



SI  
DI

*Società Italiana di Diritto Internazionale  
e di Diritto dell'Unione Europea*

27

L'ARBITRATO INTERNAZIONALE  
NELL'INTERAZIONE  
TRA  
SISTEMI NORMATIVI

*XXVII Convegno*

*Napoli*

*8-9 giugno 2023*

a cura di

Massimo Iovane Fulvio Maria Palombino  
Giovanni Zarra Loris Marotti Domenico Pauciulo  
Alessandro Stiano Donato Greco

EDITORIALE SCIENTIFICA





SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea



SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale  
e di Diritto dell'Unione Europea

**L'ARBITRATO INTERNAZIONALE  
NELL'INTERAZIONE TRA SISTEMI NORMATIVI**

*XXVII Convegno*  
Napoli  
8-9 giugno 2023

a cura di

Massimo Iovane, Fulvio Maria Palombino,  
Giovanni Zarra, Loris Marotti, Domenico Pauciulo,  
Alessandro Stiano, Donato Greco

EDITORIALE SCIENTIFICA

Con il sostegno di



*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright maggio 2024

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 979-12-5976-944-2

## INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	
ANGELA DI STASI	IX
<i>Introduzione</i>	1
FULVIO MARIA PALOMBINO	
<i>L'autonomie de l'arbitrage international</i>	5
GIUDITTA CORDERO-MOSS	

### SEZIONE I

#### **Arbitrato interstatale e diritto applicabile**

ATTILA MASSIMILIANO TANZI	
<i>In tema di funzione arbitrale e fori giurisdizionali permanenti</i>	23
MARIA IRENE PAPA	
<i>"Ascesa e declino dell'arbitrato interstatale": una proposta di rilettura</i>	45
DANIELE AMOROSO	
<i>Sulla funzione "nomofilattica" della Corte internazionale di giustizia</i>	69
DEBORAH RUSSO	
<i>Giurisdizione dei tribunali arbitrali interstatali e diritto applicabile</i>	101
ROBERTO VIRZO	
<i>Il diritto applicabile da parte di corti e tribunali CNUDM e la rilevanza del criterio interpretativo dell'integrazione sistemica</i>	121
MARCO PERTILE	
<i>Il contributo storico dell'arbitrato internazionale alla teoria della soggettività: la questione del rapporto fra ordinamento dello Stato e ordinamento insurrezionale nel caso degli insorti sconfitti</i>	141
ANNA CHIARA AMATO	
<i>Influenze e contaminazioni nei rapporti tra arbitrato commerciale e contenzioso interstatale</i>	163

**SEZIONE II**  
**L'arbitrato nei rapporti tra Stato e individuo**

- MARIA ROSARIA MAURO  
*Luci e ombre dell'arbitrato sugli investimenti: quale contributo allo sviluppo del diritto internazionale?* 185
- ANTONIO CRIVELLARO  
*La tormentata relazione tra l'arbitrato internazionale da investimenti e l'Unione europea* 209
- ZENO CRESPI REGHIZZI  
*Le ricadute sui diritti processuali dell'investitore delle sentenze Achmea e Komstroy: tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea* 227
- CHIARA CELLERINO  
*Il diritto dell'Unione europea come "diritto applicabile" all'arbitrato degli investimenti post-Achmea: tra questioni processuali e obiettivi di tutela sostanziale* 243
- STEFANO SALUZZO  
*Validità del consenso dello Stato, arbitrato di investimento e diritto dell'Unione europea* 261
- SAVERIO DI BENEDETTO  
*Situazioni soggettive e tutela dell'ambiente nell'arbitrato investitore-Stato: dal right to regulate al right to protect* 283
- ANDREA SACCUCCI  
*Parallel Proceedings before Investment Tribunals and the European Court of Human Rights: Piercing the Corporate Veil to Establish Subjective Identity of Claimants* 301
- CECILIA CARRARA  
*Ordinamento italiano e arbitrato in materia di investimenti* 323

**SEZIONE III**  
**L'arbitrato nei rapporti commerciali**

- CHIARA ENRICA TUO  
*Decisioni arbitrali e giudizi interni* 355



ALBERTO MALATESTA	
<i>Arbitrato e regolamento Bruxelles I-bis: una riforma necessaria</i>	381
NERINA BOSCHIERO	
<i>Arbitrato commerciale internazionale e diritti umani</i>	399
PASQUALE PIRRONE	
<i>L'eccezione di ordine pubblico quale limite alla circolazione dei lodi arbitrali internazionali</i>	431
CATERINA BENINI	
<i>L'arbitrabilità della lite tra richiamo e "presa in considerazione" del diritto straniero</i>	445
LUDOVICA CHIUSI CURZI	
<i>La terzietà degli arbitri nell'arbitrato commerciale e di investimenti</i>	465
GIAN MARIA FARNELLI	
<i>"Disclosure of evidence" nel contenzioso internazionale</i>	487
EDOARDO GREPPI	
<i>Conclusioni</i>	507
	APPENDICE
<i>Organi direttivi</i>	519



## PRESENTAZIONE

Angela DI STASI\*

Il presente volume raccoglie gli Atti del XXVII Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI), tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" l'8 e il 9 giugno 2023.

Il tema prescelto – che è quello dell'“Arbitrato internazionale nell'interazione tra sistemi normativi” – è stato declinato alla luce di una dimensione intersoggettiva articolata ad un triplice livello: come arbitrato interstatale, nei rapporti tra Stati e individui e come arbitrato commerciale internazionale.

Questa pubblicazione riflette compiutamente il dibattito intercorso durante le due giornate dei lavori congressuali riuscendo ad approfondire molteplici questioni “classiche” legate all'arbitrato internazionale: tanto di carattere generale (sua funzione ed evoluzione nel tempo, rapporti tra arbitro e giudice, contributo allo sviluppo della funzione giudiziaria internazionale e, più in generale, del diritto internazionale, ecc.) quanto di taglio tematico, con riferimento a determinati ambiti settoriali oggetto di crescente interesse (ambiente, diritti umani e responsabilità sociale di impresa, ecc.). Ma, soprattutto, la riflessione realizzata, alla luce della efficace chiave di lettura individuata, ha consentito di cogliere le molteplici potenzialità di un arbitrato internazionale suscettibile di assurgere a “laboratorio” di *interazione* tra sistemi normativi *inter se*: tra ordinamento internazionale e sub-sistemi (quali quello del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale dell'ambiente, del diritto internazionale degli investimenti) nonché tra ordinamento internazionale, ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti giuridici interni. Una *interazione* non semplice che, come testimonia la giurisprudenza non univoca in materia, grande protagonista dei lavori del Convegno napoletano, corre il rischio di porre in discussione la stessa declinazione di alcuni principi e valori fondamentali tanto dell'ordinamento internazionale quanto di quello dell'Unione europea. Una *interazione*, nondimeno, suscettibile di stimolare forme di feconda “contaminazione”, oltre che di reciproca influenza, tra sistemi normativi,

\* Segretario Generale della SIDI.

in particolare nei rapporti tra arbitrato commerciale internazionale e interstate e, al contempo, di far emergere la crescente centralità dell'individuo (e dei suoi bisogni) nella vita giuridica internazionale.

Come testimonia questa raccolta di studi il XXVII Convegno annuale della SIDI è riuscito a realizzare, rispetto ad un tema ampio e composito nei suoi molteplici *volet* visti alla luce di una lente di osservazione di tipo evolutivo nonché di tipo prospettico, uno spazio di approfondimento scientifico capace di non trascurare anche le rilevanti implicazioni pratiche di molte questioni teoriche affrontate. Lo ha testimoniato una riflessione molto partecipata sia con riferimento al dibattito sviluppato in sede convegnistica, sia rispetto alla risposta alla *call* lanciata dagli organizzatori che ha comportato un significativo arricchimento del programma dei lavori, in senso quantitativo e qualitativo.

L'affiancamento alla tradizionale versione cartacea di questa pubblicazione di quella in *open access* consentirà una più ampia e capillare circolazione, all'interno della comunità scientifica, dell'ingente "patrimonio" di riflessioni e contenuti che caratterizzano questo volume.

A nome della SIDI rivolgo un ringraziamento sentito al Prof. Fulvio Maria Palombino, Vice-Presidente della SIDI per il periodo 2022-2023, a tutti i curatori dell'opera (ed in specie al Prof. Massimo Iovane e al Prof. Giovanni Zarra) nonché al Comitato organizzativo per il significativo sforzo profuso nella realizzazione di questa importante iniziativa culturale ma anche per la feconda interrelazione con il Consiglio direttivo della SIDI in tutte le fasi preliminari alla realizzazione del XXVII Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea.

## INTRODUZIONE

Fulvio Maria PALOMBINO\*

Il XXVII Convegno annuale della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, è stato dedicato a un tema classico, ma oggetto di costante dibattito, degli studi internazionalistici: l'arbitrato internazionale. Al fine di introdurre brevemente il convegno, i cui atti sono raccolti nel presente volume, conviene prendere le mosse proprio dal suo titolo, "L'arbitrato internazionale nell'interazione tra sistemi normativi", cercando di spiegarne sia il significato, che in gran parte è già agevolmente intuibile, sia soprattutto la questione di fondo che lo sottende.

Per ciò che riguarda la nozione di "arbitrato internazionale", si è scelto, in modo piuttosto didascalico, ma funzionale allo scopo del convegno, di fare riferimento alla *triplice dimensione* che l'arbitrato (così come il diritto applicabile alle procedure arbitrali) è in grado di assumere a seconda dei soggetti che ne risultano coinvolti e di articolare il convegno coerentemente con questo presupposto. Di qui, il primo panel ha riguardato l'arbitrato tra Stati; il secondo l'arbitrato tra Stati e individui e il terzo l'arbitrato tra individui.

Il *leitmotiv* del convegno, però, si coglie più chiaramente nella seconda parte del titolo, laddove ci si riferisce alla interazione tra sistemi normativi; quindi, l'arbitrato internazionale (nella sua *triplice dimensione intersoggettiva*), ma attraverso la lente della interazione tra sistemi normativi. Occorre capire allora cosa si intenda per sistemi normativi, e soprattutto, ed è questa la questione di fondo sottesa al convegno, in che misura l'arbitrato internazionale funga effettivamente da ponte tra sistemi normativi differenti, favorendo un'applicazione e interpretazione uniforme del diritto applicabile.

Ebbene, la nozione di "sistema normativo" include tanto i sottosistemi in cui si articola l'ordinamento internazionale, quali il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale dell'ambiente, il diritto internazionale degli investimenti ecc., quanto l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti giuridici interni.

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Rispetto invece alla questione sostanziale se l'arbitrato sia in grado di fungere da strumento di dialogo tra sistemi normativi differenti, fino al punto di svolgere addirittura una funzione unificatrice del diritto applicabile, la risposta è senz'altro positiva, ma con delle sfumature anche profondamente diverse a seconda del tribunale o della corte chiamati a pronunciarsi.

Sotto questo profilo, del resto, e senza la pretesa di voler raggiungere alcuna conclusione, non c'è dubbio che paradossalmente sia proprio la Corte internazionale di giustizia ad essere il giudice più restio ad esercitare questa funzione unificatrice. Ma si tratta di una circostanza solo in apparenza paradossale, e che è invece sintomatica di un tratto strutturale della Corte difficilmente controvertibile. Ci si riferisce alla consapevolezza che la Corte ha, per cui, anche a non volersi considerare depositaria di una vera e propria funzione nomofilattica (tema questo che si intreccia con le diverse composizioni che ha sperimentato la Corte nel corso degli anni), le sue pronunce rivestono un peso affatto peculiare rispetto a quello di qualsiasi altra pronuncia e vengono percepite come tali sia dalle altre giurisdizioni internazionali sia dai tribunali interni. In questo senso, dunque, non sorprende che la Corte abbia un approccio particolarmente prudenziale nella ricostruzione del diritto internazionale generale. Così, nel caso *Bolivia c. Cile* del 2018, la Corte ha escluso in modo lapidario la natura generale del principio delle legittime aspettative, ritenendo insufficiente a questo fine la prassi arbitrale in materia di investimenti. Certo, proprio in quel caso, la ricchezza della prassi avrebbe richiesto ben altra *motivazione* per escluderne la rilevanza, ma qui ci si muove su un piano diverso da quello della politica giudiziaria della Corte che, invece, tutto sommato, rimane comprensibile.

D'altra parte, e specularmente, la minore cautela dei tribunali *ad hoc*, che corrisponde a una maggiore audacia nel raggiungere conclusioni a volte particolarmente innovative (si pensi ad esempio alla giurisprudenza in materia di investimenti esteri di rilievo per la protezione internazionale dei diritti fondamentali), non sempre va salutata con favore, specie quando le motivazioni addotte per sostenerle risultino poco efficaci, per non dire carenti.

È dunque vero che se l'arbitrato può fungere da strumento attraverso cui favorire il dialogo e il coordinamento tra sistemi normativi differenti, è la motivazione delle decisioni che rende quello strumento credibile, e dunque capace di assolvere efficacemente a questa funzione. Detto altrimenti: se è vero che la motivazione resta solo una parte di un processo complesso, come quello decisionale, in cui a venire in rilievo sono una pluralità di fattori talvolta anche inconsapevoli e dunque "non traducibili

in linguaggio”, dare conto “agli altri” di ciò che si fa e che si dice in maniera adeguata ed efficace rimane centrale anche per un fenomeno sociale e normativo come il diritto, incluso il diritto internazionale, che vive e si legittima sempre secondo una dimensione intersoggettiva<sup>1</sup>.

È stato un grande onore, a distanza di più di vent’anni, aver riportato la SIDI alla Federico II di Napoli. Desidero pertanto esprimere i rituali ma sentitissimi ringraziamenti a tutti coloro che hanno contribuito all’organizzazione di questo importante evento, la cui realizzazione certamente non sarebbe stata possibile senza l’impegno, la dedizione e la collaborazione di istituzioni e persone che meritano tutta la mia personale gratitudine.

In primo luogo, ringrazio la Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell’Unione europea, ed in particolare il Presidente Pasquale De Sena, il Segretario generale, Angela Di Stasi, nonché tutti i colleghi e amici del Direttivo, per aver voluto, promosso e sostenuto attivamente questa iniziativa, in ogni fase della sua delicata programmazione.

Un ringraziamento va, naturalmente, al Magnifico Rettore dell’Università degli Studi di Napoli Federico II, Matteo Lorito, e al Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Sandro Staiano, i quali hanno colto, sin dal primo momento, l’importanza che una manifestazione di altro profilo scientifico come il Convegno annuale della SIDI riveste per tutti i cultori delle materie giuridiche. Grazie alla loro disponibilità e al loro supporto abbiamo potuto approfittare – tra le altre cose – della splendida sede che ha fatto da cornice per l’evento.

Sono molto grato, inoltre, ai presidenti di sessione Luca G. Radicati di Brozolo, Attila M. Tanzi e Ilaria Viarengo, che, durante i lavori del convegno, hanno saputo animare il dibattito, assicurandone al contempo l’ordinato svolgimento.

Desidero poi esprimere la più sentita gratitudine nei confronti dei miei compagni di avventura, e mi riferisco agli altri membri del Comitato scientifico – Massimo Iovane, Giovanni Zarra, Loris Marotti, Alessandro Stiano, Domenico Pauciulo e Donato Greco –, i quali si sono occupati della selezione degli interventi, hanno contribuito a garantire un ricco programma scientifico e hanno sbrigato ogni questione di natura logistica.

Assieme a loro vorrei ringraziare i giovani allievi della scuola napoletana – Roberto Ruoppo, Giuliana Lampo, Antonio Mariconda, Eloisa M.B. Bellucci, Julio A. Tilloy, Valeria Casillo, Annalisa Taddeo, Mario

<sup>1</sup> F. FERRARO, S. ZORZETTO, *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, Torino, 2023, X.

Nocerino, Michela Chianese e Caterina Milo – per le energie profuse nella realizzazione di questo convegno.

Un ringraziamento è altresì d'obbligo agli sponsor che generosamente hanno deciso di supportare l'organizzazione del Convegno: l'Istituto di Ricerca su Innovazione e Servizi per lo Sviluppo del CNR – e, in particolare, il direttore, arch. Massimo Clemente, e il dott. Giovanni Carlo Bruno –, l'Unione delle Camere Civili, l'Ordine dei Commercialisti di Napoli, rappresentato dal dott. Eraldo Turi, le banche Generali Private, Fideuram e Banca Stabiese, lo studio legale Watson Farley & Williams nella persona dell'avv. Eugenio Tranchino, e le case editrici Editoriale Scientifica, Giappichelli, CEDAM/Wolters Kluwer, Cacucci, Edizioni Scientifiche Italiane, Giuffrè, Mondadori e Editoria d'autore. Un ringraziamento particolare va infine alla Fondazione Banco di Napoli, il cui prezioso supporto ha contribuito alla buona riuscita del Convegno SIDI e alla pubblicazione del presente volume.



# L'AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Giuditta CORDERO-MOSS\*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Les arguments contre la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage. – 2.1. Compatibilité avec la pratique et les sources ? – 2.2. L'internationalisation de l'arbitrage est-elle justifiée aussi bien pour les disputes d'investissement que pour les disputes commerciales ? – 3. Les arguments pour la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage. – 3.1. L'intérêt des parties à une sentence valide et exécutoire : excès de pouvoir et ordre public. – 3.2. Le contrôle des cours sur la sentence arbitrale et la portée de l'arbitrabilité. – 4. Le droit international privé et l'autonomie de l'arbitrage. – 4.1. La *lex mercatoria* et le droit international privé: *lex specialis* et incorporation. – 4.2. La *lex mercatoria* ne peut pas être la seule source. – 4.3. La *lex mercatoria* n'est pas exclue par l'application d'un droit national. – 5. Conclusion.

## 1. Introduction

Le thème que j'ai choisi d'aborder aujourd'hui porte sur le manque d'autonomie de l'arbitrage international et sur le rôle du droit international privé dans l'arbitrage. C'est un thème qui pourrait sembler provocateur, compte tenu de la dominance pendant les dernières 50 années d'une théorie de l'arbitrage, à l'origine française, selon laquelle l'arbitrage se base sur un ordre juridique autonome et est incompatible avec l'application du droit international privé.

Comme point de départ pour mon analyse, j'ai choisi d'utiliser un écrit de Berthold Goldman qui est basé sur une intervention qu'il a donnée pour le comité français du droit international privé et qui a été publié dans les "Travaux du comité français du droit international privé" en 1977.<sup>1</sup> Cette

\* Professeure à l'Université d'Oslo. Mon discours d'ouverture est inspiré à mon intervention du 28 mars 2023 dans la série de conférences de la salle 102, organisée par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne et le Centre de recherche en droit international privé et commerce international de l'Université Panthéon-Assas.

<sup>1</sup> B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, en *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2e année 1977, 1980, 221 sq.

intervention s'intitule "Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives".

Il ne s'agit bien évidemment pas du premier travail sur ce thème, ni du dernier. Pour mentionner un des travaux les plus récents sur ce même thème, je peux citer en exemple le cours général que George Bermann a donné à l'académie de la Haye en 2017.<sup>2</sup>

Pendant les 40 années qui séparent ces deux travaux, on peut également rencontrer de nombreuses œuvres portant sur ce même thème. Pour ne citer que quelques auteurs qui ont écrit sur ce même thème: Pierre Lalive, Renée David, Emmanuel Gaillard, Ole Lando, Luca Radicati di Brozolo, Diego Fernandez Arroyo et plusieurs autres. La majorité de ces auteurs soutiennent l'idée d'une délocalisation de l'arbitrage et l'utilité de l'application de la *lex mercatoria* pour trancher les conflits internationaux. Cependant, quelques voix se sont élevées contre la conception de l'arbitrage comme détachée des systèmes juridiques nationaux, et pour l'utilité du droit international privé dans l'arbitrage international. Je peux citer F.A. Mann comme étant l'un des critiques les plus importants de la théorie de la délocalisation.

Néanmoins, Goldman a, à travers ses écrits, posé les bases de la théorie de la délocalisation, et il est donc approprié d'étudier son raisonnement.

## 2. Les arguments contre la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage

Ce que j'avais pensé faire, c'est mettre en évidence trois des arguments sur lesquels la thèse de Goldman s'appuie.

Selon le premier argument, la pratique d'exclure expressément l'application de toutes lois étatiques n'est pas exceptionnelle dans les contrats internationaux.<sup>3</sup>

Selon le second, le recours à l'arbitrage international est à lui seul considéré comme un instrument d'internationalisation du contrat.<sup>4</sup> D'après Goldman, les tribunaux arbitraux ne sont pas appelés à l'application d'un droit étatique, mais à l'application et au développement de la *lex mercatoria*.

<sup>2</sup> G. BERMAN, *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law*, en *Receuil des Cours*, Tome 381, 2017, 41 sq.

<sup>3</sup> B. GOLDMAN, *La lex mercatoria*, cit., 227.

<sup>4</sup> *Ivi*, 229.

Et selon le troisième argument, la loi étatique est par définition étrangère au for arbitral.<sup>5</sup>

Goldman s'appuie sur ces trois arguments pour développer la thèse selon laquelle un raisonnement de type conflictuel n'est pas nécessaire dans l'arbitrage. Dans sa vision, l'arbitre applique le droit de manière immédiate, d'autant plus que le droit applicable n'est pas un droit étatique, mais la *lex mercatoria*. Le droit international privé n'aurait donc pas de fonction dans l'arbitrage.<sup>6</sup>

### 2.1. Compatibilité avec la pratique et les sources ?

On peut d'abord noter que certains aspects de ces arguments ne reflètent pas nécessairement l'état des choses actuel.

Pour se pencher sur le premier argument, qui souligne l'exclusion par les parties de la loi étatique, je pourrais me référer de manière anecdotique à ma propre expérience en tant que membre de la cour internationale d'arbitrage de la CCI. Comme vous le savez, la CCI est la première institution arbitrale au monde, qui chaque année administre dans le monde entier plusieurs centaines d'affaires. La cour d'arbitrage contrôle la qualité de chaque décision arbitrale qui est rendue dans le cadre du règlement de la CCI. Au cours des 5 années où j'ai participé aux travaux de la cour, parmi les centaines de projets de décisions qu'on a contrôlés, il ne m'est arrivé qu'une seule fois de rencontrer le cas où les parties avaient exclu l'application de la loi étatique. Et de ma propre expérience comme arbitre, dans la centaine d'affaires que j'ai eu à trancher, je n'en ai vu aucun.

Certes, les observations anecdotiques n'ont aucune valeur objective, mais cela correspond aux résultats d'un sondage qui a été mené par la School of International Arbitration of the Queen Mary University of London en 2010.<sup>7</sup> Le sondage confirme le faible pourcentage de contrats qui choisissent une loi non étatique.

Le même constat est fait à travers la littérature, par exemple un article que Gilles Cuniberti a publié en 2013,<sup>8</sup> un autre que Ralf Michaels a

<sup>5</sup> *Ivi*, 232.

<sup>6</sup> *Ivi*, 232.

<sup>7</sup> School of International Arbitration of Queen Mary University of London, 2010 *International arbitration survey: Choices in international arbitration*, 2010, disponible à : < <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/> >.

<sup>8</sup> G. CUNIBERTI, *Three theories of lex mercatoria*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2013, 369.

publié en 2014,<sup>9</sup> et un livre sur la force majeure en Asie publié en 2021 par Sippel et Duggal.<sup>10</sup> Cet argument de Goldman semble donc avoir perdu de sa pertinence aujourd'hui.

Goldman ajoute une observation pour soutenir l'argument selon lequel le recours à l'arbitrage exclut l'application de la loi étatique. Selon lui, l'application de la *lex mercatoria*, donc de la loi non-étatique, ne dépend pas d'une référence convenue.<sup>11</sup> L'arbitre pourrait appliquer la *lex mercatoria* sans que les parties y aient fait référence.

Or, cela ne correspond pas à la situation législative dans tous les pays.

Comme exemple, je peux citer l'article 46.3 de la loi anglaise sur l'arbitrage et l'article 28.2 de la loi type CNUDCI. Une grande partie des affaires internationales sont tranchées en Angleterre, et la loi type CNUDCI a été adoptée dans plus de 80 pays. Il s'agit donc de deux sources très importantes dans l'arbitrage international.

Selon ces 2 sources, l'application d'une loi non-étatique dépend de l'accord des parties. Cela n'empêche pas bien sûr le tribunal de proposer l'utilisation de la *lex mercatoria*, mais sans l'accord des parties, le tribunal doit appliquer une loi étatique. Et comme dans la pratique, comme on vient de le faire remarquer, les parties choisissent rarement une loi non étatique, il s'ensuit que l'application de la *lex mercatoria* n'est pas un attribut nécessaire de l'arbitrage. Encore une fois, un argument de Goldman semble avoir perdu de sa pertinence aujourd'hui.

## 2.2. *L'internationalisation de l'arbitrage est-elle justifiée aussi bien pour les disputes d'investissement que pour les disputes commerciales ?*

Il faut observer que l'argumentation de Goldman vise particulièrement l'arbitrage d'investissement. Comme on le sait, l'arbitrage d'investissement tranche les disputes entre l'investisseur étranger et l'État hôte en appliquant le droit international public. Sans qu'il y ait de lien direct avec notre thème, je peux, par souci d'exhaustivité, ajouter qu'il y a un cadre procédural particulier pour l'arbitrage d'investissement, basé sur la Convention CIRDI de 1965. Cependant, presque la moitié des

<sup>9</sup> R. MICHAELS, *Non-State Law in the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts*, en K. PURNHAGEN et P. ROTT (eds), *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Cham, 2014, 43 sq.

<sup>10</sup> H. SIPPEL et K. DUGGAL, *Force Majeure and Hardship in the Asia-Pacific Region*, Huntington, 2021, XIX.

<sup>11</sup> B. GOLDMAN, *La lex mercatoria*, cit., 230.

disputes d'investissements n'a pas lieu dans le cadre de la Convention CIRDI, mais est soumise aux règles procédurales applicables à l'arbitrage commercial.<sup>12</sup> Dans notre contexte, cependant, ce n'est pas tant l'aspect procédural qui compte, mais celui de fond.

Or, l'argumentation de Goldman semble être développée principalement pour l'arbitrage d'investissement. Comme je l'ai dit, l'arbitrage d'investissement est basé sur le droit international public, plus précisément, il a pour but de vérifier si l'activité de l'Etat hôte, incluant son activité législative, constitue un abus de pouvoir qui violerait la protection des investissements qui est garanti par le droit international public. La légitimité de l'activité de l'Etat hôte, incluant son activité législative, doit nécessairement être évaluée sur la base d'un ordre juridique qui n'appartient pas à l'Etat même. La dimension du droit international public donne l'extériorité nécessaire. Dans ce contexte, on ne peut que partager la thèse selon laquelle la loi de l'Etat intéressé ne peut pas être la seule source pour trancher la dispute.

Ce que je remets en question, c'est que le raisonnement qui est applicable à l'arbitrage d'investissement soit applicable à l'arbitrage commercial.

Goldman, dans son intervention, apporte des exemples dans l'arbitrage des investissements.<sup>13</sup> Cependant, la thèse de la délocalisation, bien qu'elle soit développée pour l'arbitrage d'investissement,<sup>14</sup> s'est très vite étendue à tout l'arbitrage. Depuis des décennies, l'arbitrage entier, incluant l'arbitrage commercial, est décrit comme un ordre juridique autonome qui n'est pas sujet à une loi étatique spécifique, et dans lequel la *lex mercatoria* s'inscrit comme le droit applicable au fond idéal.

Est-ce justifié de faire un parallèle entre les deux formes d'arbitrage ? Si tel était le cas, la délocalisation aurait toute sa place pour l'arbitrage commercial aussi. Cependant, la nécessité d'extériorité au droit étatique qui est intrinsèque à l'arbitrage des investissements n'est, à mon humble avis, pas présente dans l'arbitrage commercial.

Alors que l'arbitre d'investissement évalue la légitimité de la législation étatique, l'arbitre commercial applique le contrat à une situation

<sup>12</sup> G. CORDERO-MOSS and D. BEHN, *Arbitration and the Development of Law*, en S. KRÖLL, A. BJORKLUND et F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge, 2023, 244 sq.

<sup>13</sup> B. GOLDMAN, *La lex mercatoria*, cit., 231.

<sup>14</sup> Voir la résolution de l'Institut de droit international intitulée *L'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères*, adoptée le 12 septembre 1989, à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle. Texte disponible sur le site Internet de l'Institut: <[http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989\\_comp\\_01\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF)>.

factuelle. Or, si l'objet de l'évaluation arbitrale est si différent dans les deux types de disputes, il n'est pas clair que les paramètres pour l'évaluation doivent être les mêmes. Tandis que la légitimité de la législation ne peut pas être évaluée sur la base de la législation elle-même, une telle dimension extérieure et corrective n'est pas nécessaire pour l'application de la loi au contrat. Bien sûr, le contrat lui-même, qui est l'objet d'une dispute commerciale, doit être appliqué sur la base de sources extérieures. Or, pour le contrat, l'élément d'extériorité et de correction est donné par le droit applicable. La nécessité d'une correction supplémentaire, extérieure au droit applicable, ne coule pas de source pour les disputes commerciales, contrairement aux disputes d'investissement. Le droit applicable n'est pas l'objet de la dispute, mais, au contraire, il donne les paramètres extérieurs pour la trancher. Même la manifestation la plus haute de la transnationalisation du droit contractuel, notamment les Principes d'UNIDROIT, confirme qu'il n'y a pas de place pour une fonction corrective des lois étatiques dans les disputes commerciales. L'article 1.4 des Principes d'UNIDROIT affirme que les Principes mêmes ne peuvent pas déroger aux règles indérogeables du droit applicable. Une fonction corrective du droit étatique est, en d'autres termes, non seulement non nécessaire dans les disputes commerciales ; mais en plus, elle n'est pas disponible dans la source la plus reconnue du droit contractuel souple, qui n'a pas la vocation de corriger le droit indérogeable.

Quoiqu'il en soit, pendant les 40 années qui ont suivi l'intervention de Goldman, la thèse de la délocalisation a recouvert la totalité de l'arbitrage sans distinguer la nature commerciale ou de protection des investissements. La thèse de la délocalisation affirme que l'arbitrage n'est pas sujet au droit étatique et l'arbitre ne doit pas appliquer au fond un droit étatique. Il s'ensuit que le droit international privé, qui a la fonction de permettre le choix du droit applicable, ne joue pas un rôle dans l'arbitrage. La théorie de la délocalisation exerce une si grande influence que l'application du droit international privé dans l'arbitrage est considéré comme réactionnaire, étatiste, excessivement formel, inutilement compliqué et hostile à l'arbitrage.

### *3. Les arguments pour la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage*

Peut-on cependant réellement affirmer que le droit international privé est hostile à l'arbitrage ?

J'affirmerai que non seulement, il est loin d'y être hostile, mais qu'en plus, il est d'une certaine utilité à l'arbitrage, et ce à 2 différents niveaux. D'une part, pour les parties à une dispute spécifique, et, d'autre part, pour l'arbitrage en général.

En premier lieu, concernant les parties à une dispute spécifique, je mettrai en lumière leur intérêt à ce que la sentence arbitrale soit définitive et exécutoire. La sentence doit en plus être prévisible, mais je ne me concentrerai que sur l'aspect définitif et exécutoire, étant évident que le droit international privé contribue à la prévisibilité du droit du fond et donc du résultat.

En second lieu, concernant l'arbitrage en général, je mettrai en évidence l'intérêt à ce que le champ d'application de l'arbitrage (l'arbitrabilité) soit aussi large que possible.

### *3.1. L'intérêt des parties à une sentence valide et exécutoire: excès de pouvoir et ordre public*

Penchons-nous tout d'abord sur le premier intérêt qui porte sur la sentence arbitrale spécifique.

Je peux rappeler la Convention de NY sur l'exécution des sentences arbitrales ainsi que les législations nationales sur l'annulation des sentences arbitrales. Toutes ces sources listent de manière exhaustive les raisons qui empêchent qu'une sentence arbitrale ait des effets. Parmi elles, trois sont pertinentes dans notre raisonnement : excès du pouvoir du tribunal, violation de l'ordre public, et non-arbitrabilité.

Concernant l'excès de pouvoir, on ne peut que constater que le pouvoir du tribunal arbitral est fondé sur le consentement des parties. Une sentence qui va au-delà de l'accord des parties excède le pouvoir conféré au tribunal.

Or, il se peut qu'un tribunal craigne que l'application du droit choisi par les parties conduise à une décision qui enfreigne l'ordre public (par exemple, la sentence violerait le droit de la concurrence).<sup>15</sup> Les parties peuvent avoir choisi le droit d'un pays tiers précisément afin d'éviter les règles sur la concurrence. Le tribunal se retrouve face à un dilemme : D'un côté, une sentence qui n'applique pas le droit choisi par les parties est une sentence en excès de pouvoir, et, d'un autre côté, une sentence qui n'applique pas le droit de la concurrence peut enfreindre l'ordre pu-

<sup>15</sup> Et le droit de la concurrence est d'ordre public, voir l'arrêt de la Cour de Justice Européenne dans l'affaire *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, 01.06.1999, C-126/97).

blic. Les deux sont des raisons suffisantes pour annuler la sentence ou pour en refuser l'exécution.

Comment le tribunal arbitral peut concilier ces deux aspects du dilemme apparemment inconciliables ? Quelles possibilités aurait le tribunal arbitral pour appliquer un droit qui n'a pas été choisi par les parties ? Si le choix du droit n'est pas fondé sur le consentement des parties, sur quelle base le tribunal s'appuierait-il pour appliquer le droit de la concurrence sans excéder son pouvoir ?

Le tribunal doit respecter la volonté des parties. Or, si on raisonne en termes de droit international privé, le choix fait par les parties n'est que l'exercice d'une règle de conflit. Comme on le sait, les règles de conflits ont une portée déterminée. Le choix des parties ne s'étend pas au droit fiscal, au droit pénal etc. Il ne s'étend pas non plus au droit de la concurrence.

Par conséquent, le tribunal ne viole pas les instructions données par les parties quand il applique les règles sur la concurrence appartenant à un droit tiers. Le tribunal appliquera le droit choisi par les parties aux questions du droit contractuel et de la responsabilité civile qui tombent dans le domaine de l'autonomie des parties. Pour les autres questions, pour lesquelles l'autonomie des parties n'a pas d'effet, le tribunal appliquera le droit qui est désigné par la règle de conflit pertinente. Ce raisonnement de droit international privé permet au tribunal d'appliquer le droit de la concurrence sans pour autant excéder le pouvoir qui lui a été conféré par les parties. De cette façon, le droit international privé permet d'éviter à la fois la violation de l'ordre public et l'excès du pouvoir. A contrario, sans un raisonnement de type conflictuel, le tribunal devrait trouver une nouvelle base sur laquelle s'appuyer pour expliquer l'application d'un droit qui diffère du droit choisi par les parties. En exemple, il a été suggéré que le tribunal ait une obligation étique de prendre en considération les lois de police.<sup>16</sup> Cette solution ne semble pas donner une base très prévisible. Quels sont les paramètres pour cette obligation étique, quelles sont les conséquences si cette même obligation étique n'est pas remplie ?

Ainsi, le droit international privé donne les moyens pour rendre une sentence arbitrale qui, en manière prévisible, peut résister au contrôle judiciaire.

<sup>16</sup> L. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules and International Arbitration*, en *American Review of International Arbitration*, 2012, 65.



### *3.2. Le contrôle des cours sur la sentence arbitrale et la portée de l'arbitrabilité*

A ce propos, il ne faut pas oublier que le contrôle judiciaire n'est pas une nouvelle instance au fond. Le juge qui contrôle la sentence arbitrale doit s'assurer que les principes fondamentaux, tant procéduraux que substantiels, aient été respectés. Il n'est pas dans la compétence du juge d'évaluer si le tribunal arbitral a appliqué la loi correctement, s'il a bien interprété le contrat etc. Cela signifie que le contrôle judiciaire est assez limité. C'est exclusivement quand la sentence arbitrale enfreint des principes fondamentaux que le juge peut intervenir. La possibilité de constater un excès de pouvoir et, encore plus, une violation de l'ordre public est par conséquent très restreinte. Une violation faible qui n'a pas de conséquences remarquables sur la décision arbitrale n'est pas suffisante pour conclure que les principes fondamentaux ont été enfreints. On ne parle donc que de situations exceptionnelles.

Pour cette raison, selon une opinion assez répandue, l'ordre public ne joue pas un rôle significatif dans l'arbitrage commercial. Cependant, à mon avis, l'exceptionnalité de l'application de l'ordre public pour annuler une sentence ou pour refuser son exécution ne donne pas un argument pour ignorer les limites qui en découlent. Contrairement à ce qu'on croit, il arrive que l'ordre public soit invoqué dans le contexte des disputes commerciales, et il faut donc en tenir compte.

L'exemple classique est le droit de la concurrence, déjà mentionné. Les parties s'accordent sur la division du marché et le contrat enfreint le droit de la concurrence de l'Union Européenne qui est d'ordre public. Si une partie réclame par arbitrage la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat, l'autre partie peut invoquer la nullité du contrat basée sur le droit de la concurrence. Si la sentence arbitrale applique le contrat malgré son conflit avec le droit de la concurrence, elle peut enfreindre l'ordre public.

Si le droit de la concurrence est l'exemple classique, l'exemple en vogue est la corruption. Si le contrat est mis en place par corruption, une décision arbitrale qui le confirme enfreint l'ordre public. Il y a plusieurs arrêts de la Cour d'Appel de Paris<sup>17</sup> et de la Cour de cassation<sup>18</sup> qui ont

<sup>17</sup> Cour d'appel de Paris, 4.11.2014, No. 13.10256; Cour d'appel de Paris, 25.11.2014, No. 13.1333; Cour d'appel de Paris, 7.4.2015, No. 14.00480; Cour d'appel de Paris, 14.4.2015, No. 14.07043; Cour d'appel de Paris, 16.1.2018, No. 15.21703; Cour d'appel de Paris, 17.11.2020, No. 18.02568; Cour d'appel de Paris, 27.10.2020, No. 19.04177; Cour d'appel de Paris, 25.5.2021, No. 18.27648; Cour d'appel de Paris, 5.4.2022, No. 20.03242.

annulé des sentences arbitrales sur cette base. C'est le résultat d'un développement intéressant du contrôle mené par les cours françaises, qui vaut la peine de mentionner ici.

Les cours ne peuvent intervenir que quand la violation de l'ordre public est manifeste, effective et concrète. Or, il y a au moins deux façons de mettre en œuvre ces critères : Les cours françaises ont développé l'approche minimaliste<sup>19</sup> (qu'ils sont en train d'abandonner quand il s'agit de corruption), et les cours de plusieurs pays européens adoptent une approche maximaliste.<sup>20</sup>

Selon la thèse minimaliste, si la décision arbitrale montre que le tribunal a pris en considération la question et a conclu que l'ordre public n'a pas été violée, la cour doit accepter cette évaluation.

Selon la thèse maximaliste, la cour peut et doit apprécier, indépendamment de la décision arbitrale, s'il y a violation de l'ordre public.

La thèse minimaliste semble perdre de l'autorité dans son pays d'origine, la France, notamment quand il s'agit de corruption ou de criminalité économique, comme je viens de le faire remarquer. La thèse minimaliste, néanmoins, bénéficie encore d'un large soutien dans la communauté arbitrale. Cela s'explique par le fait qu'elle est en accord avec la thèse de la délocalisation selon laquelle toute interférence de la cour dans l'autonomie des parties ainsi que dans son fruit, la sentence arbitrale, doit être réduite au minimum.

Cependant, cette thèse minimaliste peut s'avérer nuisible à l'arbitrage. Il y a notamment le risque qu'en contrepartie de cette restriction du contrôle judiciaire, la portée de l'arbitrabilité soit réduite. En fait, la possibilité de trancher les disputes par arbitrage en excluant la compétence des cours est acceptée tant que la cour garde la compétence sur les principes fondamentaux, comme la réglementation de la convention de New York et de presque toutes les lois nationales sur l'arbitrage, y compris la loi française, le confirment.

Cela est évident dans deux arrêts dans le domaine de la concurrence.

<sup>18</sup> Cour de cassation, 23.3.2022, No 17-17.981; Cour de Cassation, 7.9.2022, No. 20-22.118.

<sup>19</sup> Cour d'appel de Paris, 18.11.2004, No 19.693, en *Revue de l'Arbitrage*, 2005, 751.

<sup>20</sup> Court of appeal (England and Wales), *Westacre Investments Inc. et Jugoimport-SDPR Holdings Co. Ltd. and others*, 12.5.1999, 3 All ER 864, 885; Bundesgerichtshof, *Slovak Republic et Achmea*, demande d'une procédure préjudicielle, 3.3.2016; Bundesgerichtshof, *Slovak Republic et Achmea*, 31.10.2018, I ZB 2/15; Bundesgerichtshof, *Slovak Republic et Achmea*, 27.09.22, KZB 75/21, Gerechtshof Haag, *Marketing Displays International Inc. et VR Van Raalte Reclame B.V.*, 24.3.2005, NJF 2005/239, TvA 2006/24.

Le premier arrêt est de la Cour Suprême Fédérale Américaine, dans l'affaire *Mitsubishi* de 1985.<sup>21</sup> Dans cet arrêt, la Cour a abandonné l'approche traditionnelle qui considérait comme non arbitrable les litiges liés aux questions de droit de la concurrence, en expliquant que la cour aurait pu, au moment de l'exécution de la sentence arbitrale, donner un second regard au respect des principes fondamentaux. La possibilité de donner un « second look » lors du contrôle a donc permis d'étendre la portée de l'arbitrage à la matière de la concurrence.

Le même lien entre arbitrabilité et contrôle judiciaire est sous-entendu par la Cour de Justice Européenne dans l'affaire *Eco Swiss* de 1999.<sup>22</sup>

Le lien étroit entre les deux, arbitrabilité et contrôle judiciaire, transparait aussi dans certaines des opinions des avocats généraux de la Cour de Justice Européenne. Dans l'affaire *CDC*,<sup>23</sup> l'avocat général s'était opposé à l'arbitrabilité des questions relatives au droit de la concurrence parce que les limitations au contrôle judiciaire professées par la thèse minimaliste n'assureraient pas que le droit de l'Union Européenne soit mis en œuvre d'une façon uniforme. De même, dans l'affaire *Genentech*, l'avocat général s'était opposé à l'approche minimaliste.<sup>24</sup>

Si la Cour ne s'est pas prononcée sur la question dans ces deux affaires, elle s'est cependant exprimée dans une troisième affaire, même s'il ne s'agissait que d'un obiter dictum. Dans l'affaire *Achmea*,<sup>25</sup> qui en effet portait sur l'arbitrage des investissements, et qui peut être critiqué pour plusieurs raisons qui cependant ne sont pas pertinentes dans notre contexte, la cour a confirmé obiter dictum que les disputes commerciales qui relèvent du droit européen peuvent être tranchées par arbitrage commercial, pourvu que la sentence arbitrale soit sujet au contrôle judiciaire maximaliste.

Qu'un contrôle judiciaire trop restreint soit une menace pour la portée de l'arbitrage est confirmé aussi par des décisions des cours natio-

<sup>21</sup> US Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp et Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 02.07.1985, 473 U.S. 614, 628 (1985).

<sup>22</sup> *Eco Swiss*, cit.

<sup>23</sup> Cour de Justice Européenne, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA et Akzo Nobel NV et al.*, 21.05.2105, C-352/13.

<sup>24</sup> Cour de Justice Européenne, *Genentech Inc. et Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, 07.07.2016 C-567/14.

<sup>25</sup> Cour de Justice Européenne *Slowakische Republik et Achmea BV*, 06.03. 2018, C-284/16.

nales en Autriche,<sup>26</sup> en Belgique,<sup>27</sup> en Allemagne<sup>28</sup> et en Angleterre,<sup>29</sup> qui ont refusé l'arbitrabilité des litiges portants sur l'agence commerciale (ou la possibilité de choisir le for en un pays tiers) par crainte que le droit européen sur l'agence ne soit mal appliqué.

Si le champ d'application de l'arbitrage est lié au contrôle judiciaire et à la possibilité pour les cours de vérifier le respect des principes fondamentaux, l'approche maximaliste est la plus favorable à l'arbitrage. Tant que le contrôle judiciaire n'est pas dépourvu de contenu réel, comme il le serait selon la théorie minimaliste, la portée de l'arbitrabilité n'est pas menacée.

Est-ce que le contrôle judiciaire représente une menace pour l'*autonomie* de l'arbitrage ?

Comme je viens de le dire, la convention de New York et les législations nationales sur l'arbitrage donnent généralement une réglementation très stricte du contrôle que les cours peuvent exercer. Il s'agit d'assurer que la sentence arbitrale ait été rendue en application des principes fondamentaux, et non d'évaluer si la sentence est correcte : le juge ne peut pas substituer son évaluation à celle du tribunal arbitral. Tant que la cour exerce son contrôle dans le respect des limites posées par le droit de l'arbitrage, l'autonomie de l'arbitrage ne serait donc pas excessivement restreinte. Au contraire, l'arbitrage en tirera le bénéfice que la portée de l'arbitrabilité ne sera pas réduite.

Cela signifie que les cours ont la compétence d'évaluer de manière indépendante si la décision arbitrale est compatible avec l'ordre public. Il est, en d'autres termes, important que le tribunal arbitral tienne compte de l'ordre public pour que la sentence soit valide et la portée de l'arbitrabilité soit assurée.

L'ordre public est donc la limite au-delà de laquelle l'autonomie des parties et la discrétion de l'arbitre ne peuvent pas aller.

#### 4. *Le droit international privé et l'autonomie de l'arbitrage*

Après avoir expliqué comment la validité de la sentence arbitrale et

<sup>26</sup> OGH 1 March 2017, 5ob 72/16y, Ecolex 520 (2017).

<sup>27</sup> Cour de Cassation, 16.11.2006, PAS. 2006, I, No. 11; Cour de Cassation, 14.1.2010, PAS. 2010, I, No. 12; Cour de Cassation, 3.11.2011, PAS. 2011, I, No. 1.

<sup>28</sup> Bundesgerichtshof, *Neue juristische Wochenschrift*, 5.9.2012.

<sup>29</sup> English High Court, *Accentuate Ltd et Asigra Inc*, 30.10.2009, EWHC 2655 (QB), [2009] 2 Lloyd's Rep 599; English High Court, *Fern Computer Consultancy Ltd et Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc*, 29.08.2014, [2014] EWHC 2908 (Ch).

sa force exécutoire, ainsi que le domaine de l'arbitrabilité, dépendent du respect à la fois de l'instruction des parties et de l'ordre public, et après avoir montré comment le droit international privé permet de réconcilier ces deux éléments, il faut vérifier si le droit international privé représente une menace pour l'autonomie de l'arbitrage.

On entend souvent dire que le droit international privé restreint la possibilité de l'arbitre d'appliquer les règles les plus adaptées au commerce international. Il est dans cette argumentation sous-entendu que le droit international privé, qui a comme but de choisir un droit national, empêche l'application de règles non étatiques. Il est également sous-entendu que les règles non étatiques sont la seule source appropriée pour trancher un litige commercial international.

Or, je voudrais remettre en question ces deux thèses, et ce à plusieurs niveaux.

#### *4.1. La lex mercatoria et le droit international privé: lex specialis et incorporation*

Tout d'abord, plusieurs lois sur l'arbitrage ont une règle de conflit qui permet aux parties de choisir des règles non étatiques, par exemple l'article 28.1 de la loi type CNUDCI. Comme il s'agit d'une règle de conflit qui s'applique spécialement à l'arbitrage, elle a le caractère de *lex specialis*. Par conséquent, elle peut déroger à la règle générale du Règlement européen de Rome I – pour mentionner un exemple important de droit international privé, qui ne permet que de choisir des lois étatiques. Le droit international privé n'empêche donc pas l'application des règles non étatiques, y compris la *lex mercatoria*.

