero i presupposti codificati dalla giurisprudenza europea nel caso AETR ove la Corte ha sancito che: *"it appears that the fields of capital market regulation is an area of law "largely covered by Union rules" where harmonization has been achieved"*.²¹⁹ Vi sono infatti numerose Direttive europee che contengono previsioni dedicate ai mercati finanziari ovvero al mercato societario, che hanno favorito l'armonizzazione del settore, ben inquadrando gli investimenti di portafoglio. Pertanto, così come sancito dal principio del parallelismo, l'Unione sarebbe legittimata ad adottare misure esterne conformi a quelle definite per le relazioni interne.²²⁰

Tuttavia, con tale argomentare, si legittima un'applicazione particolarmente estesa del principio del parallelismo, considerato che le misure che possono riguardare gli investimenti indiretti concernono molteplici aspetti e l'armonizzazione della normativa secondaria adottata dall'UE non è in grado di comprenderli tutti. Piuttosto, la prima si limita a definire le questioni relative alla quotazione delle partecipazioni azionarie ovvero all'armonizzazione delle discipline degli organismi collettivi di investimento nei valori mobiliari.

Il rinvio al principio del parallelismo dovrebbe dunque essere escluso poiché la normativa interna regola solo alcuni aspetti relativi agli investimenti di portafoglio.

Del pari, non possono trovare applicazione neppure i principi che la giurisprudenza europea ha nel tempo codificato per rinvenire la competenza implicita esclusiva dell'Unione.

²¹⁹ DIMOPOULOS, *EU Foreign investment Law*, cit., p.105; sul punto, si rinvia anche a: WESSEL, *The EU's multilevel regime: multilevel complexity in an expanding Union*, in BLOCKMANS, LAZOWSKI (a cura di), *The European Union and its neighbours*, l'Aja, 2006.

²²⁰ PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Direttiva 85/611/EEC concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), con riguardo agli investimenti O.I.C.V.M (1985), in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 375/3, emendata dalla Direttiva 2001/108/EC del 2002, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 41/35; PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, Direttiva 2001/34, riguardante l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e l'informazione da pubblicare su detti valori del 2001, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 1841/1.

Più nello specifico, si osserva che, diversamente da quanto previsto dalla giurisprudenza, nessuna misura interna rischia di essere colpita da un accordo internazionale in materia di investimenti di portafoglio né, in assenza di misure interne, l'azione dell'Unione in tale materia risulta necessaria per perseguire gli obiettivi dell'Unione.²²¹ Nel caso *Open Skies* la Corte ha stabilito peraltro che “*there is, as regards portfolio investment, no internal competence which could be effectively exercised only at the same time as the external competence, the conclusion of the international agreements thus being necessary in order to attain objectives of the Treaty that could not be attained by establishing autonomous rules*”.²²²

L'esecutivo europeo giustifica poi l'esistenza di una competenza implicita esclusiva alla luce del dettato normativo dell'art. 3.2 TFUE; tale previsione riconosce la competenza esclusiva dell'Unione ogniqualvolta le misure adottate possano in qualche modo incidere sulle norme comuni europee ovvero alterarne lo scopo.²²³

Solo una competenza implicita, infatti, escluderebbe il rischio che vengano adottate misure che alterino lo scopo delle previsioni sul movimento di capitali, soprattutto quando agisce alla luce del dettato di cui all'art. 64.2 TFUE.²²⁴

Invero, la Commissione non spiega perché le misure *adottande* dall'Unione dovrebbero rientrare tra quelle che, ai sensi dell'art. 3.2 TFUE e della giurisprudenza

²²¹ In estrema sintesi, per la giurisprudenza della Corte di giustizia europea la competenza esterna è implicita esclusiva **A.** “*ogniqualevolta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo*”. Parere del 26 aprile 1977, in causa 1/76, *parere relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, in *Raccolta*, 1977, p.741, punti 3-5 **B.** il diritto europeo attribuisce alle Istituzioni un determinato potere sul piano interno per raggiungere un obiettivo determinato. diviene quindi competente ad assumere gli impegni internazionali che risultano necessari per raggiungere tale obiettivo. Parere del 15 novembre 1994, in causa 1/94, *cit.*, punto 94-95; Parere del 24 marzo 1995, in causa 2/92, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale*, in *Raccolta*, 1995, p. I-521, punto 33. **C.** La materia è regolata unanimemente in seno all'Unione e la conclusione di un Accordo internazionale rischia di colpire, anche solo potenzialmente, le regole comuni europee ed il loro scopo. Per ovviare al rischio, l'Unione può agire stringendo relazioni sul piano esterno. Parere del 26 novembre 2006, in causa 1/03, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Raccolta*, 2006, p. I-1145.

²²² Sentenza del 5 novembre 2002, in causa 467/98, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1999, p. I-9519.

²²³ Per un'analisi sull'articolo 3.2 si rinvia a: HINDELANG, MAYDELL, *The EU's Common investment policy, connecting dots*, in BUNGENBERG, GRIEBER, HINDELANG (eds.), *International investment Law and EU Law*, Vienna/New York, 2012, pp. 1-29.

²²⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di Regolamento per l'allocazione della responsabilità finanziaria in caso di controversie tra Stato e privati che derivano da un Accordo multilaterale, COM(2012) 335 (21 luglio 2012), par. 3. Per la Commissione “*besides the new rules on Common Commercial policy, the Chapter on capital and payments also imply the exclusive competence of the EU to conclude international agreements on the protection of investments in general, portfolio investments included, to the extent that international agreements on investments affect the scope of the common rules set by the Treaty's chapter on capital and movements*”. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione (7 luglio 2010), *cit.*, p. 8. Sul punto si rinvia a: ORTINO and EECKHOUT, *Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment*, *cit.*, pp. 312-327.

europea, fanno sorgere una competenza implicita esclusiva. Piuttosto, se una misura “*is likely to affect common rules or alter their scope*” (art. 216 TFUE) ovvero deve essere adottata “*in so far its conclusion may affect common rules or alter their scope*”, tale misura fa sorgere una competenza implicita concorrente.²²⁵

In definitiva, né l’armonizzazione della legislazione secondaria europea né i principi enucleati dalla giurisprudenza europea possono legittimare l’esistenza di una competenza implicita esclusiva, lasciando quindi che la medesima rimanga concorrente.

Sul piano teorico, propendere per il riconoscimento della competenza esclusiva ovvero concorrente porta a risultati diversi: la prima esclude l’azione degli Stati, la seconda, invece, li legittima a prendere parte alle negoziazioni dei futuri accordi.

Nella pratica, tuttavia, il riconoscimento di una competenza implicita esclusiva non ha effetti di grande rilievo. Invero, le disposizioni in materia di investimento sono contenute in accordi commerciali e di libero scambio multidisciplinari che includono comunque materie non di competenza esclusiva dell’Unione – la cooperazione in materia culturale e alcuni aspetti della proprietà intellettuale ne sono un esempio.²²⁶

Se anche si riconoscesse la competenza implicita esclusiva dell’Unione per gli investimenti di portafoglio, i futuri accordi internazionali di associazione e libero scambio continuerebbero ad essere conclusi in forma mista, richiedendo pertanto la ratifica di ciascun Stato membro.²²⁷

Solo gli accordi internazionali che avranno ad oggetto esclusivamente gli scambi di investimento – c.d. *Stand-alone Agreements* – potrebbero essere conclusi esclusivamente dall’Unione. Si osserva, tuttavia, che tale tipologia di accordi non è frequente, dal momento che vengono di prassi stipulati accordi internazionali multidisciplinari che, contenendo materie anche non di competenza esclusiva europea, richiedono anche la partecipazione degli SM.

L’unica necessità è quindi quella di riconoscere almeno la competenza implicita in materia d’investimenti indiretti. Infatti, se la si escludesse, ciò costituirebbe un rischio per l’armonizzazione della normativa europea in materia di investimenti, da tempo in

²²⁵ HINDELANG, MAYDELL, cit., pp. 15 e ss.

²²⁶ Il riconoscimento della competenza implicita dell’Unione può essere escluso per alcuni settori. Più nello specifico, in alcuni settori è addirittura esclusa la possibilità di armonizzare la normativa interna – si pensi alle previsioni in materia di tassazione, salute pubblica etc.. Tale preclusione non può essere aggirata per effetto della stipulazione di Accordi internazionali. “*Even in such areas the conclusions of international agreements on matters which do come within the EU’s competence, for example, cultural subsidies, should be possible in the light of the case law*”, in EECKHOUT, *EU external relations Law*, 2^a ed., Oxford, 2011, p. 114.

²²⁷ BAERT, *Towards a comprehensive European international investment policy*, in *Investment Treaty News*, n. 1, vol. 1, 2010.

atto nelle relazioni interne. Più nello specifico, la Direttiva europea n. 123/2006 relativa allo scambio di servizi nel mercato interno, esclude gli investimenti dal suo ambito di applicazione non in ragione della modalità con cui vengono realizzati – diretta o indiretta –, ma del settore.²²⁸ Il processo normativo di uniformazione degli scambi di investimenti nei servizi in atto per le relazioni interne potrebbe essere rallentato o bloccato laddove, nelle relazioni esterne, gli Stati membri mantenessero la libertà di regolare autonomamente i flussi di investimenti indiretti.

L'intervento dell'Unione è sicuramente necessario. D'altra parte, è sufficiente che sia concorrente con quello degli Stati membri. Così è stato sino ad oggi per gli investimenti diretti esteri e così potrà essere per gli investimenti indiretti sino al prossimo intervento del legislatore europeo.

²²⁸ PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, Direttiva n. 123/2006 relativa ai servizi nel mercato interno (12 dicembre 2006), [L.376/36]. Nello specifico, l'art. 2.2 (b) esclude l'applicazione della Direttiva per gli investimenti nella forma di servizi finanziari ma non nella forma di rifornimento all'estero con, o senza, stabilimento dell'Investitore sul territorio.

CAPITOLO III

LA DEFINIZIONE DI UNA POLITICA EUROPEA IN MATERIA DI INVESTIMENTI

SOMMARIO: *Sezione I: la definizione di un regime giuridico europeo per i BITs extra-UE. -1. Le ragioni sottese all'adozione del Regolamento europeo n. 1219/2012 per il mantenimento in vigore dei BITs stipulati da Stati membri con Paesi terzi. -2. Segue: la soluzione di compromesso accolta dalle Istituzioni europee per la predisposizione del Regolamento europeo n. 1219/2012. -3. Due regimi giuridici differenziati per i BITs europei: il mantenimento in vigore e l'autorizzazione a stipulare nuovi accordi. -4. Gli effetti del Regolamento europeo n.1219/2012 sui rapporti tra Stati membri e Paesi terzi. -Sezione II: i contenuti della politica europea degli investimenti: una prospettiva de lege ferenda.-5. L'esigenza di un (difficile) contemperamento tra le posizioni delle Istituzioni europee. -6. Segue: il modello di BIT europeo. -7. Segue: il bilanciamento tra la protezione dell'investitore e la tutela dei valori non economici. -Sezione III: la regolamentazione degli investimenti esteri diretti nei futuri accordi commerciali con i Paesi terzi. -8. La ri-definizione di una rete di relazioni economiche tra Unione e Paesi terzi. -9. Il mandato a negoziare con Canada, India, Singapore. -10. Segue: le questioni controverse in relazione alle clausole di protezione dell'investitore. -11. Il mandato a negoziare con gli Stati Uniti d'America. I problemi giuridici sull'"eccezione culturale alla francese".*

Sezione I

La definizione di un regime giuridico europeo per i BITs extra-UE

1. LE RAGIONI SOTTESE ALL'ADOZIONE DEL REGOLAMENTO EUROPEO N. 1219/2012 PER IL MANTENIMENTO IN VIGORE DEI BITs STIPULATI DA STATI MEMBRI CON PAESI TERZI.

La ridefinizione dei confini della politica commerciale comune europea ha conferito all'Unione la competenza esclusiva per inquadrare gli IED all'interno di una cornice normativa uniforme.

L'azione dell'Unione si sviluppa su due piani: in primo luogo, deve definire il regime giuridico all'interno del quale inserire i BITs attualmente in vigore tra gli Stati membri e i Paesi terzi (**BITs extra-UE**). In secondo luogo, deve risolvere le questioni sostanziali, relative al regime di ammissione e alle clausole di protezione da inserire nei futuri accordi commerciali sottoscritti dall'Unione.

Per quanto riguarda la prima questione, nel gennaio del 2013 è entrato in vigore il Regolamento n. 1219/2012 che definisce un regime transitorio per gli accordi bilaterali sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi, garantendo il mantenimento dei medesimi sino alla loro sostituzione con un accordo europeo.²²⁹

Tale sistema trova la propria base giuridica nelle nuove previsioni del TFUE e,

²²⁹ PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Regolamento n.1219/2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti* del 20 dicembre 2012, in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L. 351/40.

così come è già accaduto a seguito della l'introduzione della politica commerciale comune nel 1960, permette la formulazione graduale di una politica europea uniforme in una materia prima di competenza concorrente.²³⁰

Il Regolamento è il primo testo normativo vincolante per le Istituzioni e gli SM, che chiarisce lo *status* giuridico dei BITs extra-UE e, al contempo, definisce i presupposti in presenza dei quali gli SM sono autorizzati a emendarli ovvero a sottoscriverne di nuovi.

Tale testo è il risultato del compromesso raggiunto dalle Istituzioni al termine di un *iter* legislativo durato tre anni e iniziato con la pubblicazione della Proposta di Regolamento (“**Proposta**”) presentata dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento.²³¹

La presentazione della Proposta è stata l'occasione, per le Istituzioni europee, di difendere le rispettive posizioni circa la definizione di un regime transitorio cui sottoporre gli accordi bilaterali in vigore e sulle finalità che con il medesimo si sarebbero volute conseguire.²³²

La questione più problematica ha riguardato l'individuazione di una base giuridica per giustificare la validità dei BITs extra-UE anche dopo il passaggio di competenza di cui all'art. 207 TFUE – diversa è la questione per i BITs intra-UE.²³³ Sul punto, la Commissione e il Consiglio hanno adottato prospettive diametralmente opposte: la prima richiama il diritto interno dell'Unione il secondo rinvia, invece, al diritto internazionale, che è il regime giuridico di appartenenza dei BITs.

Secondo il primo approccio, sostenuto dalla Commissione e dal Parlamento, i BITs extra-UE sottoscritti rimangono in vigore per il diritto internazionale, ma devono essere inquadrati alla luce della nuova suddivisione di competenze prevista dal Trattato di Lisbona.²³⁴ L'introduzione dell'art. 207 TFUE ha reso, infatti, i BITs “incostituzionali”

²³⁰ CONSIGLIO, DECISIONE sulla standardizzazione della durata degli Accordi commerciali con Paesi terzi del 1961, in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L.71; CONSIGLIO, *Decisione sulla progressiva standardizzazione degli Accordi commerciali tra Stati membri e Paesi terzi e la futura negoziazione di Accordi europei*, 64/494/EEC del 1969, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 326, pp. 39/46.

²³¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta per il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che definisce un regime transitorio per gli accordi di investimento sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi*, COM(2010)344 definitivo, 2010/197 COD del 7 luglio 2010.

²³² REINISCH, cit., pp. 1-17.

²³³ *Infra*, Parte II, cap. I, par. 1-2.

²³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del 7 luglio 2010*, par. 1. Per parte della dottrina, così come prescritto all'art. 207.2 TFUE “*the form of a regulation is – as regards the global authorisation of existing BITs – only adequate as long as other provisions on monitoring, withdrawal and authorisation on new*

e incompatibili con il diritto dell'Unione facendo così sorgere la necessità di predisporre uno strumento legislativo interno, che autorizzi gli Stati membri sia a mantenere in vigore gli accordi già sottoscritti sia a stipularne di nuovi.²³⁵ Per la Commissione, il nuovo strumento legislativo e il meccanismo dell'autorizzazione ivi previsto, ha come base giuridica il combinato degli artt. 207 e 2.1. TFUE il quale, codificando il principio del conferimento *a contrario*, autorizza l'Unione a legittimare l'azione degli Stati membri in settori oggetto di una propria competenza esclusiva.²³⁶

Da una prospettiva di diritto internazionale, invece, i BITs sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi rimangono validi poiché la suddivisione di competenze è questione interna all'Unione e l'eventuale modifica della ripartizione delle materie tra Unione e Stati membri si ripercuote solo sui rapporti futuri.²³⁷ Le relazioni già concluse tra uno Stato membro e un Paese terzo rimangono pertanto vincolanti.

Secondo questa prospettiva, difesa dal Consiglio e dalla più parte degli Stati membri, i BITs non costituiscono un problema giuridico interno all'Unione e quindi non devono essere autorizzati da un sistema giuridico – quello europeo – diverso da quello di appartenenza. Tuttavia, per la certezza delle relazioni con i Paesi terzi coinvolti, risulta opportuno garantirne il mantenimento in vigore che, da una prospettiva esterna, potrebbe risultare compromesso dalla recente riformulazione dell'art. 207 TFUE.

Per il Consiglio, però, la base giuridica cui far rinvio per garantire lo *status quo* dei BITs extra-UE non può essere l'art. 2.1 TFUE. Tale previsione, infatti, si applica *pro futuro*, poiché legittima l'Unione a conferire il potere agli SM di agire in un determinato settore solo dopo che questo è entrato tra le materie di competenza esclusiva europea. Al contrario, posto che gli SM, nel rispetto della loro competenza, dal 1959 concludono accordi di investimento, la base giuridica per il mantenimento in vigore dei BITs deve essere rinvenuta nell'art. 351 TFUE.²³⁸ Tale previsione contiene al primo comma una

negotiations actually constitute measures defining the framework for implementing the common commercial policy". WOOLCOCK, *The EU approach to international investment policy, after the Lisbon Treaty*, cit., p. 67.

²³⁵ Art. 2.1 TFUE: "quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione".

²³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di Regolamento, *Explanatory memorandum*, cit., p. 2.

²³⁷ In tal senso depone anche la previsione di cui all'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 a norma della quale: "una parte [lo SM] non può invocare le disposizioni del suo diritto interno [privazione della competenza sulla materia oggetto del Trattato] per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Questa regola non pregiudica quanto disposto dall'art. 46".

²³⁸ LAVRANOS, *In Defence of Member States' BIT Gold Standard: The Regulation 1219/2012 establishing a Transitional Regime for existing extra-EU BITs – A member States Perspective*, in *Transnational Dispute Management*, 2013, p. 4.

clausola di salvaguardia, che fa appunto salvi tutti gli accordi internazionali sottoscritti dagli Stati membri – così recita la norma – *anteriamente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.* Per il Consiglio, l'immunità garantita dall'articolo in esame trova applicazione per analogia anche ai BITs extra-UE ad oggi in vigore.²³⁹

Tale interpretazione analogica è stata peraltro confermata dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea che, chiamata a valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione di alcune previsioni contenute in BITs extra-UE, ha impostato il proprio ragionamento sull'art. 351 TFUE, così presupponendo che il suo contenuto protegga anche gli accordi internazionali stipulati dopo l'ingresso di uno Stato nell'Unione, ma nell'esercizio di una sua competenza.²⁴⁰

I BITs sottoscritti prima del passaggio di competenze rimangono dunque in vigore *iure proprio*, salvo che lo Stato membro abbia ommesso di eliminare le eventuali incompatibilità tra l'accordo internazionale e il diritto dell'Unione, così come previsto al secondo comma dell'art. 351 TFUE.

Questo approccio interpretativo, oltre a mantenere distinti due ordinamenti giuridici, quello europeo e quello internazionale – per loro essenza separati – rispetta il principio *pacta sunt servanda* che, essendo principio generale di diritto internazionale, vincola anche l'Unione per effetto del rinvio di cui all'art. 21.1 TFUE.²⁴¹

All'origine del Regolamento n. 1219/2012 vi sono quindi due approcci e due necessità opposte. La Commissione e il Parlamento europeo vedono nel Regolamento la prima occasione per sancire il passaggio di competenze in capo all'Unione e inquadrare in un regime giuridico europeo i BITs extra-UE attualmente in vigore. Il Consiglio e gli Stati membri, invece, vi riconoscono lo strumento idoneo a dare certezza giuridica agli investitori stranieri, le cui operazioni nei territori degli SM rischiano di rimanere “bloccate”, non essendo più chiaro, dopo l'entrata in vigore del Trattato di

²³⁹ Si rinvia alla dichiarazione pubblicata dal gruppo affari esteri del Consiglio al cui para. 9 si legge che *“in accordance with art. 351 TFUE of the TFUE, bilateral investment agreement concluded by member States should continue to afford protection and legal security to investors till they are replaced by at least equally effective agreements”*.

Per il testo della dichiarazione si rinvia al link: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf

²⁴⁰ Sentenza del 15 settembre 2011, IN CAUSA 264/09, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, in *Raccolta* non ancora pubblicata, punti. 51-52; Sentenza del 3 marzo 2009, in causa 249/06, *Commissione c. Svezia*, in *Raccolta*, 2006, p. I-1335.

²⁴¹ Art. 21.1 TUE: *“L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: [...] rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”*.

Lisbona se, e per quanto tempo, i diritti e gli obblighi discendenti dai BITs extra-UE rimangano vincolanti.

Pertanto, sin dall'inizio delle negoziazioni del Regolamento n. 1219/2012, il Consiglio ha escluso la definizione di un regime di autorizzazione, spingendo per l'inserimento del meccanismo della sostituzione che, facendo salvi i BITs extra-UE in vigore, garantisce la continuità della protezione per gli investitori stranieri.²⁴²

2. *SEGUE*: LA SOLUZIONE DI COMPROMESSO ACCOLTA DALLE ISTITUZIONI EUROPEE PER LA PREDISPOSIZIONE DEL REGOLAMENTO EUROPEO N.1219/2012.

L'*iter* legislativo che porta all'emanazione del Regolamento n. 1219/2012 è iniziato il 7 luglio 2010 con la pubblicazione della Proposta della Commissione le cui previsioni, nel corso del processo legislativo, sono state ampiamente riformulate.²⁴³

Nella sua prima formulazione, la Proposta rifletteva la posizione dell'esecutivo europeo e, pertanto, richiamava come base giuridica il combinato degli art. 207 et 2.1 TFUE. Inoltre, si basava sul meccanismo dell'autorizzazione e riconosceva in capo alla Commissione ampi poteri di valutazione sulla compatibilità delle previsioni dei BITs extra-UE con il diritto dell'Unione.²⁴⁴

Il 10 maggio 2011 il Parlamento ha approvato in prima lettura la Proposta, formulando emendamenti relativi, perlopiù, a questioni terminologiche.²⁴⁵

Il testo così emendato, prima di passare allo scrutinio del Consiglio, è stato oggetto di esame in trilogò – il comitato che riunisce i rappresentanti di Presidenza, Parlamento e Commissione – sotto gli auspici del COREPER, che l'8 giugno 2011 ha ricevuto dal Consiglio mandato a negoziare.²⁴⁶

²⁴² CONSIGLIO, *Conclusioni sulla definizione di una politica comune europea in materia di investimenti*, 14373/10, 3041st incontro del Consiglio Affari generali del 25 ottobre 2010, par. 5.

²⁴³ In estrema sintesi, la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE prevede che il testo normativo presentato dalla Commissione sia oggetto di doppio scrutinio – prima e seconda lettura – del Parlamento e del Consiglio e venga adottato dopo che sia stato approvato a maggioranza qualificata il testo definitivo. Se il Parlamento ed il Consiglio non raggiungono il compromesso sul testo, la procedura prosegue con la istituzione di un comitato conciliativo e l'approvazione in terza lettura del testo di compromesso da quest'ultimo presentato al Legislatore (art. 294.9-14 TFUE).

²⁴⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento* del 7 luglio 2010, cit., par. 1 delle premesse.

²⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Report sulla Proposta per un Regolamento del Parlamento e del Consiglio per la definizione di un regime transitorio degli Accordi bilaterali sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi*, A7-0148/2011 del 10 maggio 2011.

²⁴⁶ CONSIGLIO, doc. 10982/12 (5 giugno 2012). Il COREPER è il comitato dei Rappresentanti permanenti degli Stati membri.

Negli incontri informali che si sono susseguiti sino al febbraio 2012 si sono scontrate le posizioni del Consiglio e della Commissione, con particolare riguardo ad alcuni aspetti della Proposta; il *punctum dolens* ha riguardato l’inserimento della clausola di salvaguardia (*grandfathering clause*).

Il Consiglio, difensore dell’approccio massimalista degli Stati membri “amici degli investimenti”, ha più volte espresso la necessità di assicurare il mantenimento (*grandfathering*) di tutti BITs extra-UE, escludendo però l’attivazione della procedura di autorizzazione. Diversamente da quanto previsto nella Proposta della Commissione, l’impostazione proposta dal Consiglio riduceva al minimo l’ingerenza dell’esecutivo sulla questione della validità e compatibilità dei BITs extra-UE (artt. 1-2 Proposta).²⁴⁷ Inoltre, il Consiglio proponeva di sostituire il procedimento di valutazione con l’obbligo di cooperazione tra Stati membri e Unione, modellato secondo il dettato dell’art. 351.2 TFUE. Il regime transitorio così definito sarebbe durato 10 anni, scaduti i quali i BITs extra-UE ancora esistenti sarebbero stati sostituiti da *stipulandi* accordi europei.

Nella comunicazione dell’ottobre 2011²⁴⁸ la Commissione ha risposto al Consiglio dichiarandosi disponibile a sostituire il procedimento dell’“autorizzazione” con quello del “mantenimento in vigore” sino alla sostituzione (*replacement*) dei BITs extra-UE, purché fosse mantenuto l’art. 2.1 TFUE come base giuridica. La Commissione, inoltre, ha accettato di sostituire il rigido processo di esame sulla compatibilità dei BITs extra-UE con una procedura meno invasiva, e solo facoltativa, di valutazione (*assessment*). In caso d’incompatibilità – ovvero di sovrapposizioni con le previsioni degli accordi europei – sarebbe sorto in capo allo Stato membro l’obbligo di cooperare per superare il contrasto, senza d’altra parte invalidare il BIT in questione.

Nel maggio 2012, il COREPER ha infine raggiunto l’accordo sul testo definitivo, che il Consiglio ha approvato in prima lettura il 4 ottobre 2012.²⁴⁹

Il 12 dicembre 2012 il testo definitivo è stato approvato in seconda lettura dall’Assemblea plenaria del Parlamento e dal Consiglio ed è entrato in vigore il 9

²⁴⁷ Tra gli Stati amici degli investimenti figurano: Germania, Olanda, Svezia, Finlandia, Francia e Gran Bretagna.

²⁴⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Non paper: The Commission’s informal proposal for the third trilogue on the regulation on transitional arrangement for bilateral investment agreements of member States with third countries*, doc. MD 138/11 (4 ottobre 2011).

²⁴⁹ CONSIGLIO, Posizione No 11/2012 del Consiglio in prima lettura in vista dell’adozione del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che definisce il regime transitorio per gli Accordi sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi, 2012/C 352 E/02, 4 ottobre 2012.

gennaio 2013.²⁵⁰

3. DUE REGIMI GIURIDICI DIFFERENZIATI PER I BITS EUROPEI: IL MANTENIMENTO IN VIGORE E L'AUTORIZZAZIONE A STIPULARE NUOVI ACCORDI.

Il Regolamento n. 1219/2012 definisce il regime giuridico all'interno del quale inserire gli accordi bilaterali stipulati tra Stati membri e Paesi terzi e stabilisce termini, condizioni e procedure per autorizzare gli Stati membri a emendare i BITs già sottoscritti ovvero a stipularne di nuovi (art.1.1).

Diversamente dalla formulazione della Proposta che rinviava all'art. 2.1 TFUE, nonché dalla soluzione prospettata dal Consiglio, che richiamava l'art. 351 TFUE, nel testo definitivo è stato omesso qualsiasi riferimento alle previsioni del Trattato di Lisbona, lasciando così aperta ad ogni interpretazione la questione della base giuridica del Regolamento n. 1219/2012.

Il campo di applicazione *ratione materiae* comprende tutti gli accordi bilaterali che, indipendentemente dal *nomen iuris*, contengono previsioni in materia di investimento; tale estensione, voluta dalla Commissione, non è invece gradita al Consiglio che avrebbe limitato la portata del Regolamento ai soli BITs extra-UE.

Il Regolamento suddivide i BITs extra-UE in tre categorie. La prima comprende quelli sottoscritti prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando gli Stati membri avevano competenza in materia di investimenti. La seconda concerne gli accordi di investimento che, pur essendo già stati stipulati, devono essere emendati poiché contengono previsioni contrarie al diritto UE. La stessa categoria comprende inoltre i nuovi accordi che lo Stato membro intende negoziare. La terza, infine, regola i BITs negoziati e firmati dopo l'entrata in vigore del TFUE ma prima dell'adozione del Regolamento n. 1219/2012.

Per quanto riguarda gli accordi della prima categoria, quella dei BITs extra-UE precedenti al Trattato di Lisbona, essi devono essere notificati alla Commissione (art.2) e rimangono in vigore (art.3) – senza bisogno di autorizzazione – sino a quando non saranno sostituiti da accordi sottoscritti dall'Unione Europea con il medesimo

Paese terzo.²⁵¹

²⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, Regolamento n. 1219/2012, cit.

²⁵¹ Il meccanismo del mantenimento in vigore e della graduale sostituzione per i BITs pre-Lisbona, fa salvi il 95% degli accordi ad oggi in vigore.

Il mantenimento in vigore non è incondizionato bensì soggetto ad un'eventuale procedura di verifica: la Commissione, se lo ritiene opportuno, può quindi valutare se il BIT notificato dallo Stato membro ai sensi dell'art. 2 costituisce un serio ostacolo alla negoziazione e conclusione di futuri accordi europei, che sostituiranno quelli sottoscritti dagli Stati membri (art.5).

L'art. 6.1 prevede, inoltre, un generico dovere di cooperazione, imponendo agli SM di adottare tutte le misure appropriate per assicurare che un BIT extra-UE non costituisca un grave ostacolo alla conclusione di futuri accordi.²⁵² Del pari, la Commissione, laddove stabilisca che le previsioni contenute nel BIT notificato rappresentino effettivamente un grave ostacolo alla stipulazione di accordi europei, può entrare in consultazioni con lo Stato membro coinvolto e cooperare con quest'ultimo per individuare le misure idonee a risolvere l'incompatibilità (art.6.2). Sessanta giorni dopo la chiusura delle consultazioni, che durano al massimo 90 giorni, la Commissione indica allo Stato membro le misure appropriate per rimuovere l'ostacolo; se quest'ultimo non si conforma alle indicazioni ricevute, la Commissione può presentare ricorso per inadempimento avanti la Corte di giustizia europea, come previsto all'art. 258 TFUE.²⁵³

L'abolizione del ritiro dell'autorizzazione in caso d'incompatibilità dei BITs pre-Lisbona – meccanismo previsto nella Proposta – ha ridotto i poteri della Commissione, il cui controllo è ora limitato a garantire l'esistenza dei presupposti per la progressiva sostituzione dei BITs extra-UE con nuovi accordi europei, e così realizzare una politica uniforme europea in materia di investimenti.²⁵⁴

L'8 maggio 2013 la Commissione ha pubblicato la lista dei BITs notificati dagli Stati membri reperibile al sito: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131:0002:0098:EN:PDF>

²⁵² Sul dovere di cooperazione tra Unione e Stati membri si rinvia, *ex multis*, a: HILLION, *Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the "duty of cooperation"*, Centre for Law of the EU external relations, CLEER working paper 2009/2.

²⁵³ Nella versione della Proposta, i BITs notificati dagli Stati membri sarebbero stati automaticamente autorizzati dalla Commissione (art. 2 Proposta) per poi essere oggetto di un'indagine *ex post* (art. 5 della Proposta) con cui l'Esecutivo avrebbe valutato la compatibilità dei medesimi con i parametri individuati nella Proposta. L'art. 5 della Proposta prevedeva che *"the Commission shall review the agreements notified pursuant to Article 2, including by assessing, in particular, whether the agreements: (a) conflict with the law of the Union other than the incompatibilities arising from the allocation of competences between the Union and its Member States, or (b) overlap, in part or in full, with an agreement of the Union in force with that third country and this specific overlap is not addressed in the latter agreement, or (c) constitute an obstacle to the development and the implementation of the Union's policies relating to investment, including in particular the common commercial policy"*.

²⁵⁴ Gli effetti del ritiro dell'autorizzazione facevano sorgere dubbi giuridici poiché i BITs, anche se illegittimi per il diritto europeo, sarebbero rimasti in vigore per il diritto internazionale, creando incertezze sulla vincolatività degli obblighi nei medesimi previsti. Nella Proposta l'autorizzazione sarebbe potuta essere ritirata qualora fosse stata ravvisata una delle condizioni di cui all'art. 5 Proposta; tra i motivi del ritiro si distingueva quello di cui alla lett. d) che così recitava: *"the Council has not taken a*

Il meccanismo dell'autorizzazione rimane invece in vigore, seppur parzialmente attenuato rispetto alle precedenti versioni, per gli altri due gruppi di BITs extra-UE.

Per quanto riguarda i BITs da emendare o da negoziare, gli Stati membri possono aprire trattative con i Paesi terzi solo previa autorizzazione della Commissione (art.8) che la concede nel rispetto di alcune condizioni (art.9).

Nello specifico, la Commissione può rifiutare l'autorizzazione qualora emerga che le negoziazioni (a) sono in contrasto con il diritto dell'Unione su aspetti diversi rispetto alla suddivisione di competenze tra Unione e Stati membri; (b) sono superflue poiché la Commissione avrebbe proposto ovvero ha già proposto l'apertura di negoziazioni con il medesimo Paese terzo secondo le previsioni di cui all'art. 218.3 TFUE; (c) sono incompatibili con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione di cui al capitolo I Titolo V del TUE o (d) costituiscono un serio ostacolo alla negoziazione o conclusione di futuri accordi dell'Unione con il Paese terzo.

In assenza dei predetti impedimenti, la Commissione, prima di concedere l'autorizzazione, può comunque richiedere allo Stato membro di inserire o rimuovere alcune clausole dal testo dell'accordo bilaterale per assicurare il rispetto della politica europea sugli investimenti o, in generale, la compatibilità con il diritto dell'Unione (art.9.2).

La procedura di valutazione per la concessione dell'autorizzazione si deve concludere nel termine di 90 giorni e la Commissione ha obbligo di informare il Parlamento e il Consiglio della decisione assunta (artt.9.3-9.4). Prima di firmare l'accordo emendato o negoziato, lo Stato membro notifica il testo definitivo alla Commissione che, accertatane la compatibilità con le previsioni di cui all'art. 9.1 e 9.2, decide, entro 90 giorni, di autorizzarne la firma e la conclusione (art.11).

Le condizioni di cui all'art. 9 sono meglio definite rispetto a quelle previste inizialmente nella Proposta. In particolare, è specificato che le negoziazioni dei futuri BITs extra-UE sono condotte nel rispetto dei principi di cui al TUE, così come tra l'altro è previsto all'art. 205 TFUE.²⁵⁵ La Commissione garantisce quindi che l'azione

decision on the authorisation to open negotiations on an agreement which overlaps, in part or in full, with an agreement notified under Article 2, within one year of the submission of a recommendation by the Commission pursuant to Article 218(3) of the Treaty". Si trattava della clausola vendetta, o *blackmail clause*, poiché permetteva che la Commissione "punisse" il Consiglio, e per esso gli Stati membri, per una presunta inattività legislativa. LAVRANOS, *Member States BITs: lost in transition?*, 2011, p. 16, reperibile al sito: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935625.

²⁵⁵ Nella Proposta le previsioni per concedere l'autorizzazione di cui all'art. 5 erano troppo vaghe ed indefinite e pertanto favorivano l'ampia discrezionalità della Commissione. Soprattutto, la condizione di cui alla lettera b., prevedeva la valutazione circa la incompatibilità delle previsioni dei BITs con quelle

degli Stati membri in materie che rientrano tra le competenze esclusive dell'Unione sia vincolata al rispetto dei principi generali e degli obiettivi che guidano l'operato della stessa, così garantendo non solo il rispetto del dettato dei Trattati ma anche la graduale uniformazione dell'azione esterna europea.

L'unica espressione che rimane poco chiara, favorendo la discrezionalità della Commissione, si rinviene al secondo comma dell'art. 9 del Regolamento in esame laddove si prevede che la compatibilità degli accordi *negoziandi* è valutata anche alla luce della politica europea sugli investimenti: si tratta di una previsione troppo vaga dal momento che rinvia ad una materia in fase di evoluzione, dai contorni e contenuti non ancora definiti.

In generale, comunque, si osserva che il rinvio al procedimento dell'autorizzazione per emendare i BITs extra-UE già sottoscritti ovvero stipularne di nuovi, bilancia due necessità opposte: da un lato, quella degli Stati membri di mantenere un, sia pur ridotto, potere di azione nel settore degli investimenti; dall'altro, quella della Commissione di esercitare un potere di controllo e revisione al fine di porre le basi per la nuova politica europea degli investimenti.

Il terzo gruppo di BITs extra-UE comprende i trenta che, da una prospettiva interna di diritto dell'Unione, sono "incostituzionali" poiché negoziati e firmati tra l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del Regolamento. Si tratta quindi di accordi negoziati quando la competenza in materia di investimenti era già passata in capo all'Unione. Pertanto, lo Stato membro avrebbe dovuto agire previa richiesta di un'autorizzazione ovvero previa attivazione del procedimento prescritto dall'art. 2.1 TFUE.

Il Regolamento ha previsto che tali BITs extra-UE, una volta notificati, siano sottoposti all'esame della Commissione che valuta la loro compatibilità alla luce delle condizioni di cui all'art. 9.1 e 9.2. Entro 180 giorni dall'apertura della valutazione, la Commissione emette una decisione, notificata anche al Parlamento e al Consiglio, con cui può autorizzare, o meno, lo Stato membro a far entrare in vigore il BIT negoziato.

contenute in un Accordo sottoscritto dall'Unione con il medesimo Paese faceva sorgere non pochi problemi di applicazione. La nozione d'incompatibilità, infatti, anche se certo rinvia ad un'incompatibilità tra le norme materiali, può essere interpretata in modo più o meno estensivo, a seconda dell'approccio interpretativo adottato. GRUPPO DI STUDIO DELLA COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 24. La valutazione della compatibilità dei BITs con la politica europea degli investimenti, poi, avrebbe legittimato valutazioni molto discrezionali, operando alla stregua di una *carte blanche*, facendo riferimento ad una politica non ancora definita. BISHOFF, cit., p. 1544.

In mancanza di autorizzazione, la Commissione può inoltre imporre allo Stato membro di non assumere ulteriori iniziative per la stipulazione e di ritirare, o modificare, gli impegni già assunti.

L'art. 13 del Regolamento n. 1219/2012, in termini identici rispetto a quelli della Proposta, regola il rapporto tra Stati membri e Commissione, imponendo in capo ai primi obblighi di condotta piuttosto vincolanti. Alla lettera b) dell'articolo in esame è prescritto il dovere degli Stati membri di informare la Commissione, non appena ne vengano a conoscenza, di ogni richiesta di risoluzione di controversie presentata nel quadro dell'accordo bilaterale: una volta informato, l'esecutivo europeo non solo può partecipare alla preparazione della difesa ma anche prendere parte attiva al procedimento.

Il diritto della Commissione di assistere lo Stato membro nei giudizi intrapresi avanti le corti arbitrali è questione alquanto dibattuta e non ancora definita trattandosi, in pratica, di una legittimazione ad agire in procedimenti in cui la medesima è estranea.²⁵⁶

La Commissione giustifica la propria presenza per garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo, che non può essere demandata alla discrezionalità di Corti straniere. Tuttavia, così procedendo, si legittima la presenza di una parte terza rispetto al rapporto di cui è causa. Tale parte, del resto, può avere legittimazione attiva o passiva solo nel rispetto delle regole processuali che regolano il procedimento. Sino ad oggi sono stati accolti alcuni interventi della Commissione solo in qualità di *amicus curiae*, ruolo che, tuttavia, non le può essere sempre garantito. Infatti, nei procedimenti arbitrali, l'ammissione degli *amici curiae* dipende dalle regole procedurali applicate.²⁵⁷ In sede di arbitrato ICSID, ad esempio, gli arbitri non hanno l'obbligo, ma solo la facoltà, di ammettere la loro partecipazione al procedimento.²⁵⁸

Pertanto, la legittimazione della Commissione a prendere parte ai procedimenti arbitrali unitamente agli Stati membri – peraltro ribadita anche nella Proposta di

²⁵⁶ *Infra* Parte II, cap. I, sez. II

²⁵⁷ Arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, lodo parziale del 27 marzo 2007, in causa no. 088/2004, *Eastern Sugar c. Repubblica Slovacca*; decisione sulla giurisdizione, arbitrabilità e sospensione del 26 ottobre 2010, della Corte Permanente di arbitrato, *Eureka B.V. c. Repubblica Slovacca*, in causa no. 2008-13.

²⁵⁸ ICSID, artt. 32.2 e 37.2 Regole di procedura per i procedimenti arbitrali, disponibili al sito: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

Regolamento n. 0163/2012²⁵⁹ – trova applicazione solo nei limiti delle regole procedurali adottate dai Collegi arbitrali di volta in volta costituiti per definire la controversia.

Non vi sono invece limiti che precludano il potere della Commissione di indicare allo Stato la tattica difensiva, trattandosi in questo caso di una mera gestione del rapporto interno, Unione-Stati membri, che non ha riflessi sulla controparte.

L'art. 16 del Regolamento in esame prevede infine che la Commissione, nell'esercizio dei poteri di controllo di cui è investita, venga assistita da un apposito Comitato con poteri consultivi, costituito conformemente alle previsioni di cui al Regolamento europeo n. 182/2011.²⁶⁰

La costituzione di comitati che affianchino la Commissione nell'esercizio dei suoi poteri sta divenendo una prassi. Tuttavia, nel caso di specie, si evidenzia che il rinvio a un comitato con poteri meramente consultivi – e non d'esame – non pare conforme alla lettera del citato Regolamento n. 182/2011. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che la procedura d'esame si applica *“per gli atti di esecuzione riguardanti la politica commerciale comune”* e che solo in *“casi debitamente giustificati”* la procedura consultiva può sostituire quella d'esame.²⁶¹

In fase di negoziazione del Regolamento n. 1219/2012, né il Parlamento né la Commissione hanno proposto argomentazioni idonee a dimostrare l'“eccezionalità” della situazione tale da giustificare l'istituzione di un Comitato consultivo. Di conseguenza, poiché gli investimenti rientrano tra le materie della politica commerciale comune, avrebbe dovuto prevedersi un comitato con poteri di esame e non meramente consultivi.

D'altra parte, l'impatto potenzialmente negativo di questa deviazione ingiustificata dal dettato del Regolamento n. 182/2011 è stato limitato allegando al Regolamento n. 1219/2012 una Dichiarazione comune, in cui si chiarisce che la scelta di adottare la procedura consultiva non costituisce un precedente per la definizione di

²⁵⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento sull'allocazione della responsabilità finanziaria tra Unione e Stati membri in caso di controversie che hanno ad oggetto un Accordo bilaterale concluso tra uno Stato membro ed un Paese terzo*, COM2012/0163 del 21 giugno 2012.

²⁶⁰ PARLAMENTO e CONSIGLIO, *Regolamento n. 182/2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione* del 16 febbraio 2011, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L. 2012-351.

²⁶¹ Art. 2, Regolamento n. 182/2011 scelta delle procedure: *“1. Un atto di base può prevedere l'applicazione della procedura consultiva o della procedura d'esame tenendo presente la natura o l'impatto degli atti di esecuzione richiesti. 2. La procedura d'esame si applica, in particolare, per l'adozione di: 2) altri atti di esecuzioni riguardanti iv) la politica commerciale comune”*.

uno *standard* da applicare ogniqualvolta si tratterà di adottare misure per la politica commerciale comune.²⁶²

La soluzione appena descritta evidenzia che, da parte del Consiglio, è prevalsa la necessità di addivenire alla rapida conclusione di un strumento normativo che garantisca certezza giuridica agli investitori stranieri piuttosto che la necessità di controllare l'operato della Commissione.²⁶³

4. GLI EFFETTI DEL REGOLAMENTO EUROPEO N. 1219/2012 SUI RAPPORTI TRA STATI MEMBRI E PAESI TERZI.

Il Regolamento n. 1219/2012 è stato il primo intervento legislativo con cui l'Unione ha preso atto del passaggio di competenze in materia di investimenti prescritto dall'art. 207 TFUE.

Per quanto riguarda la sostanza, il testo del Regolamento risulta più neutrale di quello definito nella Proposta della Commissione del luglio 2010.

La previsione di due distinti meccanismi, quello del mantenimento in vigore e dell'autorizzazione, rispetta le differenze che sussistono tra i BITs extra-UE e che dipendono dal momento della loro stipulazione.

Quelli precedenti al Trattato di Lisbona non devono essere autorizzati, poiché ai tempi della loro sottoscrizione gli Stati membri hanno agito nel rispetto delle proprie competenze. Si deve quindi solo valutare se le previsioni nei medesimi contenute costituiscano, o meno, un ostacolo alla sottoscrizione di futuri accordi europei.

L'autorizzazione è invece necessaria per tutti gli altri BITs extra-UE, quelli negoziati successivamente al Trattato di Lisbona ovvero *negoziandi* in futuro: essendo gli investimenti una materia ora di competenza esclusiva dell'Unione, lo Stato membro può agire solo se autorizzato, e nei limiti dell'autorizzazione ricevuta, così come prescritto all'art. 2.1 TFUE.

²⁶² Sempre nella Dichiarazione allegata al Regolamento 1219/2012 si legge che: “Il fatto che il presente regolamento e in particolare i considerando 17, 18 e 19 prevedano il ricorso alle procedure di cui al regolamento (UE) n. 182/2011 non costituisce un precedente riguardo a futuri regolamenti intesi a consentire all'Unione di autorizzare gli Stati membri, a norma dell'articolo 2, paragrafo 1 del TFUE, a legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in settori di competenza esclusiva dell'Unione”. In altre parole, le Istituzioni specificano che non necessariamente tutti i settori di competenza esclusiva dell'Unione possono attivare il meccanismo di cui all'art. 2.1 TFUE e, pertanto, autorizzare il passaggio di competenze da Unione agli Stati membri.

²⁶³ LAVRANOS, *In defence of Member States' BITs Gold Standard: the Regulation 1219/2012 establishing a transitional Regime for existing extra EU BITs. A member State's Perspective*, in *Transnational Dispute management*, vol.10, 2013.

Si osserva, a tale proposito, che potrebbero sorgere problematiche per i BITs del secondo gruppo – da emendare o *stipulandi* – ai quali la Commissione non conceda l'autorizzazione: da una prospettiva interna, senza un'autorizzazione lo Stato membro non può emendare ovvero stipulare il BIT. D'altra, da una prospettiva esterna, il medesimo rischia di subire le conseguenze previste dal diritto internazionale per quei casi in cui, essendo già stato prestato il consenso a emendare o stipulare, una parte receda dalle trattative (Convenzione di Vienna del 1969, artt.12 ss).

Analoga incertezza si rileva per i BITs extra-UE del terzo gruppo, quelli “incostituzionali”, che non possono essere autorizzati: se sono già entrati in vigore, essi sono validi per il diritto internazionale ma non per quello europeo, lasciando così gli investitori del Paese terzo nell'incertezza circa la vincolatività degli obblighi e dei diritti discendenti dal BIT.

In tutti i casi, comunque, la previsione di termini perentori – 90 o 180 giorni – entro cui la Commissione deve arrivare alla conclusione del procedimento di valutazione, garantisce la rapida definizione del regime giuridico transitorio: in caso di autorizzazione vi sarà la certezza dei rapporti tra Stato membro e Paese terzo in assenza, invece, si imporrà l'immediata risoluzione dell'*impasse* sulla validità del BIT extra-UE per altri canali, probabilmente politici.

Il mantenimento in vigore e l'autorizzazione rimangono comunque meccanismi temporanei, idonei a garantire nel periodo di transizione la vincolatività dei diritti e degli obblighi previsti nei BITs *inter-partes*.

Il fine ultimo del Regolamento è infatti quello di favorire la graduale sostituzione di tutti i BITs extra-UE con accordi europei e così realizzare una politica uniforme europea degli investimenti, conformemente alle nuove previsioni del TFUE.²⁶⁴

Il meccanismo della sostituzione implica che la stipulazione di accordi europei porti all'automatica estinzione dei BITs extra-UE oggi in vigore.

Da una prospettiva di diritto europeo non sorgono dubbi circa la legittimità giuridica di questa soluzione poiché l'Unione, esercitando la nuova competenza, sottoscriverà un nuovo accordo con il Paese terzo che si andrà a sostituire a quello

²⁶⁴ La sostituzione dei BITs extra-UE sottoscritti dai singoli Stati membri con un accordo europeo garantisce il pieno esercizio della competenza esclusiva dell'Unione, nonché il rispetto delle previsioni e degli obiettivi di diritto europeo, che viceversa risulterebbero frustrati. Per un'analisi circa il potere dell'Unione di sostituire accordi europei a quelli nazionali in caso di passaggio di competenze, si rinvia alla sentenza del 5 novembre 2002, in causa 467/98, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 2002, p. I-09519, punti 83-85.

precedentemente stipulato dallo SM.²⁶⁵

Da una prospettiva di diritto internazionale non è tuttavia chiaro se il meccanismo della sostituzione sia conforme alle fonti internazionali sul diritto dei trattati e, in particolare, alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati tra Stati del 1969 e tra Stati e Organizzazioni Internazionali del 1986.

Il meccanismo della sostituzione, così come prescritto nel Regolamento n. 1219/2012, non chiarisce il ruolo degli SM, posto che questi ultimi possono partecipare solo se l'accordo europeo sarà sottoscritto in forma mista.

La presenza di un'Organizzazione Internazionale (**O.I.**) impone inoltre di ricercare nella Convenzione di Vienna del 1986 previsioni che legittimino l'estinzione di un accordo tra Stati per effetto della stipulazione di un successivo accordo sottoscritto tra un'O.I., di cui è membro una delle parti del primo accordo, e la medesima controparte.

Sul punto soccorre la previsione di cui all'art. 59 della Convenzione di Vienna del 1986 in base al quale *“un Trattato è considerato estinto quando tutte le parti concludono successivamente un Trattato avente per oggetto la stessa materia e risulta dal Trattato successivo o per altra via che secondo l'intenzione delle parti la materia deve essere disciplinata dal Trattato medesimo”*.²⁶⁶

La sostituzione dei BITs extra-UE avverrà quindi in modo conforme al predetto articolo, solo laddove il successivo accordo europeo regoli la stessa materia e sia concluso tra le medesime parti.

Per quanto concerne la prima condizione, a fianco di un'interpretazione più restrittiva che richiede l'identità dell'oggetto e il medesimo grado di generalità tra i due accordi,²⁶⁷ è stata ammessa un'interpretazione teleologica per cui non deve ricercarsi *“the degree of precision of the enunciated rules, but taking as criteria only whether the treaties intend to govern the same object at the same time, by way of general rules or more specific ones”*.²⁶⁸ Pertanto,

²⁶⁵ In passato, in occasione del riconoscimento in capo all'Unione della competenza esclusiva in una materia prima di competenza concorrente – è il caso ad esempio della politica commerciale comune e dei servizi aerei – è già stato riconosciuto il potere della medesima di sostituirsi agli Stati membri nei rapporti da questi ultimi sottoscritti con Paesi terzi. *Supra*, Parte I, cap. I.

²⁶⁶ Tale articolo riproduce *verbatim* la previsione di cui all'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati tra Stati del 1969.

²⁶⁷ DUBUISSON, *Art. 59, 1986 Vienna Convention*, in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, a Commentary*, Oxford, 2011, p. 1335.

²⁶⁸ GRUPPO DI STUDIO DELLA COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, pp. 129-131.

l'identità della materia sussiste se l'implementazione dell'accordo successivo impedisce, o mina, gli obiettivi del precedente.²⁶⁹

Quanto alla seconda condizione, secondo l'interpretazione costante della norma, la previsione “*tra le medesime parti*” è rispettata anche quando, essendo il primo trattato sottoscritto tra uno Stato membro A e un Paese terzo B, il secondo è concluso tra quest'ultimo e l'UE, la quale agisce per effetto di una competenza alla medesima attribuita successivamente alla stipulazione dell'accordo tra A e B. Quest'ultimo, se incompatibile con l'accordo stipulato dall'UE, si dà per abrogato. Si suppone, infatti, che con il trasferimento di competenze gli SM abbiano delegato all'Unione anche il potere di concludere accordi internazionali, dando pertanto il loro tacito consenso all'abrogazione di quelli da loro sottoscritti con il medesimo Paese terzo, se incompatibili con i successivi accordi stipulati dall'UE.

Nella dimensione europea, già in passato si sono verificati trasferimenti di competenza dagli SM all'Unione – si veda, per esempio, la politica commerciale, della pesca e, più di recente, dei servizi aerei – che hanno portato alla sostituzione di accordi bilaterali stipulati tra uno Stato membro e il Paese terzo con accordi europei.

Sul punto, la Corte di giustizia europea ha riconosciuto la legittimità di tali sostituzioni, così sancendo, indirettamente, l'interpretazione estensiva della seconda condizione di cui all'art. 59 della Convenzione di Vienna del 1986. Più nello specifico, in occasione di una controversia sorta tra Francia e Spagna – all'epoca non ancora membro dell'Unione – la Corte è stata adita per stabilire la vincolatività dell'accordo stipulato dall'Unione e la Spagna su una materia divenuta di competenza esclusiva della prima, ma già regolata da un accordo bilaterale tra Francia e Spagna. Nel merito, la Corte di giustizia europea ha stabilito che “*the agreement between the European economic Community and the Government of Spain of 15 April 1980 has superseded the prior international obligations which existed in this field between France and Spain. Spanish fisherman may not rely on such obligations in order to prevent the application of the regime established by the Agreement*”.²⁷⁰

La Corte non ha spiegato la base giuridica delle proprie conclusioni né ha rinviato alle previsioni della Convenzione di Vienna – che peraltro all'epoca era in vigore solo nella versione relativa ai trattati tra Stati. Tuttavia, il ragionamento condotto dalla Corte

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Sentenza del 28 ottobre 1982, in cause riunite 50-58/82, *Administrateur des affaires Maritimes de Bayonne and Procureur de la République c. José Dorca Marina and others*, in *Raccolta*, 1982, p. 03949, punto 6.

ha legittimato, e legittima tuttora, la possibilità per l'UE di abrogare gli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri nelle materie in cui ha acquisito una competenza esclusiva.

Tale conclusione non è mai stata contestata dagli SM e, pertanto, si può concludere che l'art. 59 della Convenzione del 1986 può essere interpretato in modo estensivo: perché vi sia identità tra le parti di due accordi tra loro successivi, è necessario, e sufficiente, che il secondo sia sottoscritto da un'O.I. di cui uno Stato del primo accordo è parte.²⁷¹

In definitiva, quindi, il meccanismo della sostituzione previsto dal Regolamento n. 1219/2012 è conforme anche alle previsioni di diritto internazionale.

Indipendentemente dalle considerazioni giuridiche sui meccanismi adottati nel Regolamento in esame, ci si attende che i BITs extra-UE rimangano in vigore per un lungo periodo – forse anche sino alla loro scadenza naturale. La sostituzione, infatti, non può essere immediata e all'Unione occorre del tempo per aprire nuovi negoziati con tutti i Paesi terzi con cui sono stati stipulati BITs extra-UE, soprattutto considerando che mancano le risorse, nel senso di capitale umano, preposto ad occuparsi d'investimenti.

Alla luce di quanto sopra, si può anche leggere il *favor* verso gli SM, cui è riconosciuto il diritto di concludere nuovi accordi, seppur previa autorizzazione. L'Unione, infatti, ha bisogno di tempo per creare una rete autonoma di relazioni esterne in materia d'investimenti e, nel frattempo, riduce il suo onere preservando una parziale autonomia degli Stati membri.

In definitiva, il testo del Regolamento n. 1219/2012, nonostante i dubbi giuridici che sono stati evidenziati, realizza un buon compromesso tra le istanze delle Istituzioni europee e gli interessi degli Stati membri e dei Paesi terzi.

Per quanto riguarda le prime, il Consiglio ha ottenuto che i BITs sottoscritti prima dell'emanazione del Trattato di Lisbona rimangano in vigore per il tempo necessario alla loro sostituzione; il Parlamento europeo ha conseguito l'obiettivo di rendere vincolante la tutela dei valori anche non economici, il cui rispetto è condizione per il mantenimento ovvero l'autorizzazione dei BITs extra-UE. La Commissione, infine, è stata investita di un ruolo di grande rilievo: l'esecutivo europeo ha infatti poteri di controllo incisivi sull'operato degli Stati membri e di indirizzo per la definizione dei futuri accordi. Gli SM, per parte loro, mantengono una propria autonomia. Da ultimo, gli investitori stranieri possono contare oggi sul mantenimento in vigore dei BITs

²⁷¹ DUBUISSON, *Art. 59, 1986 Vienna Convention*, cit., pp. 1348-1351.

sottoscritti dai propri Paesi di provenienza e, domani, sulla continuità del regime giuridico nei medesimi contenuti che, ragionevolmente, sarà trasferito nei futuri accordi europei.

Sezione II

I contenuti della politica europea degli investimenti: una prospettiva de lege ferenda

5. L'ESIGENZA DI UN (DIFFICILE) CONTEMPERAMENTO TRA LE POSIZIONI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE.

Il riconoscimento della competenza esclusiva dell'Unione in materia di investimenti esteri diretti ha imposto una doppia sfida: da un lato, l'Unione si deve occupare della gestione dei BIT's extra-UE e, dall'altro, deve definire una politica europea degli investimenti.

La prima questione è stata risolta con l'adozione del Regolamento n. 1219/2012 che fornisce la base giuridica per il mantenimento dei BIT's extra-UE.²⁷²

Quanto alla seconda, invece, devono ancora essere stabiliti i contorni della politica europea di investimento e l'estensione dei poteri che potranno essere esercitati dall'Unione. Le istituzioni, dunque, devono definire i contenuti dei futuri accordi commerciali e/o di investimento che l'Unione Europea stipulerà con i Paesi terzi e, di conseguenza, le politiche di ingresso e di protezione che si intendono perseguire.

Il testo definitivo di tali accordi rifletterà la nuova suddivisione di competenze tra Unione e Stati membri, indicando se i poteri della prima si estendano, come si crede, sino a comprendere anche le questioni relative alla fase post-stabilimento dell'investimento ovvero si fermi alla fase di ingresso.²⁷³

La definizione dei contenuti dei futuri accordi è oggetto di ampio dibattito in seno alle Istituzioni che, nel merito, hanno difeso interpretazioni non sempre omogenee circa gli obiettivi da perseguire, la protezione da garantire all'investitore e la tutela dei valori non economici.

La Commissione ha per prima chiarito la propria posizione con la Comunicazione per la definizione di una politica europea uniforme in materia di

²⁷² PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, Regolamento n. 1219/2012, cit., par. 6-9 delle premesse.

²⁷³ *Supra*, Parte I, cap. I, sez. II.

investimenti del 2010, cui sono seguite la Conclusione del Consiglio dell'ottobre dello stesso anno e la Risoluzione del Parlamento Europeo dell'aprile 2011.²⁷⁴

La Comunicazione della Commissione non contiene un progetto per la definizione di una politica europea degli investimenti, si tratta piuttosto di uno “*statement of board principles and parameters for future investment agreement*”.²⁷⁵ Nello specifico, la Commissione interpreta la nuova competenza dell'Unione in materia di investimenti sostenendo che essa conferisca il potere di definire questioni relative alle fasi di pre e post stabilimento. L'esecutivo europeo parte dalla premessa per cui l'Unione è “*the world's leading host and source of FDP*”.²⁷⁶ Ciò nonostante, come rilevato dalla Commissione, gli investitori europei si trovano in una posizione svantaggiata rispetto a quelli di altre realtà economiche analoghe, quale quella U.S.A., e ciò soprattutto per la difficoltà dell'Unione di definire una politica uniforme per gli investimenti. Tale *impasse* ha con il tempo ridotto la forza contrattuale europea nei confronti di altri *partner* commerciali.

Preso atto di tale contingenza economica, la Commissione mostra un grande *favor* verso gli investitori europei all'estero e pertanto prevede che la nuova politica dell'Unione venga condotta “*in order to follow the available best practices to ensure that no EU investor would be worse off than they would under Member States' BITs*”.²⁷⁷

Per quanto riguarda il livello di tutela da garantire all'operatore straniero, la Commissione richiede l'inserimento di clausole di protezione relative – trattamento nazionale e della nazione più favorita – e assolute – trattamento giusto ed equo, protezione dall'espropriazione e *full protection and security* – nonché il rinvio alla modalità Stato-privato per risolvere le controversie.²⁷⁸ Il fine ultimo è quindi assicurare che la futura politica europea degli investimenti sia una sintesi coerente e conforme alla miglior pratica seguita nei BITs degli Stati membri, il cui l'obiettivo è rimasto “*that of protecting investments from industrialized party into the developing one, thereby (hopefully) attracting capital into the latter's economy*”.²⁷⁹

²⁷⁴ COMMISSIONE, Comunicazione, 7 luglio 2010, cit.; CONSIGLIO, *Conclusioni*, 25 ottobre 2010, cit.; PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione, 6 aprile 2011, cit..

