

Le procedure arbitrali di risoluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato: un'esplosione senza conseguenze?

Giuditta Marra

SOMMARIO: 1. Premessa – 2.– L'Investors-State Dispute Settlement (ISDS) 3. Il meccanismo ISDS e la giurisdizione statale – 4. La sentenza "Achmea" – 5. L'ISDS dopo la sentenza Achmea – 6. Conclusioni.

Abstract: *The aim of this work is to analyze the newly developed of the Investors-State Dispute Settlement in international agreements on trade and investment and to identify the problematic profiles of the ISDS with reference to the decision capability of the States both at political and deliberative level. The Court of Justice of the European Union "Achmea" established that the arbitration clauses contained in investment agreements are incompatible with EU law, but some tribunals have maintained jurisdiction over intra-EU claims under bilateral and multilateral investment treaty.*

1.Premessa

L'imponente sviluppo del fenomeno della globalizzazione, con la conseguente soppressione dei confini tra Stati, ha costituito il presupposto per la diffusione del movimento di capitali tra i Paesi. Negli ultimi decenni si è assistito al progressivo sviluppo dei trattati bilaterali e multilaterali aventi come unico scopo la tutela degli investimenti stranieri, con il conseguente aumento delle controversie tra Stato e privato. Ciò ha originato un nuovo tipo di arbitrato in materia di investimenti, definito dalla pubblicistica come Investors-State Dispute Settlement (ISDS), che si distingue dall'arbitrato commerciale internazionale, fra l'altro, perché la controversia, sorgendo tra l'investitore straniero e lo Stato o un'entità controllata dallo Stato, impone una forzosa parificazione dell'interesse pubblico all'interesse privato.

Le clausole ISDS sono, dunque, divenute uno degli elementi cardine della protezione dell'investitore straniero, rispondendo al timore che i rimedi giurisdizionali interni dello Stato ospitante l'investimento adottino un atteggiamento "nazionalista".

Tale strumento ha causato il declino del monopolio pubblico

nell'esercizio della giurisdizione, suscitando un vivace dibattito sulla pericolosità e sulla stessa possibilità di concepire l'esercizio della giurisdizione al di fuori di un ordinamento statale o europeo.

Sul punto, è di recente intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nella causa C-284/16 "Achmea", la quale ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto europeo di una clausola contenuta in un trattato bilaterale internazionale che prevede una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell'Unione.

Il presente contributo si propone, dunque, di mettere in luce i profili problematici dell'ISDS che, non rispondendo ai canoni democratici sulla legittimazione e sul controllo del potere, ha suscitato la reazione dell'ordinamento europeo, la cui efficacia è, tuttavia, incerta.

2. *L'Investors-State Dispute Settlement (ISDS)*

Negli ultimi anni vi è stato un impetuoso sviluppo dell'Investors-State Dispute Settlement¹. Tale meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore internazionale e Stato, come osservato in dottrina², ha rivoluzionato il concetto stesso di arbitrato internazionale, permettendo all'investitore straniero di citare lo Stato ospite dell'investimento di fronte a un collegio arbitrale internazionale qualora ritenga di aver subito un danno a causa delle politiche statali.

Sino a pochi decenni fa³ si conoscevano unicamente due forme di arbitrato: l'arbitrato tra privati, da un lato, e l'arbitrato tra Stati, dall'altro. Tali figure, note da tempo, non sollevano particolari problemi, trovandosi le parti in una posizione di originaria pari ordinazione. Ma per rispondere alle esigenze dell'economia e dei movimenti finanziari che la dominano, gli Stati hanno nel tempo ammesso una terza forma di arbitrato, l'ISDS,

¹ Secondo uno studio dell'*United Nations Conference on Trade and Development* il numero delle procedure arbitrali pendenti tra Stato e investitore privato sarebbe aumentato, dal 2016 al 2017, di 748 unità. Se, infatti, nel 2016 erano pendenti 69 procedure arbitrali tra Stato e investitore privato, nel novembre del 2017 se ne conteggiavano 817. Per uno studio più approfondito, si veda l'*International Investment Agreements Issues Note* n. 3, disponibile all'indirizzo https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf.