En plus, la règle de conflit générale n'empêche pas les parties d'exercer leur autonomie dans le cadre de la liberté contractuelle. Si les parties, par exemple, veulent régler la division des droits et obligations respectifs relatives à l'expédition des marchandises, ils peuvent le faire en écrivant toute la réglementation dans le contrat. Il serait plus efficace de faire référence aux INCOTERMS. Les INCOTERMS sont une source souple, mais Rome I n'interdit pas leur incorporation dans le contrat.

#### *4.2. La lex mercatoria ne peut pas être la seule source*

Certes, Rome I ne permet pas de choisir les INCOTERMS comme le seul droit applicable au contrat, mais cela n'est pas la vocation des INCOTERMS d'être applicable au contrat entier en excluant toutes les autres sources – et cela introduit le troisième volet de mon argumenta-

tion. Les INCOTERMS ne règlent que la division entre les parties de certains droits et obligations, et ne règlent pas les questions comme la validité du contrat, l'impossibilité de l'exécution ou sa résiliation. Autrement dit, même s'il était permis de choisir les INCOTERMS comme le seul droit applicable, ceux-ci ne pourraient pas remplacer le droit applicable dans son intégralité.

Cela s'applique à toutes les sources de droit souple. Même les Principes d'UNIDROIT, que j'ai déjà mentionnés, et qui ont la vocation d'être une source souple pour le droit contractuel dans son intégralité, ne couvrent pas forcément toutes les questions qui peuvent survenir devant le tribunal. Les Principes donnent une réglementation de la matière contractuelle. Or, le tribunal arbitral peut se retrouver à résoudre de façon préalable ou à tenir compte de questions dans plusieurs matières. Supposons une demande de réparation du préjudice pour inexécution du contrat : le défendeur invoque que le contrat n'était pas entré en vigueur parce que la résolution du Conseil d'Administration à laquelle le contrat était conditionné n'est pas valide. Les Principes d'UNIDROIT donne une réglementation de l'inexécution du contrat et de la réparation du préjudice, mais la validité d'une résolution du Cd'A est une question de droit sociétaire et ne tombe pas dans le champ d'application des Principes. Il faut donc appliquer un droit étatique à la question sociétaire. Même un contrat simple comme un contrat d'achat ne peut pas être exclusivement réglé par les Principes, parce que ceux-ci ne règlent pas les aspects de droit réel. Le transfert de propriété ne serait donc pas sujet aux Principes d'UNIDROIT, mais au droit réel applicable. Cela signifie qu'un arbitre ne peut pas se limiter à appliquer les Principes d'UNIDROIT, même s'ils ont été choisis par les parties et les parties avaient le pouvoir de les choisir. Pour les questions qui ne sont pas réglées par les Principes, il faut appliquer un droit étatique – et le droit international privé est par conséquent utile, même quand le droit souple est le droit choisi par les parties.

Il s'ensuit que les règles non étatiques peuvent compléter les droits nationaux de la même manière que les parties peuvent le faire en exerçant leur autonomie contractuelle. Le droit international privé ne limite pas cette fonction de spécification. Le droit international privé interdit plutôt que le droit souple soit la seule source, mais, comme on vient de le voir, le droit souple n'a pas la capacité ou la vocation d'être la seule source applicable.

#### *4.3. La lex mercatoria n'est pas exclue par l'application d'un droit national*

Par ailleurs, les règles non étatiques ne sont pas non plus forcément exclues si les parties n'y ont pas fait référence et un droit national est sélectionné : cela s'explique par le fait que, souvent, le droit étatique lui-même fait référence aux usages commerciaux, et donc la *lex mercatoria* peut être appliqué dans le cadre du droit étatique.

Il y a donc sans doute une différence entre la possibilité de choisir le droit souple comme droit applicable, qui est accordée par plusieurs lois sur l'arbitrage, et la limitation du choix à un droit étatique, qui est souvent prévu par le droit international privé. Néanmoins, la différence est moins importante qu'on ne pourrait le penser : c'est parce que, d'un côté, le droit souple ne couvre pas toutes les questions et a besoin d'être intégré par le droit étatique, et, d'un autre côté, le droit étatique a suffisamment de flexibilité pour pouvoir être intégré par le droit souple.

#### *5. Conclusion*

En conclusion, l'arbitrage n'a pas à craindre pour son autonomie – ni par rapport au contrôle judiciaire, ni par l'utilisation du droit internationale privé.

En plus, le droit international privé est instrumental au bon fonctionnement de l'arbitrage – et cela non seulement parce qu'il favorise la prévisibilité du droit applicable au fond de la décision, mais, en plus, car il donne les moyens pour ne pas excéder les instructions des parties tout en prenant en considération le droit qu'il faut appliquer pour préserver l'ordre public.

Cela est tout à la fois dans l'intérêt des parties à un litige spécifique et dans l'intérêt de l'arbitrage en général. Les parties peuvent, grâce au droit international privé, compter sur une décision qui soit valide et exécutoire et qui puisse donc résister au contrôle judiciaire. Et l'arbitrage en général peut, grâce au lien entre l'arbitrage et le droit étatique, conserver un large champ d'application.





## **SEZIONE I**

### **Arbitrato interstatale e diritto applicabile**



# IN TEMA DI FUNZIONE ARBITRALE E FORI GIUDIZIALI INTERNAZIONALI PERMANENTI

Attila Massimiliano TANZI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. In tema di funzione giudiziale internazionale. – 3. Le decisioni giudiziali come strumento sussidiario per la rilevazione di “regole diritto”, ai sensi dell’art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della CIG e la contiguità con le decisioni arbitrali internazionali. – 4. Sulla natura principalmente arbitrale del contenzioso inter-statale tradizionale. – 5. Contiguità con l’arbitrato internazionale d’investimento. – 6. Identità di estensione e limiti dei poteri decisionali dei fori internazionali giudiziali ed arbitrali nel contenzioso interstatale bilaterale e nell’arbitrato di investimento. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Potrebbe apparire curioso che in un convegno sull’arbitrato, nella sua sessione di apertura, si parli congiuntamente di Corte internazionale di giustizia (CIG) e di Tribunale internazionale del diritto del mare (TIDM), ma non per l’internazionalista.

La riflessione sul rapporto tra arbitrato internazionale e funzione giudiziale da parte di organi giurisdizionali internazionali permanenti in tema di contenzioso interstatale trova stimolo in due statuizioni, in apparente tensione tra loro, che si rinvergono nella bella monografia di Serena Forlati, *The International Court of Justice: An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?* Nella prima affermazione si sostiene che «[t]he Court is more similar to arbitral tribunals than other international judicial institutions because the principle of consent still underlies its contentious jurisdiction and molds it in a particularly pervasive way», mentre nella seconda si osserva che «[n]otwithstanding this fact, the ICJ’s contentious function may be deemed properly judicial as opposed to arbitral»<sup>1</sup>. Sottoscrivo ambedue le affermazioni, ritenendole conciliabili in termini di accento e gradualità.

Nel prosieguo del presente contributo verranno considerati gli aspet-

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bologna Alma Mater Studiorum.

<sup>1</sup> S. FORLATI, *The International Court of Justice*, New York, 2014, 209 ss.

ti salienti di tale gradualità seguendo una sequenza argomentativa inversa, partendo quindi dalle caratteristiche giudiziali dei fori giurisdizionali internazionali permanenti, per soffermarsi poi sugli aspetti che ne denotano la natura largamente arbitrale, in una prospettiva di integrazione tra i due contesti giurisdizionali.

Il contributo è organizzato in cinque parti. Successivamente a queste note introduttive, verranno ricordate alcune innegabili caratteristiche giudiziali ed istituzionali degli organi giurisdizionali internazionali permanenti, limitatamente al contenzioso interstatale di natura bilaterale a struttura civilistica, in contrasto rispetto alle giurisdizioni dei diritti dell'uomo e penali internazionali caratterizzate dall'approccio solidaristico dell'accertamento del diritto. Nell'ambito di tale riflessione viene considerato l'impatto delle decisioni giudiziali sulla prassi internazionale, pur in assenza della regola del precedente. In tale prospettiva, si inizierà a rilevare l'accostamento tra la dimensione giudiziale e quella arbitrale internazionale. Nella terza sezione, il punto viene approfondito in termini comparati tra organi giudiziali ed arbitrati internazionali, evidenziando come elemento unificatore la consensualità della giurisdizione e della designazione del diritto applicabile. E, sulla base di tale elemento, l'analisi comparativa si estende associando l'arbitrato internazionale d'investimento all'arbitrato interstatale<sup>2</sup>. Nella quarta sezione, le indicazioni associative presentate nella sezione precedente vengono confermate alla luce dei principi generali del processo che determinano estensione e limiti dei poteri decisionali degli organi giudicanti in modo unitario rispetto ai diversi contesti giurisdizionali in esame. Nelle considerazioni conclusive, si tirano le fila dell'analisi svolta evidenziando la prevalenza dell'autonomia delle parti sull'autonomia giudiziale come elemento unificante tra contenzioso giudiziale ed arbitrale internazionale. Ciò, ovviamente, ad eccezione dei crescenti casi di "contenzioso solidale" davanti alla CIG, come quelli che scaturiscono da azioni giudiziarie basate su pretese violazioni della *Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio* del 1948.

## 2. In tema di funzione giudiziale internazionale

Non vi è dubbio che la CIG sia stata espressamente concepita come organo giudiziale – appunto «il principale organo giudiziale delle Nazioni Unite» – ai sensi dell'art. 92 della Carta delle Nazioni Unite, seppure

<sup>2</sup> In argomento, si veda il contributo di A.C. AMATO in questo *Volume*.

con le qualificazioni che seguiranno, relative alle peculiarità della funzione giudiziale dell'ordinamento internazionale. La *ratio* di tale disposizione si coniuga con l'art. 38 dello Statuto della stessa Corte, in cui si aggiunge rispetto alla parallela disposizione nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, che «[t]he Court, whose mission is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: [...]». Tale formula redazionale venne proposta dalla delegazione cilena nella convinzione che essa «would better define the functions of the Court as an organ of international law in accordance with the reiterated jurisprudence of the Court and the history of its formulation»<sup>3</sup>.

Tale linguaggio enunciativo trova conferma sostanziale nella natura permanente della Corte; nella sua composizione basata su una procedura di elezione dei suoi giudici che coinvolge i due massimi organi politici dell'ONU, Assemblea generale e Consiglio di sicurezza; e nella rilevanza generale delle sue statuizioni di interpretazione e applicazione del diritto, specialmente, ma non esclusivamente, quando le norme controverse sono di natura di *erga omnes*, come emerge dal numero crescente di cause aventi ad oggetto l'applicazione di tali norme, finalizzate alla tutela di interessi collettivi indivisibili<sup>4</sup>. Nella medesima direzione si pone il potere di intervento del terzo interessato all'interpretazione e applicazione di convenzioni multilaterali oggetto di controversia nel procedimento principale<sup>5</sup>. A ciò si aggiunge la giurisprudenza evolutiva della Corte, nel senso di prevedere che l'interveniente in base all'art. 62 possa assumere il ruolo di parte nel procedimento principale dimostrando il proprio interesse ad agire rispetto a quest'ultimo<sup>6</sup>.

La natura giudiziale della CIG può considerarsi corroborata dal ri-

<sup>3</sup> *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, 1945, 15, 435.

<sup>4</sup> Vedi *infra*, nota 27.

<sup>5</sup> Si veda, in tal senso, l'intervento di 32 Stati in base all'art. 63 dello Statuto CIG nella controversia tra Ucraina e Federazione Russa *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Sull'art. 63 dello Statuto della Corte, si veda A. MIRON, C. CHINKIN, *Article 63*, in A. ZIMMERMANN et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, 1741 ss.

<sup>6</sup> In questo senso, si veda Corte internazionale di giustizia, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, in *I.C.J. Reports 1992*, 351, 610, par. 424. Per un commento all'art. 62 dello Statuto, si veda A. MIRON, C. CHINKIN, *Article 62*, in *The Statute*, cit., 1686 ss. Sull'intervento del terzo, si vedano in generale B.I. BONAFÈ, *La protezione degli interessi di Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, 2014; B. MCGARRY, *Intervening in International Justice Third States before Courts and Tribunals*, in corso di stampa.

conoscimento, all'art. 38, par. 1, lett. d), del relativo Statuto, della natura *persuasive* – se non propriamente *authoritative* – dei suoi giudizi, nella configurazione di «subsidiary means for the determination of a rule of law». Ciò in ogni caso, senza conferire a tali giudicati valore di “precedente” con effetti *erga omnes*<sup>7</sup>, come previsto negli ordinamenti interni di *common law*.

Il tema è in fase iniziale di studio da parte della Commissione del diritto internazionale dell'ONU (CDI)<sup>8</sup>. In tale contesto, si riprende un annoso dibattito ricco di sfumature potenziali fonti di “costruttiva ambiguità”. Il punto non può essere approfondito in questa sede, ma merita qui alcune riflessioni, seppure limitatamente al rapporto tra giustizia e arbitrato nel diritto internazionale. Particolare attenzione verrà rivolta al carattere “autorevole”, o “persuasivo”, delle decisioni di fori giudiziari internazionali nella rilevazione, o anche formazione, del diritto internazionale applicabile, principalmente di natura materiale, relativamente alla disciplina dei fatti di causa, ma anche con riguardo alle regole che disciplinano la funzione giurisdizionale stessa, evidenziando le analogie con l'arbitrato internazionale.

### 3. *Le decisioni giudiziali come strumento sussidiario per la rilevazione di “regole diritto”, ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della CIG e la contiguità con le decisioni arbitrali internazionali*

L'art. 38, par. 1, dello Statuto dispone alla lettera *d)* che la Corte applicherà, oltre alle regole convenzionali, consuetudinarie e principi generali del diritto, «[s]ubject to the provisions of Article 59, judicial decisions [...] as subsidiary means for the determination of rules of law». Sebbene il verbo *shall apply* regga, come complemento oggetto, le “decisioni giudiziali” sullo stesso piano delle convenzioni, consuetudini e principi generali di diritto, il riferimento all'art. 59 del medesimo Statuto, limitando il carattere vincolante delle sentenze della CIG esclusivamente alle parti in causa, lo esclude per i terzi. Ma se ciò nega alle sentenze del-

<sup>7</sup> Si veda in generale per tutti, recentemente, N. RIDI, *The Shape and Structure of the “Usable Past”: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2019, 10, 200 ss.; E. DE BRABANDERE, *Rule of Precedent and Rules on Precedent, International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach*, Cambridge, 2021, 354 ss.

<sup>8</sup> C.C. JALLOH, *First Report on Subsidiary Means for the Determination of Rules of International Law*, UN Doc. A/CN.4/760 (2023).

la CIG la natura di fonte autonoma di diritto internazionale<sup>9</sup>, non esclude che il processo di rilevazione del diritto applicabile da parte della Corte possa contribuire, caso per caso, al chiarimento, consolidamento ed eventuale sviluppo del diritto internazionale generale<sup>10</sup>.

L'autorevolezza delle statuizioni giudiziali della CIG può incidere direttamente sull'attività giudiziale successiva della Corte stessa, oppure al di fuori della stessa, nella prassi degli Stati – anche terzi rispetto alla singola causa nel contesto della quale è stata pronunciata la statuizione in questione – oppure su altri organi giudiziali od arbitrali internazionali.

Con riferimento al primo aspetto, come sottolineato da Sir Michael Wood, in qualità di relatore speciale della CDI in tema di identificazione della consuetudine internazionale, «[the Court] seems very reluctant to depart from its previous Decisions»<sup>11</sup>. In effetti, pur in assenza del principio dello *stare decisis* nel diritto internazionale, la Corte parte da un presupposto di coerenza giurisprudenziale ritenendo di essere soggetta ad uno speciale onere argomentativo per giustificare un orientamento divergente rispetto alla propria giurisprudenza relativamente a situazioni controverse caratterizzate da analoghe situazioni di fatto e quindi governate dal medesimo ambito normativo. È indicativo in proposito quanto sostenuto dalla medesima Corte nel 1998 nell'Affare relativo alla *Delimitazione dei confini territoriali e marittimi tra Cameroon e Nigeria*: «It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Nel senso contrario di configurare le sentenze internazionali come fonte del diritto, si veda H. RUIZ FABRI, J. PAINE, *The Procedural Cross-Fertilization Pull*, in C. GIORGETTI, A.M. POLLACK (eds.), *Beyond fragmentation: cross-fertilization, cooperation and competition among international courts and tribunals*, Cambridge, 2022, 39 ss., 56. Una formula intermedia veniva sostenuta da Gerald Fitzmaurice, nel senso che «the decisions of international tribunals, while not operating directly as judicial precedents, and while not therefore technically a formal source of law, have a status different from that of a merely material source, and could be characterized as quasi-formal in character» (G. FITZMAURICE, *Some problems regarding the formal sources of international law*, in F.M. VAN ASBECK et al. (eds.), *Symbolae Verzijl: Présentées au professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son 70e anniversaire*, L'Aja, 1958, 153 ss., 154).

<sup>10</sup> In questo senso, si vedano *ex multis*, H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958; C.J. TAMS, J. SLOAN (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, 2013.

<sup>11</sup> M. WOOD, *Third report on identification of customary international law*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2015, 2, parte 1, 93 ss., 121, par. 61.

<sup>12</sup> Corte internazionale di giustizia, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, in *I.C.J. Reports 1998*, 275 ss., par. 292.

Il secondo aspetto, relativo all'impatto sui terzi di una decisione della Corte, è in larga misura conseguente rispetto a quanto appena indicato circa il primo, nel senso che la questione si coniuga con la diffusa aspettativa di coerenza giurisprudenziale da parte della Corte. Ciò è bene esemplificato dalla seguente considerazione formulata da Rosalyn Higgins nel suo corso generale all'Accademia dell'Aja, all'epoca della sua presidenza alla CIG: «States which have no dispute before the Court follow the judgments of the Court with the greatest interest, because they know that every judgment is at once an authoritative pronouncement on the law, and also that, should they become involved in a dispute in which the same legal issues arise, the Court, which will always seek to act consistently and build on its own jurisprudence, will reach the same conclusions»<sup>13</sup>.

L'aspettativa di coerenza giurisprudenziale come fattore di rilevanza per i terzi delle sentenze CIG si coniuga, in termini sostanziali, con l'autorevolezza delle statuizioni della Corte in tema di rilevazione e chiarificazione del diritto internazionale, o persino, di promozione della sua evoluzione, possibilmente mediante *obiter dicta*. È dato empirico diffuso nella prassi degli Stati quello di riconoscere, caso per caso, autorevolezza evidenziatrice del diritto internazionale consuetudinario e dei principi generali del diritto alle statuizioni giurisprudenziali della CIG, anche da parte degli Stati che non sono stati parte nei relativi contenziosi.

Si tratta del riferimento a brani di sentenze della CIG a sostegno delle proprie argomentazioni governative in materia di diritto internazionale, espresse nelle sedi della diplomazia multilaterale, ma anche nelle comunicazioni diplomatiche bilaterali, oppure in contenziosi successivi tra Stati diversi dagli Stati parti della controversia cui si riferisce il brano citato. Come evidenziato da Sir Michael Wood, «[e]xamples of reliance upon judicial decisions for the identification of rules of customary international law are legion»<sup>14</sup>, specificando come «judicial pronouncements, especially of the International Court of Justice and of specialist tribunals, such as the International Tribunal for the Law of the Sea, are often seen as authoritative»<sup>15</sup>.

Come verrà illustrato più diffusamente nel prossimo paragrafo, è difficile dimostrare che quanto rilevato circa l'impatto delle decisioni della CIG sulla prassi internazionale compresa la sua propria giurisprudenza successiva e quella di altre istanze giurisdizionali internazionali

<sup>13</sup> R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford-New York, 1994, 202 ss.

<sup>14</sup> M. WOOD, *Third report*, cit., 44.

<sup>15</sup> *Ibidem*.



non valga anche per le decisioni dei tribunali arbitrali interstatali. Verosimilmente, tali decisioni saranno dotate di minore autorevolezza istituzionale, ma il loro grado di autorevolezza andrà coniugato con altri parametri di rilevanza – alla stregua di qualsiasi strumento internazionale, come le sentenze della CIG o del TIDM, le risoluzioni di organizzazioni intergovernative, o non-governative, convenzioni internazionali multilaterali non ratificate o dichiarazioni finali di conferenze diplomatiche – quali la corrispondenza dei relativi contenuti ad altri elementi di prassi giurisprudenziale, convenzionale, diplomatica e nazionale, precedente e successiva all'adozione delle decisioni<sup>16</sup>.

Sempre in termini di contiguità tra funzione giudiziale ed arbitrale nell'ordinamento internazionale, sotto il profilo istituzionale troviamo l'art. 287 dell'UNCLOS che sostanzialmente equipara la giurisdizione arbitrale a quella della CIG e dello stesso TIDM. Tale disposizione non solo sottopone alla scelta degli Stati parti l'alternativa tra TIDM, CIG e l'arbitrato interstatale nella stessa misura, ma nel caso in cui le parti della controversia non abbiano optato per il medesimo meccanismo, dispone che le parti siano vincolate alla soluzione arbitrale secondo la procedura di costituzione del tribunale arbitrale disciplinata dall'Allegato VII dell'UNCLOS<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> A.M. TANZI, *The Role of the UN in the Codification and Progressive Development of International Law*, in V. POPOVSKI, A. MALHOTRA (eds.), *Reimagining the International Legal Order*, New York, 2023, 95 ss.

<sup>17</sup> «1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention: (a) the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI; (b) the International Court of Justice; (c) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII; (d) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein.

2. A declaration made under paragraph 1 shall not affect or be affected by the obligation of a State Party to accept the jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea to the extent and in the manner provided for in Part XI, section 5.

3. A State Party, which is a party to a dispute not covered by a declaration in force, shall be deemed to have accepted arbitration in accordance with Annex VII.

4. If the parties to a dispute have accepted the same procedure for the settlement of the dispute, it may be submitted only to that procedure, unless the parties otherwise agree.

5. If the parties to a dispute have not accepted the same procedure for the settlement of the dispute, it may be submitted only to arbitration in accordance with Annex VII, unless the parties otherwise agree. [...].»

#### 4. Sulla natura principalmente arbitrare del contenzioso inter-statale tradizionale

Quanto sopra indicato sicuramente caratterizza la CIG, e lo stesso si può dire per il TIDM, come organi giudiziali, seppure in termini *sui generis* rispetto al modello giurisdizionale di tipo nazionale. Tuttavia, la linea di demarcazione tra la funzione esercitata dai fori giudiziali inter-statali permanenti e quelli arbitrari è assai sfumata.

In primo luogo, va osservato come sia comprensibile che l'art. 38, par. 1, lett. d), rivolgendosi a *judicial decisions* e contestualmente ricordando l'art. 59 dello Statuto della CIG, lasci pensare che il ruolo di strumento sussidiario di rilevazione del diritto internazionale sia stato assegnato esclusivamente alle decisioni giudiziali della CIG. Ma se tale limitazione necessariamente valeva per i redattori della disposizione in parola – che per definizione si rivolge alla CIG appartenendo al suo Statuto – essa non vale per la prassi internazionale, compresa quella giudiziale ed arbitrare internazionale. Si pensi all'autorevolezza che viene tuttora attribuita nella prassi e nella dottrina ai lodi internazionali quali quello sull'*Isola di Palmas* del 1928 tra Paesi Bassi e Stati Uniti, specialmente in tema di diritto intertemporale<sup>18</sup>, o quello sull'*Acciaieria di Trail* del 1941 tra Canada e Stati Uniti, con particolare riguardo al principio di diligenza del divieto di causare danno transfrontaliero<sup>19</sup>, o ancora quello del 1994 sulla delimitazione della frontiera tra Argentina e Cile<sup>20</sup>, per non parlare dei numerosi lodi relativi a procedure arbitrali istituite in base all'Allegato VII dell'UNCLOS, tra cui quello del 2020 relativo all'*Incidente della Enrica Lexie*<sup>21</sup>.

In linea con quanto indicato nel precedente paragrafo<sup>22</sup>, sarebbe curioso se i redattori dell'art. 38, par. 1, lett. d), nel conferire ruolo di strumento sussidiario di rilevazione del diritto, oltre che alla CIG, anche alla dottrina, avessero pensato di escluderlo con riguardo ai lodi arbitrari inter-statali. Di regola, i componenti dei tribunali arbitrari inter-statali o ap-

<sup>18</sup> *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, 2, 829 ss.

<sup>19</sup> *Trail smelter case (United States v. Canada)*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, 3, 1905 ss.

<sup>20</sup> *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, 22, 3 ss.

<sup>21</sup> *The 'Enrica Lexie' Incident (Italy v. India)*, PCA Case No. 2015-28, Award, 21 maggio 2020.

<sup>22</sup> Vedi *supra*, testo a nota 10.

partengono a fori internazionali giudiziari permanenti<sup>23</sup>, o sono comunque autorevoli rappresentanti della dottrina internazionalistica che, appunto, costituisce, in base alla medesima disposizione, il secondo mezzo sussidiario per la determinazione delle norme di diritto internazionale applicabili alle singole controversie.

È significativo che l'osservazione sopra citata del relatore speciale Michael Wood circa l'autorevolezza di «judicial pronouncements, especially of the International Court of Justice and of specialist tribunals, such as the International Tribunal for the Law of the Sea»<sup>24</sup>, sia di fatto seguita dall'affermazione «[t]he same is true of certain arbitral awards»<sup>25</sup>.

Analogamente, si può rilevare come Hélène Ruiz-Fabri e Joshua Paine, nel formulare la coraggiosa considerazione per cui la giurisprudenza internazionale possa operare come fonte di diritto, con riguardo alle regole generali sul processo interstatale, non distinguono tra «international courts and tribunals»<sup>26</sup>.

Inoltre, non si può non sottolineare come la funzione giudiziale della CIG, e più in generale dei fori giurisdizionali interstatali permanenti, mantenga una caratterizzazione fondamentalmente arbitrale, mentre, come si sottolineerà a breve, molte delle caratteristiche funzionali relative ai fori permanenti valgono per i tribunali arbitrali interstatali, ed in larga misura per quelli relativi alle controversie tra investitori e Stati. Ciò, quantomeno per quanto attiene all'esercizio della giurisdizione contenziosa interstatale tradizionale, relativa a controversie di tipo bilaterale-civilistico, diversamente da quelle, crescenti negli ultimi anni, rispetto alle quali il diritto applicabile contiene regole giuridiche di *jus cogens*, o comunque contenenti obblighi *erga omnes*. Si tratta di un fenomeno giurisdizionale tristemente legato ad eventi internazionali contemplati da tali norme, legate appunto alla tutela di interessi indivisibili, come il divieto del genocidio o dell'uso della forza tra Stati, come nelle ultime tre cause promosse sulla base della clausola compromissoria contenuta nell'art. IX della *Convenzione per la prevenzione e repressione del ge-*

<sup>23</sup> Ad esempio, il Tribunale arbitrale nella causa relativa all'*Incidente Enrica Lexie* annoverava due giudici del Tribunale internazionale del diritto del mare (un Presidente uscente, V. Golitsyn, ed uno entrante, J-H. Paik) ed un giudice della Corte internazionale di giustizia (P.L. Robinson).

<sup>24</sup> M. WOOD, *Third report*, cit., 44.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 43.

<sup>26</sup> «[I]t is quite common to find international courts and tribunals refer to the 'practice' of international tribunals to justify a particular procedural decision. In short, this may be best characterised as an instance of judicial decisions operating as a source of law» (H. RUIZ FABRI, J. PAINE, *The Procedural*, cit., 56).

*nocidio* del 1948, ossia *Gambia c. Myanmar*, *Ucraina c. Russia* e *Sud-afrika c. Israele*<sup>27</sup>.

Riconduce direttamente all'autonomia delle parti – componente caratterizzante dell'arbitrato – la nota consensualità come fondamento giurisdizionale della CIG, ma anche l'altrettanto nota consensualità della scelta del diritto applicabile caso per caso, laddove quindi l'art. 38, par. 1, dello Statuto ha valore cedevole rispetto alla volontà delle parti.

Di converso, è altrettanto interessante nell'ottica dell'integrazione tra giurisdizione giudiziale ed arbitrato internazionale, come il fondamento dell'autonomia giudiziale – primario contraltare all'autonomia delle parti – si rinvenga nella teoria dei poteri impliciti indistintamente riconosciuta e utilizzata tanto da fori giudiziari permanenti che arbitrari<sup>28</sup>, compresi i tribunali arbitrari di investimento<sup>29</sup>. Interrogandosi ancora negli anni '70 del secolo scorso, la stessa CIG, circa il fondamento della propria competenza giurisdizionale nell'*Affare del test nucleare* del 1974, rinveniva tale fondamento in termini di *inherent jurisdiction* alla stregua di qualsiasi altro foro giurisdizionale internazionale, nei seguenti termini: «Such inherent jurisdiction [...] derives from the mere existence of the Court as a judicial organ established by the consent of states, and is conferred upon it in order that its basic judicial functions may be safeguarded»<sup>30</sup>.

### 5. Contiguità con l'arbitrato internazionale d'investimento

La logica da ultimo seguita dalla CIG trova eco nel campo solo apparentemente distante dell'arbitrato internazionale d'investimento. Va infatti rilevato come nel lodo *Libananco c. Turchia* del 2008, il Tribuna-

<sup>27</sup> Rispettivamente *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar)*, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)* e *Proceedings instituted by South Africa against the State of Israel on 29 December 2023*.

<sup>28</sup> Si vedano, per tutti, P. GAETA, *Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, in L. VOHRAH et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, 353 ss.; C. BROWN, *Inherent Powers in International Adjudication*, in C.P.R. ROMANO, K. J. ALTER, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, 829 ss.

<sup>29</sup> M. PAPANISKIS, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So*, in I. A. LAIRD, T. WEILER (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, 2012, 5, 11 ss.

<sup>30</sup> Corte internazionale di giustizia, *Nuclear Tests Case (Australia and New Zealand v. France)*, in *I.C.J Reports 1974*, 457.

le affermasse che «*like any other international tribunal, it must be regarded as endowed with the inherent powers required to preserve the integrity of its own process*»<sup>31</sup>.

Come già accennato, la contiguità giurisprudenziale tra CIG ed arbitrato internazionale d'investimento – in ambedue i casi svincolata dalla regola dello *stare decisis* – è tutt'altro che casuale. Lo conferma la *ratio* storica di quest'ultima tipologia arbitrale, come espressa da uno dei padri fondatori dell'ICSID, Aron Broches, Presidente della conferenza internazionale che ha elaborato la Convenzione di Washington del 1965, secondo cui «[t]he parallel, if any, lays with the International Court of justice rather than with commercial arbitration»<sup>32</sup>.

È innegabile come agli inizi dell'arbitrato internazionale d'investimento, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione di Washington, per motivi di efficienza, prevedibilità ed affidabilità procedurale, la gran parte delle nomine di arbitro ricadessero su giuristi che provenivano dalle esperienze dell'arbitrato commerciale, poiché, almeno empiricamente, conoscevano la procedura e gli ingranaggi di funzionamento dell'arbitrato. Questo ha verosimilmente comportato un iniziale approccio all'interpretazione del diritto applicabile segnato da una cultura giuridica prevalentemente privatistica<sup>33</sup>. Ma si può dire che questa sia una caratteristica del passato.

Resta salva la circostanza, tutt'altro che infrequente, in cui l'arbitrato d'investimento venga attivato sulla base di un *contract claim*, per cui l'approccio privatistico risulta essenziale<sup>34</sup>. Si tratta di un approccio che rimane comunque rilevante anche in relazione a un *treaty claim*<sup>35</sup> in ragione del fatto che, generalmente, le clausole sul diritto applicabile nei

<sup>31</sup> *Libananco Holdings Co. Ltd. c. Turchia*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on preliminary objections, 23 giugno 2008, par. 78 (corsivo aggiunto).

<sup>32</sup> *Consultative Meeting of Legal Experts, Fifth Session 19 February 1964*, in ICSID (eds.), *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Washington, 1968, 2(1), 423.

<sup>33</sup> Per un'analisi monografica della natura internazionale-pubblicistica dell'arbitrato internazionale d'investimento, inclusa la tensione tra approccio internazionale pubblicistico e privatistico, a favore del primo, si veda E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge, 2014.

<sup>34</sup> A.M. TANZI, *Remarks on Breaches of State Contracts for the Purposes of Jurisdiction and Admissibility in International Investment Arbitration*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 919 ss.

<sup>35</sup> A.M. TANZI, L. MOLA, *Breaches of State Contracts in the Interpretation and Application of International Investment Law in the Arbitration Case Law Involving Latin American Countries*, in A. TANZI, A. ASTERITI, R.P. LAZO, P. TURRINI (eds.), *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects - Derecho internacional de inversiones extranjeras en América Latina: Problemas y Perspectivas*, Leiden-Boston, 2016, 303 ss.

trattati d'investimento designano il diritto interno, oltre al trattato stesso e ai principi generali del diritto; e va da sé che i rapporti controversi tra investitore straniero e articolazioni dello Stato ospite attoniscono a contratti retti dal diritto interno di quest'ultimo<sup>36</sup>.

Va peraltro sottolineato come i tribunali arbitrali internazionali d'investimento applichino regolarmente da tempo le norme secondarie, o strutturali, del diritto internazionale – del diritto dei trattati e della responsabilità internazionale degli Stati<sup>37</sup>. Con particolare riferimento al diritto dei trattati, a partire dagli ultimi quindici anni i tribunali arbitrali d'investimento utilizzano in modo crescente i parametri interpretativi previsti dall'art. 31, par. 3, lett. c), della CVDT che costituisce uno strumento interpretativo peculiare al diritto internazionale pubblico, di natura sistemica e persino a finalità nomofilattica. Ciò richiede, quindi, una profonda conoscenza del sistema delle regole di diritto materiale dell'ordinamento giuridico internazionale, sebbene lo strumento interpretativo in questione sia stato considerato per lungo tempo un terreno scivoloso e suscettibile di intaccare i limiti della competenza giurisdizionale ancorata al diritto applicabile designato dalla volontà delle parti. Va altresì rilevato come l'impiego di tale modalità ermeneutica abbia costituito uno strumento per l'introduzione in via giurisprudenziale della tutela degli interessi pubblicistici dello Stato ospite dell'investimento, quando ancora tale tutela non veniva espressamente disposta dal trattato applicabile nel caso in questione<sup>38</sup>.

È conferente al tema della presente trattazione l'efficace immagine rappresentata nel titolo dell'articolo del 2015 *Two worlds but not apart: International Investment Law and General International Law* di Bruno

<sup>36</sup> Si veda, sulle diverse sfaccettature della rilevanza del diritto interno nell'arbitrato internazionale d'investimento, J. HEPBURN, *Domestic Law in Investment Arbitration*, Oxford, 2017.

<sup>37</sup> Sull'applicazione del diritto dei trattati, si veda E. SHIRLOW, K.N. GORE (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution and Future*, Alphen aan den Rijn, 2022, 25 ss. Con riguardo al diritto della responsabilità internazionale degli Stati, si veda M. KINNEAR, *ARSIWA, ISDS, and the Process of Developing an Investor-State Jurisprudence*, in *ICSID Reports*, 2022, 20, 3 ss.; E. SHIRLOW, K. DUGGAL, *The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2022, 37, 378 ss.

<sup>38</sup> Si vedano A.M. TANZI, *On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, 11, p 47 ss.; L. CHIUSI CURZI, *The Role of International Investment Law in the Business and Human Rights Legal Process*, in *International Community Law Review*, 2019, 21, 35 ss.; Y. RADI (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Cheltenham, 2019; più recentemente, in termini monografici, D. PAUCIULO, *La promozione dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti esteri*, Napoli, 2023.

Simma e Dirk Pulkowski che tanto hanno studiato e praticato sia il contenzioso interstate che l'arbitrato d'investimento<sup>39</sup>. E si ritiene che il processo di c.d. *cross-fertilization* tra le due forme di contenzioso in questione avvenga in termini biunivoci, coinvolgendo tanto il diritto materiale, quanto quello processuale<sup>40</sup>. Un momento di cortocircuito nell'interazione tra i due contesti contenziosi in questione si è verificato nel 2018 nella sentenza relativa all'Affare sull'*Obbligo di negoziare l'accesso all'Oceano Pacifico* tra Bolivia e Cile, in cui la CIG è parsa volersi distaccare dal diritto ed arbitrato internazionale degli investimenti, osservando quanto segue: «The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. Bolivia's argument based on legitimate expectations thus cannot be sustained»<sup>41</sup>.

È innegabile che il principio delle legittime aspettative sia integrato con il principio del *fair and equitable treatment*, proprio del diritto internazionale degli investimenti. Ma è anche vero che quest'ultimo sia parte del diritto consuetudinario sul trattamento degli stranieri<sup>42</sup>. Pare poi difficile mantenere distinto il principio delle legittime aspettative dal più ampio principio della buona fede nel diritto internazionale, quantomeno in termini integrati nella sua coniugazione con il principio dell'affidamento, o *reliance*<sup>43</sup>. Se anche non si volesse inquadrare quest'ultimo

<sup>39</sup> B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Two Worlds, but Not Apart: International Investment Law and General International Law*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law*, Munich-Oxford, 2015.

<sup>40</sup> A.M. TANZI, *On judicial autonomy and the autonomy of the parties in international adjudication, with special regard to investment arbitration and ICSID annulment proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, 33, 57 ss.

<sup>41</sup> Corte internazionale di giustizia, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, in *I.C.J. Reports 2018*, 507, 559, par. 162.

<sup>42</sup> Nel senso della natura consuetudinaria dello standard del trattamento giusto ed equo si vedano, nella prassi arbitrale, i lodi ICSID nei casi *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorquier and Michael Stein c. Italia*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 dicembre 2016, par. 319(3) e *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Spagna*, ICSID Case No. ARB/14/34, Award, 18 dicembre 2020, par. 447; e in letteratura, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, R. DOLZER, *Principles of International Investment Law*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2022, 198 ss. *Contra*, P. DUMBERRY, *Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8, 155 ss.

<sup>43</sup> Sull'affidamento legittimo come parte del principio generale di buona fede, si veda per tutti R. KOLB, *Good faith in international law*, Oxford-Portland, 2017, 23 ss.



in una norma internazionale consuetudinaria, sarebbe difficile escluderlo dal diritto internazionale generale, quantomeno come principio generale di diritto comune ai sistemi giuridici nazionali, ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte.

Quello della decisione della controversia tra Bolivia e Cile è quindi meglio qualificabile come un episodio giurisprudenziale da contestualizzare, non tanto in termini di sistematica giuridica, quanto di antagonismo "micro-ideologico" tra due orientamenti all'interno della Corte. Tra chi avversava e chi sosteneva l'arbitrato internazionale d'investimento, peraltro sostanzialmente riflettendo le posizioni dei giudici che non ottenevano nomine in collegi arbitrali, da un lato, e di quelli che ricevevano tali nomine, dall'altro. Poiché il numero dei primi prevaleva sui secondi, è emerso il *dictum* sopra citato – manifesto di separatezza tra corpi del diritto internazionale, come detto, poco condivisibile – accompagnato "amministrativamente" dalla decisione della Corte sulle attività esterne dei giudici che ha vietato a quest'ultimi la partecipazione a collegi arbitrali in materia d'investimento, lasciando ammissibile, seppur soggetta ad autorizzazione, la nomina in collegi arbitrali in contenzioso interstatale<sup>44</sup>. È curioso come questa decisione venne adottata il giorno successivo l'adozione della sentenza in parola, indicando che i due processi decisionali in questione si siano svolti nello stesso momento e con le stesse logiche.

A parte simili episodi di micro-ideologia giudiziale, resta il fatto che

<sup>44</sup> Si veda la *Decision adopted by the Court on Arbitration activities of Members of the Court* del 2 ottobre 2018 (<https://www.icj-cij.org/other-texts/compilation-decisions>), secondo cui: «1. Members of the Court may only participate in inter-State arbitration cases.

2. Members of the Court may accept an appointment by a State party in inter-State arbitration, including the State of which the judge is a national.

3. Members of the Court must however decline to be appointed as arbitrators by a State that is a party in a case pending before the Court, even if there is no substantial interference between that case and the case submitted to arbitration.

4. Members of the Court may participate in inter-State arbitration without necessarily having to be appointed President of the arbitral tribunal in question.

5. Members of the Court may only participate in one inter-State arbitration procedure at a time.

6. Prior authorization must have been granted to a Member of the Court wishing to participate in an arbitration by a panel made up of the President, the Vice-President and the Chairman of the Rules Committee. If the Member of the Court requesting the authorization is a member of the group, the decision shall be taken by the other two judges. The panel will inform the Court once a year on the authorizations given during the course of that year, and at any time as necessary.

7. Any participation of Members of the Court in inter-State arbitrations is subject to the strict condition that their judicial activities must take absolute precedence».



gli organi permanenti di giustizia internazionale, tanto la CIG che il TIDM, nella *ratio decidendi* delle proprie decisioni, tengono in conto della giurisprudenza di investimenti, anche quando non lo esplicitano. Non si tratta di una conclusione speculativa, poiché è documentato come da numerosi anni i rappresentanti degli Stati davanti alla CIG e al TIDM regolarmente citino brani di lodi arbitrali di investimento e continuano a farlo dopo il 2018. Si tratta di una consolidata modalità argomentativa con riferimento a una pluralità di tematiche, dagli aspetti procedurali, alla responsabilità internazionale degli Stati, al diritto dei trattati, al diritto intertemporale, alla successione degli Stati, e, in particolar modo, ai metodi di accertamento del contenuto della riparazione e non solo della determinazione del *quantum*.

*6. Identità di estensione e limiti dei poteri decisionali dei fori internazionali giudiziari ed arbitrali nel contenzioso interstate bilaterale e nell'arbitrato di investimento.*

Una conferma sistemica e funzionale della integrazione nel diritto internazionale tra giurisdizioni giudiziali ed arbitrali, con riguardo al contenzioso interstate bilaterale classico e persino in quello tra privati e Stati nell'arbitrato d'investimento, si rinviene nella medesima portata dei principi processuali che governano l'esercizio dei poteri giurisdizionali nel processo di elaborazione decisione giudiziale ed arbitrale, determinandone l'estensione minima e massima. Mi riferisco ai principi del *non liquet*<sup>45</sup>, *ne infra petita*<sup>46</sup>, *ne ultra petita*<sup>47</sup> e *jura novit curia*<sup>48</sup>.

Non essendo possibile in questa sede un approfondimento separato per ciascuno dei principi in questione dell'identica applicazione degli stessi nel contesto giudiziale ed arbitrale internazionale, ci si limiterà ad estrapolare dalla prassi giurisprudenziale alcuni riferimenti indicativi a

<sup>45</sup> D. BODANSKY, *Non Liquet*, in *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, edizione telematica.

<sup>46</sup> S. FORLATI, *Infra Petita*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, edizione telematica.

<sup>47</sup> A.M. TANZI, *Ultra Petita*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, edizione telematica; ID., *On Judicial Autonomy*, cit.

<sup>48</sup> F. ROSENFELD, *Jura Novit Curia in International Law*, in *European International Arbitration Review*, 2017, 61, 131 ss.; T. SUGIHARA, *The Principle of Jura Novit Curia in the International Court of Justice: With Reference to Recent Decisions*, in *Japanese Yearbook of International Law*, 2012, 55, 77 ss.; A.M. TANZI, *The Principle Jura Novit Curia in International Judicial and Arbitral Proceedings. A Window on International Adjudication*, *Recueil des cours*, 2024 (in corso di pubblicazione).

titolo esemplificativo della medesima applicazione dei principi in parola, tanto nel contenzioso giudiziale in esame, come in quello arbitrale, tanto quello interstatale che tra investitore e Stato.

Da un lato, una sintesi della *ratio* dei principi in questione viene enunciata e ribadita a più riprese dalla CIG. Si ricorderà come, all'inizio della propria giurisprudenza, nella sentenza relativa all'interpretazione della precedente pronuncia nell'Affare sull'*Asilo diplomatico* tra Colombia e Perù, la Corte ebbe a sottolineare che «it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions»<sup>49</sup>, e come, oltre trent'anni dopo, nella sentenza relativa alla causa sulla *Delimitazione della piattaforma continentale tra Libia e Malta*, essa abbia ribadito come «[t]he Court must not exceed the jurisdiction conferred upon it by the Parties, but it must [...] exercise that jurisdiction to its full extent»<sup>50</sup>. Dall'altro, la stessa logica è stata seguita dalla giurisprudenza arbitrale interstatale, come evidenziato dal lodo del 1994 che ha deciso la delimitazione di una parte controversa della frontiera tra Argentina e Cile. In particolare, il Tribunale arbitrale, senza distinguere tra fori giudiziali ed arbitrali, ha evidenziato che: «The competence of international judges is limited by the functions assigned to them by the parties in the case. Their powers are also limited by the extreme claims which the parties put forward in the hearings. To exceed these functions or powers means deciding *ultra vires* and rendering the decision null by reason of *excès de pouvoir*»<sup>51</sup>.

È interessante rilevare come il medesimo approccio sia stato seguito da tribunali arbitrali d'investimento e comitati di annullamento. Si può ricordare come nella causa *Enron c. Argentina*, nel decidere se assegnare interessi moratori nella circostanza in cui l'attore non ne aveva fatto richiesta, il Tribunale abbia affrontato la questione sulla base dei principi generali in parola, nei seguenti termini: «[J]ust as [the Tribunal] must decide a matter that has been duly submitted and petitioned, the same is conversely true that this cannot be done if not requested, as this would amount to an excess of power which, as the Respondent explains, can

<sup>49</sup> Corte internazionale di giustizia, *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, in *I.C.J. Reports 1950*, 395, 402.

<sup>50</sup> Corte internazionale di giustizia, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, in *I.C.J. Reports 1985*, 3, 24, par. 19.

<sup>51</sup> *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, 22, 26, par. 77.

result in a decision that is *ultra petita* and thus subject to the sanction of an annulment»<sup>52</sup>.

Analogamente, nella prima causa *Micula c. Romania*, il Comitato di annullamento giunse a respingere la richiesta di annullamento per eccesso di potere sottolineando, tra l'altro, quanto segue: «Excess of powers can be committed both by overreach and by default. Awards can be annulled if tribunals either assume powers to which they are not entitled by way of a decision which is *ultra petita* (e.g. by an excess of jurisdiction), or fail to exercise an existing jurisdiction by way of *infra petita* (e.g. by omitting to decide over a head of a claim raised by the parties). In this context, a manifest shortfall in the exercise of jurisdiction may constitute a manifest excess of power»<sup>53</sup>.

A sostegno di un elemento di autonomia giudiziale si rinviene nel principio *jura novit curia*, anch'esso affermato e applicato, con parsimonia, tanto da fori giurisdizionali interazionali permanenti, come in sede arbitrale. Come efficacemente esemplificato dalla CIG nella nota causa sulle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*: «For the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, [...] *jura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law»<sup>54</sup>.

Sul fronte arbitrale, si può ricorrere come il Tribunale nella causa *Metal-Tech c. Uzbekistan* abbia ribadito che «when it comes to applying the law, including municipal law, as opposed to establishing facts, the principle *iura novit curia* – or better *iura novit arbiter* – allows it to form its own opinion on the meaning of the law»<sup>55</sup>.