²⁷⁵ COMMISSIONE, *Towards a comprehensive European international investment policy*, cit., par.6

²⁷⁶ *Ibid.* par. 3.

²⁷⁷ COMMISSIONE, Comunicazione, 7 luglio 2010, cit., par. 9.

²⁷⁸ *Ibid.* par. 8.

²⁷⁹ SACERDOTI, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in *Recueil des Course*, l'Académie de droit international de l'Haie vol. 269, 1997, pp. 327-328.

Con riguardo al bilanciamento tra la protezione degli investitori e la tutela dei valori non-economici, la Commissione assume che, da un lato, debba essere garantita la libertà dello Stato di introdurre misure a tutela dei valori fondamentali e dell'ordine pubblico interno; dall'altro, che sia necessaria una politica europea che integri i valori e gli obiettivi non-economici con la protezione dell'investimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Commissione non prevede alcuno strumento che salvaguardi il diritto delle parti di adottare e far rispettare le misure legislative che, pur introdotte a tutela di valori non economici, di fatto possono colpire negativamente l'operazione d'investimento. Quanto invece all'integrazione dei valori non economici, l'esecutivo europeo rinvia alle previsioni contenute nelle linee guida predisposte dall'OCSE sulla responsabilità delle imprese multinazionali, prospettandone l'inserimento nei futuri accordi di investimento.²⁸⁰ L'inclusione di tali previsioni darà loro la forza vincolante di cui oggi sono prive, trattandosi di strumenti di *soft law*.

La Conclusione che il Consiglio presenta alla Commissione nell'ottobre 2010 è una sintesi dei molteplici interessi degli Stati membri che si dividono in Stati importatori, favorevoli al passaggio di competenze, e Stati esportatori, che viceversa temono le conseguenze negative che i propri investitori possono subire dal trasferimento di competenze.

Per quanto riguarda l'impostazione dei futuri accordi, il Consiglio rileva che il livello di protezione garantito agli investitori non solo deve rimanere invariato, ma nel futuro “*the EU international investment policy should increase the current level of protection and legal security for the European investors abroad*”.²⁸¹

Per quanto riguarda le clausole di protezione, il Consiglio riprende la Comunicazione della Commissione, ribadendo la necessità di inserire “*the fundamental standard of fair and equitable treatment, non discrimination, full protection and security, treatment of investors and investments, protection against expropriation, free transfer of funds of capital and payments [...] effective protection provisions and dispute settlement mechanisms*”.²⁸²

Sul punto si osserva che la Conclusione del Consiglio, così come già la Comunicazione della Commissione, è lacunosa poiché non specifica i contenuti delle clausole di protezione da inserire, lasciandone la definizione alla discrezionalità prima

²⁸⁰ <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

²⁸¹ CONSIGLIO, *Conclusione*, 25 ottobre 2010, cit., par. 9.

²⁸² *Ibid.*, par. 14.

degli organi di governo del Paese ospite poi, in caso di controversie, a quella degli arbitri-interpreti; ciò, a discapito della certezza per gli investitori.

Per quanto riguarda la tutela dei valori non economici, il Consiglio riconosce la necessità di preservare l'ambiente e i diritti sociali, ma comunque ribadisce che “*the main focus of international investment agreement should continue to be effective and ambitious investment protection and market access*”.²⁸³

Per il Consiglio, dunque, la politica europea degli investimenti deve essere condotta in primo luogo, mantenendo la pratica attuale degli Stati membri e, in secondo luogo, tenendo conto degli obblighi di cui all'art. 205 TFUE, che vincola l'azione esterna dell'Unione al rispetto delle previsioni di cui all'art. 21 TUE.²⁸⁴

Il Consiglio, tuttavia, non indica alcuno strumento vincolante che possa rendere effettivo il rispetto dei valori non economici e, diversamente dalla Commissione, esclude il rinvio alle linee guida dell'OCSE. La tutela dei valori non economici rischia pertanto di essere confinata tra gli obiettivi non vincolanti dei futuri accordi, divenendo in questo caso solo parametro da utilizzare per un'interpretazione sistematica dei medesimi.

Da ultimo, la Risoluzione con cui il Parlamento risponde alla Commissione e al Consiglio mostra contenuti parzialmente in contrasto rispetto a quelli proposti dalle altre Istituzioni.

Più nello specifico, il Parlamento riconosce sì ampi poteri in capo all'Unione, ma sostiene che i futuri accordi di investimento debbano essere costruiti discostandosi dai BITs europei, che sono troppo orientati a tutelare l'investitore e contengono clausole di protezione poco definite.²⁸⁵

A oggi, infatti, la più parte dei BITs sottoscritti dagli Stati membri ricalca il modello predisposto nella Convenzione OCSE sulla tutela della proprietà straniera del 1967: si tratta di accordi molti brevi, volti soprattutto a tutelare l'investitore.²⁸⁶ L'analisi approfondita delle clausole di prassi contenute nei BITs esula da questo studio, ma in

²⁸³ *Ibid.*, par. 16.

²⁸⁴ *ibid.*, par. 17.

²⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione, 6 aprile 2011, cit., para G et 24. Per la dottrina, si rinvia a: REINISCH, *Expropriation*, cit.

²⁸⁶La Convenzione non è mai entrata in vigore, ma il 12 marzo 1967 il Consiglio dell'OCSE ha adottato un Regolamento, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. C. 67/102, affermando la vincolatività degli Stati membri ai principi di diritto internazionale contenuti nella Convenzione conferendo così alla medesima uno status giuridico analogo a quello delle raccomandazioni OCSE. <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=242&Lang=en&Book=False>.

generale è ravvisabile la tendenza a inserire previsioni dai termini piuttosto vaghi, per la cui interpretazione, in caso di controversie, è inevitabilmente necessario l'intervento di arbitri.²⁸⁷

Il Parlamento rileva che la vaghezza delle clausole di protezione incrementa il numero di conflitti che possono sorgere tra lo Stato ospite e l'investitore straniero che lamenta di aver subito una lesione dei propri diritti. Peraltro, tale vaghezza "legittima" un'interpretazione discrezionale da parte delle Corti che, ancora una volta, è causa d'incertezza per l'investitore.²⁸⁸

Sul punto, il Parlamento afferma che "*the EU investment policy must address the level of discretion of international arbitrators to make a broad interpretation of investor protection clause, thereby leading to the ruling out of legitimate public regulations*".²⁸⁹

Per ovviare ai rischi che discendono dalla vaghezza dei termini delle clausole, il legislatore europeo suggerisce la predisposizione di un modello unico di accordo europeo ovvero di un *format* predefinito di capitolo sugli investimenti da inserire nei futuri accordi europei. Tale strumento dovrà essere costruito prendendo spunto dalla prassi più recente di stipulare accordi internazionali che contengono clausole di protezione piuttosto definite.²⁹⁰ Di questo tenore sono, ad esempio, alcune previsioni adottate nei modelli di BIT's statunitensi e canadesi,²⁹¹ nell'ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* del 2009,²⁹² nell'Accordo di Libero scambio tra Cina e Nuova Zelanda,²⁹³ nell'Accordo di Partenariato tra Giappone e India stipulato nel 2011.²⁹⁴

Per quanto riguarda la necessità di tutelare i valori non economici, il co-legislatore europeo rileva che, al fine di dare corretta interpretazione e applicazione degli artt. 205 e 207 TFUE, il *favor* verso l'investitore deve essere bilanciato da politiche

²⁸⁷ CALAMITA, *The making of Europe's International investment policy: uncertain first steps*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n.3, 2012, pp. 301-330, spec. p. 324.

²⁸⁸ *ibid.*

²⁸⁹ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 6 aprile 2011, cit., par. 24.

²⁹⁰ Solo nella dimensione europea, 20 dei 27 Stati membri hanno predisposto un modello di BIT – *infra multis* Italia, Olanda, Francia, Germania.

²⁹¹ U.S. 2012 Model Bilateral Investment Treaty, Annex B disponibile al sito: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

²⁹² ASEAN Comprehensive Investment Agreement (26 febbraio 2009), Allegato 2, para.4. <http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2009%20ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement-pdf>.

²⁹³ Capitolo 11, art. 145 e allegato 13 disponibile al sito: <http://mfat.govt.nz/downloads/trade-agreement/hongkong/NZ-HK%20CEP-final-copy1.pdf>.

²⁹⁴ Capitolo 8, art.92 e allegato 10 disponibile al sito: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/india.html>.

volte a “*better address the right to protect the public capacity to regulate and meet the EU's obligation to exercise policy coherence for development*”.²⁹⁵

Tutti i futuri accordi devono quindi contenere specifiche clausole che preservino il diritto delle parti di introdurre nuove misure nell'interesse pubblico che, se proporzionali e non-discriminatorie, non fanno sorgere il diritto al risarcimento in capo all'investitore, pur lesa nelle proprie aspettative legittime.

La Risoluzione del Parlamento sopra citata, inoltre, sottolinea la necessità che i futuri accordi rinvino alle linee guida predisposte dall'OCSE sulla responsabilità delle imprese multinazionali e suggerisce altresì la predisposizione di clausole che includano il rispetto dei diritti sociali e dell'ambiente. La pratica di costruire clausole che impongano direttamente la tutela di valori fondamentali è peraltro già stata adottata in alcuni recenti accordi di investimento, sottoscritti da Paesi terzi e dalla stessa Unione.²⁹⁶

Il Parlamento ribadisce tale posizione nella Risoluzione dell'8 giugno 2011 pubblicata in occasione della negoziazione dell'Accordo di libero scambio tra Unione e Canada, ove ha sostenuto la necessità di rispettare “*the right of both parties to regulate, in particular in the areas such of national security, the environment, public health, workers' and consumers' right, industrial policy and cultural diversity*”.²⁹⁷

Al Parlamento la Commissione ha risposto con un documento dai toni sicuramente conciliatori ma in cui, di fatto, poco modifica la propria posizione.²⁹⁸ Con esplicito riferimento al diritto degli Stati ospiti di regolamentare determinate materie, l'esecutivo europeo accoglie la posizione del Parlamento, senza però proporre una linea d'intervento.

Per quanto riguarda il contenuto delle clausole di protezione, l'esecutivo ribadisce che non è necessario procedere ad una loro definizione più specifica. Si tratta infatti di clausole ampiamente utilizzate nella prassi internazionale, i cui termini vengono valutati facendo rinvio al “*common understanding among experts in the field (lawyers, academics,*

²⁹⁵ PARLAMENTO, *Risoluzione* del 6 aprile 2011, cit., par. 6, 17/22-26.

²⁹⁶ *Ibid.* para. 28. Per gli Accordi, si ricordano, *ex multis*: Accordo di promozione commerciale tra USA e Panama, capitoli 16 e 17 (28 giugno 2007); Accordo di partenariato economico UE-Corea del sud, artt. 13.3, 13.4.3, 13.7

²⁹⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolution of 8 June 2011 on EU-Canada Trade relations*, 2011/2623 (RSP) del 8 Giugno 2011, par. 12.

²⁹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Follow up to the European Parliament resolution on the future European investment policy* del 24 maggio 2012.

arbitrators, judges)”. Pertanto, a dispetto della loro ampia portata, sono comunque oggetto di un’interpretazione costante, che non ne rende indispensabile la riformulazione.²⁹⁹

La Commissione ribadisce infine il proprio dissenso alla predisposizione di un BIT europeo o di un *format* di capitolo sugli investimenti, rilevando che è più opportuno negoziare con i Paesi terzi partendo da una *tabula rasa*, da riempire a seconda del livello di sviluppo del mercato della controparte.

Da quanto precede, emerge un forte contrasto tra le posizioni delle Istituzioni, soprattutto con riferimento al bilanciamento tra la tutela dei valori non economici e la protezione dell’investitore. Al riguardo, si rinviene il rischio che per i primi non vengano predisposti – se non altro nel breve periodo – idonei presidi, essendo sul punto le proposte di Commissione e Consiglio alquanto vaghe.

Tuttavia, avendo il Parlamento mostrato maggiore sensibilità sul tema, ci si attende che il contenuto dei futuri accordi europei, più o meno orientato alla tutela di valori non economici, dia prova dell’effettivo potere che il Parlamento può esercitare nelle fasi di negoziazione e stipulazione.³⁰⁰

6. *Segue*: IL MODELLO DI BIT EUROPEO.

La predisposizione di un modello di BIT europeo o di un *format* prestabilito di capitolo sugli investimenti rappresenta, in teoria, la soluzione migliore per definire un’uniforme politica europea in materia di investimenti.

Si osserva però che, diversamente da quanto sostenuto dal Parlamento, la definizione di entrambi questi strumenti appare prematura e, forse, inidonea a garantire il rapido e coerente sviluppo di una politica europea in materia.

Invero, modelli di questo genere sono diffusi in realtà politico-economiche già da tempo integrate, quale l’ASEAN, ovvero autonome, come è il caso di Canada, Stati Uniti d’America, Cina, Russia e India, e rappresentano il traguardo di una politica uniforme di investimenti che poggia su un quadro giuridico interno al Paese o all’Organizzazione, stabile e ben definito.

L’Unione, invece, esercita la competenza esclusiva in materia d’investimenti solo da poco tempo, senza peraltro che siano stati ancora definiti i confini del nuovo potere.

²⁹⁹ *Ibid.* par. 4

³⁰⁰ *Supra*, Parte I, Cap. II, sez. II, par. 3 e 4.

La creazione di un modello di BIT europeo imporrebbe il rapido raggiungimento di un compromesso tra i ventisette Stati membri dell'Unione che sino ad oggi hanno condotto politiche autonome. Al riguardo, si suppone che i problemi per la definizione di una posizione comune sorgerebbero già riguardo all'individuazione della "miglior pratica" da seguire, posto che tale concetto può assumere un significato diverso se si adotta la prospettiva degli Stati membri importatori ovvero esportatori.³⁰¹

La definizione di un modello di BIT europeo rappresenta quindi il traguardo ultimo che può essere raggiunto solo una volta definite le basi di una politica europea degli investimenti.³⁰²

Da una prospettiva prettamente interna, poi, la definizione di un modello di accordo non rappresenta neppure la soluzione più efficiente per addivenire alla rapida definizione di una politica europea uniforme. Il processo che porta all'adozione di un modello di BIT è, infatti, il risultato di lunghe consultazioni intergovernative, spesso affiancate da quelle con il settore privato, il cui mancato consenso può addirittura portare al fallimento delle trattative.³⁰³ Allo stato attuale del quadro legislativo europeo in materia d'investimenti, l'attivazione di tali processi all'interno dell'Unione rischierebbe di bloccare, piuttosto che accelerare, la definizione di una politica comune per la materia, non essendo plausibile che sia raggiunto in tempi rapidi il consenso tra le Istituzioni europee, portatrici d'interessi ancora troppo difformi, e gli eventuali rappresentanti dei settori privati.

³⁰¹ AA.VV., *Securing High Investment Protection for EU investors. A review of EU member State's model BIT*, National Board of Trade, maggio 2011. <http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2011/rapporter/report-securing-high-investment-protection.pdf>

³⁰² COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione del 7 luglio 2010, cit., par. 3.

³⁰³ In molti casi è difficile raggiungere il compromesso tra le opposte istanze sollevate dai rappresentanti di un Governo; il ministro della cultura potrebbe ad esempio imporre l'inserimento della clausola dell'eccezione culturale e quello dell'ambiente potrebbe volere garanzie circa il diritto dello Stato di implementare le normativa nel settore. Per un'analisi sui procedimenti di stesura di alcuni modelli di BIT si rinvia a: CHALAMISHM *An Oasis in the desert: the emergence of Israeli Treaties in the Global economy*, in *International and Comparative law Review*, 2010. Cfr. Caso Norvegia, 2008. VIS-DUNBAR, *Norway shelve its draft Model bilateral Investment Treaty*, in *Investment Treaty news*, 8 giugno 2009; MURPHY, *Proposed new U.S. Model Bilateral investment Treaty*, in *Journal of international law*, vol. 98, 2004.

7. *Segue*: IL BILANCIAMENTO TRA LA PROTEZIONE DELL'INVESTITTORE E LA TUTELA DEI VALORI NON ECONOMICI.

Come anticipato, le posizioni espresse da Commissione, Consiglio e Parlamento sulla tutela dei valori non economici non sono uniformi e, soprattutto, nessuna Istituzione ha proposto strumenti per realizzare un effettivo bilanciamento tra questi e la tutela dell'operazione d'investimento, da cui conseguirebbe il diritto dello Stato ospite di introdurre nuove misure legislative.

Le posizioni della Commissione e del Consiglio, che paiono più orientate alla realizzazione di interessi economici nel breve periodo, si allineano alle politiche condotte dalla più parte degli attori internazionali, ma al contempo rischiano di pregiudicare il diritto sovrano di ciascuno Stato di assicurare l'effettiva tutela dei valori non economici, introducendo misure idonee a garantirli.³⁰⁴

I BITs sono, infatti, sempre più assimilabili a “carte dei diritti degli investitori”; i testi non contengono previsioni che impongano responsabilità in capo gli operatori stranieri e non stabiliscono alcun obbligo per i medesimi di partecipare allo sviluppo dell'economia del Paese ospite ovvero di proteggere l'ambiente e i diritti fondamentali dei lavoratori.³⁰⁵

Per ovviare ai rischi che discendono dall'assenza di previsioni vincolanti poste a tutela d'interessi superiori, si può procedere nel senso di inserire in modo sistematico nei futuri accordi europei clausole poste a tutela di diritti fondamentali. In alternativa, si può lasciare allo Stato il diritto di imporre condizioni generali d'ingresso dei capitali stranieri, escludendo pertanto quelli che possono nuocere all'economia del Paese.

L'imposizione di condizioni all'ingresso, seppur diritto sovrano degli Stati, può però celare intenti protezionistici e allontanare i possibili investitori. La tendenza dovrebbe quindi continuare a essere quella di abolirli o almeno ridurne l'impiego.

La previsione di clausole a tutela dei valori fondamentali appare, invece, l'opzione preferibile per garantire in modo effettivo il bilanciamento tra i diritti dell'investitore e dello Stato ospite.

³⁰⁴ “A restriction of the right to regulate ought to be applied as an exception to the general right to regulate, and only when it is demonstrably in the public interest to do so [medium and long-term benefit of trade and investment liberalization can only be achieved in the context of appropriate and effective domestic regulatory environment?”. MANN, *The rights of States to regulate and International Investment Law*, Expert Meeting on the development dimension of FDI: policies to enhance the role of FDI in support of the competitiveness of the enterprise sector and the economic performance of host Economies, taking into account the Trade/investment interface, in the national and international context, Ginevra, 6-8 novembre 2002.

³⁰⁵ *ibid.*

Indipendentemente dalla previsione di un modello di BIT o di un *format* di capitolo sugli investimenti, la tutela di valori non economici – e il conseguente diritto dello Stato ospite a introdurre nuove misure per preservarli – può essere realizzata attraverso la predisposizione di specifiche clausole che, si ipotizza, possono essere formulate in tre modi differenti.

La prima tipologia collega l'andamento dell'operazione d'investimento al rispetto di standard internazionali. La seconda tipologia, invece, include espressamente previsioni a tutela di diritti ambientali e sociali. Infine, la terza tipologia di clausola integra il rispetto di *corporate standard* nell'attività economica.

La prima tipologia di clausole prevede che entrambe le parti, Stato ospite e Stato di provenienza, si impegnino reciprocamente a porre la protezione dell'ambiente e dei diritti fondamentali come condizione per il perseguimento dell'attività di investimento sul proprio territorio. Più nello specifico, per quanto riguarda lo Stato ospite, questo potrebbe rilasciare le autorizzazioni necessarie per l'avviamento ovvero la prosecuzione dell'attività economica solo previo impegno che l'operazione straniera sia condotta nel rispetto degli *standard* internazionali di tutela dell'ambiente, dei lavoratori e, più in generale, dei diritti fondamentali dell'uomo, cui è vincolato.

Ad oggi, invece, gli Stati ospite tendono a garantire agli investitori stranieri l'offerta di servizi, incentivi fiscali e finanziari e meccanismi di assicurazione senza imporre allo stesso tempo condizioni vincolanti di condotta.

La seconda tipologia di clausole sopra menzionata prevede direttamente la tutela dei diritti fondamentali e ambientali, rendendola per l'effetto vincolante.

Clausole di questo genere sono già presenti in alcuni accordi commerciali: l'art. 73 dell'Accordo di Partenariato tra l'Unione europea e i Paesi del gruppo CARIFORUM impedisce che le parti, per incrementare i flussi di investimento sul proprio territorio, abbassino gli *standard* posti a tutela dei diritti dei lavoratori e dell'ambiente. Gli artt. 191-192 del medesimo accordo sanciscono, inoltre, l'obbligo di assicurare che la normativa nazionale degli Stati contraenti preveda o incoraggi la definizione di *standard* di tutela elevati, in linea con quelli sanciti a livello internazionale.³⁰⁶

³⁰⁶ UNIONE EUROPEA, *Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States and the European Community and its member States, of the other part*, del 31 ottobre 2008, *Gazet. Uff. Un. eur.* n. L. 289/1/3. Art.73: "The EC party and the Signatory CARIFORUM States shall ensure that foreign direct investment is not encouraged by lowering domestic environmental, labour or occupational health and safety legislation". Ex art. 190: "the parties reaffirm their commitment to the internationally recognized core labour standard, as defined by the relevant ILO

Un altro esempio di questa tipologia di clausole è offerto dall'accordo di libero scambio tra UE e Corea del Sud. L'art. 7.1.4 di tale accordo, una delle previsioni generali di apertura del capitolo dedicato allo scambio di servizi, stabilimento e commercio elettronico, prevede che: "*consistent with this Chapter, each Party retains the right to regulate and to introduce new regulations to meet legitimate policy objectives*". Previsioni di analogo tenore potrebbero essere inserite nei futuri accordi europei, magari con la specificazione dei presupposti e delle condizioni che giustifichino l'introduzione di misure statali adottate nell'interesse pubblico.³⁰⁷

Da ultimo, la terza tipologia di clausole che potrebbe essere inserita, dovrebbe rinviare ai *corporate standard* definiti a livello internazionale e ne impone il rispetto, rendendoli vincolanti tra le parti. Tali *standard* hanno il limite di non essere di per sé vincolanti e di avere frequentemente un campo di applicazione ristretto. Infatti, sono spesso definiti con un linguaggio generico o si focalizzano solo su alcuni valori, per lo più relativi ai diritti dei lavoratori.³⁰⁸

Il richiamo di *corporate standard* in clausole di accordi commerciali li renderebbe viceversa vincolanti per l'investitore.³⁰⁹

La possibilità di inserire una di queste tipologie di clausole è più o meno concreta a seconda che si guardi alla questione adottando la prospettiva del Paese terzo ovvero dell'Unione. Per quanto riguarda il Paese terzo, è ragionevole che esso tenda a escludere dagli accordi con l'UE l'inclusione di tali previsioni. Le clausole in esame impongono, infatti, obblighi reciproci e pertanto, il Paese terzo si troverebbe nella maggior parte dei casi costretto ad allineare la propria legislazione nazionale agli *standard* internazionali ed europei di tutela dei valori fondamentali.

convention [...]". Art. 192: "each Party and signatory CARIFORUM State shall ensure that its own social and labour regulations and policies provide for and encourage high levels of social and labour standard".

³⁰⁷ Tali criteri potrebbero essere predisposti, allineandoli al test della necessità e delle proporzionalità, adottato dalla Giurisprudenza OMC per l'applicazione dell'art. XX GATT. La Giurisprudenza OMC sull'interpretazione dell'art. XX GATT è sterminata. Tra tutti i casi si rinvia a: Panel OMC del 1996, in causa W/DS2/AB/R, *US-Gasoline*, par. 20; Panel OMC, in causa WT/DS58/AB/R, *US-Shrimps*, (1996) par. 119-120; Panel OMC, in causa WT/DS332/AB/R, *Brazil-Retreaded Tyres*, par. 145 e 156; Panel OMC del 2009, in causa WT/DS363/AB/R, *China-Publications and Audiovisual Products*, par. 242.

³⁰⁸ DI BLASE, *La Dichiarazione OCSE sugli Investimenti*. In Giardina, Tosato (a cura di), *Diritto del Commercio Internazionale*, Milano, 2005, p. 409; BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*. Milano, 2012, p. 217; VAN DER ZEE, *Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: turning a Soft Law Obligation into Hard Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 40, n. 1, 2013, pp. 33-72.

³⁰⁹ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011. <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/guidelinesformultinationalenterprises/48004323.pdf>.

Tali riforme, tuttavia, non sono sempre economicamente convenienti – se non altro nel breve periodo – e il Paese, introducendole, potrebbe incrinare le proprie relazioni esterne con altri *partner* commerciali, per parte loro attratti proprio dai bassi *standard* di tutela imposti. Per ovviare a questo rischio, il Paese terzo potrebbe decidere di sospendere le trattative con l'Unione e ottenere la revisione, in senso riduttivo, degli obblighi e degli impegni che discendono dalle clausole di tutela dei valori non economici.

Da una prospettiva europea invece, le Istituzioni sono obbligate dalle prescrizioni dei Trattati istitutivi a tutelare i valori non economici: le relazioni esterne dell'Unione, inclusa la PCC, devono, infatti, essere condotte nel rispetto dei principi e degli obiettivi generali di cui al TUE. Di conseguenza, vi è un divieto implicito per le Istituzioni di iniziare negoziazioni con Paesi che non garantiscano *standard* di tutela dei valori non economici compatibili con quelli europei e che, al contempo, rifiutino di allinearli.

L'Unione, peraltro, “esportando” i propri valori, non solo realizza il dettato dei Trattati istitutivi ma impedisce altresì che si creino discriminazioni tra investitori europei che operano sul territorio europeo e quelli che operano all'estero. I primi, infatti, sono costretti a condurre le proprie attività nel rispetto degli *standard* europei di condotta; i secondi invece, operando all'esterno, potrebbero fruire di condizioni “privilegiate” ammesse dalla legislazione del Paese ospite.

L'allineamento delle previsioni normative dei *partner* stranieri agli *standard* europei garantirebbe, quindi, un trattamento non discriminatorio, imponendo a tutti gli investitori europei di condurre le proprie attività nel rispetto dei medesimi vincoli, indipendentemente dal fatto che operino all'interno o all'esterno dei confini europei.

In definitiva, proprio gli obblighi di cui ai Trattati istitutivi potrebbero costituire la base giuridica per l'introduzione, nei futuri accordi europei, di clausole volte a garantire la promozione di *standard* elevati di tutela di valori non economici.

Sezione II

La regolamentazione degli investimenti esteri diretti nei futuri accordi commerciali con i Paesi terzi

8. LA RI-DEFINIZIONE DI UNA RETE DI RELAZIONI ECONOMICHE TRA UNIONE E PAESI TERZI.

La difficoltà di addivenire alla predisposizione di un modello di BIT europeo³¹⁰ implica che la rete di relazioni tra Unione e Paesi terzi sia creata conducendo autonome negoziazioni e adottando approcci flessibili, nel rispetto delle peculiarità di ciascuna controparte.

La Commissione ha selezionato i futuri *partner* commerciali, suddividendoli tra quelli con cui iniziare le negoziazioni nel breve o nel medio periodo: tra i primi ha individuato il Canada, l'India, Singapore e i Paesi del MERCOSUR, tra i secondi la Russia e la Cina.³¹¹

A oggi, le negoziazioni con i primi tre sono a uno stato piuttosto avanzato e per il 2014 si attende la conclusione degli accordi, che avranno un impatto complessivo sulle relazioni economiche dell'Unione di grande rilievo politico ed economico.³¹²

L'accordo con il Canada, la cui conclusione è attesa nei primi mesi del 2014, permetterà all'investitore europeo di fruire dei benefici che discendono dalle regole di provenienza stabilite nel *North American Free Trade Agreement* e così guadagnare quote di accesso al mercato USA.

Singapore è un mercato d'importanza strategica per l'Unione, avendo un sistema economico relativamente aperto, il porto più grande del mondo ed essendo parte dell'ASEAN, l'Organizzazione economica regionale del sud-est asiatico.³¹³

³¹⁰ *Supra*, Parte I, cap. III, sez. II, par. 6.

³¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Towards a comprehensive European international investment policy*, cit., pp. 6-7; si rileva che il 23 maggio 2013 la Commissione ha comunicato di essere in attesa di un mandato a negoziare un BIT tra Unione e Cina in WAUTERS, SHEPARD, *Potential EU-China investments negotiations in trade disputes*, in *Lexology* del 26 luglio 2013. Il Consiglio Affari esteri ha poi deciso di modificare li mandati a negoziare con alcuni Paesi dell'ASEAN con i quali l'Unione sta arrivando alla definizione di un accordo di libero scambio. Dovrebbero quindi iniziare le negoziazioni in materia di investimento con Malesia, Vietnam e Thailandia.

³¹² CASTELLARIN, *The Investment Chapters in the new generation of the EU's Economic Agreements*, in *Transnational Dispute Management*, 2013, pp. 6-8.

³¹³ Occorre precisare che nel dicembre 2012 è entrato in vigore l'accordo di libero scambio tra Unione e Singapore. Il mandato a negoziare del Consiglio ha il fine di estenderne l'ambito di applicazione *ratione materiae* agli investimenti. Al dicembre 2013 le negoziazioni in materia di investimenti sono ancora aperte. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-849_en.htm.

L'India è un mercato interessante poiché in rapida crescita e può contare su un assetto legislativo interno abbastanza definito; l'Unione guarda con favore alla possibilità di stringere solide relazioni con questa Regione, soprattutto per favorire i propri flussi d'investimento in uscita.

La conclusione di un accordo europeo con ciascuno di questi tre Paesi implicherà, così come previsto dal Regolamento n. 1219/2012, la sostituzione di tutti i BITs in vigore tra i medesimi e i singoli Stati membri e, di conseguenza, uniformerà i rapporti esistenti sussumendoli all'interno di un unico rapporto tra l'Unione e lo Stato controparte.

Da ultimo, e per completezza, si evidenzia che il 18 ottobre 2013 il Consiglio ha autorizzato l'apertura delle negoziazioni con la Cina per addivenire alla stipulazione di un accordo bilaterale, che si sostituirà ai BITs a oggi in vigore – ventisei – tra gli SM e il Paese asiatico.³¹⁴ I negoziati sono iniziati nel novembre del 2013 in occasione del *summit* Europa-Cina; come riferito dal Consiglio, le negoziazioni saranno condotte nel rispetto delle direttive proposte dalla Commissione ma, al riguardo, ancora nulla è stato reso pubblico in relazione al possibile contenuto dell'accordo. L'unico punto fermo è che si tratterà di uno *Stand-alone Agreement* con un ambito di applicazione *ratione materiae* limitato ai soli investimenti. Si tratterà, pertanto, di un accordo bilaterale, sottoscritto da Unione e Cina, senza la partecipazione degli SM. Sarà interessante capire la definizione d'investimento che sarà adottata, comprensiva o meno degli investimenti indiretti, nonché la natura e la portata delle clausole che saranno inserite. Da tali elementi si potrà, invero, comprendere l'estensione che viene data alla nuova competenza europea di cui all'art. 207 TFUE.

Ad oggi, senza conoscere il tenore del testo, l'auspicio è che quest'ultimo possa garantire maggiori, ed uniformi, tutele agli investitori europei, incrementare le possibilità di accesso al mercato cinese e così aumentare i flussi di investimento in entrata ed in uscita.³¹⁵

³¹⁴ Si rinvia a: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-458_en.htm.

³¹⁵ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=975>. Per una rappresentazione compiuta delle politiche cinesi in materia di investimenti, si rinvia a: TRAKMAN, *China and Foreign Direct Investment: Does Distance Lend Enchantment to the View?*, in *The Chinese Journal of comparative Law*, 2013, pp. 1-20.

9. IL MANDATO A NEGOZIARE CON CANADA, INDIA E SINGAPORE.

Il 12 settembre 2011 il gruppo Affari Generali del Consiglio, conformemente alle previsioni di cui all'art. 218.2 TFUE, ha dato mandato alla Commissione di avviare le negoziazioni di tre accordi commerciali rispettivamente con Canada, India e Singapore.³¹⁶

Per quanto riguarda gli obiettivi, il Consiglio ha prescritto che sia raggiunto il più alto livello possibile di protezione e sicurezza per gli investitori europei, costruito sulla miglior pratica oggi perseguita con i BITs extra-UE, senza però pregiudicare il diritto degli Stati membri “*to adopt and enforce [...] measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety in a non-discriminatory manner*”. Di tale previsione beneficiano invero entrambe le parti, poiché gli accordi commerciali prevedono diritti e impongono obblighi reciproci. Pertanto, la possibilità di elevare il livello di protezione è garantito agli investitori sia europei sia stranieri. La formulazione degli obiettivi sconta però il limite di non specificare se i medesimi saranno inclusi in clausole dagli effetti vincolanti o, viceversa, figureranno solo nel preambolo, costituendo, in questo secondo caso, unicamente una guida interpretativa non vincolante dell'accordo.

Il campo di applicazione *ratione materiae* degli accordi *negoziandi* risulta piuttosto esteso poiché, come nella prassi internazionale, la definizione di investimento adottata comprende sia gli investimenti diretti sia gli investimenti di portafoglio “*the investment protection chapters of these agreements shall cover a broad range of investors and their investments, intellectual property rights included, whether the investment is made before or after the entry into force of the agreement*”.³¹⁷

³¹⁶ Il mandato a negoziare è uno strumento predisposto dal Consiglio con cui vengono definite le linee guida che la Commissione dovrà seguire durante la negoziazione di un accordo internazionale. In questa fase iniziale il Consiglio esercita una grande autonomia, potendo liberamente indirizzare l'azione dell'esecutivo; nelle fasi successive, così come previsto all'art. 218 TFUE, interviene anche il Parlamento, che può indirizzare l'andamento della trattativa e dare, o meno, il proprio consenso alla ratifica dell'accordo.

Solo la Commissione conosce i dettagli del mandato ed è la sola a poter presentare osservazioni (art. 218.3 TFUE); per alcuni estratti del mandato si rinvia a: <http://www.bilaterals.org/spip.php?article20272&lang=en>; <http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html>.

³¹⁷ CONSIGLIO, Mandato a negoziare, cit., sotto la definizione di “scopi”. Per quanto riguarda gli investimenti di portafoglio, nel mandato si legge che: “*the Commission should aim at including into the investment protection chapter of the agreement areas of mixed competence, such as portfolio investment [...]*”. Sull'estensione della competenza dell'Unione sugli investimenti di portafoglio si rinvia a *supra*, Parte I, cap. II, sez. III, par. 18-19.

Riguardo ai contenuti dei futuri accordi, il mandato conferma l'interpretazione estesa della competenza dell'Unione in materia di investimenti e prevede, pertanto, l'inclusione di misure di accesso e di clausole di protezione dell'operazione di investimento. Tra queste ultime figurano la clausola del trattamento giusto ed equo, quella relativa alla piena protezione e sicurezza, alla nazione più favorita, al trattamento nazionale, la clausola ombrello e altre garanzie a tutela dell'espropriazione non indennizzata.

Il Consiglio, tuttavia, si è limitato a fornire un elenco delle clausole da inserire, senza definirne i contenuti e il campo di applicazione.

Più nello specifico, il Consiglio prevede l'inclusione di una clausola di trattamento nazionale incondizionata, la cui violazione non dipende, quindi, dall'esistenza di "circostanze simili" tra le parti. Il Consiglio, scegliendo la formulazione incondizionata, ha accolto la richiesta di parte degli Stati membri di evitare qualsiasi contaminazione con i modelli di accordi NAFTA, che invece prevedono l'inclusione della clausola del trattamento nazionale condizionata da applicare, quindi, solo in presenza di circostanze simili.³¹⁸ Tale scelta impone – e questo era lo scopo – che la clausola sarà interpretata secondo il principio europeo della non discriminazione. Quest'ultimo è però un parametro relativo e deve essere a sua volta specificato rinviando ad altre previsioni contenute nei Trattati istitutivi. Pare quindi, che dall'introduzione di una clausola incondizionata potrebbe sorgere il rischio che gli arbitri, chiamati a dirimere una controversia, ne diano interpretazioni giurisprudenziali alquanto discrezionali.³¹⁹

Anche la questione della protezione dall'espropriazione rimane poco definita, avendo il Consiglio escluso la formula proposta dalla Commissione, secondo la quale sarebbe stato necessario specificare che "*non-discriminatory regulatory actions to achieve legitimate public policy objectives do not constitute indirect expropriation*".

Inevitabilmente, la formulazione adottata dal Consiglio, prevedendo invece una tutela generica dalle misure di espropriazione, lascia ampia discrezionalità in capo ai

³¹⁸ PETERSON, *EU-Member States approve negotiating guidelines for India, Singapore and Canada investment protection talks; some European governments fear "NAFTA-contamination"*, in *Investment arbitration reporter*, 23 settembre 2011. Si osserva che, per la giurisprudenza europea, il divieto di discriminazioni sancito nei Trattati Istitutivi, è da sempre stato interpretato nel senso tradizionale per effetto del quale, è fatto divieto di trattare in modo diverso situazioni simili, ovvero di trattare in modo identico situazioni diverse. Del pari, la disparità di trattamento è comunque arbitraria nell'ipotesi in cui il diverso o eguale trattamento oggetto della controversia non sia giustificabile in base a criteri oggettivi. Per la giurisprudenza si rinvia, *ex pluribus*, alla sentenza del 13 novembre 1984, in causa 283/83, *RACKE III*, in *Raccolta*, 1983, p. 3791, par. 7; sentenza del 13 febbraio 1996, in causa 342/93, *Gillespie et al.*, sentenza, in *Raccolta*, 1996, p. I-475.

³¹⁹ REINISCH, *cit.*, pp. 13-14.

colleggi giudicanti che saranno all'occorrenza aditi per risolvere la controversia. In assenza di parametri interpretativi, l'organo giudicante può, infatti, definire in quasi totale autonomia i casi in cui si è in presenza, o meno, di un'espropriazione.

Per quanto riguarda l'inserimento della clausola ombrello, la questione rimane ambigua, poiché il mandato la inserisce tra punti di domanda nella previsione relativa a “*other effective investment protection provisions*”.³²⁰

Da ciò deriva che il Consiglio non ha ancora deciso sull'opportunità di inserire tale clausola nei futuri accordi e, soprattutto, non ne ha accolto un'interpretazione.³²¹

La clausola ombrello può, invero, essere inserita solo se prima ne vengono definiti gli effetti, non essendoci sul punto un'interpretazione unanime.

Infatti, alcuni Tribunali arbitrali hanno aderito all'approccio tradizionale, ribadendo che “*an umbrella clause makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investment*”.³²² Altri collegi hanno invece sostenuto che la clausola ombrello “*appears susceptible of almost indefinite expansion*” e pertanto hanno rigettato l'approccio tradizionale per cui il solo inserimento di tale clausola implica che “*breaches of a contract [...] concluded with a States are automatically elevated to the level of breaches of international law*”.³²³

Per quanto riguarda la modalità di risoluzione delle controversie, il mandato include l'arbitrato tra lo Stato ed il privato, senza però specificare il centro arbitrale ovvero le norme procedurali cui sarà fatto rinvio.³²⁴ Sul punto, vi è ancora contrasto tra gli Stati membri che accoglierebbero con favore il rinvio a centri arbitrali privati – *International Chamber of Commerce, Stockholm chamber of Commerce* – e la Commissione che, viceversa, favorirebbe il rinvio all'ICSID senza però specificare le basi giuridiche in

³²⁰ CONSIGLIO, mandato a negoziare, cit.: Standards of treatment, lett.f) *other effective protection provisions such as ?umbrella clause?*.

³²¹ COMMISSIONE, Comunicazione del 7 luglio 2010, cit., par. 8: “*umbrella clauses have been traditionally used in member States BITs and are an important element among others that should inspire the negotiation of investment agreement at the EU level?*”.

³²² Tribunale ICSID, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2014, in causa ARB/02/6, *SGS c. Filippin*, par. 128.

³²³ Tribunale ICSID, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, in causa ARB/01/13, *SGS c. Repubblica islamica di Pakistan*, par. 166.

³²⁴ *Infra* Parte II, cap. I, sez. II, par. 7.

grado di legittimarlo.³²⁵ D'altra parte, quest'ultima soluzione appare al momento non perseguibile, trattandosi di un centro non aperto alle O.I..³²⁶

In ogni caso, il riconoscimento in capo all'investitore del diritto di iniziare una controversia contro lo Stato ospite segna una differenza di grande rilievo rispetto alle previsioni contenute nei precedenti accordi commerciali che tra le modalità di risoluzione delle controversie hanno sempre rinviato a meccanismi politici, di conciliazione o di mediazione ovvero all'arbitrato tra Stati.

D'altra parte, il riconoscimento in capo agli investitori del diritto a difendersi è coerente con la formulazione dei futuri accordi europei, che comprenderanno anche clausole di protezione post-stabilimento: non vi è diritto sostanziale se non è azionabile. I precedenti accordi, viceversa, limitandosi a regolare le questioni relative all'ingresso degli investimenti, hanno riguardato soprattutto la relazione tra gli Stati, creando pochi diritti direttamente azionabili in capo agli operatori economici.³²⁷

Il 18 ottobre 2013 la Commissione e il governo Canadese hanno confermato di aver raggiunto un accordo sui punti più importanti del futuro *Comprehensive Economic and Trade Agreement* ("CETA"), che per il Canada rappresenta il più ampio – per estensione *ratione materiae* – accordo in materia commerciale e d'investimento dopo la sottoscrizione del NAFTA nel 1994 e l'adesione all'Organizzazione Mondiale del Commercio, nel 1995. Il testo definitivo sarà stipulato nei primi mesi del 2014 e la ratifica ed implementazione sono attesi nell'arco di due anni.

Il testo dell'Accordo non è stato pubblicato tuttavia, è possibile fare qualche considerazione alla luce di alcuni stralci del medesimo che sono stati pubblicati, in via non ufficiale.³²⁸ Tutti sembrano confermare quanto già previsto nel mandato a negoziare.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ I meccanismi politici di risoluzione delle controversie hanno come base giuridica l'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite, che prevede, appunto, la risoluzione pacifica delle controversie stabilendo che "*The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice*". Per un'analisi sui meccanismi di risoluzione si rinvia a: RAMIREZ-ROBLES, *Political and quasi-adjudicative dispute settlement models in European Union free trade agreements. Is the quasi-adjudicative model a trend or is it just another model?*, Staff Working Paper ERSD-2006-09, novembre 2006.

³²⁷ Per le questioni relative al procedimento arbitrale all'interno dell'Unione Europea cfr. *infra*, II Parte, cap. I, sez. I.

³²⁸ Per una prima analisi, si rinvia a: DATTOU, FOMBONNE, PAVIC, *Analysis of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: a call for revising strategic business plans*, in *Lexology*, novembre 2013.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo, è stata adottata una definizione piuttosto estesa d'investimento, tale da comprendere “*any kind of assets*” ad esclusione di quelli inseriti nella lista negativa – modellata sulla falsariga di quella NAFTA. Per quanto riguarda le garanzie sostanziali, sono state inserite le clausole del trattamento nazionale e della nazione più favorita. Si è altresì provveduto ad includere la clausola del trattamento giusto ed equo per il cui scopo, tuttavia, bisognerà attendere il testo definitivo dell'Accordo. È stato poi confermato il rinvio all'arbitrato come modalità di risoluzione delle controversie.

Aldilà di questi punti, che non fanno che confermare le previsioni del mandato a negoziare, senza peraltro risolvere i dubbi precedentemente sollevati, occorre rilevare che è stata inserita una previsione da cui potrebbero derivare discriminazioni tra investitori europei e canadesi. Ci si riferisce a quella clausola per effetto della quale le operazioni degli investitori europei di valore superiore ai 1.5 miliardi di dollari saranno soggette al controllo di revisione del governo canadese, in conformità a quanto previsto nel *Canadian investment Act*.³²⁹ Sul punto, il governo canadese è riuscito a prevalere sulla posizione della Delegazione europea che, viceversa, aveva richiesto di rendere esenti dallo scrutinio governativo i propri investitori. Bisogna tuttavia riconoscere che la soglia al di sopra della quale scatta il controllo dell'operazione è significativamente più alta di quella che, di regola, attiva il controllo del Governo canadese sugli investimenti esteri. La tendenza protezionistica di oltreoceano è stata quindi parzialmente ridotta e ciò, anche nei confronti di investitori non-europei i quali, per effetto della clausola della nazione più favorita, potranno beneficiare della soglia di controllo più alta concessa ai concorrenti europei.

10. *SEGUE*: LE QUESTIONI CONTROVERSE IN RELAZIONE ALLE CLAUSOLE DI PROTEZIONE DELL'INVESTITORE.

Il mandato a negoziare con Canada, India e Singapore fa' sorgere problematiche circa l'esatta interpretazione delle formulazioni impiegate.

Più nello specifico, le questioni controverse riguardano l'estensione delle garanzie degli accordi a tutte le tipologie d'investimento, la competenza dell'Unione sugli investimenti di portafoglio e l'integrazione dei valori non economici. Le ultime due

³²⁹ <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/home>.

questioni sono già state oggetto d'indagine nei paragrafi precedenti, la prima merita invece qualche considerazione.³³⁰

L'estensione della protezione degli accordi a ogni tipologia di investimento deve essere bilanciata con la libertà di ciascuno Stato di rifiutare l'ingresso agli investimenti indesiderati, poiché portatori di effetti distorsivi nel proprio mercato.³³¹

Il Parlamento europeo si è fatto carico della questione chiedendo che la protezione garantita dagli accordi non si estenda agli investimenti speculativi, cioè a quelle operazioni economiche che, per la loro breve durata, non possono contribuire allo sviluppo del mercato cui accedono.³³² Si osserva, però, che l'esclusione degli investimenti speculativi dall'applicazione degli accordi europei potrebbe essere all'origine di molteplici problemi interpretativi e di incertezze per l'investitore straniero. Infatti, né il Parlamento né le altre Istituzioni europee hanno fornito una definizione d'investimento speculativo. Da ciò consegue che, qualora l'accordo prevedesse l'esclusione degli investimenti speculativi, sarebbe comunque difficile distinguere tra questi ultimi e quelli che, non essendo tali, rientrano nel campo di applicazione dell'accordo.

Del pari, si osserva che anche su piano internazionale è spesso poco agevole distinguere tra investimenti cui si applica un BIT e investimenti esclusi. La giurisprudenza dei Tribunali ICSID, ad esempio, ha previsto che il contributo allo sviluppo del Paese ospite valga come parametro per inserire un'operazione di investimento tra quelle cui si applica il BIT, senza però specificare i termini in cui il contributo debba realizzarsi.³³³ Di contro, altri centri arbitrali hanno escluso che l'apporto positivo all'economia del Paese ospite possa essere un elemento valido per

³³⁰ *Supra*, Parte I, cap. II, sez. III, par. 18; Parte I, cap. III, sez. II, par. 7.

³³¹ L'ammissione degli investimenti esteri si pone nell'ambito della tematica più generale dell'ammissione degli stranieri e dei loro beni nel territorio di uno Stato straniero; ogni Stato, pertanto, in assenza di vincoli internazionali convenzionali, è libero di stabilire se e a quali condizioni ammettere gli stranieri sul proprio territorio. Tale libertà coinvolge inevitabilmente anche l'ingresso degli investimenti stranieri, per cui in virtù del diritto internazionale generale, lo Stato ospite è libero di disciplinare la circolazione dei capitali, le condizioni per l'accesso al mercato e l'esercizio di attività economiche da parte di persone fisiche e società straniere. Le disposizioni nazionali di prassi sono volte ad indirizzare gli investimenti stranieri, escludendo la loro partecipazione nei settori che hanno un particolare rilievo nazionale e che pertanto devono essere protetti. Sul punto si rinvia a MAURO, *Gli Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, pp. 105-108.

³³² PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 6 aprile 2011, cit., par. 11.

³³³ Tribunale ICSID, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, in causa ARB/00/4, *Salini costruttori S.P.A. and Italstrade s.p.a. c. Regno del Marocco*, par. 46; Comitato *ad hoc* ICSID, Decisione sul ricorso in annullamento del 1 novembre 2006, in causa ARB/99/7, *Patrick Mitchell c. Repubblica Democratica del Congo*; Tribunale ICSID, Decisione sulla giurisdizione del 17 maggio 2007, in causa ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD, c. Malaysia*.

qualificare, in termini favorevoli, l'operazione d'investimento e così sussumerla nell'ambito di applicazione del BIT oggetto di scrutinio.

Da ciò consegue che, in base al collegio giudicante, un'operazione economica può essere oggetto d'interpretazioni opposte rientrando, o meno, tra gli investimenti protetti dal BIT.

Ad ogni modo, nella prassi più recente si cerca di distinguere, già nella fonte, quindi negli accordi di investimento, tra investimenti protetti, e non, inserendo una clausola che limiti la protezione agli investimenti eseguiti “*in accordance with the law of the host States*”.³³⁴

Di conseguenza, in assenza di una definizione chiara a livello europeo di investimento speculativo, e quindi di una distinzione tra investimenti protetti e non, la sopra citata proposta del Parlamento rischierebbe di ostacolare la definizione di un'uniforme politica europea degli investimenti. Il giudice chiamato a dirimere eventuali controversie sull'esatta natura dell'operazione godrebbe, infatti, di un elevato livello di discrezionalità nel valutare se l'investimento di cui è causa rientra tra quelli protetti.

E' dunque auspicabile che si arrivi presto a una definizione univoca di investimento speculativo. Infatti, se conformemente alla recente prassi internazionale si lasciasse che i singoli Stati membri adottassero autonomi criteri per selezionare gli investimenti da accogliere ovvero rifiutare, vi sarebbe il rischio di *State's shopping* e distorsioni del mercato interno. In altri termini, l'investimento speculativo, anche se di prassi si esaurisce nel breve periodo e non implica lo stabilimento, potrebbe essere ammesso in uno Stato membro e poi accedere in un secondo momento ad un altro Stato membro che in precedenza ne aveva negato l'accesso.

11. IL MANDATO A NEGOZIARE CON GLI STATI UNITI D'AMERICA. I PROBLEMI GIURIDICI SULL'ECCEZIONE CULTURALE “ALLA FRANCESE”.

Nell'ottobre del 2012 il Parlamento europeo ha proposto l'apertura delle negoziazioni per la stipulazione di un accordo di partenariato tra Unione Europea e Stati Uniti.³³⁵

³³⁴ CARLEVARIS, *The conformity of investments with the law of the host State and the jurisdiction of international Tribunals*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2008, pp. 35-49.

³³⁵ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione sulle relazioni commerciali ed economiche con gli Stati Uniti d'America, 2012/2149/INI (23 ottobre 2012), voti a favore 526, 94 contrari, 7 astenuti.

Alla luce dei potenziali benefici economici e sociali che potrebbero derivare dalla conclusione di un accordo transatlantico, l'8 febbraio 2013 il Consiglio ha annunciato l'intenzione di dare seguito alla proposta del Parlamento.³³⁶

Il 13 marzo 2013 sono stati pubblicati alcuni stralci del mandato predisposto dal Consiglio per la conclusione del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (“TTIP”) tra Unione e Stati Uniti d’America.³³⁷

L’obiettivo principale dell’accordo di partenariato è la liberalizzazione degli scambi di merci e investimenti, eliminando le barriere esistenti e assumendo impegni di apertura più gravosi di quelli presi in seno all’OMC.³³⁸

La tutela dei valori non economici, come il perseguimento dello sviluppo sostenibile, il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela dell’ambiente, sono garantiti attraverso l’inserimento dei medesimi nel Preambolo. Con riferimento agli scambi di investimenti, il Consiglio ha chiarito che “*the Agreement should recognise that the parties will not encourage trade or foreign direct investment by lowering domestic environmental, labour or occupational health and safety legislation and standards or by relaxing core labour standards or policies and legislation aimed at protecting and promoting cultural diversity*”.³³⁹ In altre parole, il Consiglio richiede alle parti l’impegno a non abbassare i propri *standard* di tutela dei valori fondamentali, senza tuttavia imporre alcun vincolo specifico ovvero prevedere “sanzioni” in caso di mancato rispetto dell’impegno.

Tra gli obiettivi del mandato è prescritto che “*the Agreement shall not contain provisions that would risk, prejudicing the Union’s cultural and linguistic diversity, namely in the audio-visual sector*”.³⁴⁰

³³⁶ CONSIGLIO, *Consiglio Europeo*, 7/8 febbraio 2012, conclusioni EUCO3/13, 8 febbraio 2013, par. 7: “(a) looks forward to the report of the EU-US High Level Working Group on Jobs and Growth and its recommendations. The European Council calls upon the Commission and the Council to follow up on these recommendations without delay during the current Presidency. It reiterates its support for a comprehensive trade agreement which should pay particular attention to ways to achieve greater transatlantic regulatory convergence”.

In tale occasione, la Commissione ha pubblicato un proprio *report* sull’impatto del futuro Accordo tra Unione e Stati Uniti d’America, proponendo raccomandazioni al Consiglio sulla predisposizione del mandato a negoziare: COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment report on the future of future EU-US trade relation*, SWD (2013) 68 final (12 marzo 2013), reperibile al sito: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150759.pdf

³³⁷ Per il testo si rinvia a: <http://www.s2bnetwork.org/>; <http://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=9471>

³³⁸ *ibid.*, p. 1.

³³⁹ CONSIGLIO, mandato a negoziare, cit., p. 15.

³⁴⁰ *ibid.* p. 15.

Al riguardo si osserva che, nelle relazioni tra UE e Stati Uniti, la questione relativa agli scambi culturali – e in particolare, agli scambi nel settore dei servizi audiovisivi – è piuttosto sensibile, dovendo coniugare il diritto di informazione, particolarmente difeso dagli Stati membri, con la tutela della diversità culturale, promossa a livello internazionale.³⁴¹

La necessità di mantenere il controllo delle quote di programmazione televisiva nazionale dovrebbe quindi essere bilanciata con politiche di apertura verso produzioni straniere. Gli USA hanno già intrapreso una politica di liberalizzazione del settore, al fine di guadagnarsi accesso alle quote di programmazione di altri Paesi; per esempio, in occasione della stipulazione dell'accordo commerciale con la Repubblica della Corea del Sud, gli USA hanno imposto al *partner* commerciale l'abbassamento della soglia di programmazione – ancora molto alta – dedicata ai programmi nazionali.³⁴² È dunque ragionevole ritenere che gli USA vorranno adottare il medesimo approccio anche nell'accordo con l'Unione.

Tuttavia, alcuni Stati membri dell'Unione guidati dalla Francia, che in materia ha sempre mantenuto posizioni particolarmente protezionistiche, hanno imposto, ed ottenuto, che il futuro accordo di partenariato con gli USA contenga la clausola dell'eccezione culturale. In base ad essa, la liberalizzazione nel settore culturale sarà limitata a particolari soglie e valori, oltre i quali i mercati nazionali degli SM non saranno tenuti ad aprirsi.

Il principale timore è che da un'eccessiva apertura del mercato europeo degli audio-visivi possano derivare ripercussioni negative per le industrie cinematografiche nazionali.³⁴³ Tale approccio, pur mirando al fine legittimo di tutelare la diversità culturale europea, ha un chiaro carattere protezionistico volto a tutelare le produzioni televisive e cinematografiche nazionali.

Si osserva, tuttavia, che l'inserimento dell'eccezione “francese” potrebbe addirittura risultare una sconfitta per l'Unione; lo scambio culturale – quindi la tutela della diversità culturale – rientrano, infatti, tra gli obiettivi, di cui agli artt. 6.3 TUE *et*

³⁴¹ Nell'Unione Europea il mercato degli audiovisivi e la delicata questione delle co-produzioni straniere sono regolati dalla direttiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, *relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi)*, 10 marzo 2010, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L.95/1.

³⁴² CHOI, *Screen Quota and cultural Diversity, debates in Korea-US FTA talks and Convention on cultural diversity*, reperibile al sito: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1019389.

³⁴³ Si rinvia al documento presentato dal Senato francese sull'eccezione culturale: <http://www.senat.fr/rap/r00-213/r00-2137.html>.

167 TFUE, che essa deve perseguire nelle relazioni esterne. Inevitabilmente, tali obiettivi rischiano di essere compromessi se, nel testo definitivo del TTIP verrà inserita l'eccezione così come oggi risulta formulata.³⁴⁴

Il campo di applicazione del futuro accordo di partenariato comprende tutte le forme di investimento, compresi i diritti di proprietà intellettuale, riprendendo pertanto la definizione estesa già impiegata nel mandato a negoziare con Canada, Singapore e India.

Per quanto riguarda la tutela dell'investimento nella fase post-stabilimento, il Consiglio fornisce un elenco, non esaustivo, delle clausole che devono essere inserite, senza tuttavia darne alcuna definizione e creando, pertanto, gli stessi dubbi interpretativi che sono stati evidenziati a proposito della formulazione del precedente mandato.³⁴⁵

Per la risoluzione delle controversie, infine, il Consiglio riconosce la necessità di affiancare alla tradizionale modalità di risoluzione Stato-Stato anche il ricorso ad arbitrati Stato-privato, dovendo, in entrambi i casi, essere garantite più trasparenza dei procedimenti e neutralità degli arbitri. Nel caso di risoluzione di una controversia Stato-privato, il Consiglio auspica il rinvio a più fori arbitrali, così come di norma previsto nei BITs, e l'eventuale definizione di un meccanismo di appello dei lodi, attualmente non previsto dalle norme processuali adottate dai centri arbitrali, che si limitano a garantire solo il ricorso per annullamento.³⁴⁶

In definitiva, il mandato a negoziare con gli Stati Uniti è di tenore analogo a quello predisposto per Canada, Singapore e India e di conseguenza non risolve le questioni e i dubbi interpretativi fatti valere per quest'ultimo: le clausole di protezione rimangono indefinite e la tutela dei valori non economici è relegata quasi a dichiarazione di intenti più che riconosciuta come obbligo di risultato.

Ci si attende tuttavia che il testo finale dell'accordo di partenariato si discosti parzialmente dalle linee indicate dal Consiglio: gli Stati Uniti, infatti, oltre ad essere parte di un sistema economico regionale molto avanzato, il NAFTA, hanno un proprio modello di BIT le cui clausole di protezione sono particolarmente definite e includono

³⁴⁴ Sulla questione degli audio-visivi, il Parlamento europeo ha affermato che “*considers it essential for the EU and its Member States to maintain the possibility of preserving and developing their cultural and audio-visual policies, and to do so in the context of their existing laws, standards and agreements; calls, therefore, for the exclusion of cultural and audio-visual services, including those provided online, to be clearly stated in the negotiating mandate.*” PARLAMENTO EUROPEO, *Motion for a Resolution*, 2013/2558(RSP, 25 aprile 2013, par. 11.

³⁴⁵ *Supra*, Parte I, cap. III, sez. III, para 9.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 2.

diritti e obblighi molti chiari. È ragionevole aspettarsi che l'Unione sarà indotta a seguire il modello proposto oltre-oceano anche perché, come rilevato dagli operatori di Bruxelles, quello tra UE e USA rappresenterebbe il più esteso accordo di partenariato mai negoziato e potrebbe avere un irrinunciabile impatto economico positivo sul mercato europeo.³⁴⁷

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DELLA PRIMA PARTE

Il fenomeno della globalizzazione, e con esso l'apertura dei mercati, ha da tempo imposto la liberalizzazione degli scambi di merci, servizi e investimenti e la ridefinizione delle relazioni tra gli attori internazionali, tra cui l'UE, che hanno dovuto modificare i propri sistemi economici, tendendo sempre più verso l'apertura dei propri confini.³⁴⁸

Gli Stati e le Organizzazioni economiche regionali, per rimanere competitive sulla scena internazionale, hanno quindi dovuto predisporre un quadro giuridico interno idoneo a liberalizzare gli scambi oltre frontiera, garantendo al contempo lo sviluppo dell'economia interna.

