

# L'arbitrato in materia di investimenti prima e dopo *Achmea*

ANNA MARIA MANCALEONI - MARIA LUISA SERRA\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Arbitrato e giurisdizione nel diritto interno e sovranazionale: cenni sui problemi relativi all'individuazione della natura dell'arbitrato. – 2.1. Giurisdizione e arbitrato nel diritto italiano: l'influenza della normativa internazionale sull'evoluzione della nozione di giurisdizione. – 2.2. La nozione di giurisdizione in riferimento al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – 3. La controversia *Achmea* e la sentenza della Corte di giustizia. – 4. Il quadro generale sulla risoluzione delle controversie in materia di investimenti. – 4.1. L'arbitrato nel diritto dell'Unione europea. – 4.2. La risoluzione delle controversie nei trattati bilaterali di investimento e negli altri accordi internazionali in materia di investimenti. – 4.3. Il contesto «politico». – 5. Gli sviluppi successivi alla sentenza *Achmea*. – 5.1. La Comunicazione della Commissione. – 5.2. La sentenza del giudice del rinvio. – 5.3. La presa di posizione degli Stati membri. – 5.4. L'impatto della sentenza *Achmea* sulle procedure arbitrali. – 5.5. Le direttive di negoziato per l'istituzione di un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. – 6. Il recepimento da parte del giudice nazionale della pronuncia della Corte di Giustizia nella causa *Achmea*: l'ordinanza del BGH. – 7. Sulle argomentazioni della Corte di giustizia e sul rapporto tra diritto dell'Unione europea, diritto internazionale e diritto interno.



1  
/  
2  
0  
2  
0

1. Con la sentenza *Achmea*<sup>1</sup> la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità delle procedure arbitrali previste dai trattati bilaterali di in-

241

\* Lo scritto è frutto di riflessione comune; i par. 1 e 7 sono da imputare ad entrambi gli AA.; i par. 3, 4 e 5 sono di A.M. Mancaleoni; i par. 2 e 6 sono di M.L. Serra.

<sup>1</sup> Corte giust. UE, Grande sezione, 6 marzo 2018, C-284/16, *Repubblica federale ceca e slovacca c. Achmea BV*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 493 ss., con commento di A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*. Tra i numerosissimi commenti v., inoltre, M. STELLA, *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti «intra-UE»: la corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1969-1975; C. CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, *ivi*, pp. 1975-1977; A. CIAMPI, *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di «giurisdizione nazionale» deve cambiare*, *ivi*, p. 1977 s.; L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 896 ss.; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *It is not just about investor-state arbitration. A look at case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, 3(1), 2018, pp. 357-373; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI-M. USY-

vestimento (TBI) con il diritto dell'Unione europea. La pronuncia era particolarmente attesa, dal momento che analoghe questioni non erano state specificamente sollevate in precedenza e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza in materia non erano risolutive.

La vicenda sottostante alla sentenza, complessivamente considerata, è di particolare interesse per le numerose implicazioni che presenta non soltanto sul piano teorico-sistematico, ma anche su quello politico e dal punto di vista pratico, considerata la rilevanza delle poste in gioco e i numerosissimi procedimenti arbitrali pendenti che sollevano questioni analoghe a quella decisa dalla Corte di giustizia<sup>2</sup>, nonché quelli che, verosimilmente, saranno instaurati nel prossimo futuro. Eccezionali, inoltre, sono gli sviluppi successivi alla sentenza: ad essa hanno fatto immediatamente seguito prese di posizione



1  
/  
2  
0  
2  
0

242

NIN, *The uneasy relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, in *European Investment Law and Arbitration Rev.*, 2019 (in corso di pubblicazione); E. CIMIOTTA, *The first ever interpretative preliminary ruling concerning the validity of an international agreement between EU Member States: the Achmea case*, in *European Papers*, III, 1, 2018, *European Forum, Insight*, 17 maggio 2018, pp. 337-344; S. LAVRANOS, *Achmea: Ground-breaking or overrated?*, in *SchiedsVZ*, 2018, p. 348 ss. Sulla vicenda giudiziaria (prima della sentenza della Corte di giustizia), la casistica e le relative questioni, v., inoltre, G. VALLAR, *L'arbitrabilità delle controversie tra un investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso Eureko/Achmea v. the Slovak Republic*, in *Riv. dir. int e proc.*, 2014, pp. 849-884; V. THIEFFRY, *The Achmea judgment: an additional stage in the construction of a group of international resolution mechanism? An analysis in the light of French arbitration law*, in *Int. Bus. LR*, 2018, pp. 201-216; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 337 ss.; A.S. HARTKAMP, *Gevolgen van het Achmea-arrest voor de praktijk van de investeringsarbitrage binnen de EU*, in *Ars aequi*, 2018, pp. 732-738; B. CAPIELLO, *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*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 258 ss.; M. LAHOUZI, *L'arrêt «Achmea» ou les dissonances entre l'arbitrage d'investissement et le droit de l'Union européenne*, in *Revue droit de l'Union européenne*, 2018, 2, pp. 217-224; C. GLINSKI, *Achmea and its implications for investor dispute settlement*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2018, pp. 47-68; E. LANOTTE, *Arrêt «Achmea»: une décision de principe?*, in *Journal de droit européen*, 2018, pp. 266-269; J. CAZALA, *L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE*, in *Revue trim. droit européen*, 2018, 3, pp. 597-616; J. WILDEMEERSCH, *L'arrêt Achmea, la rigueur des principes au risque d'un certain isolationnisme juridictionnel?*, in *L'Observateur de Bruxelles*, 2018, p. 40; G. RAO, *The withdrawal of a European State from the ECT in light of the Achmea case*, in *European Investment Law and Arbitration Rev.*, 2018, 3, pp. 154-182; A. GOURGOURINIS, *After Achmea: maintaining the EU law compatibility of Intra-EU BITs through treaty interpretation*, *ivi*, pp. 282-315.

<sup>2</sup> L'importanza del caso è dimostrata altresì dall'elevato numero di Stati membri (sedici) che hanno presentato le loro osservazioni dinanzi alla Corte di giustizia.

dell'Unione europea e degli Stati membri e, parallelamente, ha avuto formale impulso il processo di modifica del quadro normativo di diritto dell'Unione europea in materia di risoluzione delle controversie in materia di investimenti.

I numerosi profili di rilievo sottesi al caso sono sia di carattere generale (quali quello del rapporto tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea<sup>3</sup> e tra quest'ultimo e il diritto interno), sia più strettamente inerenti alla materia dell'arbitrato, in generale e con più specifico riferimento a quello internazionale e degli investimenti (il ruolo dell'arbitrato nell'ordinamento dell'Unione europea; lo *status* degli arbitri ai fini del rinvio pregiudiziale; l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte degli arbitri; il controllo sui lodi arbitrali)<sup>4</sup>.

Sul piano generale, la sentenza *Achmea* è anche esemplificativa delle modalità di impatto delle categorie del diritto dell'Unione europea, in particolare quali risultanti dall'elaborazione della Corte di giustizia, sulle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti interni (qui quelle del diritto privato e processuale): il rigore e tecnicismo di queste deve arretrare dinanzi all'efficacia del diritto dell'Unione europea.

2. Il problema dell'individuazione della natura dell'arbitrato non è un problema di rilevanza puramente teorica, in quanto sono notevoli le ripercussioni che discendono – sul piano applicativo – dall'accoglimento della tesi contrattualistica o di quella giurisdizionale, soprattutto con riferimento all'esatta qualificazione degli effetti del lodo rituale, nell'alternativa tra effetti equiparabili a quelli della sentenza ovvero effetti ai quali debba essere riconosciuta efficacia negoziale. Occorre aggiungere che la scelta dell'una o dell'altra impostazione, con riferimento alla disciplina italiana, si rivela decisiva anche in ordine al problema del giudicato, sia sotto il profilo della rilevanza



1  
/  
2  
0  
2  
0

243

<sup>3</sup> In tale prospettiva cfr. I. DAMJANOVIC - N. DE SADELEER, *I Would Rather Be a Respondent State Before a Domestic court in the EU than Before an International Investment Tribunal*, in *European Papers*, 4, 1, p. 19 ss., nella dialettica tra due immaginari sostenitori della prevalenza, rispettivamente, del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale.

<sup>4</sup> L'arbitrato investitori-Stati è la punta di emersione della tensione tra arbitrato internazionale e diritto dell'Unione europea, tensione progressivamente aumentata anche per l'espansione del diritto privato europeo (in particolare tramite il *private enforcement* del diritto *antitrust*) e in conseguenza della accresciuta rilevanza della nozione di ordine pubblico: v. G.A. BERMAN, *European Union law and international arbitration at a crossroads*, in *Fordham Int'l L.J.*, 42, 2019, p. 967 ss.

bilità dell'eccezione<sup>5</sup> sia con riferimento agli effetti del lodo. Più precisamente, l'accoglimento della tesi della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e l'attribuzione di tale qualità al relativo lodo porterebbe come conseguenza – nel caso di un lodo non più impugnabile per nullità – che l'accertamento del rapporto sostanziale divenga per il futuro incontestabile nei rapporti tra le parti, facendo acquistare al lodo l'autorità di cosa giudicata sostanziale<sup>6</sup>. A quest'ultimo aspetto, inoltre, si ricollegano i delicati problemi relativi all'individuazione degli effetti del lodo nei confronti dei terzi. Ancora il dibattito circa la natura dell'arbitrato ha comportato gravi incertezze circa la natura dell'eccezione di compromesso e l'individuazione del rimedio concesso alle parti contro il provvedimento che abbia pronunciato su tale eccezione<sup>7</sup>.

Dibattito che resta aperto anche se, oggi, vi è chi – discostandosi dalla contrapposizione fra negozialità e giurisdizionalità dell'arbitrato – evidenzia che discorrere di «equivalente giurisdizionale» significa prendere atto che tra arbitro e processo «togato» vi è ontologicamente una differenza di base<sup>8</sup>.



1  
/  
2  
0  
2  
0

244

<sup>5</sup> A favore della rilevanza d'ufficio del precedente giudicato arbitrale si schierava (già prima della riforma del 2006) E.F. RICCI, (*La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrare. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1242), in ciò contestando la pronuncia della Corte di Cassazione secondo la quale non è applicabile al lodo la rilevanza d'ufficio della cosa giudicata, in considerazione del fatto che il lodo arbitrale rituale è atto negoziale. L'A. ribadiva il principio dell'equivalenza tra il lodo e la sentenza, affermando che, se così non fosse, se cioè l'arbitrato si concludesse con un lodo-negozio, l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., sarebbe un fuor d'opera. Solo il riconoscimento dell'equivalenza tra lodo e decisione giudiziaria sarebbe stato in grado di spiegare la previsione della norma sopra citata e, in conseguenza dell'operatività di essa, il fatto che il lodo «debba rispettare, come ogni decisione giudiziaria, il precedente giudicato non superato da diversa volontà negoziale». In punto, deve segnalarsi la modifica introdotta con la recente riforma con riguardo al motivo di impugnazione del lodo di cui al n. 8 dell'art. 829 c.p.c.

<sup>6</sup> In questo senso, cfr. S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dall'omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 778. Profilo, quello dell'autorità di cosa giudicata del lodo che, come è stato detto, «costituisce l'essenza del problema, vale a dire l'idoneità del lodo incontrovertibile ad acquisire gli effetti della *res judicata*»; in punto, cfr. C. CAVALLINI, *L'arbitrato interno in una prospettiva internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 393.

<sup>7</sup> In punto, in particolare con riferimento alla qualificazione dell'eccezione di compromesso come eccezione di merito e, conseguentemente, riguardo all'inammissibilità del regolamento di competenza, nonché riguardo all'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c., sia nell'ambito del processo arbitrale sia nel giudizio d'impugnazione ex art. 828 c.p.c., nonché nelle ipotesi in cui si debba stabilire se una determinata controversia spetti alla giurisdizione del giudice italiano o debba invece essere deferita ad un arbitro estero, cfr. M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, p. 53 ss.

<sup>8</sup> In questo senso, C. CAVALLINI, *L'arbitrato interno in una prospettiva internazionale*, cit., p. 379 ss.

Sotto questo profilo appare, pertanto, condivisibile, l'affermazione di chi considera tema centrale, ai fini della definizione della natura dell'attività svolta dagli arbitri, la valutazione dell'«incidenza sui diritti delle parti di un provvedimento frutto di una giurisdizione privata con la stessa efficacia di una sentenza del giudice»<sup>9</sup>.

In altre parole, questo non significa altro che discutere del concetto di giurisdizione, sia con riferimento al diritto interno sia con riferimento al diritto europeo.

Conferma di tale conclusione emerge, ancora una volta, anche nella pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Achmea*, ove si legge che occorre verificare «se un collegio arbitrale come quello di cui all'art. 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».

È dunque evidente che le incertezze circa l'individuazione della natura dell'arbitrato, con le conseguenze che ne discendono sotto il profilo applicativo, non sono circoscritte soltanto alla disciplina di diritto interno. La natura dell'arbitrato assume, infatti, un ruolo decisivo per quanto riguarda l'istituto dell'arbitrato nell'ordinamento dell'Unione europea, in generale e nell'attuale fase storico-politica. Il profilo appare determinante sotto differenti aspetti, in particolare circa lo *status* degli arbitri ai fini del rinvio pregiudiziale; l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte degli arbitri; il controllo sui lodi arbitrali; la nozione di ordine pubblico.

Pertanto, la risoluzione del quesito circa la natura giurisdizionale o no dell'arbitrato resta il tema centrale dal quale occorre muovere ai fini della risoluzione di differenti profili applicativi che l'istituto arbitrale porta con sé, sia in campo nazionale sia unionista e internazionale.

2.1. Al quesito – se ciò che caratterizza la nozione di giurisdizione sia il fatto che tale funzione e l'atto conclusivo di tale attività (la sentenza) siano riferibili a un giudice dello Stato ovvero se possano essere qualificati come

<sup>9</sup>In questo senso, C. CAVALLINI, *L'arbitrato interno in una prospettiva internazionale*, cit., p. 393.



giurisdizionali anche il procedimento e l'atto che contengano in sé determinati requisiti propri della giurisdizione – non è stata data univoca risposta. Anzi, può dirsi che tuttora si fronteggino due diversi orientamenti, nel senso che all'opinione per la quale la nozione di giurisdizione e atto giurisdizionale rimane sostanzialmente caratterizzata dal riferimento all'autorità che emana il provvedimento e alla conseguente forma dello stesso si contrappone la tesi per cui soltanto con riguardo agli effetti può parlarsi di natura giurisdizionale dell'atto e del soggetto che ne è autore. Ciò posto, può essere utile ricordare che la nozione di giurisdizione è connotata da due profili<sup>10</sup>. Il primo, che potrebbe dirsi soggettivo, riguarda l'individuazione dell'autorità dalla quale promana il provvedimento giurisdizionale; il secondo che attiene al profilo oggettivo dell'atto, concerne la finalità tipica perseguita nell'esercizio dell'attività giurisdizionale<sup>11</sup>. Nel contesto di tale dibattito deve essere ricondotto,



<sup>10</sup> Il dibattito circa l'individuazione della definizione idonea a riassumere in sé l'essenza della giurisdizione è stato particolarmente vivace anche in Francia: cfr. R. SOLUS - H. PERROT, *Droit Judiciaire privé*, I, Paris, 1961, p. 426 ss.; C. JARROSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, p. 30 ss.; in punto, in tema di rapporti fra arbitro e giurisdizione ordinaria, si veda anche A. SALETTI - J. COMPERNOLLE - J.F. DROOGHENBROECK (a cura di), *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, 2014.