Coniugandosi con il noto adagio *narra mihi factum dabo tibi ius*, il principio in parola costituirebbe un fattore di ripartizione funzionale nel processo tra parti e organo giudicante, laddove alle prime spetterebbe la presentazione dei fatti, mentre al secondo la rilevazione e applicazione del diritto ai fatti controversi. Va tuttavia rilevato che tale distinzione è più teorica che pratica, in egual misura nel contenzioso davanti alla CIG

<sup>52</sup> ICSID, *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Claimants' Request for Rectification and/or Supplementary Decision of the Award, 3 ottobre 2007, par. 42.

<sup>53</sup> *Joan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL e SC Multipack SRL c. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on the annulment, 26 febbraio 2016, par. 126.

<sup>54</sup> Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, in *I.C.J. Reports 1986*, 14, 24, par. 29.

<sup>55</sup> *Metal-Tech Ltd c. Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 ottobre 2013, par. 287.

e nell'arbitrato internazionale. A tal fine, la stessa CIG nella medesima causa tra Nicaragua e Stati Uniti, specificava quanto enunciato nel brano sopra citato, sostenendo che «[a]s to the facts of the case, in principle the Court is not bound to confine its consideration to the material formally submitted to it by the parties»<sup>56</sup>, da cui si desume una sfumata distinzione fra rilevazione dei fatti di causa e diritto applicabile. Come sostenuto da Anastasios Gourgurinis, senza distinguere tra funzione giudiziale o arbitrale internazionale, «[c]laims of the parties to the dispute and relevant facts are closely related with the identification of any given applicable norm»<sup>57</sup>. Si tratta di un fenomeno sempre più avvertito in relazione a fatti controversi di rilevanza tecnico-scientifica, che caratterizzano in modo crescente il contenzioso internazionale<sup>58</sup>.

Se da un lato, in ambedue i contesti di contenzioso in esame – sostanzialmente bilateralistico e consensuale, diversamente dal contenzioso internazionale dei diritti dell'uomo e penale per crimini internazionali – l'autonomia di rilevazione giudiziale dei fatti di causa si amplia, il potere autonomo dell'organo giudicante rispetto alle parti resta limitato con riguardo all'individuazione del diritto applicabile. Si tratta di un orientamento già emerso dalle formulazioni giurisprudenziali sopra citate che danno espressione ai principi *ne infra* e *ne ultra petita* limitando la operatività del principio *jura novit curia*. Ciò nel senso di non consentire al giudice o arbitro internazionale di applicare norme di diritto non invocate dalle parti in termini che stravolgano la caratterizzazione della controversia quale risulta dalle pretese di parte attrice e contro-argomentazioni del convenuto.

È vero che nella causa relativa alle *Attività armate nel territorio del Congo*, la CIG ha affermato il proprio potere di «first make its own determination of the facts and then apply the relevant rules of international law to the facts which it has found to have existed»<sup>59</sup>. Tuttavia – sia in sede giudiziale che arbitrale interstatale, o di investimento, diversamente dal contenzioso delle corti dei diritti dell'uomo e fori penali internazio-

<sup>56</sup> Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, in *I.C.J. Reports 1986*, 24, par. 29.

<sup>57</sup> A. GOURGURINIS, *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, 2, 44 ss.

<sup>58</sup> Si veda sul punto M.M. MBENGUE, *Scientific Fact-finding at the International Court of Justice: An Appraisal in the Aftermath of the Whaling Case*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, 29, 529 ss.

<sup>59</sup> Corte internazionale di giustizia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, in *I.C.J. Reports 2005*, 168, 200, par. 57.

nali – la giurisprudenza conferma il divieto di cambiamento nel corso del procedimento della caratterizzazione giuridica fornita dalle parti nell’atto introduttivo e contro-argomentazioni.

Nella causa *M/V “Louisa”*, tra Saint Vincent e Grenadine e Spagna, il TIDM ha ribadito come nel corso del procedimento «the dispute brought before the Tribunal by an application cannot be transformed into another dispute which is different in character»<sup>60</sup>. In questo caso il Tribunale si rivolgeva alle parti con riferimento al principio *ne mutatio libelli*. Tuttavia la statuizione è espressa in termini generali tali da riflettere la diffusa prassi giurisprudenziale interstatale nel senso di non consentire all’organo giudicante di caratterizzare i fatti controversi alla luce del diritto applicabile in termini da stravolgere la caratterizzazione della controversia quale era stata originariamente sottoposta dalle parti. Ciò nel senso che, specialmente nella fase dell’accertamento della propria competenza giurisdizionale, l’organo giudicante può fornire la propria qualificazione giuridica dei fatti controversi, ma sempre nei limiti del diritto applicabile presentato dalle parti ed in ordine ai fatti lamentati dalle parti stesse.

Quanto appena indicato trova conferma nell’arbitrato internazionale d’investimento. È esemplificativo il linguaggio adottato in materia dal primo Comitato di annullamento, nella causa *Kloekner c. Camerun*, secondo cui «[i]t matters little in principle that the Tribunal’s legal construction was different from that of one or the other of the parties, so long as the right of each to be heard was respected and [...] so long as it remains within the ‘legal framework’ provided by the parties»<sup>61</sup>. Alla luce delle circostanze di causa, il Comitato annullò il lodo rilevando che, decidendo la causa sulla base del principio dell’equità, il Tribunale avesse oltrepassato «the legal framework provided by the parties» e, quindi, anche l’ambito del diritto applicabile stipulato dall’art. 42, par. 1, della Convenzione di Washington<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, in *ITLOS Reports 2013*, 4, 44, par. 143.

<sup>61</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on the annulment, 3 maggio 1985, in *ICSID Reports*, 1994, 2, 9 ss., 117, par. 56 (il corsivo è aggiunto).

<sup>62</sup> *Ivi*, 117 ss., parr. 57 ss.

### 7. Considerazioni conclusive

In conclusione, la contiguità tra identità e funzionalità di organi giudiziali internazionali permanenti, da un lato, e tribunali arbitrali internazionali interstatali e d'investimento, dall'altro, risulta scaturire dal principio della consensualità come fattore unificante principale. Ciò, in relazione al conferimento del mandato di competenza giurisdizionale come alla designazione del diritto applicabile.

Se il fattore della consensualità – da cui deriva che l'autonomia delle parti faccia aggio sull'autonomia giudiziale – è evidente nell'arbitrato internazionale, è generalmente riconosciuto che anche i limiti all'autonomia giudiziale si configurano come «a derivative of the consent principle»<sup>63</sup>.

Tali conclusioni hanno trovato conferma nel calibrato bilanciamento tra i principi processuali che limitano l'ambito dei poteri decisionali dei fori giudicanti in termini secondo cui il punto di equilibrio tra *ne infra* e *ne ultra petita* riduce al minimo l'operatività di *jura novit curia* e il potere di ricaratterizzare la controversia presentata dalle parti. Ciò ha trovato conferma nel già citato *dictum* della CIG nella sentenza sull'interpretazione della propria pronuncia nel caso sull'*Asilo diplomatico* tra Colombia e Perù, secondo cui «it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions»<sup>64</sup>.

Questo potere di controllo delle parti sull'autonomia giudiziale comporta un limite al potere del giudice internazionale interstatale circa la caratterizzazione giuridica delle controversie a lui sottoposte, che non trova paragoni con i fori giurisdizionali dei diritti dell'uomo e penali internazionali, ma è equivalente ai limiti che incontra l'arbitro internazionale. Questa conclusione trova conferma nella *ratio* pragmatica della funzione giudiziale dei fori giurisdizionali interstatali permanenti speculari a quella delle giurisdizioni arbitrali. Come ribadito dalla Giudice Joan Donoghue, Presidente della CIG (al momento in cui il presente contributo va in stampa), la funzione della Corte nell'esercizio della giurisdizione contenziosa è primariamente quella di risolvere la controversia, laddove l'applicazione del diritto è meramente strumentale a tale funzio-

<sup>63</sup> G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, 2, 524.

<sup>64</sup> Corte internazionale di giustizia, *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, in *I.C.J. Reports 1950*, 402.

ne, non avendo la Corte mandato di chiarire in termini nomofilattici o addirittura sviluppare il diritto<sup>65</sup>.

In linea con quanto sopra, l'analisi svolta ha mostrato come dal fattore unificante della consensualità derivi l'analogia circa l'assenza della forza di precedente in termini di *stare decisis* per le sentenze delle giurisdizioni permanenti, come dei tribunali arbitrali. Tuttavia, è emersa anche l'autorevolezza sussidiaria *erga omnes* per le decisioni di ambedue gli ordini di fori giurisdizionali in esame. Mentre tale autorevolezza sussidiaria è esplicitamente prevista solamente per la giurisprudenza della CIG dall'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della Corte stessa, è stato argomentato come l'estensione analogica dell'autorevolezza alle pronunce arbitrali non derivi da mero logicismo, ma si sostenga nell'atteggiamento della prassi internazionale e degli Stati. Sebbene in linea di principio le statuizioni dei fori permanenti beneficino di una autorevolezza presuntamente maggiore in ragione della partecipazione della collettività di Stati al fenomeno elettorale dei giudici, restano le variabili circa le valutazioni di autorevolezza caso per caso, sulla base della corrispondenza delle pronunce in questione rispetto alla prassi precedente e successiva, tanto per i fori giudiziali, quanto per quelli arbitrali.

Se il punto del potere di esercitare una funzione nomofilattica o di sviluppo progressivo del diritto internazionale resta controverso – tanto per i fori giudiziali internazionali permanenti, come per quelli arbitrali – con riferimento a statuizioni *ratio decidendi*, nulla impedisce che i giudici e gli arbitri internazionali contribuiscano allo sviluppo progressivo del diritto internazionale mediante *obiter dicta*<sup>66</sup>, come nei leggendari paragrafi 33 e 34 della sentenza della CIG nella causa *Barcelona Traction*<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> J. E. DONOGHUE, *International Adjudication: Peaks, Valleys, and Rolling Hills*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2018, 112, 15 ss.

<sup>66</sup> N. RIDI, *Mirages of an Intellectual Dreamland? Ratio, Obiter and the Textualization of International Precedent*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2019, 10, 361 ss.

<sup>67</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, in *I.C.J. Reports 1970*, 3, 32.





## **“ASCESA E DECLINO DELL’ARBITRATO INTERSTATALE”: UNA PROPOSTA DI RILETTURA**

Maria Irene PAPA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La fase dell’ascesa dell’arbitrato interstatale. – 3. La fase del “presunto” declino: la crisi dei procedimenti vincolanti di risoluzione delle controversie e la resilienza dell’arbitrato. – 4. La fase del rilancio dell’arbitrato dopo la fine della Guerra fredda – 5. La fase attuale di ulteriore rafforzamento dell’arbitrato. – 6. Osservazioni conclusive.

### *1. Introduzione*

L’evoluzione storica dell’arbitrato interstatale è spesso rappresentata secondo lo schema “ascesa-declino”. Questa raffigurazione della storia dell’arbitrato a sua volta sottende generalmente una configurazione dei rapporti tra arbitrato e regolamento giudiziario in termini antagonisti. Nel riferimento al declino è, infatti, spesso implicita l’idea secondo cui l’arbitrato sarebbe destinato a un ruolo sempre più marginale in corrispondenza dell’affermazione della giurisdizione internazionale, sul presupposto che la sua sostituzione con forme istituzionalizzate di regolamento delle controversie costituirebbe in sé un auspicabile progresso del diritto internazionale.

Il presente scritto intende provare a mettere in discussione questa narrazione. Sembra invero che l’analisi delle tendenze emerse nella prassi possa offrire una chiave di lettura diversa, che vede l’evoluzione dell’arbitrato interstatale orientata a una logica di complementarità piuttosto che di competizione rispetto alla giurisdizione internazionale<sup>1</sup>.

\* Professoressa associata di diritto internazionale, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

<sup>1</sup> V. per questa prospettiva S. TORRES BERNÁRDEZ, *L’arbitrage interétatique (avec des références particulières à la Convention européenne pour le règlement des différends du 29 avril 1957)*, in D. BARDONNET (ed.), *The Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects*, Dordrecht, 1991, 205 ss., 207: «[a]ux périodes ou l’“arbitrage” a la faveur des Etats, le “règlement judiciaire” a beaucoup de chances d’en jouir aussi et vice versa». La complementarità tra i due procedimenti di risoluzione delle controversie interstatali è enfatizzata, tra gli altri, anche da M. LACHS, *Arbitration and*

Come si vedrà, non solo l'impatto sull'arbitrato dell'affermazione del regolamento giudiziario non è stato così drastico come i fautori della giurisdizione internazionale all'inizio del '900 si attendevano, ma lo sviluppo di entrambi i procedimenti di soluzione delle controversie sembra muoversi nel corso della storia lungo due binari paralleli, che procedono nella stessa direzione anche se non necessariamente sempre alla stessa velocità.

Tra l'altro, la ricostruzione dominante non sembra tenere adeguatamente conto dell'esistenza di una pluralità di modelli di arbitrato, i quali non necessariamente hanno seguito o sono destinati a seguire lo stesso percorso di sviluppo. Questo equivoco appare particolarmente evidente nella tendenza diffusa ad accomunare la sorte dell'arbitrato a quella della Corte permanente di arbitrato, la quale, però, lungi dall'identificarsi con l'arbitrato, ne costituisce unicamente la forma organizzativa più sviluppata.

In definitiva, l'evoluzione dell'arbitrato interstatale presenta un andamento meno lineare rispetto a quello che la parabola dell'ascesa e del declino sembrerebbe suggerire: mentre il momento dell'ascesa, come si vedrà, è più chiaramente identificabile, la fase successiva, pur marcata da un fisiologico ridimensionamento del ricorso a tale procedimento di composizione delle controversie, presenta uno svolgimento più articolato.

Per questo, nel tentativo di ricostruire le principali linee direttrici che hanno segnato lo sviluppo dell'istituto, in questo scritto si distingueranno non due, ma quattro fasi: l'ascesa, che si dipana notoriamente tra la fine del XVIII secolo e il termine della Seconda guerra mondiale; la fase del "presunto" declino (che nell'ottica proposta può essere piuttosto descritta come la fase della resilienza dell'arbitrato), che si colloca *grasso modo* nel periodo della Guerra fredda; la ripresa, che coincide con il periodo della c.d. proliferazione dei tribunali internazionali; infine, la fase attuale, in cui è possibile ravvisare alcune linee di tendenza verso una ulteriore espansione del ricorso all'arbitrato interstatale.

Sempre in via di premessa, e pur riconoscendo la difficoltà (se non l'impossibilità) di tracciare una precisa linea di demarcazione tra arbitrato e regolamento giudiziario, occorre chiarire che la nozione di arbitrato interstatale a cui ci si riferirà nelle pagine che seguono è quella che indi-

*International Adjudication*, in A.H.A. SOONS (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht/Boston/London, 1990, 37 ss., 54 («[b]oth arbitration and adjudication travel in the same direction, they are called upon to facilitate international relations, and seek to superimpose a pattern of reason on a world of passion»); I. BROWNLIE, *Arbitration and International Adjudication. Comments on a Paper by Judge M. Lachs*, *ibidem*, 55 ss., 61 e più recentemente G. SCHOFIELD, *The Permanent Court of Arbitration. From 1899 to the Present*, in C.L. LIM (ed.), *The Cambridge Companion to International Arbitration*, Cambridge, 2021, 349 ss., 373.

vidua nell’assenza di permanenza dell’organo giudicante – e dunque nella scelta dell’arbitro ad opera delle parti – il principale tratto distintivo rispetto alla giurisdizione internazionale. Ma, al di là di questo elemento di natura formale-strutturale, è chiaro che è la valorizzazione dell’autonomia delle parti che rappresenta l’essenza dell’arbitrato tra Stati. L’arbitrato si differenzia, infatti, dal regolamento giudiziario per l’ampiezza della libertà di cui godono le parti nel definire tanto gli aspetti istituzionali quanto quelli processuali: spetta ad esse, in ultima analisi, concordare la composizione del tribunale, inclusa la presenza nel collegio di esperti tecnici della materia oggetto del contendere, o almeno il metodo di scelta degli arbitri; definire la procedura da seguire così come il diritto applicabile; determinare la portata delle questioni che saranno oggetto di esame; individuare la sede; decidere circa la pubblicità del procedimento e/o dell’esito del medesimo, e così via<sup>2</sup>.

## 2. La fase dell’ascesa dell’arbitrato interstatale

Nonostante alcuni precedenti di arbitrato tra le città-stato della Grecia e i casi degli arbitrati papali e imperiali in epoca feudale<sup>3</sup>, la nascita dell’arbitrato interstatale nel senso moderno del termine si fa generalmente risalire al 1794, anno di conclusione del Trattato di amicizia,

<sup>2</sup> Non è evidentemente possibile in questa sede dare conto del complesso dibattito, per così dire propedeutico rispetto a quello relativo alla distinzione tra arbitrato e regolamento giudiziario, sulla definizione della nozione di giurisdizione internazionale. Per una sintesi molto efficace e per i riferimenti ai principali orientamenti dottrinali v. L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, 2019, 38 ss. A testimonianza della problematicità di questi aspetti, basti ricordare come lo stesso funzionamento della Corte internazionale di giustizia presenti numerosi elementi riconducibili al modello arbitrale di risoluzione delle controversie. Sul punto v. diffusamente S. FORLATI, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, Heidelberg, 2014.

<sup>3</sup> Sulle origini storiche dell’arbitrato si vedano U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1, Torino 1987, 338 ss., 342 ss.; C. FOCARELLI, *Introduzione storica al diritto internazionale*, Milano, 2012, 77 ss., 157 ss.; A. KELLER, *Inter-State Arbitration in Historical Perspective*, in T. SCHULTZ, F. ORTINO (eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, 2020, 843 ss.; I. VAN DER HEIJDEN, *Inter-State Arbitration: Institute of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, October 2021, par. 4; D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2023, 807 ss. Sull’arbitrato nell’antica Grecia cfr. ampiamente S.L. AGER, *Interstate Arbitrations in the Greek World, 337-90 B.C.*, Berkeley, 1996.

commercio e navigazione tra Gran Bretagna e Stati Uniti, comunemente conosciuto come Trattato Jay (dal nome del Segretario di Stato americano dell'epoca)<sup>4</sup>. In base a questo Trattato, le parti istituirono tre commissioni miste, composte da cittadini dei due Paesi, per dirimere le molte questioni rimaste irrisolte dopo la guerra d'indipendenza americana. Tali commissioni miste costituiscono, secondo l'opinione largamente dominante, il prototipo di tribunale arbitrale moderno<sup>5</sup>.

È però il lodo sul caso *Alabama* del 1872 ad aver segnato il successo di quell'esperimento. Il caso riguardava, come è noto, la pretesa violazione da parte della Gran Bretagna degli obblighi di neutralità nel contesto della guerra di secessione americana. Sulla base del Trattato di Washington, concluso dai due Stati l'8 maggio 1871, la definizione dei c.d. *Alabama claims* – vale a dire le richieste di indennizzo avanzate dagli Stati Uniti per i danni provocati alla sua Marina dalla nave *Alabama* – fu affidata ad un tribunale arbitrale composto da cinque membri, di cui due nominati dalle parti della controversia e tre indicati, rispettivamente, dall'Imperatore del Brasile, dal Re d'Italia e dal Presidente della Confederazione svizzera<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Il Trattato Jay è stato definito «a crucial act which clearly separates former habits and modern practice» (così A.G. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1905, 1). Secondo N. POLITIS, *La justice internationale*, Paris, 1924, 30, la sua adozione segnò l'inizio di «a new era for international arbitration». Il testo del Trattato è reperibile nel sito dell'Avalon Project, all'indirizzo [avalon.law.yale.edu](http://avalon.law.yale.edu).

<sup>5</sup> Le commissioni miste erano investite della definizione del confine tra Stati Uniti e Canada (art. 5) e dei reclami di singoli individui relativamente al pagamento dei debiti (art. 6) e ai danni conseguenti alla cattura di navi americane da parte di navi da guerra e navi corsare inglesi durante il conflitto (art. 7). In tutto, furono 536 i lodi arbitrali adottati tra il 1794 e il 1804. Tra questi merita di essere ricordato, in particolare, il lodo sul fiume Saint Croix del 1798, che fissò gran parte del confine tra il Canada e gli Stati Uniti. V., *ex multis*, J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective, Part VIII*, Leiden, 1976, 275 ss.; G. SCHWARZENBERGER, *Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations*, in *Notre Dame Lawyer*, 1978, 715 ss. Cfr. anche A. PIETROBON, *Il giudizio nell'arbitrato tra Stati*, Napoli, 2016, 35 ss.

<sup>6</sup> Il Trattato garantiva inoltre la neutralità della sede dell'arbitrato, individuata nella città di Ginevra, in Svizzera. Il lodo fu adottato, con quattro voti favorevoli e il voto contrario dell'arbitro britannico, il 14 settembre 1872. Esso fissò in circa 15 milioni e mezzo di dollari l'ammontare di risarcimento dovuto dalla Gran Bretagna agli Stati Uniti per i danni derivanti dalla mancata osservanza dei suoi obblighi di neutralità. V. J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, London 1989, 1, 547 ss., per il testo del Trattato di Washington, e 653 ss., per la decisione sugli *Alabama claims*. Cfr., altresì, T. BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 1 ss.

Avendo di fatto scongiurato un nuovo conflitto tra Gran Bretagna e Stati Uniti, e posto così fine alle tensioni che per circa un secolo avevano caratterizzato le relazioni tra questi due Paesi, l’arbitrato nel caso *Alabama* evidenziò le notevoli potenzialità di questo procedimento pacifico di risoluzione delle controversie, aprendo la strada alla sua più ampia diffusione anche tra gli Stati latino-americani e gli altri Stati europei (questi ultimi inizialmente più riluttanti)<sup>7</sup>. Iniziò così la fase d’oro dell’arbitrato interstatale<sup>8</sup>. Da quel momento, la fortuna dell’arbitrato, favorita dalla diffusione del movimento per la pace, che vedeva nell’arbitrato l’alternativa in grado di sostituire la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie tra Stati, e da una certa omogeneità politica della componente prevalente della comunità internazionale dell’epoca, fu crescente. Non solo gli arbitrati *ad hoc* divennero sempre più frequenti, ma clausole sull’arbitrato obbligatorio cominciarono ad essere inserite in trattati bilaterali (per lo più in materia di commercio, navigazione, estrazione e relazioni consolari)<sup>9</sup> e multilaterali<sup>10</sup>.

In questo contesto di crescente rilievo dell’arbitrato nei rapporti tra Stati si collocano i primi tentativi di codificazione della procedura arbitrale, in particolare nel quadro delle due Conferenze di pace dell’Aja del 1899 e del 1907<sup>11</sup>. La Convenzione dell’Aja sulla soluzione pacifica delle controversie internazionali del 29 luglio 1899 confermò innanzitutto l’importanza dell’arbitrato come «the most effective, and at the same time the most equitable, means of settling disputes which diplomacy has failed to settle» (art. 16), consacrando l’intero titolo IV a questo istituto. Essa istituì inoltre la Corte permanente di arbitrato quale struttura orga-

<sup>7</sup> Cfr. A. PIETROBON, *Il giudizio nell’arbitrato tra Stati*, cit., 39.

<sup>8</sup> Così M.E. O’CONNELL, L. VANDERZEE, *The History of International Adjudication*, in C.P.R. ROMANO, K.J. ALTER, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, 40 ss., 44.

<sup>9</sup> V. i dati riportati in H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale 1794-1900. Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, 1902, 12 ss.

<sup>10</sup> Un esempio di questa tendenza è offerto dalla Costituzione dell’Unione postale universale, adottata a Berna il 9 ottobre 1874, il cui art. 16 prevedeva, al par.1, che «[i]n case of disagreement between two or more members of the Union as to the interpretation of the present treaty, the question in dispute shall be decided by arbitration».

<sup>11</sup> L’arbitrato fu inoltre il primo tema iscritto nell’agenda di lavoro dell’Institut de droit international: v. il *Projet de règlement pour la procédure arbitrale* approvato il 28 agosto 1895, in *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1877, 1, 126 ss., e per un commento I.VAN DER HEIJDEN, *Inter-State Arbitration: Institute of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, ottobre 2021.

nizzativa finalizzata a facilitare il ricorso all'arbitrato<sup>12</sup>, stabilendo regole di procedura, da applicare in mancanza di un diverso accordo tra le parti, che furono ulteriormente precisate dalla successiva Convenzione del 1907<sup>13</sup>. La creazione della Corte permanente di arbitrato («not permanent because it is not composed of permanent judges; [...] not accessible because it has to be formed for each individual case; [...] not a court, because it is not composed of judges»)<sup>14</sup> costituì invero una soluzione di ripiego rispetto al ben più ambizioso progetto iniziale di dar vita ad una vera e propria corte permanente dotata di competenza generale che, fallito in quella sede, poté invece realizzarsi solo al termine del primo conflitto mondiale con l'istituzione della Corte permanente di giustizia internazionale.

È difficile quantificare con esattezza gli arbitrati interstatali svolti nell'arco temporale considerato, dal momento che le rassegne riportano dati non sempre coincidenti<sup>15</sup>, ma si tratta in ogni caso di cifre ragguardevoli. Nel periodo in questione, è inoltre possibile individuare alcune linee direttrici dell'evoluzione dell'istituto. Nel Trattato Jay, l'arbitrato combinava giustizia e diplomazia, integrando alcuni aspetti tipici di un procedimento giudiziario con elementi riconducibili al negoziato diplo-

<sup>12</sup> V. gli articoli da 20 a 29 della Convenzione del 1899 e gli articoli da 41 a 50 della Convenzione del 1907. Sulla Corte permanente di arbitrato esiste una abbondante letteratura. V. per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. INDLEKOFER, *International Arbitration and the Permanent Court of Justice*, The Hague, 2013.

<sup>13</sup> V. gli articoli da 30 a 57 della Convenzione del 1899 e gli articoli da 51 a 85 della Convenzione del 1907, che regola anche la possibilità di ricorso ad una procedura sommaria (articoli 86-90).

Al mese di dicembre 2023, gli Stati parti di almeno una delle due Convenzioni dell'Aja sono complessivamente 122 (dati reperibili nel sito della Corte permanente di arbitrato: <pca-cpa.org>).

<sup>14</sup> Queste le parole con cui la Corte permanente di arbitrato fu descritta da James Brown Scott, durante la seconda Conferenza dell'Aja: v. J. BROWN SCOTT (ed.), *The Proceedings of The Hague Peace Conference: Conference of 1907*, 2, New York, 1921, 319. Ancora più critiche le espressioni usate da Asser («[i]nstead of a permanent court, the Convention of 1899 gave but the phantom of a court, an impalpable specter, or to be more precise yet, it gave us a recorder with a list») e da Martens («[w]hat then, is this court whose members do not even know one another? The Court of 1899 is but an idea which occasionally assumes shape and then again disappears»): *ibidem*, rispettivamente 234 e 327.

<sup>15</sup> L'estrema variabilità dei dati riportati dai diversi autori è sottolineata anche da M.C.W. PINTO, *The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes*, in A.H.A. SOONS (ed.), *International Arbitration*, cit., 63 ss., 69.

matico<sup>16</sup>. Le controversie dovevano essere risolte «according to [...] justice, equity and the law of nations»<sup>17</sup> e i membri delle commissioni miste istituite dal Trattato operarono spesso più come rappresentanti dello Stato che li aveva nominati che come giudici imparziali, cosicché l’esito finale della procedura finiva per configurarsi a sua volta più come una transazione che come una decisione veramente imparziale e fondata esclusivamente sul diritto. Si tratta di aspetti che si ritrovano in misura significativa anche nei successivi arbitrati interstatali del XIX secolo, sia quelli affidati ad un arbitro unico (spesso un Capo di Stato) sia quelli assegnati ad un collegio arbitrale<sup>18</sup>.

La connotazione diplomatica dell’arbitrato fu però progressivamente ridimensionata<sup>19</sup>, cedendo il passo ad un “modello giudiziario” che era destinato a diventare quello dominante<sup>20</sup>. In tale modello, l’enfasi è posta

<sup>16</sup> Nel senso che «[the] early Anglo-American commissions were not judicial tribunals in the modern sense, but were supposed to blend juridical with diplomatic considerations to produce (in effect) a negotiated settlement» v. J. MERRILLS, E. DE BRABANDERE, *Merrills’ International Dispute Settlement*, 7<sup>a</sup> ed., Cambridge, 2022, 133. Pure M.C.W. PINTO, *Structure, Process, Outcome: Thoughts on the “Essence” of International Arbitration*, in *Leiden Journal of International Law*, 1993, 241 ss. enfatizza lo «spirit of negotiation and compromise» dell’arbitrato interstatale delle origini (257 per la citazione). Cfr., inoltre, su questi aspetti anche U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, cit., 343 e C.F. AMERASINGHE, *International Arbitration: A Judicial Function?*, in R. WOLFRUM, M. SERŠIĆ, T.M. ŠOŠIĆ (eds.), *Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas*, Leiden, 2016, 677 ss., 678 e 681.

<sup>17</sup> Così l’art. 7 del Trattato Jay

<sup>18</sup> V. ampiamente J.I. SIMPSON e H. FOX, *International Arbitration: Law and Practice*, New York, 1959, 3.

<sup>19</sup> I caratteri originari dell’arbitrato interstatale erano sintetizzati nel 1921 da Oppenheim nei seguenti termini: «an arbitral tribunal is not a court in the real sense of the word, for its decisions are not necessarily based on rules of law, and it does not necessarily deal with legal matters. An arbiter, unless the terms of reference otherwise provide, decides *ex aequo et bono*, whilst a judge founds his decision on rules of law and is only applied to on legal issues. [...] The experience which we have so far had of arbitral tribunals shows that they make praiseworthy efforts to arrive at a finding which shall as far as possible satisfy both parties, and that they have in view a compromise rather than a genuine declaration of law» (L. OPPENHEIM, *The Future of International Law*, Oxford, 1921, 46).

<sup>20</sup> J.I. CHARNEY, *Third Party Dispute Settlement and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, 65 ss., 68 e M.C.W. PINTO, *The Prospects*, cit., 72 ss. La c.d. “giurisdizionalizzazione” dell’arbitrato interstatale condusse ad una progressiva assimilazione funzionale dell’arbitrato al regolamento giudiziario e all’attenuazione di alcune delle sue specificità originarie. Tale fase sarebbe iniziata secondo Scelle con le Conferenze di pace dell’Aja del 1899 e del 1907: v. G. SCELLE, *Intergovernmental Arbitration Today*, in *International Relations*, 1954, 3 ss., 3. C. VAN VOLLENHOVEN, *Du*



non più in maniera esclusiva sulla composizione della controversia in sé, ma sulla ricerca di una soluzione *fondata sul diritto internazionale*<sup>21</sup>. Di conseguenza, l'originaria presunzione in favore della sussistenza del potere dell'arbitro di decidere *ex aequo et bono* viene rovesciata, di modo che la competenza a risolvere la lite sulla base di considerazioni di equità viene ammessa solo se espressamente prevista dalle parti. E infatti, secondo la definizione accolta nelle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, l'arbitrato «has for its object the settlement of differences between States by judges of their own choice, and on the basis of respect for law»<sup>22</sup>. La prassi, tuttavia, dimostra come, pur se in modo sempre più sporadico, le parti abbiano talvolta conferito agli arbitri il potere di ricorrere a criteri extragiuridici a integrazione o in sostituzione del diritto vigente, e come gli stessi arbitri si siano avvalsi in vari casi di questa possibilità<sup>23</sup>. Un retaggio di quella originaria connotazione diplomatica si ritrova ancora negli articoli 17 e 21 dell'Atto generale per la risoluzione pacifica delle controversie internazionali approvato dall'Assemblea della Società delle Nazioni il 26 settembre 1928 che, nel distinguere i ruoli della Corte permanente di giustizia internazionale e dell'arbitrato, affidavano rispettivamente alla prima la risoluzione delle controversie giuridiche («disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights»), e al secondo la composizione delle controversie politiche («[a]ny dispute not of the kind referred to in article 17»)<sup>24</sup>. La stessa distinzione è in seguito rimasta, *mutatis mutandis*, anche nella versione riveduta, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 28 aprile 1949<sup>25</sup>.

*droit de paix*. De Jure Pacis, La Haye, 1932, 115, ritiene, invece, che questa tendenza avrebbe cominciato a manifestarsi già nel 1840.

<sup>21</sup> M.C.W. PINTO, *Structure*, cit., 259.

<sup>22</sup> Articoli 15 e 37 delle Convenzioni dell'Aja, rispettivamente, del 1899 e del 1907 (corsivo aggiunto).

<sup>23</sup> U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, cit., 342.

<sup>24</sup> *League of Nations Treaty Series*, 1929-1930, 345 ss.

<sup>25</sup> *United Nations Treaty Series*, 1950, 101 ss. La distinzione tra controversie giuridiche e controversie diverse da quelle giuridiche e la previsione per quest'ultime del ricorso all'arbitrato si rinvencono anche nella Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie, adottata il 29 aprile 1957 nel quadro del Consiglio d'Europa.



### 3. La fase del “presunto” declino: la crisi dei procedimenti vincolanti di risoluzione delle controversie e la resilienza dell’arbitrato

Si ritiene generalmente che il declino dell’arbitrato cominci a manifestarsi già al termine della Prima guerra mondiale, per poi accelerare nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale.

Secondo i dati riportati in una rassegna pubblicata nel 1990, tra il 1900 e il 1945 si conterebbero circa 178 arbitrati interstatali, laddove nei 45 anni successivi il numero sarebbe sceso a 42<sup>26</sup>. Il calo è quindi evidente, tanto più se si considerano questi dati in rapporto al progressivo aumento del numero degli Stati e al corrispondente intensificarsi della vita di relazione internazionale.

È quasi un luogo comune individuare le cause di questa situazione nella creazione dei tribunali permanenti, la Corte permanente di giustizia internazionale, prima, e la Corte internazionale di giustizia, poi. Tuttavia, un legame diretto può tutt’al più rinvenirsi tra tale sviluppo e la crisi della Corte permanente di arbitrato, nel senso che era inevitabile che quel primo esperimento di istituzionalizzazione della giustizia internazionale venisse messo in ombra dal più evoluto modello della giurisdizione permanente<sup>27</sup>. Così, se già nei venti anni tra le due guerre mondiali il numero degli arbitrati amministrati dalla Corte permanente di arbitrato aveva subito una considerevole contrazione, a partire dal secondo conflitto «la bella addormentata del Palazzo della pace»<sup>28</sup> cadde in un sonno profondo, e il suo rilievo rimase di fatto confinato all’attività di preselezione dei candidati per l’elezione alla Corte internazionale di giustizia<sup>29</sup>. Lo

<sup>26</sup> A.M. STUYT (ed.), *Survey of International Arbitrations 1794-1989*, 3<sup>a</sup> ed., Dordrecht/Boston/London, 1990.

<sup>27</sup> In particolare, sul rapporto tra la Corte permanente di arbitrato e la Corte permanente di giustizia internazionale v. A.Q. MERTSCH, *The Relationship between the Permanent Court of Arbitration and the Permanent Court of International Justice, and Its Significance for International Law*, in C.J. TAMS, M. FITZMAURICE (eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden, 2013, 243 ss.

<sup>28</sup> L’immagine della «sleeping beauty in the Peace Palace» si deve a S. SANDERS, *Private Parties and the Permanent Court of Arbitration*, in *Leiden Journal of International Law*, 1993, 289 ss., 289.

<sup>29</sup> Va tuttavia considerato che, a partire dal 1981, la Corte permanente di arbitrato ha offerto assistenza logistica e amministrativa al Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti, istituito sulla base della Dichiarazione di Algeri del 19 gennaio 1981, al termine della c.d. “crisi degli ostaggi”. Il Tribunale è competente a conoscere, infatti, non solo i “private claims” dei cittadini di ciascuno dei due Stati nei confronti dell’altro Stato, ma anche gli “inter-state claims” di uno di essi contro l’altro. Sull’esperienza del Tribunale Iran-Stati Uniti, v., per tutti, D. CARON, *The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal*

stesso impatto invece non sembra essersi prodotto rispetto all'arbitrato *ad hoc*, che non è affatto scomparso dalla prassi internazionale dell'epoca e, sia pure in spazi più circoscritti rispetto al passato, ha continuato ad essere utilizzato dagli Stati, mantenendo una propria autonoma rilevanza rispetto al regolamento giudiziario e dando prova di una buona capacità di resistenza alla concorrenza dei tribunali precostituiti<sup>30</sup>.

Né si può dire, a ulteriore dimostrazione dell'inesistenza di una correlazione inversa tra affermazione della giurisdizione e sviluppo dell'arbitrato interstatale, che in questo periodo al calo del numero di arbitrati interstatali abbia corrisposto un incremento veramente significativo dell'attività dei tribunali permanenti: nel periodo intercorrente tra l'avvio

*and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*, in *American Journal of International Law*, 1990, 104 ss.

<sup>30</sup> Così anche U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, cit., 344, S. TORRES BERNÁRDEZ, *L'arbitrage interétatique*, cit., 207; I. BROWNLIE, *The Peaceful Settlement of International Disputes in Practice*, in *Pace International Law Review*, 1995, 257 ss., 267. Effettivamente, dopo il 1945 gli Stati hanno continuato a ricorrere all'arbitrato almeno rispetto a determinate categorie di controversie, specialmente quelle di natura territoriale e di delimitazione marittima. Degni di nota sono soprattutto i lodi arbitrali nei casi del lago Lanoux (*Francia/Spagna*), 16 novembre 1957 (*Reports of International Arbitral Awards* – di seguito: *RIAA* –, 12, 281 ss.); della *frontiera tra Argentina e Cile (Argentina/Cile)*, 9 dicembre 1966 (*ibidem*, 16, 109 ss.); della *frontiera occidentale tra India e Pakistan (Rann of Kutch) (India/Pakistan)*, 19 febbraio 1968 (*ibidem*, 17, 1 ss.); della *delimitazione della piattaforma continentale tra Regno Unito e Francia (Regno Unito/Francia)*, 30 giugno 1977-14 marzo 1978 (*ibidem*, 18, 3 ss.); della *delimitazione della frontiera marittima tra Guinea e Guinea-Bissau (Guinea/Guinea-Bissau)*, 14 febbraio 1985 (*ibidem*, 19, 149 ss.); della *zona di Taba (Egitto/Israele)*, 29 settembre 1988 (*ibidem*, 20, 1 ss.); della *delimitazione della frontiera marittima tra Guinea-Bissau e Senegal (Guinea-Bissau/Senegal)*, 31 luglio 1989 (*ibidem*, 20, 119 ss.). È interessante notare che, almeno in alcuni di questi arbitrati, considerazioni generali di equità hanno giocato un ruolo importante ai fini della soluzione della controversia, e ciò nonostante mancasse nel compromesso un riferimento esplicito alla competenza degli arbitri di decidere *ex aequo et bono*. È il caso, ad esempio, secondo una parte della dottrina (v., in particolare, l'intervento di K.R. SIMMONDS alla tavola rotonda su *Public International Arbitration* pubblicato nel *Texas Journal of International Law*, 1987, 149 ss., 150), del lodo adottato in merito alla controversia sulla *frontiera occidentale tra India e Pakistan*. Nell'opinione del Presidente si legge infatti che la definizione del confine ha tenuto conto della «paramount consideration of promoting peace and stability in this region» (lodo, cit., 571). Un certo numero di arbitrati in questo periodo ha inoltre riguardato controversie concernenti accordi bilaterali in materia di servizi aerei internazionali. V. ad esempio il lodo del 9 dicembre 1978 nel caso dell'*accordo sui servizi aerei del 27 marzo 1946 tra Stati Uniti e Francia (Stati Uniti/Francia)*, in *RIAA*, 18, 417 ss., e per un commento L. DAMROSCH, *Retaliation or Arbitration – or Both? The 1978 United States-France Aviation Dispute*, in *American Journal of International Law*, 1980, 785 ss.

della sua attività e il 1989, la Corte internazionale di giustizia è stata investita di poco più di cinquanta casi contenziosi. È dunque in generale il ricorso a procedimenti vincolanti delle controversie ad aver vissuto una fase di crisi, in conseguenza soprattutto della perdita di omogeneità politica della comunità internazionale e della sua frammentazione in gruppi portatori di interessi e visioni del diritto internazionale fortemente contrapposti.

La coesistenza dei due procedimenti di soluzione delle controversie trova anzitutto conferma nella prassi convenzionale del periodo considerato, e in particolare nella previsione in numerosi trattati, sia bilaterali sia multilaterali, del ricorso all’arbitrato o come unico metodo di composizione delle liti o come procedimento alternativo rispetto all’attivazione della Corte internazionale di giustizia<sup>31</sup>. L’autonomia dei due procedimenti è inoltre riconosciuta anche nella Carta delle Nazioni Unite: dall’art. 33, che nell’elenco di strumenti a disposizione degli Stati in controversia li indica separatamente, nonché dall’art. 95, che fa salvo il diritto dei membri «di deferire le controversie ad altri tribunali in virtù di accordi già esistenti o che possano essere conclusi in avvenire»<sup>32</sup>. D’altronde, il fatto che gli Stati non avessero interesse a rinunciare alle potenzialità offerte dall’arbitrato risulta pure dalla scelta di mantenere separati i tribunali permanenti dalla Corte permanente di arbitrato, rifiutando qualsiasi sovrapposizione, anche solo per scopi prettamente amministrativi<sup>33</sup>. Un segno tangibile dell’interesse per l’istituto in esame è altresì costituito dal tentativo di codificazione della procedura arbitrale che ha impegnato, sotto la guida di George Scelle, la Commissione del diritto internazionale dal 1949 al 1953, culminando nel 1958 nell’adozione da

<sup>31</sup> V. ancora, anche per l’indicazione degli esempi rilevanti, U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, cit., 344. Cfr. inoltre A. PIETROBON, *il giudizio nell’arbitrato tra Stati*, cit., 60 ss. Giustamente, pertanto, si è parlato, in relazione alle disposizioni pattizie che contemplano il ricorso all’arbitrato e al regolamento giudiziario, di una «teorica parità di previsione» di entrambe le opzioni: così A. DEL VECCHIO, *Nuovi profili della giurisdizione internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 2004, 971 ss., 973.

<sup>32</sup> V. già in questo senso gli articoli 12 e 13 del Patto della Società delle Nazioni.

<sup>33</sup> È anzi significativo al riguardo che una proposta di abolizione della Corte permanente di arbitrato presentata dall’Argentina durante la prima sessione dell’Assemblea della Società delle Nazioni non incontrò il favore degli altri Stati. V. in proposito H. JONKMAN, L. DE BLOQ VAN SCHELINGA, *La Cour permanente d’arbitrage: rôle et avenir d’une institution à l’aube de son centenaire*, in *African Yearbook of International Law*, 1996, 135 ss., 142.

parte dell'Assemblea generale delle *Model Rules on Arbitral Procedure*<sup>34</sup>.

Gli aspetti che perciò vanno rimarcati non sono dati tanto dalla perdita di centralità e da una certa flessione dell'arbitrato interstatale, che erano inevitabili e in un certo senso fisiologiche, ma dalle sue capacità di resistenza e adattamento a un contesto storico-politico profondamente mutato rispetto a quello delle sue origini<sup>35</sup>. Tali capacità si spiegano alla luce dei vantaggi che il ricorso all'arbitrato presenta per gli Stati. Ci si riferisce ad aspetti ampiamente noti e riconducibili alla versatilità di questo meccanismo di risoluzione delle controversie e al controllo esercitabile dalle parti, nonché alla maggiore celerità, alla confidenzialità e a una certa naturale propensione a favorire una composizione amichevole nel corso del procedimento.

D'altronde, proprio l'esigenza di conservare alcune specificità dell'arbitrato è all'origine delle resistenze mostrate dagli Stati nei confronti del tentativo operato dalla Commissione del diritto internazionale, nel quadro della sopra ricordata codificazione della procedura arbitrale, di favorire una più marcata «giurisdizionalizzazione» dell'istituto, nonché un maggiore grado di uniformità delle regole procedurali applicabili. La Commissione aveva in effetti originariamente optato per l'elaborazione di una convenzione sulla procedura arbitrale ispirata al principio di non frustrazione del procedimento. Tuttavia, l'opposizione manifesta-

<sup>34</sup> L'Assemblea generale prese atto delle regole modello con la risoluzione n. 1262 (XIII) del 14 novembre 1958. Si noti che il precedente progetto di codice di procedura arbitrale adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 1952, successivamente rivisto nel 1953 e rinominato «progetto di convenzione sulla procedura arbitrale» era stato invece respinto dall'Assemblea generale. V. *infra*, il passo del testo corrispondente alla nota 36. Sulla codificazione della procedura arbitrale v. F. CAPOTORTI, *Intorno al progetto di convenzione sulla procedura arbitrale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1957, 202 ss.

<sup>35</sup> Sono dunque ampiamente condivisibili i rilievi di S. ROSENNE, *Some Thoughts on International Arbitration Today*, in *Israel Law Review*, 1993, 447 ss., 451: «[s]ince 1945, arbitration in the inter-State sense has proceeded alongside judicial settlement through the International Court of Justice. Indeed, some of the disputes which have been settled through arbitration have posed as much a threat to international stability as some of the disputes submitted to the International Court, and awards rendered by arbitration tribunals have had no less a positive influence on the development of international law than judgments and advisory opinions of the International Court». V. anche D.H.N. JOHNSON, *International Arbitration Back in Favour?*, in *The Yearbook of World Affairs*, 1980, 305 ss., 327: «[w]hile relatively inactive, the arbitral process in disputes between States is not moribund, let alone dead. While the political climate since 1945 has not been favourable to the settlement of international disputes by legal means, arbitration seems to have made a slight gain at the expense of judicial settlement».

ta della maggioranza degli Stati all’epoca membri delle Nazioni Unite nei confronti del testo sottoposto all’attenzione dell’Assemblea generale determinò l’abbandono di quel progetto e la sua sostituzione con più modeste regole modello di natura facoltativa. Effettivamente il testo iniziale, in un’ottica di sviluppo progressivo del diritto internazionale<sup>36</sup>, sembrava voler imprimere una spinta ancora più marcata «towards a juridical and jurisdictional concept of arbitration»<sup>37</sup>. Al tempo stesso, nel tentativo di circoscrivere l’autonomia delle parti in lite, esso finiva con lo snaturare la procedura arbitrale, privandola di quelle caratteristiche di flessibilità che appunto ne costituiscono la cifra distintiva. Lo stesso relatore speciale sintetizzò in questi termini le critiche mosse dagli Stati: «[t]he Commission’s draft would distort traditional arbitration practice, making it into a quasi-compulsory jurisdictional procedure, instead of presenting its classical diplomatic character, in which it admittedly produces a legally binding, but final, solution, while leaving Governments considerable freedom as regards the conduct and even the outcome of the procedure, both wholly dependent on the form of the *compromis*»<sup>38</sup>. Era dunque chiara la volontà di mantenere la tradizionale versatilità dell’arbitrato, salvaguardando al tempo stesso il suo originario carattere diplomatico.

#### 4. La fase del rilancio dell’arbitrato dopo la fine della Guerra fredda

Con la fine della Guerra fredda, come è noto, si è assistito ad una maggiore disponibilità da parte degli Stati a ricorrere a procedimenti ri-

<sup>36</sup> Basti citare, a dimostrazione della portata fortemente innovativa del progetto, la previsione dell’attribuzione alla Corte internazionale di giustizia di un ruolo di supervisione in varie fasi della procedura al fine di garantire «the effectiveness of the undertakings voluntarily undertaken» (*Report of the International Law Commission covering the work of its fifth session, 1 June-14 August 1953*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, II, 200 ss., 203, par. 27).