² Si veda a titolo esemplificativo R. SABIA, *Ascesa e declino dell' "Investor – State arbitration", fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e free trade agreements multilaterali*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2016, p. 165.

³ Tra i primi trattati bilaterali di investimento a prevedere il meccanismo ISDS si può ricordare il Trattato sulla promozione e la protezione degli investimenti tra Germania e Pakistan, concluso nel 1959

che comporta l'accettazione di una posizione di parità tra lo Stato e il privato.

La dottrina si divide tra chi critica l'ISDS⁴ e chi osserva che le problematiche ravvisate sono prive di fondamento statistico⁵. Le critiche sollevate riguardano, principalmente, tre profili. Innanzitutto, si osserva che la sovranità dello Stato ospitante l'investimento estero è compromessa da centri di potere economico idonei a influenzare la gestione della *res publica*. In altre parole, il legislatore è consapevole che l'approvazione di una normativa contraria agli interessi degli investitori stranieri potrebbe esporlo a una richiesta di risarcimento del danno, innanzi a un collegio arbitrale. Così, gli interessi dei grandi investitori internazionali diventano la "mano invisibile" che guida le scelte normative del legislatore nazionale.

In secondo luogo, a differenza dell'arbitrato nazionale, l'ISDS è previsto come deroga obbligatoria, per la parte convenuta e, dunque, nella maggioranza dei casi, per lo Stato, al ricorso agli organi di giustizia ordinamentali. Il consenso, infatti, è per così dire asimmetrico: com'è stato osservato⁶, mentre lo Stato è obbligato a sottoporsi all'arbitrato, in virtù del consenso prestato con la sottoscrizione del trattato a tutela dell'investimento, l'investitore protetto dal trattato, in quanto cittadino di uno Stato firmatario, può, da un lato, scegliere se ricorrere o meno al meccanismo ISDS e, dall'altro, può non accettare la richiesta di arbitrato eventualmente presentata dallo Stato, non avendo sottoscritto il trattato personalmente.

Infine, si prospetta l'ipotesi di un possibile fenomeno di scelta opportunistica del foro da parte dell'investitore privato, che, insoddisfatto del giudicato nazionale, si rivolga al tribunale internazionale, in contrasto

⁴ C. BROWER, *Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter*, in *Vanderb. J. Transn. L.*, 2003, p. 52 ss.; C. BROWER e S. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chic. J. Int'l Law*, 2009, p. 1 ss.; S.D. FRANK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision*, in *Ford. L. Rev.*, 2005, p. 1545 ss.; V. N. LAVRANOS, *Critics towards the desirability of the current investment arbitration system. Countering Anti-ISDS Propaganda with Facts: An Uphill Battle*, in www.kluwerarbitrationblog.com

⁵ A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto, non convincente, di una nuova corte arbitrale permanente*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 133 ss. e P. AKHAVAN, AA.VV., *An open letter about investor-state dispute settlement*, aprile 2015, al link <https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter>

⁶ Cfr. A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2016, p. 126 e ss.

con il principio del *ne bis in idem*.

Le posizioni degli Stati sono altrettanto divise⁷. Dall'esame delle osservazioni presentate innanzi alla CGUE, nell'ambito del rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte Suprema Federale, si possono distinguere due orientamenti. Un primo, volto a sostenere l'incompatibilità delle clausole ISDS, contenute nei trattati di investimento sottoscritti da Stati membri, con il diritto dell'UE. A patrocinare tale orientamento sono i Paesi maggiormente citati dalle imprese straniere in procedure arbitrali volte a ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalla violazione degli obblighi assunti in virtù di tali trattati, per lo più per la lesione del legittimo affidamento causatogli da un cambiamento del quadro normativo interno⁸. Un secondo, in base al quale tali clausole compromissorie sarebbero coerenti con l'ordinamento giuridico europeo. A sostenere questo secondo orientamento sono quei Paesi dotati di un quadro normativo più stabile e di una maggiore solidità finanziaria, dunque meno citati innanzi ai collegi arbitrali e maggiormente in grado di soddisfare le eventuali pretese risarcitorie degli investitori stranieri⁹.