La globalizzazione dei mercati ha imposto una concorrenza tra gli ordinamenti giuridici e, nei settori degli scambi commerciali e degli investimenti, ciò ha comportato lo sviluppo di una "liberalizzazione competitiva" e la necessità che i problemi e le sfide transnazionali vengano risolti da una *governance* internazionale o sovra-nazionale.³⁴⁹

Per alcuni settori è stato possibile definire un regime di regole-quadro a livello internazionale: ne sono esempio le fonti normative predisposte in seno all'OMC in materia di scambi di beni e servizi, uniformi e vincolanti per tutti i 157 membri dell'Organizzazione. Parallelamente, numerose Convenzioni internazionali di diritto

³⁴⁷ Per quanto riguarda gli scambi di investimenti bilaterali tra Unione e Stati Uniti d'America, un *report* del Parlamento europeo ha rilevato che lo stock di investimenti bilaterali è pari a 2.394 trilioni di euro ed ogni giorno vengono scambiati merci e servizi per un valore medio di quasi 2 miliardi di euro. La progressiva integrazione dei due mercati non può che essere mutualmente vantaggiosa. PARLAMENTO EUROPEO, *Motion for a Resolution*, 2013/2558(RSP del 25 aprile 2013).

Per gli studi di impatto del futuro Accordo, si rinvia ai documenti reperibili al link: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/#sia>

³⁴⁸ LESHER e MIROUDOT, *The Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements*, in *Trade policy working paper*, n. 36/2006, OCSE.

³⁴⁹ La dottrina non è unanime nel riconoscere gli effetti esclusivamente benefici della liberalizzazione e per essa, dell'incremento dei flussi di capitali. A parere di alcuni, infatti, una politica volta esclusivamente a creare incentivi per gli investimenti è "*rarely a good policy, especially for countries without adequate education and infrastructure*". THOMAS, *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*, New York, 2011.

materiale uniforme regolano specifiche materie, quale la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980.³⁵⁰

Per il settore degli investimenti, invece, la *governance* internazionale non è stata in grado di imporsi, definendo un quadro giuridico uniforme a livello sovranazionale.³⁵¹ Di conseguenza, gli IED sono sempre stati, e rimangono tuttora, oggetto di una legislazione multivello, composta da numerosi accordi bilaterali, convenzioni regionali ovvero normativa nazionale.

La “regionalizzazione” della normativa per il settore degli investimenti risulta quindi l’unica via per regolare la materia in modo uniforme e coerente.³⁵² Infatti, i singoli Stati nazionali hanno subito un progressivo indebolimento del proprio potere di imporsi all’esterno mentre la Comunità Internazionale non riesce a raggiungere un compromesso tra tutti i suoi membri, e ciò è inevitabile, su quelle materie che sottendono forti interessi economici e politici, quali sono gli investimenti esteri diretti.

La dimensione regionale si inserisce, quindi, nel mezzo di questa relazione e risponde alle esigenze dell’attuale sistema economico internazionale. Essa sopperisce all’indebolimento dei singoli Stati quali attori individuali sulla scena internazionale a patto, ovviamente, che questi ultimi siano disposti a cedere parte della loro sovranità all’Organizzazione regionale sovra-statale di appartenenza.³⁵³ La risposta regionale supplisce all’assenza di una normativa internazionale multilaterale uniforme e – soprattutto – favorisce la possibilità di inquadrare gli IED in cornici normative stabili e certe che possano incoraggiare i flussi in entrata e in uscita.³⁵⁴

³⁵⁰ ONU, *United Nations convention on contracts for the International sale on goods*, (11 aprile 1980). Si rinvia al link: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

³⁵¹ OCSE, *Multilateral Agreement on Investments*, elaborato tra il 1995 e il 1998. In seno all’OMC invece, sono state costanti le opposizioni all’elaborazione di una convenzione in materia di investimenti e pertanto, si riuscì ad arrivare solo alla definizione dell’Accordo TRIMS relativo però, solo agli aspetti commerciali in materia di investimento.

³⁵² BUNGENBERG: “*Competition between the USA-CINA and the EU as well as other players for their positions in the new economic order of the twenty-first century in trade as well as foreign investments is a situation to which all actors in global arena must adapt*”. BUNGENBERG, *The Division of Competence between the EU and its Member States in the Area of Investment Policy*, cit., p. 32.

³⁵³ AGGARWAL, FOGARTY, *Between Regionalism and Globalism: European Union Transregional and Inter-Regional Trade Strategies*, in AGGARWAL, FOGARTY, (eds.), *European Union Trade Strategies: Between Globalism and Regionalism*, Londra, 2004.

³⁵⁴ Le condizioni che rendono l’ambiente favorevole per l’investitore, possono essere raggruppate in tre categorie. Nella prima rientrano considerazioni di natura economica; l’operatore straniero guarda infatti all’esistenza di un regime di libera concorrenza, alle dimensioni e allo stato della bilancia di pagamenti del mercato in cui si investe. La seconda categoria contiene presupposti di natura politica e socio-culturale. In altre parole, l’investitore straniero si dirige verso mercati dai regimi piuttosto aperti, che hanno buone relazioni con i Paesi terzi e garantiscono all’investitore il rapido trasferimento di informazioni tecniche, necessarie per iniziare ad operare sul mercato. Da ultimo, rilevano aspetti di

Anche nel sistema europeo, per uniformare il settore degli IED è stata intrapresa la strada regionale, ossia la sola che pare favorire – pur non nell'immediatezza – il compromesso tra gli attori statali.³⁵⁵

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato profondamente riformulato il capitolo sull'azione esterna dell'Unione europea, di cui la politica commerciale comune è divenuta parte. Il TFUE accoglie le istanze della Commissione, inserendo gli investimenti esteri diretti tra le materie della PCC e rendendoli così materia di competenza esclusiva dell'Unione. Il passaggio dalla competenza concorrente a quella esclusiva ha come effetto la “regionalizzazione” del settore degli investimenti e favorisce l'allineamento dell'Unione agli altri attori internazionali.

Da questo trasferimento di competenza discendono principalmente due conseguenze.

Da una parte, l'Unione ha predisposto con l'emanazione del Reg. n.1219/2012 un quadro giuridico nel quale sussumere sia i BITs extra-UE già conclusi dagli SM sia quelli futuri, risolvendo pertanto i dubbi insorti sulla validità di entrambe le categorie di accordi predette e garantendo il proseguimento delle relazioni con gli investitori stranieri. Le norme del Regolamento, vincolanti per tutti gli SM e direttamente applicabili, dovrebbero garantire una rapida ridefinizione della materia. Più controversa rimane la questione relativa ai rapporti *intra* UE in materia d'investimento. Invero, i BITs intra-UE, in quanto accordi internazionali, rimangono, secondo il diritto dei trattati, validi anche a seguito del trasferimento della competenza in materia di IED dagli SM all'Unione. Si può però ipotizzare che, nel rispetto di quanto prescritto all'art. 59 della Convenzione, tali accordi si estinguano, poiché sostituiti da successivi stipulati dall'Unione con le medesime controparti.

Dall'altra, l'Unione ha il compito di predisporre un regime giuridico uniforme per regolare gli investimenti esteri diretti, al pari di altri attori internazionali che hanno già predisposto un quadro normativo per gli IED, accrescendone i flussi sia in entrata sia in uscita.

natura giuridica, legati all'esistenza di norme e procedure che permettono all'investitore di operare all'interno di un quadro giuridico stabile e favorevole, per quanto riguarda sia i contenuti sia le modalità di applicazione. Sul punto, per un'analisi sui fattori che contribuiscono alla determinazione di un ambiente favorevole all'investimento, si rinvia a: SHIHATA, *Promotion of foreign direct investment – A general Account, with particular reference to the role of the World Bank Group*, in *ICSID Review e Foreign Investment Law Journal*, 1991.

³⁵⁵ In argomento, si rinvia a: DOLZER E SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 11 e ss.

In buona sostanza, l'Unione, forte della nuova competenza, deve procedere con un'"integrazione positiva", che si sostanzia nell'adozione di politiche comuni e nella costruzione di istituzioni.³⁵⁶ Invero, solo attraverso la predisposizione di regole uniformi e vincolanti per tutti gli SM è possibile raggiungere l'armonizzazione di un settore di recente attribuito alla competenza dell'Unione. In questo senso, l'Unione ha già proceduto in altre materie che le sono state attribuite; è il caso, *inter alia*, della politica commerciale, dei servizi aerei e, al massimo grado, della costituzione di un'unione economica e monetaria. L'integrazione positiva, per funzionare, richiede per lo più l'emanazione di norme condizionate e, quindi, non direttamente applicabili. In altre parole, le Istituzioni devono tradurre in atti gli obiettivi fissati dal diritto primario e, nel fare ciò, predispongono una normativa uniforme, vincolante per tutti gli SM. Tale integrazione sarà perseguita anche per il settore degli investimenti esteri diretti che, per il diritto primario UE, sono ora di competenza esclusiva europea.

Al riguardo, l'analisi sistematica dei Trattati istitutivi permette di riconoscere all'Unione un potere esteso, che la legittima a regolare la fase di pre e post stabilimento, nonché alcuni aspetti connessi all'operazione di investimento.

I futuri accordi europei d'investimento conterranno pertanto disposizioni relative all'ingresso e alla protezione dell'operazione; il campo di applicazione *ratione materiae* sarà esteso al punto da includere investimenti esteri diretti e investimenti di portafoglio. Tale approccio interpretativo della nuova competenza trova conferma nei recenti mandati a negoziare in cui il Consiglio ha predisposto l'inserimento anche di clausole di protezione.

Occorre però ribadire che la formulazione dei mandati solleva gravi dubbi circa la genericità delle clausole di protezione e non fornisce certezza sulla tutela dei valori non economici.

Riguardo alle prime, le considerazioni sviluppate nell'analisi del mandato a negoziare con Canada, India e Singapore hanno evidenziato che la mancata definizione delle clausole sul trattamento nazionale e sull'espropriazione, nonché l'incertezza sull'inserimento della clausola ombrello, generano una situazione di incertezza giuridica per l'investitore straniero che intenda operare sul territorio europeo. L'estensione dei diritti dell'investitore è, infatti, lasciata all'interpretazione discrezionale che delle clausole

³⁵⁶ J. Tinbergen, premio Nobel per l'Economia nel 1969, ha stabilito la distinzione tra "integrazione negativa", intesa come l'abolizione delle barriere, cioè degli impedimenti ad una circolazione dei prodotti e fattori di produzione, ed "integrazione positiva", volta all'avvicinamento delle politiche degli SM per il tramite dell'adozione di politiche comuni a livello europeo.

sarà data dai governi dei Paesi ospiti nonché da quella eventualmente adottata dalle corti arbitrali, qualora insorgano controversie sull'accordo.

Riguardo alla questione della tutela dei valori non economici, il Consiglio non ha seguito le indicazioni del Parlamento. Tale tutela è stata confinata nei preamboli, rendendola così un mero strumento interpretativo, piuttosto che un obiettivo vincolante.

Si osserva che la tutela dei valori fondamentali può essere garantita operando un bilanciamento tra le esigenze di protezione dell'investimento, dell'investitore e il diritto dello Stato ospite di introdurre modifiche legislative volte a preservare diritti fondamentali e obiettivi di ordine pubblico. Ciò significa che il diritto dell'investitore di far valere una violazione dell'accordo ovvero del contratto *inter partes* non può essere incondizionato.³⁵⁷ In buona sostanza, si deve assumere che non ogni riforma legislativa introdotta dallo Stato ospite sia passibile di impugnazione avanti organi giurisdizionali. Al contrario, bisogna operare una distinzione tra riforme volte a colpire in modo discriminatorio e ingiustificato l'operazione dell'investitore straniero – certo impugnabili – da quelle che, invece, hanno come fine quello di introdurre presidi maggiori a tutela di diritti fondamentali e dell'interesse pubblico dello Stato ospite.³⁵⁸

La *quérelle* circa l'esatto compromesso tra riforme legittime, o meno, è antica e risale ai tempi dell'introduzione della clausola Calvo³⁵⁹ e dell'emanazione della

³⁵⁷ Al riguardo, si rinvia alla posizione espressa dal delegato della Commissione, DG Trade, in relazione alle misure di protezione da inserire nel negoziando TTIP con gli Stati Uniti d'America: “*The protection given covers a limited number of specific actions which can concretely affect an investor's daily business operations in a foreign market, i.e. discrimination, denial of access to justice, expropriation without compensation and the inability to transfer capital to invest. Legitimate policy measures taken by public authorities to protect the environment or public health and which apply to all firms in the same way – foreign or national – cannot be successfully challenged under these provisions under the guise of investment protection*”. Per l'intervento integrale, si rinvia a:

<file:///Users/B/Desktop/Investment%20protection%20does%20not%20give%20multinationals%20unlimited%20rights%20to%20challenge%20any%20legislation%20-.webarchive>.

³⁵⁸ Sul punto, vi è una ricca giurisprudenza arbitrale originata dalla (presunta) violazione del capitolo 11 del NAFTA, le cui previsioni dovrebbe operare un bilanciamento tra il diritto sovrano dello Stato di modificare il quadro legislativo e il diritto dell'investitore ad essere protetto. La giurisprudenza non è costante; si osserva che delle numerose controversie portate all'attenzione dei collegi arbitrali solo quattro si sono concluse a favore dell'investitore. Si tratta, specificamente, dei casi: lodo parziale del 12 novembre 2000, in arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. e Government of Canada*; lodo parziale del 26 giugno 2000, in arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, *Pope & Talbot, Inc. and Government of Canada*; lodo di un tribunale ICSID del 30 agosto 2000, nella causa ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation and United Mexican State*; lodo di un tribunale ICSI, del 16 dicembre 2002, in causa ARB(AF)/99/1, *Feldman and United Mexican States*.

³⁵⁹ Carlos Calvo, giurista e ministro degli esteri argentino nella seconda metà del XIX secolo, con i suoi scritti influenzò molto questo approccio e la dottrina dei tempi. In *Le Droit International* del 1885, si legge: “*Aliens who established themselves in a country are certainly entitled to the same rights of protection as nationals, but they cannot claim any greater measure of protection*”. Questa stessa previsione, si ritroverà anche nella *Convention on the Rights and Duties of States*, 1933. L'Enciclopedia britannica (www.britannica.com) così

Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1803/1962 che ha proclamato il diritto dei popoli e delle Nazioni alla sovranità permanente sulle proprie risorse.³⁶⁰ A quei tempi, in epoca

riporta il pensiero di C. Calvo: “[...] *rules governing the jurisdiction of a country over aliens and the collection of indemnities should apply equally to all nations, regardless of size. [...] foreigners who held property in Latin American states and who had claims against the governments of such states should apply to the courts within such nations for redress instead of seeking diplomatic intervention. Moreover, according to the doctrine, nations were not entitled to use armed force to collect debts owed them by other nations. A Calvo clause in a contract between the government of a Latin American state and an alien stipulates that the latter agrees unconditionally to the adjudication within the state concerned of any dispute between the contracting parties*”.

³⁶⁰ Dalla nozione di sovranità discende, nella Risoluzione ONU n. 1803, il diritto dello Stato di procedere a nazionalizzazioni di interi settori della sua economia. Questi atti si configurano, infatti, come espressione del potere dello Stato di gestire, secondo la propria libera scelta, il proprio sistema economico. La sovranità permanente rimane una nozione di principio “*elaborata ed indirizzata soprattutto alla riduzione progressiva dei vincoli che lo Stato sovrano incontra nella disciplina e nell'eventuale soppressione di tali diritti* (di sfruttamento delle risorse naturali) *ad opera delle norme consuetudinarie di diritto internazionale che tutelano la posizione dello Straniero*”. FRIGO, *La Sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*. In PICONE, SACERDOTI, *Diritto Internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 247. Per l'analisi dell'interpretazione delle Dichiarazioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite si rinvia a: FRIGO, cit. p. 261 e CONFORTI, *La funzione dell'accordo nei sistemi delle Nazioni Unite*, Padova, 1968, p. 138. La tutela della ‘Sovranità permanente’ ha operato a tre livelli. Dopo la sua formulazione a livello internazionale, il principio è stato trasferito nelle previsioni di legge nazionali, nella forma di legge costituzionale e di codici di investimento. Essa è poi divenuta ‘modello’ per la stipulazione di contratti, che assicurano allo Stato ospite il controllo sul processo di sfruttamento delle risorse naturali.

A partire dagli anni '50, si assiste ad una fiorente attività legislativa per stimolare la cooperazione internazionale a livello di scambi commerciali e investimenti. Già nel 1948 le Nazioni Unite promossero, a l'Havana, una conferenza sul commercio e sull'occupazione. La finalità era quella di promulgare una Carta (la *Havana Charter*) per la costituzione di un' Organizzazione Internazionale del Commercio. La Carta avrebbe dovuto contenere, all'art. 12, previsioni per la promozione e la sicurezza, e anche eventuali limitazioni delle operazioni di investimento. *Inter alia*, l'art. 12 incoraggiava anche la conclusione di trattati bilaterali e multilaterali tra gli Stati membri. I tempi non erano però ancora maturi, e la Carta non fu mai promulgata soprattutto per timore delle previsioni troppo vaghe e deboli in materia di investimenti. Complice del fallimento fu proprio la formulazione del summenzionato articolo 12, che avrebbe potuto determinare in materia di investimenti un regime aperto al punto, che la politica interna di ciascuno Stato avrebbe difficilmente potuto gestire. Fortissime, a tal riguardo, furono le obiezioni sollevate dall'allora presidente degli Stati Uniti. Il ruolo cruciale degli investimenti nel panorama delle relazioni interstatali, non venne comunque sminuito, anzi. A fronte dell'impossibilità di creare fonti legislative uniformi sia gli Stati Uniti, sia altri Paesi esportatori, singolarmente concordarono una serie di misure e garanzie nazionali per proteggere gli investimenti stranieri dei loro connazionali contro i rischi politici in cui sarebbero potuti incorrere nel Paese ospite. In USA queste misure, le ‘*investment guarantee programmes*’, trovano origine nel ‘*United States Economic Cooperation Act*’ del 1948 e vengono in principio applicate alla sola Europa, per poi essere estese anche ad altre aree geografiche, per mezzo del *Mutual Security Act*, del 1951. Dal 1961 l'Agenzia americana che si occupa di questo programma è la *Overseas Private Investment Corporation*. Anche la Germania, nel 1959, ha predisposto un simile programma di garanzie per gli investimenti. Per fruire delle garanzie è necessario che vi sia un trattato con il Paese ospite, che specifichi il trattamento dell'investimento, o l'assicurazione di un'adeguata protezione dell'operazione secondo la legge locale del Paese ospite. Tentativi di creare un clima sereno per gli investimenti sono perseguiti anche nella penisola araba dove, nel 1972, si è arrivati alla conclusione di una convenzione che stabilisce la ‘*Inter-Arab Investment Guarantee Corporation*’. Un'analisi attenta al panorama delle previsioni in materia di investimenti stranieri, dal passato ad oggi, permette di evidenziare che nei confronti della materia vi sono stati diversi approcci e mutevoli necessità, che nel tempo sono cambiate. Da una prospettiva giuridica si è assistito ad una notevole evoluzione: la crescita di importanza di codici di investimento, che riflettono le diverse politiche del Paese ospite rispetto all'investimento straniero; l'internazionalizzazione dei *concession agreements*; il rapido fiorire dei trattati bilaterali; la predisposizione di nuove modalità di risoluzione delle controversie e le ripercussioni di questi sviluppi sulle leggi nazionali che governano la materia. Da quando gli investimenti hanno iniziato a ricoprire un ruolo importante nelle relazioni di scambio tra paesi ad oggi, le figure giuridiche per mezzo delle quali sono stati realizzate sono mutate. Se in passato, infatti, si trattava esclusivamente, o quasi, di concessioni, oggi la situazione è cambiata – così come diverse sono

di decolonizzazione, si è voluto riconoscere il diritto degli Stati di introdurre misure legislative per meglio tutelare interessi pubblici nazionali. Tale diritto non è però assoluto, nel senso che si ritiene generalmente inammissibile la modificazione discrezionale della legislazione interna che abbia un effetto negativo su un investimento oggetto di protezione.

Di qui la necessità di introdurre strumenti che siano idonei a bilanciare gli interessi in gioco nella relazione economica d'investimento, inserendoli direttamente sul piano degli accordi bilaterali, all'interno dei quali, poi, verranno sussunte le relazioni contrattuali.³⁶¹ Inevitabilmente, il problema non si può risolvere attraverso la predisposizione di un elenco esaustivo di misure che, per ipotesi, sarebbero giustificabili poiché volte a tutelare interessi superiori. La necessità di introdurre tali misure non può essere prevista *ex ante* – se così fosse, la normativa vi sarebbe già – sicché la soluzione che si prospetta concerne l'introduzione, direttamente negli accordi, di clausole che impongano e rendano vincolanti la tutela di diritti fondamentali e di ordine pubblico. Così procedendo, la tutela di questi ultimi diviene condizione la cui violazione è causa

le peculiarità del momento storico attuale. Non ci sono più colonie, ma Stati indipendenti che difendono le proprie prerogative, poteri e sfere di influenza. Aperti agli investimenti stranieri, nelle forme di *production sharing agreements*, di costituzione di *joint ventures*, di partecipazione in società locali già esistenti, gli Stati ospiti si premurano di tutelarsi da qualsiasi avvisaglia di ingerenza provenga dall'esterno. Sempre più frequenti sono, pertanto, le previsioni legislative interne, che rifiutano di accogliere sul territorio nazionale i IED considerati pericolosi. Si può quindi affermare che, a partire dagli anni '90, i nuovi protagonisti della scena mondiale sono una più evoluta forma di globalizzazione dell'economia e un rinnovato clima nel settore degli investimenti. Con l'apertura dei loro mercati, numerosi Paesi in via di sviluppo hanno potuto fare il loro ingresso, e divenire competitivi, in settori avanzati dell'economia e ad alto sfruttamento di capitale, dove si pongono come diretti competitori dei Paesi sviluppati. In un clima di minor conflitto, gli IED sono considerati la prima forma di cooperazione industriale transnazionale, come *alter-ego* complementare, piuttosto che come alternativa al commercio.

³⁶¹ “*The stabilization clause is intended to immunise the foreign investment contract from a range of matters, such as taxation environmental controls and other regulations as well as prevent the destruction of the contract itself before the duration of contract expires*”. SORNARAJAH, *Taking in violation of agreements*, cit., p. 329. Le clausole di stabilizzazione non sono in rapporto con la clausola della legge applicabile al rapporto contrattuale. Esse, infatti, si preoccupano solo di tutelare l'investitore straniero a fronte delle variazioni della legislazione nazionale del Paese ospite, che in un certo qual modo influiscono sulla operazione dello straniero. SACERDOTI, *Contratti tra Stati e stranieri*, Milano, 1972, pp. 210 ss.; PAASIVIRTA, *Internationalisation and Stabilisation of Contracts versus State Sovereignty*, in *BYIL*, 50, 1989, p. 315. Possono essere individuate tre tipologie di clausole: si parla di *freezing clauses*, *economic equilibrium clauses* e *hybrid clauses*. In tutti e tre i casi, le clausole possono essere intese come *full* o *limited*. La natura della prima tipologia comporterà un maggior campo di azione e di copertura rispetto alla legge nazionale. Il campo di azione della tipologia di clausole *limited* è invece circoscritto a determinate fattispecie legislative ben individuate. Le clausole che destano la perplessità della dottrina sono le c.d. *freezing clauses*: raramente, infatti, le leggi nazionali dei Paesi ammettono la possibilità che lo Stato prometta di limitare la sua potestà legislativa. Ne deriva il dilemma se tali tipologie di clausole di stabilizzazione abbiano una forza realmente vincolante. Se questa può essere, pacificamente, esclusa in sede di controversia a livello nazionale, non è chiaro quanto accada di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale: “*the stabilization clause may be meaningful to international arbitration pursuant to bilateral investment treaties*”. SHERBERG, *Investment Agreements and Human Rights*, Working Paper. No.42, Harvard University, 2008, p. 5.

d'inadempimento; parallelamente, lo Stato ospite che introduce la modifica non potrà essere convenuto in giudizio in caso di modifica del proprio assetto legislativo interno.

Diversamente dalla tendenza attuale, il diritto dello Stato di introdurre modifiche legislative volte a tutelare interessi generali e valori non economici – e quindi anche di innalzare i propri *standard* di tutela – deve essere preservato, seppur nei limiti posti dai principi di proporzionalità e di non discriminazione.

Peraltro, si auspica che la tutela dei diritti fondamentali passi da principio di *soft law* – con tutti i limiti che da ciò derivano – a obbligo di *hard law*.

Dal principio del “chi inquina paga” a quello del “chi viola diritti fondamentali paga” sicché, dando un valore economico a questi diritti, lo Stato ospite e l'operatore economico potrebbero essere, indirettamente, costretti ad allineare agli *standard* di tutela dei diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti il proprio quadro legislativo il primo, e la propria condotta, il secondo.³⁶²

Il processo della globalizzazione ha fatto emergere l'incapacità delle O.I. di gestire gli impatti negativi che gli scambi economici poco regolati possono avere sul rispetto dei diritti fondamentali; di conseguenza, in assenza di efficaci vincoli sovranazionali, dovrebbe almeno essere riconosciuta la positività delle misure statali in materia di tutela di diritti fondamentali e, quindi, di valori non economici.³⁶³

Si ipotizza tuttavia che a livello europeo la recente riformulazione del Trattato di Lisbona potrebbe garantire l'effettiva tutela dei valori fondamentali. L'azione esterna dell'UE deve essere condotta nel rispetto dei principi e degli interessi sanciti nei Trattati agli artt. 2, 3, 6 e 21 TUE e le disposizioni della Carta dei valori fondamentali dell'Unione europea.

Da ciò discendono due conseguenze. In primo luogo, l'Unione deve garantirne la tutela sul piano interno introducendo misure volte a innalzare gli *standard* a presidio dei diritti fondamentali. Gli SM, per parte loro, sono obbligati – per il principio del primato del diritto dell'Unione – ad allinearsi agli obblighi che discendono dai Trattati istitutivi, introducendo modifiche legislative idonee a preservare valori fondamentali, che già vincolano l'Unione. In secondo luogo, dalle disposizioni predette discenderebbe

³⁶² La necessità di imporre questi valori è peraltro difesa anche da attori non-statali, che stanno conducendo serie battaglie per dimostrare i potenziali effetti negativi di politiche troppo sbilanciate verso la liberalizzazione e la tutela dell'investitore. Tra i tanti, si rinvia al sito <http://www.tni.org/briefing/right-say-no>

³⁶³ BOSCHIERO, *The corporate responsibility to respect human rights and the question of universal civil jurisdiction in transnational human rights cases. The U.S. Supreme Court Decision in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 49, n. 2, 2013, pp. 249-292.

l'obbligo, in capo alle Istituzioni, di non stipulare accordi economici con Paesi terzi in cui i diritti fondamentali non sono rispettati. Ciò, anche per evitare discriminazioni tra investitori europei che operano nel territorio UE e quelli che, invece, delocalizzano all'estero la propria attività: i primi, vincolati dai rigidi parametri europei sarebbero infatti discriminati rispetto ai secondi, economicamente avvantaggiati dagli *standard* di tutela più bassi vigenti nel Paese terzo.

Posto quanto precede, si possono ipotizzare due scenari. Per il primo, i *partner* commerciali dell'Unione si adeguano agli *standard* europei, che ribadiscono quelli internazionali; per il secondo, se i *partner* rifiutano di innalzare i propri *standard* a difesa dei diritti fondamentali, l'accordo commerciale con costoro non può essere concluso posto che, altrimenti, vi sarebbe una violazione dei precetti europei in materia di tutela dei valori fondamentali.

A presidio di questi valori si pone anche la Corte di giustizia europea, cui l'art. 218.11 TFUE riconosce le competenze per il controllo in via preventiva della compatibilità con il diritto UE degli accordi internazionali *negoziandi*.³⁶⁴ La Corte potrebbe esprimere il proprio parere negativo qualora ravvisasse che le negoziazioni, ovvero la stipulazione, porterebbero l'Unione a vincolarsi a un *partner* commerciale che viola, o rispetta solo in minima parte, i diritti fondamentali.

Una volta che le clausole di protezione avranno effettiva applicazione negli accordi europei, si ipotizza che ne potranno essere inserite, di egual tenore all'interno dei regolamenti contrattuali, sottoscritti dagli SM ovvero dalla stessa Unione. Del resto, le fonti contrattuali sono legate a quelle pattizie e da queste ultime rinvengono la cornice di norme – *rectius* clausole di protezione e trattamento – che verrà riproposta nel regolamento contrattuale.

In definitiva, pare ragionevole attendersi che attraverso l'inserimento di clausole vincolanti, ovvero grazie all'attività consultiva della CGE, si possa arrivare, per lo meno sul piano europeo, a un'effettiva tutela dei valori non economici. Ovviamente, solo attraverso la stipulazione dei futuri accordi l'auspicio potrà essere confermato o smentito. Interessante, al riguardo, sarà il quadro normativo che verrà predisposto nel *negoziando* accordo con la Cina.

³⁶⁴ Art. 218.11 TFUE: “Uno Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati”.

II PARTE

L'UNIONE EUROPEA E L'ARBITRATO IN MATERIA DI INVESTIMENTI

PREMESSA

In questa seconda parte vengono isolati gli aspetti processuali che derivano, o potrebbero derivare, dal riconoscimento della competenza esclusiva europea in materia di investimenti esteri diretti.

Il fine è quello di sussumere le questioni che si reputano di rilievo all'interno di categorie generali, che valgono per i procedimenti arbitrali in materia di investimenti transfrontalieri.

Adottando un approccio che va dal generale al particolare – dove con particolare si intendono i rapporti europei – è possibile prospettare soluzioni alle questioni processuali che sono insorte a seguito del riconoscimento della competenza esclusiva europea in materia di investimenti esteri diretti.

Il *fil-rouge* di questa seconda parte sarà, quindi, il procedimento arbitrale in materia di investimenti di cui vengono ripercorsi tutti i passaggi: l'introduzione, la valutazione circa la validità della clausola compromissoria, le regole procedurali e la legge applicabile, nonché la fase del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo.

L'inquadramento della materia e la suddivisione per argomenti risentono dell'impostazione più classica in materia di arbitrato.

Le soluzioni alle questioni che sorgeranno saranno trovate alla luce della recente prassi arbitrale che si sta sviluppando in materia di accordi bilaterali europei. Del pari, si farà rinvio ai recenti orientamenti che, sulla materia, sono stati prospettati dalle Istituzioni. Si seguirà, pertanto, un approccio empirico che, partendo dalle contingenze del presente, vuole arrivare a prospettare soluzioni per il futuro.

Il procedimento arbitrale si configura come la modalità “classica” per la risoluzione di controversie che hanno a oggetto rapporti sia commerciali sia di investimento. Quella dell'arbitrato è la soluzione che, meglio di tutte le altre, garantisce alle parti un procedimento rapido, poco procedurale e, quel che è più, permette la pronuncia da parte di un organo – il collegio arbitrale – che è garanzia di terzietà. Con arbitrato si intende una realtà moderna, una risposta all'intensificarsi dei rapporti interstatali e alla necessità di creare luoghi di giudizio neutrali, imparziali e, per quanto possibile,

decontestualizzati rispetto alle realtà nazionali. L'arbitrato internazionale in materia di investimenti ha conosciuto, nelle ultime decadi, una crescita esponenziale, mostrando così il ruolo fondamentale delle operazioni finanziarie oggetto dei procedimenti.

Il diritto dell'arbitrato è stato oggetto di profonde discussioni dottrinali e d'interventi giurisprudenziali che hanno contribuito a delineare la materia in modo esauriente; inevitabilmente, trattandosi di un settore non statico ma in continua evoluzione, continuerà a essere oggetto di nuovi cambiamenti.³⁶⁵

Le riflessioni oggetto di questa seconda parte partono dal presupposto per cui il passaggio di competenze in materia di investimenti esteri diretti dovrebbe comportare una ridefinizione dei rapporti UE-SM anche sul piano processuale. Del resto, non sarebbe ipotizzabile la definizione di un quadro normativo in un settore, senza che vi sia la contestuale previsione di strumenti idonei all'effettiva tutela/applicazione.

I rapporti d'investimento che coinvolgono Stati membri e/o l'Unione sono tra loro molteplici. Si può trattare, invero, di rapporti intra-Unione, che legano due Stati membri, rapporti extra-UE, tra SM e Paese terzo. Del pari, vi sono gli accordi di investimento di nuova generazione, che saranno sottoscritti dall'Unione da sola o congiuntamente agli Stati membri. Atteso ciò, per ciascun rapporto si possono individuare ragioni diverse e precipue per giustificare il rinvio all'arbitrato ed escludere l'intervento della Corte di giustizia europea.

Di qui, sarà inevitabile che per gli accordi di investimento che l'Unione stipulerà si dovrà ipotizzare la sussistenza dei presupposti per i quali la medesima accetterà la giurisdizione di un organo giurisdizionale straniero. La risposta sul punto si rinviene nella prassi in materia di accordi commerciali nonché nei recenti interventi normativi che hanno, indirettamente, riconosciuto la competenza dei tribunali arbitrali.³⁶⁶ In tali testi si trovano anche soluzioni circa l'individuazione della parte, Unione o SM, legittimata a stare in giudizio. Tale problema si può configurare per quelle circostanze in cui la controversia dovesse insorgere da un accordo sottoscritto in forma mista.

³⁶⁵ Per la dottrina, si rinvia, *ex multis*, a: GOLDMAN, *L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria*, in *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1986; DOLZER, STEVENS, *Bilateral Investment treaties*, in *The International Centre for settlement of Investment Disputes*, PAja, 1995; SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2001; RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial et lois de police*, in *Recueil des Cours, Académie de droit International de l'Haye*, vol. 305, PAja, 2005; BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2^a ed., Milano, 2008; MUCHLINSKI, ORTINO, SCHREUER, *The Oxford handbook of International Investment*, Oxford, 2008; RUBINO DI SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013.

³⁶⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento sull'allocazione della responsabilità finanziaria tra Unione e Stati membri in caso di controversie che hanno ad oggetto un Accordo bilaterale concluso tra uno Stato membro ed un Paese terzo*, COM2012/0163 del 21 giugno 2012.

Questione diversa sorge, invece, per l'ipotesi di procedimenti arbitrari che vedono contrapposti uno SM ed un investitore e che sono originati da BITs stipulati prima del passaggio di competenze di cui al Trattato di Lisbona. In queste circostanze, le problematiche che si possono ravvisare sorgono già intorno alla validità della clausola arbitrale contenuta nel rapporto *inter partes*. In altre parole, prima ancora di risolvere questioni inerenti alla fase procedimentale, quale la legge applicabile, è necessario comprendere se la clausola compromissoria conservi valore anche dopo il passaggio di competenze. Sul punto, la risposta, affermativa, verrà individuata adottando una doppia prospettiva: di diritto europeo e di diritto dell'arbitrato. Invero, la clausola arbitrale conserva valore se compatibile con il diritto dell'Unione ed è valida per il diritto dell'arbitrato.

A favore della validità della clausola compromissoria, depone altresì l'esigenza di preservare quell'approccio liberale per effetto del quale è riconosciuto alle parti di un rapporto giuridico il diritto di scegliere di devolvere ad arbitri la soluzione di controversie.³⁶⁷ Diversamente prospettando, e così privando di validità ed efficacia la clausola compromissoria – già vincolante per le parti e sulla quale è stato fatto legittimo affidamento – tale libertà verrebbe negata, a favore di un approccio “conservatore” e orientato a tutelare le prerogative giurisdizionali dei sistemi nazionali o, come nel caso di specie, regionali.

Le predette questioni saranno oggetto del primo capitolo.

Venendo poi alla questione circa la legge applicabile ai procedimenti arbitrari che insorgono da BITs europei, per ipotizzare una soluzione è inevitabile concentrarsi sul rapporto tra fonti del diritto. Segnatamente, nel caso di rapporti che hanno a oggetto BITs europei, gli ordinamenti giuridici che vengono in rilievo sono tre: internazionale, europeo e dello Stato membro coinvolto nel procedimento.

Prospettare l'applicazione immediata e incondizionata del diritto europeo sarebbe all'origine di un errore giuridico di non poco momento. In verità, i concetti del primato e dell'effetto diretto che si applicano al rapporto tra diritto europeo e diritti nazionali e che fanno prevalere – salvi i contro-limiti – il secondo sui primi, non possono essere applicati ad una relazione che coinvolge anche il diritto internazionale, che è estraneo a questi concetti. Ecco quindi che la soluzione deve essere rinvenuta adottando una

³⁶⁷ “Ce libéralisme va plus loin encore, car les Etats admettent non seulement que les parties aient recours aux organes d'un autre Etat mais également qu'elles commettent leur litige à la justice privée. Ici, encore, la politique des Etats consiste à encourager l'essor de l'arbitrage international, d'abord en le dotant d'un régime juridique extrêmement favorable, ensuite en étendant le champ de l'arbitrabilité des litige”. BUREAU, MUIR WATT, *Droit International privé*, Tome I, Partie générale, Parigi, 2007, p. 151.

prospettiva generale, di sistema, che porti a una configurazione dell'ordine delle fonti sovranazionali rispetto all'ordinamento nazionale.³⁶⁸

L'unica certezza, e questo è il punto di partenza, si rinviene nel fatto che l'arbitrato che coinvolge Stati membri e nel quale, direttamente o indirettamente, trova applicazione il diritto europeo, non può essere delegittimato alla luce del ruolo esclusivo esercitato dalla Corte di giustizia europea sull'applicazione e uniforme interpretazione del diritto UE. Da questo punto, parte l'indagine sugli aspetti predetti che saranno oggetto del secondo capitolo.

In definitiva, il fine di questa seconda parte è quello di dimostrare la necessità di legittimare i procedimenti arbitrali che insorgano da accordi di investimento, si tratti di BITs già sottoscritti ovvero di futuri accordi. Ciò, per permettere la realizzazione dello scopo che è stato all'origine del passaggio di competenze in materia di investimenti esteri diretti. In altre parole, si vuole prospettare un parallelismo tra questioni sostanziali e processuali, che sia idoneo a trasferire nella dimensione europea i caratteri propri degli IED, che comprendono tanto le previsioni sostanziali quanto quelle procedurali.

I procedimenti arbitrali rientrano tra queste seconde e, pertanto, non possono che essere legittimati anche a livello europeo, senza che principi e regole interne all'Unione possano privarli efficacia.

Del resto, atteso che l'arbitrato è divenuto un sistema di risoluzione delle controversie "*parallèle et alternatif aux juridictions nationales*",³⁶⁹ del pari si può prospettare che tale strumento divenga alternativo alle giurisdizioni regionali, quale è la Corte di giustizia europea.

³⁶⁸ GAUTRON, GRARD, (sous la direction de), *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Parigi, 2000; BERGÉ, *La doctrine des interactions du droit international et européen (à propos d'un ouvrage sur « Union européenne et droit international »)*, in *Journal du droit international* (Clunet), n. 3, 2013; BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen – Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Parigi, 2013.

³⁶⁹ RADICATI DI BROZOLO, cit., p. 492.

CAPITOLO I

L'ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE RELATIVE AI BITS EUROPEI.

QUESTIONI PROCESSUALI.

SOMMARIO: *Sezione I: Il rinvio all'arbitrato negli accordi bilaterali europei. -1. La perdurante validità dei BITS divenuti intra-UE dalla prospettiva europea ed internazionalistica. -2. Segue: la clausola arbitrale dei BITS intra-UE: la (presunta) incompatibilità con il diritto europeo e la validità per il diritto dell'arbitrato. -3. L'ammissibilità della clausola arbitrale nei BITS extra-UE. -Sezione II: Le questioni processuali dell'arbitrato in materia di investimenti. I procedimenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi. -4. La controversa questione della legittimazione processuale nei procedimenti arbitrari relativi a BITS extra-UE stipulati prima del Trattato di Lisbona. -5. Segue: nelle controversie relative ad accordi europei stipulati successivamente al Trattato di Lisbona. -6. Segue: la responsabilità finanziaria. -7. La difficile scelta della giurisdizione e delle norme di procedura per i giudizi che insorgeranno dai futuri accordi europei.*

Sezione I

Il rinvio all'arbitrato negli accordi bilaterali europei

1. LA PERDURANTE VALIDITÀ DEI BITS DIVENUTI INTRA-UE DALLA PROSPETTIVA EUROPEA E INTERNAZIONALISTICA.

L'analisi dei capitoli precedenti si è concentrata sugli effetti sostanziali che derivano dall'art. 207 TFUE, individuando le problematiche che possono sorgere a seguito del passaggio degli IED alla competenza dell'Unione e ipotizzando soluzioni *de lege ferenda*. I confini della nuova competenza e i contenuti dei futuri accordi d'investimento saranno chiari solo una volta che l'Unione avrà iniziato ad esercitare il nuovo potere attribuitele.

Tanto premesso, nel presente capitolo vengono presi in considerazione i profili processuali della materia.

Nella prima sezione ci si interroga sulla legittimità del rinvio all'arbitrato per effetto della clausola compromissoria contenuta nei BITS sia intra-UE sia extra-UE. La seconda sezione si occupa invece di individuare il soggetto, Unione o SM, munito di legittimazione attiva o passiva in sede arbitrale; si procederà, poi, individuando la corte e le regole di procedura cui verrà fatto rinvio, per l'ipotesi in cui l'Unione sarà chiamata a rispondere per inadempimento di un accordo.

Venendo al tema della legittimità del rinvio all'arbitrato in relazione ai BITS intra-UE, si osserva preliminarmente che tale questione sorge per effetto dell'adesione di una parte dell'accordo all'UE così trasformando la relazione da extra-UE a interna

all'Unione.¹ Tali rapporti d'investimento entrano quindi nel sistema europeo e fanno sorgere questioni di compatibilità delle previsioni nei medesimi contenute con il diritto UE, indipendentemente dal passaggio di competenze di cui all'art. 207 TFUE.

In generale, si tratta di un problema di successione di trattati, considerato che quello di adesione all'Unione è, al pari dei BITs, un trattato internazionale.

Ci si interroga, in tali casi, se i BITs, divenuti successivamente BITs intra-UE, debbano considerarsi estinti poiché interamente sostituiti dalle previsioni dei Trattati istitutivi – applicati per effetto dei trattati di adesione all'UE. In caso di risposta negativa, occorre ulteriormente valutare se alcune previsioni nei medesimi contenute possano essere disapplicate, poiché in contrasto con il diritto UE.²

Ed invero, tali accordi, pur regolati dal diritto internazionale, una volta ratificati entrano a far parte dell'ordinamento statale e, pertanto, al pari delle altre fonti nazionali, devono essere compatibili con il preminente diritto europeo³

Gli effetti di un'eventuale sovrapposizione o incompatibilità tra le due fonti, quella internazionale ed europea, devono essere inquadrati alla luce delle previsioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (“**Convenzione**”), di cui alcune previsioni sono parte del diritto consuetudinario internazionale e come tali sono vincolanti per tutti gli SM.⁴

In particolare, vengono in rilievo gli artt. 59 e 30.3 della menzionata Convenzione.⁵

¹ UNIONE EUROPEA, *Trattato di Atene, trattato di adesione della Repubblica Ceca, Estonia, Cipro, Repubblica di Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Repubblica Slovacca*, AA2003 def. del 16 aprile 2003 in *Gazet. Uff. Un. Eur.* n L. 236.

² Sentenza del 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van gend en Loos*, cit.; Parere del 14 dicembre 1991, in causa 1/91, cit.: le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario sono in particolare la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati, nonché agli Stati stessi. Per un'analisi sui principi fondamentali del diritto UE si rinvia a: ZILLER, cit., pp. 224-262.

⁴ POULAIN, *Quelques Interrogations sur le Statut des Traités Bilatéraux de promotion et de protection des Investissements au sein de l'Union Européenne*, in *Revue Générale de droit international public*, Tome 111, 2007, p. 819.

⁵ In base all'art. 59 della Convenzione di Vienna del 1969 rubricato “*Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione derivanti implicitamente dal fatto della conclusione di un trattato successivo*”: “Un trattato è considerato estinto quando tutte le parti di questo trattato concludono successivamente un trattato avente per oggetto la stessa materia e se risulta dal trattato posteriore o per altra via che secondo l'intenzione delle parti la materia deve essere disciplinata dal trattato medesimo; oppure se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle del trattato precedente a tal punto che è impossibile applicare contemporaneamente i due trattati”. Si legge invece all'art. 30.3 della succitata Convenzione che “*Quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore si sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in virtù dell'art. 59, il*

Segnatamente, dall'applicazione dell'art. 59 potrebbe discendere l'estinzione dei BITs intra-UE, mentre l'art. 30.3 condurrebbe alla disapplicazione della clausola arbitrale ove quest'ultima fosse incompatibile con il diritto europeo. In entrambi i casi, dunque, si determinerebbe il venir meno della giurisdizione arbitrale.

Nella prassi, si osserva che le conseguenze che discendono dall'applicazione della Convenzione non sono uniformi e dipendono dall'interpretazione, più o meno ampia, che viene data al presupposto necessario per l'applicazione degli artt. 59 et 30.3 in essa contenuti. Questi ultimi trovano infatti applicazione soltanto qualora sia ravvisabile un'uguaglianza dell'oggetto.⁶

La vivace disputa dottrinale che si è sviluppata sul punto è stata parzialmente risolta a seguito dei procedimenti arbitrali *Eureko* ed *Eastern Sugar*, in cui gli arbitri, nel valutare se gli Stati convenuti – rispettivamente la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca – avessero agito in violazione dei BITs intra-UE da loro sottoscritti, hanno preliminarmente indagato la questione del mantenimento in vigore di tali accordi e, successivamente, la compatibilità delle loro clausole con il diritto europeo.⁷

Proponendo argomentazioni molto simili tra loro, i collegi arbitrali hanno accolto la posizione della dottrina maggioritaria.⁸ Ad avviso di quest'ultima, non sussisterebbero i presupposti per l'applicazione degli artt. 59 e 30.3 della Convenzione di Vienna del 1969; di conseguenza, i “neo” BITs intra-UE non dovrebbero ritenersi estinti e la clausola arbitrale non dovrebbe essere considerata incompatibile con il diritto UE.⁹

trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore?

⁶ Si osserva che entrambe le previsioni trovano applicazione quando gli Accordi tra loro successivi sono sottoscritti tra le medesime parti. Sul punto, non si pongono dubbi posto che le parti dei BITs intra-UE sono anche parti del Trattati di adesione e, per conseguenza, dei Trattati Istitutivi. Nessuna parte dei giudizi ha eccepito che la natura bilaterale dei primi e multilaterale dei secondi potrebbe escludere l'applicazione degli artt. 59 et 30.3 della Convenzione.

⁷ Arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, lodo parziale del 27 marzo 2007, in causa SCC. No. 088/2004, *Eastern Sugar c. Repubblica Slovacca*; Corte permanente dell'arbitrato, decisione sulla giurisdizione, arbitrabilità e sospensione del 26 ottobre 2010, in causa n. 2008-13, *Eureko B.V. c. Repubblica Slovacca*.

⁸ Per la dottrina si rinvia a: DIMOPOULOS, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2011, p. 63; WEHLAND, *Intra-EU Investment agreements and arbitration: Is EC law an obstacle?*, in *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, p. 297; EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU law*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, p. 383; BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, p. 181; SÖDERLUND *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, p. 455.

⁹ *Ibid.*

La conclusione degli arbitri pare del tutto corretta e giuridicamente fondata. In particolare, il citato art. 59 dispone che, in presenza di due accordi successivi, quello precedente si può considerare estinto se sussiste almeno uno dei seguenti presupposti: l'intenzione chiara delle parti in tal senso o, in alternativa, la perfetta sovrapposibilità delle previsioni dei due accordi.

Per quanto concerne la prima condizione, è da escludere che l'adesione di uno Stato all'Unione Europea implichi l'intenzione di terminare gli accordi internazionali dal medesimo precedentemente stipulati. Difatti, la dichiarazione espressa di cui alla norma predetta deve essere fatta con le modalità e le procedure enucleate all'art. 65 della Convenzione, a norma del quale, per far valere l'estinzione di un trattato la parte interessata deve notificare la sua pretesa all'altra.¹⁰

In alternativa alla manifestazione espressa dell'intenzione delle parti, l'estinzione dell'accordo precedente si verifica qualora le disposizioni del secondo Trattato siano incompatibili con il primo, al punto da rendere impossibile la contemporanea applicazione di entrambi.

A questo proposito, si impongono alcune riflessioni in ordine alla sovrapposibilità delle previsioni dei BITs intra-UE e dei Trattati istitutivi, cui i Paesi di recente accesso all'Unione si sono vincolati con la sottoscrizione dei Trattati di adesione all'Unione Europea. L'applicabilità del concetto di *same subject matter*, evocato dal predetto art. 59, deve essere valutata ipotizzando un'applicazione combinata delle due fonti summenzionate.

Al riguardo, può richiamarsi quanto statuito nel caso Eureka, nel quale lo SM convenuto sosteneva che i BITs non fossero più efficaci poiché inseriti in un ordine giuridico integrato, quello europeo, che offriva agli investitori le stesse garanzie sostanziali e procedurali dell'accordo internazionale bilaterale.¹¹ Dalla sovrapposizione

¹⁰ Articolo 65 Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, 1969: "1. La parte che, in base alle disposizioni della presente Convenzione, invoca sia un vizio del suo consenso ad essere vincolato ad un trattato, sia un motivo per contestarne la validità o per sostenere l'estinzione del trattato, il recesso da esso o la sospensione della sua applicazione, deve notificare la sua pretesa alle altre parti". La notifica deve indicare la misura proposta nei riguardi del trattato e le ragioni di essa. La notifica deve però avere determinate caratteristiche. Nel caso Eureka, il Tribunale nega che possa valere come notifica una mail inviata dallo Stato con oggetto *unofficial position*, nonostante la medesima esprimesse l'intento di quest'ultimo di terminare il BIT. Sul punto, il Tribunale dichiara che: "*it is plainly established that the parties to the BIT – Respondent and the Netherlands – subsequently intended that EU law should apply in full between them*". Eureka, cit., par. 244.

¹¹ Lodo, *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 65-77/86-96/109-119/127-138; Lodo, *Eastern Sugar c. Repubblica Ceca*, cit., par. 95-113. HINDELANG, *Circumventing Primacy of EU Law and the ECJ's Judicial monopoly by resorting dispute mechanism provided for in Inter-States Treaties?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n. 2, 2012, pp. 179-206; DIMOPUOLOS, *Member States BITs: Lost in Transition?*, reperibile al sito: <http://ssrn.com/abstract=1935625>.

delle due fonti, dunque, sarebbe dovuta discendere l'estinzione di quella precedente, ossia il BIT, divenuto intra-UE.

Adottando la prospettiva internazionalistica, però, tale posizione non può essere accolta. Il concetto di sovrapposizione di cui all'art. 59 della Convenzione deve essere interpretato in modo teleologico; in tal senso, l'estinzione dell'accordo precedente sussiste solo quando vi sia un contrasto tale da impedire l'applicazione del successivo. Tale contrasto, però, non pare ravvisabile nel rapporto tra un BIT intra-UE e il diritto europeo; l'applicazione del primo, infatti, non impedisce l'implementazione del secondo e viceversa.

A conferma della conclusione prospettata, occorre altresì considerare che i presupposti e i fini del diritto europeo e dei BITs non sono assimilabili: la formulazione delle tutele per l'investitore nei due *corpora* giuridici è infatti differente, così come l'ambito di applicazione *ratione materiae*. I BITs contengono clausole di protezione ampie e spesso poco qualificate, al punto, quasi, da non permettere ai tribunali di procedere al bilanciamento tra interessi privati e pubblici che esse sottendono.¹² Inoltre, i BITs sono sottoscritti solo per regolare le operazioni d'investimento tra i due Stati parte dell'accordo. Le previsioni dei Trattati istitutivi sono, viceversa, maggiormente definite, così riducendo la libertà dei giudici di interpretarle e quindi di applicarle in modo più o meno esteso. Soprattutto, i Trattati Istitutivi contengono previsioni volte a tutelare fini e obiettivi che si spingono oltre la singola operazione d'investimento.

In buona sostanza, non potendo ravvisarsi una perfetta sovrapposizione tra i BITs e i Trattati istitutivi – essendo i secondi più estesi dei primi – deve essere escluso il rinvio all'art. 59 della Convenzione.¹³

Per quanto riguarda l'art. 30.3 della Convenzione, tale previsione prevede che un accordo successivo si applichi soltanto nella misura in cui non risulti incompatibile con l'accordo precedente. Ciò impone, quindi, di ricercare una *slightest incompatibility*, che può

¹² Per tutti: CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et Accord internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?*, in *Revue Générale de Droit International Privé*, Tome 115, n. 4, 2011, pp. 853-895. *Contra*, BISHOFF, *Just a little bit of mxcity? The EU's role in the field of international investment law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011; DE LUCA, *New Developments, on the scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, pp. 165-215; REINISCH, *Articles 30 and 59 VCLT: the Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureka Investment Arbitration*, in *Legal Issues of economic integration*, vol. 2, n. 39, 2012, pp. 157-177; SÖDERLUND, *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007.

¹³ Adottando la prospettiva internazionalistica – che è quella corretta – gli SM che terminassero gli accordi in modo non conforme alle previsioni della Convenzione di Vienna si troverebbero a risarcire la controparte per i danni, ingenti, causati dall'estinzione o sospensione *contra legem*.

essere rilevata comparando le singole previsioni degli accordi tra loro successivi e che assume rilievo anche ove risulti una sovrapposizione solo parziale.¹⁴

Nel caso Eureka sopra citato, per escludere l'applicazione dell'art. 30.3, gli arbitri hanno effettuato l'esame combinato di ciascuna clausola presente nelle fonti giuridiche di riferimento, il BIT e il diritto UE, concentrandosi in particolar modo sulle clausole del libero trasferimento di capitali e del trattamento giusto ed equo, sulla clausola di protezione e sicurezza nonché sulla clausola arbitrale.¹⁵

Al termine dell'indagine, gli arbitri del caso Eureka hanno rilevato che i diritti e gli obblighi contenuti nel BIT *inter partes* non si sovrapponevano al diritto europeo e che non vi era incompatibilità tra le previsioni, neanche con riferimento alla clausola compromissoria, presente nel BIT oggetto della controversia ma non nel diritto europeo.¹⁶

Si ritiene che l'argomentare del Tribunale sia stato corretto, e in questo senso depongono due considerazioni.

In primo luogo, la presenza nel BIT di alcune clausole assenti nel diritto europeo – quale quella sul trattamento giusto ed equo e la clausola arbitrale – non determina *ex se* l'incompatibilità delle previsioni del primo con il secondo. Si tratta, al contrario, di mere differenze e, in ogni caso, le più estese garanzie contenute nell'accordo bilaterale non possono essere ritenute, per se stesse, in contrasto con le disposizioni dei Trattati istitutivi.¹⁷ D'altra parte, come rileva correttamente il Tribunale, la mancanza di alcune

¹⁴ *Contra*, nel caso *Eastern Sugar*, il Collegio di arbitri ha escluso l'applicabilità dell'art. 30.3. proprio perché non ha rinvenuto una perfetta sovrapposibilità tra il BIT e il diritto UE, mancando nel secondo la clausola compromissoria. Lodo *Eastern Sugar c. Repubblica Ceca*, cit., par. 180 e ss.

¹⁵ *Ibid.*, par. 246-264.

¹⁶ Non è però condivisibile la posizione del Tribunale circa l'assenza della garanzia del trattamento giusto ed equo nel diritto europeo. Vi sono infatti tre principi del diritto UE dalla cui specificazione discende la sovrapposibilità con il principio internazionale del trattamento giusto ed equo, garantito in ogni relazione di investimento. Si tratta del principio di non-discriminazione, di proporzionalità e certezza del diritto. *Supra* Parte I, Cap. II, sez. II, par. 12.

¹⁷ *Contra*, nel caso Eureka, l'esecutivo europeo evidenzia i motivi che devono portare a considerare la non validità della clausola arbitrale contenuta nei BITs intra-UE. Da un lato, nel sistema europeo vige il principio della reciproca fiducia tra i fori nazionali di ogni Stato membro e pertanto viene meno la necessità – che è all'origine dell'arbitrato in materia di investimenti – di sottrarre le controversie alle Corti nazionali a favore di un foro neutrale. Dall'altro, la clausola arbitrale viola il principio di non-discriminazione enucleato all'art. 18 TFUE, poiché pone su due piani distinti gli investitori protetti da un BIT, che possono rinviare all'arbitrato e gli investitori europei cui tale modalità di risoluzione delle controversie è invece preclusa. Sul punto, si rinvia a lodo *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 177; sulla questione della compatibilità della clausola arbitrale con il diritto europeo si rinvia al paragrafo successivo.

previsioni nel diritto europeo “*it is not a reason for cancelling Claimant’s wider rights under the BITs*”.¹⁸

In secondo luogo, l’assenza d’incompatibilità non produce alcun effetto sulla validità del BIT e gli arbitri possono quindi riconoscere la loro competenza e applicare le clausole contenute nell’accordo. Il principio del primato del diritto europeo può, infatti, rendere inapplicabili i BITs intra-UE limitatamente a quelle previsioni in contrasto con il diritto primario e secondario dell’Unione, che lo Stato non abbia conformato al diritto UE così come prescritto dagli artt. 4.3 TUE e 10 TFUE.¹⁹

Non essendoci però incompatibilità tra le previsioni del BIT e del diritto europeo, se una previsione del primo può essere rispettata senza violare il diritto europeo “*this conclusion is not affected by the principles of supremacy, direct effect or direct application of EU law*”.²⁰

Del resto, il primato del diritto UE e il principio dell’effetto diretto valgono solo in ottica europea e, pertanto, non possono essere imposti anche a rapporti che trovano la propria fonte in un altro ordinamento giuridico, quale quello internazionale.²¹

La *vis attractiva* del diritto europeo non può spingersi al punto da sostituirsi alle previsioni degli accordi internazionali vincolanti per lo Stato membro, laddove questi accordi siano stati assunti in un settore di competenza dello Stato e non si pongano in contrasto con il diritto UE.²²

L’estensione della sovranità europea alle relazioni tra gli SM che traggono la loro origine dal diritto internazionale non è del resto conciliabile con l’attuale assetto delle relazioni tra il diritto europeo ed internazionale. Si osserva, infatti, che nei casi in cui l’Unione ha impedito l’applicazione di norme internazionali nel sistema europeo, lo ha

¹⁸ Lodo, *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., para. 266. Per la Dottrina, DIMOPOULOS, *The validity and applicability of International Investment Agreements between EU and Member States under EU and International Law*, cit., p. 93.

¹⁹ EILMANSBERGER, cit. p. 401; KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, pp.22-123.

²⁰ PCA, *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 271.

²¹ *Infra*. Parte II, cap. II, sez. I, par. 3-4.

²² Dalla prospettiva europea, la validità di clausole dei BITs intra-UE oltre che per incompatibilità con il diritto UE potrebbe eventualmente essere messa in discussione se fosse ravvisabile una violazione della suddivisione di competenze tra Unione e Stati membri. Ma neanche quest’ultima violazione sussiste poiché, sino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la competenza in materia di investimenti è stata concorrente tra Unione e Stati membri e pertanto i primi hanno sottoscritto i BITs avendone competenza. Il passaggio di competenze derivato dal Trattato di Lisbona, ha riconosciuto il potere esclusivo dell’Unione a regolare in materia di investimenti esteri ma da ciò non può derivare la cancellazione di tutti i rapporti pendenti. Ciò vale, peraltro, anche per i BITs extra-UE, ora oggetto delle previsioni del Regolamento europeo n. 1219/2012 che ha definito il regime giuridico per garantirne il mantenimento in vigore cfr. *supra* Parte I, cap. II.

fatto per tutelare il proprio ordine “costituzionale”, ordine che, nel caso dei BITs intra-UE, non pare sia messo in discussione.²³

In definitiva, sino a quando tali BITs intra-UE rimangono in vigore per il diritto internazionale, i tribunali arbitrali non possono disapplicare i diritti e gli obblighi ivi previsti. Continueranno dunque ad essere applicate le garanzie dei BITs intra-UE, se compatibili con il diritto UE. In caso contrario, sarà quest’ultimo a trovare applicazione.

2. *Segue*: LA CLAUSOLA ARBITRALE DEI BITs INTRA-UE: LA (PRESUNTA) INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO EUROPEO E LA VALIDITÀ PER IL DIRITTO DELL’ARBITRATO.

Nel paragrafo che precede si è voluto dimostrare che i BITs intra-UE rimangono in vigore e che la sostituzione delle clausole nei medesimi contenute è possibile solo limitatamente ai casi in cui queste ultime risultino incompatibili con il diritto europeo.

In altre parole, la legittimità degli arbitrati intra-UE sussiste se, da una parte, la clausola arbitrale non è incompatibile con il diritto europeo e, dall’altra, se è valida per il diritto dell’arbitrato.

Si tratta, infatti, di due questioni differenti. La prima concerne il rapporto tra le previsioni di due accordi internazionali tra loro successivi – il BIT che contiene la clausola arbitrale e i Trattati istitutivi. La seconda riguarda la validità intrinseca della clausola arbitrale, che deve essere valutata alla luce del diritto dell’arbitrato.

