

Rinvio pregiudiziale - Trattato bilaterale d'investimento concluso nel 1991 tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca - Disposizione che consente a un investitore di una parte contraente di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con l'altra parte contraente - Compatibilità della clausola compromissoria con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE - Nozione di "giurisdizione" - *Primauté del diritto dell'Unione.*

Gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra Stati membri, come la clausola compromissoria contenuta nell'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca. La predetta previsione pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione poiché legittima un investitore straniero ad avviare contro lo Stato membro ospite dell'operazione un procedimento davanti a un collegio arbitrale che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione.

I

FATTI DI CAUSA. — La domanda di pronuncia pregiudiziale concerne l'interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Slowakische Republik (Repubblica slovacca) e la Achmea BV in merito a un lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 pronunciato dal collegio arbitrale previsto dall'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca (in prosieguo: il «TBI»).

Il 1° gennaio 1993, la Repubblica slovacca è succeduta, in qualità di avente causa della Repubblica federale ceca e slovacca, nei diritti e negli obblighi di quest'ultima ai sensi del TBI e, il 1° maggio 2004, essa ha aderito all'Unione europea.

Nel quadro di una riforma del suo sistema sanitario, nel corso del 2004, la Repubblica slovacca ha aperto il mercato slovacco a operatori nazionali e ad operatori di altri Stati che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. La Achmea, un'impresa appartenente ad un gruppo di assicurazioni olandese, dopo aver ottenuto l'autorizzazione in qualità di organismo di assicurazione sanitaria, ha stabilito una filiale in Slovacchia, alla quale ha apportato capitali e per il cui tramite offriva prestazioni di assicurazione sanitaria privata sul mercato slovacco.

Nel corso del 2006, la Repubblica slovacca ha revocato parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni sanitarie private. In particolare, con legge del 25 ottobre 2007, ha vietato la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione sanitaria privata. Successivamente, poiché l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale della Repubblica slovacca), con sentenza del 26 gennaio 2011, ha dichiarato che il divieto violava la costituzione slovacca, la Repubblica slovacca ha, con una legge entrata in vigore il 1° agosto 2011, nuovamente autorizzato la distribuzione degli utili di cui trattasi.

Ritenendo che le misure legislative della Repubblica slovacca le avessero arrecato pregiudizio, la Achmea ha, sin dal mese di ottobre 2008, avviato contro tale Stato membro un procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 8 del TBI.

Poiché è stata scelta come sede dell'arbitrato Francoforte sul Meno (Germania), il diritto tedesco è applicabile al procedimento arbitrale di cui trattasi.

Nell'ambito di tale procedimento arbitrale la Repubblica slovacca ha sollevato un'eccezione d'incompetenza del collegio arbitrale. A tale proposito, essa ha sostenuto che, in ragione della sua adesione all'Unione, il ricorso a un collegio arbitrale previsto all'articolo 8, paragrafo 2, del TBI era incompatibile con il diritto dell'Unione. Con lodo arbitrale interlocutorio del 26 ottobre 2010, il collegio arbitrale ha respinto tale eccezione. Le domande di annullamento di tale lodo proposte dalla Repubblica slovacca dinanzi ai giudici tedeschi di primo grado e d'appello non sono state accolte.

Con lodo arbitrale del 7 dicembre 2012, il collegio arbitrale ha condannato la Repubblica slovacca a pagare alla Achmea un risarcimento danni per un importo principale di EUR 22,1 milioni. La Repubblica slovacca ha proposto un ricorso di annullamento di tale lodo arbitrale dinanzi all'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunale superiore del Land, Francoforte sul

Meno, Germania). Poiché detto giudice ha deciso di respingere il ricorso, la Repubblica slovacca ha proposto un'impugnazione avverso tale decisione dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania).

Il giudice del rinvio ricorda che, dall'adesione della Repubblica slovacca all'Unione, il 1° maggio 2004, il TBI costituisce un accordo tra gli Stati membri, con la conseguenza che, in caso di conflitto, le disposizioni del diritto dell'Unione prevalgono, nei settori che disciplinano, sulle disposizioni del TBI.

A tale proposito, la Repubblica slovacca ha espresso dubbi in merito alla compatibilità della clausola compromissoria contenuta all'articolo 8 del TBI con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE.

Anche se il giudice del rinvio non condivide tali dubbi, esso ha tuttavia considerato che, poiché la Corte non si è ancora pronunciata su tali questioni, che rivestono una notevole importanza a causa dei numerosi trattati bilaterali di investimento ancora in vigore tra gli Stati membri che prevedono una clausola compromissoria analoga, era necessario proporre alla Corte il presente rinvio al fine di dirimere la controversia di cui è investito.

In primo luogo, il giudice del rinvio dubita dell'applicabilità stessa dell'articolo 344 TFUE. Innanzitutto, risulterebbe dall'oggetto e dalla finalità di tale disposizione che, sebbene il suo tenore letterale non lo faccia emergere chiaramente, quest'ultima non riguarda le controversie tra un privato e uno Stato membro.

Inoltre, l'articolo 344 TFUE riguarderebbe unicamente le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati. Orbene, ciò non avverrebbe nella controversia di cui al procedimento principale, dal momento che il lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 è stato adottato sulla base del solo TBI. Infine, l'articolo 344 TFUE avrebbe lo scopo di garantire l'ordine delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto e sarebbe, al tempo stesso, una specifica espressione del dovere di lealtà degli Stati membri nei confronti della Corte, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Tuttavia, non se ne potrebbe dedurre che l'articolo 344 TFUE tutela la competenza della Corte per quanto riguarda tutte le controversie in cui il diritto dell'Unione può essere applicato o interpretato. In realtà, questa disposizione tutelerebbe la competenza esclusiva della Corte, solo nella misura in cui gli Stati membri sono tenuti a ricorrere ai procedimenti dinanzi ad essa previsti dai Trattati. Orbene, una controversia come quella di cui al procedimento principale non potrebbe essere risolta nell'ambito di un procedimento che si svolge dinanzi ai giudici dell'Unione. Infatti, i Trattati non prevedrebbero alcun procedimento giurisdizionale che consente a un investitore, come la Achmea, di far valere, dinanzi ai giudici dell'Unione, il diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro a lui conferito da un trattato bilaterale di investimento come il TBI.

In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede se l'articolo 267 TFUE osti ad una clausola compromissoria come quella di cui al procedimento principale.

A tale riguardo, esso sottolinea, innanzi tutto, che, di per sé, il procedimento arbitrale non è idoneo a garantire l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione che l'articolo 267 TFUE mira a garantire. Infatti, anche se, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, il collegio arbitrale deve rispettare il diritto dell'Unione e, in caso di conflitto di norme, applicarlo in via prioritaria, esso non avrebbe tuttavia la possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale, in quanto non potrebbe essere considerato una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Il giudice del rinvio ritiene, inoltre, che l'unità d'interpretazione del diritto dell'Unione possa cionondimeno essere considerata garantita nella specie in quanto, prima dell'esecuzione del lodo arbitrale, un organo giurisdizionale statale può essere indotto a verificare la compatibilità del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione e può, ove necessario, adire la Corte in via pregiudiziale. Inoltre, ai sensi dell'articolo 1059, paragrafo 2, punto 2, lettera b), del codice di procedura civile, la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento o dell'esecuzione di un lodo arbitrale farebbe parte dei motivi di annullamento dello stesso. Analogamente a quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito di lodi arbitrali che risolvono controversie tra privati, il potere di controllo dei giudici nazionali su un lodo arbitrale riguardante una controversia tra un privato e uno Stato membro potrebbe validamente essere limitato alle sole violazioni di disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione. Tale circostanza non dovrebbe avere per effetto che una clausola compromissoria, come quella di cui al procedimento principale, sia contraria all'articolo 267 TFUE.

Il giudice del rinvio aggiunge, infine, che la Corte ha già dichiarato che un accordo internazionale, che prevede l'istituzione, al di fuori del quadro istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, di un giudice speciale responsabile dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni di detto accordo, è compatibile con il diritto dell'Unione purché non sia pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La Corte non avrebbe espresso riserve in merito alla creazione di un sistema giurisdizionale volto, in sostanza, alla soluzione delle

controversie vertenti sull'interpretazione o sull'applicazione delle disposizioni stesse dell'accordo internazionale in questione e che non pregiudicava le competenze dei giudici degli Stati membri in materia d'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, né la facoltà, o addirittura l'obbligo, per questi ultimi di adire la Corte in via pregiudiziale.

Orbene, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale sarebbe proprio chiamato a statuire sulla violazione delle disposizioni del TBI, che dovrebbe interpretare alla luce del diritto dell'Unione e, segnatamente, delle disposizioni che disciplinano la libera circolazione dei capitali.

In terzo luogo, il giudice del rinvio constata che, contrariamente agli investitori olandesi e slovacchi, gli investitori di Stati membri diversi dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica slovacca non hanno la possibilità di adire un collegio arbitrale al posto di un giudice statale, il che costituisce uno svantaggio considerevole idoneo ad integrare una discriminazione contraria all'articolo 18 TFUE. Tuttavia, la limitazione, mediante un accordo bilaterale all'interno dell'Unione, del godimento di un beneficio ai cittadini degli Stati membri contraenti sarebbe discriminatoria solo laddove i cittadini degli altri Stati membri che non fruiscono di tale beneficio si trovino in una situazione oggettivamente comparabile.

Orbene, così non è nella presente fattispecie, poiché il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci si applicano soltanto ai cittadini di uno dei due Stati membri contraenti sarebbe una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali concluse tra questi ultimi. Alla luce delle considerazioni che precedono, il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

Se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra gli Stati membri dell'Unione (*omissis*), in base alla quale un investitore di uno Stato contraente, in caso di controversie in materia di investimenti nell'altro Stato contraente, può avviare nei confronti di quest'ultimo un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale, nel caso in cui l'accordo in materia di investimenti sia stato concluso anteriormente all'adesione dello Stato contraente all'Unione, ma la procedura arbitrale debba essere avviata solo successivamente.

In caso di risposta negativa alla prima questione: Se l'articolo 267 TFUE osti all'applicazione di una clausola di tale tipo. In caso di risposta negativa alla prima e seconda questione:

Se l'articolo 18, primo comma, TFUE, nelle circostanze descritte nella prima questione, osti all'applicazione di una clausola di tal genere».

(*omissis*)

RAGIONI DELLA DECISIONE. — Con le questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

(*omissis*) un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto.

Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi (*omissis*).

Secondo una giurisprudenza altrettanto consolidata della Corte, l'autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell'Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro (*omissis*).

Il diritto dell'Unione poggia, infatti, sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali

l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e,

dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. È proprio in tale contesto che spetta agli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione (*omissis*).

Per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, (*omissis*)

In tale ambito, conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione (*omissis*).

In tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (*omissis*).

È alla luce di dette considerazioni che occorre risolvere le questioni pregiudiziali prima e seconda.