<sup>11</sup> Con riferimento all'elemento caratterizzante di questa funzione le opinioni sono diverse. Secondo F. CARNELUTTI (*Sistema*, I, Padova, 1936, p. 40 ss. e 131 ss.) la funzione della tutela giurisdizionale sta nella composizione delle liti; per P. CALAMANDREI (*Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, I, p. 73 ss.) lo scopo perseguito attraverso l'attività giurisdizionale è garantire l'osservanza del diritto oggettivo, tutte le volte che lo Stato «sente il bisogno di intervenire nei rapporti giuridici dei cittadini, ad accertare ufficialmente uno di questi precetti indirizzati ai singoli, per garantirne l'osservanza»; per E. REDENTI (*Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 3, 1939) la giurisdizione è identificata nella funzione di coazione e di coercizione affinché il diritto sia rispettato e attuato; per E. ALLORIO (*Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, p. 32) la giurisdizione è caratterizzata dall'idoneità di determinanti provvedimenti dell'organo pubblico, presi nel rispetto di certe formalità, a passare in giudicato; per S. SATTA (*Diritto processuale*, 10<sup>a</sup> ed., aggiornata ed ampliata da C. PUNZI, Padova, 1987, p. 6) la definizione della giurisdizione è strettamente connessa all'amministrazione della giustizia; per A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, p. 3, «la giurisdizione è funzione volta all'accertamento (o, detto altrimenti, declaratoria) di quella che è la volontà di legge nel caso concreto»; per A. SEGNI, *La giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 985 ss.; ID., in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, p. 494, la giurisdizione può definirsi come la funzione statale destinata all'attuazione della norma concreta di legge, attuazione che – e in ciò si esprime l'elemento essenziale e distintivo della funzione – ha carattere sostitutivo e surrogatorio. In argomento per un'analisi delle differenti prospettazioni espresse in dottrina per riassumere il concetto di giurisdizione si rinvia a A. SEGNI, *op. cit.*, p. 985 ss.; cfr., altresì, diffusamente, A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, I, Padova, 1991, p. 227 ss.).

pertanto, il significato dell'attribuzione al lodo degli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

In passato si dava quasi per scontato che la nozione di giurisdizione presupponesse che l'atto giurisdizionale dovesse provenire dal giudice statale, in quanto l'esercizio della funzione giurisdizionale costituiva esplicazione del potere dello Stato<sup>12</sup>. Il concetto di giurisdizione è, dunque, espressione della sovranità dello Stato che, in quanto tale, può essere esercitata tramite giudici statali<sup>13</sup>. La conseguenza, sul piano pratico, portava alla negazione dell'istituto arbitrale inteso come fenomeno giurisdizionale<sup>14</sup>.

Altri, per riconoscere la natura giurisdizionale dell'arbitrato, ravvisano nel lodo arbitrale una fattispecie complessa nella quale il lodo acquista la natura giurisdizionale proprio in virtù del suggello concessogli dal giudice ordinario con l'*exequatur*<sup>15</sup>. Peraltro sono proprio l'esperienza arbitrale e l'evoluzione della disciplina codicistica dell'arbitrato a minare le fondamen-

<sup>12</sup> A titolo di autorevole esempio può richiamarsi la nozione di giurisdizione intesa quale attività di un organo dello Stato diretta a realizzare una volontà di legge mediante la sostituzione di un'attività dovuta da alcuno o la costrizione di costui a prestarla o mediante la produzione di un effetto giuridico; così, G. CHIOVENDA, *Rapporto giuridico e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale*, II, Roma, 1931, p. 415.

<sup>13</sup> In tal senso, E. ALLORIO (*Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., p. 32). La giurisdizione è definita come funzione tipica dello Stato da E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 4.

<sup>14</sup> In punto si ricorda che G. CHIOVENDA negava espressamente nell'arbitrato il processo, negli arbitri i giudici e la giurisdizione (G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 70; in questo senso anche S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 64 ss.

<sup>15</sup> In questo senso, F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Studi di diritto processuale civile*, I, Padova, 1925, p. 386; P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1905, p. 45 ss.; dopo la codificazione del 1940 si esprimono nel senso che il lodo acquisti efficacia giurisdizionale dopo la concessione dell'*exequatur*, A. SEGNI, *La giurisdizione civile*, cit., p. 526, il quale osserva che l'arbitrato non costituisce formalmente un'eccezione al principio della statualità della giurisdizione, perché lo Stato fa proprio il giudizio degli arbitri col decreto di esecutorietà concesso dal pretore; il lodo diventa così sentenza dello Stato; nello stesso senso, L. BIAMONTI, *Voce Arbitrato (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 900; T. CARNICINI, *Voce Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 879 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 23 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema processuale civile*, Milano, 1971, p. 318. Riguardo all'individuazione della natura dell'arbitrato rituale si può ritenere che una prima fondamentale tappa sia stata segnata dalla sentenza della Cass. Torino 27 dicembre 1904 (in *Riv. dir. comm.*, II, 1905, p. 45 ss., con nota di P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*), che con l'ammettere, accanto all'istituto arbitrale espressamente disciplinato dal codice, un'altra figura



ta di una simile ricostruzione e a contribuire a far riflettere sulla nozione di giurisdizione.

Una rimeditazione del concetto di giurisdizione, sotto il profilo soggettivo, era già stata offerta dalla riforma dell'arbitrato del 1983, in particolare con le modifiche apportate all'individuazione degli effetti prodotti dal lodo. Per la prima volta veniva introdotto, nella disciplina dell'arbitrato rituale, la possibilità che il lodo producesse effetti tra le parti a prescindere dal deposito presso l'autorità giudiziaria ordinaria<sup>16</sup>.

Tale interrogativo si è posto con ancor maggiore insistenza a seguito delle novità legislative introdotte con la riforma del 1994, per poi trovare definitiva risposta con la riforma del 2006 (l'*exequatur* ha, infatti, come unico scopo quello di attribuire valore di titolo esecutivo al lodo)<sup>17</sup>.

Da quanto sinora osservato si può affermare che la diffusione dell'istituto arbitrale e i molti interrogativi suscitati dall'evoluzione della sua disciplina codicistica hanno contribuito a far riflettere sulla nozione di giurisdizione.

Sotto questo profilo è opportuno sottolineare la rilevanza dell'incidenza del contesto internazionale nell'evoluzione della nozione di giurisdizione di diritto interno.

A seguito dell'adeguamento del nostro ordinamento ai principi di diritto validi in campo internazionale, sono state apportate talune modifiche sia al codice di rito sia alle regole adottate in sede di normativa comunitaria, che spiegano un'incidenza diretta sul concetto di giurisdizione.

Con riferimento alle modifiche apportate al codice di rito a seguito dell'adeguamento del nostro ordinamento ai principi di diritto validi in campo internazionale, ci si riferisce all'abrogazione dell'art. 3, di tale codice a segui-



1  
/  
2  
0  
2  
0

248

di arbitrato, l'arbitrato libero, ha portato la dottrina sia a individuare una giustificazione giuridica alla sua ammissibilità sia a tracciare gli elementi di differenziazione tra le due forme di arbitrato.

<sup>16</sup> Più precisamente l'art. 823, ult. comma, c.p.c. attribuiva al lodo efficacia vincolante tra le parti dal momento della sua sottoscrizione e l'art. 825, comma 5, c.p.c., conferiva allo stesso, a seguito del decreto del pretore, efficacia di sentenza. Di qui i primi interrogativi tesi a valutare l'effettivo ruolo svolto dall'*exequatur* pretorile nell'ambito dell'individuazione degli effetti del lodo, ossia se fosse il decreto del pretore ad attribuire natura di sentenza al lodo ovvero se il lodo producesse quegli effetti comunque a prescindere dal deposito e, quindi, se il decreto servisse solo ad attribuirgli efficacia esecutiva; circa i differenti orientamenti dottrinali formati riguardo alla natura degli effetti prodotti dal lodo non omologato, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di riforma della disciplina dell'arbitrato del 1983, n. 28, in punto, M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., p. 116 ss.

<sup>17</sup> Cfr. art. 825 c.p.c.



to della riforma del 1995<sup>18</sup>, per effetto della quale la giurisdizione dapprima inderogabile diventa derogabile per determinazione delle parti. Inoltre, si deve tener presente che la legge ha radicalmente modificato la disciplina sia in materia di riconoscimento delle sentenze straniere sia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri<sup>19</sup>. Per il primo tipo di provvedimento è stata abolita la possibilità da parte del giudice italiano di compiere il riesame nel merito della sentenza straniera; la Corte d'Appello decide, infatti, unicamente sull'accertamento dei requisiti per concedere efficacia esecutiva alla sentenza<sup>20</sup>. Con riferimento alla disciplina che regola il riconoscimento dei lodi stranieri, il legislatore ha provveduto ad adeguare la legislazione nazionale agli obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione di New York del 1958, in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere<sup>21</sup>. In questa prospettiva sembra che lo Stato abbia avuto interesse



<sup>18</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'art. 4 della l. 31 maggio 1995, n. 218, concernente la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato che ha comportato l'abrogazione dell'art. 3 del codice di rito che sanciva l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione.

<sup>19</sup> Il principio della statualità della giurisdizione, nel senso che essa è esercitata da organi dello Stato, è un principio che conosce numerose deroghe. Sul punto, cfr. F. TOMMASEO, *Lezioni di diritto processuale civile. Disposizioni generali*, Padova, 2002, p. 9, il quale sottolinea che la legge incoraggia la circolazione internazionale delle sentenze e ben si può dire che la funzione giurisdizionale può essere esercitata da giudici stranieri le cui sentenze sono riconosciute nello Stato «senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento» (art. 64, legge n. 218/1995, sul nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato) nonché da organi giurisdizionali sovranazionali.

<sup>20</sup> Ci si riferisce agli artt. 64 e ss. della l. 31 maggio 1995, n. 218, che hanno abrogato gli artt. dal 796 al 805 c.p.c. (in argomento, cfr. A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 727; C. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 575 ss.).

<sup>21</sup> In realtà occorre precisare che la disciplina dettata in materia di riconoscimento dei lodi stranieri aveva subito gli effetti della ratifica della Convenzione di New York e che quest'ultima si limita a fissare le condizioni in base alle quali si possono ottenere il riconoscimento e l'esecutività del lodo straniero, rinviando alla *lex fori* la determinazione delle regole di procedura da seguire. Conviene ricordare che a seguito del nuovo procedimento introdotto dalla riforma dell'arbitrato del 1994, sono state semplificate sensibilmente le modalità attraverso le quali ottenere il riconoscimento del lodo straniero. Ed invero, nel vigore della vecchia disciplina, non poteva trovare applicazione il procedimento di esecutività dei lodi nazionali previsto dall'art. 825 c.p.c., in quanto svolgendosi *inaudita altera parte*, non rispondeva alle condizioni fissate nell'art. V della Convenzione di New York, dovendosi, pertanto, ricorrere al più oneroso procedimento di delibazione delle sentenze straniere (art. 800 c.p.c.), che si svolgeva con garanzia piena del contraddittorio; sull'argomento, cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., I, Padova, 2012, p. 291 ss. e M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 6ª ed., II, Padova, 2010, p. 1277 ss. Con riferimento al riconoscimento dei lodi, si tratta di un procedimento sinteticamente riassumibile come giudizio

a conservare integro «il monopolio della forza»<sup>22</sup> e quindi conservare solamente il potere di riconoscimento e di dare esecutività alle decisioni piuttosto che preservare in via esclusiva la funzione dello *ius dicere*.

Riguardo alle influenze della normativa sovranazionale europea, appare di indubbio rilievo il richiamo all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché all'interpretazione ed alla applicazione dello stesso da parte della giurisprudenza di Strasburgo. A norma dell'articolo 6 CEDU «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui diritti e sulle obbligazioni civili, sia della fondatezza di ogni causa penale». Appare interpretazione condivisibile – come è stato autorevolmente osservato – che la locuzione Tribunale debba essere intesa non in un'accezione formale, ma nel più pregnante e articolato significato di diritto ad un processo giurisdizionale. Peraltro, l'organo chiamato a decidere sulla lite non necessariamente deve appartenere alla struttura giudiziaria dello Stato, ma deve tuttavia esercitare una funzione giudiziaria volta alla formazione di una decisione giurisdizionale della lite<sup>23</sup>. Circostanza che senz'altro ricorre nel caso in cui «l'organo

volto – in prima battuta – all'accertamento della regolarità formale del lodo e delle eventuali condizioni ostative, rilevabili d'ufficio, al suo riconoscimento (art. 839 c.p.c); procedimento che può eventualmente sfociare – solo nel caso in cui vi sia l'opposizione della parte contro il decreto che accorda o nega l'efficacia del lodo straniero – in una seconda fase avente a oggetto l'accertamento delle condizioni ostative al riconoscimento del lodo straniero, individuate dall'art. 840 c.p.c. e rilevabili necessariamente su istanza di parte.

<sup>22</sup> Così, C. PUNZI, *L'efficacia del lodo nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 268 ss. Sebbene vi sia chi osserva che l'attenzione va rivolta non tanto alla questione dell'(attuale) monopolio della forza riservato allo Stato, quanto all'incidenza sui diritti delle parti di un provvedimento.

<sup>23</sup> Sul punto, cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale internazionale*, Milano, 2002, p. 436, il quale richiama le pronunce della Corte di Strasburgo nel caso *Campbell e Fell* del 28 giugno 1984, A/84, § 76 e sentenza *Lithgow* e altri, dell' 8 luglio 1986, A/102 § 194, nonché *Sramek*, del 22 ottobre 1984, A/ 84, p.17 § 36 e *Bentben*, del 23 ottobre 1985, A/95 p.17 § 40, con le quali la Corte, nel decretare la legittimità dell'arbitrato rituale con riferimento al diritto all'equo processo, in particolare riguardo ai requisiti dell'organo giudicante, ha affermato che nonostante il fatto che l'art. 6 della CEDU, sopra citato, espressamente preveda il riferimento al diritto in capo ad ogni individuo di ottenere un equo processo dinanzi al Tribunale, tale ultima locuzione non deve essere intesa in senso formale, dovendosi ritenere soddisfatto tale presupposto ogni qual volta l'organo investito della cognizione della controversia di diritto civile abbia comunque la competenza a decidere «sulla base delle norme giuridiche e a seguito di procedura organizzata, tutte le questioni che [...] rientrano nel dominio della causa» (così si è pronunciata la Corte nella decisione *Sramek*,



giurisdizionale di uno Stato membro, nel suo complesso sia un elemento del sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie»<sup>24</sup>.

2.2. Detto ciò, ed evidenziata la tendenza interpretativa volta ad ampliare la nozione di giurisdizione in ragione delle considerazioni sopra espresse, non si può però ignorare il fatto che l'orientamento della Corte di Giustizia sia di segno contrario riguardo alla riconducibilità dell'attività svolta dagli arbitri nell'ambito della giurisdizione.

Ed invero, una consolidata giurisprudenza europea esclude la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 234 TCE* (oggi, art. 267 TFUE), in particolare quando il collegio arbitrale non presenti le caratteristiche dell'obbligatorietà del mezzo e non preveda l'intervento d'ufficio delle autorità dello Stato membro nella scelta della via arbitrale o nel corso della procedura.

In mancanza di tali requisiti, la Corte non ritiene che il collegio arbitrale privato possa qualificarsi «giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 267 TFUE, nonostante il «prodotto finale» sia, al pari della sentenza giudiziale, idoneo ad acquistare effetti di cosa giudicata e a costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'*exequatur*<sup>25</sup>.

