

INTRODUZIONE

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha modificato, tra le altre, la previsione relativa alla politica commerciale comune europea, estendendo così la competenza dell'Unione anche agli investimenti esteri diretti¹. Tale modifica risponde ad una necessità espressa nei decenni precedenti dalle istituzioni, in particolare dalla Commissione europea². L'Unione europea avrebbe potuto effettivamente porsi sullo stesso piano delle altre grandi potenze economiche solo esercitando anche una

¹Tra le numerose e serie analisi sulle origini e l'estensione della competenza europea in materia di investimenti, v. A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011; M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, e S. HINDELANG (a cura di), *International investment law and EU law*, New York, 2011; S. WOOLCOCK, *The EU approach to International Investment policy, after the Lisbon Treaty*, INTA, DG Expo policy Department, 2010; A. DASCHWOOD, M. MARESCEAU (a cura di), *Law and Practice of EU external relations*, Cambridge, 2012; M. CREMONA, *Developments in EU external relations*, Collected Courses of the Academy of European Law, Firenze, 2008; P. EEECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford, 2011; P. KOUTRAKOS, *External relations*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 481 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *The EU external Action after the collapse of the pillar structure, in search of a new balance between delimitation and consistency*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 987 ss.; P. EEECKHOUT, *External relations of the European Union, Legal and Constitutional foundations*, Oxford, 2004, pp. 30 ss.; M. CREMONA, *The Impact of Enlargement: External Policy and External Relations*, in M. CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003.

²V. COMMISSIONE EUROPEA, *Note for the attention of the 133 Committee, upgrading the EC Investment Policy*, 2006; COMMISSIONE EUROPEA, "Remarks" in the Draft Minimum Platform on investment for EU free Trade agreements for the 133 Committee, 28 luglio 2006; COMMISSIONE EUROPEA, *The EU economy: 2003 review*, in *European Economy* n. 6/2003, Brussels, 2004, pp. 271 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *Adapting the Institutions to make a success of enlargement, Commission Opinion in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union on the calling of a Conference of Representatives of the Governments of the Member States to amend the Treaties*, COM (2000)34, 26 gennaio 2000, p. 26; CONVENZIONE EUROPEA, *Progetto di Trattato che istituisce una Convenzione per l'Europa*, CONV820/03, 20 giugno 2003.

competenza esclusiva in materia di investimenti esteri diretti. La forza dell'ordinamento giuridico europeo³ è infatti quella di presentarsi ai propri partner commerciali quale attore singolo (o comunque "a capo" di un gruppo di Stati allineati), offrendo loro i benefici di una normativa uniforme in tutto il territorio europeo, unita alle libertà del mercato interno⁴. È indubbio, infatti, che l'Unione abbia più forza contrattuale di quella che ciascun Stato membro potrebbe, individualmente, esercitare nei confronti di altre unioni economiche regionali, o di grandi potenze.

I benefici economici del predetto passaggio di competenze hanno tardato ad arrivare, considerata la battuta d'arresto dell'economia mondiale, particolarmente sentita nel biennio 2009-2011. Questo non ha però ostacolato l'inizio dei lavori per la definizione di una politica europea in materia di investimenti sicché oggi, trascorso quasi un decennio dal riconoscimento della competenza, tentiamo un'analisi ampia attraverso gli strumenti normativi, adottati o in fase di negoziazione, la giurisprudenza, arbitrale e non, i testi degli accordi, stipulati o *negoziandi*, nonché le reazioni dell'opinione pubblica.

³ Per qualche riflessione sulla natura giuridica dell'Unione europea si rinvia a: L. GRADONI, A. TANZI *Diritto Comunitario una lex specialis molto specialis*, in L.S. ROSSI, G. DE FEDERICO, *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo Studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2009; J.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403 ss.; CH. LEBEN, *A propos de la nature juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, 1991; R. MONACO, *Caratteri istituzionali della Comunità europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, pp. 9 ss.; A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, 1997, pp. 193 ss.; J.H. WEILER, U.R. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order: though the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, spec. p. 420; P. PESCATORE, *L'ordre Juridique des communautés européennes, étude des sources du droit communautaire*, Bruxelles, 1975; P. PESCATORE, *International Law and Community Law, A Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1970, pp. 167 ss.; I. BUIGUES, *La nature juridique du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européennes*, 1968, p. 501. Per la giurisprudenza, cfr. Corte di giust. UE, 5 febbraio 1963, in causa C-26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1963:1; Corte di giust. UE, 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1964:66; Corte di giust. UE, 13 novembre 1964, in cause riunite C-90-91/63, *Commissione c. Lussemburgo e Belgio*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1964:80.

⁴ V. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012; L. DANIELE, *Diritto del mercato europeo*, Milano, 2012, spec. pp. 217-227; P. PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1994, spec. p. 72.