<sup>37</sup> V. G. SCELLE, *Report concerning the Draft Convention on Arbitral Procedure adopted by the Commission at its fifth session*, *ibidem*, 1957, II, 2, par. 9.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 7. Il rischio di una perdita di attrattività dell’arbitrato interstatale è particolarmente enfatizzato nelle osservazioni fatte dai Paesi Bassi in merito al progetto di convenzione predisposto dalla Commissione del diritto internazionale: v. *Letter from the permanent delegation of the Netherlands to the United Nations*, 1° aprile 1953, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, II, 235. Un passaggio della lettera è riprodotto per esteso *infra*, nella nota 73.

solutivi delle controversie e a istituire nuovi organi di giustizia<sup>39</sup>. Secondo una parte della dottrina, questa tendenza avrebbe dimostrato l'affermazione di una generale preferenza degli Stati per il ricorso a organi precostituiti ai fini della soluzione delle controversie<sup>40</sup>. Tuttavia, di questo clima generale di fiducia per la soluzione vincolante delle controversie ha beneficiato anche l'arbitrato interstatale<sup>41</sup>, a testimonianza ancora una volta dei limiti della prospettiva che ricostruisce i rapporti tra arbitrato e giurisdizione in termini competitivi. Anzi, se si considera il fenomeno della proliferazione dei tribunali internazionali in questo periodo storico circoscrivendolo ai meccanismi di composizione delle *controversie interstatali*, è evidente che tale progresso si è realizzato (o forse si è potuto realizzare) proprio mantenendo – se non potenziando – la rilevanza dell'arbitrato in alternativa alla giurisdizione.

In effetti, in un contesto in cui lo sviluppo della soluzione delle controversie sembra orientato verso una maggiore specializzazione degli organi giudicanti, la flessibilità dell'arbitrato, con riferimento soprattutto alla formazione del *panel* arbitrale e alla più agevole integrazione al suo interno di esperti tecnici con specifiche competenze anche in campi non giuridici<sup>42</sup>, rappresenta evidentemente un fattore in grado di assecondare questa tendenza.

<sup>39</sup> V. ampiamente, per tutti, T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999; A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2<sup>a</sup> ed., Bari, 2015, e M. IOVANE, *L'influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international*, in *Recueil des cours*, 383, 2017, 233 ss.

<sup>40</sup> A. DEL VECCHIO, *Nuovi profili*, cit., 978.

<sup>41</sup> Sottolinea la reviviscenza, in questo periodo, dell'arbitrato interstatale anche L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio*, cit., 45-46.

<sup>42</sup> Ad esempio, nel caso della *frontiera tra Argentina e Cile*, due membri su tre del collegio arbitrale erano geografi (v. il lodo del 9 dicembre 1966, in *RIAA*, 16, 109 ss.); mentre nel caso *Kishenganga (Pakistan c. India)*, relativo al progetto indiano di costruzione dell'omonimo impianto idroelettrico, nel collegio era presente un esperto di ingegneria civile e ambientale (v. il lodo del 20 dicembre 2013, *ibidem*, 31, 1 ss.). In questo secondo caso, la partecipazione di esperti era già contemplata nel Trattato sulle acque dell'Indo del 1960. Il par. 4, lett b) (ii), dell'allegato G del Trattato, ancora oggi in vigore, prevede, infatti, che il *panel* di sette arbitri, competente a decidere le controversie tra India e Pakistan relative allo sfruttamento delle risorse del fiume, includa anche un ingegnere altamente qualificato. V. J.R. CROOK, *In Re Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, in *American Journal of International Law*, 2014, 308 ss. L'integrazione di esperti nel *panel* giudicante è evidentemente consentita pure dall'Allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, che all'art. 2, nel disciplinare la composizione del Tribunale, si limita a stabilire che i membri siano scelti tra persone «experienced in maritime affairs and enjoying the highest reputation for fairness,

Il rilancio dell’arbitrato interstatale è testimoniato innanzitutto dalla riviviscenza della Corte permanente di arbitrato, che è il risultato di una serie di iniziative assunte già alla fine degli anni ’80 del secolo scorso<sup>43</sup>. Tali iniziative hanno seguito una duplice direzione: da una parte, la diversificazione del “bacino di utenza” della Corte, che non è più costituito unicamente da Stati, ma anche da soggetti non statali (organizzazioni internazionali e privati)<sup>44</sup>; dall’altra, un importante rinnovamento degli strumenti e delle procedure nel campo della composizione delle controversie interstatali. In particolare, da questo secondo punto di vista va segnalata l’adozione, nel 1992, delle c.d. Regole facoltative per la soluzione delle controversie tra due Stati<sup>45</sup>. Rilevante è anche l’istituzione di un Fondo di assistenza finanziaria, il cui regolamento è stato approvato dall’Administrative Council l’11 dicembre 1995, finalizzato a facilitare il ricorso ai procedimenti di risoluzione delle controversie amministrati dalla Corte permanente di arbitrato<sup>46</sup>.

Ma la novità più significativa in questa fase storica è senza dubbio data dall’integrazione dell’arbitrato in sistemi di risoluzione delle controversie complessi e molto più sofisticati rispetto a quelli operanti in passato, e che tendono effettivamente proprio a valorizzare la complementarità con il regolamento giurisdizionale, piuttosto che rispondere ad

competence and integrity», senza fare riferimento a specifiche competenze in campo giuridico.

<sup>43</sup> Sul punto v. M. INDLEKOFER, *International Arbitration and the Permanent Court of Justice*, cit., 233 ss., che parla di una «new golden age» della Corte (p. 247).

<sup>44</sup> Del tutto specifico è il caso dell’arbitrato relativo alla *delimitazione dell’area di Abyei*. Il compromesso fu stipulato l’11 luglio 2008 tra il Sudan e il Sudan People’s Liberation Army, movimento insurrezionale rappresentativo delle istanze secessionistiche di quello che sarebbe diventato nel 2011 il Sud Sudan. V. il lodo del 22 luglio 2009 in *RIAA*, 30, 145 ss., e per un commento B.W. DALY, *The Abyei Arbitration: Procedural Aspects of an Intra-state Border Arbitration*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 801 ss.

<sup>45</sup> Tali regole si basano sulle Arbitration Rules della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale (UNCITRAL) approvate dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 31/98 del 15 dicembre 1976. V. anche, nella medesima direzione, l’adozione nel 2001 delle Regole facoltative per l’arbitrato rispetto a controversie relative all’ambiente e alle risorse naturali, su cui cfr. D. RATLIFF, *The PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, 887 ss. I testi di questi documenti sono reperibili nel sito *web* della Corte permanente di arbitrato ([pca-cpa.org](http://pca-cpa.org)).

<sup>46</sup> V. M. INDLEKOFER, *International Arbitration and the Permanent Court of Justice*, cit., 294 ss. Anche lo Statuto del Fondo è reperibile nel sito della Corte.



una logica di competizione tra questi procedimenti di composizione delle liti interstatali<sup>47</sup>.

Innanzitutto, l'arbitrato assume un ruolo centrale nel sistema di risoluzione delle controversie previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982<sup>48</sup>: in base all'art. 287, par. 5, l'arbitrato ai sensi dell'Allegato VII è il procedimento residuale che trova applicazione quando le parti non abbiano selezionato nessuna delle altre opzioni consentite dalla Convenzione o abbiano espresso preferenze non coincidenti<sup>49</sup>. Considerato che attualmente meno di sessanta su un totale di 169 parti contraenti hanno formulato una dichiarazione di scelta ex art. 287, par. 1<sup>50</sup>, si comprende come lo spazio potenziale per l'arbitrato sia di fatto molto ampio<sup>51</sup>. Questo dato, del resto, è confermato dalla prassi. Sono ad oggi infatti quindici gli arbitrati istituiti conformemente all'Allegato VII della Convenzione (tutti amministrati, tranne uno, dalla Corte permanente di arbitrato). A ciò si aggiunga che tra le alternative consentite alle parti c'è anche un arbitrato speciale disciplinato dall'Allegato VIII, che è stato concepito specificamente per trattare le controversie in materia di pesca, protezione e preservazione dell'ambiente marino, ricerca scientifica marina e navigazione, incluso l'inquinamento da navi e da immissioni. Particolarmente significativa nell'ottica della sinergia tra procedimenti risolutivi delle controversie risulta poi la previsione, all'art. 290, par. 5, della competenza del Tribunale del diritto del mare a prescrivere misure provvisorie nelle more della costituzione del tribunale arbitrale competente alla stregua del richiamato art. 287, par. 5.

<sup>47</sup> Proprio l'inquadramento dell'arbitrato in sistemi di soluzione delle controversie dotati di un elevato livello di istituzionalizzazione può contribuire a mitigare la scarsa attrattività di tale procedimento in relazione a controversie caratterizzate da un certo squilibrio nei rapporti di forza tra gli Stati coinvolti. V. per alcune notazioni in questo senso F. ORREGO VICUÑA, C. PINTO, *Peaceful Settlement of Disputes Prospects for the 21st Century: Revised Report Prepared for the Centennial of the First International Peace Conference*, in F. KALSHOVEN (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, Leiden, 2000, 261 ss., 294.

<sup>48</sup> Sul sistema di risoluzione delle controversie previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, v. ampiamente R. VIRZO, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, Padova, 2008.

<sup>49</sup> In argomento v. da ultimo A. CALIGIURI, *L'arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Napoli, 2018.

<sup>50</sup> Dati reperibili all'indirizzo <<https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-287>>.

<sup>51</sup> Sul punto, per maggiori approfondimenti, v. il contributo di R. VIRZO in questo volume.



Anche il sistema di risoluzione delle controversie dell’Organizzazione mondiale del commercio (OMC) presenta vari elementi riconducibili all’arbitrato<sup>52</sup>. A parte le disposizioni contenute in alcuni degli Accordi contemplati che consentono il ricorso all’arbitrato in riferimento a specifiche e comunque limitate categorie di controversie<sup>53</sup>, l’arbitrato è integrato nel procedimento ordinario di risoluzione delle controversie dagli articoli 21, par. 3, e 22, par. 6, dell’Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie (di seguito: Intesa), ai fini, rispettivamente, della determinazione del periodo ragionevole entro cui vadano attuate le raccomandazioni e le decisioni del Dispute Settlement Body (DSB) e della risoluzione delle questioni attinenti all’adeguatezza delle misure compensative. Ma a venire in rilievo è soprattutto l’art. 25, il quale disciplina un procedimento accelerato di arbitrato utilizzabile, ovviamente previo accordo tra le parti in lite, in alternativa al sistema di soluzione delle controversie di applicazione generale. In questa ipotesi, il lodo adottato all’esito del procedimento è immediatamente vincolante e non necessita dell’approvazione del DSB<sup>54</sup>.

L’arbitrato è stato previsto come procedimento di soluzione delle controversie commerciali tra Stati anche in alcuni importanti accordi di integrazione regionale. Va ricordato, in particolare, il Protocollo di Brasilia del 17 dicembre 1991 che ha introdotto nell’ambito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) un meccanismo arbitrale caratterizzato

<sup>52</sup> V. HUGHES, *Arbitration within the WTO*, in F. ORTINO, E.-U. PETERSMANN (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, 2004, 75 ss.; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Arbitration at the WTO: A Terra Incognita to Be Further Explored*, in S. CHARNOVITZ, D.P. STEGER, P. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, 2005, 181 ss.; D. JACYK, *The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future*, in *Australian International Law Journal*, 2008, 235 ss.; F.A. GREY, *Arbitration as an Alternative Dispute Settlement Mechanism at the WTO*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 477 ss.

<sup>53</sup> G. ADINOLFI, *L’Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001, 332 ss.

<sup>54</sup> P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell’Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 611-612. Anche se è certamente vero che questa disposizione è rimasta largamente inutilizzata, risulta difficile, proprio in considerazione delle varie ipotesi di integrazione dell’arbitrato nel sistema di risoluzione delle controversie dell’OMC, condividere l’affermazione secondo cui mancherebbe nell’Organizzazione «an arbitration culture» (così B.H. MALKAWI, *Arbitration and the World Trade Organization: The Forgotten Provisions of Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 173 ss., 183).

da significative automaticità e celerità<sup>55</sup>. A seguito dell'adozione del Protocollo di Olivos del 2002, il sistema di soluzione delle controversie in ambito MERCOSUR ha subito importanti innovazioni, con la creazione di un tribunale permanente di revisione competente a decidere i ricorsi proposti avverso le decisioni adottate in prima istanza dai tribunali arbitrali *ad hoc*<sup>56</sup>.

Minor successo ha invece riscosso l'istituzione, sempre in questo periodo, della Corte di conciliazione e arbitrato prevista dalla Convenzione sulla conciliazione e l'arbitrato adottata a Stoccolma il 15 dicembre 1992 dal Consiglio della Conferenza per la sicurezza e cooperazione in Europa (CSCE), oggi Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE)<sup>57</sup>. La Corte di conciliazione e arbitrato replica, su scala regionale, il modello della Corte permanente di arbitrato. Non si tratta, quindi, di un tribunale permanente, ma di una struttura di supporto logistico/amministrativo per lo svolgimento di procedimenti arbitrali. Benché la Convenzione sia attualmente in vigore, sia pure solo tra 33 dei 57 membri dell'OSCE, fino ad oggi la Corte non è mai stata attivata<sup>58</sup>.

##### 5. La fase attuale di ulteriore rafforzamento dell'arbitrato

E arriviamo all'ultima fase, caratterizzata da un ulteriore rafforzamento del ricorso all'arbitrato interstatale in un contesto in cui l'entu-

<sup>55</sup> L. ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Napoli, 2013, 132 ss. e S. MARINAI, *La funzione giurisdizionale nelle organizzazioni di integrazione regionale*, Torino, 2012, 154 ss. Cfr. anche E.J. CÁRDENAS, G. TEMPESTA, *Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, 337 ss.

<sup>56</sup> V. ancora L. ZOPPO, *La soluzione delle controversie*, cit., 135 ss. e S. MARINAI, *La funzione giurisdizionale*, cit., 157 ss.

<sup>57</sup> Cfr. per tutti K.C. LEBEN, *La mise en place de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE*, in *Revue générale de droit international public*, 1996, 135 ss., e K. OELLERS-FRAHM, *The Arbitration Procedure Established by the Convention on Conciliation and Arbitration within the OSCE*, in L. CAFLISCH (ed.), *The Peaceful Settlement of Disputes between States: Universal and European Perspectives*, The Hague/London/Boston, 1998, 79 ss.

<sup>58</sup> In caso di controversia fra due o più Stati parti della Convenzione, ciascuno di essi può unilateralmente attivare la conciliazione, mentre il ricorso all'arbitrato, in caso di fallimento della conciliazione, richiede l'accordo di tutte le parti della controversia (art. 26). A differenza della conciliazione, il ricorso all'arbitrato è possibile, tuttavia, anche in relazione alle controversie sorte fra uno o più Stati parti della Convenzione e uno o più altri Stati membri dell'OSCE.

siasmo per la proliferazione dei tribunali internazionali pare essersi attenuato. L’ondata di nuovi meccanismi si è, infatti, arrestata e in taluni casi si è anzi assistito a un certo disimpegno, almeno da parte di alcuni Stati, nei confronti di quelli esistenti. La spinta verso il ricorso all’arbitrato, da questo punto di vista, sembra allora spiegarsi in un’ottica quasi “compensativa” rispetto al calo di attrattività degli organi permanenti di risoluzione vincolante delle controversie<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda l’OMC, la crisi dell’Organo d’appello ha accentuato i caratteri arbitrali già presenti, come si è visto, nel sistema di risoluzione delle controversie, come regolato dall’Intesa. Si è già fatto riferimento alla previsione, *ex art. 25*, del ricorso all’arbitrato come alternativa al funzionamento del più articolato sistema incentrato sui *panels* e sull’Organo d’appello. Tale procedura ha rivestito fino ad oggi un ruolo del tutto marginale nella prassi. Il lodo arbitrale del 2001 reso nell’ambito della controversia tra Comunità europea e Stati Uniti in ordine alla legislazione statunitense in materia di *copyright* è rimasto per molto tempo un precedente isolato. È però assai significativo che proprio nel ricorso all’art. 25 è stato individuato da parte di alcuni Stati membri il fondamento del meccanismo che dovrebbe costituire il rimedio temporaneo all’attuale stallo dell’Organo d’appello causato dalla decisione degli Stati Uniti di bloccare con il loro veto la nomina dei nuovi membri. È noto, infatti, che, al fine di superare questa crisi, il 30 aprile 2020 l’Unione europea e altri 18 membri (Australia, Brasile, Canada, Cile, Cina, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Hong Kong, Islanda, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Pakistan, Singapore, Svizzera, Ucraina, Uruguay) hanno comunicato all’Organizzazione la conclusione di un accordo provvisorio, il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, che prevede una procedura arbitrale d’appello, basata appunto sull’art. 25, che sarà applicata tra gli Stati aderenti fintantoché l’Organo d’appello non tornerà operativo<sup>60</sup>. Si tratta evidentemente di un tentativo che va nella direzione

<sup>59</sup> Benché le cause del fenomeno siano molto complesse e riconducibili ad una varietà di fattori, un aspetto certamente da sottolineare è dato dalla tendenza che si riscontra nella prassi più recente a non inserire nei trattati di nuova stipulazione clausole compromissorie che prevedano il ricorso alla Corte internazionale di giustizia. V. al riguardo F. FONTANELLI, *Once Burned, Twice Shy. The Use of Compromissory Clauses before the International Court of Justice and Their Declining Popularity in New Treaties*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, 7 ss.

<sup>60</sup> V. *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes: Addendum. Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add.12, 30 aprile 2020. Per alcuni commenti v. POHL, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement Under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in D. PRÉVOST, I. ALEXOVIČOVÁ, J. HILLEBRAND POHL (eds.), *Restoring Trust in Trade*. Liber Ami-

dell'abbandono del modello prevalentemente giudiziario di soluzione delle controversie commerciali interstatali previsto dall'Intesa e della sua sostituzione con un sistema, più pragmatico e flessibile, riconducibile al paradigma della giustizia arbitrale. Come è stato osservato, detta scelta riflette il peso prevalente attribuito dai promotori di questa iniziativa alla necessità di assicurare in tempi rapidi la risoluzione delle controversie nell'interesse "privato" dei membri coinvolti, anche a costo di rinunciare alle garanzie di uniformità e prevedibilità nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'OMC tipicamente offerte dalla presenza di un organo d'appello di natura permanente<sup>61</sup>.

La vitalità dell'arbitrato negli ultimi anni è inoltre testimoniata dall'estensione degli ambiti materiali interessati dal ricorso all'istituto in esame. Una linea di tendenza significativa, sebbene ancora embrionale e quindi ancora da confermare, è emersa ad esempio nel settore degli investimenti. La prassi recente comprende infatti alcuni casi di procedimenti arbitrali riguardanti controversie tra lo Stato di nazionalità dell'investitore e lo Stato in cui l'investimento è effettuato<sup>62</sup>. Il riferimento è agli arbitrati tra Perù e Cile, del 2005<sup>63</sup>, e tra Ecuador e Stati Uniti, del 2012<sup>64</sup>, in ambito ICSID, nonché all'arbitrato *ad hoc* tra Italia e Cuba del 2008<sup>65</sup>, a cui si aggiunge la recente iniziativa, nel febbraio 2023, dell'Azerbaijan di promuovere un arbitrato ai sensi della Carta sull'energia nei confronti dell'Armenia, nell'ambito delle questioni

corum in Honour of Peter van den Bossche, Oxford, 2019, 139 ss.; XIAOLING LI, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, 461 ss.; E. BARONCINI, *Saving the Right to Appeal at the WTO: The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, in *Federalismi.it*, 2020.

<sup>61</sup> G. ADINOLFI, *Procedural Rules in WTO Dispute Settlement in the Face of the Crisis of the Appellate Body*, in *QIL-Questions of International Law*, n. 61, 2019, 50 ss., 58, e L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio*, cit., 239-240, 242.

<sup>62</sup> In argomento v. A. ROBERTS, *State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority*, in *Transnational Dispute Management*, 2014, 1 ss. V. anche, al riguardo, i rilievi critici di G. SACERDOTI, *Alternative all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in D. MANTUCCI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, 13, *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Napoli, 2020, 1 ss., specialmente 21 ss.

<sup>63</sup> *Peru v. Chile (Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru)*, ICSID Case No. ARB/03/4, 7 febbraio 2005, reperibile nel sito <[www.italaw.com](http://www.italaw.com)>.

<sup>64</sup> V. il lodo del 29 settembre 2012 in *RIAA*, 34, 2 ss.

<sup>65</sup> *V. Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad Hoc State-State Arbitration, interim award e final award, rispettivamente, del 15 marzo 2005 e 15 gennaio 2008, reperibili nel sito <<https://www.italaw.com/cases/580>>.

connesse alla controversia sul Nagorno Karabach<sup>66</sup>. Questo interesse verso l’arbitrato interstatale in materia di investimenti, in un contesto peraltro di critica e ripensamento del sistema di arbitrato investitore-Stato, è alimentato anche dalla circostanza che i capitoli sugli investimenti contenuti in alcuni accordi di libero scambio o di partenariato economico di più recente generazione non contengono disposizioni sull’arbitrato tra investitori e Stati e prevedono esclusivamente clausole di risoluzione delle controversie tra Stati<sup>67</sup>. Non è chiaramente questa la sede per esaminare le questioni problematiche sollevate da tale prassi, a partire dal difficile coordinamento tra arbitrato interstatale e arbitrato tra investitore e Stato<sup>68</sup>, ma è innegabile che si tratta di un ulteriore segnale della persistente vitalità dell’istituto in esame.

## 6. Osservazioni conclusive

Il ricorso all’arbitrato offre alle parti l’opportunità di adattare il processo e la decisione del caso alle specifiche esigenze della loro controversia, anziché fare affidamento su un processo di risoluzione rigido e standardizzato. Non è un caso che l’arbitrato interstatale si sia rivelato particolarmente congeniale e abbia dato forse le migliori prove di sé rispetto alla soluzione di controversie relative alla delimitazione di confini (terrestri e marittimi) e in materia di utilizzazione di risorse naturali condivise da più Stati<sup>69</sup>. Si tratta di controversie che spesso sollevano complesse questioni extragiuridiche (in quanto toccano una pluralità di inte-

<sup>66</sup> V. *Press release on arbitration case filed by Azerbaijan against Armenia under the Energy Charter Treaty for illegal exploitation of Azerbaijan’s energy resources*, reperibile nel sito [www.italaw.com](http://www.italaw.com). Nel contesto delle relazioni assai problematiche tra questi Stati, va inoltre segnalato l’arbitrato avviato sempre dall’Azerbaijan nei confronti dell’Armenia sulla base della Convenzione di Berna del 19 settembre 1979 sulla conservazione della vita selvatica e dell’ambiente naturale: *Press Release on arbitration filed by Azerbaijan against Armenia for widespread environmental destruction*, <[www.mfa.gov.az/en/news/no01523](http://www.mfa.gov.az/en/news/no01523)>.

<sup>67</sup> N. BERNASCONI-OSTERWALDER, *State-State Dispute Settlement Clause in Investment Treaties*, 30 ottobre 2014, reperibile *online* nel sito [www.iisd.org](http://www.iisd.org), che, a p. 1, riporta in nota gli esempi dell’Accordo di libero scambio tra Australia e Stati Uniti del 2004, dell’Accordo di partenariato economico tra Giappone e Filippine del 2006 e dell’Accordo di libero scambio tra Australia e Malaysia del 2012.

<sup>68</sup> Su tali problemi v. gli autori citati *supra*, nella nota 62.

<sup>69</sup> V. ampiamente S. VIDMAR, *Compulsory Inter-State Arbitration of Territorial Disputes*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2002, 87 ss.

ressi: economici, storici, politici, di sicurezza nazionale), che non si prestano – o che le parti sono riluttanti a sottoporre – ad una valutazione basata esclusivamente sul diritto internazionale; controversie la cui risoluzione, in ultima analisi, potrebbe essere facilitata dalla disponibilità di competenze tecniche specifiche<sup>70</sup>, e rispetto alle quali l'individuazione di uno Stato vincitore e uno Stato soccombente non sempre rappresenta la strategia preferibile<sup>71</sup>.

In questa prospettiva e nell'ottica di favorire un più ampio ricorso all'arbitrato, almeno negli spazi lasciati liberi dal regolamento giudiziario, appare quindi necessario puntare a una maggiore valorizzazione delle differenze tra il primo e il secondo, piuttosto che assecondare una certa tendenza alla loro progressiva assimilazione, eventualmente anche recuperando, in alcuni contesti, una visione più diplomatica dell'arbitrato, tipica, come si è visto, del modello originario di questo procedimento di risoluzione delle dispute interstatali<sup>72</sup>. In effetti, la complessità delle relazioni internazionali contemporanee sembra richiedere una pluralità di metodi e strumenti che possano variamente combinarsi in un approccio integrato e flessibile alla soluzione delle controversie<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> V. *supra*, nota 42.

<sup>71</sup> Vale la pena riportare qui per esteso le riflessioni di M. LACHS, *Arbitration*, cit., 41: «generally speaking, arbitration opens the way to reaching solutions which produce in both parties a sense of having been treated fairly where the application of strict law might have produced a solution less persuasive to the layman or politician. The arbitral solution may furthermore be more pragmatic and practical than could have been reached by adjudication without necessarily differing in the final balance of gains and losses for either side».

<sup>72</sup> Al riguardo, v. ampiamente M.C.W. PINTO, *Structure*, cit., *passim*. Cfr., inoltre, per un'adesione a questa prospettiva, T. MESHEL, *The Evolution of Interstate Arbitration and the Peaceful Resolution of Transboundary Freshwater Disputes*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2016, 361 ss., spec. 363, 374, e ID., *The Croatia v. Slovenia Arbitration: The Silver Lining*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017, 288 ss., 298 ss.

<sup>73</sup> V. ancora M. LACHS, *Arbitration*, cit., 53. Come osservato dai Paesi Bassi nel 1952, a commento dei lavori della Commissione del diritto internazionale sulla procedura arbitrale, «[i]n order to maintain its place beside more recent judicial means, arbitration should retain definite characteristics of its own by which to distinguish itself from judicial settlement. These special qualities should induce governments to keep arbitration in store as a helpful instrument. Amongst these characteristics the somewhat mediatory quality of the award should be first in our mind. Though arbitration must be kept on the “basis of respect for law” according to the First Convention of The Hague of 1899, the award, however, will always show a predisposition towards mediation and arbitrations are prone to adhere to the law in a less orthodox way than a judge is apt to do» (*Letter from the permanent delegation of the Netherlands*, cit., 253).

Pertanto, l’arbitrato non dovrebbe essere visto, per riprendere la formula delle Convenzioni dell’Aja sulla soluzione pacifica delle controversie, come uno strumento cui ricorrere solo quando «diplomacy has failed»<sup>74</sup>, sul presupposto quindi di una separazione netta rispetto ai procedimenti diplomatici, ma come un mezzo complementare, nel contesto di un approccio integrato alla soluzione delle controversie<sup>75</sup>. In quest’ottica appaiono allora ancora molto attuali le osservazioni di Gaetano Arangio-Ruiz, che nella voce *Arbitrato internazionale* pubblicata nell’*Enciclopedia del diritto* nel 1958, scriveva: «se le forme evolute [e qui evidentemente il riferimento è alla giurisdizione internazionale] costituiscono per un verso un progresso auspicabile del diritto internazionale può essere pericoloso confonderle con l’arbitrato che è bene conservi una fisionomia “volontaria” tradizionalmente bene accetta agli Stati»<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> *Supra*, il passo del testo che precede la nota 12.

<sup>75</sup> Sull’importanza di tale approccio integrato nella trattazione soprattutto delle controversie rispetto alle quali si registra un maggior ricorso all’arbitrato come mezzo di risoluzione – come si è detto, controversie relative alla delimitazione di confini e/o alla gestione di risorse condivise – v. le considerazioni di A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2023, 333 ss., il quale appunto sottolinea come questo genere di controversie si presti particolarmente «all’esercizio di giustizia distributiva» (*ibidem*, 334).

<sup>76</sup> G. ARANGIO-RUIZ, voce *Arbitrato (Diritto internazionale pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2, 1957, 975 ss., 991. Cfr. anche nello stesso senso M.W. REISMAN, *The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication*, in *Recueil des cours*, 258, 1996, 9 ss., 55: «[i]nternational arbitration and adjudication are different and it is useful to preserve that difference in order to make available to Governments a range of third-party dispute resolving mechanisms. As long as the difference is maintained, Governments that may not wish to submit a particular matter to adjudication may refer it to arbitration. If the two processes converge, the particular result in specific cases may be a more judicial resolution of disputes, but the net systemic result will be less resort to third-party settlement of disputes».





# SULLA FUNZIONE “NOMOFILATTICA” DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Daniele AMOROSO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La funzione nomofilattica negli ordinamenti interni e la sua potenziale rilevanza nel diritto internazionale: a) Corte internazionale di giustizia e nomofilachia negativa. – 2.1 *Segue*. b) Corte internazionale di giustizia e nomofilachia positiva. – 3. La (presunta) funzione nomofilattica della Corte internazionale di giustizia alla prova della giurisprudenza: i) la prassi degli altri tribunali (e organi para-giurisdizionali) internazionali. – 4. *Segue*. ii) la giurisprudenza dei giudici nazionali. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La Corte internazionale di giustizia (la “Corte” o “CIG”), in quanto “principale organo di giustizia delle Nazioni Unite” ed unico tribunale permanente con competenza generale, occupa inevitabilmente una posizione peculiare nell’immaginario degli studiosi e dei pratici del diritto internazionale<sup>1</sup>. Una tangibile manifestazione di questa rappresentazione, se si vuole “mitizzata”, del ruolo della Corte è l’inclinazione ad ascrivere le funzioni ed attributi propri delle corti supreme nazionali<sup>2</sup>, cui è

\* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari. L’autore intende ringraziare i colleghi che hanno partecipato al dibattito in occasione della presentazione della relazione al Convegno SIDI di Napoli. I loro rilievi critici si sono rivelati utilissimi nella messa a punto del contributo scritto. L’autore desidera altresì ringraziare Francesca Ippolito, Francesco Seatzu, Paolo Vargiu, Luca Pantaleo, Giulia Ciliberto e Federica Velli per aver discusso una prima versione della relazione, consentendo l’individuazione di alcune sue debolezze. Un ringraziamento particolare, infine, va a Loris Marotti, per l’enorme pazienza dimostrata nelle numerose – e fondamentali – conversazioni sul tema, e a Silvia Izzo, per i preziosi suggerimenti bibliografici in materia di diritto interno. Eventuali errori o omissioni rimangono ovviamente nella responsabilità dell’autore.

<sup>1</sup> P. PALCHETTI, *The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition?*, in E. CANNIZZARO (eds.), *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, Roma, 2018, 107.

<sup>2</sup> Si vedano, ad esempio, le posizioni favorevoli a riconoscere alla Corte il potere di sindacare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, sulla scorta del modello inaugurato dalla Corte suprema statunitense in *Marbury v. Madi-*

senz'altro riconducibile la suggestione degli organizzatori del Convegno annuale di esplorare se, ed entro quali limiti, la Corte internazionale di giustizia svolga una “funzione nomofilattica” nell’ordinamento internazionale.

L’utilizzo di categorie proprie del diritto interno come strumento di analisi della realtà giuridica internazionale è spesso visto con sospetto dalla dottrina<sup>3</sup>, la quale non ha mancato di rimarcare le incolmabili differenze che separano i due ordinamenti e che renderebbero ogni accostamento analogico un’operazione inammissibile, per non dire “peccaminosa”<sup>4</sup>. Se la distanza tra i due ordinamenti è talmente ovvia da non richiedere ulteriori dimostrazioni, è altrettanto innegabile che, da sempre, le categorie del diritto interno hanno costituito una fonte di ispirazione per la costruzione, teorica e normativa, del diritto internazionale: basti pensare al ruolo dell’analogia tra trattato e contratto nel dare forma al diritto internazionale moderno<sup>5</sup> o alla funzione di etero-integrazione svolta dai principi generali riconosciuti *in foro domestico*<sup>6</sup>. Del resto, com’è stato opportunamente notato, gli ordinamenti interni offrono all’internazionalista degli «schemi concettuali pronti all’uso»<sup>7</sup>, che consentono una

*son* (cfr. ad es. T.M. FRANCK, *The Powers of Appreciation: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality*, in *American Journal of International Law*, 1992, 519 ss.; V. GOWLAND-DEBBAS, *The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in Light of the Lockerbie Case*, *ivi*, 643 ss.). Nel senso che la Corte internazionale di giustizia debba essere messa in condizione di operare come “supreme court of the international community”, v. R.Y. JENNINGS, *The International Court of Justice after Fifty Years*, in *American Journal of International Law*, 1995, 504. Per una critica di questa tendenza, v. N.B. NUCUP, *Infallible or Final?: Revisiting the Legitimacy of the International Court of Justice as the “Invisible” International Supreme Court*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2019, 145 ss.

<sup>3</sup> Si vedano, tra gli altri, gli scritti richiamati da A. HERTOGEN, *The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2019, 1127 ss., in particolare note 9-10.

<sup>4</sup> J.H.H. WEILER, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, 550.

<sup>5</sup> L.V. PROTT, *Argumentation in International Law*, in *Argumentation*, 1991, 299 ss.

<sup>6</sup> Il riferimento, ovviamente, va all’art. 38, co. 1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Più di recente, il tema è stato ripreso dalla Commissione del diritto internazionale (D. GRECO, *Su natura e limiti della trasposizione di principi comuni in foro domestico nell’ordinamento internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, 297 ss.) e dalla International Law Association (ILA, *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law*, 2016).

<sup>7</sup> L. FERRARI-BRAVO, *International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems*, in R.St.J. MACDONALD e D.M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht/Boston/Londra, 1986, 718.

migliore comprensione di certe dinamiche del diritto internazionale ancora bisognose di inquadramento giuridico-formale.

In questa prospettiva, non appare irragionevole investigare, quantomeno in via ipotetica, la possibilità che la Corte, al pari delle corti supreme nazionali, svolga una funzione “nomofilattica” nell’ambito dell’ordinamento internazionale. Con ciò non si vogliono negare, ovviamente, i pericoli di un frettoloso “trapianto” sul piano internazionale di istituti del diritto interno<sup>8</sup>. Occorrerà pertanto procedere con la dovuta cautela, individuando con cura gli elementi dell’istituto che sono suscettibili di essere trasposti sul piano internazionale ed evitando scrupolosamente ogni sorta di automatismo.

A questo fine, sarà anzitutto opportuno un chiarimento sulla nozione di nomofilachia. Come spiegheremo nel paragrafo 2, il presente scritto si soffermerà prevalentemente sulla possibilità di attribuire alla Corte internazionale di giustizia la funzione di assicurare l’unità del diritto internazionale attraverso la sua interpretazione uniforme (nomofilachia positiva). Questa funzione, si dirà, si rivolge potenzialmente a due principali categorie di destinatari: i) i tribunali internazionali (cui possono aggiungersi gli organi di controllo para-giurisdizionali creati da certi regimi convenzionali); ii) i giudici nazionali. Ad essi saranno dedicati, rispettivamente, i paragrafi 3 e 4 di questo scritto. Il paragrafo 5 conclude.

## *2. La funzione nomofilattica negli ordinamenti interni e la sua potenziale rilevanza nel diritto internazionale: a) Corte internazionale di giustizia e nomofilachia negativa*

All’interno della nozione di «nomofilachia» è possibile individuare due attività logicamente distinte, ma strettamente intrecciate nel giudizio di Cassazione: la verifica dell’«osservanza della legge» da parte dei giudici (nomofilachia negativa) e la garanzia dell’unità del diritto obbiettivo attraverso la sua «interpretazione uniforme» (nomofilachia positiva)<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Corte internazionale di giustizia, *Statuto internazionale dell’Ovest africano*, Parere dell’11 luglio 1950, Opinione Separata di Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1950, 146 ss., 148 («The way in which international law borrows from [the general principles of law recognized by civilized nations] is not by means of importing private law institutions ‘lock, stock and barrel’, ready-made and fully equipped with a set of rules»). V. anche G. ARANGIO-RUIZ, *The ‘Federal Analogy’ and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, in *European Journal of International Law*, 1997, 2-3.

<sup>9</sup> Il virgolettato è tratto dal testo dell’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario (“Attribuzioni della Corte Suprema di Cassazione”). La distinzione tra queste due funzioni del giudizio di Cassazione è riconducibile alla riflessione di Calamandrei, giusta-

La *nomofilachia negativa* si sostanzia, in particolare, in un'attività di controllo giuridico sugli atti degli organi giurisdizionali, volta ad accertare il rispetto della norma che impone a questi ultimi di decidere *secundum ius*, ovvero di interpretare ed applicare correttamente il diritto materiale nelle controversie ad essi sottoposte, e dunque a rimuovere dall'ordinamento le «sentenze difettose» che contravvengano a tale principio fondamentale<sup>10</sup>. Il suo esercizio presuppone, pertanto, i) che gli atti in questione siano impugnabili dinanzi al giudice investito della funzione nomofilattica e ii) che quest'ultimo abbia il potere di incidere sulla loro efficacia giuridica, in caso di «violazione o falsa applicazione» del diritto.

Tale nozione di nomofilachia è di scarsa utilità ai fini della nostra indagine. Sebbene il Regolamento della Corte internazionale di giustizia contempra la possibilità di sottoporle questioni già decise da «some other international body» (art. 87)<sup>11</sup>, le ipotesi in cui le è stato effettivamente conferito un potere di controllo sugli atti di altri tribunali internazionali sono molto rare. Ancor meno frequente, poi, è che il sindacato della Corte abbia ad oggetto la *corretta applicazione del diritto internazionale*. La competenza assegnata alla Corte in quanto giudice di secondo grado, infatti, si risolve normalmente nella verifica della presenza di vizi che potrebbero compromettere l'«integrità del procedimento arbitrale o giurisdizionale» di prima istanza, quali ad es. la corruzione di uno dei membri del tribunale, la violazione di norme fondamentali di procedura o la contraddittorietà della decisione (c.d. «funzione di annullamento»)<sup>12</sup>.

La sola ipotesi in cui la Corte internazionale di giustizia è stata chiamata ad assicurare la corretta applicazione del diritto internazionale ad opera di un *altro tribunale internazionale* ha rilievo esclusivamente storico ed un peso senz'altro marginale. Facciamo riferimento alla

mente definita il «vero precedente della formulazione dell'art. 65» (M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 63). V. in particolare P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VII, *La Cassazione civile* (parte seconda), Roma, 2019 (I ed. Torino, 1920), Capitoli II, III e IV. È interessante notare che, mentre nell'uso corrente il termine «nomofilachia» è impiegato con riferimento ad entrambi gli aspetti dello scopo della Cassazione, nell'opera di Calamandrei esso è riferito alla sola dimensione negativa.

<sup>10</sup> P. CALAMANDREI, *Opere*, cit., Capitolo II, in particolare 41 ss.

<sup>11</sup> L'uso di questa espressione, particolarmente ampia, in luogo di «international tribunal», impiegata nel testo precedente alla riforma del 1978, si spiega con l'esigenza di tener conto della competenza attribuita alla Corte dall'art. 84 della Convenzione di Chicago, su cui v. *infra* nel testo che accompagna le note 16-18.

<sup>12</sup> Cfr., anche per gli opportuni riferimenti di prassi e letteratura, l'importante lavoro di L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, 2019, 45 ss.

«competenza consultiva di seconda istanza»<sup>13</sup> un tempo esercitata dalla Corte sulle pronunce rese dal Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite, la quale si estendeva anche ad eventuali errori di diritto relativi all’interpretazione della Carta delle Nazioni Unite<sup>14</sup>. Può poi ricordarsi, sempre in una prospettiva storica, l’art. X del Secondo Accordo di Parigi del 28 aprile 1930 sugli obblighi risultanti dal Trattato di pace del Trianon, che attribuiva alla Corte permanente di giustizia internazionale (“CPGI”) la competenza a pronunciarsi sugli appelli presentati avverso le sentenze dei tribunali arbitrali misti istituiti dal Trattato di pace<sup>15</sup>.

Va infine richiamata la peculiare competenza “di secondo grado”, tutt’ora esercitata dalla Corte, contemplata dall’art. 84 della Convenzione di Chicago, istitutiva dell’Organizzazione per l’aviazione civile internazionale (*International Civil Aviation Organization*, ICAO). Questa disposizione affida ad un *organo politico*, il Consiglio ICAO, la risoluzione delle controversie tra Stati membri relative all’applicazione e all’interpretazione della Convenzione, consentendo l’impugnazione delle decisioni del Consiglio dinanzi alla Corte internazionale di giustizia.

Si tratta, è stato notato, di una competenza “ambigua”, nella quale convergono doppio grado di giudizio in sede contenziosa e sindacato giurisdizionale sugli atti di un’organizzazione internazionale<sup>16</sup>. Tale ambiguità si riflette inevitabilmente nel modo in cui la Corte stessa ha inteso il suo ruolo *ex art. 84*. In occasione della prima pronuncia resa nell’esercizio di questa competenza, la Corte ha evidenziato come il proprio controllo avrebbe facilitato il buon funzionamento dell’Organizzazione, essendo volto a stabilire, anche nell’interesse del Consiglio stesso, se quest’ultimo abbia agito *secundum ius* («in conformity or not with the

<sup>13</sup> *Ivi*, 98.

<sup>14</sup> V. art. 11 dello Statuto del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite, nel testo vigente prima della riforma decisa dall’Assemblea Generale nel 2007 (A/RES/61/261 del 4 aprile 2007). Di mero “annullamento”, invece, era la competenza consultiva di seconda istanza un tempo attribuita alla Corte dall’art. XII dell’Annesso allo Statuto del Tribunale amministrativo dell’Organizzazione internazionale del lavoro, potendo essa riguardare soltanto contestazioni riguardanti la giurisdizione del Tribunale o la violazione grave di norme di procedura.

<sup>15</sup> Si noti che, nell’unica decisione di merito resa nell’esercizio di questa competenza, la CPGI si è guardata bene dal soffermarsi sulle sue implicazioni sistemiche. V. Corte permanente di giustizia internazionale, *Appeal from a Judgment of the Hungary/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University)*, sentenza del 15 dicembre 1933, PCIJ Publications, Series A/B, No. 61, 207 ss., 221 («the Court considers it unnecessary to go into the various problems connected with the question of the nature of the jurisdiction thus conferred upon it»).

<sup>16</sup> L. MAROTTI, *Il doppio grado*, cit., 108-109.

provisions of the treaties governing its action»<sup>17</sup>). Analogamente, la dichiarazione individuale del Giudice Lachs si chiude con l'auspicio che la Corte, attraverso le sue pronunce, "guidi" il Consiglio ICAO nella soluzione delle questioni giuridiche che esso sarà chiamato ad affrontare<sup>18</sup>. Ebbene, se si considera la *natura politica dell'organo* su cui viene esercitato il controllo, queste affermazioni appariranno volte a delineare un sistema di *checks and balances* nel quadro dell'ICAO. Se, però, si tiene conto della *natura contenziosa della funzione* svolta dal Consiglio "in primo grado", vi si potrà scorgere la suggestione che la Corte eserciti una funzione nomofilattica, attraverso la verifica dell'esatta osservanza della Convenzione di Chicago da parte dell'organo di risoluzione delle controversie. Essendo questa ambiguità in qualche modo innervata nella struttura dell'art. 84, è difficile immaginare che essa venga risolta dalla Corte nella sua giurisprudenza successiva. Sarebbe dunque un azzardo parlare, anche in questo contesto, di funzione nomofilattica della Corte.

### 2.1. Segue. b) Corte internazionale di giustizia e nomofilachia positiva

È più agevole associare l'esercizio di una funzione nomofilattica da parte della Corte internazionale di giustizia alla sua dimensione *positiva*, vale a dire all'attività volta ad assicurare l'unità del diritto internazionale attraverso l'interpretazione uniforme delle sue norme. Lo svolgimento di questa funzione non presuppone infatti il riconoscimento, in capo al giudice della nomofilachia, del potere di incidere sull'efficacia giuridica

<sup>17</sup> Corte internazionale di giustizia, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, sentenza del 18 agosto 1972, in *ICJ Reports 1972*, 46 ss., par. 26. La Corte ha richiamato questo passaggio quando è stata nuovamente chiamata ad esercitare la sua competenza "d'appello" ex art. 84 della Convenzione di Chicago. Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar)*, sentenza del 14 luglio 2020, in *ICJ Reports 2020*, 97 ss., par. 30; Corte internazionale di giustizia, *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and United Arab Emirates v. Qatar)*, sentenza del 14 luglio 2020, in *ICJ Reports 2020*, p. 172 ss., par. 30.

<sup>18</sup> *Ivi*, Opinione separata del Giudice Lachs, p. 72 ss., par. 75. Nella sua opinione, in realtà, il Giudice Lachs fa riferimento a questioni di procedura, ma i suoi argomenti paiono riferibili all'applicazione e all'interpretazione della Convenzione nel suo complesso. Cfr. anche l'Opinione separata del Giudice De Castro (*ivi*, 116 ss.), dove si sottolinea la necessità di riconoscere «the widest possibility of appeal to a judicial body such as the Court, with regard to the interpretation of the Convention and of the Agreement» (par. 7).

delle decisioni rese da altri organi giurisdizionali<sup>19</sup>, rendendo così irrilevante il fatto che tale potere – come si è appena detto – sia attribuito alla Corte in un numero limitatissimo di ipotesi e, per di più, entro confini assai circoscritti.

L'autonomia concettuale e pratica delle due dimensioni della nomofilachia, positiva e negativa, è efficacemente dimostrata dall'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (UE) e dai dispositivi che ad esso si ispirano, incluso il meccanismo consultivo introdotto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)<sup>20</sup>. È indubbio che detti strumenti mirino a garantire l'interpretazione uniforme del diritto materiale applicabile (*in casu*: il diritto dell'UE e la CEDU) ad opera dei giudici nazionali. Al tempo stesso, però, il loro carattere “preventivo” – cioè il fatto che il giudice della nomofilachia si pronunci su una questione interpretativa *prima* del giudice *a quo*<sup>21</sup> – fa sì che il loro funzionamento non implichi il potere di rendere inefficace la decisione eventualmente difforme. Inoltre, vista l'appartenenza del giudice della nomofilachia e dei giudici *a quo* ad ordinamenti diversi, tale potere non può essere esercitato nemmeno in un momento successivo, fatta salva ovviamente la possibilità che lo Stato *nel suo complesso* sia ritenuto internazionalmente responsabile per essersi le sue corti discostate dall'interpretazione adottata in sede di nomofilachia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Non si vuole con ciò negare la sostanziale complementarietà dei due aspetti della nomofilachia (cfr., *ex multis*, F.P. LUISO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 821). In assenza del potere di rimuovere dall'ordinamento le sentenze che non si adeguano all'interpretazione uniformatrice del giudice della nomofilachia, la capacità di quest'ultimo di assicurare *in pratica* l'unità del diritto obiettivo risulterà inevitabilmente attenuata. Cionondimeno, come si vedrà subito appresso, non si rinvengono ostacoli *logici* che impediscano l'attribuzione ad un giudice di una competenza nomofilattica esclusivamente positiva.

<sup>20</sup> Per un'analisi di altri meccanismi analoghi, v. R. VIRZO, *Le procedure di rinvio pregiudiziale ai tribunali internazionali regionali*, in P. PENNETTA (eds.), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, 2010, 317 ss.