È ancora oggi vivace il dibattito circa la nozione di giudice nazionale, o meglio di giurisdizione (di uno degli Stati membri) che, ai sensi dell'art. 267 TFUE, individua il soggetto legittimato al rinvio pregiudiziale<sup>26</sup>. Sotto questo profilo le contrapposte interpretazioni oscillano fra il porre l'accento sul profilo strutturale e organico del soggetto che deve giudicare e, al contrario, sul profilo funzionale ed effettuale del «come» l'organo deve giudicare e con

sopra citata). Sul punto cfr., ampiamente, C. CONSOLO (*op. cit.*, p. 437), il quale conclusivamente ritiene che «il diritto a un tribunale» si risolve dunque nel diritto ad un procedimento finalizzato alla formazione di una decisione giurisdizionale della lite, in quanto l'organo chiamato a decidere la controversia pur non dovendo integrare una struttura giudiziaria ordinaria del paese, deve tuttavia espletare una funzione giudiziaria.

<sup>24</sup> Nel caso specifico il richiamo è alla sentenza della Corte giust. UE 12 giugno 2014, C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta c. Autoridade Tributária e Aduaneira* (richiamata anche al § 44 della sentenza della Corte di giustizia *Achmea*).

<sup>25</sup> In questo senso, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 28 ss., spec. p. 157 ss., al quale si fa rinvio per un approfondimento dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, e per un'analisi delle singole pronunce.

<sup>26</sup> A norma dell'articolo citato, il rinvio pregiudiziale spetta alla «giurisdizione di uno degli Stati membri», nel corso di un «giudizio pendente davanti» alla stessa.



1  
/  
2  
0  
2  
0

251

quali conseguenze<sup>27</sup>. Nel primo caso si nega la legittimazione degli arbitri al rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia; nella seconda ipotesi la stessa è, invece, riconosciuta<sup>28</sup>. E' noto che le ragioni, che hanno portato la Corte di Giustizia a escludere tale legittimazione in capo agli arbitri, sono da individuare da un lato nella volontà della stessa Corte di non consentire alle parti private la creazione a proprio piacimento di giurisdizioni abilitate al rinvio e, dall'altro, nella necessità di ricondurre alla responsabilità degli Stati<sup>29</sup> atti di privati o di organi privati nei confronti dei quali lo Stato stesso non è titolare di poteri di controllo<sup>30</sup>.

Di questo si trova conferma nel fatto che, come in precedenza ricordato, la Corte di giustizia riconosce che possa parlarsi di decisione giurisdizionale della lite e, quindi, di esercizio della giurisdizione, nel caso in cui «l'organo giurisdizionale di uno Stato membro, nel suo complesso sia un elemento del sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie»<sup>31</sup>.

In punto, giova ricordare che la pronuncia, ormai risalente, della Corte di giustizia, con la quale il tribunale arbitrale commerciale è stato escluso dall'ambito applicativo dell'articolo 267 TFUE, ha motivato tale esclusione sul presupposto che gli arbitri non sono qualificabili quali «tribunali di uno Stato membro», ancor quando la sede dell'arbitrato si fosse trovata in uno di tali Stati<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> In questo senso, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 61 (il quale richiama le parole di A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 675), anche per un approfondimento dei contrapposti orientamenti dottrinali.

<sup>28</sup> In punto, cfr. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 511.

<sup>29</sup> Vincolati dal rispetto degli obblighi europei a norma dell'art. 4, § 3, TUE e degli artt. 258-260 TFUE (ex art. 226-228 TCE); in punto, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 61.

<sup>30</sup> In questo senso, sempre, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 61, nt. 48, il quale richiama le motivazioni della sentenza *Nordsee*, nonché J. ERAUW, *References by arbitrators to the European Court of Justice for preliminary ruling*, in Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, 1997, p. 101 ss., spec. p. 123.

<sup>31</sup> Nel caso specifico il richiamo (§ 44 sentenza *Achmea*) è alla sentenza della Corte giust. UE 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta*, cit., e l'organo giurisdizionale di uno Stato membro, era un elemento del sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie in materia fiscale previsto dalla costituzione portoghese; in punto cfr. S. PELLERITI, *Referral for a preliminary ruling of the European Court of Justice from an arbitral tribunal. Recent developments in light of Case C-555/13* (nota a Corte giust. UE 13 febbraio 2014, C-555/13) in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 815 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Corte giust. UE 23 marzo 1982, C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*; nello stesso senso Corte giust. UE 27 gennaio 2005,



Le ragioni che hanno portato nel corso degli anni la Corte di giustizia ad escludere l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale in capo agli arbitri si sono differenziate sottolineandosi, da un lato, il fatto che l'arbitrato fosse obbligatorio o previsto dalle parti ovvero fosse prevista l'applicazione delle norme di diritto ovvero ancora che il tribunale fosse indipendente<sup>33</sup>.

Un ulteriore profilo, che arricchisce il dibattito circa la nozione di giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, è stato posto in evidenza dalla stessa Corte nella decisione *Achmea*, con riferimento all'ampiezza del controllo giurisdizionale spettante al giudice investito della valutazione circa la validità del lodo arbitrale secondo le norme del diritto nazionale dello stesso giudice.

Ed invero, come si legge nella pronuncia della Corte di Giustizia, in via subordinata, nel caso in cui l'organo decidente difetti di tale requisito, ossia non costituisca elemento del sistema giurisdizionale, occorre verificare «se la decisione arbitrale emessa da tale collegio, conformemente, in particolare, all'art. 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 potrebbero essere indotto a trattare possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte nell'ambito di un rinvio pregiudiziale».

In altre parole occorre valutare l'ambito della cognizione del giudice in sede di controllo giurisdizionale circa la validità del lodo arbitrale secondo le norme del diritto nazionale di tale giudice. Da quanto sopra, sembra emergere dunque che la funzione giurisdizionale – intesa come potere di decidere la controversia, limitatamente quindi all'aspetto cognitivo – possa



1  
/  
2  
0  
2  
0

253

C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier c. Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA*. In senso contrario cfr. Corte giust. UE 13 febbraio 2014, C-555/13, *Merck Canada Inc.*, nel quale la Corte di giustizia ha accettato un rinvio pregiudiziale da parte di un tribunale arbitrale stabilmente incardinato nella giurisdizione statale; in punto, cfr. lo studio del Parlamento europeo (*Directorate general for internal policies. Policy Department C: Citizens' right and constitutional affairs*), *Legal instruments and practise of arbitration in the EU*, 2014, p. 202 ss., reperibile in *europarl.europa.eu*.

<sup>33</sup> In punto Corte giust. UE 30 maggio 2002, C-516/99, *Walter Schmid*; Corte giust. UE 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*; Corte giust. UE 19 ottobre 1995, C-111/94, *Job Centre Coop. ARL*; Corte giust. UE 27 aprile 1992, C-393/92, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij NV.*; Corte giust. UE 17 ottobre 1989, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss*; Corte giust. UE 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò c. ignoti*; Corte giust. UE 30 giugno 1966, C-61/65, *G. Vaassen-Göbbels c. Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*; in punto, cfr. *Legal instruments and practise of arbitration in the EU*, cit., p. 203.

essere attribuita anche ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro, inteso come organo capace di emettere un provvedimento che produca gli effetti della sentenza, sebbene non incardinato nel «sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie» sempre che su tale provvedimento possa essere esercitato un ampio controllo in sede di impugnazione dello stesso.

Giova in punto ricordare che in altra occasione (nel caso *Eco Swiss*)<sup>34</sup>, sul presupposto che gli arbitri, diversamente da un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario, la Corte di giustizia ha riconosciuto al giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, il potere di accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con le norme del diritto comunitario. La *ratio* sottesa è quella di evitare future divergenze di interpretazione per potere soddisfare l'interesse dell'ordinamento giuridico comunitario volto a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario.

In *Eco Swiss*, però, a differenza di quanto deciso nel caso *Achmea*, la Corte di Giustizia reputa sufficiente «un controllo impugnatorio nella sostanza inteso alla verifica della conformità all'ordine pubblico “comunitario” con eventuale o obbligatorio intervento pregiudiziale» della stessa Corte<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Corte giust. UE 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*. Secondo la Corte poiché gli arbitri, diversamente da un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario e in considerazione del fatto che l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate «il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte» Da ciò consegue che «un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art. 85 del Trattato, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico» (in punto, cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 665 ss.).

<sup>35</sup> In questo senso, A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 508 che parla di «contraddizione giurisprudenziale». In particolare, l'A. sottolinea che secondo la Corte di giustizia, il collegio arbitrale previsto dal TBI è a tutti gli effetti un normale collegio arbitrale internazionale a carattere «privato» e non vi è dunque ragione di legittimarlo al rinvio pregiudiziale. L'A. evidenzia, inoltre, che per la Corte tale «deficit strumentale in vista della effettività e della uniforme



Sotto questo profilo, diventa cruciale individuare le caratteristiche del controllo. Nella pronuncia *Achmea* si legge soltanto che al giudice tedesco, in sede di impugnazione, è consentito «solo un controllo limitato, che riguarda, in particolare, la validità [del lodo] alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrabile o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione del lodo arbitrale» (par. 53).

Come è stato fatto notare l'esclusione degli arbitri dall'ambito applicativo dell'art 267 TFUE ha particolari e problematiche conseguenze nel campo dell'arbitrato in materia di investimenti *intra*-EU<sup>36</sup>. In tale ambito, infatti, spesso i tribunali arbitrali sono chiamati ad interpretare disposizioni dei trattati e tale interpretazione, come in precedenza sottolineato, deve essere volta a garantire l'uniformità, al fine di evitare future divergenze. Si osserva, pertanto, che sarebbe utile per il tribunale arbitrale richiedere un rilievo pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. In alcuni casi tale possibilità sarebbe realizzabile indirettamente, attraverso il coinvolgimento del giudice statale del luogo in cui ha sede l'arbitrato, il quale potrebbe inoltrare la questione pregiudiziale alla Corte, in attuazione della sua funzione di assistenza<sup>37</sup>. Comunque tale possibilità dipende da diversi fattori e, in particolare, dalle norme di legge applicabili al procedimento in base alla sede dell'arbitrato.

3. La società olandese *Achmea*, previa regolare autorizzazione, costituì in Slovacchia una società di assicurazioni sanitarie private, apportando a tal fine un capitale di circa 72 milioni di euro. Successivamente la Repubblica slovacca modificò la propria politica di liberalizzazione del mercato, in particolare vietando l'intervento dei mediatori assicurativi, la distribuzione degli utili

applicazione del diritto europeo non è sufficientemente compensato dalla possibilità di impugnare il lodo», atteso che è estremamente limitato l'ambito del controllo impugnatorio che può essere svolto dal giudice tedesco in sede di impugnazione del lodo. Limiti, peraltro, che ben noti e già percepiti dalla Corte in *Eco Swiss-Benetton*, che in tale occasione «non avevano impedito la perdurante benedizione dell'arbitrato privato e la fiducia nella sufficienza di un controllo impugnatorio».

<sup>36</sup> Cfr. *Legal instruments and practice of arbitration in the EU*, cit., p. 203. Per un approfondimento sul tema dell'arbitrato e dei trattati bilaterali e multilaterali sulla protezione dell'investimento straniero, cfr. P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 673 ss.

<sup>37</sup> In punto, cfr. C. CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico*, cit., p. 1976. Si pensi, con riferimento a tale funzione del giudice statale, a mero titolo esemplificativo, alla previsione dell'art 816 *ter*, comma 3, c.p.c., a norma del quale nel caso in cui il testimone rifiuti di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al Presidente del tribunale della sede dell'arbitrato che ne ordini la comparizione davanti a loro.



provenienti dal settore delle assicurazioni malattia e la vendita dei portafogli assicurativi; in seguito la relativa legge fu dichiarata incostituzionale; la *Achmea*, quindi, chiese il risarcimento del danno subito, asserendo la violazione del trattato bilaterale relativo alla promozione e alla tutela reciproche degli investimenti (TBI) tra l'Olanda e la Repubblica Cecoslovacca e avviando il procedimento arbitrale previsto dall'art. 8 TBI<sup>38</sup>.

Nel corso del procedimento arbitrale la Repubblica slovacca eccepì invano l'incompatibilità dell'art. 8 TBI con il diritto dell'Unione europea; quindi, dopo aver agito, parimenti invano, per l'annullamento del lodo provvisorio pronunciato sulla competenza del collegio arbitrale, impugnò per contrasto con l'ordine pubblico (art. 1059 del *Zivilprozessordnung*, par. 2, lett. b) il lodo definitivo che la condannava al risarcimento del danno (nella misura di 22,1 milioni di euro, oltre interessi e spese del procedimento), per i seguenti motivi: il collegio arbitrale, che non ha la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale, non ha tenuto conto delle disposizioni di diritto dell'Unione europea di rango superiore in materia di libera circolazione di capitali e ha violato il suo diritto alla difesa; inoltre, l'accordo arbitrale previsto dall'art. 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, è nullo per contrasto con gli artt. 267 (rinvio pregiudiziale) e 344 TFUE («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 dal trattato stesso») e 18 TUE (non discriminazione). Il *Bundesgerichtshof*, adito in sede di impugnazione della sentenza che respingeva la domanda di annullamento del lodo, pur non condividendo la tesi della Repubblica slovacca, in considerazione della novità della questione e della contraria posizione assunta dalla Commissione, si rivolse alla Corte



1  
/  
2  
0  
2  
0

256

<sup>38</sup> Art. 8 BIT: «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 decorrente dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole. *omissis* 5) Il collegio arbitrale fissa le proprie regole procedurali conformemente al regolamento arbitrale della (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» (traduzione in italiano di cui alla sentenza della Corte di giustizia).



di giustizia, prospettando il contrasto tra la procedura arbitrale delineata dal TBI e gli artt. 18 TUE, 267 e 344 TFUE.

L'Avvocato generale Wathelet concludeva escludendo l'incompatibilità tra il TBI e il diritto dell'Unione europea, sotto tutti i profili rilevanti<sup>39</sup>: il collegio arbitrale istituito ai sensi del TBI deve essere considerato «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE; la controversia *de qua* non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 344 TFUE; la competenza arbitrale non ha l'effetto di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, in ultima analisi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione europea.

La Corte di giustizia ha disatteso le conclusioni dell'Avvocato generale<sup>40</sup>, pronunciandosi, in dispositivo, come segue: «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 a un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare».

Secondo la Corte di giustizia, anche ipotizzando che il collegio arbitrale sia chiamato a pronunciarsi soltanto sulle violazioni del TBI, il fatto che esso debba tener conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente implicherebbe inevitabilmente la necessità di confron-



1  
/  
2  
0  
2  
0

257

<sup>39</sup> L'Avvocato generale Wathelet assume la posizione pro-arbitrato, conforme a quella dei paesi esportatori di capitali (Germania e Francia in testa), già manifestata nelle Conclusioni sul caso *Gazprom* (Corte giust. UE 13 maggio 2015, C-536/13, «Gazprom» OAO, in *Giur. it.*, 2016, p. 147 ss., con nota di M. STELLA, *Cala il sipario*, cit., p. 1970 ss.).