Esaurito il dibattito relativo alle origini, alla necessità e all'estensione della nuova competenza, proponiamo un'analisi della materia adottando una prospettiva diversa, compatibile con l'evoluzione più recente della normativa in materia di investimenti.

Questo lavoro intende concentrarsi su due aspetti: da un lato, si avrà riguardo alle tecniche impiegate dall'Unione per coordinare il diritto europeo con le fonti già in vigore di origine sovranazionale e nazionale. Correlativamente, si analizzeranno i nuovi strumenti adottati dall'Unione per valutare se essi siano, o meno, in linea con le più recenti e diffuse istanze che spingono per il bilanciamento del rapporto investitore-Stato nonché la definizione di un investimento "sostenibile".

Per quanto concerne il primo aspetto, l'analisi parte da una considerazione fattuale, nel senso che l'entrata in vigore di fonti europee in materia di investimenti ha indotto a ripensare l'ordine delle fonti in tale settore, oggi suddivise tra fonti internazionali, europee e nazionali.

L'esercizio della competenza europea in materia di investimenti offre così nuovi spunti di riflessione circa le soluzioni più opportune da adottare per coordinare, a livello sia normativo che giurisprudenziale⁵, le fonti in materia provenienti da ordinamenti diversi. È infatti preferibile trovare un coordinamento, piuttosto che accertare un (presunto) primato dell'una sull'altra.

L'analisi che verrà sviluppata nello studio tocca quindi il problema del rapporto tra fonti, senza però voler affrontare il tema della frammentazione⁶: in *primis*, esso è già stato ampiamente trattato sì da rendere superflua

⁵ Per la letteratura sul punto, v. A.J. COLANGELO, *A System Theory of Fragmentation and Harmonization*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, 2016; L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale, Diritto, Globalizzazione, sistemi*, Torino, 2012; M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2012; L. GRADONI, *Regime Failure nel diritto internazionale*, Milano, 2009; B. CONFORTI, *Unité et Fragmentation du Droit International: glissez Mortels, n'appuyez pas*, in *Revue général du droit international publique*, 2007, pp. 5 ss.; S. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, 2003; B. SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 111-136; N. LUHMANN, *L'unité du système Juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 163 ss.

⁶ Storicamente, si deve al Prof. W. Jenks la prima qualificazione del concetto di frammentazione: "law-making treaties are tending to develop in a number of historical, functional and regional groups which are separate from each other and whose mutual relationships are in some respects analogous to those of separate systems of municipal law" e ancora "One of the most serious sources of conflict between law-making treaties is the important development of the law governing the revision of multilateral instruments and defining the legal ef-

qualsiasi ulteriore considerazione⁷. In *secundis*, non pare condivisibile l'impostazione teorica che qualifica l'ordinamento giuridico internazionale quale ordinamento frammentato, in quanto composto da tanti sotto sistemi quante sono le materie oggetto di una specifica disciplina giuridica (diritto del commercio internazionale, diritto del mare, diritto ambientale, etc.). Tale impostazione implica, infatti, che in un dato momento storico l'ordinamento giuridico internazionale fosse unitario e costituito da norme in armonia e mai in conflitto. Questa descrizione non può valere neppure con

fects of revision. Da qui la necessità di rinvenire strumenti che funzionino alla stregua di regole di conflitto, già impiegate per disciplinare le relazioni tra privati, aventi carattere di transnazionalità", in W. JENKS, *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, cit., p. 10. CDI, *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, A./CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 176.

⁷ Per la letteratura sul tema cfr., tra gli altri, G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, 2017; A.J. COLANGELO, *A System Theory of Fragmentation and Harmonization*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, 2016; MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international*, Bruxelles, 2015; A. BJORKLUND, S. NAPPERT, *Beyond Fragmentation*, in T.H. WEILER, F. BAETENS (a cura di), *New Directions in International Economic Law: in Memoriam of Thomas Wälde*, Leiden, 2011; J. KLABBERS, *The Constitutionalization of international law*, Oxford, 2009; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2007; B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International law*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 483; A.L. PAULUS, *Jus cogens Between hegemony and Fragmentation: an Attempt at a re-appraisal*, in *Nordic Journal of international law*, 2005, p. 298; A.L. PAULUS, *Commentary to Fischer-Lescano & Ghunter Teubner: The legitimacy of international law and the role of the State*, in *Michigan Journal of international law*, 2004; W. KARL, *Conflicts between Treaties*, in *Encyclopedia of International Law*, 2000, p. 937; G. ABI-SAAB, *Fragmentation or Unification, Some Concluding remarks*, in *New York University Journal of international policy*, 1999, pp. 919 ss.; W. CZAPLINSKI, G. DANILENKO, *Conflict of Norms in International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1990; G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic system: A new Approach to Law and Society*, Oxford, 1993; I.M. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Manchester University Press*, 1984, p. 98; V.J. COMBACAU, *Le Droit International: bric-à-brac ou système?*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 88; B. SIMMA, *Self-Contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111; M. AKEHURST, *The Hierarchy of the Sources of International Law*, in *The British Yearbook of International Law*, 1975, p. 271; M. SORENSEN, *Le problème dit du droit inter temporel dans l'ordre international, Rapport Provisoire*, in *Annuaire de l'Institut International de droit International*, 1973; W. JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1953; C. ROUSSEAU, *De la compatibilité des normes*, in *Revue Général de droit international public*, 1932, pp. 133 ss.