Quanto alla prima questione, si ricorda che la recente prassi giurisprudenziale ha non solo escluso l’estinzione dei BITs intra-UE per effetto dell’adesione anche della seconda parte dell’accordo all’area europea, ma ha anche dichiarato la compatibilità delle previsioni di tali accordi rispetto al diritto UE. Tra queste, rientra la clausola arbitrale.

Vi sono due motivi che inducono a sostenere la compatibilità di tale clausola con il diritto UE.

In primo luogo, i Trattati istitutivi non escludono, né direttamente né indirettamente, il ricorso ad arbitrati intra-Unione e, in tal senso, il richiamo dell’art. 344

²³ DE SENA e VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing values*, in *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.1, 2009, pp.193-228. Come rileva autorevole dottrina: “*the recognition that certain international rules, whilst legally binding, should not be granted unlimited ways of being enforced within the community legal order is based on a constitutional premise related to the proper function of the judiciary and the scope of the manoeuvre enjoyed by the executive and the legislature in international negotiations?*”. KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Oxford/Portland, 2006, p. 133.

TFUE per delegittimare le corti arbitrali è giuridicamente improprio.²⁴ Tale previsione, infatti, impone agli Stati membri l'obbligo di deferire alla Corte di giustizia Europea controversie che hanno come parti due SM e non uno Stato ed un privato, come avviene negli arbitrati in materia d'investimento.²⁵ D'altra parte "lo stesso tenore letterale dell'art. 344 TFUE rende evidente che tale disposizione è applicabile alle sole controversie tra Stati membri e non già [...] alle controversie tra uno Stato contraente e privati".²⁶

In secondo luogo, la clausola compromissoria, di norma inserita nei BITs, spiega i suoi effetti anche, e indipendentemente dal fatto di non essere prevista dal diritto UE. Le parti di un BIT hanno infatti una legittima aspettativa a devolvere una controversia a corti arbitrali.²⁷ Tale aspettativa, che poi è un obbligo vincolante sancito in un accordo internazionale, non può essere frustrata per effetto del principio europeo del *mutual trust*.²⁸ Quest'ultimo è principio di *soft law* e da esso deriva, tra l'altro, che ciascuno SM riponga fiducia nel sistema giurisdizionale degli altri.²⁹

²⁴ TFUE, art. 344 " *Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti nei trattati stessi*". Tale previsione impone agli SM di deferire tutte le controversie che dovessero tra loro sorgere alla Corte Europea di Giustizia. Nel campo di applicazione della previsione non rientrano, però, le controversie tra SM e private.

²⁵ Contra, nel caso *Eureko*, lo Stato convenuto ha dichiarato che: "as a matter of EU law, the Dutch-Slovak BIT's arbitration clause was no longer applicable since it was incompatible with the EU Accession Treaty [...] the arbitration clause provided for arbitral Tribunals to take into account Slovak law, of which directly applicable EU law forms part [...] EU law has direct effect and prevails over national law." Lodo *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 276.

²⁶ A favore di tale posizione depongono anche due pronunce in cui, indipendentemente dall'esito del giudizio, la CGE ha avuto modo di escludere l'applicazione dell'art. 344 TFUE a controversie tra privati. Si tratta della sentenza del 30 maggio 2006, in causa 459/03, *Commissione c. Irlanda* (caso MOX PLANK), in *Raccolta*, 2006, p. I-4635. Invece, nel parere della Corte di giustizia, richiesto dal Consiglio con riferimento a un progetto di istituzione di un tribunale unico europeo in materia di brevetti, la Corte ha sì censurato la previsione di una competenza esclusiva di detto tribunale, in quanto idoneo a sottrarre ai giudici nazionali l'insopprimibile potere di verifica della conformità al diritto dell'Unione, ma ha anche espressamente ribadito che l'art. 344 vale esclusivamente per le controversie tra Stati. Parere dell' 8 marzo 2011, in causa 1/09, in *Raccolta*, 2011, p. 01137 .

²⁷ SÖDERLUND, *Intra EU-BITs investment protection and the EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n. 5, 2007, pp. 455-468.

²⁸ A margine del lodo *Eureko*, Bermann ha ravvisato che "the Tribunal disagreed over matters related to the exclusivity of ECJ jurisdiction over matters touching on EU law and the fundamental principle of non-discrimination under EU law. More generally, the Tribunal held in effect that the EU may represent a new legal order for constituent States but that, from an international legal perspective, it is nevertheless a subject of international law, and bound along with its member States by its international engagements". BERMANN, *Navigating EU Law and the Law of international arbitration*, in *Arbitration International*, vol. 28, n. 3, p. 434.

²⁹ Nella prassi europea il principio del mutual trust ha portato alla definizione del Reg. 44/2001 – dal gennaio 2015 sostituito dal Reg. 1215/2012 – che sancisce, tra l'altro, il riconoscimento automatico delle sentenze rese dalle autorità degli SM. I lodi sono esclusi dal campo di applicazione del Regolamento e, pertanto, si ipotizza che i procedimenti arbitrali debbano poter essere iniziati senza essere soggetti a principi che, viceversa, valgono solo nelle relazioni tra SM. UE, Regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia commerciale del 22 dicembre 2000, in *Gazette Uff. Un. Eur.* n. L. 12/1.

Il ricorso all'arbitrato, poiché previsto solo nei BITs, potrebbe al più creare discriminazioni tra gli investitori che possono farvi ricorso e quelli ai quali, invece, l'accesso alle corti arbitrali è precluso. In merito, però, si rileva che il ricorso a un giudice interno non è per sua essenza meno favorevole della risoluzione per via arbitrale né, come tale, fonte di discriminazione per gli investitori che non possono fare ricorso all'arbitrato.³⁰

Esclusa l'incompatibilità della clausola arbitrale con il diritto europeo occorre considerarne la validità rispetto al diritto dell'arbitrato, che è presupposto legittimante la competenza giurisdizionale degli arbitri.

Infatti, quando i tribunali arbitrali sono aditi per la presunta violazione di un accordo bilaterale o del regolamento contrattuale *inter partes*, devono preliminarmente valutare la sussistenza della propria giurisdizione guardando alla fonte da cui traggono la propria potestà di giudizio, vale a dire alla sola clausola arbitrale.

Il principio dell'autonomia della clausola compromissoria permette a quest'ultima di operare indipendentemente dalla validità, sospensione ovvero estinzione della fonte – contratto o BIT – in cui è inserita. L'arbitro ha quindi il potere di decidere della propria giurisdizione anche laddove sia messa in discussione l'esistenza o la validità della convenzione arbitrale, come del resto è avvenuto nelle controversie che hanno avuto ad oggetto BITs intra-UE.

La validità della clausola arbitrale non dipende, quindi, dalla compatibilità con il diritto europeo, ma dall'esistenza dei presupposti individuati dal diritto dell'arbitrato: la capacità e il potere di compromettere in arbitri, l'esatta definizione dell'oggetto della convenzione arbitrale, la forma di quest'ultima e l'arbitrabilità delle controversie.³¹

Un arbitro internazionale non è vincolato dalla *lex fori* e, pertanto, per valutare la sussistenza dei requisiti predetti, applica la norma di diritto o di conflitto che le parti gli hanno indicato ovvero, in assenza, le norme che ritenga più appropriate.³²

³⁰ Al riguardo, nel caso *Eureko*, la Commissione rileva che, comunque, la discriminazione non può però essere risolta estendendo il ricorso all'arbitrato a tutti gli investitori europei poiché da ciò deriverebbero conflitti di giurisdizione e *forum shopping*. Il rinvio all'arbitrato deve quindi essere escluso per tutti. D'altra parte, sempre la Commissione contesta l'affermazione della società attrice, *Eureko*, per cui nel sistema UE non essendoci un meccanismo per ottenere il risarcimento danni, allora deve essere fatto ricorso a procedimenti arbitrali. Sul punto, l'esecutivo evidenzia che nella sentenza *Franconich* a parte attrice fu riconosciuta la compensazione dei danni derivati dalla violazione del diritto UE. Lodo *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 186 ss.. Sul punto, si rinvia a: CUENDET, cit., p. 856.

³¹ BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti*, Milano, 2008, pp. 87-111.

³² In alternativa, l'arbitro può anche applicare la legge nazionale del Paese ove ha sede l'arbitrato, che si sia dotato di una regola di diritto materiale applicabile a tutti gli arbitrati internazionali che abbiano sede sul proprio territorio. È il caso delle Legge svizzera, *Swiss Federal Code on private international law*, che fissa

Il diritto europeo non rileva se non nei limiti in cui è parte della legge nazionale ritenuta applicabile ovvero è direttamente richiamato; in ogni caso, in assenza di espressi divieti all'arbitrato previsti dal diritto europeo – e tali da valere alla stregua di norme di ordine pubblico o di applicazione necessaria – non si ravvisa l'obbligo da parte dei collegi aditi di declinare la propria giurisdizione per il solo motivo che, altrimenti, vi sarebbe violazione – presunta – del diritto europeo.

Per il diritto dell'arbitrato, dunque, è la presenza dei due requisiti – validità della clausola e consenso delle parti – che legittima i procedimenti arbitrali, in generale e intra-Unione in particolare.

Nella prassi giurisprudenziale sorta su BITs europei, i collegi hanno quindi correttamente rigettato le eccezioni di carenza di giurisdizione, fondate sul rapporto tra diritto europeo e diritto internazionale e sulla presunta incompatibilità tra i due;³³ al contrario, l'hanno riconosciuta, rilevando la sussistenza delle condizioni predette e dei criteri definiti dal regolamento procedurale da loro applicato.

Al riguardo, nel caso *Electrabel* il Tribunale ha risposto alle eccezioni di difetto di giurisdizione rilevando che “*the Tribunal is an international Tribunal established under the ECT, and the ICSID Convention. From its perspective under international law, the Tribunal notes the establishment under international law of Parties' consent to international arbitration under ICSID Convention and also the effect of Article 26 of the ICSID convention, providing for ICSID arbitration to the exclusion of any other remedy*”.³⁴

Per quanto concerne il diritto internazionale, quindi, non vi sono ragioni giuridiche per escludere la validità e l'applicabilità della clausola arbitrale prima ancora di aver svolto l'indagine predetta.³⁵

i principi regolatori della validità della Convenzione arbitrale sia quanto alla forma, art. 187.1, sia dal punto di vista sostanziale.

³³ Nel caso *Eureko*, ad esempio, lo Stato convenuto sostiene che: “*even if art. 59 of the VCLT does not operate to terminate the BIT, the Tribunal has no jurisdiction to decide this case because the arbitration clause in the BIT is not “compatible” with the EC Treaty within the meaning of art. 30 of the VCLT [...] in alternative, to a finding under the VCLT, Respondent argue that the Tribunal lacks jurisdiction as a matter of EU law, which the Tribunal is bound to apply in accordance with art.8.6 of the BIT [...] under german law [lex loci arbitri] award issued in non-arbitrable dispute may be set aside by a german Court, EU Law constitutes an integral part of the legal order applicable in Germany as an EU MS [...] EU does not allow the conferral on an arbitral tribunal of jurisdiction over the area covered by the BIT and therefore the dispute would not be arbitrable*”. *Lodo Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 131-144.

³⁴ ICSID, Decisione sulla giurisdizione, legge applicabile e responsabilità del 30 novembre 2012, in causa ARB/07/19, *Electrabel c. Ungheria*, par 5.36. Per un commento alla decisione, LICKŮVA, *La dynamique de la complexité en matière de relations extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, Parigi, 2013.

³⁵ *ibid.* para. 5.37: “*This tribunal is an international Tribunal established under the ECT and the ICSID Convention [...] It is therefore no answer for the European Commission to submit that the proper avenue for the claimant lies only in the Community Courts whether the Respondent's own national court or the ECJ*”.

In definitiva, pare che, nella prospettiva di chi nega la legittimità dell'arbitrato, il vero problema non sia il procedimento arbitrale in quanto tale, quanto più la tutela dell'uniforme applicazione del diritto europeo.

Sul punto, si osserva che gli effetti delle pronunce arbitrali sull'interpretazione del diritto europeo non costituiscono comunque un problema, considerato che vincolano solo le parti del giudizio e non sono volte a estendere o reinterpretare l'*acquis communautaire*.³⁶

In ogni caso, l'efficacia diretta del diritto europeo, nonché la supremazia di tale *corpus giuridico*, non possono sostituirsi ad una previsione di diritto internazionale cui gli SM hanno scelto di vincolarsi, che ha piena efficacia per il diritto dell'arbitrato e che, d'altra parte, non è incompatibile con il diritto europeo.³⁷

Ad oggi la conclusione più ragionevole sembra quella prospettata dal Collegio *ad hoc* nella causa Mr. e Ms. O. c. Repubblica Slovacca, per cui la legittimità dell'arbitrato e la non incompatibilità dei BITs intra-UE potranno essere sostenute sino a quando non vi sarà una pronuncia definitiva sul merito da parte della Corte di giustizia Europea che rilevandone l'incompatibilità potrebbe – non si sa bene su quali basi giuridiche – escluderne l'efficacia.³⁸

3. L'AMMISSIBILITÀ DELLA CLAUSOLA ARBITRALE NEI BITs EXTRA-UE.

Posta la legittimità del ricorso all'arbitrato nei giudizi che rimangono nell'ambito di BITs intra-UE, ci si domanda se sia ammesso il rinvio all'arbitrato nelle controversie

³⁶ Nel prosieguo della trattazione si proverà a dimostrare che, se gli arbitri si trovano ad applicare il diritto europeo, vi sono presidi, che intervengono nel procedimento *ex ante* ed *ex post*, e ne garantiscono l'uniforme applicazione. Del pari, si può escludere che tali pronunce siano volte ad interpretare il diritto dell'Unione conformemente al diritto degli investimenti; si tratta infatti di due settori che, per quanto riguarda gli scopi, l'oggetto e i contenuti, mantengono le proprie autonomie e differenze che non possono essere annullate da giudizi arbitrali. AZOULAI, BEN HAMIDA, *La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements: en droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches*, in KASSEDJIAN e LEBEN (sous la direction de), *Le droit européen et l'investissement*, Parigi, 2009, p. 71; Lodo *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit. par. 239-267.

³⁷ Si osserva che se i timori della Commissione circa la non compatibilità della clausola arbitrale con il diritto UE avessero un fondamento giuridico, la medesima avrebbe potuto già da tempo aprire procedure di infrazione contro gli Stati membri che, prendendo parte a procedimenti arbitrali, di fatto violano il diritto europeo. Si riporta che il Comitato Economico e finanziario della Commissione nel suo ultimo *report* ha evidenziato che la più parte degli Stati membri non condivide i timori della Commissione nei confronti dei procedimenti arbitrali e della possibile discriminazione di trattamento per gli investitori. Gli Stati non sentono, infatti, la necessità di terminare ovvero rinegoziare i loro Accordi per renderli compatibili con il diritto dell'Unione. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Report to the Commission and the Council on the movement of Capital and Freedom of Payments*, Council's document n. 17363/08, 2008, par. 16-18.

³⁸ Arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, lodo del 23 aprile 2013, in causa *Mr. e Ms. O c. Repubblica Slovacca*.

che sorgono relativamente a un BIT extra-UE. Al riguardo, occorre fare riferimento a due distinte ipotesi.

Da un lato, si tratta di legittimare il ricorso a procedimenti arbitrari in caso di controversie che sorgono su BITs extra-UE sottoscritti prima del trasferimento di competenze di cui all'art. 207 TFUE. Dall'altro, la questione concerne l'inserimento della clausola arbitrale negli accordi d'investimento che l'Unione sottoscriverà con Paesi terzi, proprio per effetto del predetto passaggio.

Per quanto riguarda la prima problematica, relativa ai BITs extra-UE sottoscritti prima del passaggio di competenze, la questione si risolve ricercando gli effetti dall'art. 207 TFUE: ci si interroga, quindi, se il passaggio di competenze di cui alla predetta norma abbia avuto non solo effetti sostanziali, ma anche processuali.

Al riguardo, pare ragionevole escludere questi secondi: tanto si afferma alla luce di un'interpretazione letterale della norma e di una considerazione di sistema. In primo luogo, la lettera della norma nulla dice circa una presunta legittimazione dell'Unione ai procedimenti arbitrari sorti sulla base dei BITs sottoscritti dagli SM. In secondo luogo, legittimare la partecipazione dell'Unione in sostituzione degli SM, implicherebbe riconoscere efficacia retroattiva *ex tunc* alla nuova formulazione dell'art. 207 TFUE, atteso che la previsione nel medesimo contenuta avrebbe effetti su accordi stipulati prima della sua entrata in vigore. Posto ciò, si può escludere che la predetta norma abbia privato di validità la clausola arbitrale inserita dalle parti – *rectius* dallo Stato membro e il Paese terzo – dell'accordo.

Esclusi gli effetti processuali, qualora sorgano controversie su un BIT extra-UE stipulato prima del 2009 e mantenuto in vigore per effetto delle previsioni del Regolamento n. 1219/2012, il rinvio all'arbitrato è legittimo, se è compatibile con il diritto UE e la clausola arbitrale è valida. Come per i BITs intra-UE, la soluzione al quesito si rinviene adottando una duplice prospettiva, di diritto europeo ed internazionale.

Circa la compatibilità della clausola arbitrale contenuta in BITs extra-UE stipulati pre Lisbona, si osserva che non è mai stata sollevata la non conformità della predetta clausola con il diritto europeo.

Al contrario, il riconoscimento da parte dell'Unione dei procedimenti arbitrari sorti sulla base di tali accordi è stato confermato dalla recente prassi giurisprudenziale. In proposito, basti considerare che la Commissione ha convenuto avanti la Corte di giustizia tre SM rilevando che la clausola sul trasferimento di capitali contenuta nei

BITs extra-UE da questi ultimi sottoscritti fosse incompatibile con il principio europeo di libera circolazione dei capitali.³⁹ La clausola arbitrale, pur contenuta negli accordi, non è invece stata impugnata.

L'assenza di giudizi circa l'incompatibilità della clausola arbitrale con il diritto europeo induce a supporre che quest'ultima non faccia sorgere questioni di compatibilità sicché, per sancire la competenza giurisdizionale degli arbitri, si impone un'analisi circa la validità della clausola predetta. Come argomentato in precedenza, il ricorso all'arbitrato è legittimo se le parti vi hanno prestato un valido consenso.

Da ciò deriva che le parti possono fare rinvio alla clausola arbitrale e la validità del consenso all'arbitrato, prestato dalle parti con la clausola compromissoria, deve essere valutata dagli arbitri.

Ai fini processuali, quindi, a nulla rileva che lo Stato abbia perso la competenza sulla materia oggetto del BIT. Se così non fosse, e quindi se l'investitore per via del passaggio di competenze fosse obbligato a citare l'Unione, questi sarebbe privato – se sino a tanto si può arrivare – della sua controparte “naturale”. D'altra parte, la regola del processo impone che i diritti che sorgono da un accordo tra le parti siano azionabili solo dall'una nei confronti dell'altra; l'estromissione del legittimato passivo non può essere imposta all'attore ma, eventualmente, dovrebbe essere accettata dall'attore e/o dal giudice arbitro. L'eventuale accordo tra il convenuto e un terzo, che intendesse sostituirsi al primo, non sarebbe infatti *ex se* opponibile all'attore.

Questione diversa sorge invece per i BITs extra-UE *stipulandi*.

In questi casi si tratta di capire se vi siano i presupposti per cui l'Unione possa inserirvi la clausola compromissoria. L'inserimento di quest'ultima equivarrebbe, infatti, al consenso all'arbitrato e, pertanto, determinerebbe in capo all'Unione l'obbligo di prendere parte, in qualità di attore o convenuto, a procedimenti che potrebbero essere incardinati avanti giurisdizioni straniere. Quindi, per i BITs extra-UE *stipulandi* l'ammissibilità della clausola arbitrale può essere assunta solo se preliminarmente si

³⁹ Si tratta di tre giudizi, c.d. *BITs cases*, iniziati al termine della fase pregiudiziale della procedura di infrazione aperta dalla Commissione contro Austria, Svezia e Finlandia. Sentenza del 3 marzo 2009, in causa 205/06, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2009, p. I-01301; sentenza del 3 marzo 2009, in causa 249/06, *Commissione c. Svezia*, in *Raccolta*, 2006, p. I-0130; sentenza del 12 novembre 2009, in causa 118/07, *Commissione c. Finlandia*, in *Raccolta*, 2009, p. I-10889. In tali giudizi, la Corte ha sviluppato il test dell'ipotetica compatibilità che permette di condannare lo SM se una clausola dell'accordo internazionale dal medesimo sottoscritto è anche solo *ipoteticamente incompatibile* con il diritto UE. Adottando tale approccio, la Corte da un lato ha inteso proteggere gli interessi dell'Unione e, dall'altro, ha imposto un'immediata revisione e rinegoziazione di tutti i BITs extra-UE già sottoscritti che contengono clausole di tenore analogo a quella giudicata illegittima.

riconosce la disponibilità dell'Unione ad accettare la competenza giurisdizionale di corti straniere in generale, e arbitrali, in particolare.

Al riguardo, i recenti orientamenti giurisprudenziali emersi e la prassi (ultima, solo in senso temporale, la Proposta di Regolamento della Commissione n. 2012/0163) inducono a ritenere che la clausola arbitrale verrà inserita nei futuri BITs extra-UE.⁴⁰

Da un lato, l'Unione ha già riconosciuto la giurisdizione di corti straniere; dall'altro, gli accordi commerciali europei sottoscritti dall'Unione prima del Trattato di Lisbona già contengono il rinvio all'arbitrato – Stato-Stato – per risolvere le controversie che dovessero insorgere.

Per quanto riguarda il primo punto, è sufficiente ricordare che l'Unione ha già preso parte a giudizi avanti fori *extra*-europei.

Più nello specifico, dal 1994 l'Unione, divenendo membro dell'OMC, si è vincolata anche al *Dispute Settlement Understanding*, che definisce un meccanismo esclusivo di risoluzione delle controversie sorte tra Stati parte dell'OMC. Ciò ha portato l'Unione, e per essa la Corte di giustizia europea, a rinunciare alla propria giurisdizione su fattispecie che la coinvolgono nell'ambito del diritto OMC.⁴¹

L'Unione, poi, unitamente agli SM, è parte della Carta sull'Energia, Trattato internazionale multilaterale, che contiene un'intera sezione dedicata agli investimenti per i quali detta norme sostanziali e processuali.⁴² Quanto a queste ultime, all'art. 26 è

⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party*, n. 2012/0163 (COD), 21 giugno 2012.

⁴¹ Il contenzioso in sede OMC regola controversie sorte tra due Stati membri dell'Organizzazione. La procedura è regolata dall'allegato II dell'Accordo OMC che contiene le regole e le norme di procedura del meccanismo di risoluzione delle controversie. In via preliminare è previsto che le parti cerchino la soluzione attraverso negoziazioni. In caso di esito negativo, la controversia viene portata avanti un panel, i cui membri sono scelti dalle parti in una rosa di nomi precostituita – se le parti non raggiungono l'accordo, i membri del panel vengono individuati alla luce delle previsioni di cui all'art. 8 dell'allegato II. Il *report* del panel è appellabile avanti l'*Appellate body*. Se la parte soccombente non si conforma alle *recommendation* dell'organo giurisdizionale, allora la parte adempiente potrà adottare sanzioni commerciali, nella forma di sospensioni delle concessioni (art. 22) o potrà chiedere l'inizio di un procedimento arbitrale.

⁴² “One of the chief features of the ECT is indeed the promotion and protection of investments in the energy sector. Part III of the Treaty, entitled “Investment promotion and protection”, offers protection that is similar to that accorded by most bilateral investment treaties, including such rights as the fair and equitable treatment, the most constant protection and security of investments, the prohibition of discriminatory measures, the most-favored-nation treatment, and the payment of prompt, adequate and effective compensation for any nationalization, expropriation or measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation”. GAILLARD, *Investments and investors covered by the energy charter Treaty*, in RIBEIRO (eds.), *Investment arbitration and the energy charter treaty*, in Arbitration institute of the Stockholm Chamber of commerce, p. 56

previsto il rinvio a un collegio arbitrale qualora insorga una controversia tra uno Stato parte del Trattato ed un investitore proveniente da un altro Stato parte.⁴³

Non sono mai stati avviati procedimenti contro l'Unione per violazione della Carta dell'energia; quando e se accadrà, però, l'Unione dovrà comparire avanti la corte arbitrale costituita, senza poter sollevare eccezioni sulla giurisdizione fondate sul proprio diritto interno.⁴⁴

In ordine gli accordi commerciali sottoscritti dall'Unione, in autonomia o di concerto con gli SM, a partire dal 2000 l'UE vi ha incluso anche meccanismi di risoluzione delle controversie, creati sulla falsariga del modello OMC.⁴⁵

A titolo di esempio, al capitolo terzo dell'Accordo UE-Cile del 2002, sono incluse le previsioni per la risoluzione di controversie sorte tra due Stati parte ed è prescritto che, previa ricerca di un mutuo accordo, esse siano deferite a un collegio arbitrale.⁴⁶ Il testo tace, però, sul tipo di arbitrato cui fare riferimento – amministrato o *ad hoc* – o le norme processuali che devono essere applicate, limitandosi a indicare che gli arbitri siano scelti dalle parti tra una rosa preconstituita di 15 nomi. In ogni caso, il rinvio al procedimento arbitrale, che affianca quelli tradizionali – consultazioni e mediazioni – di carattere per lo più politico, segna sicuramente un passaggio di grande rilievo nel riconoscimento di giurisdizioni straniere.

Tra gli accordi entrati in vigore *post* Lisbona, si richiama quello di Associazione e libero scambio stipulato nel 2011 con la Corea del Sud, che prevede il meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-Stato.⁴⁷ Più nello specifico, all'art. 84 del predetto

⁴³ Art. 26.4.b: “Qualora un investitore scelga di sottoporre la controversia per soluzione ai sensi del paragrafo 2, lettera c), deve anche notificare per iscritto il proprio consenso a che la controversia sia sottoposta a: b) un unico arbitro o un tribunale arbitrale *ad hoc*, costituito in conformità del regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (in appresso denominata "UNCITRAL"); o c) un procedimento arbitrale da parte dell'Istituto di arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma”.

⁴⁴ Divenendo parte di un Accordo internazionale, che a sua volta istituisce un sistema chiuso di norme sostanziali e processuali, l'Unione cede, infatti, parte della propria sovranità, che non può riemergere in sede di risoluzione delle controversie. Secondo BRENNAN: “as the EU becomes an even more integral and active member of the international investment community, it will become less comfortable requiring or even permitting, member State courts to subordinate their obligations under international investment law and arbitration to policies internal to the EU”. In BRENNAN, *Navigating the EU law and law of international arbitration*, in *Arbitration international*, vol. 28, 3, pp. 438-439, spec. p. 445.

⁴⁵ RAMIREZ-ROBLES, *Political and quasi-adjunctive dispute settlement models in European Union free trade agreements. Is the quasi-adjunctive model a trend or is it just another model?*, in Staff Working Paper ERSD-2006-09, novembre 2006.

⁴⁶ UNIONE EUROPEA, Accordo di Associazione tra Comunità Europea, Stati membri e Repubblica del Cile del 30 dicembre 2002, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, n. L. 352 vol. 35, artt. 182 ss.

⁴⁷ UNIONE EUROPEA, Accordo di Libero scambio tra Unione Europea e Stati e Repubblica di Corea, del 14 Maggio 2011, in *Gazz. Uff. Un eur.* n. L. 127, vol. 54.

accordo è previsto che qualora insorga una controversia, le parti – sempre previo esperimento conciliativo – la deferiscano a un collegio di arbitri.⁴⁸ E' molto probabile che la soluzione adottata in tale accordo divenga modello per la sottoscrizione dei prossimi, in materia d'investimento.⁴⁹

Nei casi predetti, inevitabilmente, è stato inserito l'arbitrato commerciale, quindi l'arbitrato tra Stati, poiché gli accordi hanno a oggetto per lo più scambi commerciali, essendo stati sottoscritti in un'epoca in cui l'Unione non aveva ancora competenza esclusiva in materia di investimenti esteri diretti. Il prossimo passaggio consisterà nel legittimare anche l'arbitrato Stato-privato. D'altra parte, nel momento in cui l'Unione predispone “*an effective and expedient state-to state dispute settlement, that will in the future cover the investment provisions of EU trade and investment agreements*”.⁵⁰

Sul punto, le Istituzioni europee hanno mostrato la tendenza ad ammettere il rinvio a questo tipo di procedimenti, pur ponendo condizioni di non secondario rilievo.

Per prima la Commissione, già nella Comunicazione del 2010 allegata alla Proposta di Regolamento per la definizione di un regime transitorio per i BITs extra-UE, ha dichiarato che “*i futuri accordi dell'UE comprendenti la tutela degli investimenti dovrebbero contenere disposizioni relative alla risoluzione delle controversie tra gli investitori e lo Stato*”.⁵¹ Questo sistema di risoluzione è, infatti, quello che più garantisce l'investitore e pertanto costituisce strumento imprescindibile senza il quale sarebbe difficile arrivare alla conclusione di futuri accordi con Paesi terzi. L'intento dell'esecutivo è quello di “*sfruttare la pratica degli Stati membri per definire un meccanismo ideale volto a garantire la trasparenza [dei procedimenti] e la coerenza e prevedibilità [per arginare i problemi frammentazione delle modalità di risoluzione e dei interpretazione]*”.⁵² La Commissione, quindi, ha ammesso il ricorso all'arbitrato purché ciò consenta di conseguire una maggior trasparenza, non solo per quanto riguarda l'individuazione degli arbitri, ma anche relativamente

⁴⁸ L'accordo prevede che gli arbitri verranno scelti dalle parti o, se manca l'accordo, individuati dal Comitato per il commercio istituito con “*il compito di sovrintendere alla messa in atto dell'ALS [Accordo di libero scambio] e di studiare i modi per favorire più intense relazioni commerciali tra le parti. È previsto anche un efficace meccanismo di risoluzione delle controversie*”. CONSIGLIO, Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la firma e l'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea dall'altra, COM2010/0936, del 9 Aprile 2010, punto 2.

⁴⁹ Per parte della dottrina: “*tout récemment en vigueur, cet accord de libre-échange donne une perspective de l'intérieur de ce à quoi ressemble un system de règlement de différends interétatiques acceptable à l'Union, du moins en matière de commerce international*”. NAPPERT, *Composition du Tribunal Arbitral*, in KASSEDJIAN (sous la direction de), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Parigi, 2012, p. 125.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 128.

⁵¹ COMMISSIONE, Comunicazione, 7 luglio 2010, *cit.*, p. 10

⁵² *ibid.*

all'accesso alle informazioni dei procedimenti, alla partecipazione dei terzi, alla pubblicazione dei lodi, garanzia, quest'ultima, della coerenza e della prevedibilità delle decisioni.⁵³ L'intento è quindi quello di valutare quale centro arbitrale, nonché quali norme procedurali, possano garantire la Commissione sotto questi tre propositi.⁵⁴

Il Consiglio, nell'ottobre del 2010, ha ribadito la necessità di predisporre nei futuri accordi internazionali europei il meccanismo di risoluzione Stato-privato.⁵⁵

Nel mandato a negoziare con India, Singapore e in quello con gli Stati Uniti d'America, il Consiglio ha poi previsto l'inserimento della clausola arbitrale; in quest'ultimo è stato tra l'altro specificato che i procedimenti di risoluzione investitore-Stato dovranno *“providing transparency, independence of arbitrators and predictability of the Agreement including through the possibility of binding interpretation of the Agreement by the parties [...] considerations should be given to the possibility of creating an appellate body”*.⁵⁶

Da ultimo, il Parlamento europeo nella risoluzione dell'aprile 2011 ha dichiarato che *“in addition to state-to-state dispute settlement procedures, investor-state procedures must also be applicable in order to secure comprehensive investment protection”*.⁵⁷

⁵³ Sul tema della trasparenza si osserva che, se l'Unione vuole mantenere il *format* dell'accordo con la Corea, nei futuri Accordi dovranno essere meglio considerati i criteri per l'individuazione degli arbitri che nell'Accordo con la Corea sono individuati tra persone: *“specialised knowledge or experience of law and international trade. They shall be independent, serve in their individual capacities [...] comply with annex 14-C”*. Si tratta di condizioni che, per la loro vaghezza, riducono la trasparenza del procedimento di scelta e di individuazione; trasparenza che, invece, è uno dei requisiti che le Istituzioni reclamano per ammettere il ricorso a procedimenti arbitrali. Anche il meccanismo di scelta adottato nel sistema OMC parrebbe da escludersi per lo scarso livello di trasparenza che garantisce nella scelta dei panelist. Più nello specifico, al para. 8.2 dell'Allegato II dell'Accordo OMC è previsto che: *Panel members should be selected with a view to ensuring the independence of the members, a sufficiently diverse background and a wide spectrum of experience* che vengono scelti dalla parti, con il supporto del Segretariato tra quelli di una lista predefinita. Al para è prescritto che: *“4. To assist in the selection of panelists, the Secretariat shall maintain an indicative list of governmental and non-governmental individuals possessing the qualifications outlined in paragraph 1, from which panelists may be drawn as appropriate. That list shall include the roster of non-governmental panelists established on 30 November 1984 (BISD 31S/9)”*. In definitiva, la scelta delle parti è libera, poiché di fatto sono loro ad indicare i nomi, ma vincolata, in quanto ridotta ad una rosa predefinita di nomi.

Per un'attenta analisi sulla trasparenza, la coerenza e la prevedibilità nei procedimenti arbitrali, si rinvia a: ROMERO, *Quel arbitrage d'investissement (institutionnel o ad hoc) ?*, in KASSEDJIAN (sous la direction de), cit., pp. 93-117.

⁵⁴ *Infra*. Parte II, cap. I sez. I, par.7.

⁵⁵ Nello specifico, nella Conclusione del Consiglio dell'ottobre 2010 si legge che *“STRESSES, in particular, the need for an effective investor-to-state dispute settlement mechanism in the EU investment agreements and INVITES the Commission to carry out a detailed study on the relevant issues concerning international arbitration systems, including inter alia the legal and political feasibility of EU membership in international arbitration institutions as well as the question of liability arising from arbitration procedures and the responsibilities of the Member States in this respect”*. CONSIGLIO, Conclusione 25 ottobre 2010, cit., par. 18.

⁵⁶ CONSIGLIO, *Recommendation for a decision authorizing on negotiations on a comprehensive trade and investment agreement, called the Transatlantic trade and investment partnership, between the European Union and the United States*, COM(2013)136, def., del 21 maggio 2013, p. 15.

⁵⁷ PARLAMENTO, Risoluzione 6 aprile 2011, cit., par. 32.

In definitiva, le Istituzioni europee hanno assunto una posizione unanime circa l'opportunità di prevedere il rinvio all'arbitrato nei futuri accordi internazionali con Paesi terzi.

L'ultima conferma si rinviene nella recente Proposta di Regolamento n. 2012/0163 sopra richiamata, in cui la Commissione ha sancito l'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie Stato-investitore, su accordi di cui è parte anche l'Unione; in tale modo, conferma l'intento di inserire negli accordi commerciali di prossima stipulazione, la clausola arbitrale.

Si osserva che la necessità di inserire la clausola compromissoria nei futuri accordi europei è una conseguenza della nuova competenza riconosciuta in capo all'Unione in materia d'investimenti. L'Unione, invero, poiché parte degli accordi ne definisce le norme sostanziali e, inevitabilmente, il controllo sulla effettiva implementazione deve essere demandato ad un centro che sia garanzia di terzietà rispetto alle parti. Di qui la scelta, pressoché obbligata, di ammettere il rinvio al procedimento arbitrale. Qualsiasi altra soluzione, quale il ricorso avanti la CGE, non potrebbe essere accettata dai *partner* commerciali europei.

D'altra parte, i procedimenti arbitrali nascono proprio dalla necessità di "delocalizzare" le controversie al di fuori dei fori nazionali che, pur garanzia di un sistema giurisdizionale ben strutturato e funzionante, dotato di regole processuali articolate e complesse, hanno comunque il limite di non porsi come terzi tra le parti.

Pertanto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e le previsioni nel medesimo contenute, l'inserimento della clausola arbitrale nei futuri accordi d'investimento non costituisce più una facoltà, ma diviene obbligo di *soft law*.

Del resto, una volta che sono stati ammessi i procedimenti arbitrali Stato-Stato e quindi superato il timore che sia un giudice terzo a decidere su materie che possono coinvolgere uno Stato europeo e, anche solo indirettamente, il diritto europeo, il prossimo passo sarà quello di riconoscere l'arbitrato Unione Europea-investitore.

Sezione II

Le questioni processuali dell'arbitrato in materia di investimenti. I procedimenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi

4. LA CONTROVERSA QUESTIONE DELLA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE NEI PROCEDIMENTI ARBITRALI RELATIVI A BITS EXTRA-UE STIPULATI PRIMA DEL TRATTATO DI LISBONA.

Nei paragrafi che precedono, si è cercato di dimostrare l'ammissibilità dei procedimenti arbitrali in controversie che derivano sia da un BIT intra-UE sia da un BIT extra-UE. Per entrambi i casi si è visto che le clausole non sono incompatibili con il diritto dell'Unione e la loro validità può essere oggetto di scrutinio solo da parte dell'arbitro. Posto ciò, ci si interroga ora sulla parte, UE o SM, legittimata a stare in giudizio qualora la controversia insorga su un BITs extra-UE.⁵⁸

In generale, nei giudizi arbitrali, hanno capacità a stare in giudizio le parti che hanno prestato il loro valido consenso a deferire eventuali controversie avanti corti arbitrali.⁵⁹ La capacità attiene alla situazione soggettiva della parte che ha sottoscritto la clausola arbitrale che può essere una persona fisica o una persona giuridica distinguendosi, in questo secondo caso, tra persona giuridica di diritto pubblico o privato. Quando parte del rapporto è una persona giuridica, è opportuno ricercare quale organo abbia il potere di formare la volontà del soggetto e così manifestarla all'esterno. Lo stesso vale quando parte dell'accordo è uno Stato.⁶⁰

⁵⁸ Per i BITs intra-UE la questione della legittimazione non rileva, atteso che il riconoscimento della competenza di cui all'art. 207 TFUE concerne solo i poteri esterni della UE.

⁵⁹ La capacità processuale è questione ben diversa dalla responsabilità; questa seconda concerne infatti il merito della controversia, essendo invece la prima requisito necessario per l'attivazione e il proseguimento dell'attività processuale. La mancanza di responsabilità porta ad una pronuncia di merito, con effetti di *res judicata*, che preclude la riproposizione di eguali domande tra le medesime parti. Diversamente, una pronuncia sugli aspetti processuali, quindi anche sulla capacità processuale delle parti, non pregiudica il merito, permettendo quindi l'inizio di un nuovo procedimento tra parti che siano legittimate a stare in giudizio.

⁶⁰ Nei giudizi arbitrali occorre distinguere tra capacità e potere di compromettere per arbitri. Il potere di compromettere consiste nell'esercizio della facoltà di impegnarsi e pertanto presuppone che la parte che lo presta – organo dello Stato – abbia la capacità di assumere quell'impegno. In altre parole, la capacità è antecedente logico del potere di compromettere: in fase contenziosa, tale potere conferisce al soggetto, attivo e passivo, del rapporto i poteri o le facoltà o gli oneri processuali e configura a loro carico diritti o doveri o, in alcuni casi, addirittura responsabilità. La capacità di compromettere di uno Stato e delle persone giuridiche pubbliche può far sorgere qualche problema circa il soggetto legittimato a prestare il consenso; lo Stato di norma gode dell'immunità giurisdizionale e, pertanto, se risulta che il consenso prestato all'arbitrato con la clausola arbitrale è invalido, perché non è stato prestato da un organo che ha potere di compromettere, il lodo non può essere eseguito nei suoi confronti – addirittura, il procedimento, si sarebbe dovuto concludere con una pronuncia di non luogo a procedere.

Nel paragrafo dedicato all'ammissibilità dei procedimenti arbitrari che derivano da BITs extra-UE è già stata anticipata la problematica relativa agli effetti dell'art. 207 TFUE;⁶¹ in questa sede, la questione delle conseguenze processuali della norma citata si ripropone adottando un punto di vista differente. Se, infatti, è stato escluso che dalla norma in esame derivino effetti tali da delegittimare il consenso all'arbitrato posto dallo SM, occorre ora valutare se l'art. 207 TFUE valga come consenso dell'Unione, determinando, in questo caso, il passaggio della legittimazione a stare in giudizio dallo Stato membro parte del BIT all'Unione stessa. Se anche tale effetto fosse escluso, occorrerà allora interrogarsi sulla necessità di prevedere specifici obblighi di condotta in capo allo Stato nei confronti dell'Unione una volta che esso sarà coinvolto in un procedimento arbitrale.

La prima questione, che concerne la parte legittimata a stare in giudizio, deve essere risolta valutando se la disposizione contenuta nell'art. 207 TFUE possa valere come consenso all'arbitrato prestato dall'Unione.

Al riguardo, per parte della dottrina l'art. 207 TFUE varrebbe come riconoscimento del potere in materia sostanziale e conferirebbe, al contempo, all'UE, la competenza ad agire in giudizio al posto degli Stati membri.⁶² La norma in esame, quindi, legittimerebbe l'Unione a rappresentare nel procedimento lo SM, esercitando quindi tutti i diritti e gli obblighi che ricadono sulla parte del giudizio – scelta degli arbitri, redazione delle memorie difensive.

Alla base di questo assunto è posta un'interpretazione piuttosto estesa di *investimento estero diretto* di cui all'art. 207 TFUE, all'interno della quale vengono ricomprese tutte le questioni che, anche solo indirettamente, coinvolgono tale materia, sicché vi rientrerebbero questioni sostanziali e processuali. Per effetto di questi ultimi, l'Unione avrebbe accettato anche di essere parte di procedimenti arbitrari.

In realtà, tale posizione non pare condivisibile per un motivo assorbente. L'art. 207 TFUE si limita a conferire all'Unione solo il solo potere di sottoscrivere ed implementare accordi internazionali, non di risolvere le controversie che originano da quelli già stipulati dagli SM.

La predetta disposizione produce, quindi, solo effetti sostanziali poiché espressamente attribuisce all'Unione la competenza esclusiva su una materia prima di

⁶¹ *Supra* cap. I, sez. I, par. 3.

⁶² Secondo TIETJE: “*the participation in an arbitral proceedings in the area of investment protection is not anymore within the competence of Member States since 1st december 2009*”, in SCHILL, cit., p. 140.

competenza concorrente. Il riconoscimento della competenza esclusiva, però, non influisce sulla legittimazione in giudizio. Posto che essa deriva dal consenso – salvo alcune eccezioni quale l'ipotesi di morte della persona fisica, estinzione della persona giuridica ovvero rappresentanza – in mancanza di un'espressa previsione che possa valere come tale, la norma predetta non dovrebbe produrre effetti processuali, lasciando così che la controparte legittimata a stare in giudizio sia, e resti, lo Stato membro.

Da ciò deriva, per corollario, che i BITs extra-UE che rimangono in vigore per effetto delle previsioni del Regolamento n. 1219/2012 non vengono modificati e, pertanto, risultano immutate le parti dell'accordo e, per esse, chi ha prestato il valido consenso al procedimento arbitrale.

Tale situazione è assimilabile a quella che si può verificare qualora sorgano giudizi su un accordo internazionale, stipulato da uno Stato membro, che regola una materia divenuta, dopo la sottoscrizione, di competenza esclusiva dell'Unione. In queste circostanze la posizione espressa dalla Corte di giustizia europea va nel senso di non giustificare la sostituzione dello SM da parte dell'Unione.⁶³

Così, nel caso *Commissione c. Grecia*, la Corte ha escluso che se un accordo internazionale concerne una materia divenuta di competenza esclusiva europea, allora l'UE, o diventa parte dell'accordo oppure ha diritto di esercitare, in sede internazionale, i diritti propri di uno SM, sostituendosi ad esso.⁶⁴ Al riguardo, la Corte di giustizia ha statuito che *“il fatto che la Comunità non abbia lo status di membro di un'organizzazione internazionale non impedisce che la sua competenza esterna possa essere effettivamente esercitata, segnatamente tramite gli Stati membri che agiscono congiuntamente nell'interesse della Comunità”*.⁶⁵ Pertanto, gli Stati membri che agiscono in un settore divenuto di competenza esclusiva dell'Unione devono relazionarsi all'UE nel rispetto del principio di leale cooperazione sancito nei Trattati Istitutivi, ma le previsioni dell'accordo internazionale, sia sostanziali sia processuali, rimangono immutate. Lo SM rimane l'unica controparte del Paese terzo.

⁶³ *Ex multis*, sentenza de 12 febbraio 2009, in causa 45/07, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2009, p. I-701.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 30-33. Nel caso di specie, la Commissione ha convenuto la Grecia, parte dell'Organizzazione Internazionale marittima (IMO) – di cui l'UE non è membro – eccependo a suo carico la presunta violazione, tra gli altri, del principio di leale cooperazione che impone a ciascuno Stato membro di agire nel rispetto degli obblighi europei e di favorire l'azione dell'Unione. La Grecia, infatti, avrebbe proposto in sede internazionale l'adozione di un Regolamento su di una materia divenuta di competenza esclusiva dell'Unione, senza sottoporre la proposta al vaglio del competente Comitato europeo di regolamentazione della sicurezza marittima. La Corte condanna la Grecia per violazione del principio di leale cooperazione che l'avrebbe dovuta obbligare a consultare il competente Comitato europeo.

⁶⁵ Sentenza del 12 febbraio 2009, in causa 45/07, *Commissione c. Grecia*, cit., par. 30-31.

Del resto, da una prospettiva di diritto internazionale, il passaggio di competenze interno all'Unione non potrebbe in nessun caso produrre effetti sui terzi. Conclusioni contrarie violerebbero il principio di cui all'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati '69 che sancisce che *"a treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent"*.

In definitiva, si può ritenere che la previsione di cui all'art. 207 TFUE non implichi il consenso all'arbitrato e, pertanto, l'Unione non acquisisca la legittimazione a stare in giudizio per il caso in cui sorgano controversie sul BIT sottoscritto prima di Lisbona tra uno SM ed un Paese terzo. La previsione suddetta, quindi, non pregiudica il diritto dello Stato membro di essere convenuto in un processo arbitrale sorto su di un BIT extra-UE stipulato prima del Trattato di Lisbona di cui l'UE non è parte.

Posto ciò, l'unica questione che residua, riguarda la natura della relazione che si instaura tra Stato membro e Unione quando ha inizio un procedimento arbitrale.

Tale questione trova soluzione nell'art. 4.3 TFUE che enuclea il principio di leale cooperazione. Si tratta di un principio dai molteplici contenuti,⁶⁶ per quel che qui rileva, dall'obbligo in esame deriverebbe che lo Stato membro coinvolto nel procedimento agisca in modo tale da non violare la *primauté* e l'effetto diretto del diritto europeo e da non influire negativamente sul futuro esercizio da parte dell'UE della competenza di cui all'art. 207 TFUE. Per non incorrere nella violazione del suddetto principio, lo Stato membro deve tenere l'Unione costantemente informata sull'andamento del procedimento e, se richiesto, favorire la partecipazione della Commissione nella redazione delle memorie difensive. Ovviamente, nulla impedisce che la Commissione intervenga nel procedimento – se le regole procedurali applicate lo permettono – quale parte terza rispetto alla controversia ovvero venga chiamata in giudizio direttamente dal collegio giudicante per esprimere la propria posizione circa eventuali aspetti controversi del diritto europeo.⁶⁷

⁶⁶L'obbligo di leale collaborazione si declina in una serie di obblighi a carico degli Stati membri, che prendono forma alla luce della materia e/o del contesto in cui tale dovere deve trovare applicazione. Tali obblighi sono stati nel tempo enucleati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Quanto alla prima, nel caso *Commissione c. Irlanda*, si legge che: *"l'obbligo di stretta cooperazione nell'ambito di un accordo misto implicava, in capo all'Irlanda, un dovere di informazione e di consultazione previe delle istituzioni comunitarie competenti prima di dare avvio ad un procedimento di soluzione della controversia relativa allo stabilimento MOX nell'ambito della Convenzione"*. Sentenza del 30 maggio 2006, in causa 459/03, *Commissione c. Irlanda*, cit., punto 179. Per la dottrina, si rinvia a ZILLER, cit. pp. 261-273; CREMONA, *Defining competence in EU external relations: lessons from the Treaty reform process*, in DASHWOOD, MARESCAU, *Law and Practice of EU external relations*, Cambridge, 2008, pp. 34-69.

⁶⁷Tribunale ICSID, lodo finale del 23 ottobre 2010, in causa ARB/07/22, *AES Summit Generation Limited and AES-Isza Eromu Kft c. Ungheria*, par. 3.25 ove si legge che: *"under cover of a letter of 15 January 2009, the European Commission filed a written submission pursuant to ICSID Arbitration Rule 37, in accordance with*

5. *Segue*: NELLE CONTROVERSIE RELATIVE AD ACCORDI EUROPEI STIPULATI SUCCESSIVAMENTE AL TRATTATO DI LISBONA.

Per l'individuazione della parte, Unione o Stato membro, che avrà legittimazione processuale in caso di controversie connesse ad un accordo sottoscritto per effetto della nuova competenza di cui all'art. 207 TFUE, si prevede una soluzione *de lege ferenda*. In altre parole, poiché gli arbitrati trovano fondamento e legittimazione giuridica nella clausola compromissoria, la legittimazione processuale sarà riconosciuta alla parte, o alle parti, che avrà, o avranno, sottoscritto i prossimi accordi commerciali e d'investimento includendovi la predetta clausola.

Al riguardo si possono ipotizzare due distinti scenari.

Nel primo, se uno Stato membro, per effetto delle previsioni del Regolamento n. 1219/2012, è autorizzato a stipulare un nuovo BIT con un Paese terzo, la legittimazione processuale ricade in capo a lui solo. Lo SM è l'unica parte dell'accordo e, come tale, è il solo ad avere la capacità a inserirvi la clausola compromissoria, prestando così il consenso all'arbitrato.⁶⁸

Il secondo caso contempla, invece, l'ipotesi in cui i futuri accordi siano sottoscritti in forma mista, tra Unione, Stati membri e un Paese terzo.

In tale ultima circostanza, la capacità di stare in giudizio avanti corti arbitrali ricade in capo a tutte le parti dell'accordo. Infatti, sia l'Unione sia gli Stati membri, sottoscrivendo l'accordo internazionale che contiene la clausola arbitrale, hanno prestato il proprio consenso all'arbitrato e, pertanto, entrambi hanno la capacità di agire o resistere in giudizio.

the Tribunal's Procedural Order No. 3". Diversamente, nel caso *Eureka* il Tribunale ha invitato la Commissione a partecipare alla procedimento: "*after the hearing on the Intra-EU Jurisdictional Objection and following consultations with the Parties, on 10 May 2010, the Tribunal wrote to the Director General of the Legal Service of the European Commission providing information about the present arbitration, referring to observations that the European Commission had made in the Eastern Sugar BV (Netherlands) v. Czech Republic arbitration ("Eastern Sugar") concerning the effect upon the Tribunal's jurisdiction of the fact that both the Respondent and the national State of the Claimant are Member States of the EU,¹³ and inviting the European Commission to submit any further observations on that jurisdictional question that it might wish to communicate to the Tribunal*", PCA, *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 31.

⁶⁸ L'ipotesi che gli Stati membri vengano autorizzati a sottoscrivere nuovi Accordi bilaterali di investimento non è remota. All'art. 7 del Reg. 1219/2012 è infatti prescritto che: "*alle condizioni di cui agli articoli da 8 a 11, uno Stato membro è autorizzato ad avviare negoziati con un paese terzo al fine di modificare un accordo bilaterale in materia di investimenti esistente o di concluderne uno nuovo*". Meno probabile è invece l'ipotesi in cui l'Unione sottoscriverà i futuri Accordi in autonomia; di regola, infatti, l'Unione sottoscrive Accordi multidisciplinari, in cui rientrano materie per le quali non le è attribuita competenza esclusiva e che, pertanto, richiedono l'intervento anche degli Stati membri. Lo stesso vale per l'ipotesi in cui l'Unione intenda sottoscrivere BITs; tali Accordi, infatti, di norma regolano anche gli investimenti di portafoglio per i quali non è chiaro se l'Unione possa esercitare una competenza implicita esclusiva.

Assunto ciò, ci si domanda allora se vi siano criteri per individuare la parte che prenderà parte ai giudizi.

Tale questione è prettamente interna all'Unione, non rilevando sul piano internazionale, se non nei limiti in cui l'investitore possa essere pregiudicato dalla scarsa tempestività della scelta.

Per una soluzione alla problematica ora in esame, si rinvencono interessanti spunti nella recente Proposta di Regolamento n. 2012/0163.⁶⁹

Il testo, attualmente approvato dal Parlamento europeo in prima lettura, assumendo che i futuri accordi saranno sottoscritti in forma mista, stabilisce i presupposti per individuare la parte legittimata a stare in giudizio.

Al punto 3 delle premesse alla citata Proposta è stabilito che il riconoscimento della competenza esclusiva dell'Unione su una materia costituisce condizione sufficiente per il riconoscimento della legittimazione a stare in giudizio. Pertanto, se l'inadempimento dell'accordo internazionale verte su una materia di competenza esclusiva dell'Unione, quale è ora quella relativa agli investimenti esteri diretti, solo quest'ultima risponde in giudizio e assume la responsabilità finanziaria.⁷⁰ Gli Stati membri, per parte loro, rispondono per le proprie azioni ovvero qualora l'Unione abbia fatto ricorso all'art. 2.1 TFUE. In questo secondo caso, lo Stato membro acquisisce legittimazione processuale nei giudizi che interessano una materia che, pur di competenza esclusiva dell'Unione, è stata ri-delegata in capo al medesimo.⁷¹

Si osserva, però, che il principio del parallelismo tra legittimazione a rispondere in giudizio e responsabilità da inadempimento – *rectius* responsabilità finanziaria – non è perfetto. Infatti, la Proposta di Regolamento configura fattispecie nelle quali lo Stato membro, pur responsabile, non agisce autonomamente in giudizio.

Nello specifico all'art. 8.2 della Proposta di Regolamento, è previsto che l'Unione risponda in giudizio qualora *“potrebbe indirettamente subire conseguenze finanziarie, il ruolo di una propria emanazione è messo in discussione ovvero, a seguito di un giudizio probabilistico, è*

⁶⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party*, COM(2012) 355 final del 21 giugno 2012.

⁷⁰ Per quanto riguarda la competenza dell'Unione sugli investimenti di portafoglio, si rinvia *supra*, Parte I, cap. II, sez. II, par. 18-19.

⁷¹ Art. 2.1 TFUE: *“Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione”*.

prevedibile che sorgano analoghe controversie contro altri Stati membri o, infine, la doglianza dell'attore fa sorgere questioni di diritto non ancora definite che potrebbero essere sollevate anche in altre occasioni?"

Tale inversione dei ruoli si giustifica, come risulta dal punto 11 delle premesse, in ragione delle esigenze di assicurare l'interesse dell'Unione e, quindi, della totalità degli Stati membri.⁷² Le fattispecie elencate all'art. 8.2 della Proposta, a giudizio della Commissione, meritano di essere trattate direttamente dall'Unione per garantire, oltre all'integrazione e all'uniforme rappresentanza esterna, anche il rispetto dell'art. 4.3 TUE.⁷³

I criteri fissati dalla Proposta dovrebbero risolvere ogni dubbio circa l'individuazione della parte che ha legittimazione a stare in giudizio, ma al riguardo si osserva che la disposizione di cui al predetto art. 8.2 risultano formulazioni piuttosto vaghe.

In primo luogo, non è chiaro se la Commissione possa imporre la propria scelta, di sostituirsi, o farsi sostituire allo Stato membro o se, viceversa, quest'ultimo abbia spazio di replica e, in tal caso, se la soluzione possa divenire oggetto di definizione della Corte di giustizia europea.⁷⁴ In secondo luogo, le condizioni che possono giustificare la sostituzione dell'Unione sono troppo vaghe, soprattutto quando fanno riferimento a *similar claims* – non è chiaro se la similarità debba riferirsi al *petitum* o alla *causa petendi* – all'*overriding interests* dell'Unione o infine alle *unsettled issues of law* – dove si presume che *law* rinvii al diritto europeo.

Al riguardo, il Parlamento ha approvato in prima lettura un testo della Proposta parzialmente emendato, che aiuta l'interprete su talune questioni. Nello specifico, all'art.

⁷² "It is necessary to provide for the possibility for the Union to act as respondent in such circumstances in order to ensure that the interests of the Union and hence of the collectivity of Member States can be taken into account. This is given expression in the principles of unity of external representation and the duty of co-operation, established in art. 4.3 TUE and the case law of the European Union, which apply irrespective of the underlying competence". COMMISSIONE, *Proposal, cit.*, premesse punto 11.

⁷³ Si osserva che l'Unione si sostituisce allo Stato membro anche se la controversia è risolta attraverso il procedimento consultivo. In tali circostanze lo Stato membro autore della condotta può conciliare purché riconosca la propria responsabilità finanziaria, l'accordo conciliativo sia opponibile solo a lui, le previsioni di tale accordo siano conformi al diritto UE e non sussista un interesse superiore dell'Unione che impedisca la conciliazione. In ogni caso, la previsione in esame stabilisce che Commissione e Stato entrino in consultazioni prima che quest'ultimo arrivi alla conciliazione con parte attrice. Da ultimo, così da garantire il controllo dell'operato dello Stato membro, la Commissione deve ricevere bozza dell'accordo conciliativo e, nei novanta giorni successivi alla notifica, ha facoltà di iniziare una procedura di revisione. Se il termine decade, vale il principio del silenzio-assenso per cui lo Stato può sottoscrivere l'accordo.

⁷⁴ Al punto 12 delle premesse alla Proposta il potere di sostituzione dell'Unione è stabilito in termini piuttosto vaghi: "It is appropriate that the Commission decide, within the framework set down in this regulation, whether the Union should be the respondent or whether a Member State should act as respondent".

2 lett. j) è stata aggiunta la definizione di *overriding interests* dell'Unione;⁷⁵ il co-legislatore ha poi proposto di inserire una previsione per effetto della quale la scelta dell'Unione di sostituirsi allo Stato membro è vincolante per l'attore e per il Tribunale arbitrale.⁷⁶ Con tale previsione, il Parlamento intende bloccare possibili eccezioni in merito all'effettivo potere dell'Unione di sostituirsi allo Stato.

Alla luce di quanto detto, la soluzione della Commissione e gli emendamenti del Parlamento risultano conformi alle regole del procedimento arbitrale, che trova fondamento nel consenso delle parti.⁷⁷ Tale soluzione, però, potrebbe non garantire il giusto processo, posto che potrebbe risultare precluso il diritto dello SM di difendersi autonomamente.

Per completezza, si rileva tuttavia che da nessuna parte è stata avanzata l'ipotesi di una partecipazione processuale congiunta, in qualità di convenuti, dell'Unione e dello Stato membro. Una simile soluzione, se mai dovesse essere prospettata, non sarebbe d'altra parte esclusa dalle regole di procedura arbitrali.⁷⁸

La soluzione avanzata nella Proposta sembra, invece, andare nella direzione di evitare gli inconvenienti che potrebbero derivare dalla partecipazione congiunta dell'Unione e dello Stato membro coinvolti.⁷⁹

La partecipazione congiunta, infatti, sarebbe all'origine di rischi non solo per la redazione delle difese ma anche – e tale scenario non può essere ammesso in ottica

⁷⁵ Nell'emendamento proposto dal Parlamento, è aggiunta all'art. 2 la lett. (ja) che prescrive che: “*overriding interests of the Union*” means any of the following: (i) there is a serious threat to the consistent or uniform application or implementation of investment provisions of the agreement subject to the investor-to-state dispute to which the Union is a party (ii) a Member State measure may conflict with the development of the Union's future investment policy, (iii) the dispute implies a possible significant financial impact on the Union budget in a given year or as part of the multiannual financial framework”. PARLAMENTO EUROPEO, *Amendments adopted by the European Parliament on 23 May 2013 on the Proposal for a Regulation n. 2012/0163 A7-0124/2013 del 23 maggio 2013.*

Per il testo si rinvia a: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0219+0+DOC+XML+V0//EN>

⁷⁶ *ibid.*, nuovo art. 8.2.a.

⁷⁷ Sull'unità della rappresentanza esterna dell'Unione, si rinvia a: WOUTERS, COPPENS E DE MESTRAL, *The European Union's external relations after the Lisbon Treaty*, in GRILLER, ZILLER (a cura di), *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a constitutional Treaty?*, New York, 2008.

⁷⁸ La domanda a una pluralità di parti è ammessa all'art. 8 del Regolamento CCI così come all'art. 3 delle regole di procedura UNCITRAL.