D'altra parte tale distinzione rispecchia la tradizionale dicotomia tra "*capital-importing States*", sui quali confluiscono la maggior parte degli investimenti, e "*capital-exporting States*"¹⁰. Ai primi, infatti, corrisponde una volontà di tutela dell'interesse pubblico potenzialmente minacciato dall'investitore straniero danneggiato, mentre ai secondi fa capo l'interesse a tutelare l'investitore straniero, anche tramite meccanismi arbitrali di risoluzione delle controversie.

A prescindere da tali considerazioni, occorre osservare che tale meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori internazionali e Stato realizza un "esproprio" della giurisdizione pubblica in settori vitali quali quelli dell'energia, dell'ambiente, della sanità e della difesa del consumatore, consentendo a un soggetto privato (nella maggioranza dei casi una multinazionale) di sottrarre alla giurisdizione domestica del Paese

⁷ Cfr. M. L. CALAMITA, *Sulla compatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fasc. 2, 2018.

⁸ Fra cui: Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Spagna e Ungheria.

⁹ Fra cui: Germania, citata in soli tre casi in virtù di clausole ISDS; Francia e Austria, citate una sola volta; Finlandia e Paesi Bassi, mai citati.

¹⁰ Cfr. K. H. CROSS, *Converging Trends in Investment Treaty Practice*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, n. 1, 2012, p. 152 ss.

ospite la risoluzione delle controversie relative ai propri investimenti¹¹. Con tale strumento vengono, generalmente, fatte valere dagli investitori pretese a fronte di lesioni riferibili all'esercizio di potestà sovrane degli Stati, adottate a tutela di interessi pubblici, quali la salute e l'ambiente, esponendoli a risarcimenti che potrebbero ripercuotersi sull'equilibrio del bilancio statale. Si pensi al caso della Spagna, condannata il 4 maggio 2017 dal Tribunale ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute), al pagamento di un risarcimento danni pari a 128 milioni di euro a favore dell'impresa *Eiser Infrastructur* e della sua controllata, *Energia Solar Luxemburg*, per violazione dell'Energy Charter Treaty¹².

3. Il meccanismo ISDS e la giurisdizione statale

I sistemi di arbitrato internazionale previsti dai trattati bilaterali e multilaterali a protezione degli investimenti stranieri sono diversi; tra i più rilevanti :

- il sistema previsto dalla Convenzione di Washington del 1965, istitutiva del Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID); ove tale convenzione non sia applicabile, è operante il Meccanismo Supplementare predisposto dall'ICSID;
- l'arbitrato *ad hoc* in base al Regolamento di arbitrato dell'UNCITRAL del 1976;
- l'arbitrato sulla base del Regolamento dell'Istituto Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma;
- l'arbitrato sulla base del Regolamento della Corte di Arbitrato Internazionale di Londra (LCIA);
- l'arbitrato in base al Regolamento della Camera di Commercio Internazionale (ICC).

Si concentrerà l'analisi sui procedimenti arbitrali previsti dalla Convenzione di Washington presso l'ICSID, meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato ad oggi più rilevante, per metterne in luce le differenze con la giurisdizione statale e la diversità dei principi

¹¹ Cfr. M. MARCHESIELLO, *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale?*, in *Politica del diritto*, 2016, pp. 129-146

¹² *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, 26 april 2017.

cui rispondono tali sistemi di risoluzione delle controversie.

Al riguardo, può essere utile ricordare un caso significativo in cui l'ISDS si mostra come fenomeno elusivo delle politiche pubbliche a protezione dei diritti fondamentali dei cittadini. È il caso Texaco-Chevron¹³, multinazionale che è stata condannata dai giudici ecuadoregni, dopo un lodo arbitrale ad essa favorevole, a un risarcimento miliardario per il disastro ambientale e i danni subiti dalla popolazione a causa dell'attività di estrazione di idrocarburi svolta dalla multinazionale nella foresta amazzonica. Si tratta di un caso emblematico che mette in luce i diversi principi cui rispondono l'arbitro internazionale e il giudice statale, mentre il primo è istituito con l'unico fine di tutelare l'investimento, prescindendo quasi dalla possibilità che ne possano scaturire effetti nocivi, il secondo opera in un contesto costituzionale, in cui a prevalere è la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Più tecnicamente, le divergenze tra giurisdizione statale e sistema arbitrale si concentrano principalmente su tre aspetti che attengono: ai meccanismi di nomina degli arbitri, al procedimento da seguire e alla natura della decisione.¹⁴