riferimento all'ordinamento giuridico nazionale rispetto al quale sarebbe giuridicamente difficile sostenere che il diritto privato, pubblico, commerciale, industriale, fallimentare, della famiglia, rappresentino tanti sotto ordinamenti giuridici a carattere speciale, che devono essere posti in rapporto tra loro⁸, e con quello a carattere generale.

Il concetto di frammentazione pare dunque non condivisibile, tanto per l'ordinamento giuridico nazionale quanto per quello internazionale. Piuttosto, il continuo mutamento che investe ciascun ordinamento giuridico, sia esso nazionale o sovranazionale, rende alquanto probabile il sorgere di conflitti tra previsioni appartenenti al medesimo ordinamento o provenienti da diversi ordinamenti⁹.

L'indagine che si intende sviluppare si propone, quindi, di individuare gli strumenti idonei a mettere in relazione norme provenienti da ordinamenti giuridici diversi che disciplinano la medesima fattispecie, pur perseguendo finalità opposte. Il diritto internazionale ed europeo degli investimenti rappresentano, del resto, due gruppi di norme a carattere speciale, che devono essere poste in relazione tra di loro o con le norme a carattere generale¹⁰. Tale necessità si è posta nella maggior parte dei procedimenti

⁸ Si prende l'esempio dell'ordinamento giuridico nazionale, che può contare sull'esercizio accentrato dei poteri legislativo, giudiziario, e politico. Sull'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale, si veda S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

⁹ Bobbio ricorda che la protezione di un diritto oggi potrebbe un domani essere compresa a seguito del riconoscimento di un altro diritto e di un correlato obbligo, in N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 2014. Come evidenziato da Wittgstein, ciascuna ricostruzione ha una propria forza descrittiva, quasi come un "gioco del linguaggio" (*Ricerche Filosofiche*, Torino, 2009, par. 6.27). Tutte, poi, indipendentemente dall'etichetta, partono dal dato reale e si propongono di inquadrare i rapporti tra diritti nazionali e diritti sovranazionali individuando una norma di base comune a ciascun ordinamento giuridico, o facendo prevalere una fonte sull'altra o, infine, ipotizzando una ricostruzione orizzontale dei rapporti.

¹⁰ Sul rapporto tra diritto internazionale ed europeo si veda: J. KLABBERS *The Validity of EU Norms Conflicting with International Obligations*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL, *International Law as Law of the European Union*, Boston, 2009, pp. 120 ss.; C. TIETJE, *The status of international Law in the European legal order: the case of international Treaties and non-binding international instrument*, in J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER, E. DE WET (a cura di), *The Europeanization of International Law: the status of international Law in the EU and its Member States*, The Hague, 2008; P. PESCATORE, *International Law and Community Law, A Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1970. Per la giurisprudenza cfr. Corte di giust. UE, 22 ottobre 2009, in causa C-301/08, *Bogiatzi*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:2009:649, par. 41; Corte di giust. UE, 16 luglio 1998, in causa C-162/96, *Ràcke*, in *Raccolta*, ECLI:EU:T:1998:175; Corte di giust. UE, 31 marzo 1993, cau-

arbitrali originati dalla (presunta) violazione di un BIT extra o intra europeo: in queste ipotesi, lo Stato ospite-convenuto avrebbe invero violato l'accordo di investimento per allinearsi ad un obbligo imposto dal diritto europeo, per esso parimenti vincolante ma dal contenuto in (presunto) conflitto con quello internazionale prescritto nel BIT.

La questione ha imposto agli arbitri un ragionamento su due livelli nel senso che si è trattato dapprima di qualificare le fonti in presunto conflitto per poi, là ove necessario, coordinarle.