⁷⁹ A livello internazionale, la prassi sembra orientata nella direzione opposta. La Convenzione sul diritto del mare (Montego Bay) non preclude la possibilità che un'Organizzazione e un suo Stato membro possano agire in giudizio o essere convenuti congiuntamente. La responsabilità deriva, infatti, dalla competenza sulla materia oggetto della controversia. All'art. 7.3 dell'Allegato IX della predetta Convenzione è prescritto che: “*quando, tuttavia, uno Stato membro ha scelto soltanto la Corte internazionale di giustizia ai sensi dell'articolo 287, si ritiene che l'organizzazione e lo Stato membro coinvolto abbiano accettato l'arbitrato previsto dall'allegato VII, salvo che le parti della controversia non decidano diversamente?*”.

europea – per l’allocazione della responsabilità. Infatti, se fossero convenuti congiuntamente l’Unione e lo Stato membro, il collegio arbitrale si troverebbe a statuire sulla responsabilità di ciascuna delle parti, addentrandosi in una materia, quale la suddivisione interna delle competenze, che è prerogativa esclusiva dell’Unione e della Corte di giustizia europea. Invero, per individuare la parte responsabile, l’arbitro potrebbe statuire sulla suddivisione di competenze Unione-Stati membri in modo non conforme al diritto europeo.⁸⁰

In definitiva, la soluzione adottata dalla succitata Proposta tende a preservare la rappresentanza esterna dell’Unione e, al contempo, per ragioni di opportunità meramente politica, preserva la definizione dei rapporti interni, impedendo che l’arbitro possa statuire sulla relazione UE-SM.⁸¹

Il fine delle Proposte pare essere quello di fare chiarezza sui rapporti tra le parti di un accordo misto, prevedendo soluzioni vincolanti e conoscibili *ex ante*. Si ipotizza dunque che nei futuri accordi sottoscritti congiuntamente da Unione e SM venga inserita una clausola di tenore analogo a quelle già previste in alcuni accordi misti; esse prevedono che, in caso di controversia, la parte convenuta in giudizio debba pronunciarsi su chi, tra Unione o SM, abbia legittimazione a stare in giudizio.⁸²

⁸⁰ “La Communauté et ses Etats membres participent à l’accord mixte dans une mesure différente, mais l’étendue de exacte de leur participation est une question intra-communautaire [...] au niveau de la conclusion de l’accord mixte on ne distingue pas la Communauté de ses Etats membres, puisque la répartition intra-communautaire des compétences reste une question intra-communautaire”. NEFRAMI, *Les Accords mixtes de la Communauté Européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, 2007, pp. 447-450.

⁸¹ Anche nel sistema di risoluzione delle controversie in seno all’OMC, peraltro, non sempre in giudizio compaiono lo Stato membro e l’Unione. Al contrario: “le fait que la responsabilité solidaire ne soit pas toujours mise en œuvre, et le fait que la partie au différend soit la Commission, même lorsque la Communauté n’est pas compétente en matière, sont indicatifs des considérations d’opportunité qui peuvent influencer la mise en œuvre de la responsabilité dans le système de l’OMC”. NEFRAMI, cit., p. 556.

⁸² All’art. 26.3.b.ii. della Carta dell’Energia è prescritto che: “the communities and the Member States will, if necessary, determine among them, who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an investor of another contracting parties?”. Per quanto riguarda la corretta interpretazione da dare a tale clausola, nel caso *Electrabel*, la Commissione ha provato a dimostrare che, poiché al momento della sottoscrizione della Carta dell’Energia non è stata allegata una specifica suddivisione di competenze tra Unione e SM, parte attrice ha l’onere di iniziare un procedimento citando entrambe e lasciando che, in un periodo di 30 giorni, esse decidano quale delle due è parte legittimata a rispondere in giudizio: “the Communities and the member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an investor of another contracting party, in such case, upon request of the investor, the Communities and the member States concerned will make such determination within a period of 30 days”. ICSID, *Electrabel c. Ungheria*, cit., par. 47, parte V, p. 48. Nella Convenzione per la protezione del Reno, è stabilito che: “In caso di controversia fra due Parti contraenti, delle quali una soltanto è Stato membro della Comunità europea, anch’essa Parte contraente, l’altra Parte rivolge la richiesta sia a questo Stato membro che alla Comunità, che le notificano la risposta congiuntamente, nel termine di due mesi dal ricevimento della richiesta, se lo Stato membro, la Comunità o lo Stato membro e la Comunità congiuntamente si costituiscono parte della controversia. In mancanza di tale notifica nel termine prescritto, lo Stato membro e la Comunità sono considerati, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente allegato, come una sola e stessa parte della controversia. La stessa disposizione si applica qualora lo Stato membro e la Comunità si costituiscano

In caso di controversia che insorga sui futuri accordi di investimento, tale clausola dovrebbero portare la parte convenuta, UE o SM, a risolvere la questione sulla legittimazione passiva operando il rinvio al contenuto della Proposta, che auspicabilmente diverrà presto Regolamento.

6. *Segue*: LA RESPONSABILITÀ FINANZIARIA.

Nel paragrafo precedente è emerso che la legittimazione a stare in giudizio non segue *pari passu* la responsabilità, potendo ipotizzarsi scenari in cui l'Unione o lo SM stanno in giudizio pur non essendo responsabili.

Di regola, la responsabilità ricade in capo alla parte che ha competenza nella materia in cui è stata commessa la presunta violazione. Il principio dell'attribuzione è uno dei principi fondamentali dell'Unione europea, per effetto del quale essa può agire solo nei limiti delle competenze che le sono attribuite espressamente dai Trattati, di quelle riconosciute in applicazione della teoria – giurisprudenziale – dei poteri impliciti ovvero della clausola di flessibilità, di cui all'art. 352 TFUE.⁸³

In caso di controversia su un accordo misto, l'arbitro-giudice non può statuire su questioni inerenti la suddivisione di competenze UE-Stati membri. La ricerca della parte che ha competenza sulla materia oggetto della *res litigiosa* e che, di conseguenza, è legittimata a stare in giudizio, può essere compiuta solo all'interno del sistema europeo. Le previsioni sulla suddivisione della competenza interna all'Unione non sono, infatti, opponibili ai terzi e, pertanto, non possono essere fatte valere né dall'UE o dallo SM per escludere la propria responsabilità né, parallelamente, devono essere richiamate dal terzo.⁸⁴

congiuntamente parte della controversia?. Convenzione per la protezione del Reno del 27 giugno 2000, in *Gaz. Uff. Un. Eur.* C. n. 177, art. 8, allegato.

⁸³ Quanto alla clausola di flessibilità l'art. 352 TFUE, prevede che: “*qualora un'azione dell'Unione appare necessaria nel quadro delle politiche definite nei Trattati Istitutivi, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai Trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione a tal fine richiesti, il Consiglio deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate*”. Le materie individuate alla luce del meccanismo di cui alla norma predetta rientrano tra le competenze dell'Unione e pertanto tale previsione equivale a base giuridica per l'attribuzione di poteri dagli Stati all'UE.

⁸⁴ Si osserva che sull'opponibilità della suddivisione di competenze intra-UE non vi è unanimità in dottrina “*Pour un grand partie de la doctrine la Communauté et ses Etats membres sont considérée comme conjointement responsable, sans qu'ils puissent opposer une fin de non recevoir lorsque le tiers s'adressent à l'un ou à l'autre, selon l'imputabilité de l'acte ou de considérations d'opportunité. Pour précisément, les auteurs qui acceptent la responsabilité limitée a la violation des dispositions qui relèvent des compétences respectives on préalablement accepté l'opposabilité de la répartition intra-communautaire des compétences au niveau de la conclusion de l'accord. En revanche, pour les auteurs qui acceptent la non-répartition de l'effet obligatoire de l'accord mixte lorsqu'une telle répartition ne découle pas de son texte, la Communauté et ses Etats membres sono conjointement responsable de l'ensemble de l'accord*”. Questa seconda

Conseguentemente, nel caso di controversie che insorgano su un accordo concluso in forma mista, per individuare la competenza su una materia e così suddividere la responsabilità finanziaria tra Unione e Stato membro si deve aver riguardo alle disposizioni interne dei Trattati istitutivi.⁸⁵ Gli accordi misti sono, invero, sottoscritti sia dall'Unione sia dagli SM e comprendono materie che possono essere attribuite alla competenza della prima, dei secondi o di entrambi in via concorrente.

In merito, si osserva che la Proposta di Regolamento n. 2012/0163 distingue tra responsabilità interna ed esterna. La prima concerne i rapporti tra SM e Unione la seconda, invece, ha riflessi internazionali posto che definisce la parte che si assume la responsabilità e che, come già anticipato, non è necessariamente quella che ha competenze sulla materia in cui è avvenuta la violazione.

Per quanto riguarda la suddivisione della responsabilità interna tra UE e Stati membri, la Proposta indica che per la suddivisione di competenze deve essere fatto rinvio ai Trattati Istitutivi.⁸⁶

impostazione trova peraltro conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nelle conclusioni degli Avv.ti Jacobs e Tesouro, poi adottate nei giudizi cui accedevano, rispettivamente, sentenza del 2 marzo 1994, in causa 316/94, *Parlamento c. Consiglio* e sentenza del 16 giugno 1998, in causa 53/96 *Hermès International c. FHT marketing choice*. Quanto al secondo, Tesouro ha rilevato che: “*dovrebbe riconoscersi che gli Stati membri e la Comunità costituiscono, nei confronti degli Stati terzi contraenti, un'unica parte contrattuale o almeno parti contraenti egualmente responsabili rispetto ad un eventuale inadempimento dell'accordo. L'ovvia conseguenza è che, in ipotesi di tale tipo, la ripartizione delle competenze ha una rilevanza solo interna. Questa stessa circostanza, come meglio si vedrà, potrebbe non essere affatto irrilevante ai fini della soluzione del problema che ci occupa*”. In termini pratici, il riconoscimento della responsabilità congiunta rileva nel primo momento del giudizio, quando quindi il terzo notifica l'inizio del procedimento all'Unione ovvero allo Stato ovvero ad entrambi. I convenuti, Unione e Stati membri, non potranno eccepire il difetto di proprie competenze, che è questione intra-unione. Successivamente alla notifica, avviene il riconoscimento della responsabilità, alla luce della suddivisione di competenze intra-UE. In tal senso, la domanda di giudizio proposta dal terzo troverà quindi risposta dalla parte, Unione o Stato membro, che avrà competenza a stare in giudizio perché, per il diritto UE, direttamente o indirettamente responsabile.

⁸⁵ Al riguardo, si rileva che la Corte di giustizia infatti ha accettato che l'Unione e gli Stati membri possano prendere parte a meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali, purché ciò avvenga nel rispetto dell'autonomia dell'ordine giuridico europeo e sia garantito il monopolio della Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto UE. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, si rinvia, *ex multis*, a: Parere del 14 dicembre 1991, in causa 1/91, *cit.*, punti 39-40; Parere del 18 aprile 2002, in causa 1/100, *Progetto di accordo sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni paesi terzi*, in *Raccolta* 2002, p. I-3498, al cui par. 12 si legge che: “*Garantire l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario presuppone quindi, da un lato, che le competenze della Comunità e delle sue istituzioni, quali concepite nel Trattato, non siano snaturate*; parere dell'8 marzo 2011, in causa 1/09, *Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Raccolta*, 2009, p. I-01137, punti 63-64: “*Poiché il progetto di accordo istituisce sostanzialmente una nuova struttura giurisdizionale, occorre ricordare, in primo luogo, gli elementi fondamentali dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'Unione, quali concepiti dai Trattati istitutivi e sviluppati dalla giurisprudenza della Corte, al fine di valutare la compatibilità con detti elementi dell'istituzione del TB*”.

⁸⁶ Per l'individuazione della parte responsabile, alla luce della prassi degli Accordi internazionali misti si possono profilare due opzioni. In alcuni casi è lo stesso testo dell'Accordo a specificare la suddivisione di responsabilità tra Unione e Stati membri. Tra questi, si ricordano l'art. 6.2, Allegato IX della Convenzione UNCLOS 1982 per il quale: “*Le parti che hanno la competenza ai sensi dell'articolo 5 del presente allegato sono responsabili dell'inadempimento degli obblighi e di ogni altra violazione della presente convenzione*” e l'art.

In altre parole, indipendentemente da chi risponde e si assume la responsabilità in giudizio, l'eventuale risarcimento che deriva dalla condanna è imputato alla parte che ha competenza su quella determinata materia sulla base del criterio di riparto UE-SM.⁸⁷ Da ciò consegue che è finanziariamente responsabile la parte che ha agito in una materia di sua competenza.⁸⁸

L'individuazione della parte responsabile è quindi una questione particolarmente delicata, poiché dal riconoscimento della responsabilità discende, in caso di condanna, l'obbligo di risarcimento con conseguenze che possono essere particolarmente gravose per le finanze dell'Unione o dello Stato.⁸⁹

In questa fase l'investitore straniero – attore dell'*instaurando* giudizio – e il collegio arbitrale adito, non hanno alcun potere, trattandosi di una scelta prettamente interna

4.5 del Protocollo di Kyoto, 1999 che statuisce che: “*Se le Parti, agendo congiuntamente, lo fanno nel quadro di una organizzazione regionale di integrazione economica e di concerto con essa, ogni variazione nella composizione di detta organizzazione, successiva all'adozione del presente Protocollo, non inciderà sugli impegni assunti in virtù del presente Protocollo. Ogni variazione nella composizione dell'organizzazione avrà effetto solo ai fini dell'attuazione degli impegni previsti all'articolo 3 che siano adottati successivamente a quella modificazione*”. Una seconda tipologia di Accordi, che rappresenta la regola, tace sulla suddivisione di responsabilità, più specificamente non la cristallizza al momento di sottoscrizione dell'Accordo e pertanto impone il rinvio alle norme dei Trattati Istitutivi che, appunto, prevedono la distribuzione di competenze intra-Unione e, quindi, la suddivisione di responsabilità. All'art. 104 dell'Accordo tra Comunità Europea e Russia, ad esempio, è statuito che: “*for the purposes of this Agreement, the term 'Parties' shall mean the Community, or its Member States, or the Community and its Member States, in accordance with their respective powers, of the one part, and Russia, of the other part*”. Unione Europea, *Agreement on partnership and cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, of one part, and the Russian Federation, of the other part*, doc. n. 21997A1128(01) 24 giugno 1994.

⁸⁷ “*Regardless of whether the Union or a Member State acts as respondent to a claim, the financial responsibility for any costs should follow the origin of the treatment of which the investor complained*”. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation n.2102/0163*, cit. Explanatory memorandum p. 5.

⁸⁸ “*Should it be the case that both the European Union and the Member States are parties to an Agreement and it needs to be decided who is responsible as a matter of International law for any particular action, the Commission takes the view that this has to be decided not by the Author of the Act but on the basis of the competence for the subject matter of the international rules in question, as set down in the Treaty*”. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation n.2102/0163*, Explanatory memorandum, cit., par.1.2.

⁸⁹ Al riguardo, si evidenzia che anche da una prospettiva prettamente interna all'Unione, quindi rinviando alle disposizioni dei Trattati Istitutivi, possono sorgere dubbi circa la riconducibilità di uno specifico settore alla competenza esclusiva dell'Unione ovvero concorrente Unione-Stati membri. Il settore fiscale, ad esempio, rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri, ma è comunque soggetto all'incidenza di Accordi internazionali tra l'Unione e gli Stati terzi. In materia di educazione, poi, gli Stati membri provvedono all'organizzazione dell'educazione domestica lasciando all'UE una competenza di sostegno in base alla quale può adottare atti legislativi per la realizzazione degli obiettivi nel predetto settore (art. 165.4 TFUE). Sul piano delle relazioni esterne, ciò significa che il settore dell'educazione può rientrare tra le materie regolate da un Accordo misto di investimento. In queste circostanze può accadere che l'investitore straniero convenga l'UE allegando che alcune misure legislative adottate dallo Stato membro violano, ad esempio, la clausola sul trattamento nazionale inclusa in un Accordo di investimento stipulato tra l'UE e il Paese terzo. In questi casi, l'Unione non ha competenza esclusiva sulla materia oggetto della controversia e quindi potrebbe non essere responsabile per la condotta dello Stato membro, salvo il caso in cui quest'ultimo abbia agito nel rispetto di obblighi europei.

all'Unione.⁹⁰ Di regola, infatti, negli accordi misti, l'Unione e lo Stato membro hanno nei confronti del terzo una responsabilità solidale – si badi non sussidiaria – per cui si presentano a quest'ultimo entrambe come responsabili in via diretta.⁹¹

Diversa è invece la questione che concerne la responsabilità esterna che, come tale, assume rilievo ai sensi del diritto pubblico internazionale.

A questo proposito, nella Proposta di Regolamento n. 2012/0163 è stato adottato un approccio in base al quale non sempre risponde in giudizio la parte che, alla luce dei Trattati istitutivi, ha competenza sulla materia interessate dall'inadempimento. È quindi prevista una responsabilità diretta dell'Unione per le condotte a lei direttamente riconducibili, ovvero indiretta per quelle realizzate da uno Stato membro che abbia agito nel rispetto di vincolo europeo.⁹² Lo Stato membro risponde, invece, per le condotte a lui direttamente imputabili.⁹³

Per quanto riguarda l'allocatione della responsabilità esterna tra Unione e SM si rileva che possono sorgere dubbi circa la scelta dalla Commissione – non modificata in prima lettura dal Parlamento – di riconoscere in capo all'Unione la responsabilità per gli

⁹⁰ L'unica certezza, peraltro ribadita nelle premesse alla Proposta, è che l'investitore non deve subire le conseguenze negative, quali le lungaggini del procedimento o il tardivo risarcimento di danni o costi, che potrebbero conseguire dal mancato accordo tra Unione e Stato membro sull'individuazione di chi è finanziariamente responsabile.

⁹¹ Questa posizione è condivisa dalla dottrina maggioritaria nonché dallo Special Rapporteur Prof. Gaja, del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali che sul tema stabilisce “*in case of infringement of a mixed agreement that does not distinguish between the respective obligations of the EC and its member States – either directly or by referring to their respective competencies – responsibility would be joint towards the non-member States party to the agreement*”. CDI, *Second report on responsibility of international organizations*, Special Rapporteur Gja, 53^o sessione, UN DOC A/CN.4/541 del 2004, pp. 4-5.

⁹² Già nei primi anni di vita dell'allora Comunità Economica Europa, la Corte di giustizia europea ha chiarito che gli Stati membri sono vincolati agli obblighi comunitari (oggi europei), infatti: “*istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi [gli Stati membri] hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi*”. Sentenza del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, I-01141, p. 1144. Da ciò deriva che, se si accoglie la teoria del controllo, che se lo SM non rispetta gli obblighi imposti dall'Unione, quest'ultima può essere considerata responsabile.

⁹³ La Proposta prevede poi l'ipotesi in cui la responsabilità ricada su più di uno Stato membro. In questi casi, così come prescritto all'art. 47.1 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, la responsabilità tra le parti può essere comune nel senso che una pluralità di Stati può essere al contempo responsabile per la commissione di un illecito. La previsione di cui all'art. 47 non stabilisce una regola generale per individuare la responsabilità congiunta e solidale sempre in caso di Accordi misti; semplicemente prevede che due Stati possano essere contemporaneamente responsabili per lo stesso fatto internazionalmente illecito. Ciò dipende dalle circostanze e dagli obblighi che discendono in capo a ciascuno Stato. Cfr. CDI, *Rapporto della Commissione di Diritto internazionale*, 53^o sessione, A756/10 del 2001, p. 341.

atti compiuti dallo Stato membro che agisce per effetto di un vincolo europeo.⁹⁴

Nel caso dell'Unione europea, non potendosi parlare di uno Stato federale, la legittimità della scelta della Commissione di ritenere l'Unione responsabile anche per un atto compiuto dallo SM deve essere valutata alla luce delle fonti di diritto internazionale predisposte per le Organizzazioni internazionali.⁹⁵

Pertanto, la suddivisione di responsabilità deve essere conforme al regime previsto dal testo sulla Responsabilità delle Organizzazioni internazionali, approvato in seconda lettura dalla CDI nel 2011, che prevede per le O.I. una responsabilità di carattere sussidiario rispetto a quella principale dello Stato parte che, presumibilmente, ha commesso la violazione oggetto del giudizio.⁹⁶ Anche nel caso dell'Unione, quindi, lo Stato membro dovrebbe rispondere per le violazioni di un accordo che derivano da una condotta a esso imputabile, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo abbia agito nel rispetto di un vincolo europeo.⁹⁷

Tuttavia, l'art. 64 del testo summenzionato riconosce che tali previsioni non trovano applicazione qualora la responsabilità dell'O.I. sia definita da proprie norme interne, che hanno natura di *lex specialis* e, come tali, prevalgono.⁹⁸ Le Organizzazioni

⁹⁴ Sulla presunta violazione da parte di uno Stato di un Accordo internazionale per esecuzione di un obbligo europeo vi è molta giurisprudenza. *Ex multis*, si rinvia a: ICSID, Decisione che contiene l'accordo transattivo delle parti del 11 marzo 2011, in causa ARB/09/6, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Germania*; ICSID, Decisione sulla giurisdizione, la legge applicabile, la responsabilità del 30 novembre 2012, in causa ARB07/19, *Electrabel S.A. c. Ungheria*; ICSID, Decisione sulla Giurisdizione del 13 settembre 2006, in causa ARB/04/15, *Telenor Mobil Communications A.S. c. Ungheria*; ICSID, lodo dell' 8 ottobre 2009, in causa ARB/05/13, *EDF (Services) Limited c. Romania*.

⁹⁵ Di regola, per i terzi, parte di un accordo con uno Stato federale, è indifferente a quale livello dello Stato sia stata commessa la violazione; la responsabilità internazionale fa sempre e solo capo allo Stato federale, indipendentemente dal fatto che la violazione sia a lui direttamente riferibile, ovvero sia solo stata compiuta sul suo territorio. Ovviamente, si possono rilevare differenze tra i singoli ordinamenti degli Stati federali che dipendono dall'esistenza – Germania – o meno – Stati Uniti e Canada – di espresse previsioni costituzionali che ripartiscono la responsabilità tra le varie entità dello Stato federale. Per un'analisi sulla suddivisione di responsabilità all'interno degli Stati federali, si rinvia a: TIETJIE, SIPIORSKI e TOPFER, *Responsibility in investor-State-arbitration in the EU – managing financial responsibility linked to investor-State dispute settlement Tribunals established by EU's international investment agreements*, in *Transnational Dispute Management*, vol. 10, 2013.

⁹⁶ Nel 2002 la Commissione del diritto internazionale ha nominato Prof. G. Gaja relatore speciale per i lavori di codificazione della responsabilità delle organizzazioni internazionali. Il Prof. G. Gaja ha presentato otto rapporti e, in base ad essi, la CDU ha adottato in seconda lettura il testo di 67 articoli. Con Risoluzione 66/100 del 27 febbraio 2012 l'AG delle Nazioni Unite ha preso atto del lavoro di codificazione ed ha rinviato ad una sessione successiva la decisione circa l'inquadramento giuridico del testo. Per un'analisi dettagliata in merito alla suddivisione di responsabilità tra Unione e Stati membri, si rinvia a NEFRAMI, cit., pp. 529-545.

⁹⁷ Lo SM è vincolato al diritto europeo sia primario sia derivato. Quanto a questo secondo, l'art. 288 TFUE, poi, precisa gli effetti di ciascun atto di legislazione secondaria europea nei confronti degli Stati membri.

⁹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal, cit., Explanatory memorandum*, p. 5. CDI, *Draft Articles of International*

internazionali possono quindi definire un sistema autonomo di suddivisione della responsabilità; questo è il caso della responsabilità tra Unione e Stato membro qualora sorgano controversie su un accordo in materia di investimento.

Da quanto esposto, deriva che la soluzione della Proposta di imputare la condotta dello Stato all'Unione se la medesima condotta è stata compiuta per rispettare un vincolo europeo è conforme al diritto internazionale.

In queste circostanze, l'atto è imputato all'Unione per effetto della teoria del controllo, enucleata nel secondo e terzo rapporto della Commissione di Diritto Internazionale ("CDI") sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali.⁹⁹ Le situazioni suddette vengono regolate alla luce della previsione di cui all'art. 17 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati che si applica, per analogia, anche alle Organizzazioni internazionali.¹⁰⁰ La responsabilità dell'Unione è, quindi, determinata in relazione al grado effettivo di controllo che la medesima esercita sullo Stato. Quest'ultima, invero, rimane responsabile per gli atti compiuti dallo SM in osservanza di un vincolo europeo, salvo il caso in cui l'UE non abbia alcun legame con l'azione compiuta dallo Stato. La responsabilità dell'Unione sussiste, come *culpa in vigilando*, poiché la medesima non ha esercitato un controllo effettivo sull'azione dello Stato. In altre parole, l'Unione, ponendo un vincolo in contrasto con un obbligo non ha garantito la corretta esecuzione da parte dello Stato degli obblighi internazionali.¹⁰¹ In questi casi trova dunque corretta applicazione la teoria del controllo, da cui si fa

Organisations, UN Doc. A/CN.4/L.778 del 30 Maggio 2011, art. 64: "These draft articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of an international organization, or of a State in connection with the conduct of an international organization, are governed by special rules of international law. Such special rules of international law may be contained in the rules of the organization applicable to the relations between an international organization and its members". CDI, *Report of International Law Commission, Responsibility of international Organizations*, Sixty first session UN doc. A/64/10, del 2009, pp. 173-175.

⁹⁹ CDI, [A/57/10](#), Report del 2002, Cap. VIII, par.465-488; CDI, [A/58/10](#), Report (2002), cap. IV, par. 48.

¹⁰⁰ Art. 17 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati prescrive che: "uno Stato che dia direttive ad un altro Stato e ne controlli il comportamento nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente illecito per quell'atto se a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito e b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato". KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruxelles, 1998, pp. 470-480.

¹⁰¹ D'altra parte, per giurisprudenza costante, gli accordi internazionali divengono fonti europee e per l'effetto, uno Stato che li violi o non ne dia corretta applicazione, si pone in contrasto con un obbligo europeo e può, per questo motivo, subire un procedimento da parte dell'Unione. L'art. 8 degli articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni internazionali prevede che: "The conduct of an organ or agent of an international organization shall be considered an act of that organization under international law if the organ or agent acts in an official capacity and within the overall functions of that organization, even if the conduct exceeds the authority of that organ or agent or contravenes instructions".

derivare la responsabilità dell'Unione nei confronti delle parti terze dell'accordo misto violato.¹⁰²

La posizione adottata dalla Commissione negli articoli sulla responsabilità delle O.I. è quindi conforme alle previsioni di diritto internazionale, interpretate alla luce della teoria del controllo.¹⁰³ Tuttavia, si rileva che, in generale, la suddivisione della responsabilità tra Unione e SM non avviene sempre secondo l'approccio summenzionato e accolto nella Proposta.

Invero, nell'Accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, a dispetto delle istanze della Commissione – che avrebbe voluto inquadrare i rapporti di responsabilità UE-SM sulla falsariga di quanto proposto per gli accordi di investimento – è stato favorito l'approccio opposto, per il quale lo Stato è responsabile per gli atti compiuti dai propri organi, indipendentemente dal fatto che la condotta sia stata eseguita in ottemperanza ad un vincolo europeo. Questa impostazione trova chiara espressione nel recente *dictum* della Corte Europea dei diritti dell'uomo per il quale “*a Convention Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations [in the case in hand, obligations under EU Law]*”.¹⁰⁴

Pertanto, uno Stato membro può essere ritenuto responsabile quando la condotta di uno dei propri organi si pone in conflitto con le previsioni della CEDU – ma il ragionamento può valere per qualsiasi accordo internazionale – indipendentemente dal fatto che l'organo di tale Stato abbia agito nel rispetto di obblighi a lui imposti da altri sistemi giuridici.¹⁰⁵

Tale approccio sarebbe per di più conforme al principio generale di attribuzione enucleato all'art. 4.1 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato ai sensi del quale “*the conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other*

¹⁰² *Contra*: “*The fact that a member State may be bound towards an international organization to conduct itself in a certain manner does not imply that under international law conduct should be attributed to the organization and not to the State*”, CDI, *Second report on responsibility of international organizations*, Special Rapporteur Gja, 53° sessione, UN DOC A/CN.4/541 del 2004, p. 7.

¹⁰³ NEFRAMI, cit., pp. 549-556.

¹⁰⁴ EDU, sentenza del 30 giugno 2005, in causa n. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*.

¹⁰⁵ Anche nel caso M. & Co. C. Germania, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha stabilito che: “*The Commission first recalls that it is in fact not competent *ratione personae* to examine proceedings before or decisions of organs of the European Communities [...] This does not mean, however, that by granting executory power to a judgment of the European Court of Justice the competent German authorities acted quasi as Community organs and are to that extent beyond the scope of control exercised by the conventional organs*”. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 febbraio 1990, in causa 13258/87, *Me & C c. Germani*, p. 138.

functions”. D’altra parte, il Commentario al progetto di articoli non stabilisce che, qualora l’organo dello Stato abbia agito per effetto di un obbligo sovranazionale la responsabilità passi dallo Stato all’Organizzazione di appartenenza.¹⁰⁶

L’impostazione della Proposta, che potrebbe anticipare le previsioni che saranno contenute nei futuri accordi europei, assume invece la prospettiva opposta, ossia che gli Stati agiscono alla stregua di organi dell’Unione e che, pertanto, quest’ultima è chiamata a rispondere per gli atti da loro compiuti in violazione di obblighi internazionali.¹⁰⁷

Ponendo come base giuridica la teoria del controllo, la Commissione prevede il trasferimento della responsabilità in capo all’Unione per le condotte degli Stati membri in violazione di obblighi dell’accordo internazionale, ma nel rispetto del vincolo europeo.

Seppur non condivisa poiché distingue l’autore dell’inadempimento e la parte legittimata a stare in giudizio, la scelta effettuata può essere compresa alla luce del timore dell’Unione di aprirsi ai giudici stranieri in generale e, in modo particolare, in caso di corti arbitrali slegate da qualsiasi ordinamento giuridico. In termini pratici, infatti, la riferibilità delle condotte dello Stato all’Unione permette a quest’ultima di partecipare nella maggior parte dei procedimenti che possono sorgere su un BIT extra-UE e così di aver controllo sulla corretta applicazione e interpretazione del diritto europeo.

Sulla scorta di quanto precede, emerge che la Commissione ha preferito adottare un sistema “speciale” per garantirsi la possibilità di agire in giudizio nel numero maggiore di casi e così difendere la corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo.

Il ruolo dell’Unione ne esce quindi rafforzato, poiché lo scopo ultimo della Proposta è mantenere l’unità della rappresentanza interna ed esterna di questa Organizzazione regionale.¹⁰⁸ L’impostazione è al contempo conforme al diritto internazionale ed europeo, anche se rimane il dubbio che il ruolo degli Stati membri sia stato eccessivamente compresso.

¹⁰⁶ GAJA, *The ‘Co-Respondent Mechanisms’ According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, vol. 2., 9 gennaio 2013, p. 3.

¹⁰⁷ *Contra*. “During the discussions which led to the adoption of the ILC articles on the responsibility of international organizations, the European Commission took a different view on the attribution of conduct implementing obligations under EU law. According to this view, State organs act quasi as organs of the EU when they implement an obligation under EU law which leaves them no discretion. Responsibility for their conduct would have to be attributed only to the EU, which, unlike other international organizations, does not shy away from international responsibility”. In GAJA, cit., p. 2.

¹⁰⁸ Per un’analisi sugli Accordi misti sottoscritti in seno all’Unione si rinvia a: O’KEEFFE, SCHEMERS (eds.), *Mixed Agreements*, l’Aja, 1983.

In ogni caso, trattandosi di una Proposta ancora all'inizio del complesso *iter* legislativo descritto all'art. 218 TFUE, è possibile attendersi che il Consiglio imponga emendamenti volti a riequilibrare il ruolo tra le parti.¹⁰⁹

7. LA DIFFICILE SCELTA DELLA GIURISDIZIONE E DELLE NORME DI PROCEDURA PER I GIUDIZI CHE INSORGERANNO DAI FUTURI ACCORDI EUROPEI.

Sulla base delle considerazioni svolte, è ragionevole assumere che l'Unione sottoscriverà i futuri accordi d'investimento inserendovi una clausola compromissoria. Inoltre, posto che tale clausola equivale al consenso all'arbitrato, è conseguentemente ragionevole aspettarsi che l'Unione possa essere convenuta in giudizio avanti corti arbitrali.

Assunto ciò, occorre ora individuare il meccanismo più adatto per la risoluzione delle controversie in cui l'Unione sarà parte, premettendo che l'individuazione delle corti arbitrali e delle norme procedurali applicabili a controversie in materia d'investimento non è questione d'immediata soluzione quando la controparte dell'investitore è l'Unione europea.

Sino ad ora, infatti, per l'UE non si è mai posto il problema di prendere parte a procedimenti arbitrali in materia di investimento e, pertanto, si è preclusa il rinvio ad alcuni meccanismi, quale quello ISCID, di regola preferiti dall'investitore.

Nella formulazione della clausola arbitrale, l'individuazione del foro competente e delle regole procedurali da applicare deve essere il risultato di un bilanciamento tra le preclusioni che limitano le opzioni per l'Unione e le necessità espresse dalle Istituzioni europee sul punto.¹¹⁰ Queste ultime, infatti, hanno manifestato la disponibilità ad accogliere procedimenti arbitrali nei limiti in cui ne sia garantita la trasparenza, la pubblicità delle informazioni e dei lodi, nonché la partecipazione dei terzi.¹¹¹ Tali requisiti garantiscono alle istituzioni che, qualora sia chiamato a rispondere uno SM e non l'Unione, quest'ultima potrà intervenire in giudizio o essere informata in ogni stato

¹⁰⁹ I ragionamenti svolti circa la capacità processuale e la responsabilità delle parti in sede di arbitrato valgono anche per i casi in cui la controversia versa risolta attraverso procedimenti consultivi. Per questi secondi, infatti, la Proposta ha adottato previsioni di tenore identico, in termini di individuazione della parte con capacità processuale e responsabile. Si rinvia al capitolo IV della Proposta.

¹¹⁰ Cfr, *supra*, Parte I, Cap. IV, sez. II, par. 5.

¹¹¹ *ibid.*

del procedimento e così poter adottare, se del caso, le opportune cautele nei confronti dello SM.

Nell'attesa della stipulazione dei prossimi accordi internazionali in materia di investimento, si può solo ipotizzare – alla luce dei vantaggi, dei limiti e delle preclusioni di ciascuno – quale sia l'ente e il regolamento di procedura che l'Unione potrà avere interesse a richiamare nella clausola arbitrale.

In ordine alle preclusioni, occorre meglio specificare i motivi per cui si sostiene che, allo stato attuale, il ricorso all'arbitrato ICSID da parte dell'Unione non rappresenti una soluzione, in nessuna delle possibili modalità.

In primo luogo, per quanto riguarda il ricorso bilaterale, l'art. 25 della Convenzione di Washington del 1965 prescrive le condizioni in presenza delle quali un Tribunale ICSID ha giurisdizione a dirimere la controversia; più nello specifico, e per la parte che qui interessa, l'ICSID è competente qualora la controversia verta tra lo investitore di uno Stato contraente ed un altro Stato, parte della Convenzione.¹¹²

L'Unione però non è parte della Convenzione di Washington del 1965, la cui ratifica è preclusa alle Organizzazioni internazionali.¹¹³ La partecipazione dell'Unione potrebbe quindi realizzarsi solo previo emendamento della Convenzione istitutiva dell'ICSID. Ma questa opzione non è di immediata realizzazione, atteso che qualsiasi emendamento alla Convenzione di Washington del 1965 deve essere accettato e ratificato da tutti gli Stati aderenti – ad oggi 158 Stati firmatari di cui 149 hanno già depositato i propri strumenti di ratifica/approvazione della Convenzione.¹¹⁴

In secondo luogo, deve essere escluso anche il ricorso unilaterale – solo da parte degli investitori di Stati UE, parte della Convenzione – agli arbitrati ICSID. Si tratta, infatti, di un'opzione astrattamente percorribile, ma di fatto difficilmente praticabile poiché comporta più rischi che benefici.

Da un lato, non tutti gli investitori europei possono farvi ricorso, dal momento che alcuni Stati membri, tra cui la Polonia, non sono membri della Convenzione di

¹¹² CONVENZIONE DI WASHINGTON, 1965, art. 25: “(1) *The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally*”.

¹¹³ CONVENZIONE DI WASHINGTON, 1965, art. 67: “*the Convention is open for signature on behalf of States member of the Bank*”.

¹¹⁴ CONVENZIONE DI WASHINGTON art. 66: “*If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval*”.

Washington del 1995. Dall'altro, gli Stati terzi non possono accettare di inserire nei futuri accordi con l'UE una clausola arbitrale che rinvii all'arbitrato ICSID, considerato che ai propri investitori sarà preclusa la possibilità di iniziare un tale arbitrato contro l'Unione Europea, che non è membro della Convenzione.

Da ultimo, sempre rimanendo nel sistema ICSID, si rileva la possibilità di fare ricorso alle *Additional Procedural and Facility rules*, che possono essere applicate qualora manchi una delle condizioni – soggettiva o oggettiva – di procedibilità dell'arbitrato ICSID. Tali norme, quindi, possono essere applicate nel caso in cui una sola delle parti abbia aderito alla Convenzione di Washington del 1995, ma non garantiscono gli stessi benefici che viceversa sono assicurati da un arbitrato ICSID “classico”.¹¹⁵

Più nello specifico, le parti che ricorrono alle ICSID *Additional Procedural and Facility rules* rinunciano alla procedura di annullamento dei lodi particolarmente vantaggiosa nel sistema ICSID, poiché affidata all'*ad hoc Committee*, nonché al meccanismo automatico del riconoscimento dei lodi e alla procedura agevolata di esecuzione dei medesimi.

Da quanto precede, emerge che all'Unione rimangono due opzioni cui la clausola arbitrale potrà far rinvio, alternativo o concorrente.

In primo luogo, l'Unione può decidere di ricorrere ad arbitrati amministrati sotto l'egida delle principali istituzioni arbitrali internazionali, l'*International Chamber of Commerce* (“**ICC**”) e la *Stockholm Chamber of Commerce* (“**SCC**”).

In secondo luogo, l'UE può ipotizzare la costituzione di arbitrati *ad hoc* che applichino il regolamento arbitrale UNCITRAL le cui regole sono aperte a tutti, senza distinzione tra Stati e Organizzazioni internazionali.¹¹⁶

Non si condividono le perplessità di chi sostiene che gli arbitrati amministrati e *ad hoc* non rappresentino soluzioni adeguate in caso di controversie tra Stato e privato in quanto costituiti per risolvere questioni in materia commerciale e con regole di procedura non pensate per le specifiche esigenze di un arbitrato in materia di investimenti.¹¹⁷ In realtà, la competenza e la specializzazione in un settore si

¹¹⁵ ICSID, *Additional Procedural and Facility rules*, 10 Aprile 2006, art. 2.

¹¹⁶ *Contra*, PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the future European International Investment policy*, A7-0070/2011, (2010/2203(INI)) del 22 marzo 2011, par. 33.

¹¹⁷ BURGSTALLER, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, no. 2, 2012, p. 215. L'autore sottolinea i limiti delle regole di procedura adottate dai Centri arbitrali amministrati e dall'UNCITRAL per risolvere controversie commerciali e da ciò fa derivare la riluttanza degli Stati a ricorrere a tali Centri per risolvere le controversie che sorgano su un Accordo in materia di investimento. *Contra*, si osserva che nella Carta

costruiscono in base alle esigenze; l'*impasse*, se così si vuole definire, può quindi essere superata chiamando, all'occorrenza, arbitri esperti nella materia ovvero formandone di nuovi.

Pare più opportuno soffermarsi sui vantaggi ed i limiti che discendono da ciascuna delle summenzionate procedure per individuare quella, o quelle, più idonee a garantire gli interessi dell'Unione Europea.¹¹⁸

Per quanto riguarda l'arbitrato *ad hoc* con regole UNCITRAL, si osserva che la recente adozione delle *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (“**Regole di Trasparenza**”), sembra aver colto le istanze, da più parti avanzate, di procedimenti arbitrali più trasparenti.¹¹⁹ In termini pratici, le nuove Regole di Trasparenza prevedono un obbligo generale di scambio di informazioni, memorie e documenti – con il limite per quelli particolarmente sensibili – e riconoscono ai tribunali la possibilità di ammettere memorie di terzi¹²⁰ che non sono parti dell'accordo bilaterale di investimento o che, pur essendolo, non hanno ancora avuto formalmente ingresso nel giudizio.¹²¹

dell'energia l'art. 26 (4)(c) fa rinvio a tali centri e regole di procedura per risolvere controversie in materia di investimento.

¹¹⁸ L'Unione potrebbe costruire la propria clausola compromissoria alla luce di quelle di norma inserite negli Accordi bilaterali. Di prassi, le clausole compromissorie dei BITs fanno rinvio a più di un procedimento arbitrale e possono essere di due tipi: la prima tipologia richiama o la Convenzione ICSID, o l'arbitrato *ad hoc* regolato dalle regole UNCITRAL. La seconda tipologia, invece, è definita *multi tiered* poiché prevede che l'investitore abbia un ampio ventaglio di possibilità tra cui scegliere per risolvere la controversia – si tratta di un approccio diverso da quello 'oppositivo', proprio della prima tipologia di clausole. REINISCH, MALINTOPPI, cit. In MUCHLINSKI, ORTINO e SCHREUER, cit., p. 693

¹¹⁹ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/pre-release-UNCITRAL-Rules-on-Transparency.pdf>. Tale riformulazione permette di allineare le regole del procedimento UNCITRAL a quelle dell'arbitrato ICSID, ampiamente rivisitate nel 2006 per garantire procedimenti più trasparenti e pubblici. La revisione delle regole di procedura ICSID è stata definita: “*a step in the right direction towards transparency, allowing for interested third parties to intervene in arbitral proceedings at the discretion of the tribunal and to attend hearings, although not automatically to see documents created as part of the proceedings*”. WILKIE, UNCITRAL Unveils New Transparency Rules – Blazing a Trail Towards Transparency in Investor-State Arbitration?, reperibile al sito: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/07/24/uncitral-unveils-new-transparency-rules-blazing-a-trail-towards-transparency-in-investor-state>

¹²⁰ Nella vecchia formulazione, il regolamento UNCITRAL all'art. 21.3 era solo preclusa la partecipazione di terzi in udienza. Tuttavia, tale limite vale solo per le udienze e nessun'altra previsione del Regolamento escludeva espressamente la partecipazione di terzi al procedimento. Nel caso *Methanex c. Stati Uniti* il Tribunale arbitrale ha ammesso le memorie di *amici curiae*, rilevando che nel regolamento UNCITRAL le medesime non sono escluse ed anzi, l'art. 15.1 UNCITRAL lascia all'arbitro la possibilità di organizzare il procedimento. Il Tribunale, inoltre, ha specificato che: “*receipt of written submissions from a person other than the disputing parties is not equivalent to adding that person as a party to the procedure*”. Arbitrato *ad hoc* UNCITRAL, Decisione sulla richiesta di terzi di partecipare in qualità di *amicus curiae* del 15 gennaio 2001, in causa *Methanex c. Stati Uniti*, par. 30. La nuova formulazione dichiara invece espressamente la possibilità, per i terzi, di prendere parte ai procedimenti.

¹²¹ Per un'analisi sulle Regole di Trasparenza UNCITRAL, si rinvia a: WILKIE, cit.

Le nuove regole sono vincolanti e, unitamente a quelle di procedura, saranno applicate automaticamente ai giudizi che vertono su accordi di investimento stipulati dopo il 1 aprile 2014 salvo – e questo è il vero limite – che le parti esercitino l'*opting out*.

Per ovviare a tale rischio che, di fatto, vanificherebbe i benefici del nuovo procedimento UNCITRAL, si può ipotizzare che l'Unione inserisca negli *stipulandi* accordi di investimento una clausola con cui impone alla controparte l'applicazione delle nuove regole di procedura così escludendo la facoltà di *opting out*.

Quanto agli arbitrati amministrati, si rileva che le regole di procedura non contengono obblighi che impongano agli arbitri di pubblicare le informazioni del procedimento o i lodi, né statuiscono in merito alla partecipazione dei terzi. Su questi punti le regole sono particolarmente lacunose, nel senso che non dispongono, ma neppure precludono. Ad esempio, il regolamento arbitrale della CCI non esclude la partecipazione dei terzi, ma neppure la ammette, lasciando pertanto la questione alla discrezionalità degli arbitri; lo stesso vale per le regole di procedura della CCS.¹²²

Per quanto riguarda la pubblicazione dei lodi, i regolamenti di procedura degli arbitrati amministrati non contengono previsioni specifiche, ma si rileva che essa può essere garantita in sede di riconoscimento ovvero di esecuzione.¹²³ In tali circostanze può infatti derivare maggiore trasparenza e conoscibilità degli atti del giudizio arbitrale, posto che, con l'attivazione di un procedimento nazionale, i lodi, divenendo oggetto di scrutinio di giudici nazionali, vengono sottratti alla sola disponibilità degli arbitri e delle parti.

L'analisi delle regole e dei procedimenti arbitrali amministrati merita uno studio autonomo, ma per quel che qui interessa è sufficiente evidenziare la mancanza di chiarezza su alcune questioni e, al contempo, la mancanza di preclusioni.

¹²² Entrambi i regolamenti prevedono la possibilità che gli arbitri, previo consenso delle parti, chiamino esperti in giudizio (art. 25.4 CCI; art. 29.1 CCS). Ci si domanda se l'eventualità di poter partecipare a titolo di esperto – e non di terzo – riduca i timori della Commissione di essere esclusa da un procedimento che abbia ad oggetto un Accordo misto ma per il quale sia stata riconosciuta la capacità di rispondere in giudizio allo SM.

¹²³ Di regola, il riconoscimento e l'esecuzione vengono condotti avanti giudici nazionali, nel rispetto delle previsioni della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri. Tale Convenzione semplifica la procedura di esecuzione delle sentenze e armonizza i criteri ostativi in presenza dei quali le Corti nazionali possono rifiutare, l'ingresso ai lodi arbitrali emessi in un altro Stato membro. LEBEN sostiene che: "*cette Convention a joué un rôle primordial dans la généralisation de l'arbitrage comme mode de règlement habituel de litiges du commerce international. [...] mais elle était inadaptée aux litiges opposant non pas des personnes privées entre elles, mais de personnes privées et des Etats, et non pas à propos d'échanges commerciaux au sens strict du terme, mais à propos d'investissement.*" In LEBEN, *La Théorie du Contrat d'État et l'Évolution du Droit international des Investissements*, Recueil des Cours, vol. 302, l'Aya, 2003, p. 360.

Per colmare i limiti delle procedure di arbitrato amministrato, si può quindi ipotizzare che l'Unione specifichi negli accordi internazionali *stipulandi* quei punti – accesso alle informazioni, pubblicazione lodi, partecipazione del terzo – che sono ritenuti irrinunciabili e che le regole di procedura attualmente in vigore per gli arbitrati amministrati o *ad hoc* non garantiscono.

Si rileva, inoltre, che la previsione di clausole di procedura direttamente negli accordi internazionali è una soluzione già impiegata. Il modello BIT USA prevede infatti all'art. 28.3 che “*the tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party*”.¹²⁴

Clausole di analogo tenore possono quindi essere inserite nei futuri BITs europei, magari affiancandole con altre che impongano la pubblicità delle informazioni e la pubblicazione delle sentenze. Tali previsioni sarebbero vincolanti per le parti e per gli arbitri aditi e potrebbero trovare applicazione almeno sino a quando non verranno applicate le regole di Trasparenza UNCITRAL, ovvero finché la CCI o la CCS si doteranno di norme analoghe.

In definitiva, l'arbitrato *ad hoc* condotto secondo le regole UNCITRAL e l'arbitrato amministrato si presentano come valide alternative all'arbitrato ICSID. Quest'ultimo, pur essendo convenzionalmente ritenuto il centro che offre maggiori garanzie all'investitore e trasparenza dei procedimenti, non rappresenta la soluzione né per oggi né per il futuro. Le opzioni attualmente aperte per l'Unione sono valide al punto da non potersi ritenere un “ripiego”, almeno sino a quando la Convenzione di Washington non sarà aperta alle Organizzazioni internazionali.

¹²⁴ All'art. 29 del Model BIT USA è poi contenuta la clausola di trasparenza in base alla quale: “*the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public: (a) the notice of intent; (b) the notice of arbitration; (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation]; (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and (e) orders, awards, and decisions of the tribunal*”.

CAPITOLO II

LA LEGGE APPLICABILE: L'INTERAZIONE TRA DIRITTO NAZIONALE, EUROPEO E INTERNAZIONALE.

SOMMARIO: Sezione I: Il richiamo del diritto europeo nei procedimenti arbitrali in materia di investimento. -1. Il rinvio convenzionale al diritto europeo. -2. L'applicabilità del diritto europeo in assenza di una scelta espressa di legge. -3. La prevalenza degli obblighi internazionali nell'ottica europea. -4. Segue: la prevalenza degli obblighi internazionali secondo il diritto nazionale. -5. La concorrenza di obblighi derivanti dal diritto europeo ed internazionale: la composizione ad opera degli arbitri. -6. Segue: la prevalenza del diritto europeo per il tramite dell'eccezione dell'ordine pubblico. -Sezione II: Le garanzie per l'uniforme applicazione del diritto europeo. -7. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea: una preclusione per gli arbitri. -8. Segue: la partecipazione della Commissione nel ruolo di *amicus curiae*. -9. Il rischio di un abuso dei giudizi d'impugnazione. -10. L'esecuzione dei lodi arbitrali: il rinvio alle corti statali e l'immunità dell'Unione Europea.

Sezione I

Il richiamo del diritto europeo nei procedimenti arbitrali in materia di investimento

1. IL RINVIO CONVENZIONALE AL DIRITTO EUROPEO.

Nei procedimenti arbitrali la scelta della legge applicabile assume connotazioni del tutto peculiari, posto che gli arbitri sono slegati da qualsiasi ordinamento giuridico in cui rinvenire le regole sostanziali per risolvere la questione loro sottoposta.

In generale, l'individuazione della legge applicabile alla controversia arbitrale riveste un'importanza fondamentale poiché può incidere sull'esito della stessa.

Essa, infatti, disciplina la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto. Di regola, nei procedimenti arbitrali – così come in quelli nazionali ove è posta all'esame del giudice una controversia transnazionale – può essere fatto rinvio a più di un corpo giuridico; ad esempio la *lex rei sitae* si occupa della creazione e trasferimento di diritti reali, la legge nazionale di una delle parti è applicata per valutare se sussista la capacità di stipulare la convenzione arbitrale ed, infine, la *lex loci arbitri* rileva per rinvenire i presupposti di validità della convenzione medesima in assenza di scelta espressa delle parti.

L'arbitrato è un meccanismo di risoluzione delle controversie che trova fondamento nell'autonomia delle parti e pertanto gli arbitri devono, in primo luogo, cercare nel BIT o nel regolamento contrattuale *inter partes* se lo Stato e l'investitore abbiano indentificato uno o più corpi di legge da applicare per risolvere la

controversia.⁴⁹⁴ Si parla di una o più leggi poiché, quando una fattispecie presenta collegamenti con più ordinamenti, le parti, adottando la tecnica del *depeçage*, possono decidere di regolarla con una pluralità di fonti che derivano da altrettanti ordinamenti giuridici.

In assenza dell'espressa previsione di legge, gli arbitri la individuano seguendo le regole di procedura applicabili.

Di norma, infatti, qualsiasi regolamento arbitrale contiene una clausola che indica al collegio la legge applicabile, o meglio, i criteri e le condizioni per individuarla.

In questi casi il procedimento di individuazione della legge si articola in due fasi: prima l'arbitro cerca la legge – *rectius*, il *corpus* giuridico da applicare –, poi il contenuto della medesima che può trovare effettiva applicazione al caso.⁴⁹⁵

Poste queste premesse, occorre valutare se, e a quali condizioni, il diritto europeo possa trovare applicazione per regolare le controversie avanti un arbitro e se quest'ultimo sia libero di applicarlo e interpretarlo.

Nei più recenti procedimenti arbitrali, incardinati in relazione alla presunta violazione di un BIT europeo o del regolamento contrattuale derivato, le eccezioni delle parti sulla legge applicabile – di norma sollevate dagli Stati convenuti per richiamare il diritto europeo e così legittimare la propria condotta, in (presunta) violazione della fonte internazionale – hanno imposto agli arbitri di argomentare sulla legittimità del rinvio al diritto UE.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Le parti del BIT possono rinviare, potenzialmente, alle previsioni di un qualsiasi ordinamento giuridico con tale espressione intendendo “*un ensemble de règles spécifiques et d'organes aptes a les appliquer, qui émerge de la formation et de l'activité d'un groupe social lui-même spécifique*”. GOLDMAN, *L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria*, in *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1986, p. 8. L'esistenza di un ordinamento giuridico dipende, quindi, da un insieme di norme specifiche e di organi giurisdizionali che le applicano, riferibili ad un gruppo sociale altrettanto specifico. I confini del concetto di ordinamento giuridico sono stati volontariamente lasciati ampi; esso postula un'equivalenza tra ordinamento giuridico e Stato anche se, al giorno d'oggi, tale concetto può essere applicato anche all'ordinamento giuridico internazionale – che regola i rapporti tra gli Stati – e transazionale. Transazionale, nel senso che sarà applicato esclusivamente alle relazioni tra persone e gruppi privati, superando le frontiere statali senza il coinvolgimento degli Stati. Per la dottrina, incline a porre la *lex mercatoria* alla base di un sistema giuridico autonomo, indipendente e separato, si rinvia a BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005, pp. 83-155

⁴⁹⁵ BANIFATEMI, *The law applicable in investment Treaty arbitration*, in YANNACA-SMALL (eds.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, pp. 191 ss..

⁴⁹⁶ Non di rado, nei giudizi sino ad ora sollevati avanti Corti arbitrali, gli arbitri sono stati aditi per violazione sia del BIT sia del regolamento contrattuale sottostante; si ricorda che le domande sui contratti sono legittimate in sede arbitrale nella misura in cui il BIT contenga una clausola ombrello il cui effetto è, appunto, quello di elevare a livello del trattato le presunte violazioni del contratto *inter partes*. Nel caso AES, ad esempio, il Tribunale ha ritenuto di non potersi pronunciare sulla violazione del contratto poiché, nonostante la Carta dell'energia all'art. 26 preveda la clausola ombrello, vi sono alcuni

La molteplicità dei casi in cui è stato ammesso il richiamo al diritto UE si comprende alla luce della natura multiforme di tale *corpus* normativo che è, al contempo, il diritto di un ordinamento giuridico autonomo, quello europeo, diritto nazionale degli SM e diritto internazionale, poiché derivato dai Trattati istitutivi.⁴⁹⁷

Ciò implica che il diritto UE può essere applicato direttamente in quanto diritto del sistema europeo, ovvero indirettamente poiché parte dell'ordinamento internazionale e/o nazionale.

Nella pratica, si osserva che tutte le regole di procedura arbitrali permettono il rinvio diretto o indiretto al diritto UE.

Più nello specifico, l'art. 42.1 della Convenzione ICSID distingue due possibili situazioni: nella prima, le parti richiamano esplicitamente le norme di diritto che l'arbitro applicherà alla controversia.⁴⁹⁸ Nella seconda, lo stesso art. 42.1 riconosce che, in assenza di esplicito richiamo di una legge, il collegio di arbitri applichi il diritto dello Stato parte della controversia, comprese le regole di conflitto, unitamente ai principi di diritto internazionale in materia.

Dunque, il diritto europeo risulta applicabile nell'ipotesi sia di *optio legis* operata dalle parti sia di rinvio al diritto internazionale – quest'ultimo profilo sarà oggetto del paragrafo che segue.

Quanto alla prima circostanza, quindi in caso di *optio legis*, la prassi e la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che l'espressione “*rules of laws*” – che si rinviene nella formulazione inglese della norma predetta – e non “*laws*”, conferisca alle parti la facoltà di rinviare anche alle regole di natura non statale, quali i principi di diritto, la *lex mercatoria*⁴⁹⁹ ed anche, per quel che qui rileva, il diritto europeo.⁵⁰⁰

membri contraenti, tra cui lo Stato convenuto in giudizio, che ne hanno escluso l'applicazione nelle controversie che li coinvolgono. *AES c. Ungheria*, cit., par 9.3.3.

⁴⁹⁷ *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE) and European Union (EU) regulations are directly applicable sources in the national legal order of EU Member States, regardless of how these states otherwise regard international instruments.* KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The interplay between National and International Law*, Oxford, 2013, p. 184.

⁴⁹⁸ Convenzione di Washington, art. 42: “*the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement the Tribunal shall apply the law of the contracting States party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*”.

⁴⁹⁹ Sono forti le critiche a quella parte della dottrina che, pur non concentrandosi sull'esistenza o meno di un ordinamento giuridico transnazionale – speculazione messa oramai all'angolo, per favorire un approccio al tema su *questioni pratiche* (Boschiero) – non è riuscita a dimostrare la funzione eteronoma per la quale la *lex mercatoria* sarebbe: “*suscettibile di acquisire rilevanza giuridica unicamente nella misura in cui lo Stato provvede a recepirne il contenuto direttamente, per il tramite dell'autonomia delle parti, o indirettamente per il tramite del riconoscimento delle sentenze arbitrali?*”. BOSCHIERO, cit., p. 88. Si rinvia anche a: ALEXANDROV, *Reservations in unilateral declarations accepting the compulsory jurisdiction of the International court of justice*, Leiden, 1995, pp. 10-15.

In altre parole, non vi è limite alla facoltà di rinviare a leggi non statali essendo sufficiente che le regole indicate siano dotate di giuridicità, poiché espressione di un dato ordinamento giuridico o di un gruppo sociale.⁵⁰¹

Lo stesso richiamo espresso può esserci sia in caso di arbitrato *ad hoc* condotto nel rispetto delle regole UNCITRAL sia in caso di arbitrato amministrato CCI e CCS.

Per quanto riguarda il primo, l'art. 35.1 delle regole di procedura UNCITRAL prevede che l'arbitro faccia uso delle regole individuate dalle parti come legge applicabile alla controversia dovendo, in assenza, rinviare al diritto che ritiene appropriato.⁵⁰² La clausola così formulata presenta una struttura "classica" prevedendo che, in mancanza di puntuali previsioni, il giudice sia libero di identificare il *corpus* giuridico cui attingere la disciplina sostanziale per risolvere il caso sottoposto al suo esame.⁵⁰³

L'art. 17 delle regole di procedura predisposte dalla Camera di Commercio internazionale prevede che le parti possano rinviare alle regole di diritto da applicare e, in mancanza, gli arbitri possono fare rinvio alle regole di diritto appropriate. Del pari, l'art. 24 delle regole di procedura della Camera di commercio di Stoccolma rinvia alla scelta di legge operata dalle parti e, in mancanza, al diritto ovvero alle regole di diritto

⁵⁰⁰ Pare corretta la concezione per cui il significato di *rules of law* – quindi delle norme che le parti indicano come applicabili al caso – deve essere interpretato nell'accezione più ampia possibile pensando: "*all'Etat hôte comme étant n système global, vivant et ouvert capable donc d'inclure, outre les dispositions d'un droit étranger éventuellement évoqué, les règles internationales applicables, quelles soient conventionnelles ou coutumières, ainsi que le droit européen primaire et secondaire en matière d'investissement pour ce qui est des Etats membres de l'Union.*" GIARDINA, *Le développement de l'arbitrage: les besoins spécifiques de l'Union européenne*, in KASSEDJIAN (sous la direction de), cit., p. 151. Quanto alla forma, si ritiene che l'accordo delle parti sul diritto applicabile debba essere espresso; la ricerca di un accordo implicito non sarebbe infatti necessaria, prevedendo lo stesso art. 42 un metodo alternativo per rinvenire la legge applicabile in assenza di *optio legis*. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008, p. 285.

⁵⁰¹ Come osservato, anche: "*I principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni e in particolare quelli esistenti in materia commerciale, sono indicati come normativa direttamente applicabile in materia, nonché come sostrato unitario delle norme interne eventualmente rilevanti, in virtù della comune civiltà giuridica dell'ambiente in cui il fenomeno si sviluppa*". SACERDOTI, *Contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 321.

⁵⁰² UNCITRAL Arbitration Rules del 2010, art. 35.1: "*1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate*".