La nomina degli arbitri, infatti, avviene su volontà delle parti in relazione alla singola controversia¹⁵. La scelta è, salvo diversa volontà delle parti, effettuata sulla base di una lista di arbitri (*Panel of Arbitrators*), composta da personalità nominate dagli Stati parte della Convenzione e dal Presidente ICSID (che è di diritto anche il Presidente della Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo – BIRS).

Per quanto riguarda i requisiti di nomina, gli arbitri devono essere degli *esperti*, ovvero possedere una profonda competenza “*nel campo giuridico, commerciale, industriale o finanziario*”, nonché “*godere di alta considerazione morale*”¹⁶.

È prevista, altresì, la possibilità di rinnovare l'incarico e non sono annoverate cause di conflitto di interessi. Così, non è infrequente che lo

¹³ Su cui v. A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2016, p. 131-132

¹⁴ Cfr. A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, cit., p. 103-174

¹⁵ Convenzione di Washington, artt. 37 e 38.

¹⁶ Convenzione di Washington, art. 14, comma primo.

stesso soggetto svolga una molteplicità di ruoli (c.d. fenomeno del *revolving door*¹⁷): la funzione di arbitro in alcune cause, quella di avvocato in altre e, altre occasioni, quella di consulente di istituzioni economiche internazionali, di Governi o di Capi di Stato¹⁸.

È evidente, dunque, la lontananza delle norme sul procedimento di nomina degli arbitri rispetto alle garanzie di precostituzione, imparzialità, neutralità e indipendenza del giudice previste dall'ordinamento costituzionale.

Il Regolamento di arbitrato ICSID prevede, poi, una procedura, di regola confidenziale, volta alla speditezza e all'efficienza, fondata essenzialmente sull'accordo delle parti che ne fissano termini e modalità di svolgimento¹⁹. Diversamente, il giudizio ordinario è retto dal generale principio di precostituzione legislativa e uniforme della disciplina processuale, di norma inderogabile dalle parti²⁰, che risponde ai principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost..

L'accordo delle parti disciplina anche il quadro normativo entro cui opera il collegio arbitrale che è chiamato a risolvere la controversia “*conformemente alle norme di diritto convenute dalle Parti*” e, solo in caso di disaccordo, “*applica il diritto dello Stato contraente che è Parte della controversia... e i principi di diritto internazionale nella materia*”, salva “*la facoltà...di statuire ex aequo et bono se le Parti sono d'accordo*”²¹.

Un “giudice”, dunque, che di regola decide prescindendo dal diritto

¹⁷ Su cui si v. A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 137

¹⁸ Sul punto è interessante lo studio presentato da M. LANGFORD, D. BEHN e R.H. LIE dell'Università di Oslo, i quali hanno svolto “*the first ever analysis of the entire international investment arbitration community since its inception. It draws on our PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD) database of 1039 international investment arbitration cases and ICSID annulment proceedings in order to first map the identity and relationships of 3910 individuals in their different roles, using social network analysis and various indexes*”. La ricerca è consultabile in *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 1-28

¹⁹ A titolo esemplificativo, la Regola 20 “*Preliminare consultazione procedurale*” del Regolamento di arbitrato ICSID impone al Presidente del collegio arbitrale di chiedere un parere alle parti in ordine al *quorum* richiesto per le decisioni del tribunale; alla lingua da utilizzare nel procedimento; al numero, alla sequenza e ai termini di deposito delle memorie; nonché alla possibilità di prescindere dalla procedura scritta ovvero da quella orale.

²⁰ Cfr. C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 767 e ss.

²¹ Convenzione di Washington, art. 42

statale, vincolato a un diritto pattizio, “vago”²², di volta in volta diverso, a scapito della coerenza e della prevedibilità dei provvedimenti.