<sup>40</sup> Per quanto riguarda il denunciato contrasto tra il TBI e l'art. 18 TUE (gli investitori dei Paesi bassi che hanno investito nella Repubblica slovacca riceverebbero un trattamento preferenziale rispetto agli investitori di altri Stati membri che non hanno concluso un TBI con la Repubblica slovacca), l'Avvocato generale ne esclude la sussistenza in quanto la disparità di trattamento dipende da un accordo tra Stati in condizione di reciprocità (§ 54 ss.); la Corte di giustizia ritiene la questione assorbita dalla risposta negativa alle altre due. Tuttavia neanche tale questione è pacifica, non essendo chiaro, in particolare, se il raffronto con gli accordi relativi alla doppia imposizione fiscal sia pertinente: sul punto v., in particolare, C.I. NAGY, *Intra-EU bilateral investment treaties and EU law after Achmea: know well what brings you forward and and holds you back*, in *German Law Journal*, 19, 2018, pp. 1002-1013; I. DAMJANOVIC - N. DE SADELEER, *I Would Rather Be a Respondent State Before a Domestic court in the EU than Before an International Investment Tribunal*, cit., p. 24.

tarsi con il diritto dell'Unione europea, essendo questo diritto in vigore in ogni Stato membro e diritto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri; pertanto, il collegio arbitrale di cui all'art. 8 TBI è chiamato a interpretare e applicare il diritto dell'Unione e in particolare le disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione di capitali (§§ 40-42)<sup>41</sup>. Dunque, la controversia rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

Diversamente da quanto sostenuto dall'Avvocato generale, il collegio arbitrale non può essere considerato giurisdizione (e là dove la Corte di giustizia ha ammesso che un collegio arbitrale costituisca giurisdizione, si trattava di procedure particolari, non equiparabili a quella *de qua*); pertanto, la procedura arbitrale non consente alla Corte di giustizia di intervenire in via pregiudiziale (§§ 43-49). Al tempo stesso il controllo giurisdizionale sul lodo previsto dal diritto interno non garantisce il rispetto del diritto dell'Unione europea; tale forma di controllo è adeguata, infatti, qualora si tratti di arbitrato commerciale, ma non anche nel caso in esame: qui l'arbitrato non ha la propria fonte nell'autonomia delle parti, ma in un trattato internazionale concluso da Stati membri, «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 [...], controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto» (par. §§ 50-59, spec. 55). L'art. 8 TBI, dunque, rimette 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» (§ 58).

La sentenza si caratterizza per i frequenti rinvii al Parere della Corte di giustizia n. 2/13 sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU e muove dall'assunto, centrale nel contesto del parere citato, secondo cui il rinvio pre-

<sup>41</sup> Cfr. § 17 della sentenza, là dove si dice che secondo il giudice del rinvio l'art. 344 TFUE non tutelerebbe la competenza della Corte di giustizia in tutte le controversie in cui il diritto dell'Unione europea può essere applicato o interpretato, ma presupporrebbe la che la controversia ricada sotto la competenza della Corte in base al Trattato, laddove in relazione alla controversia *de qua* i Trattati non prevedono alcun procedimento che consenta a un investitore di far valere nei confronti di uno Stato membro il diritto al risarcimento del danno in base al TBI. La Corte di giustizia è sintetica anche sul punto: v. *infra*, § 7.



giudiziale costituisce la «chiave di volta» del sistema giurisdizionale dell'Unione europea (§ 37)<sup>42</sup>.

4. La complessità della vicenda *Achmea* deriva dal fatto che confluiscono su di essa, oltre alle problematiche, fisiologiche, connesse alla difficoltà di raccordo tra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti interni, anche quella, ulteriore, derivante dalla rilevanza della normativa di diritto internazionale. A ciò si aggiunge – come fattore di non secondaria importanza, per quanto non esplicitamente menzionato nell'argomentazione giurisprudenziale – il contesto *lato sensu* politico, in correlazione con l'importanza economica degli investimenti nelle politiche economiche degli Stati membri e nella prospettiva del mercato interno e della concorrenza tra ordinamenti giuridici.

4.1. L'atteggiamento dell'Unione europea nei confronti dell'arbitrato non è univoco<sup>43</sup>. In alcuni casi la valutazione è positiva: così nel contesto del diritto antitrust e delle controversie commerciali in genere (ammettendosi che le esigenze di efficacia della procedura giustifichino il limitato controllo dei lodi: *Eco Swiss*<sup>44</sup>). La legislazione, tuttavia, non si occupa dell'istituto, se non «in negativo»: le decisioni arbitrali sono escluse dall'ambito di applicazione del regolamento 1215/2012/UE sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; al tempo stesso le procedure arbitrali non sono in tutto e per tutto equiparate alle altre ADR (per la natura vincolante e l'assimilabilità del lodo, in senso ampio, alla decisione giudiziaria)<sup>45</sup>.

Nel contesto della normativa consumeristica non gode di *favor* la clausola che prevede il ricorso all'arbitrato: così – sia pure entro (in)certi limiti – nella direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consu-



1  
/  
2  
0  
2  
0

259

<sup>42</sup> Parere 2/13 del 18 dicembre 2014; v., in particolare, § 176.

<sup>43</sup> C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 27 ss.; M.V. BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in *Verso un «ordine comunitario» del processo civile: pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, a cura di N. Boschiero - P. Bertoli, Napoli, 2008, p. 111 ss.

<sup>44</sup> Corte giust. UE 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, cit., § 35 in particolare.

<sup>45</sup> Il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* COM(2002) 196 def., con il quale fu aperta una consultazione sulle ADR in materia consumeristica e commerciale, escludeva espressamente l'arbitrato dal proprio ambito di applicazione.

matori, e, soprattutto, nella successiva direttiva 2013/11/UE sulle ADR nei contratti con i consumatori<sup>46</sup>.

La Corte di giustizia ha ritenuto che l'arbitrato – commerciale e consumeristico – sia compatibile con il diritto dell'Unione europea, in quanto il controllo successivo sul lodo, in sede di impugnazione o di esecuzione forzata, offre sufficienti garanzie, giacché le corti nazionali potranno, in tale fase, sollevare davanti alla Corte di giustizia eventuali questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea. Inoltre, le disposizioni di diritto dell'Unione europea di particolare rilevanza devono essere equiparate, ai fini dell'annullamento o dell'esecuzione del lodo e del rilievo d'ufficio, alle disposizioni che l'ordinamento interno qualifica come di ordine pubblico, con la conseguenza che qualora il diritto interno consenta l'intervento del giudice in presenza di violazioni di norme di ordine pubblico, deve consentire analoga iniziativa qualora il giudice constati la violazione delle suddette norme di diritto dell'Unione europea (principio di equivalenza o non discriminazione). È questo quanto affermato in *Eco Swiss* in relazione all'art. 101 TFUE (disposizione indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare, per il funzionamento del mercato interno), e, in più occasioni, nel contesto dell'arbitrato consumeristico. Numerose sentenze che si collocano sul filone inaugurato da *Océano*<sup>47</sup> (rilevabilità d'ufficio dell'abusività delle clausole contrattuali nei contratti con i consumatori) e da *Eco Swiss* (impugnazione dei lodi arbitrali per contrasto con l'ordine pubblico comunitario), hanno sancito l'obbligo per il giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola arbitrale ai sensi della direttiva 93/13/CEE con conseguente caducazione del lodo, sia in sede di impugnazione (*Mostaza Claro*<sup>48</sup>), sia in sede di esecuzione forzata (*Asturcom*<sup>49</sup>, *Pohotovost*<sup>50</sup>):



1  
/  
2  
0  
2  
0

260

<sup>46</sup> La direttiva 2013/11 sulle ADR pare escludere che il consumatore possa essere vincolato da una clausola di arbitrato accettata prima dell'insorgere della controversia. Per un approfondimento sulle ADR dei consumatori e sull'arbitrato alla luce della direttiva ADR, sia consentito il rinvio a A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 1071-1076, pp. 1098-1106.

<sup>47</sup> Corte giust. UE 27 giugno 2000, Cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero e altri*.

<sup>48</sup> Corte giust. UE 26 ottobre 2006, C168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*.

<sup>49</sup> Corte giust. UE 6 ottobre 2009, C40/08, *Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez Nogueira*.

<sup>50</sup> Corte giust. UE 16 novembre 2010, ord., C76/10, *Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*.

l'art. 6 della direttiva 93/13<sup>51</sup>, così come l'art. 101 TFUE, è una disposizione fondamentale per il buon funzionamento del mercato interno, in quanto tale equiparabile alle norme che, nel diritto interno, sono classificate come di ordine pubblico.

Nel caso di arbitrato internazionale il pericolo che il diritto dell'Unione europea non trovi piena applicazione è maggiore.

Non soltanto gli arbitri, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, non possono rivolgersi alla Corte di giustizia, ma non hanno, rispetto al diritto dell'Unione europea, gli obblighi cui sono soggetti i giudici nazionali<sup>52</sup>. Inoltre, qualora la sede dell'arbitrato sia al di fuori dell'Unione europea, o – trattandosi di arbitrato in materia di investimenti – la procedura si svolga in base alla Convenzione di Washington (v. *infra*, § 4.2), non vi è la garanzia minima del rispetto dell'ordine pubblico europeo: essendo il giudice dell'impugnazione localizzato al di fuori dell'Unione europea, il problema di verificare la compatibilità del lodo con l'ordine pubblico europeo non si pone<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> In base a tale disposizione «1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista *non vincolano* il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive» (corsivi aggiunti): pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, anche le clausole che prevedono il ricorso all'arbitrato, se abusive, non devono vincolare il consumatore e il lodo reso sulla base di tali clausole non è valido.

<sup>52</sup> Aderendo alla teoria contrattuale dell'arbitrato, la possibilità che l'arbitro applichi d'ufficio il diritto dell'Unione europea, in assenza di volontà delle parti o contro questa, è limitata (trovandosi altrimenti esposto al rischio dell'annullamento del lodo per ultrapetizione); l'arbitro, inoltre, diversamente dal giudice non è soggetto al principio di leale cooperazione: v. M. GREGORI, *L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri. Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale*, in *Ricerche giuridiche*, 2014, pp. 307-309. Sulla qualificazione del diritto dell'Unione europea come diritto interno, internazionale o *tertium genus*, v. *infra*, sub § 4.2). Anche il rilievo da parte degli arbitri dell'ordine pubblico è questione controversa: A. MALATESTA - P. FRANZINA, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017, pp. 1019-1022; A. DIMOLITSA, *The raising ex officio of new issues of law*, in *The application of substantive law by international arbitrators*, a cura di F. Bortolotti - P. Mayer, Parigi, 2014, p. 22 ss.; anche le aspettative delle parti possono assumere rilevanza ai fini della valutazione: T.F.A. RIAS, *How to comply with the applicable law while taking into account the expectations of the parties and the needs of international commerce*, *ivi*, p. 143 ss.

<sup>53</sup> Il giudice competente per l'impugnazione del lodo è normalmente il giudice della sede dell'arbitrato: sul punto v. per tutti A. CARLEVARIS - A. ATTERITANO, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., p. 1217.



4.2. Il diritto internazionale degli investimenti è costituito da oltre 3000 trattati internazionali: si tratta prevalentemente di trattati bilaterali (TBI), cui si aggiungono un numero limitato di trattati plurilaterali di dimensione regionale, rispondenti all'esigenza di equiparare il trattamento dello straniero a quello del cittadino dello Stato contraente<sup>54</sup>. All'interno di tali accordi è normalmente contemplata una clausola relativa alla risoluzione delle controversie: la stessa scelta relativa all'investimento è indissolubilmente legata all'accessibilità a un meccanismo di risoluzione delle controversie che dia sufficienti garanzie di affidabilità. In quasi tutti i TBI conclusi nel mondo, dunque, è presente una clausola simile a quella presente nel TBI tra Olanda e Cecoslovacchia di cui al caso *Achmea*<sup>55</sup>.

Agli inizi degli anni '90 la Commissione europea ha spinto gli Stati dell'est europeo che aspiravano all'ingresso nell'Unione europea a concludere trattati bilaterali in materia di investimenti: vi era l'esigenza di incentivare gli investimenti, fornendo a tal fine garanzie di tutela agli investitori. Nel tempo, tuttavia, la situazione è significativamente mutata e, in particolare, a seguito dell'ampliamento ad est dell'Unione europea, numerosi TBI *extra*-UE sono diventati, nella sostanza, *intra*-UE<sup>56</sup>. Nel mutato contesto, la Commissione ha cambiato politica, chiedendo agli Stati membri di porre termine ai TBI, schierandosi per l'incompatibilità tra TBI e diritto dell'Unione europea in qualità di *amicus curiae* nei procedimenti arbitrali rilevanti e avviando delle procedure di infrazione<sup>57</sup>.



1  
/  
2  
0  
2  
0

262

<sup>54</sup> Anche per una prospettiva storica v. P. BERNARDINI, *Investimento estero e arbitrato*, cit., p. 673 ss.

<sup>55</sup> Per una rassegna sui meccanismi di ISDS esistenti, al fine di individuare un valido modello per l'eventuale riforma del sistema degli investimenti, cfr. N. BUTLER, *In search of a model for the reform of the international investment dispute resolution: an analysis of existing international and regional dispute settlement mechanisms*, in J.E. KALICKI - A. JOUBIN-BRET, *Reshaping the investor-state dispute settlement system*, The Netherlands, 2015, pp. 353-380.

<sup>56</sup> V. lo studio *Legal instruments and practice of arbitration in the EU*, cit., p. 246 ss.; C. NYOMBI - T. MORTIMER, *The turf war between the European Commission and intra-EU BITs: is an end in sight?*, in *International Arbitration Law Review*, (3)21, 2018, p. 66 ss.

<sup>57</sup> F. DIAS, *Simões, A guardian and a friend? The European Commission's participation in investment arbitration*, in *Mich. St. Int'l L. Rev.*, 25, 2017, p. 233 ss. Nel 2017, inoltre, la Commissione, in reazione alla percepita inadeguatezza del quadro giuridico, ha lanciato una consultazione in materia: *Inception Impact Assessment: prevention and amicable resolution of investment disputes within the single market* (27 luglio 2017).

Per quanto riguarda i TBI *extra*-UE, l'art. 207, § 1, TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, ha attribuito all'Unione europea la competenza a concludere nuovi trattati bilaterali in

Ai TBI si aggiungono altri accordi internazionali in materia di investimenti che contemplano procedure arbitrali. Tra questi, quello più spesso invocato nelle controversie arbitrali è la Carta dell'energia, cui sono attualmente vincolati non soltanto numerosi Stati (Stati membri dell'Unione europea, Italia esclusa a seguito di recesso, altri Stati europei e dell'Asia centrale, Giappone), ma anche l'Unione europea. Anche la Carta dell'energia contempla un meccanismo di risoluzione delle controversie di tipo arbitrale, prevedendo quale diritto applicabile la stessa Carta e le regole e i principi di diritto internazionale (art. 26.6 ECT)<sup>58</sup>.

Quindi, rileva la Convenzione di Washington del 1965 sugli investimenti, ratificata da circa 150 Stati, che si occupa esclusivamente della risoluzione delle controversie, in particolare istituendo un Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID). La caratteristica saliente del meccanismo arbitrale ivi previsto è nel fatto che esso è completamente autonomo rispetto agli ordinamenti nazionali: il procedimento arbitrale è sottratto a qualsiasi forma di controllo da parte dei giudici nazionali; il giudice nazionale adito da una delle parti nonostante la previsione contrattuale di arbitrato ai sensi della Convenzione ha l'obbligo di rinviare la parte al Centro di Washington e di dichiararsi incompetente e qualora non si astenga, lo Stato di appartenenza è considerato responsabile di una violazione del trattato; la legge applicabile è quella scelta dalle parti o, in assenza di accordo, è il diritto dello stato contraente parte della controversia,



1  
/  
2  
0  
2  
0

materia di investimenti esteri (questi ultimi ricompresi nella politica commerciale comune) e la negoziazione e la conclusione di questi accordi è ora svolta dalla Commissione europea; tuttavia, la Corte di giustizia ha escluso che gli accordi di risoluzione delle controversie Stato-investitore ricadano nell'ambito di applicazione della disposizione (Parere 2/15 sull'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, C-2017/376, § 292). Ai sensi dell'art. 351 TFUE, gli Stati membri devono eliminare ogni incompatibilità tra i trattati firmati prima dell'accesso e il diritto dell'Unione europea. Parallelamente, il regolamento UE 1219/2012 (regolamento c.d. *grandfathering*) ha dettato disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, assicurandone l'esistenza sino a quando non siano sostituiti da accordi di scambio stipulati dall'Unione europea. V. lo studio *Legal instruments and practice of arbitration in the EU*, cit., pp. 246-252.