A tal fine, occorre, in primo luogo, verificare se le controversie che è chiamato a conoscere il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione. A tale proposito, anche supponendo, come sostiene in particolare la A chmea, che tale collegio, nonostante la formulazione molto ampia dell'articolo 8, paragrafo 1, del TBI, sia chiamato a pronunciarsi solo su un'eventuale violazione di detto accordo, resta il fatto che, a tale scopo, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, esso deve tenere conto segnatamente del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti.

Orbene, (*omissis*) tale diritto deve essere considerato al contempo come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri. Ne deriva che, per entrambe tali ragioni, il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI è, se del caso, chiamato ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

Occorre, di conseguenza, verificare, in secondo luogo, se un collegio arbitrale come quello di cui all'articolo 8 del TBI rientri nel sistema giurisdizionale dell'Unione e, in particolare, se esso possa essere considerato come una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Infatti, la circostanza che un collegio creato dagli Stati membri è situato nel sistema giurisdizionale dell'Unione implica che le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione (*omissis*).

Orbene, nel procedimento principale, il collegio arbitrale non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale stabilito nei Paesi Bassi e in Slovacchia. D'altronde, è proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale collegio, rispetto a quella dei giudici di questi due Stati membri, che costituisce una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 del TBI. Tale caratteristica del collegio arbitrale di cui al procedimento principale comporta che esso non può, in ogni caso, essere qualificato come giurisdizione «di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

(*omissis*), il collegio arbitrale di cui al procedimento principale, non costituisce [neppure] una giurisdizione comune a vari Stati membri, paragonabile alla Corte di giustizia del Benelux. Infatti, mentre, da un lato, quest'ultima è incaricata di assicurare l'uniformità nell'applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati del Benelux e, dall'altro, il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale non presenta un simile collegamento rispetto ai sistemi giurisdizionali degli Stati membri (*omissis*).

Ne consegue che un collegio come quello di cui all'articolo 8 del TBI non può essere considerato come una «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, e non è, quindi, abilitato ad adire la Corte in via pregiudiziale.

(*omissis*), occorre inoltre verificare, in terzo luogo, se la decisione arbitrale emessa da tale collegio, conformemente, in particolare, all'articolo 19 TUE, sia soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che garantisce che le questioni di diritto dell'Unione che

tale collegio potrebbe essere indotto a trattare possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte nell'ambito di un rinvio pregiudiziale.

A tal fine, si deve rilevare che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 7, del TBI, la decisione del collegio arbitrale previsto da tale articolo è definitiva. Inoltre, in applicazione dell'articolo 8, paragrafo 5, del TBI, tale collegio arbitrale stabilisce le proprie norme di procedura (*omissis*) e decide egli stesso la propria sede e, di conseguenza, il diritto applicabile al procedimento che disciplina il controllo giurisdizionale della validità della decisione che pone fine alla controversia dinanzi ad esso pendente.

Nella specie, il collegio arbitrale adito dalla Achmea ha scelto come sede Francoforte sul Meno, il che ha reso il diritto tedesco applicabile al procedimento che disciplina il controllo giurisdizionale della validità del lodo arbitrale pronunciato da tale collegio il 7 dicembre 2012. È, infatti, tale scelta, che ha consentito alla Repubblica slovacca, quale parte della controversia, di chiedere, in base a tale diritto, un controllo giurisdizionale di tale lodo arbitrale, investendo, a tal fine, il giudice tedesco competente.

Tuttavia, occorre constatare che un tale controllo giurisdizionale può essere esercitato dal suddetto giudice solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta. Peraltro, l'articolo 1059, paragrafo 2, del codice di procedura civile prevede solo un controllo limitato, che riguarda, in particolare, la validità, alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrale o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale.

Vero è che, per quanto riguarda l'arbitrato commerciale, la Corte ha dichiarato che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali da parte dei giudici degli Stati membri abbia un carattere limitato, purché le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo e, se del caso, essere oggetto di un rinvio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte (*omissis*).

Tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. (*omissis*) deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di vie di ricorso giurisdizionale che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell'Unione (*omissis*), controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. (*omissis*).

Di conseguenza, alla luce dell'insieme delle caratteristiche del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI (*omissis*), occorre considerare che, con la conclusione del TBI, gli Stati membri parti dell'accordo hanno istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie tra un investitore e uno Stato membro che può escludere che tali controversie, anche laddove possano riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, siano risolte in modo da garantire la piena efficacia del suddetto diritto.

(*omissis*), un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico (*omissis*).

Tuttavia, nella specie, oltre al fatto che le controversie che rientrano nella competenza del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione tanto di detto accordo quanto del diritto dell'Unione, la possibilità di sottoporre tali controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione è prevista da un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri.

Orbene, il suddetto articolo 8 è tale da rimettere in discussione, oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione ricordato al punto 34 della presente sentenza.

In tali condizioni, l'articolo 8 del TBI pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione.

Di conseguenza, si deve rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

Sulla terza questione Tenuto conto della risposta fornita alle questioni prima e seconda, non occorre rispondere alla terza questione.

P.Q.M.

Gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei e la legittimità della clausola compromissoria negli accordi bilaterali e multilaterali di investimento alla luce della sentenza Achmea.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Iter processuale precedente al rinvio alla Corte di giustizia europea. — 3. Il rapporto tra i BITs intra-Unione e il diritto europeo. — 4. Gli effetti della sentenza Achmea sul mantenimento in vigore dei BITs intra-UE. — 5. La legittimità della clausola compromissoria contenuta nella Carta dell'energia. — 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* — La pronuncia della Corte di giustizia in commento ("Achmea" o "decisione Achmea") si segnala per essere intervenuta sulla legittimità del mantenimento in vigore degli accordi bilaterali di investimento stipulati tra Stati membri dell'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona. L'intervento della Corte di giustizia si pone all'esito di un tortuoso e lungo iter processuale iniziato con un procedimento arbitrale nel 2010 quando l'investitore, società belga Achmea (già Eureko), ha citato in giudizio la Repubblica Slovacca per violazione del BIT tra Regno dei Paesi Bassi e Repubblica federale ceca e slovacca. In uno al merito, il procedimento ha riguardato la sussistenza della giurisdizione del collegio arbitrale.

In particolare, si è posta la questione circa la presunta compatibilità della clausola compromissoria contenuta nel BIT *inter partes* con il diritto europeo (1). La clausola sarebbe incompatibile con l'ordinamento giuridico europeo poiché legittima un organo giurisdizionale terzo rispetto alle corti nazionali e alla Corte di giustizia a interpretare e applicare il diritto europeo. Quest'ultimo può infatti essere richiamato sia in quanto parte del diritto internazionale

(1) BIT tra Regno dei Paesi Bassi e Repubblica federale ceca e slovacca, art. 8 "1) *Qualsiasi controversia tra una parte contraente e un investitore della controparte relativa a un investimento di quest'ultimo è definita, per quanto possibile, in via amichevole.* 2) *Ogni parte contraente accetta, con il presente atto, che una controversia ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi a decorrere dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole.* 3) *Il collegio arbitrale di cui al paragrafo 2 del presente articolo è costituito, per ogni singolo caso, nel seguente modo: ogni parte della controversia designa un arbitro e i due arbitri così designati scelgono insieme un terzo arbitro, cittadino di uno Stato terzo, che svolgerà funzioni di presidente del collegio. Ogni parte della controversia designa il proprio arbitro entro due mesi a decorrere dalla data in cui l'investitore ha notificato alla controparte la sua decisione di sottoporre la controversia a un collegio arbitrale, e il presidente è designato entro un termine di tre mesi a decorrere dalla medesima data.* 4) *Qualora le designazioni non siano avvenute nei termini suindicati, ogni parte della controversia può invitare il presidente dell'Istituto arbitrale della Camera di commercio di Stoccolma a procedere alle designazioni necessarie. Se il presidente è cittadino di una parte contraente o se si trova nell'impossibilità di esercitare detta funzione per qualsiasi altra ragione, viene invitato a procedere alle designazioni necessarie il vicepresidente. Se il vicepresidente è cittadino di una parte contraente o si trova anch'egli nell'impossibilità di esercitare detta funzione, è invitato a procedere alle designazioni necessarie il membro più anziano dell'Istituto arbitrale che non abbia la cittadinanza di una parte contraente* 5) *Il collegio arbitrale stabilisce il proprio regolamento interno in conformità del regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL).* 6) *Il collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva: del diritto vigente della parte contraente interessata; delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti; delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento; dei principi generali del diritto internazionale;* 7) *Il collegio delibera a maggioranza dei voti; la sua decisione è definitiva e obbligatoria per le parti della controversia.*

che in quanto parte del diritto tedesco, entrambi applicabili alla controversa, conformemente a quanto disposto nella clausola compromissoria.

La Corte di giustizia si è pronunciata sul punto sancendo che persino la mera eventualità che il diritto dell'unione possa essere richiamato e applicato in sede di risoluzione delle controversie investitore-Stato, avrebbe minato l'ordinamento giuridico europeo che si caratterizza viceversa per la propria autonomia e completezza.

La conclusione cui giunge la Corte non persuade perché consegue a una rigida impostazione "eurocentrica" che trascura la natura internazionale degli accordi bilaterali di investimento. In tal senso, la Corte sembra aver sancito la *primauté* del diritto europeo non solo verso i diritti nazionali degli Stati membri ma anche, come nel caso di specie, nel rapporto tra diritto europeo e diritto internazionale.

La rilevanza della sentenza in commento è *ex se*, in quanto riapre la questione, ancora attuale, del rapporto tra ordinamenti giuridici sovranazionali e nazionali. In particolare, l'impostazione adottata dalla Corte di giustizia suscita qualche dubbio giuridico, poiché non tiene conto dell'effettivo ruolo "a cerniera" (2) dell'Unione europea, quindi del diritto europeo, che è al contempo un diritto sovranazionale, al pari del diritto internazionale, e parte del diritto nazionale. Per questo, ci pare che "Achmea" meriti un ulteriore commento — la dottrina si è ivi a più riprese soffermata (3) — che però esamini la sentenza adottando l'approccio internazionalistico che, viceversa, pare essere stato fino ad oggi poco scrutinato.

In particolare, sembra opportuno chiedersi se, e in quale misura, lo scrutinio da parte della Corte delle norme di diritto internazionale rilevanti nel caso di specie — ci riferiamo in particolare alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati 1969 ("Convenzione di Vienna") avrebbe potuto, e forse dovuto, influenzarne il giudizio. A una breve analisi di inquadramento dei molteplici giudizi che hanno contrapposto l'investitore Achmea e la Repubblica Slovacca segue dunque l'esame della compatibilità tra la clausola compromissoria del BIT e le norme europee, assumendo la prospettiva internazionalistica. L'analisi si soffermerà poi sugli effetti già prodotti (o da attendersi) dalla sentenza Achmea, prestando attenzione, in particolare, al mantenimento in vigore dei BITs intra-UE. Correlativamente, sarà fatto qualche breve cenno sulla legittimità dell'impiego della clausola compromissoria di cui alla Carta dell'energia nei procedimenti arbitrali sorti da un rapporto di investimento che coinvolge l'investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro.