Infine, l’art. 54, comma primo, della Convenzione di Washington attribuisce al lodo arbitrale, reso dal collegio, i caratteri della vincolatività e dell’esecutività, equiparandolo a “una sentenza definitiva dei Tribunali di uno degli Stati confederati”, senza la previsione di alcuna possibilità di appello. È, infatti, contemplata solo la possibilità di richiedere l’annullamento del lodo arbitrale, in ipotesi tassativamente previste²³ ed entro un breve termine di decadenza²⁴.

La competenza a risolvere le controversie tra investitore straniero e Stato è devoluta, in definitiva, ad un collegio arbitrale, istituito al fine di tutelare l’investimento estero, che emette, sulla base di un procedimento e di un quadro normativo mutevole e sottratto a qualsiasi controllo, un lodo dotato di un elevato grado di coercibilità. Una giustizia privata che determina “l’esautoramento”²⁵ della giurisdizione pubblica.

4. La sentenza “Achmea”

Con lo strumento dell’ISDS, qualora si tratti di controversia nascente tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell’Unione, a venir meno non è solo la giurisdizione pubblica del Paese ospite dell’investimento, ma anche quella della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Sul punto, è di recente intervenuta, dunque, la CGUE che, con la sentenza del 6 marzo 2018, Repubblica Slovacca c. Achmea BV, causa C-284/16, ha dichiarato l’incompatibilità con gli articoli 267 e 344 TFUE di una clausola contenuta in un trattato bilaterale internazionale che prevede una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un

²² V. *Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie tra investitore e Stato negli accordi dell’UE*, nov. 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151979.pdf.

²³ Convenzione di Washington, art. 52, primo comma: “Ciascuna Parte può chiedere l’annullamento della sentenza...per uno qualsiasi dei motivi seguenti: a. vizio nella costituzione del Tribunale; b. abuso manifesto di potere del Tribunale; c. corruzione d’un membro del Tribunale; d. inosservanza grave d’una regola fondamentale di procedura; e. infondatezza”

²⁴ Convenzione di Washington, art. 52, secondo comma: “La richiesta deve essere formulata nei 120 giorni successivi alla data della sentenza a meno che non si tratti d’un annullamento per causa di corruzione nel qual caso la domanda va presentata nei 120 giorni successivi alla data in cui è stata scoperta la corruzione e, in ogni caso, entro tre anni a contare dalla data della sentenza”

²⁵ L’espressione si deve ad A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 133

investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell'Unione²⁶.

La Corte ha, così, chiarito che tali clausole minano il monopolio della Corte di Giustizia nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto europeo, permettendo che giudici europei e nazionali siano vincolati all'applicazione che gli arbitri fanno di tale diritto.

Il caso trae origine dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui la Corte federale di Cassazione (*Bundesgerichtshof*) ha chiesto alla Corte di Giustizia di formulare un parere sull'interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE. L'ordinanza è stata emessa nell'ambito di una controversia tra la Repubblica Slovacca e la Achmea BV in merito al lodo del 7 dicembre 2012, pronunciato dal collegio arbitrale previsto dall'art. 8 dell'accordo per la promozione e la tutela degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e l'allora Cecoslovacchia (TBI). Con tale lodo, il collegio arbitrale, adito dall'Achmea, condannava la Repubblica Slovacca a pagare un risarcimento danni per un importo di circa 22,1 milioni di euro, causato alla Società dalla normativa slovacca che revocava parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni private.

Orbene, sollevata la questione, la CGUE ha dichiarato che lo svolgimento di una procedura arbitrale di risoluzione di una controversia intra-UE, qualora involga l'interpretazione o l'applicazione della normativa europea, si pone in contrasto con i principi di autonomia e di primazia del diritto europeo, in quanto non ne assicura la piena efficacia e l'uniformità.

I tribunali arbitrali, invero, non sono considerati dalla Corte di Giustizia "*organi giurisdizionali di uno degli Stati membri*", ai sensi dell'art. 267 TFUE, e pertanto non sono legittimati a sollevarle questioni pregiudiziali, difettando del requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione e non essendo riconducibili all'ordinamento costituzionale dello Stato membro²⁷.