⁵⁰³ La nuova versione della regola UNCITRAL prevede che gli Arbitri possono far rinvio alle regole di diritto e non più al diritto, come invece appariva nella formulazione pre riformulazione del 2010. Gli effetti di tale riformulazione non sono propriamente chiari, dal momento che diritto e regole di diritto hanno un'estensione diversa. In termini pratici, però, e per quel che interessa alla nostra indagine, dovrebbe continuare ad essere possibile il rinvio al diritto europeo, che può essere sussunto anche nella qualificazione di regole di diritto. Per un'analisi sul punto, si rinvia a BERNARDINI, *La revisione del Regolamento di arbitrato UNCITRAL*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, pp. 690 ss..

ritenute appropriate – tra cui può figurare anche il diritto internazionale.⁵⁰⁴

In tutte le ipotesi menzionate, qualora vi sia stata una scelta espressa delle parti, il diritto europeo può essere richiamato sia in quanto diritto direttamente scelto dalle parti sia in quanto parte del diritto nazionale o del diritto internazionale.

Questa seconda opzione è possibile proprio per la natura peculiare e “multiforme” del diritto europeo che è, come già anticipato, parte dei diritti nazionali degli SM che vi si adattano e al contempo parte del diritto internazionale, trovando fonte in un trattato internazionale. In altre parole, e più precisamente, il diritto europeo può essere descritto come “*un ordre juridique interne d’origine internationale*”.⁵⁰⁵

Nelle controversie sino ad ora insorte su BITs europei, gli arbitri non hanno applicato direttamente il diritto europeo posto che, in nessun caso, la clausola arbitrare sul diritto applicabile alla controversia rinviava al diritto europeo. Tuttavia, si rileva che sono sorti dubbi sulla possibilità di operare un rinvio indiretto al diritto europeo in quanto parte del diritto nazionale ovvero internazionale, richiamati dalle parti.

Quanto alla prima ipotesi, il diritto europeo può essere applicato nei limiti in cui le parti abbiano deciso di sottoporre la fattispecie al diritto nazionale di uno Stato che sia membro dell’Unione. Il diritto europeo, costituisce sì un diritto sovranazionale ma, una volta entrato nel diritto nazionale per via dei procedimenti di adattamento degli SM, diviene a sua volta diritto nazionale.⁵⁰⁶

Al riguardo si presume che, quando la scelta ricade sul diritto di un ordinamento interno, essa comprende tutte le fonti di diritto nel medesimo presenti.

Del diritto europeo possono quindi rilevare sia i principi fondamentali sia le fonti secondarie incorporate nell’ordinamento nazionale; del pari, il diritto europeo può essere richiamato attraverso il meccanismo delle regole di conflitto dell’ordinamento

⁵⁰⁴ Si osserva che nel caso *Eastern Sugar* il tribunale ha affermato che la dichiarazione allegata da parte convenuta – che avrebbe dovuto aiutare ad interpretare la clausola arbitrare – in realtà: “*explains in a contorted way what art. 8.6 of the BIT means*”. Pertanto, per individuare la legge applicabile alla controversia, il Tribunale può andare oltre il significato letterale della clausola arbitrare, ritenendo appropriata l’applicazione del diritto internazionale non solo come *gap-filling* quindi solo quando la regola nazionale è in conflitto con tale diritto ma anche in sostituzione della legge nazionale richiamata. Infatti: “*it is only where international law is silent that the arbitral Tribunal should consider before reaching any decision how non-conflicting provisions of czech law might be relevant, and of so, could be taken into account*”. CCS, *Eastern Sugar c. Repubblica Ceca*, cit., par. 196-197.

⁵⁰⁵ Conclusioni dell’Avvocato Generale Maduro del 3 settembre 2008, in causa 402/5 *Kadi e Al Barakaat International Foundation / Consiglio e Commissione* (Kadi), in *Raccolta*, 2008, p. I-06351, par. 21.

⁵⁰⁶ ICSID, *Electrabel c. Ungheria*, cit., par. 4118. Secondo Alland il diritto dell’Unione è “*droit interne d’origine internationale*”. ALLAND, “*Le juge français et le droit d’origine internationale*”, in P.M. DUPUY (ED.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat*, Parigi, 2001, pp. 47-59. Sul diritto europeo come fonte del diritto nazionale, si rinvia a sentenza del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, cit..

nazionale scelto dalle parti. In quest'ultimo caso gli arbitri, partendo dalle regole di conflitto della legge nazionale richiamata, possono rinvenire nell'ordinamento europeo le regole sostanziali da applicare al caso in esame. In termini pratici ciò significa che, scelto l'ordinamento in cui ricercare la legge applicabile, quest'ultimo potrebbe rinviare al diritto secondario europeo, che quindi dovrebbe essere impiegato per regolare la fattispecie, ovvero alle regole di conflitto contenute nei Regolamenti europei che individueranno la legge da applicare alla controversia.

Tra le tante, si prendano ad esempio le regole di conflitto italiane, raccolte nella Legge n. 218/1995 e, specificamente, quelle in materia di obbligazioni contrattuali. L'art. 57 della precitata legge impone che *“le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma 1980 [...]”*. Questa Convenzione è stata sostituita, per gli Stati membri, dal Regolamento europeo n. 593/2008 (c.d. “Regolamento Roma I”) e, pertanto, se l'arbitro si trovasse a dover decidere del rapporto contrattuale – ove le parti siano uno SM e l'investitore di uno SM – e la legge individuata dalle parti rinviasse al diritto italiano, quest'ultimo dovrà trovare la legge applicabile facendo rinvio al Regolamento Roma I predetto.

Come anticipato, inoltre, il diritto europeo può essere richiamato indirettamente in quanto diritto internazionale, cui la clausola arbitrale espressamente rinvia.⁵⁰⁷

Tale *corpus* giuridico ha origine nei Trattati istitutivi che sono trattati internazionali, indipendentemente dal fatto che abbiano creato un sistema regionale autonomo.⁵⁰⁸

Ciò significa che il diritto europeo è tutto diritto internazionale. E' diritto internazionale non solo il diritto primario, quindi i Trattati istitutivi e i principi generali, ma anche il diritto derivato, così come peraltro è stato statuito sin dalle origini dell'Unione Europea.⁵⁰⁹ Al riguardo, il tribunale arbitrale nel caso Electrabel ha ritenuto che *“all legal rules are part of a regional system of international law and therefore have an*

⁵⁰⁷ Si osserva che le parti possono costruire le clausole in modo tale che, pur non prevedendo un rinvio in senso tecnico al diritto internazionale, sanciscono: *“l'impegno delle parti di eseguire il contratto in buona fede, sulla base di un'interpretazione ragionevole del contratto”*. In tal caso, sarà inevitabile, e legittimo, il richiamo a principi internazionali, SACERDOTI, cit., p. 71.

⁵⁰⁸ *“The fact that the EC Treaty differs from ordinary international agreements is no warrant for presuming that the law it establishes is not part of, and governed by international law...Consequently, EC law is best viewed as a subsystem of public international law, though a highly developed international legal order with particular features, in particular the primacy of EC law over national law and direct effect of EC law”*. BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of international arbitration*, 2009, p. 191.

⁵⁰⁹ Nella causa Van Gend en Loos la Corte ha statuito che: *“the community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights”*, Sentenza del 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, in *Raccolta*, 1963, p. 00003, p. 12.

international legal character”.⁵¹⁰

Da ciò deriva che, quando una clausola arbitrale rinvia, ad esempio, a “*the law in force of the contracting party concerned, the provisions of this agreement, and other relevant agreements between the contracting parties and the principle of international law*” potrebbe essere fatto rinvio al diritto europeo.⁵¹¹

Al riguardo, si osserva che nel caso *Eureko*, il Tribunale ha giustificato il rinvio al diritto europeo considerando che “*in principle EU law appears to fall within the scope of the first two and the last bullet point [della clausola arbitrale]. Accordingly, the Tribunal considers that in principle the EU legal doctrines, including those of supremacy, precedence, direct effect, direct applicability are part of the EU law that might fall to be applied by the Tribunal in this case under art. 8.6 of the BIT*”.⁵¹²

Da ultimo, si osserva che in due procedimenti arbitrali il diritto europeo è stato richiamato come fatto. Nel caso *AES*, ad esempio, il Tribunale ha precisato che l'accordo tra le parti chiaramente rinviava, in quanto diritto applicabile, alla Carta dell'energia nonché ai principi del diritto internazionale, ma ha riconosciuto che il diritto UE può essere considerato come fatto “*Community law, including Community competition law, is considered the equivalent of internal or municipal law for the purpose of the proceeding. Community law is thus merely a fact to be considered by the tribunal when determining the law applicable*”.⁵¹³

Ancora, nel caso *Electrabel*, gli arbitri hanno riconosciuto che il diritto europeo può essere applicato in quanto parte del diritto internazionale richiamato ma, in quanto parte del diritto nazionale rileva solo come fatto.⁵¹⁴

Da questa prospettiva, quindi, il diritto europeo è stato richiamato solo per aiutare gli arbitri nella qualificazione della fattispecie al loro esame. Il diritto europeo diviene quindi strumento per identificare norme materiali idonee a inquadrare la fattispecie di interesse.

È ragionevole pensare che nei casi predetti gli arbitri, richiamando il diritto europeo come fatto, abbiano voluto limitare la propria cognizione su tale *corpus* giuridico per evitare di dover addentrarsi nel rapporto tra il diritto internazionale ed

⁵¹⁰ ICSID, *Electrabel c. Ungheria*, cit., par. 4.122

⁵¹¹ Art. 8.6 del BIT tra Olanda e Repubblica Ceca e Slovacca, 1992. Per il testo del BIT si rinvia a: http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/czech_netherlands.pdf.

⁵¹² CPA, *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit. par. 289.

⁵¹³ ICSID, *AES c. Ungheria*, cit., par. 7.3.4.

⁵¹⁴ ICSID, *Electrabel c. Ungheria*, cit., par. 4.127 ss.; per la dottrina si rinvia a LICKŮVA, cit.

europeo.

In definitiva, gli arbitri, partendo dalla clausola compromissoria, possono concludere nel senso di dover applicare il diritto europeo. Il rinvio a tale diritto, se e nei limiti in cui è realizzato, è funzionale a risolvere la controversia, quindi rileva per qualificare la fattispecie e regolarla. Il diritto europeo deve, in altre parole, aiutare il giudice nell'attività ermeneutico-interpretativa, aggiungendo elementi per arrivare alla soluzione del caso. Di contro, il rinvio al diritto europeo non implica che gli arbitri giudichino se la condotta della parte sia ad esso contraria.⁵¹⁵

Si osserva, tuttavia, che l'applicazione del diritto europeo non può divenire un abuso. Ed invero, poiché oggetto dell'esame degli arbitri è la compatibilità di una condotta rispetto alle previsioni di un accordo internazionale o di un contratto di investimento, il diritto europeo, al pari di quello nazionale ed internazionale, rileva se e nella misura in cui espressamente richiamato ovvero, come appresso si vedrà, se individuato dagli arbitri come diritto da applicare in mancanza di scelta delle parti.

Al pari delle altre fonti summenzionate, non può essere imposto solo per i suoi attributi classici, primato e diretta applicabilità, che valgono solo nelle relazioni intra-europee e, con ben diversa intensità, nelle relazioni esterne.⁵¹⁶

2. L'APPLICABILITÀ DEL DIRITTO EUROPEO IN ASSENZA DI UNA SCELTA ESPRESSA DI LEGGE.

Nel paragrafo precedente è stato anticipato che, in mancanza di scelta delle parti, gli arbitri devono rinvenire la legge applicabile alla controversia nel rispetto delle norme che regolano il procedimento arbitrale. In queste circostanze, il diritto europeo può essere applicato dagli arbitri in quanto fonte del diritto ritenuta appropriata alla fattispecie o in quanto parte del diritto internazionale qualora a quest'ultimo possa essere fatto rinvio.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Nel caso Eureka il Tribunale ha precisato però che: “*is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such. The manner and extent to which that clear and fixed limitation on the jurisdiction of the Tribunal may impact upon the cases presented by the parties will become clear at the merits stage.*” CPA, *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 290.

⁵¹⁶ *Infra*, Parte I, cap. II, sez. II, par. 3-4.

⁵¹⁷ Si può poi ipotizzare il richiamo del diritto europeo anche attraverso il rinvio all'art. 31.3.c della Convenzione di Vienna, 1969 che prevede l'interpretazione sistematica dei Trattati. Secondo tale impostazione, dalla *lex specialis* – quella contenuta nel Trattato – si passa al contesto generale e, quindi, alle previsioni sovraordinate che possono trovare applicazione alla fattispecie in esame dei giudici/arbitri. Da tale prospettiva si potrebbe ammettere che le disposizioni di un BIT siano interpretate anche alla luce del diritto dell'Unione, posto che quest'ultimo è parte degli ordinamenti

Al riguardo, si è già detto che l'art. 42.1 della Convenzione ICSID stabilisce che se le parti non rinviano espressamente alla legge applicabile, il tribunale applichi non solo la legge delle parti contraenti ma anche “*such rules and principle of international law as may be applicable*”.⁵¹⁸ Tale previsione definisce una gerarchia tra le due fonti – quella nazionale e quella internazionale – nel senso che la seconda è applicata solo dopo che sia stata individuata la legge nazionale rilevante.⁵¹⁹

Sul rinvio al diritto internazionale di cui al predetto art. 42.1 è necessaria una specificazione.

Qualora la controversia abbia a oggetto un *treaty claim*, il diritto internazionale si applica *proprio vigore* e senza che l'art. 42.1 svolga la funzione di richiamo: ad esempio, la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati '69 deve di necessità essere applicata per risolvere problemi, magari interpretativi, del BIT tra le parti.

Per converso, se la controversia ha ad oggetto un inadempimento contrattuale, l'art. 42 individua, come applicabili, la *lex contractus* – poiché si tratta di rapporti giuridici inter-individuali – e le norme di diritto internazionale privato.⁵²⁰

Premesso ciò, interessa capire quali siano i limiti entro i quali il diritto internazionale – e quindi anche il diritto europeo – possa essere richiamato per regolare questa seconda tipologia di rapporti tra le parti, qualora costoro non abbiano fatto espresso rinvio alla legge applicabile.⁵²¹

nazionali della, o delle, parte dell'accordo medesimo. Sul punto, si rinvia a: CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et Accord internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?*, in *Revue Générale de Droit International Privé*, T.115, n. 4, 2011, pp. 853-895.

⁵¹⁸Nella formulazione inglese si legge: “*and such rules of [...]*” in quella francese invece: “*ainsi que les principe de droit international [...]*”. Non è chiaro se la traduzione in francese riduca l'ambito di applicabilità del diritto internazionale. Tuttavia, come osservato: “*au niveau de la pratique per les commentateurs et par la jurisprudence des Tribunaux CIRDI semblent d'accord pour affirmer que tant les principes généraux que le droit conventionnel doivent être respectés et appliqués par le Tribunal CIRDP*”. GIARDINA, *Le développement de l'arbitrage: les besoins spécifiques de l'Union européenne*, in KASSEDJIAN, cit., p. 151.

⁵¹⁹Come di recente statuito nel caso Ioan Micula: “*Pursuant to art. 42.2 of the ICSID Convention the Tribunal will certainly apply residually international law if the other applicable rules are silent or obscure or are eventually determined not to apply razione temporis*”. Tribunale ICSID, Decisione sulla giurisdizione e l'ammissibilità, in causa ARB/05/20, Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Romania.

⁵²⁰L'art. 42 riveste, talvolta, la funzione di norma di conflitto, e ciò accade solo quando ad oggetto vi sono rapporti di natura privata. In caso contrario: “*L'art. 42 non può essere considerato norma di diritto internazionale privato, richiamante in primo luogo il diritto nazionale dello Stato ospite. Infatti il carattere privatistico delle situazioni giuridiche costituisce [...] il fondamento ed il limite del dir.int.pr. Quando la controversia ha ad oggetto [...] situazioni, aventi origine nel diritto internazionale – quali la violazione di standard di trattamento sanciti nel trattato –, non vi è spazio perché operi una norma di dir.int.pr.*” Il richiamo: “*al diritto internazionale accanto alla lex contractus ha la funzione di assicurare una certa stabilità del quadro normativo cui è sottoposto l'accordo, che altrimenti potrebbe essere mutato unilateralmente allo Stato parte a danno dell'investitore*”. CRESPI REGHIZZI, *Diritto internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, gennaio-marzo 2009, pp. 26-29.

⁵²¹SCHREUER, *Investment Disputes*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, p. 6.

Al riguardo, si osserva che al diritto internazionale è riconosciuto un ruolo sia “correttivo” sia “integrativo”.

Nel primo caso il diritto internazionale opera solo dopo che sia stata individuata, dalle parti o dai giudici, la legge applicabile – in questo senso è possibile rinvenire una analogia con il limite dell’ordine pubblico.⁵²² Con funzione “correttiva” del diritto internazionale si intende, infatti, la possibilità di arginare l’applicazione del diritto nazionale, qualora “*la condotta dello Stato ospite sia formalmente corretta alla luce del diritto contrattuale applicabile, ma sia in contrasto con alcuni standard di protezione degli investimenti, contenuti in norme internazionali, consuetudinarie o pattizie*”.⁵²³ Tale funzione non implica una correzione, nel senso tecnico del termine, del diritto nazionale applicabile, bensì la disapplicazione delle previsioni nazionali che il tribunale sarebbe tenuto ad applicare ma che risultano incompatibili con il diritto internazionale.⁵²⁴ Da ciò consegue la sostituzione delle norme nazionali con regole internazionali, convenzionali e consuetudinarie, nei limiti, ovviamente, in cui le prime si pongono in contrasto con le seconde.⁵²⁵

Di funzione “integrativa” si parla, invece, quando il diritto internazionale interviene in presenza di lacune del diritto nazionale applicabile.⁵²⁶ La funzione integrativa rispecchia il fatto che gli ambiti di operatività dei due insiemi di norme – nazionale e internazionale – sono distinti, in quanto il primo regola rapporti inter-individuali mentre il secondo rapporti tra Stati.⁵²⁷ Proprio per questo, il diritto

⁵²² “L’art. 42 opera come norma di diritto internazionale privato al fine di determinare la legge regolatrice del contratto. [...] la *lex contractus* è quella designata dall’accordo delle parti o, in mancanza di accordo, quella dello Stato della controversia (compreso il diritto internazionale privato). Rispetto alla *lex contractus* il diritto internazionale è chiamato a svolgere una funzione ‘correttiva’ [...] l’esigenza di assicurare il rispetto del diritto internazionale anche in relazione a controversie contrattuali deriva dalla necessità di tutelare le situazioni giuridiche di cui l’investitore è titolare nell’ambiente giuridico creato dal trattato che costituisce il riflesso di norme internazionali?”. CRESPI REGHIZZI, cit., p. 35.

⁵²³ CRESPI REGHIZZI, cit., p. 33.

⁵²⁴ GIARDINA, cit., p.151.

⁵²⁵ Per un esempio di sostituzione di norme nazionali in contrasto con il rinvio nazionale: Tribunale ICSID, lodo del 17 febbraio 2000, in causa ARB/96/1, *Compania del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*.

⁵²⁶ Il sistema ICSID non ammette pronunce di *non liquet*. Da ciò deriva che gli arbitri, in presenza di lacune dell’ordinamento nazionale richiamato, devono rinvenire la norma da applicare nel diritto internazionale. Ovviamente “*the arbitrators should not reach the conclusion that there are gaps in applicable law too swiftly. It is only for those particular parts of the dispute where a true lacuna exists that a Tribunal would be authorized to apply international law*”. DELAUME, *The Pyramids Stand – the pharaohs can rest in peace*, in *ICSID Review*, n. 8, 1993.

⁵²⁷ Nel caso *LETCO* il Tribunale ICSID riconosce proprio che: “*the law of the Contracting State is recognized as paramount within its own territory, but it is nevertheless subject to control by international law*”. ICSID, ARB/83/2, *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, lodo finale (31 marzo 1986), par. 658.

internazionale trova applicazione dopo che è avvenuta la ricerca del diritto nazionale applicabile al caso concreto.⁵²⁸

Alla luce di quanto precede, il diritto europeo può trovare applicazione in quanto diritto internazionale convenzionale. In questa prospettiva, il diritto europeo è applicato attraverso i meccanismi volti a colmare le lacune del diritto nazionale ovvero, se del caso, a correggerlo.

In termini pratici ed ipotizzando una gerarchia delle fonti da cui attingere in assenza di scelta espressa delle parti, gli arbitri chiamati a dirimere una controversia su un regolamento contrattuale devono prima cercare la legge nazionale applicabile, per poi integrarla, ovvero correggerla, con il diritto internazionale ovvero europeo.

Per quanto concerne i sistemi arbitrali di risoluzione delle controversie altri rispetto all'ICSID, si evidenzia che le clausole sulla legge applicabile contenute nelle regole di procedura UNCITRAL, nonché degli arbitrati amministrati CCI e CCS, non rinviano al diritto internazionale.⁵²⁹ Pertanto, alla luce di quanto anticipato nel paragrafo che precede, in assenza di uno specifico rinvio al diritto internazionale contenuto nei BITs o nel regolamento contrattuale, il diritto europeo, in quanto diritto internazionale, può essere richiamato solo se le norme del primo sono ritenute rilevanti per risolvere la fattispecie.⁵³⁰

In proposito, si osserva che quando il diritto europeo è richiamato come parte del diritto internazionale trova applicazione nei limiti in cui non si ponga in contrasto con i principi di diritto internazionale e le regole che gestiscono il rapporto tra fonti internazionali convenzionali e tra fonti convenzionali e consuetudinarie. Il diritto europeo deve, quindi, rispettare i principi di diritto internazionale e, al contempo, non può prevalere su una fonte internazionale convenzionale, qualora quest'ultima sia stata sottoscritta successivamente al primo (principio *lex posterior posterior derogat priori*).

⁵²⁸ GAILLARD, BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID review – foreign investment law journal*, n. 18, 2003, pp. 392-393.

⁵²⁹ Si osserva che le parti possono costruire le clausole in modo tale che, pur non prevedendo un rinvio in senso tecnico al diritto internazionale, sanciscono: “*l'impegno delle parti di eseguire il contratto in buona fede, sulla base di un'interpretazione ragionevole del contratto*”. In tal caso, sarà inevitabile, e legittimo, il richiamo a principi internazionali, SACERDOTI, cit., p. 71.

⁵³⁰ Si osserva, peraltro, che il diritto europeo può essere richiamato “*Il sera toujours possible d'interpréter et d'appliquer le droit national désigné d'une manière ample et ouverte, et donc comme englobant le droit international conventionnel, tel que le TBI, mais également le droit international coutumier et le droit impératif, tant général que particulier*”, GIARDINA, cit., p. 156.

Tale limitazione si giustifica alla luce del fatto che il sistema giuridico europeo quando è richiamato nelle relazioni esterne è soggetto a tutte le regole che valgono per l'ordinamento giuridico internazionale, di cui è parte.⁵³¹

Al riguardo, nel caso Eureka, il Tribunale ha statuito che, tenuto conto che la propria competenza trova fondamento nel BIT, le conseguenze dell'applicazione del diritto europeo devono essere valutate “*within the framework of the rules of international law and not in disregard of those rules*”.⁵³²

Sulla scorta di tutto quanto precede, si può concludere sostenendo che il diritto europeo rientra tra i diritti che gli arbitri possono individuare come applicabile alla fattispecie oggetto del specifico giudizio.

Per completezza, occorre tuttavia precisare che la scelta di applicarlo come parte del diritto nazionale ovvero in quanto parte del diritto internazionale produce conseguenze politiche diverse.

La prima è la prospettiva preferita dalle Istituzioni europee, poiché conferma il primato del diritto europeo sui diritti degli Stati membri, in un'ottica federalista che pone l'Unione al vertice. Di contro, la prospettiva di applicare il diritto europeo in quanto diritto internazionale trova il consenso degli Stati membri, poiché rispetta l'autonomia di ciascuno di definire le proprie relazioni esterne con i Paesi terzi.

I giudizi incardinati avanti corti arbitrali hanno sino ad ora avuto pronunce solo sulla giurisdizione; la problematica della legge applicabile ha quindi avuto un ruolo piuttosto marginale, trattandosi di una questione che assume rilievo nella fase di merito.⁵³³

⁵³¹ La giurisprudenza europea ha sempre riconosciuto che l'Unione Europea rispetta i principi dell'ordinamento internazionale. In un passaggio della sentenza Poulson si legge che: “*the position of the Community in relation to international law is that the European Community must respect international law in the exercise of its power and... consequently, the relevant Community rule must be interpreted, and its scope limited, in the light of the relevant rule of the international law of the sea [diritto applicato nel caso di specie]*”, sentenza del 24 novembre 1992, in causa 286/90, *Poulsen c. Dina Corp.*, in *Raccolta*, 1992, p. I-06019. Nel caso Række, poi, la consuetudine internazionale è applicata, indirettamente, come strumento per interpretare e legittimare un principio europeo: “*the Community had to respect international law in the exercise of its powers and was required to comply with the rules of customary international law when adopting a regulation suspending the trade concession granted by an agreement. It followed that the customary international rules concerning the termination and the suspension of Treaty relations by reason of a fundamental change of circumstances were binding upon the Community institutions and formed part of the Community legal order*”. Sentenza del 16 giugno 1998, in causa 162/96, *Række c. Hauptzollamt Mainz*, in *Raccolta*, 1998 p. I-03655.

⁵³² CPA, *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 220 ss..

⁵³³ Ben diversa la questione dell'applicazione del diritto europeo nei giudizi promossi avanti la Corte di giustizia. Specificamente, nel caso Commissione c. Finlandia, la Corte ha condannato lo Stato convenuto seguendo un ragionamento a tratti non lineare. Nel caso di specie, lo Stato convenuto ha cercato di dimostrare la compatibilità delle clausole del BIT con il diritto europeo, assumendo che, poiché il diritto europeo è parte di quello nazionale, le clausole del BIT sarebbero dovute essere

3. LA PREVALENZA DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI NELL'OTTICA EUROPEA.

Come è stato anticipato, può accadere che lo SM, agendo nel rispetto di un vincolo europeo, violi le previsioni del BIT o del regolamento contrattuale di cui è parte. In tali circostanze, prima ancora di individuare gli strumenti a disposizione degli arbitri per risolvere i conflitti tra fonti, occorre inquadrare il rapporto intercorrente tra diritto internazionale ed europeo dalla prospettiva dell'Unione e degli SM. Della prima si occupa il presente paragrafo, la seconda è oggetto del successivo.

La doppia prospettiva è utile, poiché le controversie arbitrali possono sorgere sia da accordi sottoscritti in forma mista, da Unione e SM, sia da accordi di cui è parte solo lo SM. Per risolvere il conflitto tra fonti europea e internazionale, occorre dunque primariamente valutare se, ed in quale misura, l'Unione e gli SM siano vincolati al rispetto degli obblighi internazionali e quale rango questi ultimi assumano nel rapporto tra le fonti dei due ordinamenti su richiamati.

Quanto alla prospettiva dell'Unione, il rapporto tra diritto internazionale ed europeo può essere qualificato al pari di quello tra UE e SM, alla luce quindi della teoria dei limiti e dei contro-limiti.⁵³⁴ Le Istituzioni europee sono vincolate sia agli accordi internazionali sottoscritti dall'Unione sia al diritto internazionale consuetudinario e ai principi di diritto internazionale, nella misura in cui tali fonti non si pongano in contrasto con i diritti fondamentali europei.⁵³⁵

Per quanto concerne i trattati internazionali sottoscritti dall'Unione, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha sempre riconosciuto che l'Unione è

interpretate in modo conforme al diritto finlandese e, quindi, europeo. LA Corte invece ha riconosciuto l'incompatibilità tra le previsioni delle due fonti normative – il BIT e il diritto dell'Unione – sostenendo che il primo non sarebbe potuto essere interpretato anche alla luce del diritto dell'Unione. La Corte sostiene che le previsioni del BIT devono essere interpretate alla luce della Convenzione di Vienna e vi è il dubbio che queste ultime possano essere influenzate dai diritti interni degli Stati ove sono applicate. Sentenza del 19 novembre 2009, in causa 118/07, *Commissione c. Finlandia*, in *Raccolta* 2009, p. I-10889, punto 39 ss..

⁵³⁴ Come affermato da parte della dottrina: “*the case in this area is very much the counter part of the case on the direct effect and supremacy of the Treaties and of internal legislation, the defining features of european Constitutionalism*”. ECKHOUT, *EU external relations Law*, 2^a, Oxford, 2011, p. 435; VON BOGDANDY, KOTTMAN, ANTHÖLER, DICKCHEN, HENTREI, SMARKOU, *Reverse solange – protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 489-520.

⁵³⁵ Per quanto riguarda il riconoscimento dei vincoli che derivano dal diritto internazionale consuetudinario si rinvia alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, *ex multis*, Sentenza del 4 dicembre 1974, in causa 41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in *Raccolta* 1974, p. I-01337; CGE, cause riunite 89,104,114,116,117 e 125 129/85, *Ablstrom c. Commissione*; sentenza del 24 novembre 1992, in causa 286/90, *Poulsen c. Diva Corp.*, cit.; sentenza del 15 luglio 1998, in causa T. 115/94, *Opel Austria c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, p. II-02739; sentenza del 16 giugno 1998, in causa 162/96, *Racke*, cit..

vincolata al diritto internazionale pattizio di cui è parte.⁵³⁶ Gli accordi internazionali sono parte dell'ordinamento interno europeo e, nell'ordine delle fonti interne a tale sistema, assumono lo stesso rango della legislazione derivata. Ovviamente, ciò avviene purché siano rispettate le condizioni formali e, pertanto, l'Unione – al pari di quanto accade negli ordinamenti statali – è vincolata al trattato internazionale a condizione che abbia prestato un valido consenso e che lo abbia stipulato agendo nei limiti delle proprie competenze. La giurisprudenza ha poi riconosciuto che, sussistendo determinati presupposti, gli accordi internazionali sottoscritti dall'Unione hanno effetto diretto. Più nello specifico, qualora i trattati “*stabiliscano un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato quanto all'esecuzione o agli effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore*”, l'individuo può far valere i diritti che discendono in capo a lui dall'accordo internazionale davanti a qualsiasi giudice nazionale, ovvero può impugnare l'atto legislativo europeo non conforme alla fonte internazionale.⁵³⁷

Come nel rapporto tra UE e SM, la diretta applicabilità del diritto internazionale all'interno dell'UE è condizionata dal carattere delle norme contenute negli accordi internazionali che devono essere precise, chiare ed incondizionate. Il controllo sulle caratteristiche degli obblighi che discendono da un accordo internazionale è demandato alla Corte di giustizia europea.⁵³⁸

⁵³⁶ Da ultimo, sentenza del 21 dicembre 2011, in causa 366/10, *Air Transport Association of America ed altri*, [Racc. non ancora pubblicata].

⁵³⁷ Per la giurisprudenza sul punto, si rinvia, *ex multis*, a: sentenza del 26 ottobre 1982, in causa 104/81, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberger & Cie KG*, in *Raccolta* 1982, p. 03641; l'Avvocato Generale Van Gerven nella sua opinione al caso *Banks* chiarisce che: “*una norma ha effetto diretto quando è sufficientemente chiara e completa da poter essere direttamente applicata da una Corte*”. Sentenza del 13 aprile 1994, in causa 128/92, *Banks c. British Coal*, in *Raccolta*, I-01209. Analoga è la posizione di PRECHAL secondo cui: “*direct effect is the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community Law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review*”, in *Directives in EC Law*, 2^a ed., Oxford, 2005, p. 241.

⁵³⁸ Si osserva tuttavia che in alcuni casi l'organo giurisdizionale europeo ha negato l'effetto diretto degli accordi internazionali adducendo motivazioni di carattere, per lo più, politico. Al riguardo si rileva che la Corte ha escluso che le previsioni contenute nell'Accordo OMC e nella Convenzione di Montego Bay hanno effetto diretto; in entrambi i casi, negando la diretta applicabilità delle norme nei medesimi contenuti, la CGE ha scelto di tutelarsi dal diritto internazionale, sottoponendo l'applicazione della fonte internazionale all'intervento del Legislatore europeo e così ponendo un freno all'ingresso “incontrollato” del diritto internazionale nel sistema europeo. Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a: sentenza del 7 maggio 1991, in causa 69/89, *Nikajima all'precision Co. Ltd c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2069; sentenza del 23 novembre 1999, in causa 149/96, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta* 1999, p. I-08395; sentenza del 5 ottobre 1994, in causa 280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta* 1994, p. I-04973, punti 110-111; sentenza del 22 giugno 1989, in causa 70/87, *Federaz. ind.olearia Cee c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 01781. Parte della dottrina ha evidenziato che vi è un'obiezione di natura costituzionale all'idea che l'UE riconosca effetto diretto alla normativa OMC. Più nello specifico: “*if the European legal order unilaterally introduced direct applicability, it would entail reverse discrimination, that is discrimination against domestic producers*”. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect and the ultimate say on the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n. 3&4, 2008, pp. 397-413; per altri, poi, “*giving direct effect to an international agreement may involve submitting to the case law of a international court or tribunal*”, da qui la necessità di contenere sottoporre l'effetto

Per quanto riguarda i contro-limiti, si osserva che il diritto internazionale non si applica incondizionatamente. L'Unione Europea accetta di vincolarsi al diritto internazionale cedendo parte della propria sovranità nei limiti, però, del rispetto dei principi fondamentali europei che non possono essere violati dal *corpus* giuridico internazionale.⁵³⁹ Nel caso Kadi, la Corte di giustizia europea ha ritenuto incompatibili con i principi fondamentali europei le previsioni del Regolamento Europeo n. 881/2002, di attuazione delle risoluzioni n. 1267 e 1333 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.⁵⁴⁰ Segnatamente, la Corte ha raggiunto tale conclusione sulla premessa per cui “*the U.N. system may not be counted on to adequately safeguard fundamental rights as the Courts conceives them*”.⁵⁴¹

L'integrazione del diritto internazionale nel sistema europeo può essere quindi racchiusa nel concetto di *Unionisation*: il diritto internazionale accede a quello europeo

condizionare l'effetto diretto all'esistenza di determinati presupposti. EECKHOUT, *cit.*, p. 436. Per l'accordo OMC si rinvia a: sentenza 12 Dicembre 1972, in cause riunite, 21/72 e 24/72, *International Fruit Company n.v. ed altri c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, in *Raccolta* 1972, p. 01219; sentenza del 3 giugno 2008, in causa 308/06, *The Queen on the application of international Association of independent tanker (Intertanko) and others c. Secretary of State for Transport*, in *Raccolta*, 2008, p. I-04057, punto 65: “*it must be found that UNCTAD does not establish rules intended to apply directly and immediately to individuals and confer upon them rights or freedom capable of being relied upon against States [...] the absence of individual rights and obligations, together with the nature and the broad logic of UNCTAD prevents the Court from being able to assess the validity of a Community measure in the light of that Convention*”. Quanto all'Accordo OMC, Ziller ha osservato che la posizione di chiusura della Corte nei confronti della normativa OMC è però del tutto particolare e non concerne l'uso dei criteri della diretta applicabilità quanto più il modo in cui vengono adottati: “*alla fattispecie per concludere che norme del GATT e dell'OMC non abbiano applicabilità diretta a meno che l'Unione non abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito OMC*”. ZILLER, *cit.*, p. 549.

⁵³⁹ Sentenza del 3 settembre 2008, in cause riunite 402/05 & C-425/05, *Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 2008, p. I-6351: “*gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso*”, para. 285. Sul punto, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea è costante; *ex multis*: CGE, C-366/10, *ATA c. Secretary of State for Energy and climate change*, sentenza, (21 dicembre 2011), [Racc.non ancora pubblicata]: “*Ne consegue che la validità di un atto dell'Unione può essere inficiata dalla sua incompatibilità con tali norme di diritto internazionale. Qualora tale invalidità sia fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale, la Corte verifica – come richiestole nella fattispecie dal giudice del rinvio con la sua prima questione – se sussistano determinate condizioni nella causa sottoposta alla sua cognizione, al fine di stabilire se, a norma dell'art. 267 TFUE, sia possibile esaminare la validità dell'atto di diritto dell'Unione controverso alla luce delle norme di diritto internazionale invocate*” punti 50-51.

⁵⁴⁰ Sentenza del 3 settembre 2008, in cause 402/05 & C-425/05, *Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, *cit.*: “*l'art. 307 CE non potrebbe infatti in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali*” para. 30; per la dottrina si rinvia, *ex multis*, a: GAJA, *Are the effects of the UN Charter under the EC Law governed by article 307 of the EC Treaty?*, in *EU Working Paper*, pp. 5-9.

⁵⁴¹ *ibid.*, par. 32. È interessante notare che la Corte sancisce l'illegittimità del Regolamento europeo che applica le previsioni della Decisione del Consiglio di Sicurezza del Consiglio di Sicurezza, così evitando di giudicare direttamente la fonte internazionale e, eventualmente, andare oltre le proprie competenze.

senza condizioni, purché si tratta di norme di *jus cogens* ed entro i limiti posti dalla cornice di valori costituzionali UE in tutti gli altri casi.⁵⁴²

La CGE, quindi, si riserva la possibilità di esercitare un controllo diretto sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle Istituzioni UE oppure indiretto, attraverso il sistema del rinvio, che permette ai giudici nazionali di sottoporle eventuali questioni in merito alla compatibilità del diritto internazionale con quello europeo.⁵⁴³

L'unico limite, tale da giustificare la non applicazione di una norma internazionale, consiste nell'eccezione di ordine pubblico europeo, ovvero nell'esistenza di una norma europea di applicazione necessaria.

In senso conforme si sono espressi anche i collegi arbitrali in due casi recenti che hanno avuto a oggetto BITs europei. L'accoglimento delle eccezioni relative all'ordine pubblico ha evitato agli arbitri di statuire sul conflitto tra i due ordinamenti giuridici e, segnatamente, sull'obbligo dello Stato membro di far prevalere il diritto europeo o gli obblighi internazionali; questione, quest'ultima, che è prettamente interna ai rapporti tra UE e SM.⁵⁴⁴

⁵⁴²TIETJE, *The status of international in the European legal order: the case of international Treaties and non-binding international instrument*, in WOUTERS, NOLLKAEMPER, DE WET (eds.), *The Europeanization of International Law: the status of international Law in the EU and its Member States*, l'Aja, 2008. L'Avvocato Generale P. MADURO, in Kadi II, per difendere l'autonomia dell'ordine giuridico UE, ha affermato: “*the relationship between international law and EC law is governed by the community legal order itself and international law can permeate that legal order only under the conditions set by the constitutional principles of the Community*”.

⁵⁴³ Si osserva che l'apertura che il diritto UE mostra verso il diritto internazionale ha implicazioni anche politiche, poiché riflette il ruolo sempre più attivo dell'Unione sulla scena internazionale. Pare che stia avvenendo una, se così può essere definita, “ristrutturazione” del rapporto tra diritto internazionale ed europeo. Piuttosto che concentrarsi sull'effetto diretto o meno del diritto internazionale sul quello europeo, pare infatti più importante interrogarsi sulle condizioni con cui una previsione esterna ad un dato ordinamento conferisca diritti, ovvero intenda farlo, agli individui. Concentrarsi sui diritti, permette di meglio valutare quali possono essere i rimedi in caso di conflitto tra la norma interna UE e una norma che ha origine in un ordinamento straniero – *ubi ius, ibi remedium*. I diritti degli individui stanno assumendo un ruolo sempre più centrale nella dimensione europea. Ne sono conferma alcune recenti pronunce che, adottando il criterio del bilanciamento dei diritti, optano per una soluzione della controversia maggiormente incline a tutelare i diritti individuali. Addirittura la Corte di giustizia, nei Giudizi ERT (C-260/8918, giugno 1981, Racc. 1988 I-02925), *Schimderberger* (C-112/00, 12 giugno 2003, Racc. 2003 I-05659) e *Omega Spielballen* (14 ottobre 2004, C-36/02, in Racc. 2004 I-09609), in caso di conflitti tra due previsioni, non cerca più un bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche –rilevanti nei casi di specie. Al contrario, sulla base del concetto *very foundations of the Community legal order*, la Corte difende incondizionatamente i valori fondamentali, indipendentemente da potenziali conflitti che da ciò possono derivare con le libertà e diritti di natura economica. D'altra parte, come correttamente osservato: “*no mature constitutional order is willing to accept such international law pre-eminence, in the absence of equivalent standards at the international level*”. EECKHOUT, cit., pp. 436 ss; cfr. anche WESSEL, *Reconsidering the relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?*. In CANIZZARO, PALCHETTI e WESSEL (a cura di), *International Law as law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston (2011).

⁵⁴⁴ ICSID, *AES c. Ungheria* cit., par. 7.6.7.-7.6.9; ICSID, *EDF c. Ungheria*, cit..

In particolare, nel giudizio di impugnazione del lodo AES – introdotto dalla parte soccombente all’esito del giudizio arbitrale instaurato avanti un tribunale ICSID – la ricorrente ha sostenuto che “*the question of legality under Hungarian and EU law was a significant issue in the original proceedings, having been raised at the hearing and having received substantial attention in their written submissions. According to AES, the evidential weight that such a finding would have had renders the issue outcome-determinative*”.⁵⁴⁵ Il Comitato *ad hoc* non ha accolto l’eccezione della ricorrente ed ha negato il rinvio al diritto europeo specificando che, se anche questo avesse trovato applicazione, l’esito della controversia – negativo per la società attrice – non sarebbe mutato. Più precisamente, il Comitato *ad hoc* ha statuito che “*had Hungary been motivated to reintroduce price regulation with a view to addressing the EC’s state aid concerns, there is no doubt that this would have constituted a rational public policy measure*”.⁵⁴⁶

Del pari, nel caso EDF, gli arbitri hanno rilevato l’esistenza di un interesse pubblico idoneo a legittimare l’introduzione della misura dello SM e hanno concluso che “*GEO104 [la misura introdotta dallo Stato convenuto] although possibly aiming as well toward a gradual alignment with the EU system, was certainly prompted by the need to fight corruption, as indicated by the Substations Note and as confirmed by the foregoing circumstances. GEO104 was therefore a measure falling within the police power of the State, taken in the public interest*”.⁵⁴⁷

Trasferendo il ragionamento sul piano degli accordi d’investimento di cui è parte anche l’Unione, la condotta assunta da uno SM in violazione di un obbligo internazionale, ma nel rispetto di un vincolo europeo, può essere giustificata solo in presenza di una previsione di ordine pubblico o di una norma di applicazione necessaria, le quali costituiscono condizioni ostative al riconoscimento della vincolatività di una fonte esterna.

Alla luce di quest’ultima considerazione, pare condivisibile la soluzione adottata nelle controversie AES ed Electrabel in cui gli arbitri hanno fatto prevalere le norme della Carta dell’energia su quelle europee.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ ICSID, Decisione del Comitato *ad hoc* sul giudizio in annullamento del 29 giugno 2012, in causa ARB/07/22, *AES c. Ungheria*, par. 164.

⁵⁴⁶ *Ibid.* par. 172.

⁵⁴⁷ ICSID, *EDF c. Romania, cit.*, par. 292.

⁵⁴⁸ In due recenti controversie, sorte su BITs europei, gli arbitri sono stati interrogati circa la relazione tra obblighi europei e obblighi discendenti dalla Carta; per risolvere le controversie, i collegi hanno quindi dovuto valutare se vi fosse incompatibilità tra le due fonti e, nel caso, quale delle due far prevalere. In entrambi i giudizi, gli Stati convenuti hanno cercato di dimostrare la legittimità della propria condotta alla luce del diritto europeo. Più nello specifico, gli SM hanno evidenziato che se avessero agito conformemente alle previsioni della Carta avrebbero violato il diritto europeo, così

Ciò perché, in quei casi il conflitto non ha riguardato la violazione di una norma di ordine pubblico europeo ovvero di applicazione necessaria né, del pari, si sarebbe potuta sostenere la prevalenza degli obblighi UE in quanto *lex specialis* – criterio ammesso dal diritto internazionale per stabilire un ordine delle fonti al di sotto dello *jus cogens*. Gli arbitri escludono la primaria applicazione del diritto UE, osservando che la Carta dell'energia contiene all'art. 16 una previsione che indica espressamente i criteri per effetto dei quali, in caso di conflitto tra fonti, debba essere individuata quella che prevale.⁵⁴⁹ Dalla previsione predetta, il diritto europeo non avrebbe potuto prevalere, atteso che la tutela da quest'ultimo garantita all'investitore risulta meno estesa rispetto a quella predisposta dalla fonte internazionale – *rectius* la Carta dell'energia.

4. *Segue*: LA PREVALENZA DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI SECONDO IL DIRITTO NAZIONALE.

Quando il conflitto insorge per violazione di obblighi contenuti in una fonte internazionale di cui l'Unione non è parte, l'antinomia delle previsioni tra i due *corpus* giuridici, segnatamente quello internazionale ed europeo, potrebbe essere risolta sulla base del diritto nazionale dello SM coinvolto.

In queste circostanze, comunque sia risolto, il conflitto si conclude con la violazione di una delle fonti. Pertanto, è necessario comprendere se, in presenza di

assumendo che le prime si pongono in contrasto con il secondo. Gli SM, quindi, non solo rilevano il conflitto tra le previsioni delle due fonti ma lo risolvono alla luce del primato del diritto europeo.

⁵⁴⁹ In entrambe le controversie, i Collegi negano il conflitto e per esso la preminenza degli obblighi europei su quelli della Carta. Per arrivare a tale conclusione, gli arbitri compiono un ragionamento che si sviluppa su due piani. In primo luogo, sanciscono che il rapporto *inter partes* è regolato dalle previsioni della Carta, in secondo luogo, riconoscono che i conflitti eventuali tra le fonti sono risolti così come prescritto nella regola di conflitto contenuta nella Carta senza dover operare, quindi, alcuna conciliazione tra le fonti. Nel giudizio AES, ad esempio, il Collegio riconosce il primato della Carta. ed esclude di dover valutare la condotta dello Stato convenuto alla luce del diritto UE posto che le misure introdotte dallo Stato “are to be assessed under the ECT as the applicable law” mentre “the EC laws is to be considered and taken into account as a relevant fact”. ICSID, *AES c. Ungheria*, par. 7.6.12. Nel caso Electrabel, il Tribunale ha rilevato che l'unico eventuale conflitto tra fonti che si può ravvisare concerne l'assenza, in questo secondo, della clausola arbitrale. Tuttavia, divenendo parte della Carta, l'UE ha accettato la possibilità di poter essere convenuta avanti una Corte arbitrale in una controversia contro un investitore sia straniero sia europeo. Poiché nella Carta non vi è clausola di disconnessione e, al contrario, è previsto che in caso di conflitto con le previsioni di un accordo internazionale prevalgano le previsioni della Carta se più favorevoli per l'investitore, allora non sorge alcun conflitto tra le previsioni delle due fonti di legge e non vi è neppure bisogno di armonizzare la clausola arbitrale della Carta con il diritto europeo. La condotta dello Stato membro, seppur vincolata da un obbligo europeo, deve quindi essere interpretata alla luce delle previsioni della Carta dell'energia e, pertanto, può essere oggetto di scrutinio da parte di un collegio arbitrale poiché “there is in this case no true conflict between the provisions of the ECT and the mandatory public policy EU competition law”. ICSID, *AES c. Ungheria*, lodo sulla giurisdizione, cit. par. 7.2.5.

antinomie tra obblighi internazionali ed europei, vi siano principi superiori per effetto dei quali lo SM possa far prevalere i secondi sui primi o viceversa.⁵⁵⁰

In generale, il rango conferito a una norma sovranazionale dipende dal procedimento di adattamento dello Stato membro. Infatti, nell'ordinamento di uno SM, il diritto europeo potrebbe essere considerato prevalente ovvero recessivo rispetto alle norme di diritto internazionale.

Ragionare alla luce dei singoli sistemi di adattamento, quindi ricercare il rango che ciascuna fonte sovranazionale riveste nell'ordinamento interno e così giustificare la prevalenza dell'una sull'altra, potrebbe portare a conclusioni differenti a seconda dello SM coinvolto. L'arbitro chiamato a decidere della controversia dovrebbe, infatti, valutare se la scelta dello SM di far prevalere una fonte sull'altra sia giustificabile alla luce del sistema interno di quest'ultimo. Tale ragionamento, però, è rischioso, perché può condurre a risultati differenti, in base allo SM – quindi all'ordine delle fonti nel medesimo contenute – coinvolto nella controversia.

Pertanto, si ritiene che la soluzione debba essere cercata guardando al di fuori dei singoli ordinamenti nazionali. Al riguardo, è utile osservare che la gerarchia delle fonti interne dipende anche da regole che valgono, uniformemente, per tutti i membri della Comunità internazionale e che pongono alcune fonti sovranazionali al medesimo rango.

Segnatamente, ciascuno SM deve riconoscere prevalenza ai principi di diritto internazionale e alle norme di *jus cogens*.⁵⁵¹ Del pari, lo SM è vincolato alle norme consuetudinarie di diritto internazionale, indipendentemente dal fatto che vi si adatti o meno.

Per quanto attiene al diritto europeo, invece, vi sono alcune fonti derivate direttamente applicabili nell'ordinamento degli SM, quali i Regolamenti, le decisioni e,

⁵⁵⁰ Dalla prospettiva europea, l'Unione non essendo parte dell'accordo internazionale – tale non è neppure se è avvenuto il passaggio di competenze sulla materia oggetto dell'Accordo – può adottare misure legislative che si pongono in contrasto gli obblighi assunti dallo SM. Questi ultimi, se non vi si conformano, subiscono il rischio di affrontare procedure di infrazione o di annullamento, che possono arrivare sino alla fase contenziosa avanti la Corte di giustizia. Gli SM non possono far valere il vincolo internazionale poiché, come a breve sarà detto, un Trattato internazionale entra nell'ordinamento nazionale ed equivale al diritto interno. Come tale, deve essere conforme al diritto europeo. Per il diritto internazionale, invece, una riforma legislativa interna ad uno Stato non può influire sull'Accordo internazionale di cui è parte (art. 27 Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, 1969); la condotta dello Stato che si conforma a un vincolo interno può essere quindi in violazione del testo internazionale salvo non possa essere giustificata alla luce dell'ordine pubblico nazionale o europeo ovvero per rispetto di norme di applicazione necessaria.

⁵⁵¹ In relazione al valore dello *jus cogens* si rinvia al caso *Methanex* nel quale il Tribunale ha considerato *that it had a duty to apply imperative principle of law or jus cogens and not to give effect to parties choice of law that are inconsistent with such principle*. UNCITRAL, *Methanex v US*, cit. par. 24.

in parte, anche le direttive *self-executing*.⁵⁵² Inoltre, gli Stati membri sono vincolati alle previsioni degli accordi internazionali stipulati dall'Unione con i Paesi terzi; l'art. 216 TFUE sancisce, infatti, che “*gli Accordi stipulati dall'Unione sono vincolanti sia per le Istituzioni sia per gli Stati membri?*”.

Le fonti europee, in ogni caso, sono subordinate e quindi devono conformarsi ai principi internazionali e alle norme di *jus cogens*. Pertanto, in caso di conflitti tra queste due tipologie di norme, le seconde prevalgono sulle prime.

Questione diversa sorge invece in caso di antinomie tra fonti pattizie internazionali e obblighi europei contenuti nei Trattati istitutivi ovvero in fonti di diritto derivato.

In generale, si osserva che, anche ove fossero poste sullo stesso piano nella gerarchia delle fonti nazionali, tra le predette fonti vi sarebbe una differenza, sottile ma giuridicamente non irrilevante. Le norme UE, e i vincoli nelle medesime contenuti si impongono negli ordinamenti di tutti gli SM anche per effetto del primato riconosciuto al diritto europeo negli Stati membri.⁵⁵³

Ci si interroga dunque se, in tale ipotesi, l'ordinamento nazionale di uno SM debba riconoscere prevalenza ai vincoli che discendono da una fonte europea piuttosto che da quella pattizia internazionale, per effetto del primato di cui gode il diritto europeo, ma non quello internazionale pattizio.

Per parte della dottrina, indipendentemente dai procedimenti di adattamento dei singoli SM, in caso di conflitto tra le norme devono prevalere gli obblighi europei.⁵⁵⁴ Dal principio del primato e dell'effetto diretto deriva, infatti, che una fattispecie non possa essere regolata da una norma di diritto interno che sia in contrasto con una norma UE direttamente applicabile. Posto che per norme di diritto interno si intendono,

⁵⁵² L'applicabilità diretta dei Trattati Istitutivi dipende dalle norme pertinenti degli SM, che possono avere un ordinamento di ispirazione monista o dualista, mentre l'applicabilità diretta del diritto derivato risulta dalle disposizioni dei Trattati stessi, quale l'art. 288 TFUE. L'effetto diretto è quindi caratteristica propria del Regolamento e decisioni e direttive che la giurisprudenza ha definito *self executing*. Al riguardo si rinvia a ZILLER, cit., pp. 224-244.

⁵⁵³ Il principio del primato è stato codificato già agli albori dell'Unione, con la sentenza Costa c. Enel del 1964, e non è altro che l'applicazione, nel diritto europeo, del principio *pacta sunt servanda*. *Supra* Parte I, nota 4.

⁵⁵⁴ Come osservato, “*Should intra-EU investment Tribunals (continue to) fail to apply EU law and in case of conflict with the BIT, to grant precedence to the former, any incompatibility between EU law and the rulings of the arbitral Tribunal established on the basis of intra-EU BITs would have to be remedied by the cumbersome and to some degree, politically discretionary way of initiating infringements proceedings against the respective MS in case they continue to refuse to adjust or terminate the respective intra-EU BITs?*”, HINDELANG, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by resorting to Dispute Resolution Mechanism provided for inter-se Treaties: the case of intra-EU Investment arbitration*, cit. p 205; cfr. anche BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of international Arbitration*, 181, 2009.

oltre al diritto primario e secondario, anche le previsioni contenute nei trattati internazionali cui gli SM hanno aderito, allora le previsioni europee dovrebbero prevalere su quelle pattizie internazionali.⁵⁵⁵

Al riguardo, la CGE ha precisato che l'obbligo degli SM di disapplicare norme nazionali in contrasto con obblighi europei sussiste anche quando *“in caso di conflitto tra una disposizione del diritto europeo ed una legge nazionale posteriore [anche di ratifica di un BIT] la soluzione di tale conflitto fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto europeo e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo”*.⁵⁵⁶

Tuttavia, non pare che tali argomentazioni possano valere al di fuori dei rapporti UE-SM, quindi allorché nel rapporto si inserisca anche un terzo ordinamento, quello internazionale, che ha regole e principi autonomi rispetto a quello europeo. Basti considerare che la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 sancisce il principio *pacta sunt servanda* e stabilisce che le disposizioni interne di una parte dell'accordo non possono giustificare la violazione.

Tutto ciò premesso, pare difficile poter riconoscere il primato degli obblighi europei alla luce di principi che vincolano solo lo SM e sono estranei alla parte terza del rapporto. Eventualmente, come si dirà nel paragrafo che segue, la fonte europea potrà prevalere solo se posta a presidio dell'ordine pubblico europeo. Tale conclusione dovrebbe valere sia per i BITs extra-UE sia per quelli intra-UE, precisando che, anche per questi ultimi, la violazione di una fonte internazionale non può essere giustificata sulla base di principi che derivano da un ordinamento, cui essa è estranea.

⁵⁵⁵ *Ex multis*, si rinvia a: sentenza del 5 febbraio 1963, in causa 26/62 *Van gend end loos*, cit. e sentenza del 15 luglio 1964, in causa 6/64 *Costa c. Enel* cit., poi sintetizzate nella sentenza dell'8 settembre 2010, in causa 409/06, *Winner Wetten*, in *Raccolta*, 2010, p. I-08015, ove si legge: *“Ne deriva che è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili del diritto dell'Unione (citare sentenze Simmenthal, punto 22, nonché Factortame e a., punto 20)”* punti 55 e 56.

⁵⁵⁶ Sentenza dell'8 marzo 2010, in causa 409/06, *Winner Wetten*, cit., punto. 57.

5. LA CONCORRENZA DI OBBLIGHI DERIVANTI DAL DIRITTO EUROPEO ED INTERNAZIONALE: LA COMPOSIZIONE AD OPERA DEGLI ARBITRI.

Dopo avere inquadrato il rapporto tra i due ordinamenti, assumendo la prospettiva europea e quella nazionale, si pone il problema di valutare se, e alla luce di quali strumenti ermeneutico-interpretativi, gli arbitri possano risolvere l'antinomia tra i due ordinamenti giuridici – *rectius* le due fonti giuridiche. Invero, in mancanza di un criterio certo di risoluzione delle antinomie *ex ante*, quindi a livello di rapporti tra sistemi, si ritiene che la risoluzione dei conflitti debba essere demandata agli arbitri. Segnatamente, si ipotizza che essi possano concentrarsi sull'antinomia tra le singole previsioni, adottando gli strumenti interpretativi a loro disposizione.

A tal proposito, si possono prospettare due opzioni. Da un lato, se possibile, la presunta antinomia potrebbe essere composta trovando un bilanciamento tra le previsioni delle fonti; dall'altro, in caso di conflitti non altrimenti componibili, l'arbitro potrebbe individuare la soluzione, legittimando la condotta dello Stato convenuto alla luce dell'ordine pubblico europeo ovvero di una norma di applicazione necessaria.

Quanto alla prima opzione, ci si interroga sulle modalità attraverso le quali gli arbitri possono risolvere i conflitti tra le fonti che trovano applicazione nel giudizio. Al riguardo si osserva che nei giudizi arbitrali in cui è venuto in rilievo il rapporto tra due *corpus* giuridici, prima di statuire sul primato di una fonte sull'altra, si è cercato di adottare una soluzione di conciliazione o interpretazione armonica delle due fonti.

Nel caso ADC Affiliate, per esempio, il collegio ha rilevato che la misura introdotta dallo Stato convenuto andava oltre quanto prescritto dalla Direttiva europea 96/97, la quale prevedeva che il controllo del traffico aereo e delle operazioni aeroportuali fosse gestito da due operatori distinti.⁵⁵⁷ Lo Stato convenuto, di fatto, aveva introdotto un provvedimento che implicava l'espropriazione di un progetto di due investitori ciprioti diretto alla gestione delle operazioni di ristrutturazione e controllo dell'aeroporto di Budapest. Tuttavia, l'arbitro ha rilevato che per allinearsi alle previsioni del diritto europeo, sarebbe stato sufficiente privare l'investitore di una sola delle due competenze sopra menzionate e ha quindi condannato lo Stato convenuto avendo quest'ultimo ingiustificatamente violato l'accordo internazionale.

⁵⁵⁷ ICSID, lodo del 2 ottobre 2006, in causa ARB/03/16, *ADC Affiliate Ltd & ADC-ADMC Management Ltd c. Ungheria*; UNIONE EUROPEA, Direttiva Europea 96/97/EC *on access to the ground-handling market at the European Union airports* del 1996, in *Gazz. Uff. Un. Eur.* L. n. 272/36.

Tale argomentazione dissolve il conflitto tra le fonti dei due ordinamenti. La condotta dello Stato è, infatti, considerata in violazione delle clausole a tutela dell'investimento contenute nel BIT e il diritto europeo non può essere richiamato per giustificarla poiché gli obblighi che da esso discendono non sono stati correttamente implementati.⁵⁵⁸ Considerato che lo Stato convenuto risultava aver violato sia gli obblighi internazionali sia quelli europei, l'arbitro ha potuto evitare di statuire sul presunto conflitto tra le fonti.

Nel caso *Saluka*, nuovamente, il collegio arbitrale ha evitato di statuire sul conflitto tra ordinamenti, rigettando la domanda dell'attore – volta a far accertare la violazione delle proprie legittime aspettative – sostenendo che “*had no basis for expecting that there would be no future change in the Government’s policy towards the banking sector’s bad loan problem or in the Government’s willingness to adhere during the pre-accession period to the rules on State aid in the Europe Agreement*”.⁵⁵⁹

L'arbitro fornisce quindi un'interpretazione restrittiva alle legittime aspettative, escludendo che queste ultime possano rendere imm modificabile l'ordinamento interno di uno Stato. Così argomentando, l'arbitro ha potuto riconoscere la legittimità della misura introdotta dallo Stato convenuto in quanto atto sovrano, senza dover pronunciarsi sull'esistenza, o meno, di un obbligo europeo da cui la modifica legislativa avrebbe tratto legittimazione.

Nei casi suddetti, gli arbitri hanno evitato di statuire sul conflitto tra gli obblighi di diritto UE ed internazionale, limitandosi a trovare, caso per caso, un compromesso tra le previsioni e così favorendone una coesistenza armoniosa.

Tale tecnica, per il vero, non concilia ma, piuttosto, aggira il rischio di conflitti e può essere impiegata solo quando è possibile trovare una soluzione di compromesso ovvero giudicare la violazione indipendentemente dalla fonte degli obblighi violati.

⁵⁵⁸ “*The tribunal does not accept that compliance with EU Law mandated the steps actually taken by the Respondents on the subject matter of this arbitration*”. ICSID, *ADC c. Ungheria*, cit., par. 272.