Lo scrutinio non è stato privo di difficoltà, tenuto conto che gli investitori hanno formulato contestazioni puntuali, con correlative voci di danno, mentre parte convenuta ha per lo più sollevato eccezioni di rito. Alle pretese dell'investitore lo Stato membro ha risposto, d'intesa con la Commissione nel ruolo di *amicus curiae*, eccependo sia la *primauté* del diritto europeo che il monopolio della Corte di giustizia sull'interpretazione e la applicazione del diritto europeo. Gli arbitri hanno dunque dovuto compiere uno sforzo di continua mediazione dialettica che ha interessato, seppur mai in termini espliciti, il rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento internazionale. Gli esiti delle indagini sono stati molteplici trattandosi in alcuni casi di conflitti apparenti, in altri di conflitti reali ma componibili; in altri casi ancora, pur marginali, di conflitti reali non componibili.

Il secondo tema che verrà sviluppato in questo studio concerne i contenuti della politica europea in materia di investimento¹¹; la materia, proprio perché ormai in via di definizione, offre spunti interessanti per comprendere *de lege lata* se, e in quale misura, le scelte dell'Unione in materia di investimenti tengano conto delle istanze volte a riequilibrare il rapporto investitore-Stato. L'Unione europea si è infatti presentata quale nuovo attore sufficientemente potente non solo per modificare le politiche sino a oggi seguite dagli Stati membri, ma anche per accelerare il processo di cambiamento a livello internazionale. Il primo decennio del secolo scorso pare invero aver segnato una cesura rispetto al modo di investire del secolo precedente, quando la necessità di contenere la *puissance publique* dello Stato ospite ha legittimato la definizione di rapporti sbilanciati all'inverso,

se riunite 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85, *British Columbia Products*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1994:12; Tribunale UE, 22 gennaio 1997, in causa T. 115/94, *Opel Austria c. Consiglio*, in *Raccolta*, ECLI:EU:T:1997:3; Corte di giust. UE, 24 novembre 1992, in causa C-286/90 *Poulsen c. Diva Corp.*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1992:453; Corte di giust. UE, 5 febbraio 1976, in causa C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani c. Amministrazione Italiana delle Finanze*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1976:18; Corte di giust. UE, 4 dicembre 1974, in causa C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in *Raccolta*, ECLI:EU:C:1974:133.

orientati quindi alla tutela l'investitore, con l'aggravante per cui lo Stato, parte debole, era nella maggior parte dei casi un paese in via di sviluppo¹².

Agli inizi di questo secolo si è invece diffusa l'urgenza di definire una relazione di maggior equilibrio tra le parti, sul presupposto per cui sia lo Stato ospite, che l'investitore straniero sono depositari di diritti e di obblighi.

Questa spinta ha indotto l'Unione a esercitare la nuova competenza acquisita prendendo le distanze dall'approccio così detto del *Gold BIT*, ossia quel modello di BIT introdotto in Olanda e poi diffusosi tra gli altri Stati membri, che si presentava quale carta dei diritti dell'investitore¹³. I nuovi accordi internazionali europei, ratificati o ancora in fase di negoziazione, riconoscono, viceversa, più diritti in capo allo Stato ospite e, correlativamente, qualche obbligo in capo all'investitore. La direzione presa sembra essere volta – ma il risultato pare ancora lontano – a garantire un “investimento sostenibile”, così allineando l'impegno europeo non solo agli obblighi posti dai trattati istitutivi ma anche a quelli inseriti nelle fonti internazionali.

Il percorso argomentativo che si intende sviluppare si articola su cinque capitoli tra loro collegati da due domande di fondo: 1) se e come il diritto europeo degli investimenti si stia integrando con le altre fonti già vincolanti in materia, ma provenienti da altri ordinamenti giuridici; 2) se, e in quale misura, gli strumenti introdotti dal legislatore europeo, o le decisioni prese dagli arbitri, operino un effettivo bilanciamento tra i diritti e gli obblighi delle parti di un rapporto.

Nel dettaglio, i primi due capitoli si concentrano sugli strumenti adottati in seno all'Unione per integrare al diritto, e al mercato unico europeo, le fonti internazionali in materia di investimento già vincolanti gli Stati membri. Il primo capitolo analizza, in particolare, il Reg. UE n. 1219/2012 che è il quadro normativo in cui il legislatore europeo ha sussunto gli accordi di investimento bilaterali extra o intra europei, ratificati prima dell'entrata

¹² Per una ricostruzione storica del diritto degli investimenti, si rinvia a A. RADİ, *International Investment Law and Development: A History of Two Concepts*, in R. HOFMANN, S. SCHILL, C. TAMS (a cura di), *International Investment Law and Development: Friends or Foes*, London, 2015; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012; VENDEVELDE, *A Brief History of International Investment Agreements*, in K. SAUVANT, L. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investments: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and investment Flows*, Oxford, 2009.