²⁶Più precisamente, la Corte ha chiarito 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 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproca 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?*"

²⁷ Corte di Giustizia 13 febbraio 2014, in causa C-555/13, *Merck Canada Inc.*, par. 17; 27 gennaio 2005, in causa C-125/04, *Denuit e Cordenier* e 23 marzo 1982, in causa C-102/81, *Nordsee*.

È proprio l'incapacità degli arbitri di esercitare il potere di rinvio pregiudiziale, riconosciuto al contrario ai giudici nazionali, a pregiudicare in tal caso l'autonomia e l'uniformità del diritto europeo, presieduta dall'accentramento in capo alla Corte di Giustizia della competenza a darne un'interpretazione vincolante *erga omnes*.

5. L'ISDS dopo la sentenza *Achmea*

A prima lettura, dalla sentenza della Corte di Giustizia sembrano doversi distinguere due ordini di effetti: da un lato quelli che dovrebbero prodursi sulle controversie arbitrali intra-UE traenti origine da trattati bilaterali (BITs), dall'altro quelli che dovrebbero prodursi sulle controversie arbitrali intra-UE traenti origine da trattati multilaterali, fra cui riveste notevole rilevanza l'*Energy Charter Treaty*²⁸.

Quanto alle controversie traenti origine da trattati bilaterali di investimento sottoscritti tra gli Stati membri²⁹, la CGUE espressamente sancisce l'incompatibilità delle clausole compromissorie inserite nei BITs sottoscritti tra Stati membri con il diritto europeo. Il problema sembra, dunque, porsi non tanto per le controversie future, quanto per le controversie pendenti.

Per quelle future, infatti, dalla statuizione della CGUE discende l'obbligo per gli Stati membri di porre fine a tali trattati³⁰, come peraltro già in passato sollecitato dalla Commissione e, tuttavia, realizzato solo da alcuni Stati (fra cui Italia, Irlanda, Polonia e Danimarca). Obbligo che, se inadempito, potrebbe dar luogo alla procedura di infrazione, di cui all'art. 258 TFUE.

Occorre, peraltro, osservare che, al di là della pronuncia della

²⁸ Trattato più frequentemente invocato nelle controversie arbitrali in materia di investimenti. Così, l'ECT ha preso il posto del NAFTA, UNCTAD, IIA Issues Note, Recent Trends in IIA and ISDS, No. 1, February 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf. Secondo la nota Note, p. 6 nel solo 2014 “[a] quarter of all known new disputes (eleven) were intra-European Union cases, which is lower than the year before (in 2013, 42 per cent of all new claims were intra-European Union). Half of them were brought pursuant to the ECT, and the rest on the basis of intra-European Union BITs.”

²⁹ Attualmente sono circa 190 i Trattati bilaterali di investimento sottoscritti tra Stati membri.

³⁰ Cfr. C. CELLERINO, F. MUNARI, *Eu law is alive and healthy: the Achmea case and happy good-bye to intra-eu bilateral investment treaties*, in <http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties>, secondo cui “the Achmea judgment certainly represents the end of intra-EU BITs” e, nello stesso senso, J. RISSE, M. OEHM, *European Court of Justice stops investment arbitration in intra-eu disputes*, in <https://globalarbitrationnews.com/ecj-stops-investment-arbitration-intra-eu>

CGUE, l'art. 207, par. 1, TFUE come modificato dal Trattato di Lisbona, già ha attribuito all'Unione europea la competenza esclusiva a concludere nuovi trattati bilaterali in materia di investimenti esteri e, dunque, con l'entrata in vigore del Trattato³¹, la negoziazione e la conclusione di questi accordi sarà svolta dalla Commissione europea.

Al contrario, per le controversie pendenti ai sensi di intra-UE BITs, si discute se i collegi arbitrali debbano dichiarare la loro incompetenza a decidere ovvero proseguire nel giudizio, non tenendo conto della sentenza.

Nella recente causa *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*³² il collegio ha seguito la seconda via, affermando che: “*this Tribunal is placed in a public international law context and not in a national or regional context*”³³.