<sup>21</sup> Cfr., sul punto, L. GROSS, *The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order*, in *American Journal of International Law*, 1971, 311, dove si parla di effetto “profilattico” del meccanismo di rinvio pregiudiziale.

<sup>22</sup> Un eventuale giudizio di responsabilità non è equiparabile ad un'attività di “nomofilachia negativa”. Mentre il primo integra una forma di “controllo sulla persona” (lo Stato autore della sentenza), la seconda costituisce un “controllo sugli atti”, volto ad accertare la conformità di una sentenza al diritto, e dunque la sua validità, senza che ciò implichi alcuna censura nei confronti di chi l'ha adottata. Per questa distinzione, v. ancora P. CALAMANDREI, *Opere*, cit., 29. La necessità di tener distinti i due profili si pone con chiarezza quando la Corte permanente di giustizia internazionale procedette alla revisione del suo Regolamento al fine di introdurre, tra le altre cose, una disposizione che disciplinasse le ipotesi, come quella prevista dall'art. X del Secondo Accordo di Parigi (*supra*



Non deve sorprendere, quindi, che la proposta di introdurre, nel quadro delle competenze della Corte, un meccanismo simile al rinvio pregiudiziale si sia affacciata con una certa frequenza nel dibattito dottrinale, almeno fino al recente passato. In realtà, la possibilità di imporre ai giudici nazionali di rimettere «al tribunale internazionale competente» la soluzione di «questioni incidentali o pregiudiziali dipendenti dal diritto internazionale» era stata ventilata da Anzilotti addirittura *prima* della creazione della Corte permanente di giustizia internazionale, ancorché come «volo di fantasia»<sup>23</sup>. In seguito all'istituzione della Corte, questa idea è stata ripresa e approfondita – tra gli altri – da autori come Lauterpacht<sup>24</sup>, Jenks<sup>25</sup>, Jessup<sup>26</sup>, Gross<sup>27</sup> e Scwhebel<sup>28</sup>, i quali hanno esplorato la percorribilità di un ampliamento della competenza consultiva della CPGI (prima) e della CIG (poi), al fine di consentire ai giudici nazionali di chiedere pareri su questioni attinenti all'interpretazione e all'applicazione del diritto internazionale. Significativamente, tale proposta fu caldeggiata tra gli anni '70 ed '80 del secolo scorso anche dall'Am-

nota 15), in cui la Corte fosse chiamata a pronunciarsi come istanza di secondo grado. Cfr., in particolare, l'intervento di Anzilotti durante il 25° incontro sulla revisione del Regolamento, in *Series D. Acts And Documents Concerning the Organization of the Court, Third Addendum to No. 2, Elaboration of the Rules of Court of March 11<sup>th</sup>, 1936*, Leiden, 1936, 339-340 («a distinction must be drawn between an appellate action and a dispute arising in connection with a decision. An appeal related to the actual decision itself, which stood to be confirmed, set aside, or amended, and such an action was possible in regard to decisions given by international tribunals but not in regard to those of municipal Courts. On the other hand, the decision of a municipal Court might form the subject of a dispute between States, which dispute could certainly be referred to the Court under an agreement between the States concerned; that contingency, however, had nothing in common with remedial actions which formed the subject of the present discussion, since the proceedings before the Court would have nothing to do with the judgment of the municipal Court»).

<sup>23</sup> D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, 139, nota 1.

<sup>24</sup> H. LAUTERPACHT, *Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1929, 94-95.

<sup>25</sup> W.C. JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, Londra, 1964, 160-161, 166-168.

<sup>26</sup> P.C. JESSUP, *The Price of International Justice*, New York/Londra, 1971, 67-71.

<sup>27</sup> L. GROSS, *The International Court of Justice*, cit., 275-276, 308-313.

<sup>28</sup> S.M. SCHWEBEL, *Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Instance of National Courts*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1988, 495 ss. V., inoltre, il rapporto di Francisco Orrego Vicuña e Christopher Pinto sulla soluzione pacifica delle controversie in F. KALSHOVEN (eds.), *The Centennial of the First International Peace Conference. Reports & Conclusions*, L'Aja/Londra/Boston, 2000, 367-369.



ministrazione statunitense<sup>29</sup>, senza tuttavia riscuotere in seno alle Nazioni Unite il consenso necessario ad avviare azioni concrete.

La suggestione più celebre emersa in questo dibattito, tuttavia, non riguarda l'applicazione del diritto internazionale da parte dei giudici statali, bensì il rapporto tra Corte internazionale di giustizia ed altri tribunali internazionali. Il riferimento è alla proposta, avanzata a cavallo tra i due millenni da due Presidenti della Corte, Schwebel<sup>30</sup> e Guillaume<sup>31</sup>, di autorizzare i tribunali internazionali – *in primis* quelli della “famiglia” delle Nazioni Unite – a formulare richieste di pareri su questioni giuridiche “importanti per l'unità del diritto internazionale”<sup>32</sup>. Il contesto in cui nasce questa suggestione è noto. Sono gli anni in cui l'autorità della Corte era stata apertamente messa in discussione dal Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia, dando vita al dibattito sulla (presunta) frammentazione del diritto internazionale<sup>33</sup>. La proposta in questione mirava pertanto, *sul piano formale*, a ribadire l'autorità *lato sensu* gerarchica della Corte sugli altri tribunali internazionali e, *sul piano sostanziale*, a prevenire difformità nell'interpretazione e applicazione del diritto internazionale. È altrettanto noto che tale idea, pur avendo suscitato per qualche tempo un certo interesse in letteratura<sup>34</sup>, non è stata mai presa realmente in considerazione dagli Stati.

Se, dunque, l'introduzione di una competenza *espressamente* diretta ad attribuire alla Corte una funzione nomofilattica non sembra attuabile,

<sup>29</sup> Cfr. L.B. SOHN, *Broadening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, in *American Journal of International Law*, 1983, 124 ss., 129, in particolare note 21-23.

<sup>30</sup> V. gli estratti del discorso di Schwebel all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 26 ottobre 1999, riportati in *ICJ Press Communiqué No. 99/46*, 2.

<sup>31</sup> *Address by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the United Nations General Assembly*, 26 ottobre 2000, 5-6.

<sup>32</sup> *ICJ Press Communiqué*, cit., 2.

<sup>33</sup> Il tema è talmente noto e dibattuto da rendere superfluo (oltre che inevitabilmente lacunoso) qualsiasi tentativo di fornire indicazioni bibliografiche di riferimento. Ci limiteremo, pertanto, a fare rinvio al rapporto della Commissione del diritto internazionale, curato da Martti Koskeniemi, su *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 e Add.1, 13 aprile 2006, e in particolare alla bibliografia indicata nella nota 14.

<sup>34</sup> V. ancora il rapporto di Orrego Vicuña e Pinto in F. KALSHOVEN, *The Centennial*, cit., 367-369. Cfr., inoltre, *ex plurimis*, K. OELLERS-FRAHM, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, 97-104; H. THIRLWAY, *The International Court of Justice and Other International Courts*, in N.M. BLOKKER e H.G. SCHERMERS (eds.), *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, Dordrecht, 2001, 274-277; D.W. PRAGER, *The Proliferation of International Judicial Organs: The Role of the International Court of Justice*, *ivi*, 288-293.

se non altro nel prossimo futuro, resta da verificare – questa volta in una prospettiva *de lege lata* – se la Corte possa comunque svolgere tale funzione nell’esercizio delle competenze contenziosa e consultiva previste dalla Carta e dallo Statuto.

Nel condurre questa verifica, è inevitabile partire dai lavori del Comitato consultivo di giuristi incaricato dalla Società delle Nazioni di predisporre lo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. Il dibattito consegnato nei *procès-verbaux* ed il rapporto conclusivo del Comitato, infatti, rivelano come l’istituzione di un tribunale a carattere permanente fosse diretta a promuovere la “continuità della giurisprudenza” e lo “sviluppo armonioso” del diritto internazionale, segnando così un cambio di passo rispetto all’esercizio estemporaneo della funzione contenziosa da parte dei tribunali arbitrali<sup>35</sup>.

Ulteriori indicazioni in questo senso sono fornite dalla risoluzione 3232 (XXIX) (“*Review of the Role of the International Court of Justice*”), adottata per *consensus* dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 12 novembre 1974, all’esito di una riflessione avviata nel 1970 per discutere ed affrontare le cause del limitato ricorso alla giurisdizione della Corte. La risoluzione, invero, richiama espressamente la “necessità” di garantire “l’interpretazione ed applicazione uniforme” del diritto internazionale, con specifico riferimento alla codificazione e allo sviluppo del diritto internazionale in convenzioni aperte alla “partecipazione universale”<sup>36</sup>.

Vale la pena osservare che tanto i lavori del Comitato di giuristi, quanto la risoluzione 3232 (XXIX) sono richiamati in documenti destinati a presentare all’opinione pubblica mondiale il ruolo della Corte internazionale di giustizia. Il primo è citato dalla Presidente Donoghue

<sup>35</sup> Le prime bozze di Statuto fatte circolare dal Presidente del Comitato, il Barone Descamps, erano piuttosto esplicite al riguardo. L’art. 1 del *draft* presentato in occasione del 16° incontro del Comitato, ad esempio, precisava che «the Permanent Court of International Justice [...] will [...] have for its purpose to assure the continuity and progress of international jurisprudence based on judgments» (Advisory Committee of Jurists for the Establishment of a Permanent Court of International Justice, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee. June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920. With Annexes*, L’Aja, 1920, 373). Tale precisazione è stata successivamente espunta, per ragioni che non sono del tutto chiare, dal testo licenziato in via definitiva, ma il punto è ribadito nel rapporto finale del Comitato curato da Lapradelle, dove si sottolinea come le caratteristiche della costituenda Corte la rendessero idonea ad assicurare «le développement harmonieux et logique du droit international» (*ivi*, 695).

<sup>36</sup> V., in particolare, il settimo paragrafo preambolare, nel quale l’Assemblea Generale sottolinea «the increasing development and codification of international law in conventions open for universal participation and the consequent need for their uniform interpretation and application».

nell'Introduzione al Volume celebrativo dei 75 anni dall'istituzione della Corte<sup>37</sup>. La seconda, invece, è più volte menzionata nell'*Handbook* curato dalla Cancelleria, che ne riporta il testo integrale in appendice.<sup>38</sup> Anche se siamo ben lontani da una formale investitura della Corte internazionale di giustizia come giudice della nomofilachia, questi elementi suggeriscono che l'idea per cui la Corte agirebbe in questo ruolo nell'esercizio delle sue competenze ordinarie non è soltanto plausibile, *ma sarebbe altresì in linea con l'immagine di sé che la Corte intende proiettare all'esterno*.

Nel prosieguo dell'indagine, si cercherà dunque di testare questa ipotesi alla luce della prassi giurisprudenziale. Si proverà a comprendere, in particolare, se, ed in quale misura, la Corte sia *realmente* in grado di promuovere l'unità del diritto internazionale e dunque di orientare l'attività interpretativa di tribunali internazionali e nazionali.

A questo fine, sono opportune due precisazioni, in qualche modo desumibili dall'analisi che precede. Per un verso, e prendendo spunto dalla risoluzione 3232 (XXIX), appare ragionevole delimitare l'oggetto principale di una eventuale funzione nomofilattica della Corte alle norme (primarie e secondarie) di diritto internazionale generale, nonché alle convenzioni a carattere universale. Per altro verso, nell'esaminare la prassi, occorrerà tenere distinti i potenziali destinatari della funzione nomofilattica della Corte, vale a dire: i) i tribunali internazionali (e gli organi ad essi equiparabili); e ii) i giudici nazionali.

### *3. La (presunta) funzione nomofilattica della Corte internazionale di giustizia alla prova della giurisprudenza: i) la prassi degli altri tribunali (e organi para-giurisdizionali) internazionali*

Si è fatto cenno a come l'esigenza di affidare alla Corte internazionale di giustizia il ruolo di garante dell'unità del diritto internazionale contro la minaccia disgregatrice proveniente dagli altri tribunali internazionali sia stata al centro di un ricco dibattito tra il finire degli anni '90 e l'inizio del 2000<sup>39</sup>. Si tratta, invero, di una questione ampiamente analizzata in letteratura, sulla quale si sono cimentati i più autorevoli esponenti della dottrina internazionalistica. In questo contesto, è davvero difficile,

<sup>37</sup> *The International Court of Justice. Handbook*, 2019, 19 e 45.

<sup>38</sup> J.E. DONOGHUE, *Introduction: The ICJ, 75 years in retrospect*, in *The International Court of Justice: 75 Years in the Service of Peace and Justice*, L'Aja, 2022, 10.

<sup>39</sup> V. *supra* nota 33.

se non impossibile, aggiungere qualcosa di significativo. Ci si limiterà dunque a qualche breve osservazione.

Per cominciare, va ricordato che la Carta delle Nazioni Unite, pur qualificando la Corte come “principale organo di giustizia” dell’Organizzazione e pur esprimendo una chiara preferenza per l’attribuzione ad essa della soluzione delle controversie “giuridiche” tra gli Stati membri<sup>40</sup>, fa salva la possibilità per questi ultimi di affidarsi ad altri tribunali<sup>41</sup>.

È precisamente nell’esercizio di questa facoltà che, nel corso degli ultimi decenni, sono stati creati numerosi tribunali internazionali con competenze specialistiche. In alcuni casi, la Corte internazionale di giustizia è indicata come foro alternativo per la soluzione delle controversie, in una posizione di sostanziale parità con essi. L’art. 287 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, per fare un esempio noto, consente alle Parti Contraenti di ricorrere al Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) o alla Corte internazionale di giustizia, prevedendo l’ulteriore possibilità di istituire un arbitrato *ad hoc*. In queste ipotesi, com’è stato notato, garantire una interpretazione uniforme non era evidentemente una priorità per le Parti Contraenti, mentre lo era assicurare, in un modo o nell’altro, un sistema obbligatorio di soluzione di controversie<sup>42</sup>.

In altri, gli Stati hanno preferito affidare a tribunali (o organi paragiurisdizionali) specializzati la competenza esclusiva, o tendenzialmente esclusiva, ad interpretare determinati accordi multilaterali. L’art. 23 dell’Intesa sulla risoluzione delle controversie dell’Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) espressamente vieta alle Parti di rivolgersi a fori diversi dell’Organo di risoluzione delle controversie, inclusa pertanto la Corte internazionale di giustizia, per tutte le questioni attinenti all’interpretazione e all’applicazione degli Accordi amministrati dall’OMC. Analogamente, ai sensi dell’art. 55 della CEDU, gli Stati membri “rinunciano” a sottoporre le controversie relative all’interpretazione e all’applicazione della CEDU a procedure diverse da quelle che fanno capo alla Corte europea dei diritti dell’uomo, facendo salva la possibilità di agire diversamente solo in caso di accordo speciale tra tutte le parti coinvolte. Nel caso della Corte europea,

<sup>40</sup> Cfr. Carta delle Nazioni Unite, art. 36, co. 3, in virtù del quale il Consiglio di sicurezza, nell’esercizio della funzione *lato sensu* conciliativa ad esso affidata dal Capitolo VI, «deve [...] tenere presente che le controversie giuridiche, dovrebbero, di regola generale, essere deferite dalle parti alla Corte internazionale di giustizia». V. anche Assemblea Generale, *Need for greater use by the United Nations and its organs of the International Court of Justice*, risoluzione del 14 novembre 1947, UN Doc. A/RES/171.

<sup>41</sup> Carta delle Nazioni Unite, art. 95.

<sup>42</sup> T. TREVES, *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, in *Agenda Internacional*, 2009, 226.

inoltre, le Parti hanno ritenuto opportuno affidare alla Grande Camera della Corte una serie di competenze volte ad assicurare l'interpretazione uniforme della Convenzione nel senso qui considerato, quali la rimessione *ex art. 30 CEDU*, il rinvio *ex art. 43 CEDU* e le richieste di parere introdotte dal già ricordato Protocollo 16<sup>43</sup>.

Questi elementi offrono lo spunto per una riflessione di natura generale. Nonostante le apparenti affinità, l'esigenza di evitare interpretazioni divergenti *del diritto internazionale da parte dei tribunali internazionali* e quella di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del *diritto nazionale da parte dei giudici interni*, rispetto alla quale è stata concettualizzata la nozione di nomofilachia, non sono equiparabili sotto il profilo della loro importanza sistemica. Negli ordinamenti interni, infatti, in cui i consociati sono assoggettati alla giurisdizione dei tribunali statali indipendentemente dalla loro volontà, la garanzia dell'unità del diritto obiettivo è funzionale alla tutela del principio costituzionale di eguaglianza di fronte alla legge<sup>44</sup>. Nell'ordinamento internazionale, invece, l'eventuale applicazione difforme della stessa norma ad opera di tribunali diversi è conseguenza della libera scelta degli Stati di sottoporsi a questa o quella giurisdizione, in vista di una soluzione della controversia che sia maggiormente confacente ai loro interessi.

Detto ciò, deve pure rilevarsi che il solo caso di aperta contestazione della giurisprudenza della CIG ad opera di un altro tribunale internazionale è quello rappresentato dalla sentenza *Tadić*<sup>45</sup>. In quell'occasione, com'è noto, la Camera d'Appello del Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia (“ICTY”) ha proceduto ad un'articolata disamina critica dell'*effective control test* elaborato dalla Corte nel caso *Nicaragua* in materia di elemento soggettivo dell'illecito internazionale dello Stato<sup>46</sup>, con lo scopo di promuovere l'adozione del più elastico criterio dell'*overall control*<sup>47</sup>. Tale contestazione era resa più eclatante dalla sua sostanziale superfluità: per il Tribunale, infatti, l'adozione del criterio dell'*overall control* era funzionale a stabilire il carattere internazionale del conflitto nella ex-Jugoslavia, a nulla rilevando eventuali profili di re-

<sup>43</sup> Sulla funzione “nomofilattica” della Grande Camera, v. ancora L. MAROTTI, *Il doppio grado*, cit., 143-156. Del resto, una tale funzione è stata esercitata, ancorché in via di fatto, anche dall'Organo d'appello dell'OMC (*ivi*, 157-174).

<sup>44</sup> P. CALAMANDREI, *Opere*, cit., 72-73.

<sup>45</sup> Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadic*, ICTY (Appeals Chamber), IT-94-1-A, 15 luglio 1999.

<sup>46</sup> Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, in *ICJ Reports 1986*, 14 ss., in particolare par. 115.

<sup>47</sup> *Tadić*, cit., parr. 99-145.

sponsabilità statale, sui quali evidentemente non aveva alcuna competenza. L'atteggiamento del Tribunale ha assunto poi i toni della "ribellione" nella sua giurisprudenza successiva, nella quale – forse anche in reazione alle critiche ricevute – viene espressamente rimarcata l'assenza di una qualsivoglia "subordinazione gerarchica" alla CIG<sup>48</sup>.

Di norma, però, gli altri tribunali internazionali (e gli organi paragiurisdizionali ad essi equiparabili) sono soliti cercare una guida nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia quando affrontano questioni disciplinate dal diritto internazionale generale o dalla Carta delle Nazioni Unite. Questa tendenza è talmente diffusa e radicata da rendere inevitabilmente infruttuoso ogni tentativo di fornirne una panoramica esaustiva<sup>49</sup>. Basterà ricordare che le sentenze e le opinioni consultive della Corte sono regolarmente richiamate, tra le altre cose, in tema di diritto dei trattati<sup>50</sup>, responsabilità degli Stati<sup>51</sup>, autodeterminazio-

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia (Camera d'Appello), *Prosecutor v. Delalić (Zejnil) and others (Čelebići Case)*, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 24 («this Tribunal is an autonomous international judicial body, and although the ICJ is the "principal judicial organ" within the United Nations system to which the Tribunal belongs, there is no hierarchical relationship between the two courts. Although the Appeals Chamber will necessarily take into consideration other decisions of international courts, it may, after careful consideration, come to a different conclusion»).

<sup>49</sup> Sul punto può però essere utile la consultazione del *Focus sulla Jurisprudential Cross-Fertilization*, curato ogni anno a partire dal 2010 dal *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* (v. <https://www.globalcommunityyearbook.org/jurisprudential-dialogue.ph>).

<sup>50</sup> Ad es., Corte di giustizia UE, *Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz*, 16 giugno 1998, C-162/96, par. 24; Organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB-1998-4, 12 ottobre 1998, par. 130; *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, 24 maggio 2005, in UNRIAA, Vol. XXVII (2008), 35 ss., parr. 45, 79-80; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/04/14, 8 dicembre 2008, 77, 79, 82, 185; Corte penale internazionale (Pre-Trial Chamber I), *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute))*, ICC-01/04-01/07, 16 giugno 2009, par. 32; Corte di giustizia UE, *Europäische Schule München v. Silvana Oberto and Barbara O'Leary*, 11 marzo 2015, C-464/13 e C-465/13, par. 61; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Opinión Consultiva OC-26/20*, 9 novembre 2020, parr. 41, 46, 48

<sup>51</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 maggio 2005, 330, 372; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Cyprus v. Turkey* (equa soddisfazione), 12 maggio 2014, par. 41; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Opinión Consultiva OC-26/20*, cit., parr. 105, 108.

ne dei popoli<sup>52</sup>, diritto del mare<sup>53</sup>, protezione dell’ambiente<sup>54</sup> o immunità<sup>55</sup>.

A proposito di quest’ultima, molto significativa è la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Jones v. United Kingdom*. In quell’occasione, la maggioranza della Corte europea ha ritenuto non necessario procedere ad un esame accurato della recente giurisprudenza interna relativa all’esistenza di un’eccezione di *jus cogens* alla norma sull’immunità degli Stati, in quanto la Corte internazionale di giustizia

<sup>52</sup> Corte di giustizia UE (Grande Sezione), *Council v. Front populaire pour la libération de la sagaia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)*, 21 dicembre 2016, C-104/16, par. 88 e 105; ITLOS, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, Eccezioni preliminari, 28 gennaio 2021, in *ITLOS Reports 2021*, 140-215; Corte penale internazionale (Pre-Trial Chamber I), *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18, 5 febbraio 2021, par. 120-122.

<sup>53</sup> Tribunale dell’Unione europea, *Popular Front for the Liberation of Saguia el-Hamra and Rio de Oro (Front Polisario) v. Council of the European Union*, T-344/19 e T-356/19, 29 settembre 2021, par. 221 e 227; ITLOS, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, 28 aprile 2023, par. 108. Con specifico riferimento alla delimitazione marittima, v. ITLOS, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Dichiarazione del Giudice Treves, in *ITLOS Reports 2012*, 141 ss., par. 2.

<sup>54</sup> *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine*, cit., 59; ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)*, parere del 1° febbraio 2011, in *ITLOS Reports 2011*, 10 ss., par. 147-149; Corte interamericana dei diritti dell’uomo, *Opinión Consultiva OC-23/17*, 15 novembre 2017, par. 54, 129, 158, 184, 192, 195, 197, 202-203.

<sup>55</sup> Corte speciale per la Sierra Leone, *Prosecutor v. Charles Taylor. Decision on Immunity from Jurisdiction*, SCSL-2003-01-I, 31 maggio 2004, par. 50; Corte penale internazionale (Pre-Trial Chamber I), *Prosecutor v. Al Bashir (Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*, ICC-02/05-01/09, 13 dicembre 2011, par. 33-34.

I precedenti della Corte hanno inoltre influenzato le decisioni prese da altri tribunali internazionali in tema di diritto processuale. Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell’uomo [Grande Camera], *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, 4 febbraio 2005, par. 117, dove la Corte europea richiama la giurisprudenza della CIG per affermare la natura vincolante delle misure provvisorie adottate ai sensi dell’art. 39 del suo Regolamento. Nonostante le evidenti analogie, l’impatto dei precedenti della Corte sulle decisioni in materia di diritto processuale non rientrano nella nozione di nomofilachia propriamente intesa, la quale ha ad oggetto il solo diritto *materiale* (P. CALAMANDREI, *Opere*, cit., 41). Tale fenomeno di “fertilizzazione incrociata” tra tribunali internazionali contribuisce piuttosto alla formazione di un diritto “comune” del processo internazionale. Sul punto, v. C. BROWN, *A Common Law of International Adjudication*, New York, 2007.



aveva affrontato tale questione, risolvendola in senso negativo, nella sentenza *Germany v. Italy*. Per i giudici di Strasburgo, infatti, la pronuncia della CIG doveva considerarsi «authoritative as regards the content of customary international law»<sup>56</sup>. Il concetto di *authoritativeness* è stato adoperato anche dall'Organo d'appello dell'OMC nel caso *Ormoni* per sottolineare che il principio di precauzione non era stato menzionato nella sentenza *Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>57</sup> tra le norme emergenti di diritto internazionale dell'ambiente e pertanto doveva ritenersi privo di una *authoritative formulation*<sup>58</sup>.

Una prova ulteriore del peso accordato ai precedenti della Corte è fornita dalla circostanza che eventuali deviazioni sono generalmente giustificate in modo da non metterne in discussione l'autorità. Ne è un (noto) esempio la prassi del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ammissibilità delle riserve. Nel Commento generale n. 24, in particolare, il Comitato si è discostato in modo significativo dal regime delineato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulle *Riserve alla Convenzione sul Genocidio*<sup>59</sup> (e successivamente codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>60</sup>), ma lo ha fatto alla luce della *specialità* del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, in quanto trattato sui diritti umani dotato di un sistema accentrato di controllo sul rispetto delle sue norme<sup>61</sup>. Sulla base di argomenti analoghi, nel caso *Loizidou*, la Corte europea ha motivato l'adozione di un approccio molto più severo della CIG in tema di ammissibilità delle riserve alle dichiarazioni di accettazione della sua giurisdizione *ex art. 46 CEDU*, nel testo all'epoca

<sup>56</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jones v. United Kingdom*, ricorsi nn. 34356/06 e 40528/06, 14 gennaio 2014, par. 198 (corsivo aggiunto). Allo stesso modo, in *Hassan v. United Kingdom*, la Grande Camera della Corte si è rifiutata di accogliere l'argomento proposto dal Governo resistente secondo cui, durante le ostilità, troverebbe applicazione il solo diritto internazionale umanitario e non la CEDU perché «inconsistent with the case-law of the International Court of Justice» (ricorso n. 29750/09, 16 settembre 2014, 77).

<sup>57</sup> Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, in *ICJ Reports 1997*, 7 ss.

<sup>58</sup> Organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio, *European Communities – EC Measures Concerning Meat and Meat Products*, AB-1997-4, 16 gennaio 1998, nota 93.

<sup>59</sup> Corte internazionale di giustizia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, parere del 28 maggio 1951, in *ICJ Reports 1951*, 15 ss.

<sup>60</sup> Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969, artt. 40, co. 4, e 21.

<sup>61</sup> Comitato delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, *General Comment No.24*, 4 novembre 1994, UN DOC. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 16-17.



vigente, nonostante tale disposizione fosse formulata in termini sostanzialmente identici all’art. 36 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>62</sup>.

Una strategia simile è stata seguita dalla stessa Corte internazionale di giustizia quando ha avuto la possibilità di reagire alle critiche mosse dall’ICTY. È vero, infatti, che nella sentenza del 2007 sul *Genocidio bosniaco*, la Corte ha mantenuto ferma la propria posizione sull’applicazione del criterio del “controllo effettivo” ai fini dell’attribuzione allo Stato del fatto illecito compiuto dal privato<sup>63</sup>. È altrettanto vero, però, che la Corte ha fatto salva la possibilità di applicare criteri diversi in relazione al distinto problema della qualificazione di un conflitto come internazionale o meno, vale a dire l’unico su cui l’ICTY aveva competenza a pronunciarsi<sup>64</sup>. La Corte ha dunque scelto la via della ricomposizione, disinnescando eventuali conflitti con le altre corti penali internazionali, presso le quali la giurisprudenza del Tribunale aveva (ed ha tutt’ora) un peso non marginale. La prassi della Corte penale internazionale (“CPI”) sembra confermare l’efficacia di questa strategia. La CPI, infatti, pur applicando il criterio dell’*overall control* in sede di determinazione della natura (internazionale o meno) di un conflitto armato, ha sempre accuratamente evitato di parlare di “attribuzione” e di “responsabilità dello Stato”<sup>65</sup>.

La sentenza del 2007 assume rilievo per questo studio sotto un ulteriore profilo. Nel procedere alla ricognizione degli elementi del genocidio, infatti, la Corte ha dimostrato di tenere in ampia considerazione la giurisprudenza dell’ICTY (nonché, in misura minore, quella del Tribunale per i crimini commessi in Ruanda), i cui precedenti sono puntualmente richiamati e discussi in vari passaggi della motivazione<sup>66</sup>. A ben vedere, questo approccio è illustrativo di una più generale tendenza riscontrabile

<sup>62</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), *Loizidou v. Turkey*, Eccezioni preliminari, sentenza del 23 marzo 1995, par. 82-85 (in cui la riserva territoriale apposta dalla Turchia venne dichiarata inammissibile e, dunque, invalida). Nel senso dell’ammissibilità delle riserve alle dichiarazioni di accettazione della giurisdizione della CIG ex art. 36 dello Statuto, v. ad es. Corte internazionale di giustizia, *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*, Eccezioni preliminari, sentenza del 21 marzo 1959, in *ICJ Reports 1959*, 6 ss.

<sup>63</sup> Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia) (Bosnian genocide case)*, sentenza del 26 febbraio 2007, in *ICJ Reports 2007*, 43 ss., par. 406.

<sup>64</sup> *Ivi*, par. 404-405.

<sup>65</sup> V., anche per i riferimenti alla giurisprudenza della CPI, M. MILANOVIC, *Special Rules of Attribution of Conduct in International Law*, in *International Law Studies*, 2020, 320.

<sup>66</sup> *Bosnian genocide case*, cit., par. 188, 190, 195-201.

nella giurisprudenza recente della Corte, che si caratterizza per la crescente attenzione dedicata alla giurisprudenza di altri tribunali internazionali (e di organi di controllo para-giurisdizionali) nelle materie in cui questi ultimi hanno una maggiore competenza specialistica. Oltre ai riferimenti alla giurisprudenza dei tribunali penali *ad hoc* (presenti anche nella successiva sentenza sul presunto *Genocidio croato* del 2015<sup>67</sup>), è possibile ricordare i richiami alla giurisprudenza dell'ITLOS in tema di delimitazione marittima<sup>68</sup> o a quella della Commissione reclami Eritrea-Etopia nella sentenza sulle riparazioni nel caso delle *Attività armate sul territorio del Congo*<sup>69</sup>.

Notevole, sotto questo aspetto, è la sentenza sul merito nel caso *Diallo*, dove il ricorso a fini interpretativi alla prassi del Comitato ONU sui diritti civili e politici è stato giustificato proprio col fine di promuovere «la necessaria chiarezza e l'essenziale *coerenza* del diritto internazionale<sup>70</sup>». Ancora più esplicita, se possibile, è la dichiarazione individuale del Giudice Greenwood resa in occasione della successiva sentenza sulle riparazioni (anch'essa ricca di riferimenti alla giurisprudenza in tema di diritti umani), che suona come un vero e proprio “manifesto” contro la frammentazione del diritto internazionale:

«it is entirely appropriate that the Court, recognizing that there is very little in its own jurisprudence on which it can draw, has made a thorough examination of the practice of other international courts and tribunals, especially the main human rights jurisdictions, which have extensive experience of assessing damages in cases with facts very similar to those of the present case. International law is not a series of fragmented specialist and self-contained bodies of law, each of which functions in isolation from the others; it is a single, unified system of law and each in-

<sup>67</sup> Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 3 febbraio 2015, in *ICJ Reports 2015*, 3 ss., par. 142, 146, 156-158, 161.

<sup>68</sup> Ad es. Corte internazionale di giustizia, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 2 febbraio 2018, in *ICJ Reports 2018*, 139 ss., par. 153.

<sup>69</sup> Corte internazionale di giustizia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza del 9 febbraio 2022, in *ICJ Reports 2022*, 13 ss., par. 107, 110, 123, 164, 189, 214, 382, 384, 392.

<sup>70</sup> Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, sentenza del 30 novembre 2010, in *ICJ Reports 2010*, 639 ss., par. 66 (corsivo aggiunto). V. anche *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, Parere del 1° febbraio 2012, in *ICJ Reports 2012*, 10 ss., par. 39.

ternational court can, and should, draw on the jurisprudence of other international courts and tribunals, *even though it is not bound necessarily to come to the same conclusions*<sup>71</sup>».

Significativamente, il “manifesto” di Greenwood si chiude con la rivendicazione della libertà dei tribunali internazionali, *in primis* della Corte internazionale di giustizia, di discostarsi dalle interpretazioni altrui. Ciò è quanto accaduto nella sentenza sulle eccezioni preliminari nel caso *Qatar v. United Arab Emirates* dove la Corte ha interpretato in modo restrittivo l’espressione “origine nazionale” impiegata dall’art. 1 della Convenzione internazionale per l’eliminazione della discriminazione razziale, diversamente da quanto fatto in precedenza dal Comitato omonimo<sup>72</sup>. In particolare, la Corte giunge a questa conclusione all’esito di un’analisi del testo convenzionale attraverso il prisma degli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna, il cui livello di dettaglio sembrerebbe tradire un intento “pedagogico” nei confronti del Comitato<sup>73</sup>. Non è dato prevedere quale sarà la reazione di quest’ultimo. Certo è che, nell’ipotesi (del tutto plausibile) che il disaccordo persista, la Corte non potrà ricorrere all’*escamotage* impiegato nel 2007 per neutralizzare il conflitto con l’ICTY: in questo caso, infatti, la divergenza interpretativa riguarda la medesima disposizione e lo stesso contesto applicativo.

#### 4. Segue. ii) la giurisprudenza dei giudici nazionali

Il discorso è diverso quando passiamo a considerare la seconda categoria di potenziali destinatari della nomofilachia positiva della Corte, vale a dire gli organi giudiziari interni. Una interpretazione uniforme del diritto internazionale *nei diversi ordinamenti statali*, infatti, costituisce un indubbio fattore di stabilità e prevedibilità nei rapporti internazionali, rivestendo pertanto una notevole rilevanza sul piano sistemico<sup>74</sup>. Del resto, non è un caso che l’idea di ampliare la competenza consultiva della

<sup>71</sup> Dichiarazione del Giudice Greenwood, in *ICJ Reports 2012*, 391 ss., par. 8 (corsivo aggiunto).

<sup>72</sup> Corte internazionale di giustizia, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Eccezioni preliminari, sentenza del 4 febbraio 2021, in *ICJ Reports 2021*, 71 ss., par. 101.

<sup>73</sup> *Ivi*, par. 82-97.

<sup>74</sup> A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, New York, 2011, 222.

Corte attraverso un meccanismo ispirato al rinvio pregiudiziale sia stata concepita e discussa avendo in mente soprattutto i giudici nazionali<sup>75</sup>.

Anche se, come si è detto, un meccanismo del genere non ha mai visto la luce, un esame – inevitabilmente parziale – della giurisprudenza offre numerose conferme dell’attitudine della Corte internazionale di giustizia ad influenzare ed orientare, e dunque a rendere *uniforme*, l’interpretazione del diritto internazionale ad opera dei giudici interni<sup>76</sup>. È vero che in alcune sentenze i riferimenti alla Corte sono indistinguibili, sotto il profilo della rilevanza, dai richiami alla giurisprudenza di altri tribunali internazionali o alla letteratura<sup>77</sup>. Molto più spesso, però, i precedenti della CIG spiegano un impatto ben riconoscibile, se non decisivo, sulle soluzioni adottate dai tribunali nazionali in materia di diritto internazionale. Ciò, è bene precisarlo, in assenza – o comunque indipendentemente – dall’esistenza di un obbligo formale di dare esecuzione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia. Essendo volta ad esplorare l’eventuale efficacia di *res interpretata* (e non di *res iudicata*) delle sentenze della CIG, la nostra indagine si concentrerà infatti sui casi in cui i giudici nazionali fanno riferimento a opinioni consultive, oppure a pronunce rese contro Stati diversi da quello del foro o su vicende diverse da quelle oggetto del giudizio interno<sup>78</sup>.

In proposito, vanno anzitutto considerate le ipotesi, piuttosto numerose, in cui viene sostanzialmente data per presupposta l’identità tra giurisprudenza della Corte e stato del diritto consuetudinario<sup>79</sup>. Invece di

<sup>75</sup> V. *supra* il testo che accompagna le note 23-29.

<sup>76</sup> Fatta eccezione per la giurisprudenza italiana, statunitense e brasiliana, la ricerca è stata condotta consultando il database *International Law in Domestic Courts* (ILDC), curato dalla Oxford University Press (<<https://opil.ouplaw.com/page/212>>). Ove non prevista nel testo originale delle sentenze richiamate, si farà riferimento alla divisione in paragrafi effettuata su ILDC.

<sup>77</sup> Questa tendenza è abbastanza evidente nella giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito (in passato: *House of Lords*), le cui sentenze in materia di diritto internazionale sono ricchissime di riferimenti a dottrina e giurisprudenza. V., ad esempio, *Mohammed v. Ministry of Defence*, 17 gennaio 2017, [2017] UKSC 2.

<sup>78</sup> L’unica – apparente – eccezione sarà costituita dalla sentenza della Corte costituzionale italiana del 22 ottobre 2014, n. 238. Come si vedrà, tuttavia, l’eccezione è solo apparente perché la nostra analisi riguarderà il solo profilo dell’illegittimità costituzionale della norma consuetudinaria sull’immunità, *così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia* (trattata dalla Corte nel par. 3 del “Ritenuto in diritto”), e non la questione relativa all’illegittimità costituzionale delle norme che impongono all’Italia l’esecuzione delle sentenze della CIG (affrontata nei par. 4 e 5).

<sup>79</sup> Tale impiego della giurisprudenza della Corte sembrerebbe dunque andare al di là delle indicazioni offerte dalla Commissione del diritto internazionale, secondo la quale le decisioni dei tribunali internazionali, e in particolare *quelle della Corte internazionale di giustizia*, costituiscono “mezzi ausiliari” per la determinazione dell’esistenza e del

procedere ad un’autonoma (e gravosa) verifica sull’esistenza di *diuturnitas* e *opinio*, i giudici nazionali si limitano a richiamare il precedente della Corte ritenuto rilevante per la soluzione del caso concreto. Tale tendenza è particolarmente marcata nella giurisprudenza in tema di immunità, nell’ambito della quale le sentenze sul *Mandato d’arresto*<sup>80</sup> e sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*<sup>81</sup> sono discusse ed applicate dai tribunali interni alla stregua di *manifestazioni scritte del diritto internazionale generale*<sup>82</sup>. Sotto questo profilo, è indicativo che, nelle materie oggetto di codificazione ad opera della Commissione del diritto internazionale, i lavori di quest’ultima e la giurisprudenza della CIG siano richiamati congiuntamente al fine di dimostrare l’esistenza ed il contenuto di una norma di diritto consuetudinario, com’è avvenuto in alcune pronunce in tema di protezione diplomatica<sup>83</sup>.

In una prospettiva analoga si collocano quelle sentenze che, nel dare applicazione a trattati multilaterali, aderiscono all’interpretazione datane dalla Corte internazionale di giustizia. A venire in rilievo, in primo luogo, è l’interpretazione della Carta delle Nazioni Unite. Le corti britanni-

contenuto del diritto internazionale consuetudinario (Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on identification of customary international law*, in *Yearbook of International Law Commission*, 2018, 2, parte 2, conclusione n. 13).

<sup>80</sup> Corte internazionale di giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002, in *ICJ Reports 2002*, 3 ss.

<sup>81</sup> Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, in *ICJ Reports 2012*, 99 ss.

<sup>82</sup> Con riferimento alla sentenza *Arrest Warrant*, significativo è l’approccio seguito in Bow Street Magistrates’ Court, *Re Mofaz*, decisione del 12 febbraio 2004, par. 11 (dove il Giudice Pratt procede alla ricostruzione del diritto consuetudinario attraverso un’analisi testuale del par. 51 della sentenza della Corte). Cfr. anche *Audiencia Nacional* (Spagna), *Kabareb e altri*, 6 febbraio 2008, par. 4; Corte di Cassazione, Sez. V (pen.), 29 novembre 2012, n. 46340 (caso “Abu Omar”), par. 23.7; Corte suprema d’appello (Sud Africa), *Minister of Justice and Constitutional Development and others v. The Southern African Litigation Centre*, 15 marzo 2016, [2016] ZASCA 17, parr. 70-73. Per la sentenza sulle *Jurisdictional Immunities of the State*, cfr. Corte suprema (Olanda), *Stichting Mothers of Srebrenica*, 13 aprile 2012, LJN: BW1999, parr. 4.3.10-4.3.14; Corte suprema (Filippine), *Arigo v. Smith*, 16 settembre 2014, GR No. 206510; *High Court* (Australia), *Firebird Global Master Fund II Limited v. Republic of Nauru*, 2 dicembre 2015, [2015] HCA 43, parr. 48-79; Tribunale costituzionale federale (Germania), 2 BvR 331/18, 6 maggio 2020, par. 18; Corte suprema (Stati Uniti), *Federal Republic of Germany et al. v. Philipp et al.*, 3 febbraio 2021, 592 U.S. (2021), 11.

<sup>83</sup> Corte d’appello (Regno Unito), *Abbasi*, 6 novembre 2002, [2002] EWCA Civ 1598, par. 69; Corte costituzionale (Sud Africa), *Kaunda*, Case No. CCT23/04, 4 agosto 2004, parr. 23-29; Corte suprema (Filippine), *Vinuya and others v. Romulo and others*, 28 aprile 2010, GR No. 162230, parr. 64-66.

che<sup>84</sup> e svizzere<sup>85</sup>, in particolare, hanno ritenuto la clausola di prevalenza di cui all'art. 103 della Carta applicabile anche alle risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza, sulla base di quanto statuito dalla CIG nelle ordinanze sulle misure cautelari nel caso *Lockerbie*<sup>86</sup>.

Evidente, inoltre, è l'influenza esercitata sui tribunali nazionali dalle sentenze *LaGrand*<sup>87</sup> e *Avena*<sup>88</sup> in tema di assistenza consolare ex art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963. Come vedremo tra poco, tali sentenze sono state accolte con una certa ostilità, salvo qualche eccezione, dai loro principali destinatari, i giudici statunitensi<sup>89</sup>. Esse, tuttavia, hanno orientato la giurisprudenza di altre corti<sup>90</sup>, anche in casi in cui l'applicazione dell'art. 36 della Convenzione non veniva direttamente in rilievo. In *Van (Nguyen Tuong)*, ad esempio, la Corte suprema di Singapore ha fatto propria l'interpretazione dell'art. 36 adottata nella sentenza *Avena*, benché la Convenzione non fosse ancora in vigore per lo Stato del foro, plausibilmente sul presupposto della sua corrispondenza al diritto consuetudinario<sup>91</sup>. Nella sentenza *Okah* della Corte costituzionale sudafricana, invece, la giurisprudenza *LaGrand/Avena* è stata impiegata al fine di interpretare una diversa disposizione, l'art. 7, co. 3, della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici per mezzo di esplosivo, in ragione della sua sostanziale sovrapposibilità all'art. 36 della Convenzione di Vienna<sup>92</sup>.

Speculare a questa prassi è l'ipotesi in cui il giudice nazionale affronta in modo autonomo una questione di diritto internazionale solo dopo aver evidenziato la mancanza di precedenti della Corte in materia. Questo approccio è ben illustrato dalla decisione resa dalla *House of*

<sup>84</sup> *House of Lords, Al Jedda*, 12 dicembre 2007, (2007) UKHL 58, per Lordingham, par. 35.

<sup>85</sup> Corte suprema federale, *Nada*, 14 novembre 2007, BGE 133 II 450, par. 5.2.

<sup>86</sup> Corte internazionale di giustizia, *Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom)* e *(Libya v. United States of America)*, Misure cautelari, ordinanze del 14 aprile 1992, in *ICJ Reports 1992*, rispettivamente 3 ss., par. 39, e 114 ss., par. 42. Peraltro, trattandosi di decisioni prese in fase cautelare, la Corte si era limitata ad una valutazione *prima facie* della questione.

<sup>87</sup> Corte internazionale di giustizia, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 2001, in *ICJ Reports 2001*, 466 ss.

<sup>88</sup> Corte internazionale di giustizia, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004, in *ICJ Reports 2004*, 12 ss.

<sup>89</sup> V., però, Corte distrettuale (N.D. Illinois), *Madej v. Schomig*, 21 ottobre 2002 («After *LaGrand*, no court can credibly hold that the Vienna Convention does not create individually enforceable right»).

<sup>90</sup> Tribunale costituzionale federale (Germania), *German Consular Notification Case*, 2 BvR 2115/01, 19 settembre 2006.

<sup>91</sup> 20 ottobre 2004, [2004] SGCA 47, parr. 27-33.

<sup>92</sup> 23 febbraio 2018, [2018] ZACC 3, parr. 75-76.

*Lords* nel caso *ex parte Adan*, relativa all’interpretazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1951: «in the absence of a ruling by the International Court of Justice», leggiamo infatti nell’opinione di Lord Slynn, le corti devono pervenire «at their interpretation on the basis of the Convention as a whole read in the light of any relevant rules of international law, including the Vienna Convention on Treaties»<sup>93</sup>. Ciò sembra implicare, *a contrario*, che tale sforzo ermeneutico non sarebbe stato necessario (o sarebbe stato richiesto in misura attenuata) in presenza di pronunce rilevanti della Corte.

La propensione della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ad assicurare l’uniformità dell’interpretazione del diritto internazionale appare chiaramente visibile nei casi in cui le Corti supreme nazionali vi fanno ricorso nell’esercizio della funzione nomofilattica ad esse attribuita dall’ordinamento interno. Sul punto, viene nuovamente in rilievo la giurisprudenza in tema di assistenza consolare. Nella sentenza resa nel 2006 nel c.d. *German Consular Notification case*, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha annullato una decisione della Corte suprema federale perché quest’ultima aveva interpretato l’art. 36 della Convenzione di Vienna in modo difforme dalla giurisprudenza *La-Grand/Avena* (*Der Bundesgerichtshof hat Art. 36 WÜK in den angegriffenen Beschlüssen restriktiver als der Internationale Gerichtshof in den Fällen “LaGrand” und “Avena” ausgelegt*)<sup>94</sup>. Prendendo in prestito una terminologia propria del diritto processuale interno, il Tribunale costituzionale avrebbe dunque “cassato” la sentenza della Corte suprema per “falsa applicazione” dell’art. 36 *così come interpretato dalla Corte internazionale di giustizia*<sup>95</sup>. La giurisprudenza della CIG finisce così per integrare il parametro di valutazione della “esatta osservanza” del diritto internazionale da parte dei tribunali inferiori, facendo corpo con le norme interpretate.

Le potenzialità nomofilattiche della giurisprudenza della Corte possono però essere meglio apprezzate, in un modo che è solo apparentemente paradossale, attraverso l’esame dei casi – pochi, ma inevitabilmente “rumorosi” – in cui le Corti supreme *disobbediscono* alla Corte

<sup>93</sup> 19 dicembre 2000, *per* Lord Slynn, par. 14 (v. anche *per* Lord Steyn, par. 47).

<sup>94</sup> *German consular notification case*, cit., par. 63.