¹³ N. LAVRANOS, *In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – A Member State's Perspective*, in *Transnational Dispute Management*, 2013.

in vigore del Trattato di Lisbona o pendente la negoziazione del Regolamento medesimo. Tale strumento si propone di legittimare con una fonte europea, e alla luce del diritto europeo, i BITs sottoscritti tra uno Stato membro ed un Paese terzo, dopo che la Commissione ne abbia valutato l'opportunità del mantenimento in vigore. Tali BITs potrebbero infatti da un lato ostacolare la sottoscrizione da parte dell'Unione di nuovi accordi con il medesimo partner commerciale dall'altro, essi parrebbero contenere clausole in contrasto con il diritto interno dell'Unione e, come tali, non applicabili. Il Reg. UE n. 1219/2012 ha dunque inserito un sistema di autorizzazione al mantenimento in vigore dei BITs extra-UE, che però fa sorgere qualche dubbio giuridico.

In particolare, l'analisi si concentra sulla presunta (in)compatibilità tra il meccanismo dell'autorizzazione introdotto dal Regolamento e le norme di diritto internazionale in materia di sospensione e cessazione degli accordi internazionali, di cui alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, 1969.

Ci si soffermerà inoltre sul futuro degli accordi di investimento in essere tra il Regno Unito e altri Stati membri¹⁴. In caso di esito positivo della Brexit, tali accordi da intra, diventeranno extra-UE, dovendo così allinearsi alla normativa europea espressamente prevista in materia. In proposito, si pone poi il dubbio se la scelta del popolo inglese di uscire dall'Unione europea possa avere effettivamente violato le legittime aspettative dell'investitore straniero, o aver integrato una fattispecie espropriativa. Il timore della fuori uscita del Regno Unito dal mercato unico europeo parrebbe infatti già aver indotto qualche investitore a iniziare procedimenti arbitrali, lamentando la violazione degli accordi *inter partes*¹⁵.

Anche i rapporti di investimento intra-UE, regolati da appositi BITs, sollevano perplessità relative al rapporto tra diritto internazionale ed euro-

¹⁴J.-V. LOUIS, *Négociation la Brexit*, in *Cahiers Droit Européenne*, 2017; K. ARMSTRONG, *Brexit Time*, Cambridge, 2017; S. DHINGRA, G. OTTAVIANO, T. SAMPSON, J. VAN REENEN *The impact of Brexit on foreign investment in the UK*, London, 2017; A. ROSS, *Could Brexit trigger investment claims?*, in *Global Arbitration Review*, 2017.

¹⁵La casa di produzione automobilistica Nissan ha "minacciato" di iniziare un procedimento arbitrale contro il Regno Unito: per Nissan la brexit violerebbe le aspettative generate dal governo inglese prima del Referendum perché la casa automobilistica rinnovasse, implementandolo, il proprio investimento nel territorio.; <https://www.theguardian.com/politics/2016/oct/30/nissans-post-brexit-deal-could-lead-to-colossal-bills-for-taxpayers>; <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-nissan-letter-no-money-davos-theresa-may-a-7538391.html>; http://www.buffingtonpost.co.uk/dr-ioannis-glinavos/brexit_b_17535404.html; <https://lawofnationsblog.com/2017/05/30/brexit-uk-bits/>; R. ALFORD, *Brexit and Foreign Investors' Legitimate Expectations*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2017.

peo degli investimenti. Si tratta infatti di un gruppo di accordi che, disciplinando rapporti intra europei in una fonte internazionale, ha da sempre sollevato dubbi di compatibilità con le regole del mercato interno europeo. L'opportunità del loro mantenimento in vigore ha suscitato l'interesse delle istituzioni, da quando l'Unione ha cominciato a esercitare la propria politica in materia di investimenti. In proposito, la Commissione ha preteso (a più riprese, e seguendo canali più o meno formali) che gli Stati membri dichiarassero l'inefficacia dei BITs intra-UE poiché le previsioni in esse contenute violerebbero i principi europei del libero mercato, discriminando tra investitori protetti da un accordo intra europeo e quelli che, invece, operano nel quadro delle norme del mercato interno europeo. La soluzione proposta dalla Commissione ha però originato reazioni opposte, nel senso che solo alcuni Stati membri hanno posto immediatamente fine agli accordi (indipendentemente dalle norme internazionali sul diritto dei trattati), mentre quelli che li hanno mantenuti in vigore sono continuamente esposti al rischio di essere convenuti in procedimenti arbitrari per l'ipotesi in cui, agendo nel rispetto di un obbligo europeo, violassero una previsione del BIT.

L'impossibilità di definire uno strumento normativo dedicato alla definizione di un quadro sui BITs intra-UE rende necessaria un'analisi rigorosa sul punto che integri tra loro le molteplici istanze, politiche e giuridiche.