Il diritto internazionale pattizio, infatti, a differenza di quello nazionale, è pariordinato al diritto europeo. Pertanto, il collegio arbitrale non si trova in rapporto di primazia-soggezione con la CGUE e, dunque, così come non gli è dato sollevare la questione pregiudiziale *ex art. 267* TFUE, non dovrebbe ritenersi vincolato ai pronunciamenti della CGUE.

Quanto, poi, alle controversie arbitrali intra-UE traenti origine da trattati multilaterali, l'estensibilità del ragionamento svolto dalla Corte è stata, per il momento, esclusa dai collegi arbitrali che hanno respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione svolta dagli Stati convenuti in diversi giudizi³⁴, ai sensi dell'art. 26 ECT. Diversamente, vari Stati Membri hanno rilasciato una dichiarazione³⁵ in cui “*inform investment arbitration tribunals about the legal consequences of the Achmea judgment in all pending intra-EU investment arbitration proceedings*”

³¹ Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore a partire dal 1 gennaio 2009.

³² ICSID Case No. ARB/13/35

³³ *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, 20 Sept. 2018, Par. 253

³⁴ *Novenergia v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015, March 20, 2018; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, 16 May 2018; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, 15 June 2018; *Antaris Solar et al. v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, 2 May 2018; *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, 29 August 2018.

³⁵ Declaration of the representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

brought either under bilateral investment treaties concluded between Member States or under the Energy Charter Treaty”³⁶, prendendo posizione sulla “non-arbitrability of intra-EU BIT and ECT claims”³⁷.

I collegi, tuttavia, rigettano le eccezioni relative al difetto di giurisdizione presentate dagli Stati sulla base di quanto statuito dalla CGUE nella sentenza Achmea, motivando la non applicabilità di tale decisione ai procedimenti arbitrali *tout court*³⁸. D'altra parte è stato lo stesso Segretario generale dell'ICSID, Meg Kinnear, a confermare la legittimità dei rigetti compiuti dagli arbitri, ribadendo l'imparzialità dell'ICSID rispetto all'Unione Europea³⁹.

6. Conclusioni

L'ISDS, dunque, offre all'investitore straniero un sistema esterno per la risoluzione delle controversie con lo Stato, un'“isola”depoliticizzata, in grado di garantire una posizione di parità tra l'interesse pubblico e l'interesse economico individuale, sottratta a qualsiasi controllo nazionale ed europeo.

Ora, sebbene la sentenza Achmea tenti di ricondurre detto fenomeno nell'ambito della statualità, accordando la possibilità al giudice nazionale, adito in sede di impugnazione, di annullare il lodo arbitrale intra-UE, per contrarietà con l'ordine pubblico europeo, tuttavia non è scongiurato il

³⁶ Declaration of the representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, p. 3 (1)

³⁷ Sul punto v. D. CHARLOTIN, L. E. PETERSON, *Breaking: EU Member States announce scheme to terminate all intra-EU bits and warn investor community to not initiate new claims – but views differ with respect to whether Achmea decision applies to energy charter treaty*, in <https://www.iareporter.com/articles/breaking-eu-member-state-announce-scheme-to-terminate-all-intra-eu-bits-and-warn-investor-community-to-not-initiate-new-claims-but-views-differ-with-respect-to-whether-achmea-decision-applies-to-en/>, 2019

³⁸ Sul punto v. T. BIRENGEL, *Impact of Achmea judgement on investment arbitration*, in <http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/lettre-dinformation/impact-of-the-achmea-judgment-on-investment-arbitration/>, 2018; D. DRAGIEV, *The Achmea Decision and Its Reverberations in the World of Arbitration*, in <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/16/2018-in-review-the-achmea-decision-and-its-reverberations-in-the-world-of-arbitration>, 2018; T. JONES, *Post-Achmea Spanish solar award submitted for enforcement in US*, in <https://globalarbitrationreview.com/article/1175145/post-achmea-spanish-solar-award-submitted-for-enforcement-in-us>; P. PINSOLLE, I. MICHOU, *Arbitration: The Achmea v Slovakia judgment of the CJEU, is it really the end of intra-eu investment treaties?*, in <https://www.quinnemanuel.com/the-firm/news-events/the-achmea-v-slovakia-judgment-of-the-cjen-is-it-really-the-end-of-intra-eu-investment-treaties>; J. RISSE, N. GREMMINGER, *Vattenfall decision mitigates Achmea-effect*, in <https://globalarbitrationnews.com/vattenfall-tribunal-mitigates-the-achmea-effect-20180913/>; K. SCHWEDT, H. INGWERSEN, *Intra-EU ECT Claims Post-Achmea: Vattenfall Decision Paves the Way*, in <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/13/intra-eu-ect-claims-post-achmea-vattenfall-decision-paves-the-way>