Il tema pare quanto mai interessante essendo ancora in fase di definizione. Si impone quindi un'indagine completa del quadro giuridico di riferimento trattandosi di una questione esposta a strumentalizzazioni politiche.

2. *Iter processuale precedente al rinvio alla Corte di giustizia europea.* — Pima di entrare nel merito della sentenza è prodromico ripercorrere il tortuoso *iter* processuale che ha indotto la corte suprema tedesca a operare il rinvio *ex art.* 267 TFUE.

Nell'ottobre 2008 Achmea (ex Eureko), società belga, ha citato la Repubblica Slovacca (succeduta nel 1993 quale avente causa della Repubblica federale ceca e slovacca) avanti al collegio di arbitri istituito nella Repubblica federale tedesca *ex art.* 8 dell'accordo bilaterale tra Regno del Belgio e Repubblica Ceca e Slovacca. In estrema sintesi, Achmea ha chiesto agli arbitri di accertare che la decisione del governo dello Stato ospite di privatizzare il settore delle assicurazioni sanitarie private le avrebbe arrecato pregiudizio economico. Lo Stato convenuto prima del merito ha eccepito la carenza di giurisdizione del collegio arbitrale in quanto la clausola compromissoria contenuta nel BIT *inter partes* sarebbe incompatibile con gli articoli 344, 267 et 18 TFUE.

I procedimenti arbitrali intra europei violerebbero le citate norme poiché in primo luogo legittimano il richiamo del diritto europeo da parte di un organo giurisdizionale privo, però, del titolo di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea ("Corte di giustizia"). Quest'ultima avrebbe, viceversa, il monopolio sulla corretta interpretazione e applicazione del diritto europeo. In secondo luogo, i procedimenti in parola discriminerebbero tra gli investitori coperti

(2) Cfr. A. Pellet sostiene che l'Unione europea sia: "*ancré dans le droit international, où il trouve ses fondements, il se comporte à son égard comme un droit interne, en ce sens notamment, qu'il en reconnaît la supériorité mais l'organise à sa manière; il est, en revanche, «ressenti» comme un droit international par les droits internes, mais il y exerce une influence plus forte*", A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, Vol. V, 1997, pp. 193-271 spec. p. 267.

(3) Cfr., *ex multis*, L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora ?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 896 ss.; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, p. 337.

dal BIT e gli investitori che operano nel rispetto delle norme europee sul libero mercato. I primi sarebbero preferiti ai secondi poiché possono decidere di devolvere le proprie controversie a un collegio arbitrale. La Commissione europea, intervenuta nel procedimento in qualità di *amicus curiae*, ha sostenuto la medesima posizione arrivando persino a richiedere la pronta cessazione dell'accordo BIT *inter partes*.

Gli argomenti *a contrario* sostenuti dall'investitore porterebbero a negare il pregiudizio arrecato dai procedimenti arbitrali all'ordinamento giuridico europeo. In primo luogo, l'art. 344 TFUE impone la giurisdizione della Corte di giustizia per i procedimenti tra Stati membri, non già tra quelli sorti tra un privato (sia esso persona fisica o giuridica) e uno Stato membro. In secondo luogo, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di cui all'art. 267 TFUE è precluso ai collegi arbitrali ma ciò non comporta il rischio di decisioni arbitrali in contrasto con il diritto dell'Unione. L'arbitro non deve del resto valutare se la misura introdotta dallo Stato membro nel rispetto del diritto europeo ma in (presunta) violazione del BIT è giuridicamente valida per il diritto europeo medesimo. Il controllo circa la corretta applicazione e interpretazione del diritto europeo può avvenire, se necessario, in occasione dei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione del lodo, eventualmente attivati avanti giudici nazionali. Questi ultimi sono infatti instaurati avanti a giudici di Stati membri che hanno la facoltà, che in alcuni casi diviene l'obbligo, di operare il rinvio alla Corte di giustizia. In proposito, è utile precisare che la clausola compromissoria oggetto dello scrutinio avrebbe legittimato l'applicazione del diritto europeo solo indirettamente, ossia in quanto parte del diritto tedesco, viceversa espressamente richiamato dal BIT. Conseguentemente, le previsioni del diritto europeo sarebbero state applicate così come adottate all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco.

Da ultimo, la clausola compromissoria non viola l'art. 18 TFUE, e il principio di non discriminazione nel medesimo sancito, in quanto le eventuali ipotesi di discriminazione tra investitori che operano sotto il cappello di un BIT intra-UE e investitori europei possono essere risolte estendendo, se del caso, le garanzie offerte ai primi anche ai secondi. Vi è poi da considerare che la Corte di giustizia in una precedente pronuncia sembra aver ammesso la coesistenza tra il sistema europeo e uno speciale costituito da accordi bilaterali stipulati tra Stati membri (4). In quell'occasione la Corte, chiamata a giudicare sulla legittimità del mantenimento in vigore di una convenzione bilaterale sulla doppia imposizione ha sostenuto che *"il fatto che detti diritti e obblighi reciproci si applichino soltanto a persone residenti in uno dei due Stati membri è conseguenza insita nelle convenzioni volte a prevenire la doppia imposizione [...] ciò non può essere considerato come un'agevolazione ma ne costituisce parte integrante e contribuisce al suo equilibrio generale"* (5).

Con lodo parziale del 26 ottobre 2010 gli arbitri hanno respinto l'eccezione sulla giurisdizione per poi, con successivo lodo del 7 dicembre 2012 condannare la Repubblica Slovacca al risarcimento dei danni subiti dall'investitore per effetto della privatizzazione del settore delle assicurazioni sanitarie. Nel periodo intercorso tra il loro parziale e il lodo di merito, lo Stato convenuto ha proposto impugnazione del primo conformemente a quanto disposto nel codice di procedura civile tedesco (6).

Per quanto riguarda il merito, con sentenza del 12 maggio 2012 il tribunale di Francoforte ha rigettato la richiesta di annullamento, confermando la giurisdizione del collegio arbitrale. A parere dei giudici la clausola compromissoria contenuta nel BIT *inter partes* non poneva infatti questioni di incompatibilità con gli articoli 344, 267 et 18 (7).

(4) Corte di giust., sentenza del 5 luglio 2005, in causa C-376/03, D., in *Racc. ECLI:EU:C:2005:424* par. 64.

(5) *Ivi* par. 62.

(6) Cfr. Art. 1059, 2 ZPO: *"An arbitral award may be set aside only if: 1. the applicant shows sufficient cause that: a) a party to the arbitration agreement referred to in sections 1029 and 1031 was under some incapacity pursuant to the law applicable to him; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under German law; or b) he was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or c) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration; provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or d) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with a provision of this Book or with an admissible agreement of the parties and this presumably affected the award; or 2. the court finds that a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under German law; or b) recognition or enforcement of the award leads to a result which is in conflict with public policy (ordre public)"*.

(7) Tribunale di Francoforte sul Meno, 26 SchH 11/10, 10 Maggio 2012.

La repubblica Slovacca ha nuovamente impugnato la sentenza avanti la Corte suprema federale di Karlsruhe che, il 19 settembre 2013, ha emanato un'ordinanza parziale, concedendo la sospensione della condanna (8). La Corte suprema ha quindi omesso di scrutinare le eccezioni sollevate sulla (presunta) incompatibilità della clausola compromissoria con il diritto europeo. Trattandosi, però, di una questione controversa e oggetto di interesse — non solo nel caso di specie — con decisione del 3 marzo 2016 la Corte suprema tedesca ha rinviato la causa alla Corte di giustizia, *ex art.* 267 TFUE.

Nello specifico, i giudici *a quo* hanno chiesto alla Corte di Lussemburgo di dichiarare se la clausola arbitrale contenuta nel BIT *inter partes* fosse compatibile, o meno, con gli artt. 344, 267 et 18 TFUE.

Il 19 settembre 2017, l'Avvocato generale Wathelet ha rassegnato le proprie conclusioni, sostenendo che “*Gli articoli 18, 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato istituito con un accordo bilaterale di investimento concluso prima dell'adesione di uno Stato contraente all'Unione europea e che prevede che l'investitore di uno Stato contraente, in caso di controversia relativa a investimenti nell'altro Stato contraente, possa avviare un procedimento contro quest'ultimo Stato dinanzi a un collegio arbitrale*” (9). Addirittura, l'Avvocato generale ha ritenuto che “*il rischio sistemico per l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione che per la Commissione deriverebbe dal mantenimento in vigore dei BITs intra-UE*” è quanto meno “*decisamente esagerato*” (10).

Con decisione del 6 marzo 2018 la Corte ha disatteso le precitate conclusioni precisando che una clausola compromissoria formulata alla stregua di quella contenuta nel BIT tra i Paesi Bassi e la ex Repubblica federale Ceca Slovacca (11) è in violazione degli artt. 267 e 344 TFUE.

Per la Corte la questione giuridica non concerne la facoltà, o meno, degli Stati membri di sottoporre una controversia ad un organo giurisdizionale terzo, che segue regole di procedura *ad hoc*; il problema si pone, viceversa, nel momento in cui il predetto organo giurisdizionale applica anche il diritto europeo (12), con riguardo in particolare alle “*disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali*” (13). La mera possibilità per l'organo giudicante di risolvere la controversia applicando il diritto europeo e la correlata assenza di controllo da parte degli organi giurisdizionali europei sulle decisioni assunte in occasione dei procedimenti arbitrali, sarebbe sufficiente a renderli illegittimi. L'eventualità che il lodo così reso sia oggetto di un giudizio di impugnazione avanti i giudici dello Stato membro in cui ne è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione, non sarebbe infatti sufficiente a porre sotto il controllo europeo l'operato degli arbitri. In proposito, la Corte ha sancito che “*la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico*” (14).

La posizione della Corte è di sicura chiusura, in quanto protegge l'ordinamento giuridico europeo precisando che “*l'autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati*

(8) www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1606.pdf.

(9) Corte di giust. UE, 19 settembre 2017, conclusioni dell'Avv. generale M. Wathelet, in causa C-284/16, in Raccolta ECLI:EU:C:2017:699, par. 273.

(10) *Ivi*, par. 44. Diversamente dalla Corte di giustizia, l'avvocato generale rinvia alla sentenza resa il 12 giugno 2014 nel procedimento *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), in cui la Corte, chiamata a decidere della legittimità di un ricorso *ex art.* 267 TFUE proposto da un tribunale arbitrale, aveva dichiarato che “*pur se la composizione dei collegi giudicanti del Tribunal Arbitral Tributário [tribunale fiscale arbitrale, Portogallo] è effimera e l'attività di tali collegi si conclude una volta che essi si siano pronunciati, resta pur sempre il fatto che, nel suo complesso, il Tribunal Arbitral Tributário [tribunale fiscale arbitrale] ha, in quanto elemento di tale sistema, natura permanente*”, par. 26.

(11) Cfr. *supra* nota 1.