<sup>95</sup> Allo stesso modo, nella sentenza *Albers* (Corte di Cassazione, Sez. I (pen.), sentenza del 9 agosto 2012, n. 32139, su cui torneremo *infra*), la Corte di Cassazione ha annullato una sentenza della Corte militare d’appello di Roma per aver applicato la norma sull’immunità degli Stati in modo difforme dall’interpretazione datane dalla Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle *Immunità giurisdizionali dello Stato*. Si noti che le vicende relative al caso *Albers* non erano state oggetto di giudizio da parte della Corte internazionale di giustizia.



internazionale di giustizia, scegliendo di non dare seguito alle sue determinazioni. Ci soffermeremo, in particolare, su tre sentenze “ribelli”: la sentenza *Mara’abe* della Corte suprema israeliana, relativa alla legittimità della barriera difensiva costruita nei territori occupati palestinesi<sup>96</sup>, la sentenza *Sanchez-Llamas* della Corte suprema statunitense in tema di diritto all’assistenza consolare<sup>97</sup> e, ovviamente, la n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana<sup>98</sup>. Nonostante le innegabili differenze, infatti, il percorso argomentativo seguito in queste decisioni presenta due tratti comuni che appaiono di notevole interesse nella prospettiva che qui ci riguarda.

Il primo è che tutte e tre le decisioni riconoscono l’autorità interpretativa della Corte, benché – come si è detto – con gradazioni di tono profondamente diversificate. Ad un estremo troviamo la Corte costituzionale italiana, la quale si spinge al punto di negare *tout court* la sindacabilità della ricostruzione dello stato del diritto consuetudinario effettuata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*<sup>99</sup>. All’estremo opposto si colloca la Corte suprema statunitense, per la quale i pronunciamenti della CIG in tema di assistenza consolare sono meritevoli di *respectful consideration*<sup>100</sup> ma non possono in alcun modo essere ritenuti *conclusive*<sup>101</sup>. Nel mezzo si posiziona la Corte suprema israeliana, secondo cui occorre accordare «full appropriate weight» alle norme di diritto internazionale «as developed and interpreted by the ICJ»<sup>102</sup> nell’opinione consultiva sul *Muro*<sup>103</sup>.

Questa diversità di approcci diventa più sfumata se considera il secondo tratto comune alle decisioni in esame, che riguarda le strategie

<sup>96</sup> HCJ 7957/04, 15 settembre 2005.

<sup>97</sup> 548 US 331 (2006), 28 giugno 2006. A differenza di quanto accaduto nel successivo *Medellin v. Texas* (552 U.S. 491 (2008)), in *Sanchez-Llamas* la situazione dei ricorrenti non era stata oggetto della sentenza *Avena* (anche perché uno dei due, Bustillo, era di nazionalità honduregna).

<sup>98</sup> C. Cost. n. 238/2014, cit.

<sup>99</sup> *Ivi*, par. 3.1.

<sup>100</sup> *Sanchez-Llamas*, cit., 355.

<sup>101</sup> *Ivi*, 354. Ben più netta, sul punto, è la *dissenting opinion* del Giudice Breyer (con il quale votarono anche Stevens e Souter), dove si sottolinea che il canone della «‘respectful consideration’ reflects the understanding that uniformity is an important goal of treaty interpretation» e che la posizione della Corte internazionale di giustizia «as an international court specifically charged with the duty to interpret numerous international treaties [...] provides a natural point of reference for national courts seeking that uniformity» (*ivi*, 366).

<sup>102</sup> *Mara’abe*, cit., par. 74 (v. anche par. 56).

<sup>103</sup> Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere del 9 luglio 2004, in *ICJ Reports 2004*, 136 ss.



adottate per giustificare la “disobbedienza” alla Corte. A noi pare che le tre Corti supreme, pur ostentando una postura critica nei confronti della CIG, abbiano evitato di confrontarsi direttamente con essa sul terreno dell’interpretazione del diritto internazionale. Ciò è abbastanza evidente nella sentenza *Mara’abe*, nella quale i giudici israeliani respingono le conclusioni raggiunte nell’opinione consultiva sul *Muro* non già perché erronee in punto di diritto, quanto piuttosto per l’incompletezza e la parzialità del quadro probatorio sulla cui base la Corte ha proceduto alla ricostruzione dei fatti<sup>104</sup>. Ma può dirsi altrettanto per la sentenza 238/2014: in essa, com’è noto, la Consulta muove dall’assunto della non contestabilità della posizione assunta dalla CIG sull’esistenza di un’eccezione di *jus cogens* alla norma consuetudinaria sull’immunità degli Stati, per poi rilevarne l’incompatibilità con i principi fondamentali della Costituzione<sup>105</sup>.

A ben vedere, considerazioni simili possono svolgersi anche in relazione alla sentenza più “ostile” nei riguardi della Corte, vale a dire la sentenza *Sanchez-Llamas*. La questione su cui si appuntano le critiche dei giudici statunitensi riguarda invero la possibilità di invocare la violazione dell’art. 36 della Convenzione di Vienna nell’ambito di un giudizio interno, in deroga alle norme nazionali che disciplinano le preclusioni processuali<sup>106</sup>. Un problema di adattamento, dunque, la cui soluzione, pur non potendosi qualificare esclusivamente di diritto interno, non può nemmeno farsi ricadere – nella sua interezza – nel dominio dell’autorità interpretativa della Corte internazionale di giustizia<sup>107</sup>. Del resto, l’opinione di maggioranza della Corte suprema si sofferma a lungo sull’importanza sistemica delle preclusioni processuali in virtù della natura accusatoria del processo penale nell’ordinamento statunitense, sottolineando come esse si applichino allo stesso modo anche ad eventuali violazioni di legge o della stessa Costituzione<sup>108</sup>. Non sono invece contestate le conclusioni raggiunte dalla CIG su una questione squisitamente in-

<sup>104</sup> *Mara’abe*, cit., par. 73-74. V. anche la Dichiarazione individuale del Vice-Presidente Chesin, *ivi*, par. 3.

<sup>105</sup> C. Cost. n. 238/2014, cit.

<sup>106</sup> *Sanchez-Llamas*, cit., 356-360.

<sup>107</sup> Questo punto è riconosciuto anche in ordinamenti caratterizzati da una più spiccata “apertura” al diritto internazionale. V. Tribunale costituzionale federale (Germania), *German consular notification case*, cit., par. 59 («Dies zeigt, dass Urteile des Internationalen Gerichtshofs jedenfalls dann in die innerstaatliche Rechtsordnung hineinwirken, wenn – wie hier – individualschützende Normen in Rede stehen. Sie verfügen allerdings nicht über eine die Rechtskraft nationaler Entscheidungen beseitigende Wirkung. Insofern kann die genaue Art und Weise des Hineinwirkens nicht allein auf der Grundlage des Völkerrechts beurteilt werden»).

<sup>108</sup> *Sanchez-Llamas*, cit., 356-357.

ternazionalistica, vale a dire il riconoscimento in capo agli individui di posizioni giuridiche soggettive di diritto internazionale derivanti dalla Convenzione di Vienna del 1963<sup>109</sup>.

Alla luce di quanto precede, si può forse affermare – ma si tratta di una ipotesi bisognosa di ulteriori conferme della prassi – che l'autorità della Corte internazionale di giustizia in quanto garante dell'interpretazione uniforme del diritto internazionale non implichi un vero e proprio vincolo conformativo, ma si traduca piuttosto in una sostanziale riduzione dello spazio argomentativo di un'eventuale contestazione, la quale si fonderà su elementi (fatti, diritto interno) che non ricadono nell'oggetto della sua attività “nomofilattica”.

Se dunque sembra innegabile l'incidenza della giurisprudenza della CIG sull'interpretazione del diritto internazionale nei giudizi interni, resta da comprendere quale ne sia il fondamento. Al riguardo, va osservato che, a dispetto del diffuso ricorso ai precedenti della Corte, i tribunali nazionali si sono raramente interrogati sulla questione.

Fa eccezione il Tribunale costituzionale federale tedesco, nelle cui pronunce è possibile rinvenire alcuni spunti di sicuro interesse. Nel già richiamato *German Consular Notification case*, in particolare, il Tribunale ha giustificato la funzione di orientamento (*Orientierungswirkung*<sup>110</sup>, *normative Leitfunktion*<sup>111</sup>) esercitata dai precedenti della Corte con il principio, di matrice costituzionale, dell'apertura dell'ordinamento tedesco al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*<sup>112</sup>) e con l'obbligo delle corti di decidere secondo diritto e giustizia (*der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht*<sup>113</sup>). Con specifico riferimento al caso deciso, il Tribunale ha precisato che l'adesione alla giurisprudenza *LaGrand/Avena* è volta ad evitare che la Germania sia chiamata a rispondere di future violazioni della Convenzione sulle relazioni consolari dinanzi alla Corte internazionale di giustizia<sup>114</sup>. In caso di mancata ratifica del Protocollo opzionale attributivo alla Corte della competenza a risolvere le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione, pertanto, il Tribunale

<sup>109</sup> Al contrario, essi hanno deciso il caso assumendo, ancorché in via ipotetica, la correttezza delle conclusioni della CIG sul punto (*ivi*, 343). Cfr. V. FIKFAK, *Reinforcing the ICJ's central international role? Domestic courts' enforcement of ICJ decisions and opinions*, in M. ANDENAS and E. BJORGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge, 2015, 347-351.

<sup>110</sup> *German consular notification case*, cit., par. 61.

<sup>111</sup> *Ivi*, par. 62.

<sup>112</sup> *Ivi*, par. 58.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ivi*, parr. 61-62.

sarebbe stato libero di non tener conto dei precedenti della Corte<sup>115</sup>. È interessante notare come tale puntualizzazione venga meno nella successiva ordinanza resa nel c.d. *Anti-ISIL Operation case*, dove il Tribunale si rifà nuovamente al principio di apertura al diritto internazionale per giustificare la funzione di *Orientierungswirkung* della giurisprudenza della CIG in materia di legittima difesa *ex art. 51* della Carta delle Nazioni Unite<sup>116</sup>, sebbene la Germania abbia espressamente escluso la giurisdizione della Corte sulle controversie relative a «the deployment of armed forces abroad, involvement in such deployments or decisions thereon<sup>117</sup>».

Il riferimento al principio costituzionale dell’apertura al diritto internazionale, la cui portata varia nel tempo e nello spazio (ovvero, da Stato a Stato)<sup>118</sup>, è senz’altro utile ad una migliore comprensione di questa prassi. Esso, infatti, consente di spiegare la maggiore o minore predisposizione dei giudici interni a farsi influenzare dalle interpretazioni della Corte internazionale di giustizia con il grado di apertura dell’ordinamento di appartenenza al diritto internazionale. Più complesso, invece, risulta ricostruire l’esistenza, *sul piano del diritto internazionale*, di un obbligo per le corti interne di uniformarsi alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. Tanto il tenore letterale dell’art. 59 dello Statuto della Corte<sup>119</sup>, quanto la persistente varietà negli approcci seguiti dai giudici nazionali, invero, invitano ad affrontare la questione con grande cautela.

Una possibile soluzione potrebbe forse ricercarsi nel dovere di leale collaborazione cui gli Stati membri sono tenuti nei riguardi delle Nazioni Unite, di cui la Corte è il principale organo di giustizia<sup>120</sup>. In dottrina, infatti, è stato autorevolmente sostenuto che il principio di leale collaborazione implicherebbe l’obbligo per gli Stati di “prendere in considerazione” le decisioni degli organi delle organizzazioni internazionali cui ap-

<sup>115</sup> *Ivi*, parr. 60 e 62.

<sup>116</sup> 2 BvE 2/16, 17 settembre 2019, par. 51.

<sup>117</sup> Dichiarazione di accettazione della giurisdizione della CIG *ex art. 36* dello Statuto, 30 aprile 2008, consultabile alla seguente pagina web: <https://www.icj-cij.org/declarations/de>.

<sup>118</sup> F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, 163, alle cui riflessioni si rinvia per quanto attiene all’impatto del principio in parola sull’efficacia interna delle sentenze internazionali.

<sup>119</sup> «The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case».

<sup>120</sup> Su questo principio v., anche per ulteriori riferimenti, F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, 4-12.

partengono<sup>121</sup>. La portata di tale obbligo è stata successivamente esplorata con specifico riferimento all'influenza interpretativa esercitata da corti e comitati internazionali di controllo sulla giurisprudenza nazionale<sup>122</sup>. In concreto, l'obbligo in questione si tradurrebbe in un "aggravamento" dell'onere motivazionale incombente sul giudice interno il quale, se non vuole aderire all'interpretazione fornita sul piano internazionale, sarà tenuto ad indicarne espressamente le ragioni<sup>123</sup>.

La giurisprudenza, sopra richiamata, in tema di "disobbedienza" alla CIG sembra confermare questo schema analitico. Come si è visto, i giudici nazionali non si sono limitati a negare la natura vincolante dei precedenti della CIG, ma hanno accuratamente argomentato le ragioni della

<sup>121</sup> Per una prima affermazione di questa idea, con riferimento alle raccomandazioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, v. Corte internazionale di giustizia, *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, 7 giugno 1955, opinione individuale del Giudice Lauterpacht, in *ICJ Reports 1955*, 90 ss., 118 (secondo cui gli Stati non avrebbero «[the] right simply to ignore the recommendations and to abstain from adducing reasons for not putting them into effect or for not submitting them for examination with the view to giving effect to them»). Il nesso tra leale collaborazione e obbligo di "prendere in considerazione" è stato poi messo in luce da B. CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, 1968, 128-129, con riferimento agli organi (politici) delle Nazioni Unite, e successivamente esteso da A. CASSESE, *Il controllo internazionale. Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971, 151 a tutti gli organi internazionali di controllo.

<sup>122</sup> V. ancora F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale*, cit., 132-149 e P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, i quali tuttavia non fanno menzione del principio di leale collaborazione. Per un riferimento a quest'ultimo, ma in relazione alla prassi del Comitato europeo dei diritti sociali, sia consentito rinviare a D. AMOROSO, *Sull'obbligo della Corte Costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 81 ss.

<sup>123</sup> V. ancora F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale*, cit. e P. ROSSI, *L'interpretazione conforme*, cit. A questo proposito, è interessante notare il modo in cui il canone della "respectful consideration" sia stato inteso da uno dei giudici che hanno sottoscritto l'opinione di maggioranza in *Sanchez-Llamas*, Antonin Scalia. Nella sua *dissenting opinion* nel caso *Olympic Airways v. Husain* (540 U. S. 644 (2004)), il Giudice Scalia aveva infatti criticato la maggioranza per non aver tenuto in *respectful consideration* l'interpretazione della Convenzione di Varsavia del 1929 operata dalle corti supreme degli altri Stati Parte. A suo avviso, tale dovere di prendere in considerazione, il quale mirerebbe in ultima analisi ad assicurare l'applicazione uniforme della Convenzione, implicherebbe – appunto – l'onere di offrire «a convincing explanation for [the] decision to depart from the foreign court's prior judgment» (*ivi*, 658). È evidente come questa argomentazione si presti ad essere agevolmente estesa, verrebbe da dire *a fortiori*, anche alle pronunce della Corte internazionale di giustizia. V. M.A. WATERS, *The U.S. Supreme Court and the International Court of Justice: What Does "Respectful Consideration" Mean?*, in C.P.R. ROMANO (eds.), *The Sword and the Scales The United States and International Courts and Tribunals*, New York, 2009, 112 ss.

propria contestazione. Quest’ultima, peraltro, non si è tradotta in una critica motivata all’interpretazione del diritto internazionale operata dalla Corte, il che sarebbe comunque rispettoso dell’obbligo di prendere in considerazione, così come generalmente inteso; piuttosto, essa ha avuto ad oggetto la base fattuale su cui poggiano le conclusioni della Corte (*Mara’abe*) o gli ostacoli che il diritto interno frappone all’attuazione delle sue decisioni (*Sanchez-Llamas* e sentenza n. 238/2014)<sup>124</sup>. Quando a venire in rilievo sono le pronunce della CIG, dunque, il descritto obbligo di prendere in considerazione assumerebbe carattere “rafforzato”.

Il fondamento di questa peculiare declinazione dell’obbligo di prendere in considerazione non pare rinvenibile nel diritto (internazionale) positivo, costituendo invece la naturale conseguenza della *intellectual leadership* della Corte<sup>125</sup>, derivante dalla sua posizione nell’ordinamento internazionale.<sup>126</sup> Inequivocabile, al riguardo, è la prima sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione italiana in seguito alla più volte ricordata decisione della CIG sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*<sup>127</sup>. La Cassazione, infatti, pur non risparmiando critiche alla Corte internazionale di giustizia<sup>128</sup>, si è adeguata alla sua ricostruzione dello stato del diritto consuetudinario, stabilendo che il principio di diritto affermato in *Ferrini*<sup>129</sup> «non può essere portato ad ulteriori applicazioni»<sup>130</sup>. Una resa

<sup>124</sup> Diverso sembrerebbe essere stato l’approccio seguito dalla Corte suprema del Brasile nel caso *Changri-là*, che pure integra un’ipotesi di contestazione della sentenza della CIG sulle *Jurisdictional Immunities of the State* (Recurso Extraordinário com Agravo 954.858, 23 agosto 2021). La Corte brasiliana, infatti, procede ad una critica serrata, *in punto di diritto internazionale*, del ragionamento della CIG in tema di rapporti tra *jus cogens* e norma sull’immunità. Va tuttavia sottolineato come, anche in questo caso, i giudici interni riconoscano il dovere di prendere in considerazione la sentenza della Corte (p. 19: «obviamente não se ignora a decisão da Corte Internacional de Justiça»). Inoltre, com’è stato notato (L. LIMA e A.T. SALIBA, *The Immunity Saga Reaches Latin America. The Changri-la Case*, in *EJIL:Talk!*, 2 dicembre 2021), l’argomento decisivo impiegato dalla Corte suprema per discostarsi dall’orientamento della CIG è basato sul diritto costituzionale e, in particolare, sulla clausola di prevalenza dei diritti umani di cui all’art. 4, II della Costituzione (p. 30: «É assim que entendo deve esta Corte, diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (Art. 4º, II), torná-la efetiva, afastando a imunidade de jurisdição no caso»).

<sup>125</sup> J.I. CHARNEY, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *Recueil des Cours*, Vol. 271, 1998, 371.

<sup>126</sup> *Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations*, 26 ottobre 2006, 7.

<sup>127</sup> *Albers*, cit.

<sup>128</sup> *Ivi*, 5.

<sup>129</sup> Il riferimento ovviamente è a Corte di Cassazione, SS.UU. (civ.), 11 marzo 2004, n. 5044, a partire dalla quale i giudici italiani hanno affermato la prevalenza gerar-

che viene giustificata con la mancata “convalida” della giurisprudenza italiana in materia di immunità «da parte della Comunità internazionale della quale la Corte dell’Aja è il *massimo momento di sintesi giurisdizionale*»<sup>131</sup>.

## 5. Conclusioni

È dunque venuto il momento di provare a formulare una risposta, ancorché provvisoria, al quesito sollevato in apertura di questo contributo sulla possibilità di parlare di “funzione nomofilattica” in relazione alla Corte internazionale di giustizia. L’esame condotto sin qui sembra poter giustificare una risposta positiva, ma solo a condizione di ammettere che, nel caso della Corte, l’esercizio della nomofilachia assumerebbe connotazioni profondamente diverse rispetto a quelle che caratterizzano gli ordinamenti interni.

Per apprezzare appieno il senso di questa conclusione, può essere utile richiamare schematicamente le limitazioni che circoscrivono il riconoscimento di una funzione nomofilattica in capo alla Corte:

- Se di funzione nomofilattica può parlarsi con riferimento alla Corte internazionale di giustizia, essa riguarda soltanto la sua dimensione *positiva*, vale a dire la garanzia dell’unità del diritto internazionale attraverso la sua interpretazione uniforme. Non appare plausibile ascrivere, invece, un ruolo di nomofilachia *negativa*, ovvero di verifica dell’esatta osservanza del diritto internazionale ad opera degli altri giudici. In questo senso militano l’inesistenza di un ordinamento giudiziario internazionale con a capo la Corte internazionale di giustizia; la circostanza che la Corte operi di regola come giudice di prima ed unica istanza<sup>132</sup>; e l’impossibilità per le sue pronunce di incidere sull’efficacia giuridica delle sentenze rese dai tribunali nazionali in violazione del diritto internazionale.

- *Oggetto* prevalente della nomofilachia, poi, sarebbero le norme del diritto internazionale generale e quelle poste dai trattati multilaterali a vocazione universale, ad esclusione dei regimi normativi che affidano

chica delle norme che vietano la commissione di crimini internazionali su quelle in tema di immunità degli Stati.

<sup>130</sup> *Albers*, cit., 6.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Speech of H.E. Judge Joan E. Donoghue, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly*, 28 ottobre 2022, 4-7.

in via esclusiva (o quasi-esclusiva) la soluzione delle controversie ad altra istanza internazionale.

- I *destinatari* di questa attività sarebbero i giudici nazionali. Come si è visto, infatti, nelle relazioni con gli altri tribunali internazionali, la garanzia dell’uniformità del diritto internazionale è perseguita attraverso il dialogo e la c.d. “fertilizzazione incrociata”<sup>133</sup>, atteggiandosi la Corte al più come *primus inter pares*<sup>134</sup>.

- Il *fondamento giuridico* del riconoscimento di questa funzione in capo alla Corte andrebbe individuato, sul piano interno, nel principio costituzionale di apertura al diritto internazionale e, sul piano internazionale, nel dovere di leale collaborazione degli Stati membri (inclusi i loro organi giudiziari) nei confronti degli organi delle Nazioni Unite, e dunque della Corte internazionale di giustizia.

- Sul piano degli *effetti*, l’attribuzione alla CIG di una funzione nomofilattica non implicherebbe, per i giudici nazionali, l’obbligo di conformarsi alle sue interpretazioni, ma piuttosto il dovere di prenderle in considerazione e, dunque, di motivare adeguatamente la scelta di discostarsene. A differenza di quanto avviene per altri tribunali internazionali, la prassi sembra indicare che tale dovere di prendere in considerazione assumerebbe, in caso di deviazione dai pronunciamenti della CIG, carattere “rafforzato”, nel senso che eventuali contestazioni potranno avere ad oggetto questioni che esulano dall’autorità interpretativa della Corte (ad es. accertamento dei fatti inaccurato o incompatibilità della norma internazionale così come interpretata dalla Corte con i principi fondamentali dell’ordinamento nazionale). Questo ulteriore vincolo, però, non pare discendere da una norma di diritto internazionale, integrando invece una manifestazione specifica del *soft power* che la Corte esercita *in via di fatto* sugli organi giudiziari nazionali in ragione della sua particolare posizione istituzionale.

<sup>133</sup> T. BUERGENTHAL, *Lawmaking by the ICJ and Other International Courts*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2009, 405.

<sup>134</sup> PALCHETTI, *The Authority of the Decisions*, cit., 108 («the Court does not simply engage in a dialogue; it also seeks to establish the ‘rules of this dialogue’»).





# GIURISDIZIONE DEI TRIBUNALI ARBITRALI INTERSTATALI E DIRITTO APPLICABILE

Deborah RUSSO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Arbitrato interstatale e principio dell'autonomia delle parti. – 3. La scelta delle parti sul diritto applicabile e i relativi limiti. – 4. Il diritto applicabile in assenza di scelta delle parti. – 4.1 L'applicazione diretta di norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione. – 4.2 Il ricorso a norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione in chiave interpretativa. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Il problema del diritto applicabile all'arbitrato interstatale affonda le sue radici nel più antico dibattito sulla funzione del regolamento arbitrale. Originariamente concepito come mera appendice della funzione diplomatica, all'arbitro si assegnava una funzione analoga a quella del mediatore tra gli Stati parti di una controversia. A questa impostazione, ad esempio, si è ispirato Anzillotti nel suo corso di diritto internazionale del 1905 nel qualificare il lodo arbitrale come accordo tra le parti<sup>1</sup>. Per tutto il XIX secolo e fino all'inizio del XX secolo permanevano in effetti forme conciliative di arbitrato fondate sull'applicazione di criteri equitativi mentre nel contempo si andava diffondendo un modello moderno di arbitrato basato sull'applicazione di regole giuridiche<sup>2</sup>.

La funzione sostanzialmente giudiziale dell'arbitrato ha tuttavia stentato ad affermarsi nell'opinione di alcuni autori anche a causa della difficoltà di interpretare le clausole che conferivano all'arbitro il potere di risolvere le controversie applicando principi di *equity* come dispo-

\* Professoressa associata di diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1915, (3), 8. In senso contrario, G. MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, 19 ss.

<sup>2</sup> Non è possibile in questa sede ricostruire le principali tappe dell'evoluzione storica dell'arbitrato interstatale. Per alcuni riferimenti sul tema si rinvia a: G. SCHOFIELD, *The Permanent Court of Arbitration: From 1899 to the Present*, in *The Cambridge Companion to International Arbitration*, Cambridge, 2021, 349; V. GRAY, B. KINGSBURY, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, in *The British Yearbook of International Law*, 1992, 97.

zioni sul diritto applicabile alla controversia. Infatti le clausole in uso negli accordi di regolamento arbitrale spesso associavano l'espressione *law*, oppure *international law*, al termine *equity* che alcuni autori interpretavano come sinonimo di *ex aequo et bono* e come indicativo del potere dell'arbitro di risolvere le controversie internazionali secondo equità, in alternativa alle regole di diritto internazionale vigenti<sup>3</sup>. Ancora nel 1963, nelle pagine del suo corso all'Aja, Louis Sohn ha sostenuto che l'uso delle clausole di *equity* evidenziava l'intenzione degli Stati di considerare l'arbitrato come uno strumento di natura conciliativa per la soluzione delle controversie prive di natura giuridica, o aventi scarso rilievo giuridico, in alternativa al ricorso alla Corte internazionale di giustizia che avrebbe assunto il monopolio della funzione di soluzione giudiziale delle controversie internazionali<sup>4</sup>. Secondo una ricostruzione più convincente le clausole di *equity* non erano altro che disposizioni sul diritto applicabile alla soluzione della controversia che intendevano conferire all'arbitro il potere di ricorrere a principi giuridici comuni agli Stati laddove le regole internazionali non fossero ancora saldamente consolidate nella prassi e vi fosse l'esigenza di scongiurare il rischio di lacune e di un *non liquet*<sup>5</sup>.

Progressivamente nel corso del XX secolo la maggior parte degli autori ha abbandonato la concezione dell'arbitrato interstatale come mezzo diplomatico di soluzione delle controversie internazionali a favore del riconoscimento all'arbitrato della funzione sostanzialmente giudiziale<sup>6</sup>. Dopo l'istituzione della Corte internazionale di giustizia, la letteratura sulla funzione dell'arbitrato si è sviluppata intorno allo studio del-

<sup>3</sup> Memorandum del Segretario generale dell'ONU alla Commissione del diritto internazionale del 1950, A/CN.4/35 *Memorandum on Arbitral Procedure, prepared by the Secretariat Topic: Arbitral Procedure*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, 2, par. 88: «In general, however, the arbiter has two sources upon which to base his award: positive law, and something of a broader but juridical nature, reflecting a sense of justice in the community of nations. Both these categories, by whatever terms described, should be distinguished from the procedure which seeks a satisfactory compromise, or which provides a settlement in disregard of, or even in opposition to, law. Here lies the difference between arbitration, a settlement by law, and conciliation, settlement by compromise».

<sup>4</sup> L. SOHN, *The function of international arbitration today*, in *Recueil des Cours*, 108, 1963, 82.

<sup>5</sup> V. Memorandum del Segretario generale dell'ONU alla Commissione del diritto internazionale, cit.

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio, l'opinione di Santulli "*La nature juridictionnelle de l'arbitrage international s'accompagne de l'obligation pour le tribunal arbitral de s'en tenir à l'application du droit*" (V.C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, 2005, 16); J.L. SALACUSE, *Interstate Arbitration: "...Settling Disputes Which Diplomacy Has Failed to Settle"*, in *Negotiation Journal*, 2022, 179.

le caratteristiche peculiari dei diversi strumenti di soluzione delle controversie ma pur sempre sulla base dell'assunto della loro comune matrice giudiziale<sup>7</sup>. Le pagine che seguono saranno dedicate ad indagare il problema del rapporto tra giurisdizione e diritto applicabile alla luce della prassi più recente, anche al fine di contribuire alla discussione sulle possibili linee di sviluppo della disciplina dell'arbitrato interstatale.

## 2. Arbitrato interstatale e principio dell'autonomia delle parti

Non vi è dubbio che il fondamento della funzione giurisdizionale internazionale risieda nel consenso degli Stati parti di una controversia. Considerando che i meccanismi per il riconoscimento della giurisdizione di arbitri e giudici internazionali sono analoghi, il principio del consenso riveste valenza generale. Tuttavia alla giurisdizione arbitrale generalmente si attribuisce una più accentuata impronta consensualistica attraverso il richiamo al principio dell'autonomia degli Stati, che conferisce alle parti della controversia il potere di scegliere gli arbitri, le regole procedurali applicabili e le norme sostanziali sulle quali deve fondarsi la decisione<sup>8</sup>. La giurisdizione arbitrale è considerata di conseguenza rigorosamente delimitata dalle scelte operate dagli Stati anche riguardo al problema sostanziale del diritto applicabile. Enfatizzando il principio dell'autonomia, alcuni autori hanno descritto l'arbitrato interstatale come un istituto dalla natura sostanzialmente plasmabile dalle parti della controversia, giungendo a descrivere il ruolo dell'arbitro come quello di uno strumento al servizio degli interessi delle parti<sup>9</sup>. L'esame della prassi più recente può contribuire a verificare se e fino a che punto questa teoria trovi riscontro nel modo in cui il problema del diritto applicabile è affrontato nelle decisioni arbitrali, indagando come le scelte delle parti in punto di giurisdizione e diritto applicabile siano conciliabili e fino a che

<sup>7</sup> V. GRAY, B. KINGSBURY, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, cit., 97; V.H. BROWER, *The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2008, 259; M. MENDELSON, *Inter-State Arbitration. Current Issues and Contemporary Challenges*, in *The Cambridge Companion to International Arbitration*, Cambridge, 2021, 307.

<sup>8</sup> M.R. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration. Law and Practice*, New York, 2014; A. MILLER, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, 2018; A. STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, Oxford, 2012; N. BLACKABY e altri, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2015, par. 2.01: «The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration».

<sup>9</sup> Cfr. K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala, 2001, che descrive l'arbitro come "the servant" delle parti.

punto la questione del diritto applicabile sia condizionata dai limiti derivanti dalla giurisdizione.

In via di premessa, occorre considerare che gli Stati parti possono accordarsi per derogare alle norme internazionali, incluse quelle che regolano il contenzioso internazionale, salvo ovviamente il rispetto delle norme cogenti, secondo una regola generale del sistema delle fonti del diritto internazionale<sup>10</sup>. Pertanto è possibile che le parti si accordino per stabilire le norme applicabili alla soluzione di una controversia internazionale sottomessa ad arbitri o a giudici internazionali, inclusa la Corte internazionale di giustizia. Il potere delle parti di effettuare delle scelte riguardo alla giurisdizione e al diritto applicabile non è dunque un aspetto caratterizzante esclusivamente l'arbitrato internazionale. Resta tuttavia problematico stabilire fino a che punto la scelta delle parti in punto di giurisdizione possa isolare la controversia dall'operatività delle regole e dei principi generali del diritto internazionale, al fine di imporre che la decisione sia raggiunta sulla base di un regime giuridico speciale confezionato dagli Stati parti nel modo più congeniale alla protezione dei loro specifici interessi. Osservando la questione da altra angolazione, si tratta di capire in che misura il diritto internazionale generale si applichi per la soluzione della controversia arbitrale senza eccedere il limite della giurisdizione. A questa domanda non si può rispondere se non attraverso l'esame della prassi e particolarmente di quella prodotta dai tribunali arbitrali, dato che ad essi spetta il potere di decidere sulla giurisdizione, secondo il principio *kompetenz-kompetenz*, nonché di interpretare le clausole sul diritto applicabile eventualmente inserite negli accordi di regolamento arbitrale e di individuare le norme giuridiche rilevanti per la soluzione della controversia.

### 3. La scelta delle parti sul diritto applicabile e i relativi limiti

La letteratura sull'arbitrato interstatale è concorde nel riconoscere il potere degli Stati parti di una controversia di scegliere il diritto applicabile. L'esame della prassi relativa alla redazione delle clausole di regolamento arbitrale dimostra tuttavia che gli Stati raramente indicano le norme sostanziali sulla base delle quali gli arbitri devono risolvere la controversia. Se si considerano, ad esempio, i dati relativi ai trattati registrati presso il Segretario generale delle Nazioni Unite – che forniscono uno spaccato di indagine interessante non soltanto perché si tratta di una

<sup>10</sup> J. COLLIER, V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford, 1999, 239.

prassi sviluppata a livello universale ma anche perché concerne materie diversificate – la maggior parte di essi contiene una clausola compromissoria che include il ricorso all'arbitrato tra i mezzi di soluzione delle controversie<sup>11</sup>. Tuttavia la maggior parte di tali clausole compromissorie, così come gli accordi di regolamento arbitrale<sup>12</sup>, nulla prevedono riguardo alle regole giuridiche applicabili alla controversia. Sono dunque relativamente poche le clausole attraverso le quali le parti indicano le norme giuridiche in base alle quali gli arbitri devono risolvere la controversia.

La stessa tendenza si ricava dall'esame degli accordi internazionali per la tutela degli investimenti<sup>13</sup>. Benché in questa materia l'arbitrato diretto sia incomparabilmente più diffuso, l'arbitrato interstatale rappresenta un'alternativa normalmente prevista dai trattati bilaterali di investimento per la risoluzione delle controversie relative all'interpretazione o all'applicazione dell'accordo, che risponde alla logica della protezione diplomatica degli investitori<sup>14</sup>. Anche in questo ambito nella maggior parte dei casi le parti non scelgono il diritto applicabile al di là delle norme sostanziali contenute nell'accordo stesso. Nel caso degli arbitrati che si inseriscono nella cornice normativa dell'ICSID, l'art. 42 della Convenzione di New York stabilisce che il Tribunale applichi il diritto dello Stato contraente che è Parte della controversia – compreso l'ordinamento concernente i conflitti di legge – e i principi di diritto internazionale nella materia. In pratica, come si ricava dall'orientamento prevalente delle decisioni degli arbitrati diretti, la legge dello stato ospite si applica principalmente alle controversie *contract-based* mentre a quel-

<sup>11</sup> I dati sono tratti dal sito ufficiale: <[https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en)>.

<sup>12</sup> Vedi, per esempio il *Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes*, 1949, <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=II-1&chapter=2&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=II-1&chapter=2&clang=_en)>.

<sup>13</sup> M.B DELI, *La legge applicabile al merito della controversia*, in MANTUCCI, *Trattato di diritto dell'arbitrato*, Vol. XIII, 787.

<sup>14</sup> G. SACERDOTI, *Alternativa all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in MANTUCCI, *Trattato di diritto dell'arbitrato*, Vol. XIII, 1. Sebbene finora gli Stati abbiano fatto ricorso raramente a questa procedura (tre finora sono i precedenti *Peru v. Chile*, decisione ICSID del 7 febbraio 2005 N. ARB/03/4 e *Ecuador v. USA*, decisione ICSID del 29 settembre 2012 N. 2012/05 e *Italy v. Cuba*, decisione ICSID del 1 gennaio 2008), esso può costituire un'opportunità interessante in futuro tra l'altro per prevenire il rischio di processi paralleli quando sono presenti più investitori danneggiati (per un approfondimento in tema di procedimenti paralleli si rinvia a G. ZARRA, *Procedimenti paralleli*, in MANTUCCI, *Trattato di diritto dell'arbitrato*, Vol. XIII, 421) o anche nel caso specifico in cui l'investitore danneggiato o uno degli investitori danneggiati sia un'impresa controllata dallo Stato, specialmente quando l'accordo di investimento sottostante abbia adottato una nozione ristretta di nazionalità, non comprensiva degli investitori sovrani).

le fondate sulla violazione delle regole del trattato sugli investimenti si applicano oltre le norme dell'accordo stesso anche quelle del diritto internazionale generale<sup>15</sup>.

Nei pochi casi in cui gli Stati parti di una controversia abbiano scelto il diritto applicabile, le clausole di scelta si limitano ad effettuare un mero rinvio alle fonti tipiche del diritto internazionale, in particolare all'accordo contenente la clausola compromissoria e a ogni altra fonte di diritto internazionale<sup>16</sup>.

In qualche caso il riferimento alle fonti internazionali è espresso attraverso la riformulazione del testo dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Un esempio in questo senso si trae dal *Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes*, del 1947, che richiama le fonti dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, in assenza di una scelta delle parti. La stessa formulazione si trova anche nell'art. 10 delle *Model Rules on Arbitral Procedure* redatte dalla Commissione del diritto internazionale nel 1958. In tempi più recenti, l'applicabilità delle fonti del diritto internazionale menzionate nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia risulta anche dalle *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between States* della CPA, redatte nel 1992 e confermate nel 2012.

Non si può escludere tuttavia che gli Stati parti designino il diritto nazionale di uno Stato come fonte delle regole applicabili per la soluzione della controversia e ciò anche a prescindere dall'esistenza di un collegamento tra il sistema prescelto e l'oggetto della controversia<sup>17</sup>. Alcune decisioni arbitrali suggeriscono che l'eventuale riferimento al diritto nazionale come fonte delle regole sostanziali per la soluzione di una controversia implica il potere del tribunale arbitrale di verificare il rispetto dei principi consolidati nel diritto internazionale<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford, 2013, 61 ss.; M. SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law*, cit., 48

<sup>16</sup> V. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, cit., 328. Si veda, ad esempio, la decisione arbitrale resa nel caso *Affaire du lac Lanoux (Spain v. France)*, *Report of International Arbitral Awards*, 1957, 281-317.

<sup>17</sup> Si veda la decisione arbitrale resa nel caso della *Fonderie de Trail*, *Report of International Arbitral Awards*, 1941, 1949-1950, 330. Sul punto si consideri O. LANDO, *The Law Applicable to the Merit of the Dispute*, in J.D.M LEW, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Londra, 1986, 104.

<sup>18</sup> Nella decisione arbitrale relativa al caso *Delle pretese degli armatori norvegesi*, *Report of International Arbitral Awards*, 1922, 330, il Tribunale arbitrale ha precisato che qualora la scelta delle parti ricadesse su norme di diritto nazionale, agli arbitri spetterebbe il diritto di verificare se l'applicazione di tali norme fosse conforme al principio dell'uguaglianza tra le parti e ai principi consolidati del diritto internazionale. Così anche nel caso *dei terreni della ferrovia*, deciso nel 2012, il Tribunale ha precisato che le norme

Parimenti è possibile che le parti scelgano che sia applicato il diritto internazionale “mitigato” dal ricorso a principi equitativi, intesi come principi generali di giustizia tratti dal diritto comune agli Stati o di natura internazionale<sup>19</sup>. Infine, è sempre ammissibile che le parti conferiscano all’arbitro il potere di decidere *ex aequo et bono*, operando una composizione amichevole della controversia, secondo quanto è previsto anche per la Corte internazionale di giustizia dall’art. 38, par. 2, del suo Statuto, purché tale opzione risulti espressamente dall’accordo tra le parti e non sia oggetto di presunzione<sup>20</sup>.

In linea di principio, quando la giurisdizione di un tribunale arbitrale è prevista da un accordo che stabilisce un regime normativo specifico, le regole primarie applicabili per la soluzione delle controversie sono principalmente quelle stabilite dal trattato stesso. In questo caso la giurisdizione attribuita al tribunale è circoscritta all’ambito normativo dell’accordo e incide sulla scelta delle norme applicabili alla controversia impedendo agli arbitri di accertare la responsabilità di uno Stato parte per violazione di regole internazionali esterne all’accordo<sup>21</sup>. Si considera infatti che l’autonomia delle parti nella scelta del diritto applicabile da parte di un organo arbitrale che è stato istituito attraverso l’inserimento di una clausola compromissoria in un accordo normativo specifico incontra un limite insuperabile nel necessario rispetto della giurisdizione quale questione di “ordine pubblico internazionale”<sup>22</sup>. Il rispetto dell’ordine pubblico internazionale vieta agli Stati parti in lite la scelta di norme sostanziali diverse da quelle contenute nell’accordo sulla giurisdizione e di alterare in tal modo la funzione originaria assegnata al tribunale arbitrale dall’accordo istitutivo<sup>23</sup>. In un caso del genere il tribunale arbitrale ha il potere di sollevare d’ufficio l’eccezione sulla giurisdizione, a meno che

nazionali richiamate nella clausola di scelta tra le parti potessero essere applicate soltanto previa verifica della loro conformità agli obblighi internazionali.

<sup>19</sup> Decisione arbitrale resa nel caso *Delle pretese degli armatori norvegesi*, *Report of International Arbitral Awards*, 1922, 330.

<sup>20</sup> Così V. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, cit., 330.

<sup>21</sup> Decisione resa nel caso *Cordillera of the Andes Boundary Case (Argentina v. Chile)*, *Report of International Arbitral Awards*, 1902, 37-38.

<sup>22</sup> V. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, cit., 333. V.F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Leiden, 2008; A. DIMOLITSA, *Autonomie et “Kompetenz-Kompetenz”*, in *Revue de l’Arbitrage*, 1998, 305.

<sup>23</sup> Si veda la decisione resa nel caso *Biens Italiens en Tunisie – Patrimoine de Giuseppe Canino*, *Report of International Arbitral Awards*, 1959, 446: «les mêmes membres qui jugent des litiges entre les mêmes États, par une procédure à peu près identique portant sur l’application du même traité, mais pour des dispositions échappant à la compétence de l’autre organe, ne sont pas le même tribunal».



vi sia il consenso di tutti gli Stati contraenti dell'accordo istitutivo dell'organo arbitrale.

Alcuni autori evidenziano che un'ulteriore questione di ordine pubblico internazionale potrebbe incidere sul potere di scelta delle parti in lite. Si tratta dell'eventualità che il diritto statale selezionato dagli Stati parti contrasti con i principi relativi al trattamento minimo degli stranieri o con le regole consuetudinarie che concernono i diritti fondamentali degli individui<sup>24</sup>.

Come si metterà in evidenza anche nel prossimo par., il limite posto dal necessario rispetto dell'ordine pubblico internazionale non esclude che gli arbitri possano fare ricorso ad altre regole internazionali che siano strumentali alla corretta applicazione e operatività delle norme primarie contenute nell'accordo, come le regole che governano l'interpretazione dei trattati o la responsabilità dello Stato, oppure che siano tenute in considerazione per valutare la portata precettiva delle norme primarie. Pertanto, la giurisdizione di un tribunale arbitrale fondata su un regime normativo specifico non esclude che il diritto internazionale generale si applichi in via residuale o strumentale rispetto alle norme primarie dell'accordo attributivo della giurisdizione. Un impedimento all'applicazione delle norme e dei principi generali di diritto internazionale esterni all'accordo sulla giurisdizione potrebbe risultare solo dall'espressa determinazione degli Stati parti.

In ogni caso se le parti si accordassero per l'applicazione di una *lex specialis* la loro volontà non potrebbe impedire l'applicazione delle norme di diritto internazionale generale aventi carattere cogente. Nella decisione arbitrale resa nel caso *della Convenzione OSPAR* nel 2003, il Tribunale arbitrale ha, ad esempio, precisato che l'accordo tra le parti che preveda l'applicazione di una regola speciale non prevale rispetto al contenuto di regole cogenti del diritto internazionale e che spetta in ogni caso agli arbitri valutare l'esistenza di un conflitto<sup>25</sup>.

#### 4. Il diritto applicabile in assenza di scelta delle parti

Quando, come spesso avviene, non vi sono indicazioni delle parti circa il diritto applicabile, il tribunale arbitrale può esercitare il suo potere – che rientra tra i poteri cosiddetti “inerenti” degli arbitri – di identificare le norme sostanziali applicabili per la soluzione della controversia.

<sup>24</sup> V. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, cit., 334.

<sup>25</sup> Decisione arbitrale resa nel caso *della Convenzione OSPAR (United Kingdom v. Northern Ireland) del 2003, Report of International Arbitral Awards*, 2003, par. 83.



Nella prassi gli arbitri risolvono la questione ritenendo in linea di principio applicabile l'insieme delle fonti del diritto internazionale elencate nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia ma pur sempre rispettando il limite della giurisdizione<sup>26</sup>.

Posto che, al di fuori del caso in cui sia stata prevista l'applicazione di una regola speciale, l'insieme delle regole internazionali costituisce il diritto generalmente applicabile all'arbitrato interstatale, conviene esaminare come gli arbitri affrontino il problema del diritto applicabile nelle decisioni recenti in modo da garantire il rispetto del limite della giurisdizione. Il problema si pone soprattutto nei casi in cui la giurisdizione arbitrale tragga il proprio fondamento da una clausola compromissoria, poiché in questo caso, come già si è anticipato, il potere conferito all'arbitro o al collegio arbitrale è circoscritto all'ambito normativo dell'accordo e resta dunque confinato all'accertamento dell'eventuale responsabilità di uno Stato parte per violazione delle regole in esso ricomprese<sup>27</sup>. Più raramente l'accordo di regolamento arbitrale o il compromesso *ad hoc* circoscrivono in modo analogo l'ambito normativo oggetto della giurisdizione.

L'indagine relativa alla prassi arbitrale recente permette di giungere a qualche conclusione riguardo alle tecniche che gli arbitri utilizzano per identificare le regole applicabili e i limiti entro i quali le norme internazionali esterne all'ambito normativo oggetto della giurisdizione vengono in rilievo per la soluzione delle controversie. Per una corretta valutazione della prassi occorre distinguere i casi in cui le decisioni arbitrali valorizzano le norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione per applicarle direttamente per la soluzione della controversia da quelli nei quali le norme internazionali esterne sono richiamate in funzione interpretativa delle norme appartenenti all'ambito normativo oggetto dell'accordo sulla giurisdizione.

#### 4.1. *L'applicazione diretta di norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione*

Riguardo all'applicazione diretta di norme esterne all'accordo sulla giurisdizione, si possono considerare due tipologie di casi. La prima si riferisce ai casi nei quali gli arbitri applicano le norme internazionali che costituiscono la cornice giuridica che definisce gli effetti e le conseguen-

<sup>26</sup> Vedi ancora la decisione resa nel caso *sulle pretese degli armatori norvegesi*, cit. J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge, (3), 100.

<sup>27</sup> Decisione resa nel caso *Cordillera of the Andes Boundary Case (Argentina v. Chile)*, *Report of International Arbitral Awards*, 1902, 37-38.

ze della violazione delle norme primarie applicabili per la soluzione della controversia, come le norme sul diritto dei trattati oppure le norme sulla responsabilità internazionale degli Stati. L'applicazione in questi casi riguarda norme internazionali che operano "di default" poiché sono strumentali alla corretta interpretazione e applicazione delle norme sostanziali che regolano la controversia. Esse sono implicitamente ricomprese nello spettro dell'accordo sulla giurisdizione essendo necessarie a determinare il significato di quelle norme e le conseguenze della loro violazione. Tipico è il caso delle regole sull'interpretazione dei trattati più volte richiamate nella prassi arbitrale per supportare una certa interpretazione delle disposizioni dell'accordo coperto dalla clausola<sup>28</sup>. Nel caso *Ecuador c. USA*, del 2012, il tribunale arbitrale ha evidenziato come l'applicazione delle norme internazionali sull'interpretazione dei trattati codificate agli artt. 31 e seguenti della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, consentendo di interpretare correttamente la nozione di *dispute* necessaria a verificare l'esistenza di una controversia internazionale, fosse indispensabile all'accertamento della giurisdizione<sup>29</sup>.