³⁹ Cfr. Interview with Meg Kinnear, Secretary General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, in <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/15/updates-from-the-icsid-interview-with-meg-kinnear-secretary-general-of-the-icsid/>

pericolo laddove l'investitore vittorioso chieda l'esecuzione del lodo al di fuori dell'UE, su beni esteri dello Stato soccombente, non coperti da immunità funzionale.

Appare evidente, dunque, che i giudici europei, nel loro sforzo di ricomposizione pubblico-privato, non possono arrestare totalmente tale fenomeno, il cui contenimento potrà avvenire solo a livello di iniziative politiche e sociali.

È in questa direzione, ad esempio, che si muove la proposta della Commissione europea, pubblicata nel novembre 2015⁴⁰, volta a introdurre un nuovo sistema per la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato, il c.d. *Investment Court System* (ICS). Tale sistema, prendendo in considerazione alcune delle critiche mosse all'ISDS, introduce, fra l'altro, due novità rilevanti: la possibilità di appello avverso le decisioni del tribunale di primo grado e la sostituzione degli arbitri privati con dei giudici nominati dal Comitato della politica commerciale. La proposta è stata inserita in due trattati, il Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) tra l'Unione europea e il Canada, firmato il 30 ottobre 2016, e il *Free Trade Agreement* tra l'Unione europea e il Vietnam⁴¹.

Altro possibile argine all'isolamento dei Tribunali arbitrali potrebbe essere quello, paventato nelle conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet⁴², di considerare i collegi arbitrali “una giurisdizione di uno degli Stati membri”, ai sensi dell'art. 267 TFUE, così legittimandoli a rimettere questioni pregiudiziali interpretative innanzi alla Corte di Giustizia. L'orientamento restrittivo della Corte sulla nozione di “giurisdizione statale”, pur trovando ragione nel fatto che è lo Stato membro a essere responsabile per la violazione del dovere di investire la Corte a titolo pregiudiziale, è da tempo oggetto di critiche. È stato, infatti, osservato che il meccanismo del rinvio pregiudiziale risponde all'esigenza di evitare che si stabilizzi un giudicato in contrasto con il diritto europeo. Ebbene, una tale necessità si avvera non solo con riferimento alle

⁴⁰ Commissione europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-commerce*, 12 novembre 2015, in http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

⁴¹ Cfr. P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 4, 2017, p.673 e ss; M. NALIN, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali: dall'ISDS all'ICS*, in *Politica del diritto*, fasc. 4, 2016, p. 563 e ss.

⁴² Conclusioni Avv.gen. M. Wathelet, presentate il 19 settembre 2017, nella causa *Slowakische Republik contro Achmea BV*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0284>

decisioni rese dagli organi giurisdizionali, ma anche avendo riguardo ai lodi arbitrali, che ne condividono gli effetti di accertamento ed esecutivi, nonché la capacità di circolazione del titolo conseguito⁴³. Pertanto, secondo alcuni, privare gli arbitri della funzione di nomofilachia assicurata dalla Corte tramite l'art. 267 TFUE vorrebbe dire interpretare tale norma in contraddizione con l'obiettivo di evitare la stabilizzazione di decisioni contrarie al diritto dell'UE⁴⁴. Il mancato adempimento dell'obbligo di rinvio, da parte degli arbitri, non troverebbe, tuttavia, al momento, alcuna sanzione.

⁴³ Cfr. P. BERTOLI, *Diritto europeo dell'arbitrato internazionale*, Giuffrè, 2015, p. 83 ss.

⁴⁴ Cfr. M. V. BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine comunitario del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Napoli (Ed. scientifica), 2008, p. 111-129.