Nel secondo capitolo si analizzeranno gli strumenti e le decisioni adottate in seno all'Unione con riguardo alle modalità di risoluzione delle controversie che coinvolgono l'investitore e lo Stato. L'esercizio della competenza europea in materia di investimenti impone all'Unione di disciplinare tanto il rapporto sostanziale quanto, in caso di disputa, quello processuale, avendo cura di individuare sin da subito la modalità di risoluzione delle controversie da adottare. In proposito, l'Unione deve prendere parte al dibattito, oggi attuale, circa lo strumento più opportuno per risolvere le controversie Investitore-Stato, mediando tra tradizione, qui intesa quale preferenza verso il procedimento arbitrale, e cambiamento, che nega la sussistenza di ragioni giuridicamente valide a far prevalere il procedimento arbitrale su quelli tradizionali, interni a un dato ordinamento giuridico. Il sistema costituito è oggi oggetto di pesanti critiche in quanto poco trasparente e, soprattutto, orientato a far prevalere i diritti dell'investitore. Gli addebiti mossi contro il sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato hanno un loro pregio giuridico, considerato che il procedimento in parola è stato inizialmente modellato per garantire all'investitore straniero, proveniente da un Paese esportatore di capitali, un foro terzo e un equo processo che lo Stato ospite, spesso in via di sviluppo, non avrebbe potuto garantire (o almeno questo era il timore).

L'Unione, preso atto dei problemi del sistema, sembra aver seguito la tendenza, diffusa anche a livello internazionale, di ripensarne le norme processuali, orientandole al rispetto di quei principi generali che, in quanto propri dell'ordine pubblico internazionale processuale, dovrebbero informare l'attività di qualsiasi organo giuridico dotato del potere di *ius dicere* anche se, tradizionalmente, considerato "senza foro", come è il caso degli arbitri.

In particolare, l'analisi si soffermerà sui due problemi che l'Unione si trova a dover affrontare: da un lato, essa deve legittimare al proprio interno il procedimento arbitrale allineandolo, peraltro, alle peculiarità proprie dell'ordinamento giuridico europeo che riconosce in capo alla Corte di giustizia il monopolio per l'interpretazione e applicazione del diritto europeo. L'analisi sarà seguita anche alla luce della recente pronuncia in cui la Corte di giustizia ha dichiarato l'illegittimità delle clausole compromissorie contenute nei BITs intra-UE, mettendo addirittura in discussione l'opportunità di mantenere in vigore tali fonti.

Dall'altro, e più in generale, l'Unione deve prendere posizione sulle problematiche relative alla moltiplicazione di fori. La più recente prassi mostra infatti che la medesima (presunta) violazione di un accordo di investimento può dare origine ad una pluralità di procedimenti, con il rischio, come vedremo, di giudizi paralleli e di conflitti di giudicati.

La prima questione sarà trattata partendo dal Reg. UE n. 912/2014 che ha legittimato il procedimento arbitrale investitore-Stato all'interno dell'Unione disciplinando, altresì, la suddivisione tra Unione e Stati membri della legittimazione passiva e della responsabilità per violazione di accordi investimento sottoscritti in forma mista tra Unione, Stati membri e Paesi terzi. In particolare, ci si soffermerà sul c.d. meccanismo speciale di allocazione della responsabilità che, per come strutturato, solleva questioni di legittimità laddove preserva l'uniforme e corretta applicazione delle fonti europee, ponendosi però in contrasto con le fonti internazionali predisposte in tema di responsabilità delle Organizzazioni internazionali.

La seconda parte del capitolo affronta invece la questione più generale relativa al necessario coordinamento tra fori parimenti competenti a dirimere la medesima controversia. La prassi ha infatti mostrato che una fattispecie può essere oggetto di un arbitrato tra Stati e di uno tra investitore e Stato, oppure di più di un procedimento arbitrale investitore-Stato oppure, ancora, di un arbitrato investitore-Stato, di un giudizio ordinario, e di un procedimento di infrazione aperto dalla Commissione europea. L'analisi si concentrerà in particolare sull'ipotesi in cui la medesima questione venga trattata, in parallelo, in un procedimento arbitrale investitore-Stato e

da un giudice nazionale. In proposito, si avrà riguardo agli strumenti a disposizione per precludere, o comunque sospendere, giudizi paralleli e, conseguentemente, evitare conflitti tra giudicati.

La disamina si chiuderà con l'analisi della clausola compromissoria inserita nei più recenti accordi (CETA, EU-Vietnam), per comprendere se il meccanismo nella medesima introdotto si allinei alle istanze di cambiamento del sistema, tenendo parimenti conto la necessità di coordinare tra loro fori potenzialmente concorrenti.

Il capitolo terzo si concentrerà poi la più recente giurisprudenza arbitrale, che si è pronunciata su questioni relative alla presunta violazione di un BIT intra o extra europeo. In particolare, si analizzeranno i procedimenti che hanno portato gli arbitri, al pari dei giudici nazionali e internazionali, ad argomentare in tema di gerarchia tra una fonte internazionale e una europea, il cui contenuto risulti in (apparente) conflitto¹⁶.