⁵⁵⁹ UNCITRAL, Arbitrato *ad hoc*, Decisione parziale sulla giurisdizione e l'arbitrabilità del 27 marzo 2006, in causa *Saluka c. Repubblica Ceca*, par. 351

6. *Segue*: LA PREVALENZA DEL DIRITTO EUROPEO PER IL TRAMITE DELL'ECCEZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO.

Vi sono delle fattispecie in cui la conciliazione e la mitigazione dei conflitti non è sufficiente per risolvere il rapporto tra obblighi europei ed internazionali.⁵⁶⁰

In tali circostanze, quindi, l'arbitro si trova costretto a far prevalere una fonte sull'altra. In proposito, ci si interroga su quali siano gli strumenti a disposizione dell'arbitro per pervenire ad una composizione del conflitto.

Il primato è facile da definire quando allo scrutinio dell'arbitro è portato un accordo internazionale di cui è parte anche l'UE; in questi casi, infatti, può essere rilevato il primato della fonte internazionale poiché essa vincola anche l'Unione.⁵⁶¹

Una questione maggiormente articolata si pone quando l'arbitro deve giudicare il rapporto tra i due ordinamenti alla luce di un accordo internazionale di cui l'Unione non è parte.

In queste circostanze è da escludere che l'arbitro possa rinviare al concetto del primato e dell'effetto diretto per giustificare la prevalenza dell'obbligo europeo su quello internazionale. Tali principi, è già stato anticipato, vincolano solo gli SM ma non possono essere impiegati per giudicare la violazione da parte di uno SM di una fonte internazionale. La tendenza degli arbitri sembra andare – correttamente ad avviso di chi scrive – in questa direzione.

Il Tribunale Eureko, ad esempio, ha sancito la prevalenza del diritto internazionale su quello europeo stabilendo che “*EU may represent a new legal order for the constituent States but that, from an international legal perspective, it is nevertheless a subject of international law and bound along with its member States by its international engagements*”.⁵⁶² Con tale argomentazione, il Collegio sembra riprendere la posizione della Corte di giustizia

⁵⁶⁰ Si osserva, per completezza, che se i BITs che legano gli Stati parte delle controversie contengono la clausola del trattamento nazionale da garantire anche nella fase post-stabilimento allora, è più difficile rilevare l'esistenza di una violazione dell'accordo ovvero una fattispecie espropriativa. Gli effetti della modifica dell'assetto legislativo interno sarebbero, infatti, attenuati dalla previsione del trattamento nazionale che dovrebbe continuare a garantire l'investitore. Se, quindi, l'assetto normativo dello Stato è mutato, ma il BIT include la clausola del trattamento nazionale, il Tribunale arbitrale non dovrebbe dare seguito alle domande dell'attore. Ciò è ancor più vero se si considera che il sistema europeo, che pur prevede ipotesi di responsabilità extra-contrattuale, ha adottato un concetto restrittivo di diritti di proprietà ed interessi economici tale per cui non è mai stata dichiarata la responsabilità extra-contrattuale di uno Stato per aver modificato il proprio assetto legislativo interno. Sul punto, si rinvia a: EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law review*, n. 46, 2009, pp. 383-429.

⁵⁶¹ Cfr. *supra*, medesima sezione, par. 4. ICSID, *Aes c. Ungheria*, cit., par. 7.6.6.

⁵⁶² ICSID, *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 228.

europea per la quale gli Stati membri non possono giustificare le proprie violazioni del diritto UE invocando previsioni, anche costituzionali, propri dei loro ordinamenti giuridici.⁵⁶³

Da quanto precede, si ritiene che l'unica ipotesi nella quale gli arbitri possano far prevalere il diritto europeo su quello internazionale è contingente nel caso in cui sia possibile giustificare la condotta dello SM alla luce dell'ordine pubblico europeo.

Bisogna quindi comprendere se gli arbitri possano o meno superare l'antinomia tra fonti giuridiche alla luce dell'ordine pubblico europeo e così rendere lodi che siano riconosciuti ed eseguiti dalle corti nazionali di ciascun SM. A favore di questa conclusione si giunge facendo un parallelismo tra la giurisprudenza nazionale e arbitrale.

Di prassi, i tribunali nazionali degli SM possono trovarsi nella condizione di applicare norme europee, che abbiano la natura di ordine pubblico, anche qualora le parti abbiano scelto di regolare il rapporto alla luce di un diritto di uno Stato non membro. In questo senso, è stato risolto il caso *Eco Swiss* nel quale la CGE, adita dal giudice olandese in sede di rinvio pregiudiziale, è stata indotta a valutare se il predetto giudice avesse il potere di annullare un lodo nel quale gli arbitri avevano ritenuto di non applicare il diritto europeo della concorrenza. Alla domanda, la Corte ha risposto in senso affermativo, specificando che tali norme rientravano nel concetto di ordine pubblico europeo, la cui mancata applicazione avrebbe potuto portare all'annullamento della pronuncia.

Nella prassi giurisprudenziale più recente, le Corti nazionali adite per il riconoscimento ovvero l'annullamento di un lodo hanno rilevato che, per valutare la presunta sussistenza di una violazione dell'ordine pubblico, piuttosto che guardare alla tipologia della norma violata – valutando se la medesima sia o no parte dell'ordine pubblico – occorre considerare il grado di violazione della stessa.⁵⁶⁴

Si tratta di un approccio “mitigativo” proprio perché accoglie l'eccezione dell'ordine pubblico europeo, e per essa legittima la violazione di un vincolo internazionale, solo se il rispetto di questo secondo avrebbe portato ad una violazione grave del primo. Tale approccio impone al giudice in primo luogo di valutare se vi è stata la violazione di una norma di ordine pubblico e, in secondo luogo, se ritiene che vi

⁵⁶³ *Ex pluribus*: sentenza del 12 febbraio 1987, in causa 69/86, *Commissione c. Italia*, in Raccolta 1987, p. I-00773.

⁵⁶⁴ La Corte d'appello francese, ad esempio, ha evitato di dichiarare nullo il lodo per violazione dell'ordine pubblico europeo, poiché la violazione non concerneva un: “*manifest disregard of that body of law*”. Cour d'Appel, Paris, sentenza del 18 novembre 2004, in causa n. 02/19606, *Thales air defence BV c. GIE Euromissile*.

sia stata, gli impone di valutarne l'entità. L'annullamento del lodo è, prima della non esecuzione, conseguenza di questo doppio ragionamento; in altre parole, il lodo deve aver violato la norma di ordine pubblico in modo manifesto ed effettivo, condizioni tra loro cumulative e non già alternative.⁵⁶⁵

La Corte di giustizia europea ha invece preferito un approccio mirato a una "conciliazione accomodante" che prende in considerazione non tanto la norma violata, quanto l'intero *corpus* giuridico da cui essa proviene. In base a questo approccio, la violazione dell'ordine pubblico sussiste qualora il lodo si ponga in conflitto con l'intero ordinamento giuridico in cui deve trovare applicazione. Tale approccio arriva a risultati ancora più rigidi di quello mitigativo, poiché riconosce con sempre minor frequenza le violazioni dell'ordine pubblico europeo.

Nel caso *Renault*, ad esempio, la CGE, adita sulla base dell'art. 267 TFUE dal giudice francese – impegnato nel giudizio di riconoscimento di un lodo – non ha escluso l'esecuzione di una sentenza solo perché contraria ai principi fondamentali europei del libero movimento di merci e persone. Al contrario, la Corte ha precisato che la difesa dell'ordine pubblico può essere fatta valere in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo quando "*would be at variance to an unacceptable degree with the legal order of the State in which enforcement is sought or constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of that State*".⁵⁶⁶

Adottando un approccio "conciliativo-accomodante", la Corte non ha ammesso l'eccezione di ordine pubblico *tout court*, come ultima *ratio* per evitare l'esecuzione del lodo. Al contrario, ha chiarito che tale eccezione può essere sollevata solo qualora il grado di violazione risulti particolarmente intenso.⁵⁶⁷ In buona sostanza, tale eccezione

⁵⁶⁵ FRENCH COUR DE CASSATION CIVILE, sentenza del 1 Giugno 2004, *Sté SNF SAS c. Sté Cytec Industries BV/Cytec*, [Bull. Civ. 162].

⁵⁶⁶ Sentenza dell'11 maggio 2000, in casua 38/98, *Régie nationale des usines Renault SA c. Mexicar SpA e Orazio Formento*, in *Raccolta*, 2000, p. I-2973. La Corte rileva che l'esecuzione di una sentenza civile che statuisce sui danni, anche se erronea, non può essere considerata in violazione dell'ordine pubblico: "*l'eventuale errore di diritto, come quello controverso nel procedimento a quo, non costituisce una violazione manifesta di una regola di diritto fondamentale [...]*", punto 34. Non avendo ravvisato una violazione manifesta, il Tribunale nega che possa essere invocato l'art. 27 del Reg. 44/2001, e l'eccezione di ordine pubblico nel medesimo contenuta.

⁵⁶⁷ Le posizioni della giurisprudenza USA sono molto vicine a quelle espresse dalla CGE. Si rileva che nel caso *Mitsubishi* la Corte Suprema: "*distinguished between international arbitral awards that thwart the fundamental purposes of a norm that is mandatory under domestic law and those that do not, suggesting that the latter, but not the former could be tolerated in the interest of arbitration. Mitsubishi Motors Corporations c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473, U.S. 614, 1985.

deve dunque essere accolta solo se è stata integrata una violazione dell'ordinamento e non può essere accolta solo per la pretesa violazione in astratto.⁵⁶⁸

La tendenza dei giudici nazionali di effettuare un controllo circa la corretta applicazione del diritto europeo si comprende alla luce del fatto che, l'ordinamento giurisdizionale, in quanto organo dello SM, è vincolato dalle previsioni di cui all'art. 4.3 TUE nonché 351 TFUE. La prima norma sancisce l'obbligo di leale cooperazione tra SM ed UE; la seconda riconosce al primo comma il diritto per gli SM di mantenere in vigore gli accordi internazionali dai medesimi sottoscritti ed al secondo impone, in capo agli stessi, il dovere di allineare al diritto europeo le previsioni contenute negli accordi da loro sottoscritti. Da ciò deriva che quando una corte nazionale si trova a dover riconoscere e/o eseguire un lodo arbitrale che risulta in contrasto con il diritto UE, ha gli strumenti per superare il conflitto tra l'obbligo di rispettare la validità internazionale della pronuncia arbitrale e il diritto dell'Unione. Più precisamente, anche se le previsioni di cui agli artt. 4.3 et 351 TFUE non sono qualificate come norme di *jus cogens* per le corti nazionali ed eventualmente per la stessa CGE, il predetto conflitto dovrebbe essere risolto a favore del diritto europeo – *rectius* a tutela dell'ordine pubblico europeo – così negando il riconoscimento del lodo.⁵⁶⁹

Per parte della dottrina, d'altra parte, *“it would be surprising if Member States courts would not examine such awards with regard to their conformity with EU Law and, consequently, a decision by such a Court may affect the practical opportunities for a prevailing party to enforce di award”*.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ La Corte di giustizia ha specificato la sua posizione nel caso *Mostaza Clara* quando è stata adita per decidere se la Corte nazionale potesse stabilire se il lodo impugnato fosse contrario all'ordine pubblico europeo, nonostante nel procedimento arbitrale tale eccezione non fosse stata sollevata. Sul punto, la Corte ha statuito che: *“le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali abbia un carattere limitato, e che l'annullamento di un lodo possa essere ottenuto solo in casi eccezionali”*, punto 34, sentenza del 26 ottobre 2006, in causa 168/05, *Mostaza Clara*, in *Raccolta*, 2005, p. I-10421. Nel suo argomentare la Corte conferma che dell'eccezione dell'ordine pubblico europeo non si può abusare, con il rischio di ridurre l'efficacia dei lodi; tuttavia tale eccezione può essere accolta quando i giudici dell'impugnazione l'accoglierebbero per evitare una violazione dell'ordine pubblico nazionale ed europeo. In altre parole, l'eccezione dell'ordine pubblico rileva anche *ex officio*, quando ha ad oggetto una violazione del sistema giuridico nel quale il lodo deve essere riconosciuto. Inevitabilmente, nell'ordinamento di uno SM rientra sia l'ordine pubblico nazionale sia quello europeo. Sul punto, nel caso *Eco Swiss*, la Corte ha statuito che: *“Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali”*. Sentenza del 1 giugno 1999, in causa 126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, p. I-3055, punto 35.

⁵⁶⁹ CRAIG, DE BÜRCA, *EU law: text, cases and materials*, Oxford, 2003, pp. 419-420.

⁵⁷⁰ BURGSTALLER, *European Law Challenges to investment arbitration*, in WAIBEL et al. (eds.), *The backlash against investment Arbitration*, in *Wolters Kluwer Law and Business*, 2010, p. 473.

Alla luce di quanto precede, risulta altresì opportuno valutare se sia ragionevole attendersi che gli arbitri nella fase del merito provino a risolvere le antinomie tra obblighi europei e internazionali rinviando al concetto di ordine pubblico.⁵⁷¹ In altri termini, considerato che la violazione dell'ordine pubblico è un motivo all'origine di molti giudizi di impugnazione dei lodi, si ipotizza che gli arbitri anticipino i ragionamenti sull'ordine pubblico, evitando così di adottare un lodo passibile, poi, di annullamento in sede di riconoscimento o esecuzione.

Da una prospettiva di diritto dell'arbitrato, quindi, gli arbitri possono giudicare la condotta dello Stato convenuto in giudizio, anche valutandola alla luce dell'ordine pubblico nazionale ed europeo, nonché delle norme di applicazione necessaria presenti nei due ordinamenti.⁵⁷²

⁵⁷¹ L'ordine pubblico nazionale comprende i principi fondamentali di un dato ordinamento giuridico, l'ordine pubblico internazionale – che negli ultimi tempi ha avuto un riconoscimento sempre maggiore – comprende principi comuni alle nazioni di civiltà affine e intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. L'ordine pubblico internazionale può anche influire sui singoli ordinamenti statali dal momento che il giudice, indirizzato dalla norma di conflitto ad applicare il diritto di uno Stato, ricerca non solo i principi fondamentali dello stesso, ma anche quelle regole che sono entrate a fare parte dell'ordinamento richiamato, come conseguenza del suo conformarsi ai precetti di diritto internazionale. La dottrina non è uniforme nel definire quali norme rientrino nell'ordine pubblico internazionale. Secondo la corrente classica, la nozione di ordine pubblico internazionale deriva i suoi contenuti unicamente dagli ordinamenti giuridici nazionali. *Contra* c'è chi, pur ammettendo l'anima nazionale del concetto di ordine pubblico internazionale, ritiene che il suo contenuto sia determinabile non solo con principi di natura nazionale, ma anche di natura internazionale o addirittura transnazionale. Questa teoria sembra avere molto seguito, anche perché un'evoluzione in tal senso del concetto di ordine pubblico internazionale, potrebbe “*conduire à une convergence entre la notion d'ordre public employée par les juridictions nationales et celle employée par les arbitres*?”. In tal senso, si potrebbe raggiungere una concezione di ordine pubblico internazionale che sia la stessa, se applicata in sede arbitrale o in caso di riconoscimento del lodo in un giudizio nazionale. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, Académie de l'Haye, Recueil de cours, T.312, l'Aja, 2005, pp. 265-502, spec. 340 ss; cfr. anche, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2012, p. 256 ss..

Quanto all'ordine pubblico europeo, questo comprende tutti i principi fondamentali dell'Unione, le quattro libertà del mercato interno nonché altre materie di volta in volta sussunte in tale categoria dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso *Eco Swiss China*, la Corte di giustizia ha dichiarato ha rilevato una progressiva tendenza alla “*comunitarizzazione dell'ordine pubblico, che dovrebbe trovare ulteriori momenti di sviluppo anche attraverso la Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*”. Sentenza del 1 giugno 1999, in causa 126/97, *Eco Swiss*, cit..

⁵⁷² Le norme di applicazione necessaria sono state variamente definite. Secondo l'impostazione tradizionale: “*con l'accezione di norme di applicazione necessaria si individuano quelle norme sostanziali funzionalmente limitate poste a salvaguardare l'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato del foro [...] si tratta di norme autolimitate in quanto il loro campo di applicazione è stabilito, in modo unilaterale, dall'ordinamento statale di cui risultano espressione*”. MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 30, Padova, p. 851. AUDIT ritiene che: “*on parle de lois de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit*”. AUDIT *Droit International privé*, Parigi, 2008, p. 97. Le norme di applicazione necessaria possono avere un'origine sia statale, sia sopranazionale (Convenzione di Buxelles 1974, Convenzione de l'Aja, 1978), sia essere collegate a fonti di terzo tipo (Corte di giustizia europea, ONU). Si rinvia all'analisi sul tema di RADICATI DI BROZOLO, cit., pp. 279-488.

Segnatamente, si ritiene che l'arbitro potrebbe, adottando l'approccio della Corte di giustizia europea, operare una "conciliazione accomodante". In termini pratici, l'arbitro potrebbe valutare se lo SM, non adottando una normativa conforme al diritto UE ma in contrasto con gli obblighi internazionali, avrebbe causato una violazione grave e flagrante dell'ordinamento giuridico europeo.

Se al termine del ragionamento l'arbitro arrivasse ad una risposta affermativa, allora potrebbe statuire nel senso di non condannare la condotta dello Stato membro poiché assunta nel rispetto dell'ordine pubblico europeo, che prevale su qualsiasi vincolo internazionale pattizio. Nell'ipotesi opposta, quando cioè la condotta dello Stato non appaia giustificabile alla luce dell'ordine pubblico europeo, l'arbitro si troverà a condannare lo SM qualora ravvisi che il comportamento di quest'ultimo è in violazione del BIT; come si è visto, il diritto europeo non può prevalere sul diritto internazionale.

In definitiva, è possibile ipotizzare tre linee di ragionamento degli arbitri, in base alla tipologia di BITs oggetto della controversia.

Nel caso di BITs intra-UE gli arbitri hanno due possibilità: in un senso, possono risolvere i conflitti cercando un'interpretazione armonica tra le previsioni nell'altro, se il conflitto non è componibile, possono far prevalere gli obblighi europei se giustificati alla luce dell'ordine pubblico. In ogni caso, devono rigettare le eccezioni circa la preminenza del diritto europeo, prerogativa che vale solo nelle relazioni interne tra UE e SM.

Si ritiene altresì che gli arbitri siano nella condizione di negare l'esistenza del conflitto qualora rilevino che la condotta dello Stato non sia lesiva delle legittime aspettative degli investitori. Si può dunque ritenere che, se i BITs contengono la clausola del trattamento nazionale, allora la violazione di una clausola della fonte internazionale sussiste solo se è dimostrata la lesione delle aspettative legittime. La clausola sul trattamento nazionale, infatti, attenua le conseguenze che discendono dalla modifica dell'assetto legislativo, ponendo l'investitore straniero sullo stesso piano di quelli nazionali – anche nelle ipotesi di nuove previsioni nazionali.⁵⁷³ In tali circostanze, l'arbitro può riconoscere che lo Stato ha agito *ex lege* – quindi nel rispetto degli obblighi europei – senza frustrare le aspettative legittime dell'investitore.⁵⁷⁴

⁵⁷³ EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law review*, n. 46, 2009, pp. 383-429.

⁵⁷⁴ *Contra*, ICSID, lodo del 12 maggio 2005, in causa ARB/01/8, *CME Gas Transmission Company c. Argentina*: "there can be no doubt [...] that a stable legal and business environment is an essential element of a fair and

Per i BITs extra-UE i conflitti, in quanto ciò sia possibile, possono essere risolti adottando un'interpretazione armonica tra le previsioni.

In ogni caso si rileva che per tali accordi piuttosto che interrogarsi sulla condotta degli SM, ora privati del potere in materia di investimenti esteri diretti, è opportuno concentrarsi sul ruolo dell'UE. Quest'ultima, anche se non è parte di tali accordi, ha acquisito competenza esclusiva sulla materia e pertanto potrebbe ipotizzarsi in capo all'Unione un vincolo di rispettare gli obblighi che discendono dai BITs extra-UE. Quest'ultima dovrebbe, quindi, evitare di adottare previsioni normative che si traducano nell'elaborazione da parte dello SM di misure contrastanti con gli obblighi contenuti in accordi internazionali. Ovviamente, non si tratterebbe di un vincolo giuridico, quanto più di un obbligo di *soft law*, giustificato dalla necessità di preservare i rapporti con Paesi terzi e di garantire, agli investitori stranieri, la coerenza e l'affidabilità del regime giuridico europeo in materia di investimenti.

Come correttamente rilevato, “*once the EU subjects itself directly, as participant, to that regime, it will have heightened difficulty in insisting that its internal norms – even those of a public policy nature – take precedence over its investment treaty*”.⁵⁷⁵

Da ultimo, per quanto riguarda gli accordi che l'Unione sottoscriverà con i Paesi terzi, si dovrebbe evitare l'inserimento di clausole di protezione che, tutelando l'ordinamento giuridico europeo da influenze esterne, di fatto riducono significativamente la partecipazione dell'Unione sulle scena internazionale. Dovrebbe dunque escludersi l'inserimento di clausole idonee a precludere il rinvio al meccanismo arbitrale ovvero l'applicazione di alcune regole dell'accordo, qualora queste entrino in conflitto con il diritto europeo.⁵⁷⁶

L'Unione, invero, stringendo relazioni con i Paesi terzi, deve necessariamente cedere parte della propria sovranità e, pertanto, deve vincolarsi alle previsioni internazionali senza lasciarsi la possibilità di rinviare a norme interne.

equitable treatment (the same Tribunal considered the fair an equitable treatment standard) as “an objective requirement and therefore unrelated to the reasons for the challenged measures”, par. 274-280.

⁵⁷⁵ BRENNAN, *cit.*, p. 443.

⁵⁷⁶ “L'Union Européenne est fréquemment tentée de se soustraire au jeu d'un accord multilatéral qu'elle conclut pour lui préférer, à l'intérieur de son ordre juridique, l'application de ses propres règles, droit qui n'est pas reconnu en revanche à ses partenaires conventionnels (ce mécanisme de « la clause de déconnection »)”. BERGE, FORTEAU, *Interactions du droit international européen. Contribution de l'Union européenne au développement du droit international général. Combinaison et hiérarchisation du droit national et hiérarchisation du droit national européen*, in *Journal du droit international*, Clunet, n. 3, 2010, p. 6.

Sezione II

Le garanzie per l'uniforme applicazione del diritto europeo

7. IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA: UNA PRECLUSIONE PER GLI ARBITRI.

Nella sezione precedente sono state raggiunte due conclusioni: in primo luogo i procedimenti arbitrali che derivano da controversie che hanno ad oggetto BITs – sia intra sia extra UE – sono da ritenere compatibili con il diritto dell'Unione; in secondo luogo, in tali giudizi può essere invocato il diritto europeo quale parte del diritto nazionale ovvero internazionale applicabile alla fattispecie.⁵⁷⁷

Al riguardo, si osserva che l'eventuale richiamo del diritto europeo da parte di organi giurisdizionali stranieri potrebbe implicarne un'applicazione e interpretazione non uniforme del diritto europeo che, nel vigente sistema, costituisce prerogativa esclusiva della Corte di giustizia europea.⁵⁷⁸

Ci si interroga quindi sull'esistenza di presidi idonei a garantire, nell'eventualità in cui l'arbitro richiami direttamente o indirettamente il diritto europeo, che quest'ultimo venga applicato conformemente alla prassi interna all'UE. In termini pratici, la questione è volta a ricercare strumenti, o meccanismi, che possano indirizzare l'arbitro nella corretta interpretazione del diritto UE ovvero correggere lodi in cui quest'ultimo è stato applicato in modo difforme dalla prassi giurisprudenziale europea ovvero dalle previsioni dei Trattati istitutivi.

Nel merito, possono individuarsi tre meccanismi potenzialmente in grado di raggiungere il risultato predetto; essi possono intervenire *ex ante* o *ex post*, a seconda che vengano attivati durante o dopo il procedimento arbitrale. Segnatamente, si tratta del rinvio alla Corte di giustizia europea di cui all'art. 267 TFUE, della partecipazione della Commissione in qualità di *amicus curiae* ovvero dell'impugnazione del lodo avanti Corti nazionali di uno Stato membro – i secondi saranno oggetto dei paragrafi che seguono.

Premesso ciò, occorre ora valutare se, in concreto, tali sistemi possono operare e quale, tra tutti, risulti quello che più garantisce la finalità predetta, ossia garantisca l'uniforme e corretta applicazione del diritto europeo.

⁵⁷⁷ *Supra.* cap. II, sez. I, par. 1-2.

⁵⁷⁸ L'art. 19.1 TUE prescrive che: “La Corte di Giustizia dell'Unione Europea [...] assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati?”.

Per quanto riguarda il rinvio alla Corte di giustizia europea, si osserva che, in generale, si tratta del meccanismo che, più di ogni altro, garantisce l'applicazione uniforme e coerente del diritto europeo da parte delle corti nazionali degli SM.

Nel caso specifico dell'arbitrato in materia di investimenti, ci si interroga se le corti arbitrali di investimento possano operare il rinvio di cui all'art. 267 TFUE, considerato che tale obbligo-facoltà è stata esclusa per le corti arbitrali commerciali.⁵⁷⁹

Ciò si suppone, alla luce del fatto che l'arbitrato in materia di investimenti – diversamente dall'arbitrato commerciale – presenta peculiarità tali che potrebbero farlo rientrare tra le giurisdizioni per le quali è ammesso il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE.⁵⁸⁰ Più nello specifico, negli arbitrati ora in esame vengono sollevate questioni che concernono il diritto pubblico – spesso, infatti, oggetto della controversia è la condotta di uno Stato membro. Tali arbitrati, poi, hanno la propria fonte in un accordo internazionale concluso tra due Stati e, anche per questo, è chiaro il coinvolgimento delle autorità pubbliche.

Tuttavia, non pare che il carattere pubblico e non privato, viceversa tipico degli arbitrati commerciali, sia sufficiente a far supporre che ai collegi arbitrali in materia di

⁵⁷⁹ Nel caso *Dorsch*, la CGE ha specificato che “*la Corte tiene conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente*”. Sentenza del 17 settembre 1997, in causa 54/96, *Dorsch Counsult*, in *Raccolta* 1998, p. I-04961, punto. 23. La Corte ha quindi escluso che le Corti arbitrali commerciali possano operare il rinvio di cui all'art. 267 TFUE, poiché non hanno caratteristiche che coincidono con quelle individuate dalla predetta pronuncia – che saranno poi ribaditi dalla giurisprudenza costante della CGE. Sentenza, *Eco swiss*, cit.; Sentenza del 23 marzo 1982, in causa 102/81, *Nordsee c. Reederei Mond*, in *Raccolta*, 1983, p. 01095. L'arbitrato commerciale, infatti, ha origine in un contratto ed è volto alla risoluzione di una controversia che sorge sul medesimo; il coinvolgimento dell'autorità pubblica è assente e le parti non hanno un obbligo – né in diritto né in fatto – di deferire la questione agli arbitri, se non una volta che abbiano convenuto l'inserimento della clausola compromissoria. Si ritiene che la tendenza della Corte di giustizia europea di escludere il rinvio da parte di Corti arbitrali commerciali si giustifichi, oltre che per l'assenza dei criteri su richiamati, anche alla luce del fatto che, pur escludendo il rinvio, la protezione del diritto dell'Unione è semplicemente “ritardata”, nel senso che può essere garantita in sede di impugnazione del lodo. Al riguardo, nella sentenza *Eco swiss* si legge che: “*gli arbitri, diversamente da un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario. Ora, l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate [...] nella situazione oggetto della presente causa e diversamente dalla sentenza Van Schijndel e Van Veen, citata, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte*”. Sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 40.

⁵⁸⁰ Dalla lettera dell'art. 267 TFUE si evince che la Corte di giustizia europea può essere adita da “*qualunque organo giurisdizionale di uno Stato membro*”; la giurisprudenza europea, interrogata in più occasioni circa l'ammissibilità di un rinvio da parte delle Corti arbitrali commerciali, ha risposto definendo i criteri e i presupposti in presenza dei quali un organo giurisdizionale rientra tra quelli della lettera della norma ovvero ne è escluso.

investimento siano riconosciuti poteri, esclusi a quelli che regolano una controversia in materia commerciale.

A favore di questa conclusione depone l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 267 TFUE e, segnatamente, del concetto di “*organo giurisdizionale di uno Stato membro*” che tale norma richiama.

Sul concetto di appartenenza ad un ordinamento giuridico statale, la Corte di giustizia europea ha stabilito una serie di condizioni in presenza delle quali un organo giurisdizionale appartiene all'ordinamento giuridico nazionale.

Nel caso *Pauls Mills c. Scuole Europee*, ad esempio, la Corte ha negato che la Camera di ricorso delle Scuole Europee potesse essere considerata una giurisdizione, ai sensi dell'art. 267 TFUE.⁵⁸¹ Sebbene la Corte abbia riconosciuto che la Camera del ricorso avrebbe avuto tutti i requisiti individuati dalla giurisprudenza europea per gli organi di cui all'art. 267 TFUE, tuttavia ha rilevato che tale Collegio non può considerarsi al pari di una corte o un tribunale di uno Stato poiché “*se è vero che la Camera di ricorso è stata creata da tutti gli Stati membri nonché dall'Unione, essa costituisce pur sempre un organo di un'organizzazione internazionale la quale, nonostante i legami funzionali che essa intrattiene con l'Unione, resta formalmente distinta da quest'ultima e dagli Stati membri*”.⁵⁸² Parrebbe, quindi, che l'organo giurisdizionale appartiene a un ordinamento nazionale se ha origine nel medesimo – quindi è previsto e regolato nelle fonti normative nazionali – e ne rispetta le regole di procedura e sostanziali.

In altre pronunce, la CGE ha poi ammesso il rinvio da parte di corti esterne costituite da un accordo internazionale, nei limiti in cui esse salvaguardino l'uniformità del diritto UE e non violino “*l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione*”.⁵⁸³ Sono i casi, ad esempio, della Corte del Benelux e della Corte EFTA, cui la CGE ha riconosciuto lo *status* di *Corti di uno Stato membro*.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Sentenza del 14 giugno 2011, in causa 109/88, *Pauls Mills c. Scuole Europee*, in *Raccolta* 2011, p. I-05105, le Scuole Europee, mediante un accordo internazionale, hanno costituito una Convenzione delle Scuole Europee, sistema *sui generis* che prevede una forma di cooperazione tra gli Stati membri e tra questi e l'Unione onde garantire, per il buon funzionamento delle istituzioni europee, l'istruzione in comune dei figli dei dipendenti di tali istituzioni.

⁵⁸² Sentenza *Pauls Mills c. Scuole Europee*, cit. punto 42. Per un'analisi della sentenza si rinvia a: BARATTA, *National Courts as Guardians and “Ordinary Courts” of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, 2011, pp. 297-320.

⁵⁸³ Sentenza *Pauls Mills c. Scuole Europee*, cit., punto 76.

⁵⁸⁴ La Corte di giustizia ha riconosciuto la possibilità per la Corte del Benelux di operare il rinvio pregiudiziale poiché quest'ultima ha competenze che assomigliano più a quelle di una Corte nazionale di ultimo grado, piuttosto che di una Corte esterna al sistema europeo. Infatti, la Corte del Benelux è stata costituita con il compito di garantire l'uniformità dell'interpretazione delle norme giuridiche comuni tra

In questi casi, la Corte ha esteso l'operatività del meccanismo del rinvio, adottando un'interpretazione teleologica dell'art. 267 TFUE; indipendentemente dalla fonte dell'organo giurisdizionale, sia essa nazionale ovvero internazionale, quest'ultimo può adire la CGE perché, anche indirettamente, garantisce la corretta e uniforme applicazione del diritto UE.

Da questi presupposti, discende che una corte arbitrale in materia di investimenti non può operare il rinvio non essendo né organo giurisdizionale di uno SM né opera per garantire l'uniforme applicazione del diritto UE. L'arbitrato di investimento, infatti, rispetta regole autonome da quelle dei sistemi nazionali, diverse a seconda del procedimento che viene applicato. In nessun caso, tali corti sono soggette al controllo dei sistemi giurisdizionali in cui agiscono – se non dopo l'emanazione del lodo attraverso i procedimenti d'impugnazione – e gli arbitri sono scelti con meccanismi e regole procedurali altre rispetto a quelle previste per i giudici nazionali.

Del resto, gli arbitrati d'investimento hanno ad oggetto controversie che sorgono su un accordo internazionale e, pertanto, non sono costituite con l'unico scopo di garantire tra le parti la corretta interpretazione del diritto europeo.⁵⁸⁵

Di conseguenza, si ipotizza che anche se la Corte di giustizia europea non ha ancora espressamente escluso il potere delle corti arbitrali di investimento di operare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE non sussistono le condizioni per poterlo ammettere.⁵⁸⁶

Si osserva, inoltre, che il riconoscimento del potere del rinvio, oltre ad essere contrario al diritto europeo e alla giurisprudenza costante europea, rischierebbe di snaturare il procedimento arbitrale. Il rinvio implica, infatti, la sospensione del giudizio del giudice/arbitro *a quo* e lo vincola alla statuizione del giudice *ad quem*.

Il procedimento arbitrale, invece, è per sua essenza veloce e poco procedurale; inoltre, gli arbitri sono autonomi e terzi rispetto a qualsiasi sistema giuridico, non

i tre Stati del Benelux, in un procedimento incidentale a quelli principali sollevati avanti le Corti nazionali di questi tre Stati. “*Consentire ad un organo giurisdizionale come la Corte del Benelux, quando si trova a dover interpretare norme di diritto comunitario nell'esercizio delle sue funzioni, di avvalersi del procedimento previsto dall'art. 177 del Trattato risponde quindi all'obiettivo di tale norma, che è quello di salvaguardare l'uniformità d'interpretazione del diritto comunitario*”, Sentenza del 4 novembre 1997, in causa 337/95, *Parfums Dior c. Evora*, in Raccolta 1997, p. I-6013, punto 23.

⁵⁸⁵ Contra, SCHILL, cit., p. 145.

⁵⁸⁶ Contra, HINDELANG, *Circumventing primacy of EU Law and the ECJ's Judicial Monopoly by resorting to dispute resolution mechanisms provided for in Inter-se Treaties?*, cit., pp. 179-206.

avendo un proprio foro di competenza.⁵⁸⁷ Tali garanzie verrebbero meno se questi ultimi fossero condizionati a rispettare le statuizioni provenienti da un giudice terzo.

Vi è poi da considerare che, se anche il diritto primario UE venisse modificato per includere le corti arbitrali tra quelle di cui all'art. 267 TFUE, è molto probabile che i Paesi terzi non accetterebbero di vincolarsi ad un accordo internazionale in cui è previsto un sistema di risoluzione di controversie che includa il rinvio alla CGE.

Da ultimo, e per concludere, la prassi arbitrale ha sino ad ora mostrato che le questioni di diritto europeo che possono sorgere in controversie su un BIT di investimento non implicano la cognizione dell'arbitro su principi fondamentali del diritto europeo né gli impongono di dare un'interpretazione vincolante e definitiva sulle presunte violazioni del diritto dell'Unione. In tutti i casi, infatti, gli arbitri hanno escluso di dover interpretare la condotta dello Stato convenuto alla luce del diritto UE; il primato e l'effetto diretto del diritto dell'Unione nei confronti degli SM non sono ancora stati messi in discussione.

In definitiva, quindi, non pare necessario, né corretto, cercare di inserire le corti arbitrali di investimento tra quelle di cui all'art. 267 TFUE.

8 *Segue*: LA PARTECIPAZIONE DELLA COMMISSIONE NEL RUOLO DI *AMICUS CURIAE*.

Considerato che il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE è precluso alle corti arbitrali, per garantire l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto europeo si può prospettare che la Commissione europea partecipi in qualità di *amicus curiae* nei procedimenti arbitrali insorti da un BIT europeo.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ La dottrina non è concorde sui criteri e presupposti per individuare l'ordinamento giuridico cui gli arbitri debbono far riferimento e le leggi che debbono applicare. Per alcuni, tra cui Mann "*l'activité de l'arbitre ne peut échapper à l'état*". Per Meyer e Gentinetta invece "*l'arbitre n'a pas de lex fori, mais il a un créateur auquel il est assujetti comme le juge étatique est assujetti à l'Etat*". Il "creatore" cui si riferiscono gli autori sono le parti. MEYER muterà questo approccio, proponendone uno meno drastico assumendo che l'arbitro non è soggetto al contratto delle parti ma, in quanto organo giudicante, ne è al di sopra. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat*, in *Revue General du droit international publique*, Clunet, 1986; MANN, *The consequences of an international wrong in international and national law*, in *British Yearbook of International Law*, n. 48, 1976-1977.

⁵⁸⁸ In generale, si osserva che l'intervento di terzi è variamente accolto nei meccanismi di risoluzione delle controversie: l'art. 10.2 dell'intesa sulle norme e le procedure che disciplinano la soluzione di controversie OMC ammette la partecipazione dei membri in qualità di *amicus curiae*, l'art. 36.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo stabilisce che: "*The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings*". Lo Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede invece all'art. 63.2 della Corte un intervento di terzo limitato; la norma ammette infatti solo l'intervento interpretativo di una parte del Trattato oggetto della controversia di cui è parte. Come rileva parte della dottrina: "*on observe une sensible dévaluation de la qualité de l'intervenant*,

Occorre quindi considerare in primo luogo se, e a quali condizioni, possa essere giustificata la partecipazione della Commissione – in rappresentanza dell’Unione – negli arbitrati che toccano interessi anche europei; in secondo luogo, alla luce della prassi, bisogna valutare in qual misura gli interventi dell’esecutivo possono produrre effetti utili per il procedimento.⁵⁸⁹

Con riferimento alla prima questione, si osserva che la partecipazione della Commissione dipende dalle norme processuali applicate al procedimento, segnatamente da quelle che regolano l’ammissione degli *amici curiae*.⁵⁹⁰

Negli arbitrati ICSID la riforma delle regole di procedura introdotta nel 2006 ha codificato la pratica di partecipazione degli *amici curiae* e all’art. 37.2 ha previsto che, sussistendo le condizioni nel medesimo elencate, parti terze possono prendere parte al procedimento producendo memorie relative ad una questione specifica che si inserisce nel quadro della *res litigiosa*.⁵⁹¹

Segnatamente, la terza condizione di cui alla norma predetta stabilisce che il collegio ammette un *amicus curiae* se “*the non-disputing party has a significant interest in the*

pratiquement ravalé au rang de simple amicus curiae qui s’offrirait simplement d’épargner à la Cour, seule garante de l’intégrité de la fonction juridictionnelle, le soin de collecter des informations utiles à cet égard”. LAGRANGE, *Le Tiers à l’instance devant les juridictions internationales à vocation universelle*. In RUIZ-FABRI, SOREL (a cura di), *Le tiers à l’instance devant juridictions internationales*, Pedone, Parigi (2005), p.14. In realtà, il ruolo degli *amici curiae* va ben oltre quello di semplici collettori di informazioni, trattandosi piuttosto di intervenienti che possono proporre qualificazioni ed interpretazioni della fattispecie di giudizio, mettendo a disposizione dell’arbitro le proprie competenze. MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, Jean Monnet Working Paper 2/01, available at www.worldtradelaw.net/articles/mavroidisamicus.pdf.

⁵⁸⁹ Per una critica sul punto, si rinvia a: LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in *Berkely Journal of International Law*, 19, 2011.

⁵⁹⁰ La partecipazione di *amici curiae*, è pratica non frequente, posto che tali giudizi si fondano su una convenzione arbitrale che coinvolge solo le parti che l’hanno sottoscritta e che, per l’effetto, sono le uniche a poter prendere parte al procedimento. Diversamente dall’arbitrato commerciale, quello di investimento, coinvolgendo una parte privata ed uno Stato, tocca inevitabilmente gli interessi pubblici di quest’ultimo. Nel caso specifico di procedimenti che sorgono da un BIT europeo, possono venire in rilievo anche gli interessi pubblici europei. Posto ciò, pare ragionevole ipotizzare la partecipazione dell’esecutivo con la funzione di vigilare sulla procedura e sulla tutela degli interessi europei da parte degli arbitri. La Commissione è, infatti, l’istituzione che può garantire gli interessi superiori dell’Unione, che possono emergere durante i procedimenti arbitrari, atteso che, per espressa previsione dei Trattati istitutivi, ha il compito di “*vigilare sull’applicazione dei Trattati*”. Art. 17 TUE. Sulla partecipazione in qualità di *amicus curiae* dell’Unione: MENETREY, *La Participation “amicale” de la Commission Européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires*, in *Journal du droit International*, vol. 137, n.7, 2010.

⁵⁹¹ Art. 37.2 Regole di procedura ICSID: “(2) *After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:*

(a) *the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;*
(b) *the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;* (c) *the non-disputing party has a significant interest in the proceeding”.*

proceeding”. Tale requisito potrebbe essere quello che, in concreto, consentirebbe di legittimare l'intervento della Commissione la quale, giustappunto, vanta un interesse rilevante in tutti i procedimenti in cui sorge una problematica di diritto europeo.⁵⁹²

Venendo alle regole di procedura degli arbitrati amministrati, esse prevedono la partecipazione di terzi solo se si tratta di parti dell'accordo oggetto del procedimento. In questi casi, quindi, l'eventuale partecipazione della Commissione può essere ammessa se l'Unione è parte dell'accordo all'esame degli arbitri.

A titolo di esempio, negli arbitrati *ad hoc* condotti nel rispetto delle regole UNCITRAL la vecchia disposizione di cui all'art. 17.5 – che ammette la partecipazione dei terzi in qualità di *amici curiae*, solo se parte degli Accordi oggetto della controversia – sarà presto sostituita dalla previsione introdotta dalle nuove Regole di Trasparenza che ammettono gli *amici curiae*, senza tale limite.⁵⁹³

Alla luce delle regole di procedura, pare che non sussistano preclusioni processuali alla partecipazione della Commissione nel ruolo di *amicus curiae*.

Di ciò è conferma anche la recente prassi arbitrale.

Nel caso Eureka, la Commissione è stata invitata dal Tribunale ad intervenire per presentare la propria posizione circa l'estinzione dei BITs *inter partes*.⁵⁹⁴ Nel caso Electrabel, poi, la Commissione è stata autorizzata a presentare le proprie osservazioni sull'applicabilità del diritto europeo in un arbitrato fondato sulla Carta dell'energia.⁵⁹⁵

Ancora, nel caso AES la Commissione è potuta intervenire per esporre le proprie conclusioni circa la legittimità delle concessioni – *rectius* aiuti di Stato – riconosciute dallo Stato convenuto all'investitore straniero nei contratti di vendita di energia.⁵⁹⁶

Per quanto riguarda gli effetti degli interventi degli *amici curiae*, si sostiene che, anche se i Tribunali non sono obbligati né ad accogliere né a riprendere nelle proprie

⁵⁹² La partecipazione della Commissione sarebbe ammessa, indipendentemente dall'adesione dell'Unione alla Convenzione ICSID; l'art. 37.2, infatti, non pone come condizione che l'*amicus curiae* sia cittadino o ente di uno Stato membro della Convenzione di Washington.

⁵⁹³ Art. 17.5 UNCITRAL: “*The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration*”. *Supra*, Parte II, cap. I, sez. II, par. 7.

⁵⁹⁴ CPA, *Eureka c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 175-196.

⁵⁹⁵ ICSID, *Electrabel c. Ungheria*, cit., par. 1.6: “*neither the Commission of the European Communities nor the European Union are named or disputing parties to the arbitration proceedings. At its request and upon the invitation of the Tribunal, the European Communities made writtem representations to the Tribunal as a non-disputing party under art. 37.2 ICSID*”.

⁵⁹⁶ ICSID, *AES c. Ungheria*, cit., par. 3.18.

decisioni le osservazioni dei terzi intervenienti, nondimeno esse si possono configurare come strumenti efficaci per sollevare punti e questioni di diritto che altrimenti verrebbero tralasciate o male interpretate.⁵⁹⁷ L'intervento di un terzo, sia esso un'istituzione o un ente locale – come accade negli Stati federali – permette infatti di sollevare questioni ed aspetti della vicenda che le parti potrebbero non avere interesse ad introdurre.⁵⁹⁸

A titolo di esempio, nel caso AES è stata la Commissione, in qualità di *amicus curiae*, a sollevare la questione della presunta illiceità rispetto diritto europeo del contratto oggetto della controversia. Tale questione non sarebbe potuta essere sollevata dall'investitore, che avrebbe introdotto un tema per lui sfavorevole, né dallo Stato convenuto che avrebbe invece rischiato di attivare la procedura di infrazione in seno all'Unione.

Nelle memorie depositate, la Commissione ha esposto le ragioni per le quali i contratti tra le parti – stipulati nella forma di *public private partnership*⁵⁹⁹ – sarebbero contrari alle previsioni di cui agli artt. 101 et 102 TFUE nella parte in cui riconoscono vantaggi economici all'investitore.⁶⁰⁰ La Commissione, evidenziando l'illiceità del rapporto, ha fatto emergere le conseguenze distorsive che sarebbero potute derivare dal suo mantenimento in vigore, contrario al diritto europeo della concorrenza.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Per quanto riguarda il valore delle memorie presentate dagli *amici curiae* nei procedimenti, si osserva che nel caso Eureko il Tribunale ha sancito che le memorie della Commissione hanno lo stesso valore di quelle presentate dalle parti, infatti: “*The Tribunal has considered carefully the submissions made by the parties, as well as the observations of the [...] and of the European Commission, all of which were helpful and for all of which the Tribunal thanks their respective authors. All of the points made in those submissions have been taken into account by the Tribunal even though it is not necessary to address and decide in turn each and every one of these observations and submissions.*” CPA, *Eureko c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 217. Nel caso AES, le memorie depositate dalla Commissione non figurano negli atti del procedimento tuttavia: “*The Tribunal also acknowledges the efforts made by the European Commission to explain its own position to the Tribunal and has duly considered the points developed in its amicus curiae brief in its deliberations.*” ICSID, *Aes c. Ungheria*, cit., par. 8.2.

⁵⁹⁸ BJORKLUND, *The Participation of sub-national Government units as amici curiae in International Investment Disputes*, in BROWN, MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, 2011, pp. 298-315.

⁵⁹⁹ Per un'analisi dettagliata si rinvia a: ABBOTT, *Public Private Partnership*, in *Max Planck Encyclopedia*, 2009.

⁶⁰⁰ PETERSON, *European Commission Seeks to Intervene as Amicus Curiae in ICSID Arbitrations to Argue that Long-term Power Purchase Agreements Between Hungary and Foreign Investors are Contrary to European Community Law*, in *Investment Arbitration Reporter*, 17 settembre 2008, p. 14.

⁶⁰¹ Si osserva che la Commissione avrebbe potuto sollevare la questione dell'illegalità in altra sede, quindi attivando una procedura interna di infrazione contro l'Ungheria, Stato convenuto. Tuttavia, la procedura di infrazione richiede del tempo e prima di arrivare a conclusione sarebbe potuta essere emessa la decisione del Collegio arbitrale magari contraria al diritto dell'Unione. Trattandosi peraltro di un procedimento ICSID, il lodo sarebbe dovuto essere riconosciuto automaticamente e, poiché le regole ICSID non prevedono l'eccezione dell'interesse pubblico come ostativa all'esecuzione, uno Stato membro si sarebbe potuto trovare nella condizione di eseguire sul proprio territorio un lodo

L'intervento della Commissione pare quindi giustificato alla luce di un interesse superiore, che prescinde dal caso concreto e che concerne l'inammissibilità, per il diritto europeo, del mantenimento in vigore di accordi ad esso contrari. Ovviamente, la posizione della Commissione non cambia la prospettiva dell'arbitro, che è sempre orientato a qualificare una condotta alla luce della fonte che regola il rapporto. Tuttavia, si ritiene che l'intervento di un terzo, in questo caso la Commissione, possa essere utile per inquadrare la fattispecie nel suo ampio contesto che, nel caso di arbitrati che hanno ad oggetto BITs europei, coinvolge tre ordinamenti, internazionale, europeo e nazionale.

La prassi giurisprudenziale mostra la tendenza ad ammettere la partecipazione della Commissione nel ruolo di *amicus curiae*; se così continuerà ad essere, la presenza della Commissione potrebbe supplire alla preclusione delle corti arbitrali di operare il rinvio alla Corte di giustizia europea.

Al riguardo si ipotizza anche che, qualora fossero ammesse entrambe le soluzioni – rinvio e partecipazione come *amicus curiae* – questa seconda sarebbe l'opzione da preferire, poiché produce gli stessi risultati, quindi l'uniforme applicazione del diritto UE, ma preserva le caratteristiche tipiche del procedimento arbitrale.

La partecipazione di un *amicus curiae*, infatti, non impone la sospensione del giudizio, allungandone le tempistiche e complicandone il procedimento. Il coinvolgimento di *amici curiae* è più semplice e diretto e lascia all'arbitro l'autonomia di decidere della controversia, senza essere vincolato dalla pronuncia di un altro giudice.

D'altra parte, il meccanismo del rinvio pregiudiziale funziona molto bene ed è giustificato in un sistema integrato, quale è quello europeo, che si fonda, tra gli altri, sul principio di leale collaborazione – tra Stati e Istituzioni – e sul mutuo riconoscimento dei giudicati. In altre parole, tale strumento funziona in un sistema che regge anche grazie ad un *corpus* giuridico predisposto ed accettato da tutte le parti contraenti e che pertanto, deve valere ed essere interpretato per tutte allo stesso modo.⁶⁰²

Inevitabilmente, tali effetti non devono essere garantiti quando l'organo giurisdizionale è un arbitro. Piuttosto, la relazione che si instaura tra collegi arbitrali e Commissione è quella che meglio garantisce l'autonomia degli arbitri; l'intervento

parzialmente contrario al diritto europeo. Da qui discende l'importanza di far intervenire la Commissione direttamente nel procedimento arbitrale.

⁶⁰² Si osserva che l'obbligo dei giudici nazionali di rinviare alla Corte di giustizia qualora sussistano le condizioni previste dai Trattati istitutivi, art. 267 TFUE, non può essere imposto alle corti straniere, specificamente se si tratta di Corti arbitrali, posta la loro aletrità da qualsiasi ordinamento giuridico.

dell'esecutivo è, infatti, di tipo assistenziale nel senso che aiuta l'arbitro a qualificare e definire questioni difficili “*compte tenu de leur complexité en droit et en fait*”.⁶⁰³

Si rileva, da ultimo, che l'ammissione dell'intervento della Commissione dovrebbe essere favorito anche perché attenua il rischio, da più parti evidenziato, dei conflitti tra diversi regimi giuridici che possono essere richiamati nei procedimenti arbitrali.⁶⁰⁴ Il diritto degli investimenti dovrebbe, infatti, evolvere ed essere interpretato in modo conforme non solo alle previsioni di diritto internazionale, ivi compresi i diritti fondamentali e il diritto dell'ambiente, ma anche del diritto dell'Unione, ovviamente per quelle parti che tutelano interessi superiori o, più in generale, di sistema.⁶⁰⁵

Per tutti questi motivi si ritiene che la partecipazione della Commissione in qualità di *amicus curiae* sia il meccanismo che, meglio di altri, garantisce *ex ante*, il rispetto del diritto UE.⁶⁰⁶

9. IL RISCHIO DI UN ABUSO DEI GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE.

Come anticipato nel paragrafo precedente, in alternativa ai rimedi operanti *ex ante*, la corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo può essere garantita attraverso meccanismi *ex-post*, attivabili solo dopo la conclusione del procedimento arbitrale.

Più nello specifico, si possono ipotizzare due tipi di controllo *ex post*: il primo si realizza attraverso i procedimenti di riconoscimento ed esecuzione, nonché con l'inizio di una procedura di annullamento; il secondo si attiva dopo, o indipendentemente dal primo, e coincide con l'apertura da parte della Commissione di una procedura di infrazione contro lo Stato membro inadempiente.

La prima tipologia di presidio *ex post* funziona a patto che sussistano due condizioni concorrenti: le regole di procedura arbitrali devono permettere il ricorso alle corti nazionali per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi; tali procedimenti, poi, devono essere iniziati avanti i fori di uno Stato membro.

⁶⁰³ BLANKE, NISSER, *ICC Draft Best Practice Note on the European Commission acting as amicus curiae in international arbitration proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008, par. 30.

⁶⁰⁴ PETERSMANN, *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*, in *Pennsylvania Journal of international economic law*, L. 273, 2006.

⁶⁰⁵ In argomento si rinvia a: VAN AAKEN, *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection*, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2008-1, 2008.

⁶⁰⁶ BURGSTALLER, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 39, no. 2, 2012, pp. 207-222; DIMOPOULOS, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law*, cit.

In presenza di queste condizioni, tale presidio permette di fatto un duplice controllo.

In un senso, il giudice nazionale, nei limiti delle norme processuali del proprio ordinamento, può respingere la richiesta di riconoscimento o esecuzione se rileva la sussistenza di una delle condizioni ostative di cui all'art. V della Convenzione di New York 1958, tra le quali figura la contrarietà all'ordine pubblico del Paese in cui il lodo deve essere riconosciuto o eseguito. Il giudice nazionale di uno Stato membro può quindi valutare la conformità del lodo alla luce dell'ordine pubblico nazionale ed europeo.⁶⁰⁷

Nell'altro, le Corti nazionali hanno la facoltà – che diviene obbligo per quelle di ultima istanza – di rinviare la questione alla Corte di giustizia europea. In questa circostanza, la preclusione degli arbitri di adire la CGE quando sorga una questione di interpretazione o applicazione del diritto europeo, viene superata con il rinvio a quest'ultima, operato dai giudici nazionali.

Non pare tuttavia che il rimedio *ex post* predetto sia quello che più garantisce l'uniforme applicazione ed esecuzione del diritto europeo.

In primo luogo, il rimedio è inefficace se vengono adite corti di un Paese terzo: in questi casi vi è il rischio che queste ultime non applichino il diritto europeo – poiché non ne sono vincolate – oppure, rilevando la necessità di rinviare al concetto di ordine pubblico europeo, lo applichino in modo non corretto, senza che vi siano meccanismi per correggere il giudizio.

In secondo luogo, vi è il rischio che la parte soccombente del giudizio arbitrale abusi dei procedimenti di impugnazione, confidando che il procedimento nazionale abbia un esito per essa più favorevole.

Di questo tipo di “abuso” è conferma il recente giudizio incardinato dalla Repubblica Slovacca, soccombente nel lodo Eureka, avanti la Corte di Francoforte sul Meno.

Nella sentenza del 12 maggio 2012 i giudici nazionali tedeschi hanno rigettato le domande della ricorrente, volte ad ottenere l'annullamento del lodo, impugnato per

⁶⁰⁷ Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea, dalla sentenza l'ordine pubblico deve essere interpretato in modo restrittivo, dal momento che permette una restrizione alle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato Istitutivo. *Ex multis* si rinvia a: sentenza del 4 dicembre 1974, in causa 41/74, *Van Duyn*, in Raccolta 1974, p. I-01337. Nel caso *Boucherau*, poi, è stato sancito che: “il richiamo alla nozione di ordine pubblico può essere invocato quando oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività”, punto. 35, Sentenza del 27 ottobre 1977, in causa 30/77, *Regina c. Boucherau*, in Raccolta, 1977, p. I- 01999.

carezza di giurisdizione degli arbitri nonché per l'incompatibilità della clausola arbitrale con il diritto europeo. Quest'ultima, infatti, avrebbe legittimato organi giurisdizionali stranieri ad applicare e interpretare il diritto UE, attività che, viceversa, competerebbe in via esclusiva alla Corte di giustizia europea.

I giudici di Francoforte, invece, hanno ribadito la posizione del collegio di arbitri in merito alla legittimità dei procedimenti arbitrari condotti in seno all'Unione.⁶⁰⁸

Essi hanno quindi confermato la giurisdizione dell'arbitro ricordando, tra i tanti motivi, che l'art. 344 TFUE non è applicabile ai procedimenti che sorgono tra SM ed investitore. Del pari, hanno escluso la contrarietà della clausola arbitrale al diritto europeo confermandone quindi la validità.

La sentenza della Corte è ora oggetto di scrutinio della Corte Federale Tedesca la quale, il 19 settembre 2013, ha emanato un'ordinanza rigettando, nuovamente, le pretese di parte attrice.⁶⁰⁹ La Corte non ha statuito nel merito evidenziando, in buona sostanza, l'assenza di un interesse ad agire in capo alla Repubblica Slovacca. Il lodo parziale, emesso il 26 ottobre 2010, oggetto di impugnativa avanti le Corti nazionali tedesche, è stato infatti sostituito da un lodo definitivo. Da ciò deriverebbe che un'eventuale pronuncia sull'impugnazione proposta sarebbe *inutiliter data*. In altre parole, se anche la Corte accogliesse l'impugnativa, il giudizio nazionale sarebbe inefficace posto che il rapporto *inter partes* è già stato regolato dal lodo definitivo, reso in data 7 dicembre 2012.⁶¹⁰

La pronuncia segna un punto a favore degli investitori; preme tuttavia rilevare che il *favor* verso i giudizi di impugnazione potrebbe incoraggiare gli Stati membri, soccombenti in procedimenti arbitrari, ad introdurre ricorsi di annullamento per

⁶⁰⁸Tribunale di Francoforte sul Meno, 26 SchH 11/10, 10 Maggio 2012. PETERSON, *German Courts asked to overturn Finding of Jurisdiction by Arbitral Tribunal in Intra-EU investment Dispute*, in IAREporter, 13 Gennaio 2011. La ricorrente Repubblica Slovacca solleva l'eccezione dell'inapplicabilità/invalidità della clausola arbitrale per contrarietà al diritto europeo, specificamente dell'art. 344 TFUE. Per la ricorrente, la clausola arbitrale richiama il diritto slovacco di cui è parte il diritto UE. Quest'ultimo, però, ha effetto diretto, prevale sul diritto nazionale e pertanto deve essere applicato. Tuttavia, conclude la ricorrente, gli arbitri non possono interpretare ed applicare il diritto dell'Unione, rimanendo tali compiti prerogativa della CGE. Pertanto, se gli arbitri applicano il diritto UE violano la previsione di cui all'art. 344 TFUE.

⁶⁰⁹ Per il testo dell'Ordinanza della Corte Federale Tedesca, si rinvia a: file:///Users/benedettacappiello/Desktop/Reg.%20Bruxelles%20III/German%20supreme%20court_Order.webarchive. Per i commenti,

⁶¹⁰ Per i commenti all'Ordinanza si rinvia a: <file:///Users/benedettacappiello/Desktop/Reg.%20Bruxelles%20III/German%20court%20confirms%20the%20protection%20of%20investors%20under%20intraEU%20BITS%20%7C%20Herbert%20Smith%20Freehills%20arbi.webarchive>. <file:///Users/benedettacappiello/Desktop/Reg.%20Bruxelles%20III/German%20Federal%20Supreme%20Court%20Procedural%20Order%20in%20Slovakia%20v.%20Eureko%20%7C%20Kluwer%20Arbitration%20Blog.webarchive>. (ultimo accesso: gennaio 2013).

eccepire il difetto di giurisdizione degli arbitri al di fuori dei tribunali arbitrali. Da ciò sorge il rischio che le corti nazionali adite – se non addirittura la CGE – possano arrivare a conclusioni opposte a quelle degli arbitri negando, magari, la giurisdizione di questi ultimi.

Posto che il ricorso in annullamento è un diritto, nei limiti in cui sussistono le condizioni che lo legittimano, il Tribunale avrebbe potuto, quanto meno, evidenziare l'abuso ad opera di parte ricorrente, avendo questa instaurato un giudizio volto esclusivamente ad eludere un lodo ad essa contrario, di fatto riproponendo le medesime eccezioni sollevate nel procedimento arbitrale e in quella sede già esaurite. D'altra parte, la stessa Corte di giustizia europea ha sancito che l'invalidità di una clausola arbitrale per contrasto col diritto UE deve essere pronunciata dallo stesso Collegio adito ovvero dal giudice nazionale solo qualora la norma UE violata sia qualificabile come regola di ordine pubblico.⁶¹¹

Si osserva, poi, che se iniziasse un *trend* di questo tipo, quindi se si sviluppasse procedimenti di impugnazione, i lodi arbitrali rischierebbero di perdere la caratteristica della definitività e vincolatività, che invece dovrebbe essere loro propria.

Quanto alla seconda tipologia di ricorso *ex post*, questa si presenta come presidio per i lodi che non possono essere impugnati avanti corti nazionali.