<sup>58</sup> Tra i tanti v. C. CROSS - V. KUBE, *Is the arbitration clause of the Energy Charter compatible with EU law in its application between EU Member States?*, Analisi commissionata dall'Umweltinstitut München e.V., febbraio 2018. In sintesi, G. MARRA, *L'effetto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione nella causa C-284/16 «Achmea» sulle procedure arbitrali di risoluzione delle controversie intra-UE pendenti in esecuzione del Trattato sulla Carta dell'energia*, in *Rass. Adv. Stato*, 2018, pp. 4-6.

263

incluso il diritto internazionale privato e i principi di diritto internazionale in materia; l'annullamento del lodo è consentito soltanto in casi eccezionali ed eclatanti ed è escluso il ricorso davanti alle corti nazionali; esclusa è anche la necessità di *exequatur* e la sentenza costituisce automaticamente titolo esecutivo<sup>59</sup>.

A completamento del quadro giuridico rilevano, inoltre, alcuni trattati internazionali multilaterali di oggetto più ampio rispetto alla materia degli investimenti, come il NAFTA (stipulato tra Stati Uniti, Canada, Messico) e come alcuni recenti accordi conclusi dall'Unione europea, in particolare con il Canada (CETA), con il Vietnam e con Singapore, i quali prevedono il ricorso, in caso di controversia, a una procedura arbitrale, facendo rinvio a tribunali *ad hoc*. Peraltro, le modalità di risoluzione delle controversie previste da tali accordi sono da tempo nel mirino dell'Unione europea, nell'ottica di una riforma complessiva che mira, allo stato, all'istituzione di una corte multilaterale in materia di investimenti (v. *infra*, § 5.5).

Pur se non specificamente inerente alla materia degli investimenti, rileva, infine, la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (su cui v. *supra*, § 2.1), la quale ha semplificato la procedura, in particolare riducendo al minimo le condizioni per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione arbitrale e indicando tassativamente i motivi che giustificano il diniego (tra i quali figura la contrarietà all'ordine pubblico: art. V., 2, lett. b)<sup>60</sup>.

Dai trattati di investimento bilaterali si è sviluppato un ampio contenzioso, che vede gli Stati membri (in origine più spesso quelli dell'est, attualmente anche quelli dell'ovest, quali la Spagna, in particolare, e l'Italia<sup>61</sup>) con-

<sup>59</sup> La sede dell'arbitrato è normalmente Washington o, con l'accordo delle parti, l'Aja (sede della corte permanente di arbitrato) oppure la sede di una delle istituzioni con cui il centro ha stabilito rapporti di collaborazione o ogni altra località approvata dal tribunale arbitrale dopo consultazione con il segretario generale; la localizzazione è irrilevante ai fini dell'applicabilità delle norme di legge nazionali e dell'esecuzione della sentenza; competente ad accertare la violazione da parte dello Stato è la Corte internazionale di giustizia; da una tale sentenza consegue la perdita di credibilità dello Stato inadempiente (art. 64; ferma restando l'applicazione della disciplina dell'immunità degli Stati dalla esecuzione vigente nel luogo dove l'esecuzione è richiesta). V. P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, pp. 241-261.

<sup>60</sup> V. *supra*, nota 21.

<sup>61</sup> M. VILLAR EZCURRA, *Who is leading the control of EU jurisdiction? The Achmea BV case and its impact on taxes and investments, e.g. in Spain*, in *Kluwer International Tax Blog*, 20 marzo 2018. Cfr. § 35 delle Conclusioni dell'Avvocato generale: la Spagna è parte convenuta in 33 procedimenti, l'Italia in 9.





venuti ed esposti ad alti risarcimenti in conseguenza degli interventi statali modificativi delle originarie condizioni del mercato. Numerose controversie inerenti ai TBI *intra*-UE, alcune delle quali tuttora pendenti, hanno sollevato il problema del rapporto tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto dell'Unione europea e in tali procedimenti la Commissione europea, quale *amicus curiae*, ha sostenuto la tesi, respinta dai collegi arbitrali, dell'incompatibilità di tali TBI con il diritto dell'Unione europea<sup>62</sup>.

Il rapporto tra TBI e diritto dell'Unione europea appare estremamente controverso nel dibattito. Gli uni e l'altro hanno oggetto tendenzialmente distinto, per cui non necessariamente il diritto dell'Unione europea rileva specificamente nella controversia pendente dinanzi al tribunale arbitrale<sup>63</sup>. Può verificarsi, tuttavia, che il diritto internazionale pattizio interferisca con

<sup>62</sup> V. § 3 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet in *Achmea* (e nota 7 per riferimenti ai procedimenti arbitrali). Cfr., inoltre, i §§ 34 ss. delle Conclusioni: tra gli Stati membri intervenuti nella causa si distinguono due gruppi: uno costituito dagli Stati membri di provenienza degli investitori, raramente citati in giudizio nei procedimenti arbitrali, l'altro costituito da Stati membri convenuti, citati, ciascuno in diversa misura, più volte (Repubblica ceca, Estonia, Grecia, Spagna, Italia, Cipro, Lettonia, Ungheria, Polonia, Romania, Slovacchia) e favorevoli alla tesi dell'incompatibilità del TBI con il diritto dell'Unione europea. Rileva l'Avvocato generale come quasi nessuno degli Stati membri del secondo gruppo abbia denunciato i Trattati, mantenendoli in vigore e così consentendo ai propri investitori di beneficiarne (§ 37; l'Italia è tra le eccezioni). Interpellata in udienza sulle ragioni sottostanti la scelta di mantenere in vigore tali TBI anche nei rapporti con altri Stati che ne sostengono parimenti l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, la Repubblica slovacca si è difesa invocando la necessità di non discriminare i propri investitori rispetto agli investitori di altri Stati membri (§ 38). Secondo l'Avvocato generale, peraltro, il rischio sistemico per l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione derivante dai TBI interni all'Unione non avrebbe, alla luce dei dati scaturenti dalle procedure arbitrali, la rilevanza denunciata dalla Commissione (§ 44-47).

<sup>63</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato generale in *Achmea*, § 179 ss.: l'Avvocato generale, ponendo a raffronto le disposizioni del TBI con quelle del diritto dell'Unione europea in materia di investimenti, rileva che l'ambito di applicazione del TBI e le norme giuridiche ivi previste non coincidono con quelle dei Trattati europei e questi ultimi non offrirebbero una tutela degli investitori «più completa» (§ 179 ss.); le garanzie di tutela introdotte dal TBI sono più ampie di quelle offerte dal diritto dell'Unione europea, senza essere incompatibili con quest'ultimo (§ 228). Anche in dottrina si afferma che i TBI detterebbero disposizioni di oggetto diverso, preoccupandosi, in particolare, di tutelare la proprietà degli investitori dall'azione degli stati (e su questo vertono la maggior parte delle controversie arbitrali), mentre sul punto il diritto dell'Unione europea non offrirebbe sufficienti garanzie. V. Anche C.I. NAGY, *Intra-EU bilateral investment treaties and EU law after Achmea*, cit., pp. 996-1000, evidenziando che il diritto dell'Unione europea, non disciplinando la proprietà, non offrirebbe garanzie, in particolare, contro le espropriazioni. Sulla tutela offerta dal diritto dell'Unione europea cfr. anche la Comunicazione della Commissione sulla tutela degli investimenti *intra*-UE, cit.



le libertà fondamentali dell'Unione europea (e in particolare, trattandosi di investimenti esteri, con la libertà di circolazione dei capitali), ivi inclusa la disciplina concernente le deroghe a tali libertà consentite agli Stati membri per ragioni di interesse pubblico (quale viene in considerazione qualora lo Stato membro dell'investimento, per sopravvenute ragioni politiche, intervenga sul mercato e modifichi il quadro originario, così ledendo gli interessi degli investitori stranieri)<sup>64</sup>.

L'eventuale conflitto tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea non pare risolvibile applicando il criterio della *lex posterior* – qui il diritto dell'Unione europea rispetto al TBI – di cui alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati: tale criterio, infatti, opera sul presupposto che le norme in conflitto abbiano entrambe natura di diritto internazionale<sup>65</sup>. Infatti è dubbio – e la relativa questione è stata affrontata anche nell'arbitrato *Achmea* – che il diritto dell'Unione europea possa considerarsi diritto internazionale, e non, piuttosto, *sui generis* (se non diritto interno). Analoga questione si pone con riguardo alla Carta dell'energia, poiché l'art. 26.6 ECT prevede l'applicazione delle norme dello stesso Trattato e delle norme e dei principi di diritto internazionale<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> M. STELLA, *Cala il sipario*, cit., p. 1970. Cfr. C. CROSS - V. KUBE, *Is the arbitration clause of the Energy Charter compatible with EU law in its application between EU Member States?*, cit., pp. 4, 27, evidenziando come la compatibilità con il diritto dell'Unione europea dovrebbe essere misurata anche in relazione al parametro della tutela dell'ambiente, con la quale il diritto degli investimenti può porsi in conflitto.

<sup>65</sup> Più specificamente, l'art. 59 della Convenzione di Vienna («Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione implicite a causa della conclusione di un trattato successivo») non giustifica l'applicazione della *lex posterior*, ma l'attivazione della procedura di estinzione prevista dall'art. 65; l'art. 30 («Applicazione di trattati successivi vertenti sulla stessa materia») presuppone l'incompatibilità tra norme, laddove tra TBI e diritto dell'Unione europea il rapporto sarebbe di complementarietà: A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 142 ss. V. lo studio *Legal instruments and practice of arbitration in the EU*, cit., p. 253 ss.: i collegi arbitrali che hanno affrontato la questione hanno concluso che la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati non è applicabile in quanto non è ravvisabile alcuna sovrapposizione e incompatibilità.

<sup>66</sup> Cfr. G. MARRA, *L'effetto della sentenza della Corte di Giustizia*, cit., pp. 14-17: la giurisprudenza dei tribunali arbitrali non è univoca e il diritto dell'Unione europea è talvolta considerato diritto internazionale; cfr., per es., *Novanergia v. Spagna* il collegio pare affermare che affinché un tribunale arbitrale possa interpretare e applicare alla controversia il diritto dell'Unione europea non sia sufficiente l'implicito richiamo al diritto internazionale (art. 26.6 Carta dell'energia), ma sia necessaria un'espressa previsione in tal senso o che il ricorrente abbia lamentato non solo una violazione del Trattato, ma anche del diritto dell'Unione europea.



Il conflitto tra arbitrato di investimento e diritto dell'Unione europea è emerso con particolare evidenza nella controversia *Micula c. Romania*, relativa ad un lodo ICSID reso sulla base del TBI tra Romania e Svezia. Il tribunale arbitrale ha condannato la Romania al risarcimento del danno subito dagli investitori, ma la Commissione europea ha intimato alla Romania di non adempiere all'obbligo sancito dal lodo, sostenendo che qualsiasi pagamento dallo Stato agli investitori costituiva aiuto di stato contrario al diritto dell'Unione europea, per cui l'esecuzione del lodo violerebbe il diritto dell'Unione europea, e ha adottato una decisione in tal senso; gli investitori hanno chiesto l'esecuzione del lodo presso diverse giurisdizioni (ivi inclusa una statunitense, la quale non è soggetta agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea)<sup>67</sup>. Quindi, la decisione della Commissione che qualificava il risarcimento del danno quale aiuto di stato illegittimo è stata annullata<sup>68</sup>: il Tribunale dell'Unione europea ha ritenuto che la Commissione fosse priva di giurisdizione in quanto il lodo, pur se successivo all'adesione della Romania all'Unione europea, riconosceva in capo agli investitori un diritto sorto anteriormente all'adesione.

Tra le controversie rilevanti più note possono menzionarsi, inoltre, *Eastern Sugar c. Repubblica ceca*<sup>69</sup>, *Mox Plant* (tra Irlanda e Regno Unito)<sup>70</sup>, e,

<sup>67</sup> Sulla vicenda v., tra i tanti, M. STELLA, *Obbligo di recupero degli aiuti di stato illegittimi e (previo) giudicato arbitrale di condanna al risarcimento del danno ... da revoca degli aiuti. È davvero il crepuscolo del giudicato?*, in *Int'l lis*, 2016, p. 175 ss.; C. NYOMBI - T. MORTIMER, *The turf war between the European Commission and intra-EU BITs*, cit., pp. 76-78; S. BATTINI, *Il «caso Micula» diritto amministrativo e entanglement globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 325 ss.; A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, cit., p. 145.

<sup>68</sup> Trib. UE 18 giugno 2019, cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15.

<sup>69</sup> M. POTESTÀ, *Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 1055 ss.

<sup>70</sup> L'Irlanda aveva agito contro il Regno Unito ai sensi della Convenzione ONU sul diritto del mare per far valere l'illegittimo smaltimento di scorie radioattive nel mare irlandese; dinanzi al tribunale del mare il Regno Unito aveva eccepito la competenza della Corte di giustizia, ex art. 344 TFUE (292 TCE); quest'ultima, su ricorso della Commissione, ha accertato la violazione delle norme di diritto dell'Unione europea sulla risoluzione delle controversie; il tribunale arbitrale adito ha sospeso il procedimento sulla base di considerazioni di «mutual respect and comity»: la controversia contrapponeva Stati appartenenti allo stesso ordinamento giuridico e, pertanto, poteva essere risolta all'interno di tale ordinamento. Per una descrizione del caso v. G. VALLAR, *L'arbitrabilità delle controversie*, cit., pp. 855-857.



con riferimento alla Carta dell'energia<sup>71</sup>, *Masdar c. Spagna* (su cui v. *infra*, § 5.4), *Vattenfall c. Germania*<sup>72</sup>, *Electrabel c. Ungheria*<sup>73</sup>.

4.3. L'arbitrato può essere ritenuto uno strumento di risoluzione delle controversie preferibile rispetto al ricorso alla giurisdizione particolarmente quando la controversia dovrebbe essere incardinata presso quelle giurisdizioni degli Stati membri dell'est – spesso interessate dalle controversie in materia di investimenti – che sollevano dubbi sotto il profilo della garanzia dell'equo processo (e ciò, eventualmente, nonostante l'appartenenza all'Unione europea e al sistema CEDU)<sup>74</sup>. D'altra parte, anche le procedure arbitrali hanno dimostrato carenze sotto il profilo del *fair play*<sup>75</sup>, oltre a sfuggire alla piena applicazione del diritto dell'Unione europea.



1  
/  
2  
0  
2  
0

<sup>71</sup> Nel senso che anche la Carta dell'energia e i l'arbitrato ICSID sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea, v. già C. CROSS - V. KUBE, *Is the arbitration clause of the Energy Charter compatible with EU law in its application between EU Member States?*, cit., pp. III-IV (dove si riportano in sintesi le conclusioni, alle quali seguono le argomentazioni punto per punto; si rinvia allo stesso studio, pp. 37-42, per una tavola di sintesi sullo stato delle procedure arbitrali relative alla Carta dell'energia, aggiornata al 2017). In maggior sintesi v. L. GOUIFFÈS - C. DI MAURO, *I meccanismi di soluzione delle controversie nel quadro del Trattato sulla Carta dell'Energia*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 387 ss. Nei tempi recenti l'elevata percentuale di controversie arbitrali che si basano sulla Carta dell'energia è collegata alla revoca degli schemi di sostegno all'energia rinnovabile da parte dei governi (in particolare Spagna): S. HINDELANG, *The Limited Effects of CJEU's Achmea Judgement*, *VerfBlog*, 9 marzo 2018, p. 5.