(12) Corte di giust. UE, C-284/16, *cit.*, par. 45; sulla natura degli arbitrati commerciali, Stato-Stato e investitore-Stato, la Corte di giustizia si è espressa il 23 marzo 1982, in causa C-102/81 *Nordsee*, in Raccolta, EU:C:1982:107; 27 gennaio 2005, in causa C-125/04, *Denuit e Cordenier*, in Raccolta EU:C:2005:69; Corte di giust. 13 febbraio 2014, in causa C-555/13, *Merck Canada*, in Raccolta, EU:C:2014:92, punto 17. Per la dottrina cfr. J. BASEDOW, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, p. 367 ss.; P. PASCHALIDIS, *Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*, in *Arbitration International*, 2016, p. 1; M. SZPUNAR, *Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU*, in F. FERRARI, (a cura di), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, 2017, p. 85 ss..

(13) Corte di giust. UE, in causa C-284/16, *cit.*, par. 42.

(14) *Ivi*, par. 57.

membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell'Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri" (15).

La necessità di tutelare i principi e le regole condivise tra tutti gli Stati membri giustificerebbe dunque la dichiarazione di illegittimità dei procedimenti arbitrari intra-europei in materia di investimento. Tale approccio si allinea peraltro alla più recente tendenza della Corte volta a chiudere l'Unione piuttosto che aprire un dialogo tra quest'ultima e altri ordinamenti giuridici o organizzazioni internazionali. Basti qui ricordare il Parere 2/13 in cui la Corte ha bocciato il progetto di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in quanto il sistema di risoluzione delle controversie ivi strutturato avrebbe arrecato pregiudizio al monopolio della Corte di giustizia sull'interpretazione e applicazione del diritto europeo (16).

La conclusione della Corte non convince soprattutto nella parte in cui dà per scontato che gli arbitri applicheranno il diritto europeo in contrasto con la prassi europea. In proposito, l'Avvocato generale già aveva precisato che *"il compito del collegio non è di accertare se, con il suo comportamento contestato dall'investitore, lo Stato membro abbia violato i suoi obblighi derivanti dai Trattati UE e FUE o, più in generale, dal diritto dell'Unione. Al contrario, il suo compito è di constatare violazioni di detto TBI da parte dello Stato che ospita l'investimento, e il diritto dell'Unione è uno degli elementi pertinenti di cui tener conto al fine di valutare il comportamento dello Stato riguardo a detto TBI" (17).*

3. *Il rapporto tra BITs intra-Unione e il diritto europeo.* — La natura dell'Unione europea è controversa nel senso che, preso atto dell'esistenza di un ordinamento giuridico europeo (18), rimane il dubbio se esso sia autonomo o dipendente da quello internazionale.

La questione non è puramente teorica in quanto sancire, o escludere, l'autonomia dell'ordinamento europeo da quello internazionale comporta conseguenze pratiche opposte ai fini, soprattutto, dell'individuazione dei meccanismi per disciplinare la relazione tra norme provenienti dall'uno o dall'altro ordinamento risultassero parimenti applicabili alla medesima fattispecie ma dal contenuto in conflitto.

In via di estrema sintesi sull'autonomia, o meno, dell'ordinamento europeo si sono sviluppate due correnti di pensiero. Da una parte, i c.d. europeisti ritengono che l'ordinamento europeo goda di piena e totale autonomia (originaria o derivata) (19) sì che principi o istituti giuridici di matrice internazionale sono qualificati quali "minacce" per l'autonomia e l'indipendenza dell'ordinamento giuridico medesimo (20). Per gli europeisti l'ordinamento

(15) *Ivi* par. 33.

(16) Cfr. Corte di giust. 18 dicembre 2014, Parere 2/13 *sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 182. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Ref. Ares (2016)947907 24/02/2016, ISDS and the principle of autonomy of EU law following Opinion 2/13 del 24 febbraio 2016.

(17) Corte di giust. UE, 19 settembre 2017, conclusioni dell'Avv. generale M. Wathelet presentate il, in causa C-284/16.

(18) Cfr. P. PESCATORE, *International Law and Community Law, A Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1970, pp. 167-183; J. RAUX, *Capacité internationale de la Communauté européenne et de l'Union européenne - la personnalité internationale*, *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 2200, 200; L. GRADONI, A. TANZI, *Diritto Comunitario una lex specialis molto specialis*, in L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO, *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo Studio delle discipline giuridiche*, Editoriale Scientifica, 2009; D. WYATT, *New Legal Order or old ?*, in *European Law Review*, 1982; M. BEULAY, *La qualification juridique de l'Union Européenne*, in M. BENLOLO-CRABOT, U. CANDAS, E. CUJO, *Union Européenne et droit international en l'Honneur de Patrick Dailleur*, Pedone, 2012, pp. 95-109; B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International law*, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 3, *passim*, pp. 483-529; B. WEILER, *The Transformation of Europe*, *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2403-2478, spec. pp. 2403.

(19) L.J. CONSTANTINESCO, *La spécificité du droit communautaire*, *Revue trimestrielle droit européennes*, 2, 1966, 1-30; J. MCGRET, *La spécificité du droit communautaire*, *Revue Internationale droit Comparé*, 19, 1967, pp. 565-577; I. BUIGUES, *La nature juridique du droit communautaire*, *Cahiers de droit européennes*, 41968, pp. 501-531; L. SARAGO, *I caratteri peculiari degli ordinamenti giuridici delle Comunità Europee (I parte)*, in *Rivista di diritto dell'Unione europea*, 1969, 93-122; OPPERMAN, *Europa Recht: Ein Studien Buch*, 199

(20) Cfr. P. PESCATORE, *International Law and Community Law, A Comparative Analysis*, *Common Market Law Review*, 1970, pp. 167-183. *Contra*, K.M. MESSEN, *The Application of Rules of Public*

giuridico internazionale è un sistema estremamente frammentato in continua evoluzione: dallo *jus in bello*, al diritto della co-esistenza (che permette di stabilire rapporti virtuosi tra Stati della Comunità internazionale) arrivando al diritto della cooperazione pacifica, di cui l'Unione europea sarebbe l'esempio più riuscito. Questo ultimo livello trova completa disciplina nei trattati istitutivi che corrispondono alle fondamenta dell'Unione (21) e la rendono autonoma rispetto all'ordinamento giuridico internazionale. Si tratta infatti di accordi che non solo disciplinano rapporti giuridici tra gli Stati membri ma hanno anche costituito una struttura istituzionale ben definita e indipendente: "*fondé sur la reconnaissance d'un compétence propre des institutions communautaires, dans le sphère définie par le traités*" (22).

La corrente europeista trascura, però, che i trattati istitutivi sono accordi internazionali come tali diversamente, ma inevitabilmente, connessi all'ordinamento giuridico internazionale, se non altro per le norme che ne disciplinano la formazione, il mantenimento in vigore e l'estinzione.

Di contro, i c.d. internazionalisti ritengono che l'Unione abbia le proprie radici nell'ordinamento giuridico internazionale di cui è, e rimane, parte (23). I trattati istitutivi sono del resto accordi internazionali e l'Unione è vincolata alle norme di diritto internazionale rilevante nel caso di specie (24). In proposito, vi è da considerare che la Corte di giustizia non avrebbe il monopolio interpretativo dei trattati istitutivi, mantenendo dunque gli Stati membri il potere, pur residuale, di interpretarli (25). Privando la Corte di giustizia del monopolio

International Law, Common Market Law Review, 1976, pp. 485-501, spec. p. 487. Cfr. anche B. CHENG, *Principles of Law as Applied by international Courts and Tribunals*, 1953.

(21) Cfr. R. MONACO, *Caratteri istituzionale*, cit., p. 46; E. STEIN, *Lawyers, Judges and the making of a transnational Constitution*, in *American Journal of international Law*, 1981, p. 1.

(22) P. PESCATORE, cit., spec. p. 178.

(23) Cfr. A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, cit., p. 247; T. HARTELY, *International Law and the Law of the European Union*, cit., p. 35; A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europea in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli stati membri*, Milano, 1964, pp. 37-77; P. REUTER, *La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international*, Mélanges Guggenheirn, 1965, pp. 665-686.

(24) B. DE WITTE, *Rules of Change in International Law*, cit., p. 331. Nel procedimento *Defrenne II*, ad esempio, la Corte di giustizia ha disposto che gli Stati membri possano emendare il trattato adottando solo i procedimenti istituzionali di cui all'art. 236 TCE, così escludendo il ricorso a strumenti esterni, di natura internazionale e, o, nazionale, in Corte di giustizia, decisione dell'8 aprile 1976, nel procedimento C-43/75, *Defrenne c. Sabena*, 1976 00455, par. 56-58.

(25) Nel procedimento *Brunner c. European Union Treaty*, la Corte costituzionale tedesca, ha sancito che il diritto europeo si applica in Germania previa entrata in vigore di una legge parlamentare di adattamento, e ha così ribadito la sovranità della Germania, anche dopo l'adesione alla Comunità europea (Bundesverfassungsgericht, decisione del 12 ottobre 1993). Successivamente, in occasione del procedimento c.d. Lisbona (decisione del 30 giugno 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08) la Corte costituzionale tedesca: "*insisted once more on its power to undertake an "identity review" of EU acts, is to check whether measures adopted by the European institutions threaten German constitutional identity*", B. DE WITTE, *Direct effect, primacy and the nature of legal order*, P. CRAIG, G. DE BÜRCA (a cura di), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 353 (per un commento, si veda STEINBACH, *The Lisbon Judgement of the German Federal Constitutional Court: New Guidance of the limits of European Integration?*, German Law Journal, vol. 11, 2010, pp. 367-390). Cfr. anche J. WEILER, J. VAN HARTEN, *The Autonomy of the Community Legal Order: though the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 307, spec. p. 413. Anche la Corte suprema danese nel procedimento *Carlsen c. Rasmussen* precisa che il diritto europeo si applica solo nei limiti espressamente stabiliti dalla costituzione nazionale (decisione de 6 aprile 1998. Per un commento si rinvia a HØEG, *The Danish Maastricht Judgment*, in *European Law Journal* 259, 1995). Infine, la Corte Costituzionale italiana, già con la sentenza *Frontini* (n.183 del 1973) ha stabilito che il diritto europeo può derogare ad alcune previsioni nazionali, anche di rango costituzionale, purché non si tratti di alcuni principi fondamentali e alcuni diritti inalienabili della persona. Si tratta di previsioni poste a presidio di diritti fondamentali e, come tali, esse rappresentano il c.d. contro-limite che è ultimo l'baluardo della sovranità nazionale (che non può essere scalfito neppure dall'art. 11 della Costituzione italiana). Qualche anno più tardi, nella sentenza *Fragd* (n. 232 del 1989), la Corte Costituzionale italiana si spinge oltre, sostenendo il proprio diritto a controllare la coerenza delle disposizioni europee con i principi costituzionali (non solo, quelli a tutela dei diritti umani). Questo potere di revisione non è mai stato usato, ma la statuizione bene dimostra l'impostazione dualista dell'ordinamento italiano. La posizione sembra accolta a livello europeo. Ricordiamo, ad esempio, che nel procedimento *IRCA c. Amministrazione delle finanze dello Stato* l'Avvocato generale Warner ricorda che "*La Corte ha già affermato in via generale che essa non può ritenere validi provvedimenti incompatibili coi diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di Stati membri*" e va oltre dichiarando che "*un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla costituzione di uno Stato membro deve essere riconosciuto e garantito pure dal diritto comunitario. La ragione di ciò va ricercata nel fatto che come la Corte ha spesso affermato il diritto comunitario deve la sua stessa esistenza ad un trasferimento parziale di sovranità da parte di ciascuno degli Stati membri della Comunità.*", Corte di giustizia, conclusioni presentate dall'avvocato generale Warner il 22 giugno 1976, nel procedimento *IRCA c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-7/76, 1976 01213, spec. p.