Le controversie sono infatti sorte poiché, per l'investitore-attore l'al-

¹⁶ Particolare interesse suscitano le pronunce rese agli albori del secolo che legittimano l'impostazione dualista. V. in *Stati Uniti d'America c. Regno Unito* la Corte ha statuito che “[1]e principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne”, Corte arbitrale, in causa *Stati Uniti d'America c. Regno Unito*, Alabama, 1982, in *Recueil des arbitrages internationaux*, 1932, spec. p. 780; nel procedimento *Germania c. Polonia*, poi, la Corte permanente di giustizia ha sancito che “[a]u regard du droit international [...], les lois nationales sont de simples faits [...]”, Corte permanente di giustizia, 25 maggio 1926, in causa *Germania c. Polonia, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, serie A, n. 7, p. 19; nel parere reso in occasione del procedimento *Treatment of Nationals and other person of Polish origin or speech in the Danzig Territory*, la Corte permanente di giustizia internazionale ha poi precisato “It should however be observed that, while on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter’s Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force”, Corte permanente internazionale di giustizia, 4 febbraio 1932, parere reso in causa *Treatment of Nationals and other person of Polish origin or speech in the Danzig Territory*, ser. A/B, n. 44, p. 24; la stessa Corte, nel giudizio *Grecia c. Bulgaria* ha poi sancito che “it is generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting parties to a Treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty”, Corte permanente di giustizia internazionale, 9 dicembre 1932, in causa *Greco-Bulgarian Communities (Grecia c. Bulgaria)*, serie B, n. 17, p. 17; da ultimo, in *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, la corte permanente di giustizia internazionale, ha statuito che “[...] it is certain that France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”, Corte permanente di giustizia internazionale, in causa *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Francia c. Svizzera*, 7 febbraio 1932, serie A/B, n. 46.

lineamento ad uno obbligo europeo della normativa interna dello Stato ospite avrebbe violato le proprie aspettative legittime, nonché altre clausole del rapporto *inter-partes*. Le questioni giuridiche che gli arbitri sono stati chiamati a risolvere sono duplici: se e per quale ragione il diritto europeo è applicabile alla controversia e, in caso di risposta affermativa, come risolvere la concorrenza tra norme appartenenti a ordinamenti giuridici, diversi ma entrambe contestualmente applicabili a un dato rapporto. La prima questione trova risposta negli strumenti normativi, nel senso che il diritto europeo potrebbe essere richiamato per rinvio convenzionale oppure per scelta espressa delle parti oppure, ancora, potrebbe rilevare come fatto. La seconda questione induce gli arbitri a mettere in relazione gli obblighi contenuti in fonti parimenti applicabili alla fattispecie, ma che la disciplinano in termini (apparentemente) non conciliabili. In alcuni casi, gli arbitri hanno escluso il conflitto, in altri hanno risolto la controversia prescindendo dal conflitto, in altri ancora essi hanno risolto il conflitto, facendo prevalere il diritto europeo per il tramite dell'eccezione dell'ordine pubblico. Lo scrutinio delle argomentazioni sviluppate dagli arbitri, permetterà qualche riflessione sul rapporto tra ordinamenti giuridici, in particolare internazionale ed europeo, ancora aperta, nonostante le molteplici ricostruzioni sino ad oggi proposte¹⁷.

¹⁷ Le correnti classiche del monismo e dualismo sono state oggi mutate in termini di maggiore attualità dal costituzionalismo e dal pluralismo. Queste ultime declinano i risultati delle precedenti alla luce del fatto che, rispetto al passato, ad oggi vi è una molteplicità di ordinamenti e sotto-ordinamenti, prima impensabile. Tale moltiplicazione non dovrebbe però creare confusione poiché, chiariti i principi alla base di una convivenza virtuosa degli ordinamenti e dell'integrazione delle norme di ciascuno, si dovrebbe poter definire una relazione a due, a tre, o più, ordinamenti. Per le dottrine sulle citate correnti, si rinvia, rispettivamente a: per il monismo H. KELSEN, *Les rapports des systèmes*, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, L'Aia, 1926, pp. 237 ss.; G. SCELLE, *Theorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, L'Aia, 1936, pp. 91 ss.; CH. ROUSSEAU, *De la Compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, in *Revue General du droit international publique*, 1932, pp. 133 ss.; H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Londra, 1950; G. SPERDUTI, *Diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1955, pp. 193 ss.; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, p. 33; per le ricostruzioni dualiste, cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Athenaeum, 1929, p. 57; T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1917, pp. 195 ss.; G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, pp. 88 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939; costituzionalismo B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International law*, cit., 2006, pp. 483 ss.; M. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione*

Nell'ultima parte del lavoro si analizzeranno, infine, i contenuti delle fonti europee adottate per disciplinare i rapporti di investimento tra Unione europea e, rispettivamente, Paesi terzi (capitolo IV) e Stati membri (capitolo V).