<sup>72</sup> La controversia origina dal disastro di Fukushima del 2011, che indusse la Germania a cambiare le proprie politiche energetiche; la Vattenfall chiese il risarcimento (per 4.7 miliardi di euro). V. R. SALZANO, *L'ISDS tra la Germania e la compagnia energetica svedese Vattenfall*, in *Ius Itinere, usinitinere.it*, 27 maggio 2018.

<sup>73</sup> Decisione 30 novembre 2012, ICSID, No. ARB/07/19: qui il tribunale ha ritenuto di poter interpretare e applicare il diritto dell'Unione europea in quanto parte del diritto internazionale.

<sup>74</sup> Cfr. W. SADOWSKI, *Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?*, in *Common Market LR*, 55, 2018, p. 1025 ss., in senso critico rispetto alla posizione della Corte di giustizia.

<sup>75</sup> Così A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 515 ss. e nota 30, là dove osserva che, dal momento che i TBI offrono, sotto il profilo sostanziale, adeguate garanzie di tutela degli investimenti, la Commissione e la Corte di giustizia avrebbero potuto adottare una soluzione meno drastica e, anziché censurare l'arbitrato TBI in quanto tale, promuovere il processo di trasformazione dell'arbitrato TBI da arbitrato *ad hoc* ad arbitrato amministrato. Cfr. A. AMBIHAIPAHAR, *Investor state dispute resolution: the perils of arbitration*, reperibile su *Academia*: l'uso dell'arbitrato nei TBI e negli accordi di libero scambio, in crescita nel corso del 2000, avrebbe subito un declino per la sfiducia sul corretto funzionamento della procedura (mancanza di trasparenza, incoerenza tra decisioni).

268

5. Come premesso, la vicenda *Achmea* si configura come «eccezionale» per le reazioni che ha suscitato. Per valutarne l'impatto occorre tener conto non soltanto della pronuncia resa dal giudice del rinvio in recepimento di quella della Corte di giustizia, e delle eventuali modifiche del quadro normativo di diritto interno (come normalmente si verifica dopo le pronunce della Corte di giustizia), ma anche dei successivi interventi della stessa Unione europea e degli Stati membri. Inoltre, trattandosi di vicenda cui è sotteso un conflitto tra giurisdizione arbitrale e giurisdizione dell'Unione europea, non può non guardarsi alle reazioni dei tribunali arbitrali (anche perché è proprio guardando a queste che si può valutare in che misura l'intervento della Corte di giustizia e i successivi sviluppi sono risolutivi del conflitto tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale, che, come parimenti premesso, vede la sua punta di emersione nell'arbitrato internazionale e particolarmente in quello in materia di investimenti).

5.1. Poco dopo la sentenza *Achmea*, nel contesto della Comunicazione «Tutela degli investimenti intra-UE»<sup>76</sup>, la Commissione ha descritto il quadro giuridico di diritto dell'Unione europea in materia di tutela degli investimenti, evidenziando le garanzie di cui gli investitori possono usufruire. In tale contesto, la Commissione ha ribadito che i TBI *intra*-UE sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea<sup>77</sup> e ha specificato le conseguenze che scaturiscono dalla sentenza della Corte di giustizia e gli adempimenti di competenza delle giurisdizioni e dei legislatori degli Stati membri, allo scopo di fugare alcuni dei dubbi che potevano residuare: «[...] tutte le clausole compromissorie tra investitori e Stato contenute nei TBI *intra*-UE sono inapplicabili e [...] qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa dell'assenza di un valido patto compromissorio. Di conseguenza gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi e a rifiutare l'applicazio-

<sup>76</sup> COM(2018) 547 del 19 luglio 2018.

<sup>77</sup> «I TBI *intra*-UE conferiscono diritti soltanto agli investitori di uno dei due Stati membri interessati, in conflitto con il principio di non discriminazione tra gli investitori dell'UE all'interno del mercato unico sancito dal diritto dell'UE. Inoltre, tramite l'istituzione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, i TBI *intra*-UE sottraggono alla giurisdizione nazionale le controversie che riguardano misure nazionali e fanno riferimento al diritto dell'UE. Essi affidano tali controversie ad arbitri privati, i quali non possono applicare adeguatamente il diritto dell'UE, in assenza del dialogo giurisdizionale indispensabile con la Corte di giustizia».



ne dello stesso. Gli Stati membri che siano parti in un procedimento ancora aperto, a qualsiasi titolo, devono inoltre trarre le necessarie conseguenze dalla sentenza *Achmea*. In base al principio di certezza del diritto gli Stati membri sono inoltre vincolati a sciogliere formalmente i rispettivi TBI *intra*-UE» (paragrafo dal titolo «La sentenza *Achmea* e le sue conseguenze»).

La Commissione prende posizione anche con riferimento alla Carta dell'energia: «La sentenza *Achmea* è rilevante anche per il meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato previsto dall'articolo 26 del trattato sulla Carta dell'energia, per ciò che concerne i rapporti *intra*-UE. Tale disposizione, se interpretata correttamente, non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE. Dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello *intra*-UE, risulta incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile. Il ragionamento della Corte per la causa *Achmea* si applica in egual modo all'applicazione *intra*-UE di tale clausola, che, proprio come le clausole dei TBI *intra*-UE, contempla la possibilità di sottoporre tali controversie a un organo esterno al sistema giudiziario dell'UE. Il fatto che l'UE abbia anche sottoscritto il trattato sulla Carta dell'energia non influisce su tale conclusione: la partecipazione dell'UE a tale trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE».

La Commissione specifica che i TBI *extra*-UE non sono coinvolti dalla sentenza *Achmea*.

5.2. A seguito della pronuncia della Corte di giustizia, il giudice del rinvio ha ritenuto il lodo invalido in conseguenza della invalidità della clausola arbitrale: vedi *infra*, § 6.

5.3. La sentenza della Corte di giustizia e la Comunicazione della Commissione hanno innestato una serie di reazioni di natura politica. Dapprima diversi governi degli Stati membri hanno dichiarato di voler immediatamente porre termine ai TBI *intra*-UE<sup>78</sup>; quindi, i rappresentanti dei governi di 22 Stati membri hanno sottoscritto la Dichiarazione 19 gennaio 2019 «sulle conseguenze della sentenza *Achmea* sulla protezione degli investimenti nell'Unione europea», con la quale riconoscono che il diritto dell'Unione

<sup>78</sup> B. CAPPIELLO, *Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei*, cit., § 4.



europea prevale sugli accordi internazionali in materia di investimenti (facendosi riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, al principio di supremazia di cui alla Dichiarazione n. 17 allegata alla Carta dei diritti dell'Unione europea, alla Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei Trattati e al criterio *lex posterior*). Nella Dichiarazione si afferma che, di conseguenza, le clausole arbitrali contenute in tali accordi non sono efficaci (neppure per il periodo di tempo per il quale si prevede che producano effetti nonostante il recesso, in forza delle clausole c.d. *sunset* o *grandfathering*); poiché l'offerta di arbitrato da parte dello Stato membro parte dell'accordo non è valida, il tribunale arbitrale adito è privo di giurisdizione<sup>79</sup>.

La Dichiarazione si esprime nello stesso senso in relazione alla Carta dell'Energia: la relativa clausola arbitrale deve considerarsi «inapplicabile» (diversamente da quanto ritenuto dai tribunali arbitrali: v. *infra*, par. 5.4).

Si afferma che le controversie in materia di investimenti, in quanto connesse all'esercizio delle libertà fondamentali ed eventualmente soggette al diritto derivato e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea (giacché questo si applica anche quando gli Stati membri agiscono in deroga alle libertà fondamentali); pertanto gli Stati membri devono, anche in tale contesto, garantire la tutela degli investitori e l'effettiva tutela giurisdizionale.

Inoltre, nella Dichiarazione gli Stati membri riconoscono l'importanza di ricevere delle indicazioni relative alle modalità tramite le quali garantire la tutela degli investitori e prendono nota della Comunicazione della Commissione del 17 luglio 2018; si attesta che, alla luce delle conclusioni del Consiglio ECOFIN dell'11 luglio 2017, gli Stati membri e la Commissione intensificheranno la discussione su come meglio garantire la tutela degli investimenti, valutando eventuali interventi.

Gli Stati membri dichiarano di intraprendere, senza ritardo, una serie di iniziative volte ad informare i tribunali arbitrali, le parti convenute, i giudici nazionali e la comunità degli investitori sul comportamento cui attenersi<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Il consenso all'arbitrato dato da uno Stato nel trattato o accordo internazionale è considerato quale offerta di arbitrato che necessita, per diventare vincolante, dell'accettazione dell'investitore: v. C.F. DUGAN - D. WALLACE JR. - N. RUBINS - B. SABAHI, *Investor-State arbitration*, Oxford, 2008, p. 220 ss.

<sup>80</sup> Si tratta, più specificamente, delle seguenti iniziative: informare i tribunali arbitrali circa le conseguenze della sentenza *Achmea* sui TBI e sulla Carta dell'Energia; lo Stato convenuto e lo Stato membro in cui l'azione è esperita devono informare il tribunale arbitrale delle conseguenze



5.4. Nel raffronto con la casistica arbitrale ad essa precedente, la sentenza *Achmea* non ha, allo stato, modificato l'esito delle controversie vertenti su questioni analoghe: in nessun caso, sino a questo momento, i tribunali arbitrali hanno declinato la propria giurisdizione<sup>81</sup>.

Il primo lodo che ha respinto l'eccezione di giurisdizione fondata sulla sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia concerne la controversia *Masdar*<sup>82</sup>. Il tribunale arbitrale ha, diversamente da altri tribunali, riaperto la procedura ritenendo che la sopravvenuta sentenza *Achmea* costituisse un «fatto nuovo», ma ha respinto l'eccezione sollevata dalla Germania: il tribunale mette l'accento sul fatto che la sentenza *Achmea* riguardava un TBI *intra*-UE e non un accordo misto quale è, invece, la Carta dell'Energia. *Masdar* ha fatto da precedente anche per la controversia *Vattenfall*, parimenti concernente la Carta dell'energia<sup>83</sup>.



1  
/  
2  
0  
2  
0

272

di cui sopra; gli Stati membri convenuti devono informare le corti, anche se *extra* Unione europea, del fatto che le decisioni arbitrali dovranno essere ritenute invalide o non suscettibili di esecuzione a causa della mancanza di valido consenso all'arbitrato; gli Stati membri invitano la comunità degli investitori a non iniziare alcuna procedura arbitrale; gli Stati membri che controllano imprese che hanno agito in sede arbitrale nei confronti di altri Stati membri intraprenderanno i passi necessari per far sì che tali imprese rinuncino all'azione; gli Stati membri recederanno dai trattati di investimento bilaterali o plurilaterali; gli Stati membri agiranno in base al secondo comma del § 2 dell'art. 19(1) TUE, sotto il controllo della Corte di giustizia, contro le misure statali che protraggono la pendenza di controversie davanti ai tribunali arbitrali; gli Stati membri faranno il massimo sforzo per depositare, entro il 6 dicembre 2019, gli strumenti di ratifica, approvazione o accettazione di nuovi trattati sugli investimenti, informando il segretariato generale del Consiglio d'Europa delle eventuali difficoltà incontrate; gli Stati membri e la Commissione valuteranno eventuali ulteriori misure da adottare con riferimento alla Carta dell'Energia.

<sup>81</sup> V. S. GÁSPÁR-SZILÁGYI - M. USYNIN, *The uneasy relationship*, cit., p. 5 ss.: al momento della sentenza *Achmea* erano pendenti circa 98 arbitrati sugli investimenti e in alcuni di questi i tribunali arbitrali hanno discusso le implicazioni di *Achmea*. V., inoltre, A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, cit., pp. 144-146; B. CAPPIELLO, *Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei*, cit., §§ 5-6.

<sup>82</sup> Lodo ICSID 16 maggio 2018, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*.

<sup>83</sup> Lodo ICSID 31 agosto 2018, *Vattenfall v. Republic of Germany*. V. G. GEORGAKI, *The decision on the Achmea issue in Vattenfall v Germany or: how to escape the application of the CJEU's decision in Achmea in three steps*, 28 novembre 2018, in *law.ox.ac.uk*. La rilevanza della sentenza *Achmea* ai fini della validità del consenso arbitrale è stata esclusa anche nelle controversie *UP and C.D Holding Internationale v Hungary* (lodo ICSID reso sulla base del TBI Francia-Ungheria del 1987) e *Eskosol S.p.A. v. Italian Republic* (lodo ICSID reso sulla base della Carta dell'energia). Con riferimento all'arbitrato ICSID, evidenzia A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 514 ss., come difficilmente la Corte di giustizia avrà modo di pronunciarsi con specifico riferimento all'arbitrato ICSID: occorrerebbe che la controversia venga radicata presso un giudice



Le decisioni dei tribunali arbitrali, d'altronde, sono legittime dal punto di vista del diritto internazionale: sino a quando gli Stati non pongono fine ai TBI, i tribunali arbitrali sono validamente costituiti e in grado di rendere lodi che possono essere messi in esecuzione in base alle convenzioni di New York e di Washington<sup>84</sup>. La Comunicazione della Commissione e la Dichiarazione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri possono avere valore persuasivo, ma non possono di per sè obbligare gli arbitri internazionali a declinare la propria giurisdizione.

Si segnala, inoltre, che la Corte di giustizia, nel Parere 1/17 sul CETA del 30 aprile 2019, reso su richiesta dal Belgio (in vista della ratifica dell'accordo), ha escluso l'incompatibilità del CETA con il diritto dell'Unione europea<sup>85</sup>. Il *distinguishing* rispetto ad *Achmea* operato dalla Corte di giustizia è, nella sostanza, nel fatto che qui l'accordo è con uno Stato terzo: mentre nei rapporti tra Stati membri non vi è ragione di prevedere meccanismi di risoluzione delle controversie che sfuggono alla giurisdizione della Corte di giustizia, analogamente non può dirsi con riferimento ai rapporti tra gli Stati membri e il Canada; rispetto al Canada la fiducia reciproca non rileva e l'accordo poggia sulla reciprocità.

5.5. Il 20 marzo 2019 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato le direttive «di negoziato», così autorizzando la Commissione a negoziare a nome dell'Unione europea una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (TMI), quale organismo permanente in relazione ai trattati di investimento futuri e già in vigore. Sulla base del mandato del Consiglio, la Commissione avvierà negoziati con i suoi partner commerciali e di investimento nel

nazionale e che dinanzi a questo venga sollevata l'eccezione di arbitrato, oppure che venga investita della questione incidentalmente, come si è verificato in *Micula*; e comunque il sistema ICSID ha, sotto il profilo politico e fattuale, un peso maggiore rispetto ai TBI, anche di fronte all'ordinamento dell'Unione europea, per cui la Corte di giustizia si troverebbe in difficoltà a confermare *Achmea* in questo contesto.

<sup>84</sup> Anche restando nel contesto dell'Unione europea, può comunque verificarsi che gli arbitri non declinino la propria giurisdizione ed emettano il lodo pur nella consapevolezza che non potrà essere messo in esecuzione: sul punto S. GÁSPÁR-SZILÁGYI - M. USYNIN, *The uneasy relationship*, cit., p. 17 ss.

<sup>85</sup> Su tale accordo v. lo studio commissionato dal Parlamento dell'Unione europea, L. PUCCIO - R. HARTE, *From arbitration to the investment court system (ICS). The evolution of CETA rules, In depth analysis*, giugno 2017.



quadro della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)<sup>86</sup>.