Un altro esempio si può ricavare dal lodo arbitrale reso nel caso *Italia c. Cuba*. Innanzitutto, già nel lodo preliminare del 2005, il Tribunale arbitrale ha ritenuto applicabili le regole internazionali sull'interpretazione dei trattati al fine di risolvere la questione della definizione della nozione di investimento e non invece, secondo la posizione sostenuta da Cuba, il diritto nazionale di Cuba. Il Tribunale ha, al riguardo, affermato: «En tant que Traite International, l'Accord est une source de Droit International, génératrice de droits et obligations pour chacune des parties: la

<sup>28</sup> Un esempio si può ricavare dagli arbitrati relativi al caso *sulla revisione dei conti tra Olanda e Francia in applicazione del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione del Reno contro l'inquinamento da cloridi*, deciso con il lodo del 12 marzo 2004 e al caso *dei terreni della ferrovia*, deciso con lodo del 2012.

<sup>29</sup> Si veda in particolare la decisione resa nel caso *Ecuador v. USA* cit., al par. 208: «In order to determine whether it has jurisdiction, the Tribunal must interpret Article VII in accordance with the general rules of treaty interpretation contained in Article 31 and following of the VCLT. Article VII confers jurisdiction over "[a]ny dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty which is not resolved through consultations or other diplomatic channels." In construing the meaning of this grant of jurisdiction to State-to-State arbitral tribunals, the Tribunal must determine whether a "dispute" exists between the Parties. However, there is a qualification regarding which disputes the Tribunal may assert jurisdiction over—it must be a dispute "concerning the interpretation or application of the Treaty." More precisely, the issue to be addressed is whether there is a dispute between the Parties over the interpretation or application of Article II(7) of the Treaty.... 212. The Parties both acknowledge that the term "dispute" has a specific meaning in international law and practice and are largely in agreement on the legal framework to be applied, aptly and succinctly summarized by the ICJ in its judgment in *Georgia v. Russia*».

République d'Italie et la République de Cuba. Son texte doit être en premier lieu interprété à la lumière des dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le Droit des Traités qui, sur ce point, exprime le contenu du droit coutumier. La Convention de Vienne contient des règles d'interprétation qui se fondent sur trois principes de base: (i) la bonne foi, (ii) la primauté du texte du Traité complémente par la régie selon laquelle les mots doivent recevoir leur sens ordinaire et (iii) l'objet et les objectifs du Traité. C'est à la lumière de ces principes, confortés par la jurisprudence internationale, que le Tribunal Arbitral doit définir la notion d'investissement vise par l'Accord»<sup>30</sup>.

Nel lodo definitivo, adottato il 1° gennaio 2008, il Tribunale ha poi ritenuto applicabili le regole generali sulla responsabilità internazionale al fine di escludere l'imputabilità a Cuba del danno cagionato dalla società cubana all'italiana *Caribe&Figurella*. In entrambi i casi considerati dal Tribunale come rientranti nella propria giurisdizione, la questione essenziale per la decisione era quella di accertare se le condotte di *partner* locali degli investitori italiani, operanti nel settore del turismo e di proprietà statale, fossero imputabili a Cuba, al fine di poter verificare la sua responsabilità internazionale per violazione dell'accordo sugli investimenti. Nel primo caso, relativo alla società Finmed srl, il Tribunale ha respinto il ricorso perché il danno non era stato cagionato dalle società locali. Nel secondo caso, relativo alla società *Caribe&Figurella*, invece, il Tribunale ha concluso che la condotta delle società cubane controllate dallo Stato non implicava la responsabilità di Cuba, poiché concerneva attività di natura essenzialmente commerciale e non governativa<sup>31</sup>. Ciò che rileva, in particolare, è che il Tribunale ha dichiarato espressamente che la questione del collegamento rilevante ai fini dell'imputazione dell'illecito di un'impresa allo Stato fosse questione di fatto e di diritto da decidere secondo le regole generali del diritto internazionale relative all'imputazione dell'illecito, escludendo così di dover applicare criteri di controllo desumibili dal diritto nazionale<sup>32</sup>.

L'applicazione diretta può risultare anche dal ricorso ad altre norme internazionali esterne all'accordo che servono a risolvere questioni essenziali per l'accertamento del merito della controversia, ossia questioni che presentano un nesso di antecedenza logico-giuridica tale per cui la loro soluzione può assorbire o rendere superfluo l'esame delle altre questioni di merito o comunque consentire l'immediata soluzione nel merito della controversia. Il riferimento è alla decisione arbitrale resa nel caso

<sup>30</sup> Decisione del 15 marzo 2005 resa nel caso *Italy v. Cuba*, par. 77.

<sup>31</sup> *Ibid.*, parr. 161-163.

<sup>32</sup> Decisione del 1 gennaio 2008 resa nel caso *Italy v. Cuba*, par. 160.

dell'*Enrica Lexie*, nel quale il Tribunale ha applicato le regole generali sull'immunità degli organi statali al fine di risolvere la questione dell'immunità dei marò che era pregiudiziale rispetto alla soluzione della controversia sull'esercizio della giurisdizione sull'incidente in mare. Il Tribunale ha, al riguardo, affermato: «The Arbitral Tribunal finds that examining the issue of the immunity of the Marines is an incidental question that necessarily presents itself in the application of the Convention in respect of the dispute before it, namely which Party is entitled to exercise jurisdiction over the incident of 15 February 2012 involving the "Enrica Lexie" and the "St. Antony". The Arbitral Tribunal accordingly concludes that it has jurisdiction to deal with the question of immunity of the Marines in the present dispute. To answer this question the Arbitral Tribunal must consider whether the Marines are entitled to immunity *ratione materiae* for the acts that they committed in relation to the incident of 15 February 2012. Since there is no provision in the Convention that expressly addresses the immunity *ratione materiae* of State officials, the Arbitral Tribunal will examine how this matter is governed by customary international law»<sup>33</sup>. L'argomentazione del tribunale è diretta ad includere nel perimetro della giurisdizione anche tutte le norme internazionali che, pur non essendo ricomprese entro l'ambito normativo della convenzione sulla giurisdizione, siano nondimeno indispensabili per valutarne l'applicabilità. In effetti, benché la clausola compromissoria contenuta nella Convenzione di Montego Bay conferisse giurisdizione al tribunale arbitrale solo con riferimento a questioni relative all'interpretazione e applicazione delle norme contenute nella convenzione stessa, la questione dell'immunità rappresentava un antecedente logico-giuridico non aggirabile al fine di poter giudicare sul caso di specie. E poiché la questione dell'immunità non è regolata dalla Convenzione di Montego Bay il Tribunale arbitrale ha ritenuto di poterla risolvere applicando le regole di diritto internazionale generale sull'immunità funzionale degli organi statali. Il caso dimostra che possa essere considerato diritto applicabile alla controversia non soltanto quello ricompreso nel perimetro normativo dell'accordo sulla giurisdizione ma anche l'insieme delle norme internazionali la cui applicazione sia indispensabile per la soluzione della controversia. Se questo principio assumesse valenza generale, una controversia sottomessa a giurisdizione arbitrale potrebbe essere risolta non soltanto sulla base del regime giuridico ricompreso nell'accordo sulla giurisdizione ma anche di tutte le altre norme internazionali generali che concorrono a disciplinare questioni connesse ed indispensabili per la so-

<sup>33</sup> Decisione resa nel caso *Enrica Lexie*, PCA Case No. 2015-28, par. 811.

luzione del caso e che dunque contribuiscono a completare il quadro normativo necessario per giungere alla decisione definitiva.

#### *4.2. Il ricorso a norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione in chiave interpretativa*

La valorizzazione delle norme internazionali esterne all'accordo sulla giurisdizione può avvenire anche in funzione meramente interpretativa. In casi del genere i tribunali arbitrali hanno fatto ricorso a norme esterne per acclarare il significato di termini ed espressioni contenuti nel regime normativo posto a fondamento della giurisdizione. Le decisioni arbitrali hanno allora precisato che, pur non estendendosi la giurisdizione all'accertamento delle violazioni delle regole esterne, quest'ultime costituiscono un ausilio nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni oggetto dell'accertamento arbitrale.

L'argomentazione a tal fine prospettata dai tribunali arbitrali ha fatto leva, in alcuni casi, sulla possibilità di usare le norme internazionali esterne in funzione di integrazione sistemica, attraverso il metodo previsto dall'art. 31, comma 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, mentre, in altri casi, su un meccanismo di integrazione diretta, che possiamo definire di "integrazione implicita" di norme esterne entro il perimetro normativo di quelle oggetto del giudizio arbitrale.

Il metodo dell'integrazione sistemica consiste nella possibilità di effettuare ricorso a una norma internazionale esterna al regime normativo sul quale è fondata la giurisdizione arbitrale come "norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti", secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che codifica il diritto internazionale generale in materia<sup>34</sup>. Secondo il metodo interpretativo denominato dell'integrazione sistemica, qualsiasi norma internazionale, se ritenuta pertinente e applicabile tra le parti, deve essere presa in considerazione nell'interpretazione di un trattato internazionale. Come è noto, l'applicazione di questa disposizione ha non di rado condotto anche ad interpretazioni in chiave evolutiva di disposizioni di accordi internazionali ed è stata inoltre considerata uno dei meccanismi per risolvere le questioni legate al fenomeno della "frammentazione" del diritto internazionale<sup>35</sup>, e, più in

<sup>34</sup> Cfr., tra i molti scritti sul tema: C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 279.

<sup>35</sup> Rapporto della Commissione del diritto internazionale *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International*

generale, per assicurare coerenza e unità tra regimi normativi diversi anche nel campo della tutela degli investimenti<sup>36</sup>.

Nella prassi degli arbitrati interstatali il metodo dell'interpretazione sistemica ha in alcuni casi consentito di interpretare gli accordi sulla giurisdizione alla luce delle regole di diritto internazionale generale o di altri accordi internazionali, ampliando l'ambito normativo oggetto della giurisdizione. Per illustrare questa prassi può essere utile richiamare il lodo arbitrale reso nel caso dell'*OSPAR arbitration* nel quale il tribunale arbitrale ha interpretato l'art. 9 della Convenzione OSPAR, che consentiva il diritto di accesso alle informazioni, alla luce di regole internazionali consuetudinarie e pattizie esterne all'accordo al fine di accertare l'eventuale responsabilità del Regno Unito per aver opposto ragioni di riservatezza commerciale alla richiesta di accesso avanzata dall'Irlanda riguardo ad un progetto industriale suscettibile di recare danno all'ambiente<sup>37</sup>. Riguardo al metodo interpretativo da seguire per accertare se la riservatezza commerciale potesse essere opposta ad una richiesta di informazioni il Tribunale arbitrale ha affermato: «the Tribunal may apply, where appropriate, other existing international agreements in so far as they are admissible for purposes of interpretation under article 31 of the Vienna Convention». A tal proposito il tribunale ha affermato che mentre le regole generali o di altri accordi internazionali dovrebbero senz'altro venire in rilievo, elementi della prassi più recente che siano ancora in via di consolidamento non potrebbero essere presi in considerazione.

Più di recente, nel lodo reso nel 2013 nel caso *Kishenganga (Pakistan c. India)*, un Tribunale arbitrale ha valorizzato il metodo dell'integrazione sistemica in chiave evolutiva<sup>38</sup>. Il caso traeva origine dal ricorso presentato dal Pakistan per la pretesa violazione del trattato sul fiume Indu, concluso nel 1960 tra India, Pakistan e la Banca Mondiale, per sta-

Law, A/CN.4/L.702, 2006, <[https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_1702.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1702.pdf)>. Per approfondimenti si rinvia a J. PAUWELYN, *Fragmentation of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <<https://opil.oup.com/home/mpil>>, M. FITZMAURICE, *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties: Part I*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2008, 101.

<sup>36</sup> Tra i molti approfondimenti sul tema, si possono, ad esempio, menzionare B. SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, 573; S. DI BENEDETTO, *Valori non commerciali e sovranità dello Stato nella prassi arbitrale sugli investimenti*, in D. MANTUCCI, *Trattato di diritto dell'arbitrato*, Vol. XIII, 891.

<sup>37</sup> Decisione arbitrale resa nel caso *Ireland v. United Kingdom (OSPAR Arbitration)* N. 2001-03, decisione del 2 luglio 2003.

<sup>38</sup> Decisione resa nel caso *Kishenganga (Pakistan v. India)*, N. 2011-01, decisione del 20 dicembre 2013.

bilire i diritti delle parti sui corsi d'acqua appartenenti al bacino dell'Indo. Oggetto del giudizio era la conformità al trattato di un progetto di costruzione di una centrale idroelettrica da parte dell'India sulla costa occidentale dell'Indo. Nella sua decisione del 13 febbraio 2013, il Tribunale arbitrale ha parzialmente accolto le ragioni dell'India ma ha ritenuto che essa avrebbe dovuto adottare misure specifiche per assicurare il rispetto di alcune esigenze legate all'agricoltura e alla protezione dell'ambiente, secondo quanto richiesto da un'interpretazione del trattato sul bacino dell'Indo resa alla luce delle regole di diritto internazionale generale contemporanee in materia di tutela del diritto all'ambiente. Infatti, secondo il Tribunale arbitrale: «India's duty to ensure that a minimum flow reaches Pakistan also stems from the Treaty's interpretation in light of customary international law». Veniva in particolare rilievo la regola di natura consuetudinaria che vieta ad uno Stato di sfruttare il proprio territorio in modo nocivo per il territorio, i beni o le persone di un altro Stato. Al riguardo il Tribunale ha infatti affermato: «There is no doubt that States are required under contemporary customary international law to take environmental protection into consideration when planning and developing projects that may cause injury to a bordering State». A questo punto, il Tribunale ha fatto ricorso all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna al fine di supportare l'esigenza di un'interpretazione del trattato in armonia con il diritto internazionale generale sull'ambiente e in particolare con il principio dello sviluppo sostenibile, facendo anche ampi richiami alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia<sup>39</sup>. Il tribunale ha tra l'altro sottolineato la possibilità di utilizzare il meccanismo dell'interpretazione sistemica per leggere le disposizioni di un accordo internazionale alla luce delle norme consuetudinarie contemporanee e dunque in chiave di interpretazione evolutiva<sup>40</sup>. La stessa linea interpretativa è stata seguita anche nel *final award* reso a dicembre 2013 nel quale il Tribunale ha stabilito l'esatto quantitativo d'acqua che l'India era tenuta a far defluire verso il

<sup>39</sup> *Ibid.*, parr. 450-452.

<sup>40</sup> In proposito, il tribunale arbitrale ha affermato: «It is established that principles of international environmental law must be taken into account even when (unlike the present case) interpreting treaties concluded before the development of that body of law. The Iron Rhine Tribunal applied concepts of customary international environmental law to treaties dating back to the mid-nineteenth century, when principles of environmental protection were rarely if ever considered in international agreements and did not form any part of customary international law. Similarly, the International Court of Justice in *Gabčíkovo-Nagymaros* ruled that, whenever necessary for the application of a treaty, "new norms have to be taken into consideration, and ... new standards given proper weight». (*Ibid.*, par. 452).



Pakistan, richiamando nuovamente principi di diritto internazionale sulla protezione dell'ambiente. L'esame del caso mette in evidenza come il ricorso alle regole generali sulla protezione dell'ambiente in via interpretativa abbia condizionato la soluzione della controversia, portando a riconoscere a carico dello Stato convenuto obblighi specifici, pur sempre restando entro i limiti della giurisdizione<sup>41</sup>.

Un diverso orientamento, che si è sviluppato nell'ambito della giurisdizione arbitrale fondata sull'art. 288 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, ha condotto i tribunali arbitrali a considerare che regole e principi di diritto internazionale esterni all'accordo possano essere riconosciuti come parte integrante dell'accordo stesso attraverso un particolare metodo interpretativo. In questa linea di casi, l'interpretazione dei tribunali arbitrali muove necessariamente dalla considerazione del combinato disposto dell'art. 288 della Convenzione di Montego Bay, che limita la giurisdizione alle controversie relative all'interpretazione e applicazione della Convenzione stessa, e dell'art. 293, che prevede che il tribunale arbitrale applicherà per la soluzione delle controversie la Convenzione stessa e le altre regole internazionali che non siano incompatibili con essa. Nel caso *Duzgit Integrity* il tribunale arbitrale ha così argomentato riguardo al coordinamento tra le due disposizioni: «Article 288(1) limits the jurisdiction of this Tribunal to disputes concerning the interpretation or application of the provisions of the Convention. Article 293(1) provides that the Tribunal shall apply the Convention and other rules of international law not incompatible with the Convention. The combined effect of these two provisions is that the Tribunal does not have jurisdiction to determine breaches of obligations not having their source in the Convention (including human rights obligations)

<sup>41</sup> L'uso del metodo interpretativo dell'integrazione sistemica ex art. 31, par. 3, lett. c), per valorizzare gli standard internazionali di protezione dei diritti umani non è estraneo all'arbitrato diretto sulla protezione degli investimenti. Nel caso *Micula v. Romania* per esempio il Tribunale, dopo aver notato l'assenza di una scelta di legge e l'applicabilità dell'art. 42 in via residuale, ha fatto ricorso all'art. 15 della Dichiarazione universale sui diritti umani nell'interpretazione della nozione di nazionalità applicata all'investitore (*Micula v. Romania*, Decisione sulla giurisdizione, ICSID Case ARB/06/3 (2008), par. 88; *Lauder v Czech republic*, UNCITRAL (2001) par. 200). In alcuni casi i Tribunali arbitrali hanno tratto ispirazione dalla prassi degli organismi di controllo dei trattati sui diritti umani anche se lo Stato territoriale non era parte del trattato sui diritti umani (*Perenco v. Ecuador*, decisione sulle misure provvisorie, ICSID Case ARB/08/6 (2009), par. 70). Diversamente, in altri casi, i Tribunali hanno rigettato argomenti basati sulla violazione dei diritti umani avanzati dai ricorrenti (*Bilourne v. Ghana*, UNCITRAL (1989) 95 ILR 184; *Romp petrol Group v. Romania*, ICSID Case ARB/06/3 (2013), par. 54). Per una trattazione specifica del tema della rilevanza dei diritti umani nell'arbitrato diretto sugli investimenti v. U. KRIEBAUM, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, 2020, 150.



as such, but that the Tribunal may have regard to the extent necessary to rules of customary international law (including human rights standards) not incompatible with the Convention, in order to assist in the interpretation and application of the Convention's provisions that authorise the arrest or detention of a vessel and persons»<sup>42</sup>. Ne è derivato in sostanza un metodo interpretativo originale fondato sull'«integrazione implicita» tra regole internazionali. A questo riguardo il Tribunale, ancora nel caso *Duzgit Integrity*, ha affermato che «some provisions of the Convention directly incorporate other rules of international law»<sup>43</sup>. Secondo questa linea interpretativa, benché il rispetto della giurisdizione implichi che i tribunali arbitrali non possano accertare la violazione di norme esterne alla Convenzione di Montego Bay ciò non esclude che essi possano valorizzarle nell'interpretazione in chiave interpretativa e integrativa.

In questo come in altri casi simili, le decisioni arbitrali hanno, ad esempio, valorizzato il principio generale della ragionevolezza nell'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay relative ai poteri coercitivi dello stato costiero. Secondo i Tribunali arbitrali, il principio della ragionevolezza, dal quale discendono i principi di necessità e proporzionalità, è parte integrante delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay che disciplinano il potere dello Stato costiero di applicare misure coercitive contro imbarcazioni straniere. Pertanto, sebbene i Tribunali arbitrali non abbiano giurisdizione riguardo all'accertamento della violazione diretta del principio della ragionevolezza, essi possono avvalersi del principio della ragionevolezza nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay, al fine di escludere che esse possano giustificare interventi non necessari e reazioni eccessive rispetto alle finalità consentite<sup>44</sup>.

Nel caso *Arctic Sunrise*, in particolare, il Tribunale arbitrale ha ritenuto di far ricorso anche alle regole generali sui diritti umani per valutare la conformità delle misure coercitive di ispezione dell'imbarcazione e di perquisizione delle persone a bordo. Il Tribunale ha precisato di non avere la giurisdizione per accertare eventuali violazioni dirette delle norme a

<sup>42</sup> Decisione resa nel caso *Duzgit Integrity, Malta v. Sao Tomé and Príncipe*, decisione del 5 settembre 2016, 2014-07, par. 207.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Si veda la decisione resa nel caso *Duzgit Integrity*, cit., par. 207 e la decisione resa nel caso *Arctic Sunrise, Netherlands v. Russia*, N.2014-02, decisione del 14 agosto 2015, par. 190.

tutela dei diritti umani ma ha nondimeno ritenuto di poterle richiamare in via interpretativa-integrativa<sup>45</sup>.

Il metodo interpretativo dell'“integrazione implicita” consente un approfondimento e un ampliamento non soltanto dell'argomentazione giuridica a sostegno della decisione arbitrale, ma anche sostanzialmente della portata precettiva delle norme internazionali, nella misura in cui consente di ricavare obblighi aggiuntivi che condizionano l'accertamento dell'illecito. Seguendo un percorso argomentativo che non mette in discussione il necessario rispetto del limite della giurisdizione, le decisioni arbitrali esaminate giungono a giudicare della responsabilità dello Stato in un senso probabilmente non prevedibile sulla base della mera lettura testuale delle norme della convenzione.

### 5. Considerazioni conclusive

Si possono svolgere, a questo punto, alcune considerazioni conclusive riguardo al modo in cui il problema del rapporto tra giurisdizione e diritto applicabile è affrontato nella prassi arbitrale recente e alle relative implicazioni che se ne potrebbero trarre nella prospettiva dell'evoluzione della disciplina dell'istituto. Se considerata nel suo complesso la prassi evidenzia che se, per un verso, l'accordo sulla giurisdizione rappresenta un limite invalicabile nel giudizio arbitrale, per altro verso, la nozione di giurisdizione presenta confini flessibili e in una certa misura condizionati dal processo di espansione del corpo delle regole internazionali generali o degli impegni pattizi vincolanti per le parti e dalla progressiva valorizzazione da parte degli arbitri di tecniche e soluzioni ermeneutiche che integrano le norme internazionali in un sistema giuridico unitario e

<sup>45</sup> Il Tribunale, in particolare, ha affermato: «The Tribunal considers that, if necessary, it may have regard to general international law in relation to human rights in order to determine whether law enforcement action such as the boarding, seizure, and detention of the Arctic Sunrise and the arrest and detention of those on board was reasonable and proportionate. This would be to interpret the relevant Convention provisions by reference to relevant context. This is not, however, the same as, nor does it require, a determination of whether there has been a breach of Articles 9 and 12(2) of the ICCPR as such. That treaty has its own enforcement regime and it is not for this Tribunal to act as a substitute for that regime. 198. In determining the claims by the Netherlands in relation to the interpretation and application of the Convention, the Tribunal may, therefore, pursuant to Article 293, have regard to the extent necessary to rules of customary international law, including international human rights standards, not incompatible with the Convention, in order to assist in the interpretation and application of the Convention's provisions that authorise the arrest or detention of a vessel and persons. This Tribunal does not consider that it has jurisdiction to apply directly provisions such as Articles 9 and 12(2) of the IC-CPR or to determine breaches of such provisions» (*Ibid.*, par. 197).

quanto più possibile coerente. Certo, le parti conservano in linea teorica il potere di prevedere norme speciali, derogando alle regole generali, ma ciò probabilmente non basterebbe a isolare l'arbitrato dalla dinamicità dei processi interpretativi e applicativi propri del processo internazionale. Difficilmente infatti una norma internazionale potrebbe essere applicata come se fosse circondata da un vuoto giuridico. Qualsiasi norma trae la giustificazione della propria esistenza dal sistema giuridico al quale appartiene che la qualifica come tale, ne condiziona il significato e ne definisce l'ambito di applicazione. Pertanto la specialità può innescare un effetto di deroga rispetto alla norma generale alla quale si intende sostituire ma non al complesso delle altre norme che compongono l'ossatura dell'ordinamento giuridico.

L'impostazione sempre più flessibile che gli arbitri seguono nelle interpretazioni relative al rapporto tra giurisdizione e diritto applicabile favorisce la possibilità di considerare in una chiave moderna l'istituto dell'arbitrato interstatale, muovendo oltre la concezione tradizionale che lo considera come un mero strumento per la composizione di interessi di parte per valorizzarne la natura di strumento utile anche a promuovere l'effettività, la coerenza e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale contemporaneo nell'interesse non solo delle parti della controversia, ma anche della società internazionale nel suo complesso.

Il progressivo riconoscimento della piena natura giudiziale dell'arbitrato interstatale e della sua incidenza sullo sviluppo del diritto internazionale apre l'orizzonte a prospettive di evoluzione della disciplina dell'istituto che includano la possibilità di introdurre regole procedurali per la considerazione di interessi terzi rispetto a quelli degli Stati parti della controversia e meccanismi che promuovano la conoscibilità dei precedenti e favoriscano lo sviluppo di orientamenti interpretativi coerenti.



# IL DIRITTO APPLICABILE DA PARTE DI CORTI E TRIBUNALI CNUDM E LA RILEVANZA DEL CRITERIO INTERPRETATIVO DELL'INTEGRAZIONE SISTEMICA

Roberto VIRZO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rinvio a norme esterne di diritto internazionale operato da alcune disposizioni della CNUDM e loro conseguente appartenenza al “*legal order for the seas and the oceans*”. – 3. Le clausole di coordinamento con altri trattati internazionali. – 4. L’art. 293 CNUDM e la distinzione tra competenza e diritto applicabile. – 5. L’art. 293 CNUDM e il criterio interpretativo dell’integrazione sistemica. – 6. Conclusioni: la rilevanza del criterio dell’integrazione sistemica e il coordinamento tra ordinamento giuridico internazionale e “*legal order for the seas and the oceans*”.

## *1. Premessa*

Ai fini dell’individuazione del diritto applicabile da parte di corti e tribunali internazionali competenti in base alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM) e agli accordi ad essa collegati, assume una rilevanza tutt’altro che secondaria il criterio interpretativo dell’integrazione sistemica. Tale rilevanza si evince dall’art. 293, par. 1 della Convenzione ed è confermata da plurime pronunce rese dagli stessi organi arbitrali e giurisdizionali CNUDM.

L’art. 293, par. 1 è contenuto nella sezione II della Parte XV della Convenzione – dedicata ai procedimenti ad esito vincolante di regolamento delle controversie – e si occupa precipuamente del diritto applicabile. Ai sensi di tale disposizione, «[a] court or tribunal having jurisdiction under this section shall apply this Convention and other rules of international law not incompatible with this Convention».

Come è molto noto, gli organi arbitrali e giurisdizionali in questione sono il Tribunale internazionale del diritto del mare (TIDM), la Corte internazionale di giustizia (CIG), i tribunali arbitrali da istituire conformemente all’allegato VII CNUDM e i tribunali arbitrali speciali da isti-

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

tuire conformemente all'allegato VIII CNUDM. In relazione ad essi opera la clausola compromissoria contenuta nell'art. 286 della Convenzione. Il successivo art. 287 stabilisce i criteri per individuare il tribunale o la corte cui, stante siffatto concorso, è possibile sottoporre in via unilaterale una data controversia<sup>1</sup>. La clausola compromissoria è attivabile soltanto se una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione non è stata risolta mediante i procedimenti previsti nella sezione I (ossia procedimenti diplomatici e procedimenti ad esito vincolante risultanti da altri accordi e in favore dei quali alcune parti contraenti hanno espresso il consenso a sottoporre anche controversie concernenti la CNUDM). Vieppiù, essa non può essere invocata se per la medesima controversia sussiste una delle limitazioni o una delle eccezioni facoltative al ricorso all'arbitrato e al regolamento giudiziario previste, rispettivamente, negli artt. 297 e 298 CNUDM<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 287, ciascuna parte della CNUDM può, all'atto della firma, della ratifica o dell'adesione o in qualunque altro momento successivo, dichiarare per iscritto che per la soluzione delle controversie relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione stessa accetta la competenza di uno o più tra il TIDM, la CIG, un tribunale arbitrale ex allegato VII, o un tribunale arbitrale speciale ex allegato VIII (par. 1). Se una parte contraente non effettua una tale dichiarazione, si deve presumere che essa abbia scelto l'arbitrato conformemente all'allegato VII (par. 3). Ora, se le parti della controversia hanno optato per il medesimo procedimento, la controversia andrà deferita a siffatto procedimento (par. 4); se le parti hanno accettato procedimenti diversi, la controversia potrà essere deferita in via unilaterale solo ad arbitrato conformemente all'allegato VII (par. 5). I parr. 4 e 5 fanno comunque salva la volontà delle parti di accordarsi sul deferimento della controversia a un differente organo arbitrale o giurisdizionale. Cosicché, se la presunzione di cui al par. 3 consente che si possa comunque esperire, in ordine a una data controversia, un procedimento ad esito vincolante e se i parr. 4 e 5 consentono di individuare l'unico tribunale o l'unica corte cui deferire questa controversia, la subordinazione all'accordo tra le parti dell'operatività degli stessi parr. 4 e 5 garantisce ulteriore flessibilità all'intero meccanismo.

<sup>2</sup> Sulle competenze degli organi arbitrali e giurisdizionali previsti dalla CNUDM e sui limiti e sulle eccezioni a tali competenze, si vedano tra gli altri A. CANNONE, *Il Tribunale internazionale del diritto del mare*, Bari, 1991; T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, 102-170; N. KLEIN, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge, 2005; R. VIRZO, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare. Rapporti tra procedimenti*, Padova, 2008, 61-108; I. V. KARAMAN, *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Leiden, 2012; M. FORTEAU, *Le règlement des différends*, in M. FORTEAU, J-M. THOUVENIN (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, 2017, 989-1019; A. CALIGIURI, *L'arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Napoli, 2018, 17-55; K. KITTI-CHAIAREE, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, 2021; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, (4), Cambridge, 2023, 530-582.

L'art. 293, oltre che nel corso di processi internazionali instaurabili in virtù della predetta clausola compromissoria, opera nell'ambito dei procedimenti esperibili in base ad accordi internazionali prevedenti l'applicazione *mutatis mutandis* della Parte XV della CNUDM; di procedimenti contenziosi suscettibili di essere istituiti sulla base di accordi internazionali collegati con i fini della CNUDM; di procedimenti consultivi dinanzi al TIDM relativi a richieste di pareri su questioni giuridiche presentabili alla stregua di altri accordi internazionali collegati con i fini della CNUDM e, infine, dei numerosi procedimenti in ordine ai quali è competente la Camera dei fondi marini internazionali del TIDM<sup>3</sup>.

La possibilità di applicare norme e regole di diritto internazionale diverse dalla CNUDM non discende solo dall'art. 293. Essa può dipendere pure da rinvii operati da alcune disposizioni della Convenzione nonché da clausole di coordinamento con altri trattati internazionali.

È opportuno accennare subito a queste due modalità di applicazione di norme e regole esterne alla CNUDM prima di analizzare il ricorso al criterio interpretativo dell'integrazione sistemica derivante dall'art. 293. In ognuna delle tre ipotesi, peraltro, come si chiarirà nel prosieguo del lavoro, le fonti esterne integrano la CNUDM e, con quest'ultima, fanno parte del *legal order for the seas and the oceans*. Al contempo, ciascuna disposizione della Convenzione, al pari del resto di ogni altra norma di diritto internazionale, «va collocata nell'insieme del sistema giuridico internazionale e continuamente armonizzata ad esso»<sup>4</sup>.

## 2. Il rinvio a norme esterne di diritto internazionale operato da alcune disposizioni della CNUDM e loro conseguente appartenenza al “*legal order for the seas and the oceans*”

Benché rientranti nella macro-categoria delle *other rules of international law*, non sono ascrivibili alla sub-categoria dell'art. 293, par. 1 le

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 38 dello Statuto del TIDM, la Camera dei fondi marini internazionali è tenuta ad applicare, in aggiunta all'art. 293 della Convenzione: «a) the rules, regulations, and procedures of the [International Seabed] Authority, adopted in accordance with the Convention; and b) the terms of contracts concerning activities in the Area in matters related to those contracts». Anche questa disposizione prevede dunque che un tribunale internazionale non si avvalga unicamente della Convenzione, potendo applicare, mediante il metodo dell'interpretazione evolutiva, atti di vario tipo emanati dall'Autorità internazionale dei fondi marini nonché, ove rilevanti, i contratti relativi alle attività di esplorazione, prospezione e sfruttamento dell'Area.

<sup>4</sup> F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2021, 32.

regole di origine esterna già oggetto di uno specifico rinvio da parte della Convenzione, come, ad esempio, *the Rules of the Air established by the International Civil Aviation Organization* (ICAO), cui devono conformarsi, ai sensi dell'art. 39, par. 3 lett. a), gli aeromobili in transito negli stretti usati per la navigazione internazionale.

La disposizione in questione non ha cristallizzato le specifiche *Rules of the Air* vigenti al momento dell'adozione della CNUDM, ma prevede che si attuino quelle in vigore al momento di ogni sua concreta applicazione. Il rinvio operato dall'art. 39, par. 3 si configura quindi come "di produzione", implicando che nella Convenzione si abbia in modo continuo "l'inserzione di contenuti nuovi"<sup>5</sup> e, più in particolare, le regole di volta in volta aggiornate o modificate dall'ICAO. Sicché, queste ultime, all'uopo, non sono attuate come fonti esterne alla CNUDM bensì in forza dell'applicazione dell'art. 39, par. 3, il quale provvede a incorporarle in modo automatico, registrando ogni eventuale modifica decisa dall'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale.

Siffatta applicazione di regole emanate in base ad un trattato diverso dalla CNUDM ma in essa assorbite mediante rinvio di produzione, ne determina, a mio avviso, la contestuale appartenenza al *legal order for the seas and the oceans*.

Com'è noto, all'"ordinamento giuridico per i mari e per gli oceani" fa riferimento il quarto *considerando* del Preambolo della CNUDM, che esprime l'auspicio delle Parti contraenti di stabilirlo<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Così, riferendosi al rinvio di produzione, A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966, 508.

<sup>6</sup> Ai sensi di tale *considerando*: «The States Parties to the Convention (...) Recognizing the desirability of establishing, through this Convention, with due regard for the sovereignty of all States, a legal order for the seas and for the oceans which will facilitate international communications, and will promote the peaceful uses of the seas and oceans, the equitable and efficient utilizations of the resources, the conservation of their living resources, and the study, protection and preservation of the marine environment, (...)». Per un interessante commento al significato di *Legal order for the seas and the oceans* contenuta nel Preambolo della CNUDM, si veda R. LAGONI, *Preamble*, in A. PROELSS (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, München, London, Baden-Baden, 2017, 9-12.



L'entrata in vigore della CNUDM ne ha comportato l'effettiva instaurazione. Ciò è confermato dal parere consultivo del 2 aprile 2015, ove il TIDM ha chiarito che le leggi e i regolamenti dello Stato costiero in materia di conservazione e gestione delle risorse biologiche della zona economica esclusiva, conformi alla CNUDM, fanno parte del *legal order for the seas and for the oceans*<sup>7</sup>. Si tratta in particolare delle leggi e dei regolamenti statuali, alle quali rinviano gli artt. 58, parr. 4 e 62, par. 3 della CNUDM.

Volendo provare a sintetizzare i tratti principali di questo ordinamento internazionale “particolare”<sup>8</sup>, osservo che il *legal order for the seas and for the oceans* costituisce un complesso unitario di norme e principi fondamentali, che si evolve nel tempo e si apre ai valori della Comunità internazionale, inclusi quelli affermatasi dopo l'entrata in vigore della CNUDM. Si tratta perciò di un ordinamento vivente in cui la CNUDM, *the Constitution for the oceans*<sup>9</sup>, è centrale ancorché integrata – al fine di realizzare progressivamente gli obiettivi indicati nel Preambolo – da varie tipologie di altre fonti<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Secondo il TIDM, «(...) laws and regulations adopted by the coastal State in conformity with the provisions of the Convention [of the United Nations for the Law of the Sea] for the purpose of conserving the living resources and protecting and preserving the marine environment within its exclusive economic zone, constitute part of the legal order for the seas and oceans established by the Convention and therefore must be complied with by other States parties whose ships are engaged in fishing activities within that zone». Cfr., TIDM, *Domanda di parere consultivo sottoposta dalla Commissione sub-regionale di pesca*, parere consultivo del 2 aprile 2015, par. 102.

<sup>8</sup> Si allude evidentemente a S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, (4), Padova, 1939, 78 ss. V. inoltre, ID., *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018 (ristampa della II edizione, apparsa nel 1946). Sulla “perdurante attualità” (p. 384) della dottrina istituzionale e della pluralità degli ordinamenti giuridici, v. F. SALERNO, *L'influenza di Santi Romano sulla dottrina e la prassi italiana di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 357 ss. e P. DE SENA, M. STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, 28.

<sup>9</sup> T. KOH, *A Constitution for the Oceans*, in UN, *The Law of the Sea: Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*, New York, 1983, 33.

<sup>10</sup> Sia consentito rinviare a TIDM, *Domanda di parere consultivo sottoposta dalla Commissione dei piccoli Stati insulari su cambiamento climatico e diritto internazionale*, *Oral statement Roberto Virzo (Italia)*, 25 settembre 2023. Cfr. ITLOS/PV.23/C31/18, 22.

Il *legal order for the seas and the oceans* è dotato di un'articolata architettura istituzionale, ruotante intorno alla Riunione degli Stati parti, convocata dal Segretario generale delle Nazioni Unite. Oltre all'Autorità internazionale dei fondi marini (e ai suoi organi), alla Commissione sui limiti della piattaforma continentale e al TIDM, direttamente istituiti dalla CNUDM, l'assetto istituzionale comprende, tra gli altri, la Corte internazionale di giustizia, tribunali arbitrali, commissioni di conciliazione e le "competenti organizzazioni internazionali", come appunto l'ICAO, alle quali specifiche disposizioni della Convenzione attribuiscono il potere di adottare atti produttivi di effetti giuridici per gli Stati parti.

### *3. Le clausole di coordinamento con altri trattati internazionali*

Una seconda modalità di ricorso a norme di origine esterna diversa da quella prevista dall'art. 293 è stabilita da alcune clausole di coordinamento con altri trattati internazionali contenute nella CNUDM.

Ne costituisce un esempio l'art. 237, ai sensi del quale le disposizioni della Parte XII CNUDM, relativa alla protezione e preservazione dell'ambiente marino

«[1 (...)] are without prejudice of the specific obligations assumed by States under the special conventions and agreements concluded previously which relate to the protection and preservation of the marine environment and to agreements which may be concluded in furtherance of the general principles set forth in this Convention.

2. Specific obligations assumed by States under special conventions, with respect to the protection and preservation of the marine environment, should be carried out in a manner consistent with the general principles and objectives of this Convention».

Rispetto a quella rinvenibile nell'art. 311, par. 2, valevole per l'intera Convenzione, si tratta di una clausola di coordinamento speciale, che limita il suo ambito di applicazione al coordinamento tra la Parte XII della Convenzione e alcune categorie di accordi internazionali. Inoltre, essa non è ascrivibile alle tipologie di clausole di subordinazione e di clausole di non-incompatibilità contemplate dall'art. 30, par. 2 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, dato che, a differenza di queste ultime, non è volta ad affermare la prevalenza di altri accordi sulla CNUDM

L'art. 237, invero, instaura una relazione di reciproca complementarietà<sup>11</sup> tra la Parte XII della CNUDM e altri trattati internazionali contenenti obblighi in materia di protezione e preservazione dell'ambiente marino o conclusi al fine di attuare i principi generali enunciati dalla Convenzione di Montego Bay. Più precisamente, da un lato, le disposizioni della Parte XII non precludono l'applicabilità di accordi rientranti nelle due categorie, dall'altro, il concreto assolvimento di *specific obligations* in materia di prevenzione e protezione marina previsti negli accordi esterni deve avvenire *in a manner consistent with the general principles and objectives* enunciati nella CNUDM.

Pertanto, la clausola prefigura non già un mero rinvio ad altri trattati ma una applicabilità condizionata delle *specific obligations* in essi stabilite. Il carattere di specialità è dato dalla loro funzione saliente, consistente nel colmare eventuali lacune della Parte XII oppure nel prevedere regole attuative di principi generali e di obiettivi soltanto prefissati dalla CNUDM.

L'immissione, mediante raccordo, di ulteriori obblighi nel *legal order for the sea and oceans* – il quale, lo si è detto, è costantemente aperto ai valori che informano la Comunità internazionale, inclusi quelli sempre più pregnanti inerenti alla protezione dell'ambiente – deve essere *armonica e coerente*, risultando “compatibile” con i principi e gli obiettivi della Convenzione. Pertanto, per il tramite dell'art. 237 o di altre clausole di coordinamento CNUDM, gli obblighi derivanti da altri accordi internazionali costituiscono diritto applicabile (direttamente dalle parti o dalla corte e dai tribunali elencati nella Convenzione) soltanto se consentono di pervenire a detto risultato.

In altri termini, l'applicazione degli accordi internazionali oggetto della clausola di coordinamento deve comportare che nel *legal order for the seas and the oceans* sia assicurata la loro integrazione con la CNUDM sulla base di un rapporto di *complementarity and mutual supportiveness*<sup>12</sup>, improntato all'attuazione dei principi e degli obiettivi enunciati nella “Costituzione per gli oceani”.

<sup>11</sup> *Ivi*, 19-21.

<sup>12</sup> In tal senso, TIDM, *Domanda di parere consultivo sottoposta dalla Commissione dei piccoli Stati insulari su cambiamento climatico e diritto internazionale*, *Oral statement Makane Moïse Mbengue (COSIS)*, 11 settembre 2023. Cfr. ITLOS/PV.23/C31/2, 30.

#### 4. L'art. 293 CNUDM e la distinzione tra competenza e diritto applicabile

Venendo ora all'art. 293 CNUDM, il presupposto generale del ricorso al criterio ermeneutico della integrazione sistemica da parte di un organo arbitrale e giurisdizionale è la sussistenza della competenza di quest'ultimo. Si tratta di un ordine logico non invertibile. In relazione a una controversia o a una richiesta di parere consultivo sottoposta sulla base vuoi della CNUDM, vuoi di un suo accordo applicativo o ad essa collegato, l'eventuale regola esterna di diritto internazionale applicabile in forza del criterio dell'integrazione sistemica ai fini della corretta interpretazione di specifiche disposizioni della prima ovvero del secondo non va intesa anche come attributiva di competenza<sup>13</sup>.

Ciò è confermato da molte pronunce di tribunali CNUDM che, distinguendo tra competenza e diritto applicabile, precisano che il presupposto del ricorso a regole di diritto internazionale esterne è la strumentalità di queste ultime riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle specifiche disposizioni CNUDM su cui, in relazione a un dato caso, si fonda la loro competenza.

Partendo dal TIDM, nel caso *Norstar*, esso ha statuito che:

«(...) a distinction must be made between the question of its jurisdiction, on the one hand, and the applicable law, on the other. The Tribunal notes, in this regard, that article 293 of the Convention on applicable law may not be used to extend the jurisdiction of the Tribunal.

The Tribunal further notes that, while the provisions of the Convention which it relied on to establish its jurisdiction in the present case are articles 87 and 300 (...), the Tribunal, in interpreting and applying them to the facts of this case, is not precluded from applying other provisions of the Convention or other rules of international law not incompatible with the Convention, pursuant to article 293 of the Convention»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> In argomento, si vedano, tra gli altri, P. TZENG, *Jurisdiction and Applicable Law under UNCLOS*, in *Yale Law Journal*, 2016, 242-260; L. MAROTTI, *Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals*, in A. DEL VECCHIO, R. VIRZO (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham, 2019, 383-406 e il contributo di D. RUSSO in questo volume.

<sup>14</sup> TIDM, *M/V Norstar (Panama v. Italy)*, sentenza del 10 aprile 2019, parr. 136-137.

Quanto a pronunce di tribunali arbitrali istituiti conformemente all'allegato VII CNUDM<sup>15</sup>, si può ad esempio richiamare la sentenza di merito resa nel caso *Arctic Sunrise*. I Paesi Bassi avevano chiesto al Tribunale di accertare se le misure di abbordaggio, fermo e detenzione della nave *Arctic Sunrise* poste in essere dalle autorità russe comportassero altresì una violazione degli artt. 9 e 12, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) e di altre norme di diritto internazionale generale concernenti la tutela dei diritti umani. I Paesi Bassi ritenevano in particolare che il Tribunale arbitrale avesse competenza a pronunciarsi sulla violazione o meno di tali norme esterne alla CNUDM proprio sulla base dell'art. 293 della Convenzione<sup>16</sup>. Il Tribunale arbitrale, dopo aver premesso che «Article 293 is not (...) a means to obtain a determination that some treaty other than the Convention has been violated»<sup>17</sup>, ha rigettato le argomentazioni addotte dallo Stato attore, puntualizzato che le regole esterne vanno richiamate unicamente per l'interpretazione e l'applicazione delle norme CNUDM rilevanti nel caso di specie<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Una prima pronuncia in tal senso è costituita da una delle ordinanze rese nel caso *MOX Plant*, in cui il tribunale arbitrale ha precisato che «there is a cardinal distinction between the scope of its jurisdiction under article 288, paragraph 1 of the Convention, on the one hand, and the law to be applied by the Tribunal under article 293 of the Convention, on the other hand». Cfr. Tribunale arbitrale istituito conformemente all'allegato VII CNUDM, *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, ordinanza sulle misure cautelari del 14 giugno 2003, par. 19.

<sup>16</sup> Tribunale arbitrale istituito conformemente all'allegato VII CNUDM, *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russian Federation)*, sentenza del 14 agosto 2015, parr. 193-195.

<sup>17</sup> *Ivi*, par. 192.

<sup>18</sup> *Ivi*, par. 198: «In determining the claims by the Netherlands in relation to the interpretation or application of the Convention, the Tribunal may, therefore, pursuant to Article 293, have regard to the extent necessary to rules of customary international law, including international human rights standards, not incompatible with the Convention, in order to assist in the interpretation and application of the Convention's provisions that authorise the arrest or detention of a vessel and persons. This Tribunal does not consider that it has jurisdiction to apply directly provisions such as Article 9 and 12(2) of the IC-CPR or to determine breaches of such provisions».

Nel caso *Duzguit Integrity (Malta v. São Tomé e Príncipe)*, sentenza arbitrale del 5 settembre 2016, par. 203, un altro Tribunale arbitrale istituito conformemente all'Allegato VII CNUDM ha consolidato tale linea giurisprudenziale e ha apportato ulteriori utili chiarimenti: «Article 288(1) limits the jurisdiction of this Tribunal to disputes concerning the interpretation or application of the provisions of the Convention. Article 293(1) provides that the Tribunal shall apply the Convention and other rules of international law not incompatible with the Convention. The combined effect of these two provisions is that the Tribunal does not have jurisdiction to determine breaches of obligations not having their source in the Convention (including human rights obligations) as such, but that the Tribunal 'may have regard to the extent necessary to rules of customary

### 5. L'art. 293 CNUDM e il criterio interpretativo dell'integrazione sistemica

Ciò premesso, i tribunali CNUDM, onde risolvere le controversie pendenti dinanzi a essi o, limitatamente al TIDM, rendere i pareri consultivi richiesti, applicano di frequente anche le *other rules of international law not incompatible with the Convention*, menzionate nell'art. 293, par. 1.

Alla luce di quanto chiarito nel par. precedente, l'applicazione delle norme esterne è strumentale alla interpretazione della CNUDM, essendo invero finalizzata, come ha puntualizzato il Tribunale arbitrale istituito nel caso *Duzguıt Integrity*, a «giv[ing] full effect to the provisions of the Convention»<sup>19</sup>.