giurisdizionale, l'Unione europea è dunque costretta ad "aprirsi" ricadendo ora nell'ordinamento internazionale ora in quelli nazionali degli Stati membri (26). Il rapporto tra ordinamenti giuridici sovranazionali rimane tutt'oggi incerto; correlativamente, non è chiaro quale relazione si instauri tra le norme di diritto internazionale e quelle europee che dovessero risultare parimenti applicabili ad una data fattispecie. Da qui, si pone la questione relativa alla compatibilità, o meno, tra i contenuti degli accordi di investimento e del diritto europeo. I BITs intra-UE sono infatti trattati internazionali e fonti interne dello Stato membro (27) e come tali, al pari delle altre fonti di un ordinamento nazionale, essi devono essere conformi al diritto dell'Unione (28). Il problema della compatibilità si pone qualora lo Stato membro, allineandosi a una previsione del BIT, violi una fonte europea, o viceversa, sicché occorre rinvenire quella che tra le due può, o deve, prevalere.

Come anticipato, nella più recente prassi arbitrari si è posto il problema relativo all'estinzione, o meno, del BIT intra-UE in quanto incompatibili con il diritto interno dell'Unione (29). La questione si è posta poiché in ciascun procedimento arbitrale gli investitori hanno chiesto, *inter alia*, la condanna dello Stato ospite perché, allineandosi al diritto europeo, avrebbe violato il BIT che, viceversa, avrebbe dovuto prevalere in quanto *lex poerior* o *lex specialis*. Lo Stato convenuto ha eccepito la carenza di giurisdizione del collegio arbitrale e, nel merito, ha riqualificato il preteso inadempimento alla stregua di un *actus legitimus*. Lo Stato convenuto, dopo aver aderito all'Unione europea, avrebbe infatti dovuto allinearsi al diritto europeo, anche a costo di modificare il proprio assetto normativo interno ed, eventualmente, la posizione giuridica (tutele e garanzie) prima riconosciute — e garantite — in capo all'investitore straniero.

I procedimenti instaurati nei termini su descritti hanno dato ai collegi arbitrari l'occasione per ragionare sull'effettivo status giuridico dei BITs intra-UE in seno all'Unione europea. Nel tempo la prassi sembra essersi assestata nel senso di escludere l'applicazione tanto dell'art. 59 quanto dell'art. 30.3 della Convenzione di Vienna 1969 che introducono le condizioni legittimanti la sostituzione di parte, o tutto, un trattato precedente (BIT intra-UE) per effetto dell'entrata in vigore del successivo (trattati istitutivi) (30). Segnatamente, l'art. 59 rubricato *estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione derivante implicitamente dal fatto della conclusione del trattato successivo* disciplina le ipotesi di estinzione o sospensione dell'accordo anteriore mentre l'art. 30.3, rubricato *applicazione dei trattati successivi vertenti sulla stessa materia*, si applica nelle ipotesi in cui il contenuto di alcune clausole contenute in un accordo anteriore risulti incompatibile con quello di clausole negoziate in un accordo successivo. Nel dettaglio, i collegi arbitrari hanno esaminato se i trattati istitutivi cui lo Stato membro ha aderito siano, o meno successivi, al BIT precedentemente sottoscritto con uno Stato già membro dell'Unione. Partendo dalla predetta ipotesi, i collegi arbitrari hanno quindi esaminato la sussistenza dei requisiti, ossia l'identità delle parti e la sovrapposibilità della materia, che legittimano l'applicazione degli artt.

1236. Per la dottrina, cfr. J. MALENOVSKY, *L'Agonie san fin du principe de non-invocabilité du droit interne*, in *Revue Générale du droit international publique*, 2017, pp. 291-332; M. AKEHURST, *Parliamentary Sovereignty and the Supremacy of Community Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1989; J. ARANGONES, *Regina c. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd.: The Limits of Parliamentary Sovereignty and the Rule of Community Law*, in *Fordham University Law Review*, vol. 14, 1990, pp. 778-818; A.M.-SLAUGHTER, A. SWEET, J. WEILER (a cura di), *The European Courts and National Courts - Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998.

(26) Cfr. P. WEILER, *Europe after Maastricht - do the new clothes have an emperor?*, Jean Monnet Working Paper, 1995 spec. pp. 408-409.

(27) J. POULAIN, *Quelques Interrogations sur le Statut des Traités Bilatéraux de promotion et de protection des Investissements au sein de l'Union Européenne*, op. cit., spec. p. 819.

(28) MANCA NOTA

(29) MANCA NOTA

(30) Cfr. in particolare, SCC, *Eastern Sugar c. Repubblica Slovacca*, cit.; CPA, *Achmea B.V. c. Repubblica Slovacca*, cit. Per la dottrina si veda A. DIMOPOULOS, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 63 ss.; H. WEHLAND, *Intra-EU Investment agreements and arbitration: Is EC law an obstacle?*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 297; T. EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU law*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 383 ss.; M. BURGSTALLER, *European Law and Investment Treaties*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, p. 181 ss.; C. SÖDERLUND *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 455.

59 (31) et 30.3 (32). Il presupposto soggettivo parrebbe sussistere in quanto gli Stati parte dei BITs intra-UE (accordo precedente) sono anche vincolati dai trattati istitutivi in quanto membri dell'Unione. Questi ultimi sarebbero accordi successivi, in quanto lo Stato vi aderisce quando già è vincolato da un BIT stipulato con un altro Stato membro. Il presupposto oggettivo, relativo all'identità della materia, è stato viceversa oggetto di interpretazioni tra loro non sempre conformi (33). Adottando l'impostazione eurocentrica, che quindi pone l'ordinamento europeo come autonomo rispetto a quello internazionale, i rapporti investitore-Stato sarebbero disciplinati in egual modo tenuto conto che l'ordinamento giuridico europeo offre agli investitori le stesse garanzie sostanziali e procedurali contenute nel BIT (34). Trattandosi di fonti sovrapponibili, quella precedente deve dunque considerarsi estinta, per effetto del principio *lex posterior derogat priori*.

L'approccio internazionalistico giunge, viceversa, a conclusioni opposte nel senso che la sovrapposizione di cui alle citate norme sussiste solo quando tra le fonti esaminate vi sia un contrasto tale che il mantenimento in vigore dell'accordo precedente impedisce l'applicazione di quello successivo. Il concetto "*same subject matter*", di cui alle norme in esame, deve quindi essere interpretato in termini teleologici, giacché esso non richiede solo l'identità dell'oggetto ma anche che i contenuti delle fonti tra loro successive siano tra loro in contrasto. Tale contrasto non pare però ravvisabile guardando ai contenuti di un BIT intra-UE e il diritto europeo in quanto l'applicazione del primo non impedisce l'implementazione del secondo, e viceversa. Occorre poi considerare che i presupposti e le finalità perseguiti dal diritto europeo e dagli accordi internazionali di investimento non sono sovrapponibili o comunque assimilabili. I due *corpora* giuridici garantiscono, infatti, all'investitore tutele differenti, così come diversi sono anche i rispettivi ambiti di applicazione *ratione materiae* essendo i BIT accordi che disciplinano i soli rapporti di investimenti mentre i Trattati istitutivi fondamentale di un ordinamento giuridico (35).

L'art. 59 pone poi due ulteriori condizioni ossia che il trattato precedente si estingue se "risulta dal trattato successivo o è in altro modo accertato che era intenzione delle parti di regolare la materia in questione con tale trattato; o b) se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle del trattato precedente in modo tale che non sia possibile applicare due trattati contemporaneamente".

Per quanto riguarda la prima *sub* condizione, sembra preferibile escludere che l'adesione di uno Stato all'Unione europea implichi l'intenzione tacita di privare di efficace gli accordi internazionali in vigore con altri Stati, già membri dell'Unione (36). Non è un caso, del resto, che

(31) Cfr. Convenzione di Vienna, art. 59: "*Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione implicite a causa della conclusione di un trattato successivo; 1. Si ritiene che un trattato abbia avuto termine qualora tutte le parti del trattato abbiano concluso successivamente un trattato sullo stesso argomento e: a) se risulta dal trattato successivo od è in altro modo accertato che era intenzione delle parti di regolare la materia in questione con tale trattato; o b) se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle del trattato precedente in modo tale che non sia possibile applicare due trattati contemporaneamente. 2. Il trattato precedente viene considerato semplicemente sospeso quando risulti dal trattato successivo o sia in altro modo accertato che questa era l'intenzione delle parti*".

(32) Cfr. Convenzione di Vienna, art. 30.3: "*quando tutte le parti del trattato anteriore sono parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore non si applica che nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore*".

(33) Cfr. F. DUBUISSON, 1969 *Vienna Convention, article 59 Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty*, in O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, A Commentary, Vol. II, Oxford University Press, 2011, spec. pp. 1333 ss..

(34) CPA, *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 65-77/86-96/109-119/127-138; SCC, *Eastern Sugar c. Repubblica Ceca*, cit., par. 95-113. Per la dottrina, cfr. P. 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*, 2012, pp. 179 ss.; N. LAVRANOS, *Member States BITs: Lost in Transition?*, reperibile al sito: <http://ssrn.com/abstract=1935625>.

(35) Cfr. per tutti: S.-R. CUENDET, *Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et Accord internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?*, in *Revue Générale de Droit International Privé*, 2011, pp. 853 ss.. *Contra*, J. BISHOFF, *op. cit.*, spec. p. 1544; A. 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 ss.; A. REINISCH, *Articles 30 and 59 VCLT: the Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Achmea B.V. Investment Arbitration*, in *Legal Issues of economic integration*, 2012, pp. 157 ss.; C. SÖDERLUND, *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 455 ss..

(36) J. HEPBURN, *In hitherto unpublished Ruling, Greenwood/Stern Tribunal Reject Plea that intra-EU BIT was implicitly terminated under the VCLT due to the EU accession*, in *Investment Arbitration Reporter*, 2015.

l'art. 59 richiede che la dichiarazione di intenti sia esplicitata con le modalità di cui all'art. 65 della Convenzione di Vienna 1969 (37).