La definizione delle regole specifiche è affidata all'esito delle trattative, limitandosi il mandato a definire alcuni principi generali: il tribunale dovrà essere un'istituzione internazionale permanente; i giudici dovranno essere di ruolo, qualificati, retribuiti permanentemente, imparziali e indipendenti; i procedimenti dinanzi al tribunale dovranno svolgersi in modo trasparente; dove essere prevista la possibilità di ricorso contro le decisioni del tribunale; sarà fondamentale l'applicazione effettiva delle decisioni del tribunale; il tribunale dovrà pronunciarsi sulle controversie derivanti da trattati di investimento futuri e già in vigore che i paesi decidono di attribuire alla sua autorità. Si specifica, tuttavia, che i TBI *intra*-UE e l'applicazione *intra*-UE della Carta dell'energia non ricadono nell'ambito di applicazione delle direttive di negoziato<sup>87</sup>.

Il 2 luglio 2019 il Consiglio ha adottato le «direttive di negoziato per la modernizzazione del trattato sulla Carta dell'energia». Per quanto concerne la risoluzione delle controversie, si fa rinvio all'esito dei processi di riforma dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato attualmente in corso<sup>88</sup>.

6. Giova quindi soffermarsi brevemente ad analizzare la pronuncia del *Bundesgerichtshof* (Corte federale tedesca)<sup>89</sup>, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione della decisione dell'*Oberlandesgericht* (Corte d'appello) di Francoforte sul Meno, che – investita, a sua volta, dell'impugnazione del



1  
/  
2  
0  
2  
0

274

<sup>86</sup> C.N. BROWER - J. AHMAD, *From the two-headed nightingale to the fifteen-headed hydra: the many follies of the proposed international investment court*, in *Fordham Int'l L.J.*, 41, 2018, p. 791 ss.

<sup>87</sup> Nota a piè pagina 1: ciò «Without prejudice to the question of their validity or applicability under EU law, bilateral investment treaties concluded among Member States (i.e. intra-EU BITs), as well as the intra-EU application of the Energy Charter Treaty shall not fall within the scope of these directives».

<sup>88</sup> «In ogni caso, l'UE dovrebbe adoperarsi per garantire l'applicazione all'ECT delle riforme multilaterali in corso relative ai meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato, come quelle nell'ambito del gruppo di lavoro III dell'UNCITRAL e dell'ICSID. Ciò comprende l'impegno a garantire l'applicazione all'ECT di un futuro tribunale multilaterale per gli investimenti».

<sup>89</sup> BGH 31 ottobre 2018, I ZB 2/15, *Repubblica Slovacca c. Achmea*, traduzione di E. D'ALESSANDRO, in *Riv. arb.*, 2019, p. 123 ss., con nota di M. BLUHER, *The final decision of the Bundesgerichtshof in the Achmea-saga*; BGH, *Beschluss von 31. Oktober 2018* – I ZB 2/15.

lodo definitivo che condannava la Repubblica Slovacca al risarcimento del danno in favore di *Achmea* – aveva ritenuto la clausola arbitrale contenuta nell'art. 8 TBI compatibile con il diritto dell'Unione Europea. Si è in precedenza ricordato, che il *Bundesgerichtshof* (BGH), pur non condividendo la tesi della Repubblica slovacca, in considerazione della novità della questione e della contraria posizione assunta dalla Commissione, si è rivolto alla Corte di giustizia, prospettando il contrasto tra la procedura arbitrale delineata dal TBI e gli artt. 18 TUE, 267 e 344 TFUE.

Sulla base delle premesse contenute nella pronuncia della Corte di Giustizia, le conclusioni cui perviene il BGH sono riassumibili nei seguenti termini: l'art. 8 par 2 del TBI deve essere disapplicato (per contrasto con gli artt. 267 e 344 del TFUE); conseguentemente, «manca una valida convenzione arbitrale fra le parti». Secondo il BGH, infatti, non vi è stata la conclusione tra le parti di un valido accordo compromissorio, sussistendo soltanto le dichiarazioni delle due parti contraenti di cui all'art. 8, par. 2, del TBI. Siffatte dichiarazioni, tuttavia, dopo la sentenza della Corte di Giustizia non hanno più effetto<sup>90</sup>. Pertanto, l'offerta di arbitrato formulata dalla Slovacchia nell'art. 8 TBI non poteva più dirsi esistente e accettata dall'investitore. Più precisamente, a seguito della disapplicazione dell'art. 8 par 2 del TBI, in mancanza di un'offerta di arbitrato da parte della Slovacchia, suscettibile di essere accettata da *Achmea*<sup>91</sup>, il lodo deve ritenersi nullo per inesistenza della convenzione di arbitrato, non essendo possibile ravvisare – secondo il BGH (a differenza di quanto sostenuto dall'*Oberlandesgericht*) – conclusione tacita della convenzione di arbitrato nel fatto che *Achmea* avesse introdotto il giudizio arbitrale e nominato il proprio arbitro.

Sotto questo profilo, giova ricordare che l'impugnazione del lodo per mancanza di una valida convenzione arbitrale è consentita dal Nr. 1 lett.

<sup>90</sup> Più precisamente, nella motivazione del provvedimento [(punto c) dell'ordinanza] si legge «Vero è, come sottolineato da *Achmea*, che la sentenza della Corte di Giustizia concerne soltanto il contenuto del TBI tra la Slovacchia e i Paesi Bassi e non si occupa della questione relativa alla conclusione dell'accordo compromissorio valido ed efficace tra le parti. Nel caso di specie, tuttavia, il TBI è indissolubilmente legato alla convenzione di arbitrato. Manca una offerta, formulata dalla Slovacchia, alla conclusione di un accordo compromissorio, essendoci soltanto le dichiarazioni delle due parti contraenti di cui all'art. 8, § 2, del TBI. Siffatte dichiarazioni, tuttavia, dopo la sentenza della Corte di Giustizia non hanno più effetto. Manca quindi una offerta contrattuale finalizzata alla conclusione di una convenzione arbitrale rivolta ad *Achmea*»: cfr. *Bundesgerichtshof*, ordinanza 31 ottobre 2018, cit., p. 127.

<sup>91</sup> Cfr. quanto osservato dal *Bundesgerichtshof*, ordinanza 31 ottobre 2018, cit., p. 127.



a) del § 1059 Abs. 2 dZPO sia in caso di mancanza di compromettibilità soggettiva della controversia sia in caso di invalidità della convenzione di arbitrato<sup>92</sup>. Con specifico riferimento all'invalidità della convenzione di arbitrato, il § 1059 Abs. 2 Nr. 1 dispone espressamente che il diritto, in conformità al quale deve essere valutata la validità del contratto, coincide con quello scelto dalle parti; in difetto di scelta si applica – come avvenuto nella fattispecie in esame – il diritto tedesco<sup>93</sup>, che prescrive il rispetto dei requisiti di forma individuati dal § 1031 dZPO<sup>94</sup>. Pertanto, con il motivo di annullamento del lodo in esame possono farsi valere tutte le ipotesi di invalidità della convenzione di arbitrato, fra le quali rientrano sia la mancanza (totale), sia l'inefficacia della convenzione sia, infine, la sua estinzione<sup>95</sup>.

Con riferimento alla disciplina dell'impugnazione del lodo arbitrale è necessario porre in evidenza un ulteriore aspetto. Nell'ordinanza in esame il BGH richiama la questione posta dalla Corte di giustizia, circa la necessità di valutare la concreta possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla stessa Corte, per il tramite del giudice statale<sup>96</sup>, osservando che «un tale controllo giurisdizionale può essere esercitato dal suddetto giudice solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta»<sup>97</sup>.



1  
/  
2  
0  
2  
0

276

<sup>92</sup> In questo senso, R. KREINDLER - J.K. SCHÄFER - R. WOLFF, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kompendium für die Praxis*, Frankfurt am Mein, 2006, Rn. 1080 ss.

<sup>93</sup> Cfr. R. KREINDLER - J.K. SCHÄFER - R. WOLFF, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 1082; H. REICHHOLD, in K. THOMAS - H. PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 30. ed., München, 2009, sub § 1059, Rn. 8.

<sup>94</sup> In argomento, R. KREINDLER - J.K. SCHÄFER - R. WOLFF, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., Rn. 1082.

<sup>95</sup> In questo senso, R. A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4<sup>a</sup> ed., München, 2007, Kap. 11, Rn. 306: «Fehlt eine Schiedsvereinbarung, ist sie unwirksam oder erloschen, so ist der Schiedsspruch aufhebbar».

<sup>96</sup> Al riguardo la Corte di Giustizia, osserva che è necessario valutare «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» (§ 50 della sentenza, richiamato nell'ordinanza del BGH, al § 4, sub lett. bb).

<sup>97</sup> § 53 della pronuncia della Corte di Giustizia, ove si osserva che «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». In punto, il BGH precisa che la Corte di giustizia reputa insoddisfacente la circostanza che un controllo giurisdizionale possa avere luogo soltanto se il diritto nazionale lo contempla (cfr. al § 4, sub lett. bb).

Sotto questo profilo, ossia l'ampiezza del controllo esercitabile dal giudice chiamato a decidere dell'impugnazione del lodo, è un dato incontestabile la mancanza di uniformità di soluzioni accolte nei differenti ordinamenti. A titolo esemplificativo è sufficiente richiamare l'art. 829, comma 2 del c.p.c. italiano, che consente l'impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia se espressamente prevista dalle parti o dalla legge<sup>98</sup>, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento tedesco per il quale l'annullamento del lodo è consentito ogni qual volta il riconoscimento o l'esecuzione dello stesso siano contrarie all'ordine pubblico (§ 1059, n. 2 ZPO) e non per violazione di norme di diritto interno.

Da quanto precede resta sullo sfondo l'interrogativo se l'esigenza del rispetto della normativa dell'Unione debba essere privilegiata fino al punto di sacrificare le regole processuali nazionali<sup>99</sup> o se debba cercarsi una convergenza. In questa prospettiva – muovendo da una configurazione dell'oggetto del processo centrata sui fatti e sull'omogeneità funzionale delle norme giuridiche applicabili alle situazioni sostanziali affermate nella domanda – si è valutata positivamente la possibilità di giungere ad una nozione di giudi-



<sup>98</sup> Il primo dato ricavabile dalla norma in esame è che, fatti salvi i casi in cui l'impugnazione per violazione delle norme di diritto relative al merito è prevista dalla legge, le parti devono espressamente prevedere l'impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto sostanziale, altrimenti è loro preclusa la possibilità di impugnare il lodo per tale motivo. La previsione ribalta il principio generale valido fino all'entrata in vigore della riforma del 2006, a norma del quale l'impugnazione per violazione delle norme di diritto rappresentava la regola e la sua esclusione l'eccezione (l'impugnazione per tale motivo era sempre ammessa salvo che le parti non avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile). L'attuale previsione legislativa deve essere vista nell'ottica di attribuire al lodo maggiore stabilità limitando il potere di controllo del giudice ordinario, obiettivo reso palese anche dalla disciplina degli altri motivi di annullamento del lodo per i quali la spendibilità del vizio in sede di impugnazione è subordinata al rilievo della relativa eccezione nel corso del procedimento arbitrale.

<sup>99</sup> Il tema è ampiamente trattato da A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, cit., p. 149 ss. L'A., premesso l'esame delle differenti pronunce della Corte di giustizia che hanno portato alla «progressiva "relativizzazione" dell'autonomia processuale degli Stati membri» (p. 149) al punto «da sacrificare le regole processuali nazionali e finanche l'autorità di cosa giudicata» (p. 156), procede poi ad analizzare il problema specifico del consenso all'arbitrato contenuto in accordi bilaterali. In punto, riguardo alla necessità di convergenza internazionale su di un parametro condiviso di estensione dei poteri di controllo giudiziale sull'arbitrato, D. LOLLI, *Il controllo del lodo estero in una recente pronuncia francese*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 751 ss.

cato comunitario, come del resto auspicato da quegli studiosi che avevano anticipato già molti dei risultati cui perviene oggi la Corte di Giustizia<sup>100</sup>.

Tale convinzione sembra trovare ulteriore conferma proprio nei principi enunciati nelle pronunce della Corte di Giustizia e del BGH, rispetto ai quali, analizzando gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia sul consenso all'arbitrato degli Stati membri recepito nei trattati multilaterali, vi è chi rileva che la generale previsione dell'impugnabilità del lodo per violazione di norme di diritto «consentirebbe di sottoporre al giudice statale, legittimato a provocare un dialogo con la Corte di giustizia tramite il rinvio pregiudiziale, le questioni di diritto dell'Unione conosciute dagli arbitri ai fini della risoluzione della controversia»<sup>101</sup>.

Giova in punto segnalare un'altra possibile soluzione del problema prospettata in termini *de iure condendo*, diretta a lasciare agli arbitri privati la possibilità di sottoporre le questioni interpretative al tribunale di primo grado, affinché lo stesso – quale filtro assai qualificato – deferisca ai fini della decisione della questione alla Corte (se e quando occorra davvero farlo), chiarendo meglio il senso di certe questioni<sup>102</sup>.



1  
/  
2  
0  
2  
0

7. La sentenza *Achmea* è stata criticata sotto più profili. Nell'immediato dubbia ne è risultata la stessa portata: poteva essere interpretata sia come relativa alla generalità delle procedure arbitrali previste da accordi tra Stati membri, sia con esclusivo riferimento a quella specifica fattispecie (giusti-

278

<sup>100</sup> In argomento si rinvia alle considerazioni già svolte in M.L. SERRA, «Valori funzionali» del processo e domanda giudiziale. *Contributo breve in tema di oggetto della domanda*, Napoli, 2018. Ampiamente, nel senso accennato nel testo, BÖHM, *Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel*, cit., p. 123.

<sup>101</sup> In punto, P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1326 ss., nonché, A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, cit., p. 158 ss.; nel senso di consentire che i poteri di controllo del giudice statale siano ancora più penetranti, cfr. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 512, il quale osserva che «ad esempio si potrebbe chiarire definitivamente che – a prescindere dalle diverse espressioni utilizzate nelle legislazioni interne e nella Convenzione di New York, e dal modo di intenderle – l'ostacolo dell'ordine pubblico "unionale" si erge ed è rilevabile dal giudice statale in fase post-arbitrale, non solo nel caso in cui l'attuazione concreta del lodo confligga con quello, ma anche in tutti i casi in cui la decisione degli arbitri in diritto abbia come presupposto una manifesta falsa interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione, pur se le conseguenze esecutive risultino neutre ed indifferenti rispetto all'ordine pubblico».

<sup>102</sup> Così C. CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico*, cit., p. 1976.

ficandosi la *ratio* sulla base delle circostanze del caso concreto)<sup>103</sup>. Non era chiaro, pertanto, se la sentenza riguardasse soltanto il TBI oggetto della controversia (o, comunque, quelli previsti da una clausola di risoluzione delle controversie di analoga formulazione)<sup>104</sup> o tutti gli arbitrati previsti da TBI *intra*-UE; se soltanto gli arbitrati *ad hoc* e non anche quelli istituzionali; se anche l'arbitrato previsto dalla Carta dell'energia<sup>105</sup>; se soltanto i casi in cui l'arbitrato verte su materie disciplinate dal diritto dell'Unione europea e non anche qualora la sovrapposizione non si verifichi<sup>106</sup>. La Comunicazione della Commissione europea è intervenuta a dissipare tali dubbi (sia pure dal punto di vista dell'Unione europea).

Inoltre, le motivazioni della sentenza appaiono scarse e non esaurienti, soprattutto se rapportate alla complessità delle questioni e considerando che pressoché tutti i punti decisivi della controversia risultano, nel dibattito generale e nella giurisprudenza arbitrale, estremamente controversi, e che l'Avvocato generale aveva ampiamente motivato la posizione di segno opposto.