Al riguardo, si osserva che ai lodi emessi a seguito di procedimenti ICSID, è precluso il giudizio di riconoscimento e di esecuzione; vige, infatti, il principio del riconoscimento automatico tra Stati parte della Convenzione di Washington del 1965 e, in tali ipotesi, l'esecuzione è eseguita conformemente alle regole di procedura dello Stato in cui ne viene fatta richiesta. Del pari, il ricorso in annullamento – ammesso se sussiste uno dei presupposti di cui all'art. 52 della Convenzione predetta – è risolto avanti un Comitato *ad hoc*, cui ovviamente è precluso il rinvio di cui all'art. 267 TFUE ma che, nondimeno, può fare rinvio al diritto europeo.⁶¹² Da queste considerazioni deriva un altro motivo per il quale le Corti nazionali hanno, nei fatti, poche occasioni per risolvere un conflitto tra obblighi europei ed internazionali. Nel giudizio di impugnazione del lodo AES – introdotto a seguito di un giudizio arbitrale instaurato avanti un tribunale ICSID – la ricorrente ha sostenuto che “*the question of legality under Hungarian and EU law was a significant issue in the original proceedings, having been raised at the*

⁶¹¹ CGE, C-126/97, *Eco swiss*, cit., punto. 31.

⁶¹² *Ex multis*, si rinvia a: ICSID, Decisione del Comitato *ad hoc* sul giudizio di annullamento, in causa ARB/07/22, *AES c. Ungheria*, cit.

bearing and having received substantial attention in their written submissions. According to AES, the evidential weight that such a finding would have had renders the issue outcome-determinative".⁶¹³ Il Comitato *ad hoc* non ha accolto l'eccezione della ricorrente ed ha negato il rinvio al diritto europeo specificando che, se anche avesse trovato applicazione, l'esito della controversia – negativo per la società attrice – non sarebbe mutato.⁶¹⁴ Più precisamente, il Comitato *ad hoc* ha sostenuto che "*had Hungary been motivated to reintroduce price regulation with a view to addressing the EC's state aid concerns, there is no doubt that this would have constituted a rational public policy measure*".⁶¹⁵

In queste ipotesi, per garantire la corretta applicazione e interpretazione del diritto europeo anche per questi lodi, si ipotizza l'apertura di un controllo interno all'Unione su iniziativa della Commissione. L'esecutivo europeo, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, è infatti legittimato ad avviare procedure di infrazione – regolate dagli artt. 258-260 TFUE – contro gli Stati che eseguono un lodo ICSID – quindi non impugnato avanti una Corte nazionale – in contrasto con il diritto europeo.

Indipendentemente dal ricorso avanti un giudice nazionale, con possibilità di rinvio alla Corte di giustizia europea, anche tale procedimento può assicurare la corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo.⁶¹⁶

In termini pratici si ipotizza che, se e quando la decisione del Comitato *ad hoc* nel caso AES sarà presentata avanti una Corte nazionale per ottenerne l'esecuzione, la Commissione potrà iniziare il procedimento suddetto, qualora rilevasse che lo Stato richiesto dell'esecuzione abbia eseguito un lodo contrario al diritto europeo.⁶¹⁷

A margine dell'analisi condotta nella presente sezione, si può concludere rilevando che i timori di un'applicazione ed interpretazione non corretta del diritto europeo da parti degli arbitri non sono fondati.

I presidii *ex ante* ed *ex post* possono, come illustrato, garantire il diritto dell'Unione anche nei casi in cui quest'ultimo sia oggetto di applicazione da parte di arbitri, quindi

⁶¹³ *Ibid.*, punto 164.

⁶¹⁴ Secondo Burgstaller "*because even ICSID award may end up before the ECJ, arbitral Tribunals concerned about the enforceability of their awards are well advised to take EU law into account*". BURGSTALLER, cit., p. 474.

⁶¹⁵ Tribunale ICSID, Decisione del Comitato *ad hoc* sul giudizio di annullamento, in causa ARB/07/22, *AES c. Ungheria*, cit., punto 172.

⁶¹⁶ Per l'analisi sul punto, si rinvia a: *Electrabel c. Ungheria*, cit., pa. 4.158 - 4.172.

⁶¹⁷ EILMANSBERGER ha chiarito che: "*If the fallacious application of EC law by the arbitral tribunal, or its failure to apply EC law at all, however, results in EC law being rendered ineffective in a given case, again nothing prevents the Commission from initiating proceedings against a Member State which, in execution of the award, would be acting in violation of EC law (e.g. by paying out an illegal subsidy promised to the investor)*." EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, p. 49.

da parte di organi giurisdizionali stranieri.

Tra tutti quelli esperibili, si ritiene che la partecipazione della Commissione, là ove possibile, rappresenti la soluzione auspicabile poiché, diversamente dai rimedi *ex post*, permette di risolvere la questione della corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo all'interno della fase arbitrale.

Dunque, l'intervento dell'esecutivo nei procedimenti arbitrali accresce le possibilità che si arrivi a un lodo in ogni sua parte conforme al diritto dell'Unione e, contestualmente, riduce la necessità di attivare giudizi di annullamento ovvero di rinvenire condizioni ostative per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo.

Ciò garantisce maggior certezza e stabilità dei lodi – *rectius* la definitività del rapporto tra le parti – che viceversa non si può avere quando sussistono i presupposti e le condizioni per attivare procedimenti di impugnazione ovvero per ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi.

10. L'ESECUZIONE DEI LODI ARBITRALI: IL RINVIO ALLE CORTI STATALI E L'IMMUNITÀ DELL'UNIONE EUROPEA.

Dopo aver risolto le problematiche sottese al procedimento, alla capacità processuale e alla legge applicabile, rimangono da considerare le fasi di riconoscimento ed esecuzione dei lodi per valutare se da queste derivino problematiche quando oggetto della controversia sia un BIT europeo.

Di regola, il riconoscimento e l'esecuzione sono condotti nel rispetto delle regole di procedura che hanno regolato il procedimento arbitrale.⁶¹⁸

⁶¹⁸ In generale, le domande di riconoscimento e di esecuzione sono distinte nel senso che lo scopo della prima consiste nell'ottenere l'attribuzione alla decisione arbitrale di rango pari a quello di una sentenza. La domanda di esecuzione mira invece ad ottenere l'adempimento del lodo. L'esecuzione comporta, inevitabilmente, il riconoscimento della decisione arbitrale; con la domanda di riconoscimento, invece, il richiedente può limitarsi a chiedere una mera declaratoria, diretta ad ostacolare eventuali altre domande formulabili dalla parte rimasta soccombente. La Convenzione ICSID prevede il principio del riconoscimento automatico così implicando che gli Stati membri della Convenzione sono obbligati a riconoscere il lodo emesso da un Tribunale ICSID. Nello specifico, all'art.54 è prescritto che: "*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state*". L'esecuzione, invece, è eseguita nel rispetto delle regole di procedura del Paese in cui è richiesta. Negli arbitrati amministrati o *ad hoc*, invece, il riconoscimento e l'esecuzione sono regolati agli artt. III-IV-V dalla Convenzione di New York del 1958. Di regola il riconoscimento è concesso, salvo sussista una delle condizioni ostative di cui all'art. V che può portare il giudice adito a rifiutare il riconoscimento. Per l'esecuzione, invece, si fa rinvio, anche in questo caso, alle regole di procedura del luogo in cui è richiesta.

Al riguardo non si rilevano particolari problematiche circa il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi resi in procedimenti su BITs intra-UE ed extra-UE di cui l'UE non è parte.

Diversa è invece la questione per gli arbitrati che dovessero sorgere su accordi internazionali di investimento di cui saranno parte l'Unione e gli Stati membri. In questi casi, bisogna distinguere tra riconoscimento ed esecuzione contro lo Stato ovvero contro l'Unione.

Nel primo caso, si impone il rispetto delle regole di procedura applicate nel corso del procedimento arbitrale, quindi ICSID, Convenzione di New York 1958 ovvero leggi nazionali, là ove esistenti.⁶¹⁹

Nel secondo, invece, si rileva che possono sorgere problemi qualora l'esecuzione sia richiesta contro l'Unione, parte soccombente nella controversia.

In tali circostanze, l'investitore non può andare avanti la Corte di giustizia europea per ottenere il riconoscimento e/o l'esecuzione del lodo e deve quindi rivolgersi al giudice dello Stato membro in cui, materialmente, deve avvenire il riconoscimento ovvero si trovano gli *assets* dell'Unione da "aggredire".

Al riguardo, ci si interroga sull'esito di tali procedimenti posto che l'Unione, in quanto Organizzazione internazionale, gode delle immunità non solo giurisdizionale ma anche relativa alla fase esecutiva.

Per quanto riguarda la seconda, è regola generale quella per cui l'immunità dall'esecuzione non si dà per rinunciata con la sola clausola arbitrale che, viceversa, esclude l'immunità giurisdizionale. Al contrario, è necessaria una dichiarazione autonoma di rinuncia.⁶²⁰

Sul punto, si osserva che la direzione verso cui si muove l'Unione è quella di mantenere la propria immunità dall'esecuzione. Nella Proposta di regolamento n. 2012/0163 la Commissione chiarisce che l'Unione, in caso di giudizi di esecuzione, potrà invocare l'applicazione dell'art. 1 del Protocollo sui Privilegi ed Immunità dell'Unione Europea.⁶²¹

⁶¹⁸ Solo la Gran Bretagna e l'Irlanda definiscono, in materia, norme autonome. Si rinvia, rispettivamente a: Arbitration (International Investment Disputes) Act, 1966 et Arbitration Act, 1980, part. IV.

⁶¹⁹ Solo la Gran Bretagna e l'Irlanda definiscono, in materia, norme autonome. Si rinvia, rispettivamente a: Arbitration (International Investment Disputes) Act, 1966 et Arbitration Act, 1980, part. IV.

⁶²⁰ In argomento, si rinvia a BERNARDINI, cit., pp. 242-243.

⁶²¹ Protocollo sui Privilegi e l'Immunità dell'Unione Europea, 16 Dicembre 2004 in *Gazz. Uff. Un. Eur.* C. n. 310/261, art. 1: "I locali e gli edifici dell'Unione sono inviolabili. Essi sono esenti da perquisizioni, requisizioni,

Tale previsione impone che l'investitore, prima di procedere con la domanda di esecuzione su beni di proprietà dell'Unione, chieda l'autorizzazione alla Corte di giustizia europea.

La Commissione precisa che la Corte applicherà gli *standard* sull'immunità statale, partendo dal presupposto che le fattispecie che coinvolgono l'Unione siano analoghe a quelle che si configurano in uno Stato nazionale e, pertanto, siano soggette alle stesse norme sull'immunità statale/sovrana.

La posizione espressa dall'esecutivo europeo appare perfettamente legittima. Tuttavia, vale la pena considerare che la Commissione non sembra operare alcuna distinzione tra beni destinati all'esercizio di una funzione sovrana e beni che invece trascendono da tale esercizio. Anche rispetto all'immunità dall'esecuzione dovrebbe, invero, trovare applicazione la regola consuetudinaria per la quale sono protetti dall'immunità dalla giurisdizione solo gli *acta iure imperii*.⁶²²

Sorgono quindi dubbi sugli effetti di tale omissione, che risulta eccessivamente lesiva dei diritti del singolo all'esecuzione della tutela giurisdizionale. In ogni caso, una qualche soluzione sarà prospettabile solo quando saranno attivati giudizi di esecuzione a carico dell'Unione.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE DELLA SECONDA PARTE.

In questa seconda parte sono state individuate – senza pretesa di esaustività – le principali problematiche che possono sorgere dai procedimenti arbitrali che hanno ad oggetto un BIT intra-UE ed extra-UE, nonché quelle relative ad un accordo *stipulando* dell'Unione Europea.

Si è trattato, quindi, di questioni prettamente processuali – con riguardo alla parte che ha legittimazione a stare giudizio e su cui ricade la responsabilità finanziaria – e di sistema – relative alla conformità della clausola arbitrale con il diritto europeo e alla validità della medesima. Quanto alla legge applicabile, invece, si è tentato di dimostrare che l'essenza multiforme del diritto europeo permette agli arbitri di richiamarlo a più di un titolo, quindi come parte del diritto nazionale, internazionale o anche, infine, come

confisca o espropriazione. I beni e gli averi dell'Unione non possono essere oggetto di alcun provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia".

⁶²² Con riguardo ai beni non destinati all'esercizio di una funzione sovrana, si osserva che la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato illegittimità costituzionale della l. 1263/1926 che subordinava l'applicazione di misure coercitive contro lo Stato all'autorizzazione del Ministero di Giustizia per contrasto con l'art. 24 Cost. Sentenza della Corte Costituzionale italiana del 15 luglio 1992, n. 329.

corpus giuridico autonomo. La corretta applicazione e l'uniforme interpretazione di questo diritto sono garantite – lo si è visto – sia nel corso del procedimento arbitrale – con la partecipazione della Commissione in qualità di *amicus curiae* – sia attivando il controllo successivo di fori nazionali ed anche, se necessario, della Corte di giustizia europea, realizzando in questo modo il dialogo tra le Corti, esterne ed interne all'Unione Europea.

Il punto di partenza delle riflessioni svolte si rinviene nella necessità di non rinunciare ai procedimenti arbitrali come modalità di risoluzione delle controversie disciplinate da accordi europei di investimento. Il riconoscimento della competenza dell'Unione in materia di investimenti non può, infatti, delegittimare il ricorso a corti arbitrali devolvendo la competenza in materia in capo alla Corte di giustizia europea. La competenza di quest'ultima comprende “*la delimitazione interna ed esterna della potestà normativa dell'Unione, la verifica della sua corretta messa in opera da parte delle Istituzioni europee, quella del rispetto del relativo acquis da parte degli Stati membri*”.⁶²³ Essa non si impone, tuttavia, in quei rapporti che le parti, in ossequio alla libertà loro riconosciuta, hanno deciso di devolvere a corti straniere, quali quelle arbitrali, e neppure nelle relazioni che coinvolgono uno SM ed un investitore straniero. In tale settore non sussiste infatti il monopolio della CGE.

Per quanto riguarda le antinomie che possono sorgere tra norme di ordinamenti giuridici diversi richiamati nel corso dei procedimenti arbitrali, si è visto che l'arbitro ha gli strumenti ermeneutico-interpretativi per risolverle, propendendo per un'interpretazione conciliatrice ovvero mediando tra le previsioni in conflitto, attraverso un'interpretazione restrittiva.

Se la conciliazione non è possibile, però, il collegio giudicante è costretto a fare prevalere una fonte sull'altra. In tal caso, deve ipotizzare una gerarchia delle fonti e applicare quella che risulta superiore proteggendo, tuttavia, l'autonomia dei sistemi di appartenenza, così da evitare di trasferire principi dell'uno nell'altro.⁶²⁴

Il riconoscimento del primato di una fonte sovranazionale sull'altra non può, quindi, derivare applicando una prospettiva interna a uno solo degli ordinamenti, europeo

⁶²³ BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, p. 527.

⁶²⁴ Per la dottrina sul punto si rinvia a: BERGÉ, *La doctrine du droit international et européen (à propos d'un ouvrage sur l'Union européenne et droit international)*, cit. ; BENLOLO-CARABOT, CANDASE E CUJO (sous la direction de), *Unione européenne et droit international*, Parigi, 2012 ; GAUTRON, GRARD (sous la direction de), *Droit International et droit communautaire : perspectives actuelles*, cit.

ovvero internazionale. Di qui la preclusione a far valere i principi dell'effetto diretto e del primato del diritto europeo che valgono solo nel sistema interno dell'UE.

In alcune circostanze, poi, la prevalenza di una fonte può essere riconosciuta rilevando l'esistenza di motivi ostativi che hanno valore generale e applicabilità transnazionale, tali da farne prevalere una sull'altra. Si è quindi ipotizzato che la violazione di una fonte pattizia internazionale possa essere legittima se, ed in quanto, posta in essere per tutelare l'ordine pubblico europeo. Del resto l'arbitro, in quanto organo giudicante slegato da qualsiasi ordinamento giuridico, può essere posto a presidio di un ordine pubblico sovranazionale che venga in rilievo nel corso del procedimento.⁶²⁵

In altre parole, si prospetta che l'arbitro possa legittimare la condotta di uno SM che si ponga in contrasto con un obbligo internazionale, ma a presidio dell'ordine pubblico europeo. Non esiste quindi ragione per negare che le corti arbitrali esercitino il proprio potere giurisdizionale anche operando un controllo sul rispetto dei principi propri dell'ordine pubblico europeo.

Del resto, anche se si volesse negare il rinvio – non si sa con quali argomenti giuridici – all'ordine pubblico europeo, occorre evidenziare che quello nazionale è integrato anche da principi sovranazionali e di origine europea. In modo diretto o indiretto risulta quindi legittimo ad opera degli arbitri il richiamo ai principi dell'ordine pubblico europeo. Ciò si assume anche rilevando che un controllo operato dagli arbitri *ex ante*, quindi pendente il procedimento, evita l'annullamento ovvero il mancato riconoscimento del lodo per violazione, appunto, dell'ordine pubblico.

Tutte le questioni sollevate hanno un presupposto comune, individuato nel rapporto tra gli ordinamenti giuridici, le cui norme trovano applicazione nei procedimenti arbitrali. Solo inquadrando la relazione tra gli ordinamenti giuridici è stato infatti possibile ipotizzare soluzioni alle problematiche trattate.

Al riguardo, al pari di quanto accade negli ordinamenti nazionali, che hanno elaborato le proprie teorie – adottando un approccio monista ovvero dualista – per giustificare l'apertura a ordinamenti di origine sovranazionale, si osserva che, anche la

⁶²⁵ D'altra parte: "*il n'existe pas de lex fori étatique de l'arbitrage*". La dottrina non è concorde nell'individuare né l'ordinamento cui gli arbitri debbono far riferimento, né le leggi che debbono essere applicate e rispettate in sede in giudizio. Da ciò deriva profonda incertezza, poiché per alcuni, tra cui Mann: "*l'activité de l'arbitre ne peut échapper à l'état*". Per Meyer e Gentinetta invece: "*l'arbitre n'a pas de lex fori, mais il a un créateur auquel il est assujetti comme le juge étatique est assujetti à l'Etat*". Meyer muterà questo approccio, proponendone uno meno drastico nei confronti del ruolo dell'arbitro, che quindi non sarà più soggetto al contratto delle parti, ma ne è al di sopra, poiché lui è il giudice.

relazione tra l'ordinamento internazionale e quello europeo può essere inserita in schemi teorico-concettuali.⁶²⁶

In generale, il rapporto tra due ordinamenti è inquadrato considerando tre aspetti: la validità, l'effetto diretto e la supremazia riconosciuta alle norme che migrano da un sistema all'altro.⁶²⁷ La finalità di ogni schema concettuale è sempre stata quella di individuare una norma di conflitto ultima – una *Grundnorm* – che possa risolvere le antinomie che sorgono tra due, o più, ordinamenti giuridici.

In passato sono stati elaborati i concetti di monismo e dualismo; entrambi sono ormai superati poiché, implicando la subordinazione di un sistema all'altro, non tengono conto della sempre più comune sovrapposizione ed interconnessione dei sistemi giuridici sovranazionali.⁶²⁸

Di recente sono stati quindi sviluppati nuovi concetti all'interno dei quali può essere sussunta la relazione tra ordinamenti giuridici diversi: si parla di costituzionalismo o di pluralismo.

Secondo il primo inquadramento, gli ordinamenti sono posti su una struttura a multilivelli che poggia su una base comune, che racchiude i principi e i valori fondamentali, e la relazione tra essi si configura in termini di gerarchia, non di supremazia.

La visione costituzionalista individua l'esistenza di una struttura su tre livelli, nella quale inquadra il rapporto tra diritto UE, diritto internazionale e diritti nazionali “*there exist a hierarchical superior value system across different regimes which can reduce the potential for inter-regime normative conflict*”.⁶²⁹ Tale approccio ricostruisce un'unità sistemica intorno ad un complesso di norme e principi fondamentali, posto a fondamento del rapporto

⁶²⁶ CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, Torino, 2012, pp. 454-462.

⁶²⁷ Per un'analisi sui tre aspetti si rinvia a WESSEL, *Reconsidering the relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?*. L'autore osserva che “*because international law does not regulate its own status in the domestic legal orders of states or the legal orders in international organizations [...] one may argue that the principle pacta sunt servanda may call for internal measures to allow the state or international organization to live up to its international obligations*” *ibid.*, p. 8.

⁶²⁸ Secondo NIJMAN e NOLLKAMPER: “*The Emergence of new non-legal developments, different from those that inspired traditional monism and dualism, call for alternative theoretical approaches that allow us to systematize [...] the relationship between international and national law*”. Ancora più forte il pensiero di VON BOGDANDY, per il quale: “*monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law [...] from a scholarly perspective they are intellectual zombies*”. In VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 397-413, p. 400.

⁶²⁹ DE WET, *The role of European Courts in the development of a Hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, pp. 284-306.

tra gli ordinamenti giuridici.⁶³⁰ L'approccio costituzionalista riconosce quindi ad alcune norme un rango più elevato, in ragione dei valori che esse tutelano.⁶³¹

Questa teoria trae origine dallo studio del costituzionalismo dell'Unione Europea che, per primo, si è contrapposto all'autorità delle Carte Costituzionali dei singoli Stati membri. Non è, quindi, la provenienza – sistema internazionale, regionale o nazionale – di una norma a definirne il livello, quanto i valori di cui essa è portatrice. Piuttosto, esiste un ordine di valori gerarchicamente superiore che risolve i conflitti tra le previsioni di due sistemi giuridici. In altre parole, “*constitutional pluralism recognizes that the European order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confine of the inter-national law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states*”.⁶³²

Secondo l'inquadramento pluralista, invece, i sistemi giuridici sono tra loro integrati e posti tutti su un piano orizzontale: la forza ed il ruolo delle norme dipendono dal sistema da cui derivano. L'approccio pluralista condivide con quello dualista un presupposto: la separazione e la distinzione tra gli ordinamenti giuridici, senza che ciò significhi che i due ordinamenti “*si passino accanto ignorandosi come navi nella notte*”.⁶³³ Poiché i sistemi devono vedersi come autonomi e separati, le norme dell'uno non possono accedere automaticamente nell'altro.

Nonostante sia difficile uscire da questo schema gerarchizzante, non di meno si deve rilevare la tendenza, propria del pluralismo, a guardare anche alla sostanza delle norme e al livello di protezione che offrono all'individuo. Riprendendo la prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia europea, si osserva che nei casi *Intertanko* e *Kadi II* la Corte ha risolto il conflitto guardando al contenuto delle norme piuttosto che far discendere la prevalenza dell'una sull'altra, in ragione dell'ordinamento di provenienza. Nel primo caso ha risolto la questione considerando la natura internazionale dell'accordo OMC; nel secondo, ricostruendo la presunta gerarchia tra i sistemi – Nazioni Unite-UE. In caso di antinomia, prevale la norma che offre maggior tutela ed è posta a presidio di valori superiori.

⁶³⁰ Si rinvia a DE BÚRCA, *The European Court of justice and the international legal order after Kadi*, in *Harvard International law journal*, 2010, pp. 1-49, spec. p.36.

⁶³¹ Come osservato, si può parlare di una costituzione multilivello: “*this perspective views the member states' constitutions and the treaties constituting the European Union, despite the formal distinction, as a unity in substance and as a coherent institutional system [...] according to the concept of multilevel constitutionalism the Treaties are the constitutions of the Community*”. In PERNICE, MAYER, *La Costituzione integrata d'Europa*, in ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'unione Europea*, Roma/Bari, 2003.

⁶³² WALKER, *The idea of constitutional pluralism*, in EUI Working Paper, LAW, 2002, p. 27.

⁶³³ MADURO, *C-402/05*, Conclusioni, cit., punto 21.

L'inquadramento pluralista sembra essere più persuasivo. Il pluralismo si concentra sull'interazione tra i sistemi giuridici non ricercando l'ultima norma di conflitto, bensì il bilanciamento dei valori difesi dalle norme confliggenti.

Il rapporto tra diritto internazionale ed europeo si può quindi inquadrare nella struttura del *pluriversum* che, riformulando il concetto di *universum* e la dottrina dell'effetto diretto, propende come poc'anzi ipotizzato, per un bilanciamento dei principi costituzionali piuttosto che per una ricerca della gerarchia tra ordini giuridici.⁶³⁴

Messo quindi da parte il concetto dell'effetto diretto, là ove non sia possibile l'interpretazione conforme delle norme, per trovare una composizione tra i due ordinamenti giuridici sovranazionali, occorre bilanciare tra i principi costituzionali di cui sono portatrici le norme tra loro in conflitto.

Equilibrio, quindi, al posto di gerarchia tra ordinamenti giuridici.

L'antinomia tra norme diviene in questo senso conflitto tra i diritti sostanziali che esse difendono. Compito degli organismi giurisdizionali è quello di bilanciare gli interessi in gioco, facendo prevalere la previsione posta a presidio di interessi superiori.

Applicando la teoria alla pratica ci si può attendere che gli arbitri, chiamati a risolvere le antinomie tra due ordinamenti giuridici, in caso di conflitto non componibile, applichino la norma la cui violazione pregiudicherebbe valori superiori. L'arbitro può quindi decidere ora di applicare la norma che protegge l'investitore, ora di legittimare la condotta dello Stato poiché a presidio di valori che, se anche non parte dell'ordine pubblico, risultino comunque superiori ai diritti riconosciuti in capo all'investitore.

L'arbitro è legittimato ad argomentare in questo senso e quindi a decidere di applicare una norma o l'altra alla luce dei valori che la medesima difende, nonostante sia un organo giurisdizionale "senza foro".

Indipendentemente dall'appartenenza a un foro, l'arbitro è infatti chiamato a risolvere conflitti guardando alle fonti richiamate durante la controversia. Nessuna fonte gli preclude la possibilità di far prevalere quella che tutela interessi superiori.

Come rilevato, "*in un periodo di interdipendenza dei vari ordinamenti, la classificazione delle fonti del diritto non dovrebbe più costituire il principale criterio dell'identità disciplinare: "diritto pubblico internazionale", "diritto dell'Unione" o "diritto statale"*".⁶³⁵

⁶³⁴ VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 397-413.

⁶³⁵ CASSESE, SCHIERA e VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2010, p. 136.

Anche gli investimenti esteri diretti, quindi, non dovrebbero essere più regolati come parte autonoma delle diverse fonti giuridiche, ma come parte a tutte interconnessa così da favorire il rispetto dei principi di ordine pubblico che in ciascuna trovano fonte.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI

AA.VV., *Securing High Investment Protection for EU investors. A review of EU member State's model BIT*, in *Kommerskolegium, National Board of Trade*, 2011.

AGGARWAL, FOGARTY, (eds.), *European Union Trade Strategies: Between Globalism and Regionalism*, Palgrave, Londra, 2004.

ALEXANDROV, *Reservations in unilateral declarations accepting the compulsory jurisdiction of the International court of justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1995.

ALI GHOURI, *Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2010.

ALVAREZ, *The Public International Law Regime governing International Investment*, in *Hague Academy of International law*, AIL Pocket, 2011.

BAERT, *Towards a comprehensive European international investment policy*, in *Investment Treaty News*, vol. 1, n. 1, 2010.

BARATTA, *National Courts as Guardian's and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, 2011.

BENLOLO-CARABOT, CANDAS ET CUJO (sous la direction de), *Union européenne et droit international*, Parigi, 2012.

BERGE, FORTEAU, *Interactions du droit international européen. Contribution de l'Union européenne au développement du droit international général. Combinaison et hiérarchisation du droit national et hiérarchisation du droit national européen*, in *Journal du droit international*, Clunet, n. 3, 2010.

BERMANN, *Navigating EU Law and the Law of International Arbitration*, in *Arbitration International*, vol. 28, n. 3, 2012, pp.397-445.

BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti*, Giuffrè Editore, Milano (2008).

BESTAGNO, *La prestazione dei servizi nella comunità europea da parte dei prestatori non comunitari*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, 2008.

BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen – Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Parigi (2013).

BERGÉ, *La doctrine des interactions du droit international et européen (à propos d'un ouvrage sur « Union européenne et droit international »)*, in *Journal du droit international*, Clunet, n. 3, 2013.

BERTOLI, *Corte di Giustizia, Integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

BIONDI, EECKHOUT (eds.), *European Union Law after the Treaty of Lisbon*. Oxford University Press, Oxford, 2011.

BISHOFF, *Just a little bit of mixity? The EU's role in the field of International Investment Protection Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011.

BLOCKMANS, AZOWSKI (eds.), *The European Union and its neighbours*, in T.M.C. Asser Instituut, l'Aja, 2006.

BLANKE, NISSER, ICC, *Draft Best Practice Note on the European Commission acting as amicus curiae in international arbitration proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008.

BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffr  Editore, Milano, 2012.

BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005.

BOSCHIERO, *The corporate responsibility to respect human rights and the question of universal civil jurisdiction in transnational human rights cases. The U.S. supreme Court decision in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, in *Rivista di diritto internazionale e processuale*, vol. 49, n. 2, 2013, pp. 249-292.

BUNGENBERG, *Centralizing European BIT making under the Lisbon Treaty, Paper at the Biennial Interest*, in Group Conference in Washington, D.C., 13-15 novembre 2008.

BUNGENBERG, GRIEBEL, e HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU law*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2011.

BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009.

BURGSTALLER, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n. 2, 2012.

BROWN, MILES, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University press, Cambridge, 2011.

CALAMITA, *The making of Europe's International Investment policy: uncertain first steps*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n. 3, 2012.

CANIZZARO, PALCHETTI e WESSEL (eds.), *International Law as law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011.

CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

CARLEVARIS, *The conformity of investments with the law of the host State and the jurisdiction of International Tribunals*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2008.

CARREAU, FLORY, JUILLARD, *Droit International  conomique*, L.G.D.J., Parigi, 1990.

CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32.3, 2005.

CHAISSSE, *Promises and Pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – How will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012.

- CHALAMISH, *An Oasis in the desert: the emergence of Israeli Treaties in the Global economy*, in *International and Comparative law Review*, vol. 123-128, 2010.
- CHOI, *Screen Quota and cultural Diversity, debates in Korea-US FTA talks and Convention on cultural diversity*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 2, 2007.
- CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.
- CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, a Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- CRAIG, DE BÚRCA (eds.), *The evolution of EU Law*, 2^aed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- CREMONA, *The Impact of Enlargement: External Policy and External Relations?*, in CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- CREMONA, *Developments in EU external relations*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Firenze, 2008.
- CRESPI REGHIZZI, *Diritto Internazionale e Diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.1, 2009.
- CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et Accord internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?* in *Revue Générale de Droit International Privé*, T. 115, n. 4, 2011, pp. 853-895.
- DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, 2^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- DASCHWOOD, MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- DE BÚRCA, *The European Court of justice and the international legal order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010.
- DE LA ROCHÈRE, *EMU: Constitutional Aspects and external representation*, in *Yearbook of European Law*, vol. 19, 2000.
- DE LUCA, *New Developments, on the scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, pp. 165-215.
- DE LUCA, *La competenza dell'Unione Europea sugli investimenti esteri*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- DE SENA e VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: between déboulement fictionnel and balancing values*, in *The European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009.
- DE WET, *The role of European Courts in the development of a Hierarchy of Norms within International Law: evidence of Constitutionalisation?*, in *European Constitutional Law Review*, 2009.
- DIMOPOULOS, *The Common Commercial Policy After the Lisbon Treaty: establishing parallelism between internal and external relations?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008.

DIMOPOULOS, *The validity and applicability of International Investment Agreements between EU and Member States under EU and International Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011.

DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

DUPUY (sous la direction de), *Droit International et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Pantheon-Assas, Parigi, 2001.

EILMANSEBRGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009.

EECKHOUT, *External relations of the European Union, Legal and Constitutional foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

ECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford European Union law, Oxford, 2011.

GAILLARD, BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID Review – Foreign investment Law Journal*, vol. 18, 2003.

GAUTRON, GRARD (sous la direction de), *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Parigi, 2013.

GAJA, *The 'Co-Respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, in *European Society of International Law*, vol. 2, 9 gennaio 2013.

GIARDINA, TOSATO (a cura di), *Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè Editore Milano, 2005.

GOLDMAN, *L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria*, in *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1986.

GRILLER, ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a constitutional Treaty*, Springer-Verlag, 2008.

GRAHAM, *Investment and the new multilateral trade Context*, OECD, *Market access after Uruguay Round*, in SAUVÉ, ZAMPETTI (eds.), *Market Access after the Uruguay Round: Investment, Competition and Technology Perspectives*, OECD Documents, Parigi, 1996

HERMANN, *Sovereignty over the euro and external relations of euro are: competences, procedures and practice*, in *European Foreign Affairs Review*, 2002.

HERRMANN, TERHECHTE (eds.), *European yearbook of international Economic Law*, Springer-Verlag, Berlino-Amburgo, 2010.

HINDELANG, *Circumventing Primacy of EU Law and the ECj's Judicial monopoly by resorting Dispute mechanism provided for in Inter-States Treaties?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n. 2, 2012.

HILLION, *Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the "duty of cooperation"*, , *CLEER Working Paper*, Centre for Law of the EU external relations, 2, 2009.

HUNGTINTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon&Shuster 1996.

LAVRANOS, *European Court of Justice – infringement of Article 307 – failure of member States to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into third countries prior to accession to the European Union*, in *The American Journal of International Law*, vol. 103, 2009.

LAVRANOS, *New Developments in the interaction between International Investment Law and EU Law*, in *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010.

LAVRANOS, *Member States BITs: lost in transition?*, in *European University Institute*, Firenze 2011.

LAVRANOS, *In Defence of Member States' BIT Gold Standard: The Regulation 1219/2012 establishing a Transitional Regime for existing extra-EU BITs – A member States Perspective*, in *Transnational Dispute Management*, 2013.

LEAL-ARCAS, *The European Union's Trade and investment policy after the Treaty of Lisbon*, in *Legal Study Research Paper*, n.64, Queen Mary University of London, School of Law 2010.

LEBEN, *La Théorie du Contrat d' État et l'Évolution du Droit international des Investissements*, in *Recueil des Cours, Académie de droit international*, vol. 302, l'Aya, 2003.

LECZYKIEWICZ, *Common Commercial policy: the expanding competence of the European Union in the Area of international trade*, in *German Law Journal*, vol. 6, 2005.

LESHER e MIROUDOT, *The economic impact of investment provisions in Regional Trade Agreements*, in *Trade Policy Working Paper n. 36/2006*, OCSE, 2006.

LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in *Berkely Journal of International Law*, vol. 19, 2011.

LICKOVÀ, *La dynamique de la complexité en matière de relations extérieures des Etats membres de l'Union Européenne*, Parigi, 2013.

KASSEDJIAN e LEBEN (sous al direction de), *Le droit européen et l'investissement*, Éditions Panthéon Assas, Parigi, 2009.

KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

KLAGER, *Fair and equitable treatment in International investment law*, *Cambridge studies in International and comparative law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit de gens*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection and EU Law: the Intra-and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty*, in *Journal of International Economic Law*, vol.15, n. 1, 2012.

KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

KOUTRAKOS, *C-205/06, Commissione c. Austria, C-249/06, Commissione c. Svezia*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009.

KOUTRAKOS, *External relations*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010.

KRAJEWSKI, *External trade Law and the Constitution Treaty: towards a federal and more democratic common commercial policy*, in *Common Market Law Review*, n. 91, 2005.

KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration. The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

MANN, *The rights of States to regulate and International Investment Law*, Expert Meeting on the development dimension of FDI: policies to enhance the role of FDI in support of the competitiveness of the enterprise sector and the economic performance of host Economies, taking into account the Trade/investment interface, in the national and international context, Ginevra, 6-8 novembre 2002.

MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, *Tratto di Dritto Commerciale e di Dritto pubblico dell' economia*, vol. 30, CEDAM, Padova, 2003.

MAURO, *Gli Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Giappichelli Editore, Torino, 2003.

MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat*, in *Journal du droit International*, Clunet, vol. 1986.

MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 2001.

MENETREY, *La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires*, in *Journal du Droit International*, vol. 137, n. 4, 2010.

MOLA, *Which role for the EU in the development of International Investment Law?*, in *Society of International Economic Law*, Inaugural Conference, ottobre 2010.

MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, UTET, Torino, 2010.

MURPHY, *Proposed new U.S. Model Bilateral investment Treaty*, in *Journal of International Law*, L. 836/837, 98, 2004.

MUHLINSKI, ORTINO, SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

MUIR WATT, *Droit International Privé*, T. I, Partie générale, Presses Universitaires de France (PUF), Parigi, 2007.

NEFRAMI, *Les Accords mixtes de la Communauté Européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

NEWCOMBE, CAMPBELL (eds.), *Law and Practice of Investment Treaties: standards of treatments*, Kluwer Law International, l'Aja, 2009.

NOUVEL, *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux*, in *Revue Générale Droit International publique*, 2002.

O'KEEFE, SCHEMERS (eds.), *Mixed Agreements*, Kluwer International, l'Aja, 1983.

PAASIVIRTA, *Internationalisation and Stabilisation of Contracts versus State Sovereignty*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 50, 1989.

PEERS, *EU Justice and Home affairs law*, Oxford European Union Law Library, Oxford University press, Oxford, 2006.

PETERSON, *European Commission Seeks to Intervene as Amicus Curiae in ICSID Arbitrations to Argue that Long-term Power Purchase Agreements Between Hungary and Foreign Investors are Contrary to European Community Law*, in *Investment Arbitration Reporter*, 17 settembre 2008.

PETERSON, *EU-Member States approve negotiating guidelines for India, Singapore and Canada investment protection talks; some European governments fear "NAFTA-contamination"*, in *Investment Arbitration Reporter*, 23 settembre 2011.

PETERSON, *German Courts asked to overturn Finding of Jurisdiction by Arbitral Tribunal in Intra-EU investment Dispute*. IAREporter, 13 Gennaio 2011.

PETERSMANN, *Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*, in *Pennsylvania Journal of International Economic Law*, L. 273, 2006.

PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del Commercio*, CEDAM, Padova, 2002.

PICONE, SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Franco Angeli Editore, Milano, 1994.

POTESTÀ, *Bilateral Investment Treaties and the European Recent Developments in Arbitration and before the ECJ*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009.

POULAIN, *Quelques Interrogations sur le Statut des Traités Bilatéraux de promotion et de protection des Investissements au sein de l'Union Européenne*, in *Revue Générale de droit international public*, T. 111, 2007.

RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil de Cours, Académie de droit international de l'Haye*, n. 315, 2005.

RADU, *Foreign Investors in the EU- Which Best Treatment? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *European Law Journal*, vol. 14, n. 237, 2009.

RAMIREZ-ROBLES, *Political and quasi-adjudicative dispute settlement models in European Union free trade agreements. Is the quasi-adjudicative model a trend or is it just another model?*, Staff Working Paper ERSO-2006-09, novembre 2006.

RIBEIRO (eds.), *Investment arbitration and the energy charter treaty*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Jurisnet, 2006.

REINISCH, *Articles 30 and 59 VCLT: the Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureka Investment Arbitration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 2, n. 39, 2012, pp. 157-177.

REINISCH, *The EU on the Investment path – Quo vadis? The future of EU BITs and other investment Agreements*, in *ICSID Review*, 2013.

- ROBERT-CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre le droit communautaire et Accords internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?*, in *Revue Générale de droit international publique*, 4, 2011.
- RUIZ-FABRI, SOREL (sous la direction de), *Le tiers à l'instance devant juridictions internationales*, Pedone, Parigi, 2005.
- RUBINS, *Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit?*, in *Transnational Dispute Management*, 2006.
- SACERDOTI, *Contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- SACERDOTI, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in *Recueil des Cours, Académie de droit international de l'Haye*, vol. 269, 1997.
- SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment*, BIICL, Investment Treaty Forum, 9 settembre 2005.
- SCHREUER, *Investment Disputes*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.
- SHAN, ZHANG, *The Treaty of Lisbon: half way toward a Common Commercial Policy*, in *The European journal of International Law*, vol. 21, n. 4, 2011.
- SHIHATA, *Promotion of foreign direct investment - A general Account, with particular reference to the role of the World Bank Group*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1991.
- SÖDERLUND, *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007.
- SORNARAJAH, *The International law on foreign investment*, 3^a ed., Cambridge University press, Cambridge, 2004.
- TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 7^a ed., CEDAM, Padova, 2012.
- THOMAS, *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.
- TIETJIE, SAPIORSKI e TOPFER, *Responsibility in investor-State-arbitration in the EU – managing financial responsibility linked to investor-State Dispute Settlement Tribunals established by EU's International Investment Agreements*, in *Transnational Dispute Management*, vol. 10, 2013.
- TREVES, *La sovranità monetaria oggi*, La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale, V Convegno SIDI, Torino, 1-2 giugno 2000, Napoli, 2001.
- TREVES, *Diritto Internazionale, problemi fondamentali*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- TUDOR, IOANA, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- VITTA, *Corso di diritto internazionale private e processuale*, 2^a ed., UTET, Torino, 1983.
- WALKER, *The idea of constitutional pluralism*, in *EUI Working Paper, LAW*, 2002.

- WEIL, *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Review*, vol. 15, 2000.
- WEHLAND, *Intra-EU Investment agreements and arbitration: Is EC Law an obstacle?*, in *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009.
- WEILER (eds.), *The EU, the WTO and the NAFTA, Towards a common Law of International Trade?*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- WILKIE, *UNCITRAL Unveils New Transparency Rules – Blazing a Trail Towards Transparency in Investor-State Arbitration?* (pubblicazione on-line).
- WYATT, DASHWOOD (eds.), *European Union Law*, 6^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2011.
- WOOLCKOCK, *The potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union external Trade*, in *SIEPS European Policy Analysis*, n. 8, 2008.
- WOOLCOCK, *The EU approach to international investment policy, after the Lisbon Treaty*, INTA, DG Expo Policy Department, 2010.
- WOOLCOCK, *The Treaty of Lisbon and the European Union as an actor in international trade*, in *EPICE Working Paper*, n. 1, 2010.
- WOOLCKOK *EU Trade and Investment Policymaking after the Lisbon Treaty*, in *Intereconomics*, 2010.
- WOUTERS, NOLLKAEMPER, DE WET (a cura di), *The Europeanization of International Law: the status of international Law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, l'Aja, 2008.
- VAN AAKEN, *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection*, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper n. 1, 2008.
- VAN DER ZEE, *Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law ?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, n.1, 2013, pp. 33-72.
- VAN ELSUWEGE, *The EU external Action after the collapse of the pillar structure, in search of a new balance between delimitation and consistency*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010.
- VAN HARTEN, LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, vol. 121, 2006.
- VIDAL PUIG, *The Scope of the New exclusive Competence of the European Union with Regard to Foreign direct investment*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, 2013, pp. 133-162.
- VIS DUNBAR, *The Lisbon Treaty-Implications for Europe's International Investment Agreements*, in *International Centre for Trade and sustainable development*, vol. 9, 2009.
- VIS-DUNBAR, *Norway shelves its draft Model bilateral Investment Treaty*, in *Investment Treaty News*, 2009.
- VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6,

2008, pp. 397-413.

YANNACA-SMALL (a cura di), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni europee*, Il Mulino, Bologna, 2013,

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia dell'Unione europea

CGE, C-26/62, *Van gend en Loos* (5 febbraio 1963).

CGE, C-6/64, *Costa c. Enel* (15 luglio 1964), [Racc. I-1251].

CGE, C-24/67, *Parke Davis c. Probel* (26 febbraio 1968), [Racc.I-55].

CGE, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*, sentenza, (31 marzo 1970), [Racc.00263].

CGE, cause riunite, C-21/72 e 24/72, *International Fruit Company n.v. ed altri c. Produktshap voor Groenten en Fruit*, sentenza (12 Dicembre 1972), [Racc. 1972 01219].

CGE, C-1/76, *Parere relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna* (26 Aprile 1977), [Racc. 741-1977].

CGE, C-44/79, *Liselotte Heuer c. Land Rheinland-platz*, Sentenza (13 dicembre 1979) [Racc. 3727].

CGE, C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkanit italiana srl*, sentenza (27 marzo 1980) [Racc. I-1205].

CGE, Cause riunite 50-58/82, *Administrateur des affaires Maritimes de Bayonne and Procureur de la République c. José Dorca Marina and others*, sentenza (28 ottobre 1982), [Racc. 1982].

CGE, C-104/81, *Hauptzollamant Mainz c. C.A. Kupferberger & Cie KG*, (26 ottobre 1982), [Racc. 1982 03641].

CGE, C-102/81, *Nordsee c. Reederei Mond*, sentenza (23 marzo 1982), [Racc. 01095].

CGE, C-182/83, *Fearon & Company Limited c. Irish land Commission*, (6 Novembre 1984), [Racc.1984-3677].

CGE C-113-89, *Rush Portuguesa c. Office National d'immigration* (27 marzo 1990), [Racc. I-1417].

CGE, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich et al. c. Repubblica Italiana*, (19 novembre 1991), [Racc. I-1029].

CGE, C-286/90, *Poulsen c. Diva Corp.* (24 novembre 1992), [Racc. I-06019].

C-316/94, *Parlamento c. Consiglio* (2 marzo 1994) [Racc. non pubblicata].

CGE, C- 2/91, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere (19 marzo 1993), [Racc. I-01061].

CGE, C-280/93, *Germania c. Consiglio* (5 ottobre 1994), [Racc. I-04973].

CGE, C-43/93, *Van der Elest c. OMI*, sentenza (9 agosto 1994), [Racc.I-3803].

CGE, C-1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, Parere (15 Novembre 1994), [Racc. I-5389].

CGE, C-2/92, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE, relativa al trattamento nazionale*, Parere (24 Marzo 1995), [Racc.I-521].

CGE, C-350/92, *Spagna c. Consiglio*, sentenza (13 luglio 1995), [Racc.I-1985].

CGE, C-54/96, *Dorsch Counsult*, sentenza (17 settembre 1997), [Racc. I-04961].

CGE, C-162/96, *Räcke c. Hauptzollamt Mainz*, sentenza (16 giugno 1998), [Racc. I-03655].

CGE, C-53/96 *Hermès International c. FHT marketing choice* (16 giugno1998), [Racc. I-03603].

CGE, C-302/97, *Könle c. Austria* (1 giugno 1999), [Racc. I-3099].

CGE, C-126/97, *Eco Swiss* (1 giugno 1999), [Racc. I-3055].

CGE, C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, sentenza (23 Novembre 1999), [Racc.I-08395].

CGE, C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA c. Mexicar SpA e Oraziò Formento*, (11 maggio 2000), [Racc- I-2973].

C-1/100, *Progetto di accordo sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni paesi terzi*, parere, (18 aprile 2002), [Racc. I-3498].a

CGE, C-471/98, *Commissione c. Belgio* (Open Skies), Sentenza (5 novembre 2002), [Racc. I-09681].

CGE, C-467/98, *Commissione c. Danimarca*, sentenza (5 novembre 2002), [Racc. I-09519].

CGE, C-491/01, *British American Tobacco*, sentenza (10 dicembre 2002) [Racc. I-11453],

CGE, C-281/01, *Commissione c. Consiglio dell'Unione Europea*, sentenza (12 dicembre 2002), [Racc. I-12049].

CGE, C-452/01, *Ospelt c. Hopp Rechtsanwalt* (23 Febbraio 2003), [Racc. I-9743].

CGE, C-463/00, *Commissione Europea c. Regno di Spagna* (13 maggio 2003), [Racc.I-04581].

CGE, C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, Sentenza, (30 Maggio 2006), [Racc. I-4635].

CGE, C-1/03, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Parere (26 novembre 2006), [Racc. I-1145].

CGE, C-1/03, *Parere sulla competenza della Comunità Europea a concludere la Convenzione di Lugano*, Parere (7 febbraio 2006), [Racc. I-01145].

CGE, C-308/06, *The Queen on the application of international Association of independent tanker (Intertanko) and others c. Secretary of State for Transport*, sentenza (3 giugno 2008), [Racc. 2008 I-04057].

CGE, C-402/05 & C-425/05, cause riunite, *Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio e Commissione* (2008), [Racc. I-635].

CGE, C-205/06, *Commissione c. Austria*, sentenza (3 marzo 2009), [Racc.I-01301].

CGE, C-249/06, *Commissione c. Svezia*, sentenza (3 marzo 2009), [Racc.I-01335].

CGE, C-45/07, *Commissione c. Grecia*, sentenza (12 febbraio 2009), [Racc-I-701].

CGE, C-118/07, *Commissione c. Finlandia*, sentenza (19 novembre 2009), [Racc. I-10889].

CGE, C-409/06, *Winner Wetten* (8 settembre 2010), [Racc. I-08015].

CGE, C-1/09, *Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, parere, (8 marzo 2011), [I-0000].

CGE, C-109/88, *Pauls Mils c. Scuole Europee*, sentenza (14 giugno 2011), [Racc.I-05105].

CGE, C-264/09, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, sentenza (15 settembre 2011), [non ancora pubblicata].

CGE, C-366/10, *Air Transport Association of America e a.*, sentenza (21 dicembre 2011), [non ancora pubblicato].

Corte Europea dei diritti dell'uomo

EDU, ric. 7151/75, *Spoorong e Loonroth c. Svezia*, sentenza (23 settembre 1986), [serie A n.52]

EDU, ric. 8793/79, *James and others c. Regno Unito*, sentenza (21 febbraio 1986), [serie A no.93].

EDU, ric.45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, sentenza (30 giugno 2005).

EDU, ric. 18990/07 et 23905/07, *Affaire consorts Richet et le Ber c. Francia*, sentenza, (18 novembre 2010), [serie A no 277-B].

Arbitrato ICSID

ICSID, ARB/83/2, *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, lodo finale (31 marzo 1986).

ICISID, ARB/AF/97/1, *Metaclad corporation c. Stati Uniti del Messico*, sentenza (30 agosto 2000).

ICSID, ARB/00/4, *Salini costruttori S.P.A and Italstrade s.p.a. c. Regno del Marocco*, Decisione sulla giurisdizione (23 luglio 2001).

ICSID, ARB/01/13, *SGS c. Repubblica islamica di Pakistan*, Decisione sulla giurisdizione (6 agosto 2003).

ICSID, ARB/02/6, *SGS c. Filippine*, Decisione sulla giurisdizione (29 gennaio 2004).

ICSID, ARB/04/15, *Telenor Mobil Communications A.S. c. Ungheria*, Decisione sulla Giurisdizione (13 settembre 2006).

ICSID, ARB/03/16, *ADC Affiliate Ltd & ADC-ADMC Management Ltd c. Ungheria*, lodo (2 ottobre 2006).

ICSID, ARB/99/7, *Patrick Mitchell c. Repubblica Democratica del Congo*, Decisione sul ricorso in annullamento (1 novembre 2006).

ICSID, ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD, c. Malesia*, Decisione sulla giurisdizione (17 maggio 2007).

ICSID, ARB/05/20, *Ioan Micula et al. c. Romania*, Decisione sulla Giurisdizione (24 settembre 2008).

ICSID, ARB/05/13, *EDF (Services) Limited c. Romania*, lodo (8 ottobre 2009).

ICSID, ARB/07/22, *AES Summit Generation Limited and AES-Isza Eromu Kft c. Ungheria*, lodo (23 ottobre 2010).

ICSID, ARB/09/6, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Germania*, Decisione che contiene l'accordo transattivo delle parti (11 marzo 2011).

ICSID, *AES c. Ungheria*, Decisione del Comitato *ad hoc* sul giudizio in annullamento (29 giugno 2012).

ICSID, ARB/07/19, *Electrabel c. Ungheria*, Decisione sulla giurisdizione, legge applicabile e responsabilità (30 novembre 2012).

CORTE PERMANENTE DELL'ARBITRATO

CPA, n. 2008-13, *Eureko B.V. c. Repubblica Slovacca*, Decisione sulla giurisdizione, arbitrabilità e sospensione (26 Ottobre 2010).

ARBITRATO UNCITRAL

UNCITRAL, *Methanex c. Stati Uniti*, Decisione sulla richiesta di terzi di partecipare in qualità di *amicus curiae*. (15 gennaio 2001).

UNCITRAL, *S.D. Mayers c. Canada*, Decisione sulla giurisdizione (13 novembre 2000).

UNCITRAL, *Pope & Talbot c. Canada*, sentenza (10 aprile 2001).

UNCITRAL, arbitrato *ad hoc*, No. 088/2004, *Eastern Sugar c. Repubblica Slovacca*, Decisione parziale (27 Marzo 2007).

UNCITRAL, Arbitrato *ad hoc*, *Saluka c. Repubblica Ceca*, *giudizio parziale sulla giurisdizione e l'arbitrabilità* (27 marzo 2006).

UNCITRAL, arbitrato ad hoc, Mr. e Ms. O c. Repubblica Slovacca, Decisione sulla giurisdizione (30 Aprile 2010).

Organizzazione mondiale del commercio

OMC, W/DS2/AB/R, *US-Gasoline* (1996).

OMC, WT/DS58/AB/R, *US-Shrimps* (1996).

OMC, WT/DS332/AB/R, *Brazil-Retreaded Tyres* (2007).

OMC, WT/DS363/AB/R, *China-Publications and Audiovisual Products* (2009).

INDICE DELLE FONTI

Unione Europea

CONSIGLIO, *Decisione 71/1961 on the progressive standardisation of agreements concerning commercial relations between Member States and third countries and on the negotiation of Community agreements* (9 ottobre 1961), [L.71/1961].

CONSIGLIO, *Decisione 69/494 on agreements concerning commercial relations between Member States and third countries and on the negotiation of Community agreements* (16 dicembre 1969), [L. 326/1969].

CONSIGLIO, *Direttiva europea n. 88/361/CEE, per l'attuazione dell'art. 67TCE* (8 luglio 1988), [L.178/5].

CONSIGLIO, *Direttiva 89/104 sull'avvicinamento delle legislazione degli Stati membri in materia di marchi* (1989), [L. 40/1].

CONSIGLIO, *Direttiva 91/250 sulla protezione dei programmi informatici* (1991), [L.122/42].

COMMISSIONE EUROPEA, *Report on the Operation of the Treaty on European Union*, SEC (95)731 (10 maggio 1995).

UNIONE EUROPEA, *Trattato sull'Unione Europea, Trattato di Maastricht* (7 febbraio 1992), [C.191].

UNIONE EUROPEA, *Agreement on partnership and cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, of one part, and the Russian Federation, of the other part*, doc. n. 21997A1128(01) (24 giugno 1994).

PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito del trasferimento dei servizi* (16 dicembre 1996), [L 018/97].

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione su certi aspetti legali legati agli investimenti intra-Unione* (97/C 220/06), [Racc. 220/15,1997].

COMMISSIONE EUROPEA, *Adapting the Institutions to make a success of enlargement, Commission Opinion in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union on the calling*

of a Conference of Representatives of the Governments of the Member States to amend the Treaties, COM(2000)34 (26 gennaio 2000).

UNIONE EUROPEA, *Trattato di Nizza* (26 febbraio 2001), [C. 80].

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Direttiva 2001/34, riguardante l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale e l'informazione da pubblicare su detti valori* (2001), [L1841/1].

CONSIGLIO, Regolamento CE n.44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (16 gennaio 2001), [L.12/01]

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Laeken Declaration on the Future of the European Union* (13 dicembre 2001), [C.12].

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Direttiva 85/611/EEC concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), con riguardo agli investimenti OICVM* (1985), [L375/3] emendata dalla *Direttiva 2001/108/EC* (2002), [L.41/35].

UNIONE EUROPEA, *Accordo di Associazione tra Comunità Europea, Stati membri e Repubblica del Cile*, (30 dicembre 2002), [L. 352 vol.35].

UNIONE EUROPEA, *Trattato di Atene, trattato di adesione della Repubblica Ceca, Estonia, Cipro, Repubblica di Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonica, Repubblica Slovacca*, AA2003 def. (16 aprile 2003).

CONVENZIONE EUROPEA, *Progetto di Trattato che istituisce una Convenzione per l'Europa*, CONV820/03 (20 giugno 2003).

PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Regolamento n.2110/2005 sull'accesso all'assistenza esterna della Comunità*, (14 dicembre 2005).

COMMISSIONE EUROPEA, *The EU economy: 2003 review*, European Economy n.6/2003, Brussels (2004).

COMMISSIONE EUROPEA, *Note for the attention of the 133 Committee, upgrading the EC investment policy* (2006).

COMMISSIONE EUROPEA, *“Remarks” in the Draft Minimum Platform on investment for EU free Trade agreements for the 133 Committee*, (28 Luglio 2006).

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato Economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, Europa Globale, competere nel mondo, un contributo alla crescita e all'occupazione dell'UE*, COM2006/0567, definitivo (4 ottobre 2006).

PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Regolamento n.1008/2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità* (24 settembre 2008), [L.293/3].

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Report to the Commission and the Council on the movement of Capital and Freedom of Payments*, Council's document n. 17363/08 (2008)

UNIONE EUROPEA, Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea entrato in vigore il 1 dicembre 2009, [C.115/47].

COMMISSIONE EUROPEA e PARLAMENTO EUROPEO, *Proposta di un Accordo quadro sulle relazioni tra Commissione e Parlamento Europeo per il periodo legislativo 2009-2014*, 2010/2118(ACI) (9 febbraio 2010).

PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Direttiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi* (direttiva sui servizi di media audiovisivi) (10 marzo 2010), [L.95/1].

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e sociale e delle Regioni, Verso una politica comune europea in materia di investimenti* COM(2010)343, definitivo (7 luglio 2010).

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*, COM(2010)344 final, 2010/197 COD (7 luglio 2010).

CONSIGLIO, CONSIGLIO, *Conclusioni sulla definizione di una politica comune europea in materia di investimenti, 3041st incontro del Consiglio Affari generali* (25 ottobre 2010).

CONSIGLIO, Servizi giuridici, Doc. 12964/10 JUR 348 INST 302, parere, (18 ottobre 2010).

UNIONE EUROPEA, *Accordo di Libero scambio tra Unione Europea e Stati e Repubblica di Corea*, (14 Maggio 2011), [L.127, vol.54].

PARLAMENTO e CONSIGLIO, *Regolamento n. 182/2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione* (16 febbraio 2011), [L.2012-351].

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del 6 aprile 2011 sul futuro della politica europea degli investimenti*, 2010/2203(INI) (6 aprile 2011).

PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the future European International Investment policy*, A7-0070/2011, (2010/2203(INI)), (22 marzo 2011)

COMMISSIONE EUROPEA, *Follow up to the European resolution on international investment policy* (6 luglio 2011).

PARLAMENTO EUROPEO, *Report sulla Proposta per un Regolamento del Parlamento e del Consiglio per la definizione di un regime transitorio degli Accordi bilaterali sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi*, A7-0148/2011 (10 maggio 2011).

COMMISSIONE EUROPEA, *Non paper: The Commission's informal proposal for the third trilogue on the regulation on transitional arrangement for bilateral investment agreements of member States with third countries*, doc. MD 138/11 (4 ottobre 2011).

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolution of 8 June 2011 on EU-Canada Trade relations*, 2011/2623(RSP) (8 Giugno 2011).

COMMISSIONE EUROPEA, *Follow up to the European Parliament resolution on the future European investment policy* (24 maggio 2012).

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento sull'allocazione della responsabilità finanziaria tra Unione e Stati membri in caso di controversie che hanno ad oggetto un Accordo bilaterale concluso tra uno Stato membro ed un Paese terzo*, COM2012/0163 (21 giugno 2012).

CONSIGLIO, *Mandato a Negoziare con Canada, Singapore ed India* (12 settembre 2012).

CONSIGLIO, *Posizione No 11/2012 del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che definisce il regime transitorio per gli Accordi sottoscritti tra Stati membri e Paesi terzi*, 2012/C 352 E/02 (4 ottobre 2012).

PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulle relazioni commerciali ed economiche con gli Stati Uniti d'America*, 2012/2149/INI (23 ottobre 2012).

PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Regolamento n.1219/2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti* (20 dicembre 2012), [L.351/40].

PARLAMENTO EUROPEO, *Motion for a Resolution*, 2013/2558(RSP) (25 aprile 2013).

CONSIGLIO, *Recommendation for a decision authorizing on negotiations on a comprehensive trade and investment agreement, called the Transatlantic trade and investment partnership, between the European Union and the United States*, COM(2013)136, def. (21 maggio 2013).

COMMISSIONE EUROPEA, *Regolamento di esecuzione n.391/2013 che istituisce un sistema di tariffazione comune per i servizi di navigazione aerea* (3 maggio 2013), [L. 128/31].

PARLAMENTO EUROPEO, *Amendments adopted by the European Parliament on 23 May 2013 on the Proposal for a Regulation n. 2012/0163*, A7-0124/2013, (23 maggio 2012).

Nazioni Unite

ILC, *Second report on Responsibility of international Organizations*, Special Rapporteur Gja, 56° sessione, UN DOC A/CN.4/541 (2001).

ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, doc. A/56/10, fifty-third Session, (2001).

ILC, *Draft Articles of International Organisations*, doc. A/CN.4/L.778, art. 64 e Report of International Law Commission, Sixty first session (A/64/10) (30 Maggio 2011).