La seconda *sub* condizione della norma in parola richiede invece che le previsioni del trattato successivo siano incompatibili con quello precedente, sì da renderne impossibile la contemporanea applicazione. Questa *sub* condizione deve essere valutata dopo avere compiuto un'indagine specifica che raffronti i contenuti delle norme rilevanti nel caso di specie. I collegi arbitrali che sin sono addentrati nella predetta analisi hanno escluso l'incompatibilità tra i contenuti del BIT e del diritto dell'Unione.

Ad esempio, nel procedimento *Achmea B.V. c. Repubblica Slovacca* — all'origine all'iter processuale conclusosi con la sentenza *Achmea* — il collegio arbitrale ha ampiamente argomentato sulla compatibilità di alcune singole clausole del BIT rispetto al diritto europeo. In particolare, il collegio ha valutato la compatibilità con il diritto europeo delle clausole sul libero trasferimento di capitali, del trattamento giusto ed equo, sulla clausola di protezione e sicurezza, nonché sulla clausola compromissoria (38) contenute nel BIT *inter partes*. L'indagine si è conclusa con la pronuncia di compatibilità (39). La conclusione è ancora più interessante se solo si considera che gli arbitri hanno ritenuto compatibile con il diritto europeo anche la clausola compromissoria contenuta nei BITs intra-UE, ma non prevista dal diritto dell'Unione. Sul punto, gli arbitri hanno escluso l'incompatibilità poiché entrambe le fonti garantiscono agli investitori mezzi di tutela giuridici, seppur differenti. Questa conclusione del collegio ci pare implichi due corollari.

In primo luogo, la presenza nei BITs intra-UE di clausole assenti nel diritto europeo (quale è la clausola compromissoria), non comporta l'incompatibilità delle previsioni del primo rispetto al secondo, né tanto meno, pregiudica l'autonomia dell'ordinamento europeo come viceversa sostenuto dalla Corte di giustizia nel giudizio in esame (40). Come correttamente inteso dal collegio arbitrale nel procedimento *Achmea B.V.*, la mancanza di alcune previsioni nel diritto europeo "it is not a reason for cancelling Claimant's wider rights under the BITs" (41). In secondo luogo, esclusa l'incompatibilità tra il BIT e il 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" (42). Conseguentemente, i BITs intra-UE possono rimanere in vigore (43).

Il tema appena delineato non trova riscontro di sorta nella decisione resa dalla Corte di giustizia che viceversa si è limitata a sancire la incompatibilità di una data clausola compromissoria. Così ha fatto, applicando il primato del diritto europeo e il principio dell'effetto diretto anche nel rapporto tra una fonte di diritto internazionale e una di diritto europeo. I predetti principi valgono però solo nei rapporti tra fonti europee e fonti nazionali degli Stati membri. La *vis attractiva* del diritto europeo non implica dunque la sostituzione automatica delle previsioni degli accordi internazionali vincolanti per lo Stato membro (44). Il diritto europeo potrebbe comportare l'illegittimità di alcune clausole dei BITs intra-UE (o, più in generale, di qualsiasi altro accordo internazionale) nella sola ipotesi in cui esse contengano obblighi assunti da una parte in violazione della suddivisione di competenze tra Unione e Stati membri.

(37) Cfr. Convenzione di Vienna, art. 65: "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". Nel procedimento *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, il collegio arbitrale richiama la citata previsione e nega che una mail inviata dallo Stato con oggetto "non official position" possa valere come notifica, nonostante la medesima esprimesse l'intento di quest'ultimo di terminare il BIT. Per il collegio: "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", in PCA, *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 244.

(38) CPA, *Achmea B.V.B.V. c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 247.

(39) *Ibid.*, par. 231-285.

(40) *Contra*, *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 177.

(41) CPA, *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 266. Per la dottrina, cfr. J. BILLIET, *International Investment Arbitration, A practical Handbook*, Maklu Publishers, 2016; A. DIMOPOULOS, *The validity and applicability of International Investment Agreements between EU and Member States under EU and International Law*, op. cit., p. 93; C. BROWN, I. NAGLIS, *Dispute settlement in future EU Agreements*, in M. BUNGENBERG, A. REINISCH, C. TJETIE (eds.), *EU and International Agreements*, Zurich, 2013, pp. 13 ss..

(42) PCA, *Achmea B.V.c. Repubblica Slovacca*, cit., par. 271.

(43) T. EILMANSBERGER, op. cit., p. 401; J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, pp. 22-123.

(44) Cfr. G. BERMANN, *Navigating EU Law and the Law of international arbitration*, in *Arbitration International*, 2016, p. 397 ss., spec. p. 434.

La decisione Achmea risulta quindi disattendere tutte le considerazioni sino a qui svolte ponendo seri dubbi circa la completezza degli argomenti giuridici trattati dalla Corte di giustizia per arrivare alla decisione del caso sottoposto al suo scrutinio.

4. *Gli effetti della sentenza Achmea sul mantenimento in vigore dei BITs intra-UE.* — La decisione della Corte di giustizia sorprende. Diversamente da quanto sino ad ora argomentato, dichiara l'incompatibilità con il diritto europeo della clausola compromissoria contenuta nel BIT portato al suo scrutinio, senza effettuare alcun esame delle norme internazionali rilevanti al caso di specie. L'assenza di analisi espone peraltro la decisione a facili strumentalizzazioni interpretative, e quindi ad applicazioni più o meno estensive, in ragione delle conseguenze che se ne vogliono fare derivare.

Fermandoci al dato letterale del dispositivo, parrebbe che la Corte di giustizia abbia dichiarato l'illegittimità delle sole clausole compromissorie formulate alla stregua (*such as*) dell'art. 8 del BIT oggetto del proprio scrutinio. In particolare, la Corte ha sollevato il dubbio di compatibilità limitatamente al paragrafo della clausola che avrebbe legittimato il collegio arbitrale a interpretare e applicare il diritto europeo. La Corte di giustizia ne ha infatti il monopolio considerato che *"conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, [...] in tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto in art. 267 TFUE"* (45).

Conseguentemente, avendo la Corte limitato la "incompatibilità" alla questione del diritto applicabile, deve ritenersi che la decisione Achmea non implichi né l'incompatibilità di tutte le clausole compromissorie contenute nei BITs intra-UE né, tanto meno, la necessità di porre immediatamente termine ai predetti accordi. Neppure un'interpretazione teleologica della decisione in commento sembra legittimare la predetta conseguenza. Tale approccio non ha però ricevuto accoglienza unanime; non mancano, infatti, letture strumentalizzate della sentenza che hanno messo in discussione la stabilità del lodo reso nel 2012, nonché dei rapporti pendenti relativi a tutti i BITs intra Unione.

Con riguardo alla stabilità del lodo Achmea, è sufficiente in questa sede considerare che le parti del procedimento potrebbero fare leva sulla decisione in parola chiedendo al giudice tedesco, adito in sede di riconoscimento e di esecuzione del lodo, di annullarlo, o perché contrario all'ordine pubblico o per mancanza del consenso tra le parti (46). Non è remoto, ad esempio, che in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo la parte che ne abbia interesse, ragionevolmente lo Stato ospite, richiami l'eccezione di cui all'art. V(2)(b) della Convenzione di New York. Quest'ultima non definisce l'ordine pubblico, lasciando così i giudici nazionali richiesti rinvenire lo standard da applicare rinviando alla *lex fori* tra cui rientra, inevitabilmente, anche l'ordine pubblico europeo. La parte che ne facesse richiesta potrebbe dunque dimostrare che l'eventuale riconoscimento o esecuzione del lodo si porrebbe in contrasto con il principio di *autonomia dell'Unione europea e il suo ordinamento giuridico* sancito nella sentenza Achmea. Correlativamente, la parte che ne ha interesse potrebbe ostacolare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo, invocando l'art. V(1)(a) ossia facendo valere l'invalidità originaria dell'accordo arbitrale. La predetta eccezione avrebbe però pregio giuridico se la parte riuscisse a dimostrare che la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Achmea ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto europeo delle clausole compromissorie contenute nei BITs intra-UE, rendendole così illegittime per l'ordinamento giuridico europeo.

Correlativamente, la decisione della Corte ha innescato una serie di reazioni a catena di natura politica, destinate ad avere ripercussioni sulla stabilità dei BITs intra-UE. Molti governi degli Stati membri hanno infatti dichiarato di voler immediatamente cessare gli effetti dei BITs intra-europei. In particolare, il 26 aprile 2018 il Ministro del commercio e della cooperazione allo sviluppo ha dichiarato che la decisione Achmea non lascia altra possibilità che quella di terminare il BIT con la Repubblica Slovacca (47), per poi far cessare gli effetti di tutti gli 11 BIT

(45) Corte di giust., *Achmea c. Commissione*, cit., par. 36.

(46) Cfr. T. SINGLA, *Achmea: The Fate and Future of Intra-EU Investment Treaty Awards under the New York Convention*, in *EJIL Talk!*, Maggio, 2018.

(47)

http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1525256243/kamerbrief_over_investeringsakko_orden_met_andere_eu_lidstaten_24118_1117.pdf

intra-UE ancora in vigore (48); decisione, quest'ultima, già presa da altri Stati membri, quali l'Italia e l'Irlanda (2013) (49) e poi la Polonia (50) e la Romania (2017) (51).

La scelta non persuade perché poggia su basi giuridiche deboli. Una volta esclusa l'applicazione degli articoli 59 e 30.3 della Convenzione di Vienna, i BITS intra-UE dovrebbero comunque cessare conformemente alla disciplina dei trattati della medesima. In particolare, l'art. 42.2 della citata Convenzione dispone, che "2. *L'estinzione di un trattato, la sua denuncia o il ritiro di una parte non possono aver luogo che in applicazione delle disposizioni del trattato o della presente convenzione*"; il successivo art. 54 introduce, poi, un regime generale a norma del quale l'estinzione di un trattato "deve avvenire in base alle disposizioni del trattato stesso o con il consenso delle parti". La casistica è poi accresciuta da fattispecie specifiche di estinzione dei trattati che, diversamente da come suggerito da alcuna parte della dottrina non ci paiono applicabili ai BITS intra-UE. Sarebbe ad esempio difficile giustificare la cessazione degli effetti dell'accordo per *sopravvenienza di una situazione che renda impossibile l'esecuzione* come viceversa dispone l'art. 61 (52). L'adesione di una delle parti all'Unione europea — e per essa la sottoscrizione dei trattati istitutivi — non è qualificabile in tale senso. Non pare, del resto, che il cambiamento di *status* dello Stato che aderisce all'Unione non dovrebbe influire sul rispetto degli obblighi da quest'ultimo precedentemente assunti nel trattato (53).

Occorre peraltro considerare che l'eventuale estinzione del BIT intra UE dovrebbe comunque operare nel rispetto della c.d. *sunset clause* contenuta nella maggior parte dei BITS per effetto della quale l'accordo in cui è inserita continua a essere applicabile al rapporto inter parte per un tempo — di regola anni dieci — successivo alla cessazione degli effetti (54).