<sup>103</sup> C.I. NAGY, *Intra-EU bilateral investment treaties and EU law after Achmea*, cit., p. 981 ss., in senso favorevole a una lettura restrittiva per i vantaggi che i TBI offrirebbero (dal momento che il diritto dell'Unione europea non offre adeguata protezione sostanziale agli investimenti); per una lettura «sostanzialista», secondo cui la sentenza riguarderebbe tutti gli accordi che contemplino una procedura arbitrale, B. HESS, *The fate of investment dispute resolution after the Achmea decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for procedural law Research Paper Series, 3, 2018, p. 10.

<sup>104</sup> La sentenza, in più punti e nel dispositivo, fa riferimento a clausole arbitrali «come quella» di cui all'art. 8 TBI Olanda-Repubblica ceca e slovacca. Con riferimento alle modalità previste per il consenso all'arbitrato e con esempi tratti da diversi accordi v. C.F. DUGAN - D. WALLACE JR. - N. RUBINS - B. SABAHI, *Investor-State arbitration*, cit., pp. 219-246.

<sup>105</sup> La Corte di giustizia non si pronuncia sul punto; cfr. §§ 57-58 della sentenza, là dove si afferma che la possibilità che l'Unione europea si assoggetti alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di un accordo internazionale di cui la stessa Unione europea è parte incontra il limite del rispetto dell'autonomia dell'Unione europea. I pareri precedentemente resi dalla Corte di giustizia in relazione alla istituzione di corti sovranazionali, quali la Corte SEE (Parere 1/91), la Corte europea in materia di brevetti (1/09), la Corte EDU (Parere 2/13), sono tutti di segno negativo.

<sup>106</sup> C.I. NAGY, *Intra-EU bilateral investment treaties and EU law after Achmea*, cit., p. 993 ss.: *Achmea*, concernendo la ripartizione dei profitti derivanti dall'investimento, interferiva con la libertà di circolazione dei capitali e con la libertà di stabilimento, laddove nelle controversie in materia di investimenti normalmente non vi è alcuna interferenza con il diritto dell'Unione europea, concernendo tali controversie aspetti inerenti alla protezione sostanziale degli investimenti che non sono toccati dal diritto dell'Unione europea.



La questione dell'ambito di applicazione dell'art. 344 TFUE, che occupa ampio spazio nelle Conclusioni e che si presenta tutt'altro che pacifica<sup>107</sup>, non è affrontata specificamente dalla Corte di giustizia e la disposizione non viene analizzata singolarmente, ma in combinato disposto con l'art. 267 TFUE (§ 60, in chiusura della sentenza)<sup>108</sup>, in quanto il ragionamento muove dal presupposto che il rinvio pregiudiziale costituisca la «chiave di volta» dell'ordinamento dell'Unione europea.

Anche con riferimento all'applicabilità del diritto dell'Unione europea alla controversia, la Corte di giustizia non si sofferma sul rapporto tra quest'ultimo e i TBI dal punto di vista dei contenuti rispettivamente disciplinati per verificare se vi sia, in generale o a seconda del caso concreto, una sovrapposizione o incompatibilità<sup>109</sup>. La Corte di giustizia, ragionando in astratto, si limita a rilevare che, se anche il tribunale dovesse pronunciarsi soltanto sull'eventuale violazione del TBI, dovrebbe comunque, ai sensi della clausola di risoluzione della controversia prevista dal TBI, tenere conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti; parimenti, essendo il diritto dell'Unione europea, al tempo stesso, parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e diritto deri-

<sup>107</sup> Secondo l'Avvocato generale la controversia non ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 344 TFUE né sotto il profilo soggettivo né sotto quello oggettivo. Con riferimento al profilo soggettivo, si tratterebbe di controversia tra Stato e investitore, laddove l'art. 344 TFUE riguarderebbe esclusivamente le controversie tra Stati (anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia; §§ 143-159). Con riferimento al profilo oggettivo, in primo luogo la competenza del collegio arbitrale riguarderebbe soltanto le violazioni del TBI, laddove il diritto dell'Unione europea potrebbe venire in considerazione soltanto incidentalmente, in quanto diritto applicabile ai sensi dell'art. 8, § 6, TBI. Nel merito, inoltre, la controversia non concernerebbe la violazione del diritto dell'Unione europea e il lodo in nessun modo inciderebbe su questioni di diritto dell'Unione europea; l'unica incompatibilità denunciata sarebbe quella relativa al meccanismo di risoluzione delle controversie (§§ 174-178). *Contra v. C. CROSS - V. KUBE, Is the arbitration clause of the Energy Charter compatible with EU law in its application between EU Member States?*, cit., pp. 11-13.

<sup>108</sup> § 60: «[...] 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»; al § 32 la Corte di giustizia fa riferimento all'art. 344 TFUE, quale disposizione che dà espressione al principio di autonomia del sistema giuridico dell'Unione europea, ma senza affrontare la questione della sua applicabilità anche nel caso di controversia tra investitore e Stato.

<sup>109</sup> V. *supra*, nota 62.





vante da un accordo internazionale tra gli Stati membri, il collegio arbitrale dovrebbe interpretare o 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 (§§ 40-42; l'affermazione è ribadita nella Dichiarazione dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri: v. *supra*, § 5.3).

La critica più severa mossa alla sentenza attiene, tuttavia, al merito del *distinguishing*, determinante ai fini della *ratio decidendi*, tra l'arbitrato commerciale e quello in materia di investimenti. Secondo la Corte di giustizia il controllo *ex post* in sede di impugnazione o di esecuzione del lodo è sufficiente garanzia di rispetto del diritto dell'Unione europea nel primo caso e non nel secondo, in quanto nel caso degli arbitrati TBI è la legge (qui un trattato internazionale) a creare la deroga alla giurisdizione, mentre nel caso di arbitrato *tout court* la deroga dipende dalla volontà delle parti. A tale argomentazione, tuttavia, è stato da più parti replicato che in ogni caso l'arbitrato si fonda, a monte, sulla manifestazione di volontà dei singoli ordinamenti giuridici, che ne riconoscono la legittimità e gli attribuiscono determinati effetti (non essendo la sola volontà delle parti altrimenti sufficiente), con la conseguenza che l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea è pregiudicata allo stesso modo in entrambi i casi, viste le limitate possibilità di *review* del lodo<sup>110</sup>. Peraltro, sul punto è stato osservato che – al di là del fatto che nel caso del TBI l'investitore acconsente all'arbitrato per adesione, avendo gli Stati scelto di assoggettarsi all'arbitrato con la stipula dell'accordo internazionale – le due situazioni non sono equiparabili dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea. La validità della clausola arbitrale prevista dal TBI, infatti, deve essere valutata non alla luce del diritto interno – ciò che offrirebbe maggiori garanzie sotto il profilo del rispetto del diritto dell'Unione europea – ma in base all'ordinamento giuridico internazionale, che sfugge alla disciplina ordinaria del diritto interno e al diritto europeo (non essendo le norme di diritto internazionale in rapporto di soggezione rispetto a quelle dell'Unione europea)<sup>111</sup>.

La sentenza è stata oggetto di critica anche per le conseguenze che ne potrebbero discendere in concreto: il diritto dell'Unione europea verrebbe



1  
/  
2  
0  
2  
0

281

<sup>110</sup> A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 510; L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs*, cit., p. 898.

<sup>111</sup> M. STELLA, *Cala il sipario*, cit., p. 1973 ss.

sostanzialmente eluso in quanto gli operatori preferirebbero, proprio per evitare di subirne l'applicazione e perdere la garanzia della giurisdizione arbitrale, scegliere le sedi arbitrali *extra-europee*<sup>112</sup>.

Varie le alternative emerse nel dibattito. Si potrebbe riconoscere in capo agli arbitri la legittimazione al rinvio pregiudiziale, come suggerito dall'Avvocato generale: tale opzione si giustificerebbe per le peculiarità dell'arbitrato d'investimento, chiamato a svolgere un ruolo pubblicistico<sup>113</sup>. In via di compromesso, è stato ipotizzato di accordare agli arbitri la possibilità di rivolgersi ad una corte nazionale perché questa possa eventualmente rivolgersi alla Corte di giustizia, sulla falsa riga di quanto previsto in alcuni sistemi giuridici<sup>114</sup>. Tali soluzioni, tuttavia, comprometterebbero l'efficacia della procedura arbitrale, sia in termine di durata, sia in termini di riservatezza. Oppure l'impossibilità per gli arbitri di operare il rinvio pregiudiziale potrebbe essere «compensata» *ex post*, attribuendo ai giudici nazionali maggiori poteri di controllo sul lodo, anche al di là dell'ipotesi di violazione dell'ordine pubblico, cosicché potrebbe con più facilità attivarsi anche il dialogo con la Corte di giustizia<sup>115</sup>.

*De iure condendo*, la proposta, a suo tempo avanzata dalla Commissione, di istituire una corte multilaterale per gli investimenti, in primo e secondo grado, con l'obiettivo di razionalizzare e deframmentarizzare il diritto internazionale degli investimenti – nella prospettiva emersa nel contesto degli accordi di libero scambio negoziati dall'Unione europea negli ultimi anni<sup>116</sup>



1  
/  
2  
0  
2  
0

282

<sup>112</sup> V. S. LAVRANOS, *Achmea: Groundbreaking or overrated?*, cit., § IV.3, IX.

<sup>113</sup> C. CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico*, cit., pp. 1975-1977, soprattutto con riferimento ai lodi ICSID, la cui efficacia è rafforzata rispetto a quella degli altri, nazionali e internazionali (e ipotizzando il rinvio al Tribunale, se non alla Corte di giustizia); A. CIAMPI, *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è*, cit., p. 1977 ss.: la Corte di giustizia avrebbe dovuto «aggiornare» la nozione di giurisdizione ad includere gli arbitri previsti da clausole compromissorie previste in trattati internazionali, ancor più se conclusi in forma mista. Nel senso che gli arbitrati in materia di investimenti si collocano in un contesto di diritto internazionale pubblico v. E. DE BRABANDER, *Investment treaty as public international law*, Cambridge, 2014, p. 2.

<sup>114</sup> V. in questo senso – lo si è in precedenza ricordato – C. CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico*, cit., p. 1976. V. M. GREGORI, *L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri*, cit., pp. 303-307 e C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., pp. 82-84, anche per riferimenti ad alcune discipline nazionali che consentono agli arbitri di rivolgersi alla Corte di giustizia tramite il filtro delle corti nazionali.

<sup>115</sup> V. *supra*, nota 101.

<sup>116</sup> V. D. GALLO - F.G. NICOLA, *The external dimension of EU investment law: jurisdictional clashes and transformative adjudication*, in 39 *Fordham Int'l L.J.*, 2016, p. 1081 ss.

– è persa di dubbia realizzabilità<sup>117</sup>. Attualmente, il successo della proposta è rimesso all'esito del dibattito avviato da ultimo con l'adozione, da parte del Consiglio dell'Unione europea, delle direttive di negoziato; tuttavia, queste, allo stato, escludono dal proprio ambito di applicazione le controversie *intra*-UE: con riferimento a queste ultime, dunque, sino a quando i TBI e la Carta dell'energia saranno in vigore<sup>118</sup> permane la situazione di incertezza giuridica e la possibilità che la posizione dei tribunali arbitrali entri in conflitto con quella dell'Unione europea.

Infine, guardando alle modalità di impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, si osserva come, ancora una volta, quest'ultimo venga «sacrificato» all'effettività del diritto dell'Unione europea e l'«autonomia» processuale degli Stati membri debba cedere il passo. Da quanto precede resta sullo sfondo l'interrogativo se l'esigenza del rispetto della normativa dell'Unione debba essere privilegiata fino al punto di sacrificare le regole processuali nazionali o se debba cercarsi una convergenza; e, a tal fine, si è valutata positivamente la possibilità di giungere ad una nozione di giudicato comunitario<sup>119</sup>.

A ciò si aggiunga, com'è stato evidenziato, che la Corte di giustizia, nella sostanza, traspone il modello normalmente applicato per garantire la prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno (supremazia/soggezione) al rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> In tal senso S. DI BENEDETTO, *La proposta di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze*, in *federalismi.it*, 6, 2018: C. NYOMBI - T. MORTIMER, *The turf war between the European Commission and intra-EU BITs*, cit., p. 70 s.; A. PIETRANGELI - M. SILVI - M.C. MALAGUTI, *Why and how to upgrade the Italian Model BIT*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 389 ss.

<sup>118</sup> Deve considerarsi che tali accordi sono destinati a produrre effetti anche per il periodo successivo alla risoluzione in forza delle clausole *sunset*; secondo quanto si legge nella Dichiarazione dei rappresentanti degli Stati membri, cit., neppure a tali clausole dovrebbe riconoscersi efficacia. Avendo diversi Stati membri, a seguito dell'*after-Achmea*, proposto o introdotto meccanismi che privano di efficacia tali clausole, può porsi il problema delle azioni eventualmente proponibili dagli investitori che subiscano un pregiudizio: sul punto cfr. Y. ZHANG, *Mutual termination of sunset clauses in intra-EU bits: the search for investor protections*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 29, 2018, p. 173 ss.

<sup>119</sup> Si rinvia a quanto rilevato *supra*, § 6.

<sup>120</sup> M. STELLA, *Cala il sipario*, cit., p. 1974 ss.: i motivi di invalidità del lodo previsti dal diritto tedesco rilevanti in ipotesi in *Achmea* (nullità della clausola compromissoria, inarbitrabilità della controversia o contrasto con l'ordine pubblico), così come quelli previsti dal diritto italiano, non giustificerebbero la caducazione del lodo; sarebbero concepiti per lodi pronunciati da arbitri rituali con sede in Germania, ma non si presterebbero a convogliare una censura che si basa sul con-



## ABSTRACT

Con la sentenza *Achmea* la Corte di giustizia UE ha sancito l'incompatibilità delle procedure arbitrali investitori-Stato prevista dai trattati bilaterali di investimento (TBI) stipulati tra Stati membri con il diritto dell'Unione europea (segnatamente con l'art. 267 TFUE, il principio di reciproca fiducia, il principio di leale collaborazione e l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea). Nell'immediato la sentenza ha lasciato aperti numerosi dubbi, in parte colmati dagli sviluppi successivi. Il presente contributo descrive la vicenda e le sue implicazioni teoriche e pratiche, nel contesto del quadro giuridico in divenire.

*The decision rendered by the EU Court of Justice in Achmea established that the investor-State arbitration procedures laid down in bilateral investment treaties stipulated between EU Member States are not compatible with EU law (in particular with Article 267 TFEU, the principle of mutual trust, the principle of sincere cooperation and the autonomy of the EU legal order). In the immediate aftermath the decision has left many questions open and the gaps have been only partly solved by subsequent developments. The present article describes the scenario and explores the theoretical and practical implications of the case in the evolving legal framework.*



1  
/  
2  
0  
2  
0

284

trasto fra una fonte internazionalpublicistica e il diritto dell'Unione europea. Nel momento in cui il TBI è stato stipulato non vi era alcun divieto che colpisse la clausola compromissoria e semmai, a seguito dell'ingresso dell'Unione europea potrebbe configurarsi una responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi assunti con l'ingresso nell'Unione europea che legittima una procedura di infrazione. Neppure può parlarsi di inarbitrabilità della controversia (in mancanza di indicazioni in tal senso nel diritto dell'Unione europea) e la contrarietà all'ordine pubblico processuale potrebbe farsi derivare non già da un contrasto sostanziale tra le statuizioni del lodo e il diritto dell'Unione europea, ma dalla violazione da parte della Germania dei suoi obblighi verso l'Unione europea.