Per quanto riguarda i primi, l'analisi dei contenuti della politica estera intrapresa dall'Unione parte dai più recenti accordi di investimento sottoscritti, o ancora in fase di negoziazione, dall'Unione con Paesi terzi, sia in forma mista che bilaterale. Le clausole di protezione dell'investitore e, correlativamente, quelle a tutela del libero esercizio della sovranità dello Stato meritano particolare interesse, tenuto conto che la loro formulazione è espressione di una precisa scelta. Preservare la più ampia sovranità degli Stati contestualmente riducendo le obbligazioni in capo a questi ultimi e, per esse, inevitabilmente, le grazie di tutela a favore dell'operatore economico straniero. Ciò per favorire la definizione di un rapporto investitore-Stato più bilanciato¹⁸. L'Unione sembra inoltre aver colto la spinta a bilanciare il rapporto *inter partes*, introducendo (nei preamboli o, talvolta, nel corpo dell'accordo) clausole poste a tutela dello "sviluppo sostenibile", come peraltro impongono gli artt. 2.5 e 21 TUE¹⁹. In proposito, la prassi europea verrà poi messa a confronto con quella internazionale che offre non pochi esempi di accordi in investimento che tutelano operazioni più

integrata d'Europa, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003; G. TEUBNER, *Nuovi Conflitti costituzionali*, Milano, 2012, p. 5; N. WALKER, *The idea of constitutional pluralism*, in *EUI Working Paper*, 2002, p. 27; H. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflict in the European Union and the United State*, in *Ruling the World*, cit., pp. 326-355; per il pluralismo, V.N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2012; A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, *I.CON*, 2008, pp. 397 ss., spec. p. 401; R. WESSEL, *Reconsidering the relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?*, in E. CANIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (a cura di), *International Law as law of the European Union*, Boston, 2011; M. P. MADURO, *Courts and pluralism*, in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN, *Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism*, Cambridge, 2009, pp. 356 ss.

¹⁸G. SACERDOTI, P. ACCONCI, M. VALENTI, A. DE LUCA (a cura di), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014; T. TREVES, F. SEATZU, C. TREVISANUT (a cura di), *Foreign investment, international law and common concerns*, London, 2013; T. GAZZINI, E. DE BRABANDERE, *International Investment Law. The sources of right and Obligations*, Leiden, 2013; F. FRANCONI, P.-M. DUPUY, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, 2009.

¹⁹S. CORDONNIER, M. GEHRING, A. NEWCOMBE, *Sustainable Development in World Investment Law*, The Netherlands, 2011.

sostenibili, per il tramite di apposite clausole, oppure obbligando l'investitore a condurre i c.d. *impact assessment*. Il capitolo V intende, infine, concentrarsi sugli strumenti adottati dall'Unione per disciplinare quelle operazioni di investimento intra-UE, che sono sussumibili nelle figure contrattuali degli appalti pubblici o delle concessioni di servizi. In entrambi i casi si tratta di rapporti giuridici disciplinati dai c.d. contratti di Stato che coinvolgono una parte privata (l'investitore) e lo Stato (o una sua emanazione), che agisce quale ente sovrano.

Premesso qualche cenno su tali contratti, molto studiati negli anni '80 del secolo scorso, il capitolo si concentra sulle più recenti fonti secondarie introdotte dall'Unione in materia di appalti e di concessioni di servizi. La questione è di sicuro interesse poiché permette, ancora una volta, di comprendere se l'Unione si è effettivamente attivata per garantire all'interno dei propri confini operazioni di investimento più "sostenibili". La disamina offre poi un ulteriore spunto di riflessione relativo all'esistenza di un possibile parallelismo tra le politiche adottate dall'Unione per disciplinare i propri rapporti sia esterni che interni. Tale parallelismo sarebbe, del resto, auspicabile poiché favorirebbe una disciplina uniforme per i flussi di investimento che accedono e rimangono nel territorio europeo: l'investitore, persona fisica o giuridica, potrebbe dunque contare su un regime uniforme di trattamento sia che operi nel territorio europeo quale operatore proveniente da Stato terzo sia che, stabilitosi in uno Stato membro, ivi persegua la propria attività stipulando contratti di Stato.

Le indagini che precedono permetteranno di rispondere ai due quesiti posti all'inizio della trattazione: 1) se, e in quale misura, le fonti europee in materia di investimento sono state coordinate con quelle (già vincolanti) di origine internazionale e nazionale; 2) se esse abbiano accolto le istanze più attuali che spingono verso un bilanciamento del rapporto investitore-Stato, in termini di maggiore "sostenibilità".