La decisione dei governi nazionali di porre termine ai BITS intra-UE ha dunque ragioni più politiche che giuridiche. In proposito, alcuni Stati membri hanno sì optato per allinearsi alle richieste della Commissione privando così di effetto i BITS intra-UE, ma hanno seguito una soluzione che pare giuridicamente più ortodossa della dichiarazione *ex nihilo* di estinzione. Segnatamente, Austria, Finlandia, Francia, Germania e Olanda hanno proposto alla Commissione la definizione di un accordo quadro europeo da applicare a tutti gli scambi di investimento intra Unione (55). Tale soluzione avrebbe il sicuro merito di coordinare il momento di estinzione di

(48) Cfr. M. DAVOISE, M. BURGSTALLER, *Another One BIT the Dust: Is the Netherlands's Termination of Intra-EU Treaties the latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, Luglio 2018.

(49) Per l'Italia <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/103>; <http://www.osservatoriosullefonti.it/archivio-rubriche-2015/fonti-dellunione-europea-e-internazionali/1206-comunicato-ministero-affari-esteri-contenente-elenco-accordi-in-vigore-e-esecutivi-nel-2014?jij=1474017495965>.

Per l'Irlanda: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/100#iialInnerMenu>.

(50) Con specifico riguardo ai BITS intra-UE stipulati dalla Polonia, cfr. A. ZAROWNA, *Termination of BITS and Sunset Clauses - What Can Investors in Poland Expect?*, 28 febbraio 2017.

(51) L'8 marzo 2017 il Parlamento romeno invia al Presidente un progetto di legge volto interrompere tutti i BITS sottoscritti tra la Romania e un altro Stato membro (<http://www.cdep.ro/proiecte/2016/300/20/2/507%20Exm.pdf>). Cfr. C. BALTAG, *Green Light for Romania to Terminate its Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, 14 marzo, 2017.

(52) Cfr. P. BODEAU-LIVINEC, J. MORGAN-FOSTER, 1969 *Vienna Convention, article 61 Supervening impossibility of performance*, in O. CORTEN, P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the Law of treaties, a Commentary*, pp. 1382-1410.

(53) Come rilevato, "A State could not constitute itself the judge of the validity of its own assertion: the occurrence of a situation rendering performance impossible, normally arises outside of the will of the parties and affects the treaty in a largely predetermined way, whether this amounts to extinction, withdrawal, or suspension", *ivi*, p. 1400. Cfr. anche F. CAPOTORTI, *L'estinzione e la sospensione des traités*, in RCADI 1971, pp. 531-532.

(54) Cfr. il parere reso dalla Corte di giustizia sulla legittimità dell'accordo di investimento tra Unione e Singapore di prossima stipulazione (Corte di giust. Parere 2/15 del 16 maggio 2017 sull'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore). La Corte ha ivi trascurato di esaminare se, e quale misura, l'entrata in vigore dell'accordo europeo sarebbe stata compatibile con la *sunset clause* contenuta nei BITS intra europei i cui effetti sarebbero cessati per effetto dell'entrata in vigore del nuovo accordo. La corte si sarebbe dovuta soffermare sul problema in quanto la *sunset clause* legittimerebbe le parti dei BITS a ricorrere al meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie nel medesimo disciplinato anche per i quindici anni successivi alla cessazione del BIT medesimo. La Corte non ha preso posizione sul punto, probabilmente ritenendo che la perdita di efficacia dei BITS farà decadere anche la citata clausola. Il contegno suscita quanto meno stupore e conferma che sarebbe stato preferibile che la Corte impedisse all'Unione di dichiarare la cessazione automatica dei BITS sottoscritti dagli Stati membri con Singapore.

(55) Cfr. *Intra-EU Investment treaties*, document n. 25/16, redatto il 7 aprile 2016, dalle Delegazioni di Austria, Francia, Germania, Olanda "in order to reach a compromise solution for the dismantling of intra-EU BITS without creating any gaps in the protection of cross-border investments within the EU, the Delegations would [...] be ready to participate in the drafting of a legal text reflecting the propositions

tutti i BITs “in accordance with art. 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”. Come tale, pare quella più convincente per raggiungere l’uniformità di trattamento di situazioni eguali esistenti nel mercato europeo, superando, al contempo, i problemi relativi alla (presunta) incompatibilità tra fonte europea e fonte internazionale (56).

5. *La legittimità della clausola compromissoria contenuta nella Carta dell’energia.* — La decisione Achmea sembra destinata ad avere ripercussioni anche sulla legittimità della clausola compromissoria contenuta negli accordi multilaterali di cui è parte anche l’Unione europea. In particolare, suscita interesse la giurisprudenza arbitrale che si è di recente pronunciata sulla legittimità o meno di applicare la clausola compromissoria di cui all’art.26.3 della Carta dell’energia nei rapporti tra investitore europeo e Stato membro è stata messa in discussione (57). Tale questione diviene ancora più attuale a seguito della decisione Achmea, considerato che l’Unione europea potrebbe incorrere in una violazione della Carta (58) se, allineandosi alla pronuncia Achmea, estendesse l’incompatibilità dell’art. 8 del BIT Belgio — Repubblica Slovacca alla clausola compromissoria della Carta.

In proposito, meritano qualche breve cenno gli argomenti sviluppati nei giudizi Reef c. Spagna nonché nell’*Achmea decision* resa in occasione del procedimento arbitrale Vattenfall c. Germania.

Il procedimento *RREEF* c. Spagna, sorto sulla presunta violazione della Carta dell’energia, è ancora pendente nel merito ma, ai fini della presente indagine, ci pare opportuno soffermarci sulle argomentazioni sviluppate circa la sussistenza, o meno, della giurisdizione arbitrale (59). Nel dettaglio, lo Stato convenuto ha sostenuto che la clausola compromissoria di cui alla Carta dell’energia sarebbe priva di efficacia in quanto incompatibile con gli artt. 344 et 267 TFUE. Questi ultimi dovrebbero essere applicati con preferenza rispetto alla clausola predetta per effetto dell’art. 16 della Carta dell’energia, che opera alla stregua di una clausola di disconnessione implicita (60). Come tale, essa implica che se alcuni membri della Carta sono *inter se* vincolati da obblighi specifici più favorevoli di quelli della Carta medesima, allora i primi prevalgono sui secondi. Per lo Stato convenuto, dunque, la clausola compromissoria dovrebbe cedere di fronte alle modalità di risoluzione delle controversie disposte in seno all’Unione, privando così di giurisdizione il collegio arbitrale. In proposito, la Commissione aveva già avuto occasione di precisare che il presunto conflitto tra la clausola compromissoria contenuta nella Carta dell’energia e le previsioni dei trattati istitutivi concernenti le modalità di risoluzione delle controversie, “*is to be solved, in line with the case-law of the Court, on the basis of the principle of primacy in favour of Union law. For those reasons, ECT does not apply to investors from other*

formulated in this non-paper without prejudice to their final position on the eventual outcome of such an effort”, par. 15.

(56) *Ibid.* par. 3.

(57) Cfr. Carta dell’energia, art. 26.3 “3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article. (b)(i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2)(a) or (b). (c) (ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in accordance with Article 39 or the deposit of its instrument of accession in accordance with Article 41. A Contracting Party listed in Annex IA does not give such unconditional consent with respect to a dispute arising under the last sentence of Article 10(1)”.

(58) B. CAPIELLO, Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2016, p. 71 ss.; M. MÖLDNER, *Responsibility of International Organizations - Introducing the ILC’s DARIO*, in A. VON BOGDANDY, R. WOFRUM (a cura di), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, pp. 286-287; K. GINTHER, *International Organizations, Responsibility*, in R. BERNHARDT (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law. International Organizations in General. Universal International Organizations and Cooperation*, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, The Netherlands, 1983, p. 162.

(59) ICSID, 6 giugno 2016, in causa ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l.c. Spagna*.

(60) Carta dell’energia, art.16: “Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty, (1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and (2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment”.

Member States initiating disputes against another Member States" (61). Il collegio ha tuttavia rigettato l'eccezione sulla giurisdizione, seguendo un argomentare molto rigoroso. In primo luogo, il collegio ha escluso che l'art. 16 della Carta dell'energia operi alla stregua di una clausola di disconnessione implicita, idonea a privare il collegio di giurisdizione e a rendere automaticamente applicabile l'art 344 TFUE. Il collegio ha infatti rilevato che se alcuni Stati, parte di un accordo multilaterale, intendono derogare ad alcune previsioni ivi contenute devono prevederlo espressamente. In caso contrario, un comportamento difforme dai contenuti dell'accordo tra loro in essere, implica la violazione del principio *pacta sunt servanda*; una "disconnessione implicita" sembra invero più una speculazione interpretativa che reale espressione della volontà delle parti. Il collegio ha peraltro aggiunto che *"the absence of an explicit disconnection clause in the ECT would naturally lead to the inevitable conclusion that, when negotiating the ECT, the EU considered that there were and would be no inconsistencies between both juris corporis and therefore such a clause would have been otiose"* (62). Ciò vale a più forte ragione ricordando che ai tempi della negoziazione della Carta il blocco europeo propose di includere nell'attuale articolo 24 una clausola di disconnessione *ad hoc* così formulata *"In their mutual relations, Contracting Parties which are members of the EC shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from this Agreement except insofar as there is no Community rule governing the particular subject concerned"*. Tale proposta venne espressamente rigettata. Definita la natura dell'art. 16, il collegio ha poi precisato che se anche vi fosse un conflitto tra la clausola compromissoria e il contenuto dei trattati istitutivi, esso dovrebbe essere risolto nel rispetto della gerarchia delle fonti definita dal diritto internazionale. Conseguentemente, i principi del primato e dell'effetto diretto, che disciplinano la relazione tra fonti europee e fonti nazionali degli Stati membri, non possono vincolare gli arbitri che viceversa devono garantire *"the full application of its "constitutional" instruments, upon which its jurisdiction is founded"* (63). Con specifico riguardo al caso di specie, il collegio ha infine escluso la sussistenza di un conflitto tra la clausola compromissoria contenuta nella Carta dell'energia e le norme europee in materia di risoluzione dei conflitti sostenendo, addirittura, che *"should it ever be determined that there existed an inconsistency between the ECT and EU law — quod non in the present case — and absent any possibility to reconcile both rules through interpretation, the unqualified obligation in public international law of any arbitration tribunal constituted under the ECT would be to apply the former. This would be the case even were this to be the source of possible detriment to EU law. EU law does not and cannot "trump" public international law"* (64). La conclusione raggiunta pare di sicuro interesse in quanto, sull'appoggio del principio *pacta sunt servanda*, essa propone una ricostruzione ben definita dell'ordine delle fonti che dovessero risultare parimenti applicabili in un procedimento arbitrale (65). Il Collegio ha infatti precisato che *"Tribunal underlines that in all published or known investment treaty cases in which the intra-EU objection has been invoked by the Respondent, it has been rejected. The present decision on this point therefore falls squarely within the continuity of this consistent pattern of decision-making by international tribunals"* (66).

Correlativamente, merita qualche breve cenno il procedimento (ri-)aperto da Vattenfall contro la Germania ex art. 41 delle regole di procedura di ICSID (67). La pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel procedimento Achmea varrebbe infatti alla stregua di nuovo fatto da scrutinate in quanto ignoto all'epoca del procedimento, come tale idoneo a farlo riaprire. Nel dettaglio, a parere dello Stato convenuto nel procedimento principale (instaurato nel 2012) la pronuncia Achmea potrebbe rimettere in discussione la validità della clausola compromissoria e, per essa, la sussistenza della giurisdizione del collegio arbitrale. La richiesta della Spagna

(61) Cfr. COMMISSIONE, 10 novembre 2017, State aid SA.40348 (2015/NN) - Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, par. 163.

(62) ICSID, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l.c. Spagna, cit., par. 86.

(63) Ivi par. 74.

(64) Ivi par. 87; cfr. anche SCC, in causa 062/2012, Charanne and Construction Investments c. Spagna, cit., par. 438.

(65) Ivi par. 87.

(66) Ivi par. 89.

(67) ICSID, decisione sulla questione Achmea del 22 agosto 2018, in causa ARB/12/12, Vattenfall AB et al. c. Germania, par. 98. Per un *excursus* sul procedimento cfr. F. ROMANIN JACUR, *The Vattenfall v. Germany Disputes: Finding a Balance Between Energy and Investments and Public Concerns*, in Y. LEVASHOVA, T. LAMBOUY, I. DEKKER (a cura di), *Bridging the Gap between International Investment Law and the Environment*, Legal Perspectives on Global Challenges Series, Eleven Legal Publishing, 2015.

poggia sul presupposto per cui “the ECJ Judgment applies erga omnes with ex tunc effect and in respect of all international agreements between EU Member States under which an investor from one Member State may bring arbitration proceedings against another member State” (68). Parte attrice ha invece escluso qualsiasi rilievo della decisione Achmea soffermandosi, in particolare, sulla questione relativa alla legge applicabile. Nel dettaglio, l’investitore ha evidenziato che la possibilità per il collegio di applicare il diritto europeo non sarebbe tale da comprometterne la corretta interpretazione ed applicazione. Del resto “EU Law, including EU Law’s principles of primacy and sincere cooperation, do not form part of the law applicable to the Tribunal’s assesment of its jurisdiction” (69). Il Tribunale si è allineato alla linea difensiva di parte attrice e, al pari dei collegi che si sono già pronunciati nei procedimenti *Charanne c. Spagna*, *Reef c. Spagna*, *Eiser c. Spagna*, *Masdar c. Spagna*, *Novenergia c. Spagna* (70) ha sancito che “even if EU law were arguendo applicable to the Tribunal’s jurisdiction, no persuasive case has been made out for applying it so as to yield an interpretation of article 26 ECT that departs so radically from the ordinary meaning of the terms of that articles as to exclude intra-EU disputes from the scope of Art. 26” (71).

Infine non persuade neppure la soluzione di rendere la clausola compromissoria inoperante nei rapporti intra-europei per effetto della denuncia da parte degli Stati membri della Carta nei rapporti inter se. L’art. 47 della Carta riconosce, del resto, che le parti di un accordo multilaterale possono denunciare l’applicazione della Carta “for a Contracting Party, that Contracting Party may give written notification to the Depositary of its withdrawal from the Treaty”. Operativamente, dunque, la denuncia è legittima purché non si creino “micro regimi” il cui funzionamento impedisca, nei fatti il perseguimento del fine e dell’oggetto dell’accordo. L’eventuale sospensione della Carta dell’energia nei rapporti intra-UE comporterebbe la creazione di un sistema parallelo (micro regime) che ostacolerebbe il fine dell’accordo medesimo, quindi la uniformazione del mercato dell’energia tra tutte le parti dell’accordo, non solo gli Stati membri (72). La costituzione di un micro regime europeo mal si concilierebbe peraltro con la recente decisione dell’Unione di versare volontariamente €200.000 al budget della Carta per favorire la conclusione dei progetti in essere (73). Occorre altresì considerare che l’art. 47 della Carta dispone al terzo comma che nei rapporti di investimento già in essere la denuncia sarà inoperante per i successivi anni 20 (*The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party’s withdrawal from the Treaty takes ECT for a period of 20 years from such date*). Tale *sunset clause* priverebbe di significato la denuncia della Carta eventualmente operata da parte degli SM che si troverebbero comunque ad applicare *inter se* le previsioni della medesima, clausola compromissoria inclusa.

Parimenti non condivisibile pare l’ipotesi di sospendere nei rapporti intra-UE la sola clausola compromissoria. L’art. 44.1 della Convenzione di Vienna legittima una parte a ritirarsi dall’accordo, ove espressamente previsto nel medesimo, purché sussistano determinate condizioni (1. *Il diritto per una parte, previsto in un trattato o risultante dall’articolo 56, di denunciare il trattato, di recederne o di sospendere l’applicazione può essere esercitato soltanto con riguardo al complesso del trattato, a meno che quest’ultimo non disponga diversamente o che le parti non abbiano convenuto altrimenti*). Tra queste, quelle di cui al successivo punto 3 della norma in commento non vorrebbero sicuramente rispettate, in quanto, diversamente da quanto richiesto dal citato punto, la clausola compromissoria è particolarmente importante per l’accordo medesimo. Persino l’Avvocato generale nelle conclusioni rassegnate nel procedimento Achmea ha ribadito che “investment treaty lacking ISDS mechanism would be devoid of all practical effect” (74) L’art. 44.3 dispone, poi, che la denuncia è valida se non concerne una previsione la cui accettazione è stata posta come condizione per la sottoscrizione della Carta

(68) Cfr. *Vattenfall AB et al. c. Germania*, cit., par. 49.

(69) Ivi, par. 66.

(70) Ivi, par. 72.

(71) Cfr. *Vattenfall AB et al. c. Germania*, cit., par. 52.

(72) Le negoziazioni della Carta dell’energia sono state aperte nel 1990 su richiesta dall’allora primo ministro olandese, Lubbers, il quale ha difeso il progetto di definire una Comunità europea dell’energia. Solo un anno dopo, il tavolo dei negoziati venne aperto agli Stati Uniti ed altri Paesi non membri dell’Unione. Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-94-75_en.htm?locale=EN.

(73) Cfr. Parlamento Europeo, *Energy Charter*, A multilateral process for managing commercial energy relations, 2017, reperibile su: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607297/EPRS_IDA\(2017\)607297_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607297/EPRS_IDA(2017)607297_EN.pdf)

(74) Corte di giust., Conclusioni dell’avvocato generale Wathelet, cit., par. 207.

dell'energia (75). In proposito, ricordiamo quanto detto sulla richiesta, rigettata, di includere la REIO *ad hoc* per i rapporti intra europei.

Da tutto quanto precede, risulta che la necessità di rendere inoperante la clausola compromissoria nei giudizi intra europei in cui risulta applicabile la Carta dell'energia poggia, ancora una volta, su ragioni politiche, non già giuridiche. La sentenza Achmea si limita a sancire la illegittimità di clausole del tenore di quella al proprio scrutinio restringendo altresì la propria indagine alle clausole compromissorie di cui agli accordi bilaterali, non multilaterali. Non si comprende, dunque, la ragione giuridica che dovrebbe legittimare l'interpretazione estensiva della pronuncia accolta dalla Corte, se non per, ancora una volta, mere ragioni politiche.

6. *Conclusioni.* — La sentenza Achmea è destinata ad avere numerose implicazioni sia nei rapporti processuali sia su quello sostanziali, sorti da un BIT intra-UE.

Con riferimento al primo aspetto, la pronuncia è già stata richiamata in procedimenti arbitrali pendenti, o ha dato origine a nuovi, per avallare la difesa della parte, di prassi lo Stato membro, che ha fatto valere l'illegittimità della clausola arbitrale. I collegi arbitrali sino ad oggi coinvolti sembrano comunque essere rimasta quella di rigettare l'eccezione sulla carenza di giurisdizione. Al momento in cui si scrive è stato reso noto che nel lodo definitivo reso nel procedimento *Le Chèque Déjeuner c. Ungheria*, il collegio arbitrale ha, *inter alia*, disatteso la richiesta dello Stato convenuto di annullare la precedentemente pronuncia del 2016 in cui aveva riconosciuto la propria giurisdizione (76). A giudizio degli arbitri, la decisione Achmea non pregiudica la clausola compromissoria di cui al BIT intra-UE (Francia-Ungheria) oggetto del proprio scrutinio (77).

Diverso è, viceversa, l'approccio delle istituzioni europee e degli Stati membri interessati che, sull'appoggio di una non meglio precisata interpretazione estensiva del giudizio Achmea, continuano a dichiarare l'incompatibilità anche della clausola compromissoria contenuta in tutti i BITS intra-UE.

Da tale approccio, derivano, poi, gli effetti prodotti da Achmea sul piano dei rapporti sostanziali. La scelta degli Stati membri di privare di efficacia i BITS intra-UE ha ragioni per lo più politiche ma giuridicamente poco fondate. La Corte di giustizia non ha infatti dichiarato la incompatibilità dei BITS intra-UE sicché la scelta degli Stati membri orientata in tal senso dovrebbe essere compiuta nel rispetto delle altre previsioni applicabili al caso di specie, quali quelle contenute nella Convenzione di Vienna del 1969. Il rischio, altrimenti, è quello di esporci a nuovi procedimenti arbitrali iniziati dall'investitore che si trovi privato delle tutele e garanzie sulla quali faceva legittimo affidamento. Vi è poi un ulteriore aspetto, relativo ai rapporti tra ordinamenti sovranazionali. La decisione di fare cessare gli effetti dei BITS, anche in violazione delle norme di diritto internazionale rilevanti, implica la prevalenza dell'ordinamento europeo su quello internazionale. Questa impostazione è tuttavia poco giustificabile da un punto di vista giuridico. Ritenerne che l'ordinamento europeo eserciti una sovranità tale da imporsi anche sulle relazioni tra gli Stati membri che traggono la loro origine dal diritto internazionale non pare in effetti conforme all'attuale assetto delle relazioni tra il diritto europeo e quello internazionale (78). I principi del primato e dell'effetto diretto valgono solo nei rapporti tra diritto europeo e diritto interno; quelli tra diritto europeo e diritto internazionale dovrebbero viceversa essere disciplinati alla luce di altri strumenti di coordinamento che risultassero idonei al dato caso quali, ad esempio, i proposti principi *lex posterior et lex specialis*.

BENEDETTA CAPPIELLO

(75) Cfr. S. HAGHIGHI, *Energy Security. The External Legal Relations of the European Union with Major Oil- and Gas-Supplying Contracts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 24-25.

(76) ICSID, decisione sulla giurisdizione del 3 marzo 2016 nel procedimento ARB/13/35, *Chèque Déjeuner c. Ungheria*.

(77) <https://hsfnotes.com/arbitration/2018/10/22/hsf-team-play-key-role-in-significant-icsid-award-dealing-with-an-intra-eu-bit-case/#more-9857>.

(78) P. DE SENA, C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: between dédoublement fonctionnel and balancing values*, in *The European Journal of International Law*, 2009, pp.193 ss.. Cfr. S. KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Oxford, 2006, spec. p. 133.