All'applicazione delle norme esterne diverse da quelle oggetto di rinvii<sup>20</sup> o richiamate mediante clausole di coordinamento<sup>21</sup> si perviene mediante il criterio ermeneutico consuetudinario<sup>22</sup> dell'integrazione sistemica, codificato nell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>23</sup>. Tale criterio, a sua volta, ha valenza ausiliare rispetto alla regola generale di interpretazione prevista dal diritto internazionale consuetudinario<sup>24</sup> e dal par. 1 del medesimo art. 31 della

international law (including human rights standards) not incompatible with the Convention, in order to assist in the interpretation and application of the Convention's provisions that authorise the arrest or detention of a vessel and persons'. While Article 293(1) does not extend a tribunal's jurisdiction, it ensures that a tribunal can give full effect to the provisions of the Convention». Malta riteneva in particolare che, arrestando il comandante della nave *Duzguıt Integrity* e più in generale nel processo penale relativo al fermo della nave, *São Tomé e Príncipe* avesse violato anche diverse norme di diritto internazionale in materia di tutela dei diritti umani.

<sup>19</sup> Tribunale arbitrale istituito conformemente all'allegato VII CNUDM, *Duzguıt Integrity*, cit., par. 203. Si veda, inoltre, T. TREVES, *The Expansion of International Law. General Course of International Law*, in *Recueil des Cours*, 398, 2019, p. 231.

<sup>20</sup> Cfr., *supra*, § 2.

<sup>21</sup> Cfr., *supra*, § 3.

<sup>22</sup> Si veda, tra le altre pronunce, CIG, *Certe questioni concernenti l'assistenza giudiziaria in materia penale (Gibuti v. France)*, sentenza del 4 giugno 2008, par. 112.

<sup>23</sup> Su tale criterio si vedano, tra gli altri, C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 279 ss.; D. ROSENTERER, *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*, Baden-Baden, 2015; F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., 214-217.

<sup>24</sup> Si veda, tra le altre pronunce, Camera dei fondi marini internazionali del TIDM, *Responsabilità e obblighi degli Stati patrocinanti persone fisiche e giuridiche nel quadro*

Convenzione di Vienna del 1969, la quale fa riferimento ai criteri interpretativi letterale, contestuale e teleologico<sup>25</sup> senza accordare prevalenza a ciascuno di essi ma indicandone il contestuale utilizzo ai fini dell'interpretazione in buona fede di un trattato.

La valenza strumentale e ausiliare tanto dell'applicazione delle fonti esterne quanto del criterio dell'integrazione sistemica non deve comunque indurre a sminuirne utilità e rilevanza per gli organi arbitrali e giurisdizionali CNUDM.

Si considerino ad esempio le sentenze rese nel caso dell'*Arbitrato del mar Cinese meridionale (Filippine c. Cina)*. Nella sentenza sulla competenza e sull'ammissibilità, il Tribunale arbitrale istituito conformemente all'Allegato VII ha anzitutto statuito che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 293, par. 1 CNUDM e 31, par. 3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, le pertinenti disposizioni della Convenzione sulla Biodiversità (CBD) del 1992, invero vincolante sia le Filippine che la Cina, potevano essere prese in considerazione ai fini dell'interpretazione di alcune disposizioni della Convenzione di Montego Bay riguardanti la protezione e la preservazione dell'ambiente marino<sup>26</sup>. Nella successiva sentenza sul merito, il Tribunale ha quindi richiamato e applicato l'art. 2 CBD per interpretare il termine ecosistema contenuto, ma non definito, nell'art. 194 CNUDM<sup>27</sup>.

Oltre che disposizioni contenute in altri trattati<sup>28</sup>, nelle loro pronunce i tribunali CNUDM hanno spesso applicato norme consuetudinarie

*delle attività condotte nell'Area*, parere consultivo del 1° febbraio 2011, par. 135. Sul ricorso a tale regola da parte dei tribunali CNUDM, si v. R. VIRZO, *The "General Rule of Interpretation in the International Jurisprudence Relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in A. DEL VECCHIO, R. VIRZO (eds.), *op. cit.*, 15 ss.

<sup>25</sup> F. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, 2ª ed., Bari-Roma, 2021, 118.

<sup>26</sup> Tribunale arbitrale istituito conformemente all'allegato VII CNUDM, *Arbitrato del mar Cinese meridionale (Philippines v. China)*, sentenza sulla competenza e ammissibilità del 29 ottobre 2015, par. 176: «The Tribunal is satisfied that Article 293(1) of the Convention read together with Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties enables it in principle to consider the relevant provisions of the CBD for the purpose of interpreting the content and standards of Articles 182 and 194 of the Convention».

<sup>27</sup> Tribunale arbitrale istituito conformemente all'allegato VII CNUDM, *Arbitrato del mar Cinese meridionale (Philippines v. China)*, sentenza del 12 luglio 2016, par. 975: «An 'ecosystem' is not defined in the Convention, but internationally accepted definition includes that in Article 2 of the CBD, which defines ecosystem to mean 'a dynamic complex of plant, animal and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional entity».

<sup>28</sup> *Ivi*, par. 956, dove il Tribunale arbitrale ha tenuto conto anche della Convenzione sul commercio internazionale di specie di flora e fauna selvatica minacciate di estinzione (CITES) del 1973. Il Tribunale ha infatti ricordato che questa Convenzione «is subject of



internazionali non codificate nella Convenzione<sup>29</sup> e principi generali di diritto internazionale<sup>30</sup>.

Nel parere consultivo reso nel 2011, la Camera dei fondi marini internazionali del TIDM ha tenuto altresì conto di regolamenti dell'Autorità internazionale dei fondi marini, di una precedente sentenza della CIG e di atti di *soft law*. Più esattamente, secondo la Camera,

«the precautionary approach has been incorporated into a growing number of international treaties and other instruments, many of which reflect the formulation of Principle 15 of the Rio Declaration. In the view of the Chamber, this has initiated a trend towards making this approach part of customary international law. This trend is clearly reinforced by the inclusion of the precautionary approach in the Regulations and in the “standard clause” contained in Annex 4” section 5 of the Sulphides Regulations. So does the following statement in paragraph 64 of the ICJ Judgment in Pulp Mills on the River Uruguay that “a precautionary approach

nearly universal adherence, including by the Philippines and China, and in the Tribunal’s view forms part of the general corpus of international law that informs the content of Articles 192 and 194(5) of the [United Nations Convention on the Law of the Sea] ».

<sup>29</sup> Si vedano, ad esempio, con riferimento al divieto dell’uso della forza, TIDM, *Nave “SAIGA” (N. 2) (Saint Vincent and Grenadine v. Guinea)*, sentenza del 1 luglio 1999, par. 155; Tribunale arbitrale istituito conformemente all’allegato VII, *Guyana v. Suriname*, sentenza del 17 settembre 2017, par. 406; con riferimento a norme di diritto consuetudinario in materia di responsabilità degli Stati, Camera dei fondi marini internazionali del TIDM, *Responsabilità e obblighi degli Stati patrocinanti persone fisiche e giuridiche nel quadro delle attività condotte nell’Area*, cit., par. 169; TIDM, *Nave “Virginia” (Panama v. Guinea Bissau)*, sentenza del 14 aprile 2014, par. 117; TIDM, *Delimitazione della frontiera marittima nell’Oceano Atlantico (Ghana - Ivory Coast)*, sentenza del 23 settembre 2017, parr. 555-560.

Alla luce di quanto precisato nel par. 4 del presente lavoro, appare invece più controversa l’applicazione delle norme consuetudinarie sulle immunità funzionali degli organi di Stato da parte del Tribunale arbitrale istituito conformemente all’allegato VII, *Incidente dell’Enrica Lexie, (Italy v. India)* sentenza del 21 maggio 2020, par. 843 («Under customary international, immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction is accorded to State officials in respect of their ‘official acts’ or ‘acts performed in an official capacity’») e ss. Sul punto si vedano L. MAROTTI, *A Satisfactory Answer? The Enrica Lexie Award and the Jurisdiction over Incidental Questions*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2021, 191 ss.; R. NIGRO, *The Arbitral Award in the Enrica Lexie Case and its Questionable Recognition of Functional Immunities to the Italian Marines under Customary International Law*, *ivi*, 209 ss.; N. RONZITTI, *Functional Immunity of the Marines on the Enrica Lexie: A Reply to Raffaella Nigro*, *ivi*, 227 ss.

<sup>30</sup> Si veda, tra le altre pronunce, TIDM, *M/V Norstar (Panama v. Italy)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 4 novembre 2016, par. 301, dove il Tribunale ha fatto riferimento ai «well-established principles of international law governing acquiescence, estoppel and extinctive prescription».



may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute” (i.e. the environmental bilateral treaty whose interpretation was the main bone of contention between the parties). This statement may be read in light of article 31 “paragraph 3(c) of the Vienna Convention” according to which the interpretation of a treaty should take into account not only the context but “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”<sup>31</sup>.

Sia la sentenza arbitrale del 2016 che il parere consultivo del 2011 evidenziano che il diritto esterno è applicato, per il tramite del criterio interpretativo dell’integrazione sistemica che informa la seconda parte dell’art. 293, par. 1, oltre che per colmare lacune normative della CNUDM, per armonizzare quest’ultima «con l’insieme delle regole giuridiche internazionali rilevanti nei rapporti tra le parti»<sup>32</sup> contraenti la Convenzione o, quantomeno, tra le sole parti della controversia. Del resto, la CNUDM, come ogni trattato internazionale, «ne déploie pas ses effets dans le vide (in vacuo iuris), dans un désert juridique; au contraire, il existe et fonctionne»<sup>33</sup> nell’ordinamento giuridico internazionale.

In entrambi i casi è stata assicurata l’integrazione della CNUDM nell’ordinamento giuridico internazionale, al quale essa appartiene, con altre fonti di detto ordinamento e segnatamente di quelle ritenute rilevanti sia *ratione personae* – in considerazione rispettivamente, come si è detto, delle parti della controversia relativa al *mar Cinese meridionale* e di tutti gli Stati parti della CNUDM che patrocinino attività di privati nell’Area – sia *ratione materiae* – ai fini della determinazione di alcuni obblighi della Convenzione relativi alla protezione e alla preservazione dell’ambiente marino.

Si aggiunga che l’ordinamento giuridico internazionale è vivente, non statico e che parimenti lo è, salva un’inequivocabile volontà contraria sancita dalle sue parti contrenti nel testo dell’accordo, ogni trattato internazionale<sup>34</sup>.

Come dimostrano il significato da attribuire nel 2016 al termine ecosistema contenuto nell’art. 194 CNUDM o il *trend* che nel 2011 si registrava con riferimento alla formazione di una norma di diritto inter-

<sup>31</sup> Camera dei fondi marini internazionali del TIDM, *Responsabilità e obblighi degli Stati patrocinanti persone fisiche e giuridiche nel quadro delle attività condotte nell’Area*, cit., par. 135.

<sup>32</sup> F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., 214.

<sup>33</sup> G. DISTEFANO, *L’interprétation évolutive de la norme internationale*, in *Revue générale de droit international public*, 2011, 115, 383.

<sup>34</sup> V. per alcuni spunti in tal senso, CIG, *Progetto Gabčikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, par. 112.

nazionale generale riguardante l'approccio precauzionale, l'armonizzazione di un trattato con le altre norme (in senso lato) dell'ordinamento internazionale rilevanti al momento della sua concreta applicazione e nei rapporti tra le specifiche parti interessate, propria dell'integrazione sistemica, finisce per interagire con un altro metodo ermeneutico, ossia con il criterio dell'interpretazione evolutiva<sup>35</sup>. Secondo la CIG,

«there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used – or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance, among other things, developments in international law»<sup>36</sup>.

Vi è dunque una componente diacronica che connota sovente l'integrazione sistemica.

Ai fini del presente studio, ciò comporta che la CNUDM, in quanto trattato vivente nell'ordinamento internazionale, sia altresì coordinabile e armonizzabile con ogni nuova “norma” prodotta dagli “sviluppi del diritto internazionale”<sup>37</sup> ritenuta rilevante – e perciò applicabile – da un organo arbitrale o giurisdizionale nell'ambito di un procedimento contenzioso o consultivo instaurato dinanzi a esso.

Gli sviluppi del diritto internazionale incidenti sull'applicazione da parte di uno di tali tribunali di specifiche disposizioni della CNUDM possono essere determinati anche da un parere consultivo della CIG e da una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite emanata in attuazione di siffatto parere. È quanto emerge dalla sentenza della Camera speciale del TIDM sulle eccezioni preliminari nel caso della *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano*<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> F. SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., 216. Su tale criterio, si vedano, tra gli altri, G. DISTEFANO, *op. cit.*, 373 ss.; L. CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano, 2017; G. G. NUCERA, *The Interpretation of Treaties as Living Instruments*, in G. PASCALE, S. TONOLO (eds.), *The Vienna Convention of the Law of Treaties. The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, 2022, 211 ss.

<sup>36</sup> CIG, *controversia relativa a diritti di navigazione e a diritti connessi (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 13 luglio 2009, par. 64.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> TIDM, *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano (Mauritius v. Maldives)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 28 gennaio 2021. Su tale sentenza, si vedano, tra gli altri, F. S. EICHBERGER, *The Legal Effect of ICJ Advisory Opinion Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case*.

Due delle eccezioni preliminari sollevate dalle Maldive si collegavano allo *status* giuridico dell'arcipelago delle Chagos, la cui posizione geografica è impattante sulla delimitazione marittima tra i due Stati; arcipelago che il Regno Unito, nella sua qualità di potenza coloniale, ha separato da Mauritius nel 1965, continuandovi a esercitare il dominio. Ora, secondo il Governo di Malé, da un lato<sup>39</sup>, le rivendicazioni di esercizio di sovranità sulle Chagos avanzate dal Regno Unito, che ancora le amministra (illegittimamente) e che risultava assente nel procedimento, implicavano la qualificazione di parte indispensabile di quest'ultimo Stato e la conseguente insussistenza della giurisdizione della Camera sulla base del cosiddetto principio dell'«oro monetario»<sup>40</sup>. Dall'altro<sup>41</sup>, poiché l'art. 288, par. 1 CNUDM limita la competenza degli organi arbitrali e giurisdizionali alle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione, il TIDM non poteva pronunciarsi su questioni di sovranità.

Senonché, la CIG, nel parere consultivo del 20 febbraio 2019 sulle *conseguenze giuridiche della separazione dell'arcipelago delle Chagos da Mauritius nel 1965* – richiesto dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite – aveva espresso l'opinione che, stante la summenzionata separazione dell'arcipelago delle Chagos, il processo di decolonizzazione di Mauritius non era stato ancora completato e che di conseguenza, il Regno Unito era tenuto a porre termine nel più breve possibile all'am-

*Judgment on Preliminary Objections*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2021, 383 ss.; M. LEMEY, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives), exceptions préliminaires*, in *Annuaire français de droit international*; M. I. PAPA, *Un nuovo capitolo della saga riguardante le Isole Chagos: la sentenza sulle eccezioni preliminari del Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso della frontiera marittima tra Mauritius e Maldives*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, Fascicolo 2, 497 ss.

<sup>39</sup> TIDM, *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano*, cit., par. 81-89.

<sup>40</sup> Come ha ricordato lo stesso TIDM, *M/V Norstar (Panama v. Italy)*, sentenza sulle eccezioni preliminari, cit., par. 172 «the notion of indispensable party is a well-established procedural rule in international judicial proceedings developed mainly through the decisions of the ICJ. Pursuant to this notion, where 'the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State' or where the legal interests of a third State would form 'the very subject-matter' of the dispute, a court or tribunal cannot, without the consent of that third State, exercise jurisdiction over the dispute (Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1954, 19,32-33)».

<sup>41</sup> TIDM, *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano*, cit., par., 103-105.

ministrazione delle Chagos<sup>42</sup>. Inoltre, l'Assemblea generale, con risoluzione 73/295 del 22 maggio 2019, basandosi su tale parere consultivo, aveva deliberato di esigere, entro sei mesi, la cessazione incondizionata dell'amministrazione coloniale delle Chagos e il ritiro del Regno Unito dall'arcipelago, onde consentire la definitiva decolonizzazione di Mauritius<sup>43</sup>.

Nel rigettare entrambe le summenzionate eccezioni di incompetenza sollevate dalle Maldive, la Camera speciale del TIDM ha "valorizzato"<sup>44</sup> i punti rilevanti del parere consultivo della CIG e della risoluzione dell'Assemblea generale.

In particolare, con riferimento alla prima eccezione, i giudici di Amburgo non hanno qualificato il Regno Unito come parte indispensabile del procedimento a causa della violazione continuata da parte di tale Stato dell'obbligo di completare il processo di decolonizzazione di Mauritius, dichiarata appunto dalla CIG nel parere del 20 febbraio 2019 e ribadita dall'Assemblea generale nella risoluzione 72/295<sup>45</sup>.

Quanto alla seconda eccezione, la Camera ha escluso che la controversia pendente dinanzi ad esso abbia avuto ad oggetto questioni di sovranità, vertendo piuttosto sull'interpretazione e sull'applicazione degli artt. 74 e 83 CNUDM, relativi alla delimitazione della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva. Secondo la Camera, infatti, alla luce del parere consultivo della CIG del 2019 e della risoluzione dell'Assemblea generale 72/295, Mauritius, «even before the process of decolonization (...) is completed»<sup>46</sup>, costituisce «the State with an opposite or adjacent coast to the Maldives in respect of the Chagos Archipel-

<sup>42</sup> CIG, *conseguenze giuridiche della separazione dell'arcipelago delle Chagos da Mauritius nel 1965*, parere consultivo del 25 febbraio 2019, par. 183 (3) e (4). Su tale parere, si veda, tra gli altri, Z. CRESPI REGHIZZI, *Giurisdizione consultiva e principio consensuale: il parere della Corte internazionale di giustizia sulle Isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, Fascicolo 3, 807 ss.;

<sup>43</sup> Assemblea generale, risoluzione 73/295 del 22 maggio 2019, par. 3.

<sup>44</sup> M. I. PAPA, *op. cit.*, 497.

<sup>45</sup> TIDM, *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano*, cit., par. 246. Peraltro, «[i]n the Special Chamber's view, it is inconceivable that the United Kingdom, whose administration over the Chagos constitutes a wrongful act of a continuing character and thus must be brought to an end as rapidly as possible, and yet who has failed to do so, can have any legal interests in permanently disposing of maritime zones around the Chagos archipelago by delimitation» (par. 247).

<sup>46</sup> *Ivi*, par. 250. La Camera del TIDM ha inoltre puntualizzato che avendo la CIG «determined that the Chagos Archipelago is a part of the territory of Mauritius (...), the continued claim of the United Kingdom to sovereignty over the Chagos Archipelago cannot be considered anything more than 'a mere assertion'» (par. 243).

ago within the meaning of article 74, paragraph 1, and article 83, paragraph 1, of the Convention»<sup>47</sup>.

Guardandosi bene dal conferire natura vincolante al parere vincolante della CIG ma evidenziando al contempo l'autorità delle determinazioni giuridiche in esso contenute<sup>48</sup>, la Camera ha giustificato il richiamo e, in ultima istanza, l'applicazione di tale parere nell'ambito del procedimento incidentale sulle eccezioni preliminari proprio mediante un implicito riferimento al cappello dell'art. 31, par. 3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; riferimento individuabile, in particolare, nell'utilizzo della locuzione verbale «tener conto» («takes into consideration», nella versione in inglese della sentenza; «tient compte» in quella francese)<sup>49</sup>.

Un analogo implicito riferimento al criterio interpretativo ausiliare dell'integrazione sistemica si rinviene nell'aggettivo “rilevante”, utilizzato dalla Camera per giustificare l'applicabilità della risoluzione 72/295 al fine di «assessing the legal status of the Chagos Archipelago»<sup>50</sup>; aggettivo, invero, contenuto nella lettera c) dell'art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul 1969. Al riguardo, pur ricordando che le risoluzioni dell'Assemblea generale hanno in genere natura raccomandatoria<sup>51</sup>, la Camera ha precisato che la “rilevanza” nel procedimento pendente dinanzi ad esso della 72/295 dipende da due fattori. Il primo è che in materia di decolonizzazione l'Assemblea generale svolge *a crucial role*<sup>52</sup>. Il secondo è che, con riferimento a Mauritius, la CIG nel parere consultivo del 20 febbraio 2019 ha conferito all'Assemblea generale lo *specific task* di indicare le modalità e i passi necessari per assicurare il completamento della decolonizzazione dello Stato insulare africano. Funzione che l'Assemblea ha appunto assolto con l'adozione della risoluzione in questione<sup>53</sup>.

#### 6. Conclusioni: la rilevanza del criterio dell'integrazione sistemica e il coordinamento tra ordinamento giuridico internazionale e “legal order for the seas and the oceans”

La sentenza sulle eccezioni preliminari nel caso della *delimitazione della frontiera marittima tra Mauritius e Maldive* costituisce un'ulteriore

<sup>47</sup> *Ivi*, par. 249.

<sup>48</sup> *Ivi*, par. 203.

<sup>49</sup> *Ivi*, par. 206.

<sup>50</sup> *Ivi*, par. 227.

<sup>51</sup> *Ivi*, par. 224.

<sup>52</sup> *Ivi*, par. 226.

<sup>53</sup> *Ivi*, par. 227.

conferma della straordinaria valenza del criterio interpretativo dell'integrazione sistemica<sup>54</sup>, il quale consente agli organi arbitrali e giurisdizionali CNUDM di individuare nell'ordinamento giuridico internazionale il diritto rilevante per la specifica pronuncia da rendere e di applicarlo quindi in aggiunta (alla) e in armonia e coerenza (con la) Convenzione.

Essa si evince già dal citato parere consultivo del 2011, ove la Camera dei fondi marini internazionali del TIDM guarda complessivamente all'ordinamento giuridico internazionale. La Camera, invero, attribuisce *rilevanza* all'approccio di precauzione, che si apprestava a diventare oggetto di una norma di diritto internazionale generale, *tenendo conto* del complessivo *trend* allora in atto nell'ordinamento giuridico internazionale, come risultante dall'interazione di trattati, atti vincolanti di organizzazioni internazionali, sentenze internazionali e dichiarazioni di *soft law*.

Nondimeno, la rilevanza dell'integrazione sistemica emerge con maggiore nitidezza se si considera la sentenza di dieci anni successiva della Camera speciale del TIDM nel prisma del *legal order for the seas and the oceans* – valorizzato nel parere consultivo reso dal Tribunale di Amburgo giusto a metà di tale lasso temporale<sup>55</sup> – e della sua relazione con l'ordinamento giuridico internazionale.

Attraverso queste lenti, si scorge come nella sentenza del 2021 la Camera speciale finisca per far valere nel *legal order for the seas and the oceans* una situazione giuridica creatasi nell'ordinamento giuridico internazionale. Nella sentenza sulle eccezioni preliminari, la Camera non solo puntualizza che

«[t]he determinations made by the ICJ with respect to the issues of the decolonization of Mauritius in the Chagos advisory opinion have legal effects and clear implications for the legal status of the Chagos Archipelago (...). While the process of decolonization has yet to be completed, Mauritius' sovereignty over the Chagos Archipelago can be inferred from the ICJ's determinations»<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> La Commissione di diritto internazionale, nel Progetto di Linee-guida sulla protezione dell'atmosfera del 2021, adottato nella settantaduesima sessione, ha sottolineato siffatta valenza. Ai sensi della linea-guida n. 9, «The rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law, including, inter alia, the rules of international trade and investment law, of the law of the sea and of international human rights law, should, to the extent possible, be identified, interpreted and applied in order to give rise to a single set of compatible obligations, in line with the principles of harmonization and systemic integration, and with a view to avoiding conflicts (...).»

<sup>55</sup> Cfr., *supra*, nota 7.

<sup>56</sup> TIDM, *controversia relativa alla delimitazione marittima tra Mauritius e Maldive nell'Oceano Indiano*, cit., par. 246.

Ma aggiunge che essa

«recognizes those determinations and take them into consideration»<sup>57</sup>.

In altri termini, il *legal status* nell'ordinamento giuridico internazionale delle Chagos come determinato sia dalla CIG che, in attuazione del parere consultivo del 2019, dall'Assemblea generale, è pienamente riconosciuto e garantito dalla Camera. In tal modo, benché in relazione a una controversia sull'interpretazione e applicazione della CNUDM, quest'ultima non è considerata isolatamente, ma è integrata sistemicamente nell'ordinamento giuridico internazionale al quale anzitutto appartiene. Al contempo, il parere consultivo della CIG e la risoluzione dell'Assemblea generale assurgono a diritto applicabile nel particolare *legal order for the seas and the oceans*, ove integrano la CNUDM, ossia la stessa Convenzione che ha provveduto a instaurarlo<sup>58</sup>.

In definitiva, il criterio ermeneutico dell'integrazione sistemica è altresì strumentale al coordinamento tra i due ordinamenti. Coordinamento che, specie in casi come quello della *delimitazione della frontiera marittima tra Mauritius e Maldive* – in cui, come si è detto, ha assunto una certa rilevanza la questione del completamento del processo di decolonizzazione di Mauritius – dovrebbe essere ricercato e realizzato. Si ricordi invero che nello stesso Preambolo della CNUDM, la porosità della Convenzione nei riguardi dei valori fondanti dell'ordinamento giuridico internazionale è dichiarata con convinzione<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> *Ivi*, par. 206.

<sup>58</sup> Cfr., *supra*, nota 6.

<sup>59</sup> Ai sensi del settimo *considerando* del Preambolo, gli Stati parte della Convenzione si dichiarano convinti che «the codification and the progressive development of the law of the sea achieved in this Convention will contribute to the strengthening of peace, security, co-operation and friendly relations among all nations in conformity with the principles of justice and equal rights and will promote the economic and social advancement of all peoples of the world, in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations, as set forth in the Charter».





# IL CONTRIBUTO STORICO DELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE ALLA TEORIA DELLA SOGGETTIVITÀ: LA QUESTIONE DEL RAPPORTO TRA ORDINAMENTO DELLO STATO E ORDINAMENTO INSURREZIONALE NEL CASO DEGLI INSORTI SCONFITTI

Marco PERTILE\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La responsabilità degli insorti negli articoli CDI. – 3. Gli insorti sconfitti e la questione delle attività di amministrazione del territorio nella prassi arbitrata. – 4. Valutazione e qualificazione giuridica della prassi: il ruolo della soggettività degli insorti. – 5. Considerazioni conclusive.

## *1. Considerazioni introduttive*

È affermazione di senso comune, riconosciuta dalla manualistica, che l'arbitrato internazionale abbia fornito un contributo determinante allo sviluppo del diritto internazionale della responsabilità<sup>1</sup>. Basti rileggere i magistrali rapporti di Roberto Ago alla Commissione del diritto internazionale per comprendere quanto la prassi esaminata dal relatore speciale e dalla commissione stessa sia legata alla giurisprudenza degli arbitrati interstatali del periodo che si colloca tra la seconda metà dell'Ottocento e la prima del Novecento, principalmente nel contesto delle guerre civili latinoamericane<sup>2</sup>. Meno noto è invece il contributo della prassi che trae origine da tali arbitrati alla teoria della soggettività e alla questione del rapporto tra governo in carica e gruppi insurrezionali nelle guerre civili. Sotto questo profilo le decisioni arbitrali in oggetto

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, 12<sup>a</sup> ed., Napoli, 2021, 419.

<sup>2</sup> V. ad esempio: *Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility*, UN Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3, in *Yearbook of the ILC*, 2, 1971, 220, par. 62; *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility*, UN Doc. A/CN.4/264 and Add.1, in *Yearbook of the ILC*, 93-94, parr. 39-42.

hanno adottato soluzioni originali che non sono state pienamente riprese dalla versione finale degli Articoli CDI<sup>3</sup>. Il riferimento prevalente è alle commissioni miste costituite dopo la crisi venezuelana nel 1903 e dopo la crisi messicana dal 1920 al 1934 anche se non mancano casi rilevanti nella prassi ottocentesca<sup>4</sup>.

Il punto di partenza della nostra analisi è collegato a una considerazione di fatto. Il controllo del territorio da parte degli insorti durante la guerra civile genera inevitabilmente problemi giuridici riguardanti la validità delle transazioni economiche che si sviluppano a partire dal territorio stesso e la stabilità delle relazioni che interessano gli individui in esso residenti. Nei lavori della CDI sulla responsabilità il tema è stato affrontato fuggacemente, trattando in quel contesto le guerre civili come un fenomeno transitorio che si può consolidare in un cambiamento rivoluzionario di governo o nella costituzione di uno Stato indipendente<sup>5</sup>. Esiste però in questi casi anche una questione preliminare relativa alla soggettività che riguarda lo status dei movimenti insurrezionali così come il fondamento giuridico degli atti compiuti durante l'insurrezione. In altre parole, è opportuno chiedersi non solo chi risponda per le condotte degli insorti, ma anche quali effetti possano avere gli atti di amministrazione compiuti nel territorio amministrato da un governo *de facto* nella prospettiva del diritto internazionale. Fino a che punto tali atti devono essere riconosciuti dagli Stati terzi dopo la guerra civile? Da che ordinamento giuridico traggono origine e validità?

Si tratta di questioni che attengono alla soggettività e che sollevano la delicata questione del rapporto tra (almeno due) ordinamenti, quello del governo in carica e quello del governo insurrezionale che può giungere ad amministrare più o meno stabilmente una porzione del territorio dello Stato. Come vedremo, la prassi arbitrale delle commissioni miste ha affrontato queste questioni offrendo alcune soluzioni giuridiche che sono suscettibili di essere applicate anche al contesto attuale.

Recentemente, peraltro, il tema della responsabilità degli insorti e dei governi che ad essi si oppongono è stato oggetto di un rinnovato interesse nel dibattito dottrinale, stimolato dal proliferare di guerre civili

<sup>3</sup> *Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001)*, in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), 55 ss.

<sup>4</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>5</sup> *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago*, cit., 154, par. 186.

cruciente ed economicamente rilevanti nel bacino del Mediterraneo<sup>6</sup>. L'attenzione dei commentatori si è soffermata in particolare su una questione che è stata trascurata, o quantomeno affrontata solo in modo indiretto, negli articoli CDI, la questione della responsabilità dello Stato per le condotte degli insorti sconfitti. La tesi qui sostenuta sulla scorta della prassi arbitrale è che, a fronte del silenzio degli articoli CDI su questo punto, esistano dei casi in cui gli atti adottati dagli insorti sconfitti sono opponibili al governo in carica in seguito alla guerra civile. Riteniamo altresì che una compiuta sistemazione di questa materia sia possibile soltanto tornando a riflettere sul tema della soggettività e indagandone i legami con le conseguenti questioni di responsabilità.

Prima di svolgere gli argomenti che sorreggono la nostra tesi, conviene però in primo luogo partire ancora dalle tradizionali questioni sulla responsabilità degli insorti ripercorrendo brevemente le soluzioni offerte dagli articoli CDI.

## 2. La responsabilità degli insorti negli articoli CDI

La disciplina della responsabilità degli insorti prevista dagli articoli CDI si fonda su una regola di base chiara, sancita dall'art. 10. Si tratta, formalmente, di una norma di attribuzione che prevede che i comportamenti illeciti degli insorti siano attribuiti allo Stato ai fini della responsabilità internazionale solo in caso di vittoria degli stessi insorti. Questi potranno costituirsi in Stato indipendente in una porzione del territorio dello Stato preesistente o divenire essi stessi il nuovo governo dello Stato originario. In entrambi i casi le condotte del movimento insurrezionale vittorioso saranno considerate come condotte dello Stato ai fini dell'attribuzione della responsabilità.

Il commentario all'art. 10 chiarisce inoltre che la regola di base non preclude la previsione di un obbligo di diligenza del governo in carica

<sup>6</sup> D. MORRIS, *Revolutionary Movements and De Facto Governments - Implications of the 'Arab Spring' for International Investors*, in *Arbitration International*, 2012, 721 ss.; C. MOUAWAD, S. VASANI, *Energy Disputes in Times of Civil Unrest: Transitional Governments and Foreign Investment Protections*, in A. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2013)*, Leiden, 2014, 234 ss.; K. GREENMAN, *Aliens in Latin America: Intervention, Arbitration and State Responsibility for Rebels*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, 617 ss.; P. DUMBERRY, *Rebellions and Civil Wars: State Responsibility for the Conduct of Insurgents*, Cambridge, 2022; P. DUMBERRY, *Risky Business: What Happens to Contracts Signed by Foreign Investors with Rebels During a Civil War once the Conflict Ends?*, in *Journal of International Arbitration*, 2022, 549 ss.

rispetto alle condotte del movimento insurrezionale. Qualora il governo non adotti le misure possibili per prevenire o reprimere gli atti illeciti degli insorti, il governo stesso sarà responsabile non tanto dell'originaria violazione degli insorti, quanto della propria violazione dell'obbligo di diligenza<sup>7</sup>.

L'art. 10 si fonda dunque su due principali ipotesi: quella in cui il movimento insurrezionale abbia successo e quella, opposta, in cui invece gli insorti vengano sconfitti. Secondo lo schema degli articoli CDI, nel caso degli insorti vittoriosi il principio della continuità dell'ente giustifica l'attribuzione della responsabilità al governo emergente in seguito alla guerra civile<sup>8</sup>. Nell'ipotesi di successo del movimento insurrezionale esiste in effetti una cospicua prassi arbitrale che afferma la responsabilità delle nuove autorità di governo per le proprie precedenti attività in qualità di movimento insurrezionale.

Proprio perché gli Articoli CDI riguardano la responsabilità da atto illecito, è però meno noto che l'analisi della prassi arbitrale dimostra anche che il principio della continuità nella responsabilità può riguardare non solo gli atti illeciti, ma anche le relazioni di tipo contrattuale<sup>9</sup>. Nel caso della *United Dredging Company*, deciso dalla Commissione mista Stati Uniti-Messico nel 1927, ad esempio, la Commissione affermò la responsabilità contrattuale del nuovo governo del Messico per lavori di ripristino su un'imbarcazione in forza di obblighi assunti durante l'insurrezione armata dalle stesse forze costituzionaliste del Generale Carranza<sup>10</sup>. In senso conforme, nel caso *Central and South American Telegraph Company*, la Commissione mista sostenne che anche i ribelli (poi divenuti governo ufficiale del Cile) potessero esercitare il diritto di sospendere il servizio telegrafico, previsto dal contratto con la compagnia telegrafica, nel territorio da essi temporaneamente controllato<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, UN Doc. A/56/10, in *Yearbook of the ILC*, 2001, II, 52. Cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of Its Twenty-Seventh Session*, 5 May–25 July, 1975, UN Doc. A/10010/Rev.1, in *Yearbook of the ILC*, 1975, 2, 93-94.

<sup>8</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, cit., 50-51; Cfr. *Bolivar Railway Co. Case (UK-Venezuela Claims Commission)*, Opinion of the Umpire (1903), in *UNRIAA*, 9, 445, [452-453].

<sup>9</sup> P. DUMBERRY, *Risky Business*, cit., 552.

<sup>10</sup> *United Dredging Company (US) v. Mexico*, United States-Mexico General Claims Commission, 15 July 1927, in *UNRIAA*, 4, 264. V. P. DUMBERRY, *Risky Business*, cit., 556-557.

<sup>11</sup> J.B. MOORE, *History and Digest of the Arbitrations to which the United States has been a Party*, 3, Washington, 1898, 2933-2944.

Si afferma quindi già nel caso degli insorti vittoriosi una tesi che vedremo emergere anche in relazione agli insorti sconfitti. La prassi arbitrale dimostra che i movimenti insurrezionali possono esercitare alcuni poteri temporanei di amministrazione del territorio e di gestione dell'ordinaria amministrazione che entro certi limiti vincoleranno anche il governo che si costituirà all'esito della guerra civile.

Viceversa, nel caso degli insorti sconfitti, la soluzione generale accolta dagli Articoli CDI è quella dell'irresponsabilità dello Stato, sulla base di una serie di ragioni teoriche riconducibili proprio all'assenza della continuità dell'ente. Il *locus classicus* è il caso *Sambiaggio*, dove il giudice arbitro Ralston sottolineò con forza la radicale alterità del movimento insurrezionale rispetto al governo in carica: non solo il primo è un ente altro rispetto al secondo, ma ha addirittura operato per sconfiggerlo sfuggendo al controllo del governo stesso<sup>12</sup>. Non è quindi ammissibile che lo Stato assuma una responsabilità diretta per gli atti degli insorti sulla base di un presunto rapporto di agenzia che non avrebbe alcuna ragione di esistere<sup>13</sup>. In effetti, a cavallo tra Ottocento e Novecento le commissioni miste ribadirono in decine di casi l'irresponsabilità del governo per gli atti del movimento insurrezionale sconfitto<sup>14</sup>. Un caso ampiamente discusso, che non giunse nemmeno ad una decisione arbitrale, riguardava l'attribuzione di licenze per l'esportazione del guano da parte del governo insurrezionale del Generale Vivanco in Perù<sup>15</sup>. Date le circostanze, il Re del Belgio rifiutò di assumere il ruolo di arbitro unico ritenendo molto debole la posizione degli Stati Uniti che affermava la continuità nella responsabilità contrattuale. In termini generali e di prin-

<sup>12</sup> *Sambiaggio Case (of a general nature)*, Italian-Venezuelan Commission, 1903, in *UNRIAA*, 5, 512-513.

<sup>13</sup> Altra questione, che resta salva come si è detto in precedenza, è la possibilità di ascrivere alle autorità statali un comportamento negligente nella prevenzione o nella repressione dell'insurrezione.

<sup>14</sup> Si vedano i casi citati in J.B. MOORE, *History and Digest of the Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. III, Washington, 1898, 2886-2892 e 2900-2901. V. anche il caso *Salvador Prats v. the United States of America*, United States/Mexico Mixed Commission, 4 Luglio 1868, in *UNRIAA*, 29, 191, dove il Commissario Wadsworth chiarì che l'irresponsabilità del governo non dipende da un eventuale riconoscimento di belligeranza, ma dalla situazione di fatto: «Non responsibility on the part of the United States for injuries by the Confederate enemy within the territories of that government to aliens did not result from the recognition of the belligerency of the rebel enemy by the strangers' sovereign. It resulted from the fact of belligerency itself, and whether recognized or not by other governments».

<sup>15</sup> Caso delle navi *Georgiana* e *Lizzy Thompson*, in J.B. MOORE, *History and Digest of the Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, 1898, 2, 1593-1614.

cipio la tesi dell'irresponsabilità del governo per gli atti degli insorti sconfitti è quindi solida, anche se può generare impatti notevoli sui diritti degli stranieri e degli investitori che rischiano di essere privati di ogni tutela qualora operino sul territorio (o in relazione con il territorio) controllato dagli insorti.

Per queste ragioni nel dibattito dottrinale si è discusso della possibilità di attribuire allo Stato la responsabilità per le condotte degli insorti attraverso il precedente art. 9 degli Articoli CDI che disciplina il caso del cosiddetto rapporto di agenzia di necessità, in presenza cioè di un collasso delle autorità di governo in una porzione o in tutto il territorio dello Stato. Al riguardo è stata sottolineata un'evidente contraddizione nel commentario all'art. 10 che, nell'unico fugace riferimento al caso degli insorti sconfitti, afferma che tale questione potrà essere trattata nell'ambito dell'art. 9. Il commentario all'art. 9, però, non fa alcun riferimento al caso degli insorti sconfitti. Nell'incertezza sollevata da questa incongruenza sono emerse due tesi opposte. Si è sostenuto, da un lato, che non sussisterebbero ostacoli significativi a qualificare l'attribuzione della responsabilità per le condotte degli insorti sconfitti in base al dato testuale offerto dall'art. 9<sup>16</sup> e, dall'altro, che il rapporto di agenzia previsto dall'art. 9 richiederebbe invece una condotta in buona fede e l'esercizio di *governmental authority* incompatibili con la natura stessa dei movimenti insurrezionali<sup>17</sup>. A nostro avviso la questione non può essere risolta attraverso un'interpretazione letterale del testo degli articoli, che non sono, ricordiamolo, uno strumento vincolante, né ha molto senso inseguire l'opinione dei relatori speciali, magari espressa in contributi dottrinali successivi all'adozione degli articoli stessi, per brandirne l'autorità<sup>18</sup>. Come vedremo nel paragrafo seguente, soltanto l'analisi della prassi può aiutarci a comprendere se esistano dei casi in cui anche le condotte degli insorti sconfitti possano essere attribuite allo Stato dopo la guerra civile.

<sup>16</sup> K. FORTIN, *The Relevance of Article 9 of the Articles on State Responsibility for the Internationally Wrongful Acts of Armed Groups*, in J. SUMMERS, A. GOUGH (EDS), *Non-state Actors and International Obligations*, Leiden-Boston, 2018, 375-380; S. VERHOEVEN, *International Responsibility of Armed Opposition Groups*, in N. GAL-OR, C. RYNGAERT, M. NOORTMANN (EDS), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, Leiden-Boston, 2015, 295.

<sup>17</sup> V. BÍLKOVÁ, *Establishing Direct Responsibility of Armed Opposition Groups for Violations of International Humanitarian Law* in N. GAL-OR, C. RYNGAERT, M. NOORTMANN (EDS), *Responsibilities of the Non-State Actor*, cit., 269-270.

<sup>18</sup> Così P. DUMBERRY, *Rebellions and Civil Wars*, cit., 175, che cita J. CRAWFORD, *State Responsibility*, Cambridge, 2013, 168.

### 3. Gli insorti sconfitti e la questione delle attività di amministrazione del territorio nella prassi arbitrale

In relazione al caso degli insorti sconfitti esiste una prassi arbitrale abbastanza cospicua che non esclude, in circostanze determinate, l'opponibilità degli atti del governo locale *de facto* al governo in carica alla fine della guerra civile. Quando il movimento insurrezionale controlla una porzione del territorio dello Stato, nonostante la regola generale continui a essere quella dell'irresponsabilità del governo per gli atti degli insorti, la prassi arbitrale individua una serie di eccezioni che sono riconducibili all'opponibilità delle attività amministrative svolte dai gruppi insurrezionali. Tribunali e commissioni arbitrali sancirono, ad esempio, in diverse occasioni, la non ripetibilità dei pagamenti fiscali effettuati agli insorti, la validità di alcuni contratti conclusi dal governo locale *de facto* e l'incapacità del governo *de jure* di imporre un blocco navale per decreto sui porti controllati dagli insorti con il corrispondente potere degli insorti di chiudere le acque territoriali. Sulla base di queste indicazioni un nutrito numero di autori ritiene che le attività di routine di amministrazione del territorio da parte degli insorti che si costituiscono in governo *de facto* siano opponibili al governo in carica al termine della guerra civile<sup>19</sup>.

Una prima limitata eccezione alla regola dell'irresponsabilità del governo per gli atti del movimento insurrezionale sconfitto emerse già nel 1880 in relazione al divieto di doppia imposizione per i tributi già pagati agli insorti. Nel caso *De Forge* la commissione Francia-Stati Uniti decise che non fosse ripetibile il pagamento di dazi doganali al governo confederato da parte di una società francese per una fornitura di brandy a New Orleans<sup>20</sup>. Secondo la Commissione il pagamento di quei tributi non costituiva una forma di sostegno all'insurrezione. Vigeva infatti una presunzione secondo cui questi pagamenti sarebbero stati effettuati dagli

<sup>19</sup> E. BORCHARD, *International Pecuniary Claims Against Mexico*, in *Yale Law Journal*, 1917, 340-347; H. SILVANIE, *Responsibility of States for Acts of Insurgents Governments*, in *American Journal of International Law*, 1939, 90-103; D.P. O'CONNELL, *International Law*, London, 1970, 969-970; R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law (Peace)*, Boston, 1947, 1, part 1, 9<sup>a</sup> ed., 979-988; C.C. HYDE, *International Law, chiefly as interpreted and applied by the United States*, 2<sup>a</sup> rev. ed., Boston, 1947, 979-988; T-C. CHEN, *The International Law of Recognition. With Special Reference to the Practice in Great Britain and the United States*, New York, 1951, 307-332; D. MORRIS, *Revolutionary Movements*, cit., 729-735; P. DUMBERRY, *Rebellions and Civil Wars*, cit., 168-196.

<sup>20</sup> *Sazerac de Forge et fils*, US-French Claims Commission, 1880, in MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations*, 3, cit., 2781.



interessati in una situazione di soggezione senza alcuna possibilità di scelta rispetto all'autorità del governo insurrezionale.

La questione della non ripetibilità dei pagamenti dei tributi effettuati dagli stranieri a favore del governo locale *de facto* venne poi compiutamente ripresa nel caso *Guastini* (1903) di fronte alla Commissione mista italo venezuelana<sup>21</sup>. La Commissione ritenne che il pagamento delle imposte non potesse essere richiesto una seconda volta dal Governo in carica dopo la guerra civile proprio perché al momento del primo pagamento era il governo *de facto* ad esercitare il controllo del territorio. La ripetizione del pagamento a favore del governo in carica all'esito della guerra civile sarebbe stata ingiustificata in quanto tale governo: «[...] did not insure personal protection, carry on schools, attend to the needs of the poor, conduct courts, maintain streets and roads, look after the public health, etc. The revolutionary officials, whether they efficiently performed these duties or not during the time in question, displaced the legitimate authorities and undertook their performance. The legitimate government therefore was not entitled at a later period to collect anew taxes once paid to insure the benefits of local government which it was unable to confer».

La stessa soluzione venne ribadita successivamente anche dall'opinione dell'arbitro Plumley della Commissione mista istituita tra Gran Bretagna e Venezuela nel caso *Santa Clara Estates* (1903): «It is incontestably true that with the duty to pay public taxes flows the right of protection and the conscientious and careful discharge of all imposed public duties by the Government to which this tribute is made; that with the right to demand and exact revenue for the support of government stands the correlative duty to be competent and willing to discharge its public functions and conserve the welfare of the taxpayer, and that the one can not rightfully or lawfully exist in the absence of the other; but we have found it to be historically true that the Government of Venezuela was neither competent nor present to perform in any part its governmental functions at the place and within the period in question. They had

<sup>21</sup> *Guastini Case (of a general nature)*, Italian-Venezuelan Commission, 1903, in *UNRIAA*, 5, 561-582; V. anche la cosiddetta *Colombian Controversy (US v Colombia)*, in J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, 6, Washington, 1906, 995-998 e il caso *Bluefields (US v Nicaragua)*, in J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, Washington, 1906, 1, 49-51; *Affaire du «Suchet»*, juin 1902, n. 726, in A. KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international*, Tome II, Paris, 1966, 398; *Affaire du Sloop Grace*, in A. DE LA PRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome II, 1923, 558-561; Cfr. C. MOUAWAD, S. VASANI, *Energy Disputes in Times of Civil Unrest*, cit., 234-250.



wholly lost their sovereignty over this district and it was wholly out of their control and independent of the titular government, and the attempt to obtain or the obtaining of a second payment of public dues does not disturb the revolutionary status, while the original payment of taxes to the revolutionary government only makes more emphatic its complete control of the situation during the period in question<sup>22</sup>.»

L'opinione dell'arbitro proseguiva poi affermando che: «the collection of taxes by the Government for the period during which it had lost its sovereignty over the territory in question is indefensible in law, logic, and ethics» e citando un precedente nella giurisprudenza statunitense relativa all'occupazione della città di Castine da parte delle forze britanniche nel 1812<sup>23</sup>. È dunque ben affermata una prima eccezione alla regola dell'irresponsabilità del governo per gli atti del movimento insurrezionale con riguardo al divieto di doppia imposizione delle tasse e dei tributi già raccolti dagli insorti.

Un altro caso di opponibilità dell'attività insurrezionale emerso nella prassi arbitrale riguarda le condizioni per la chiusura dei porti sotto il controllo degli insorti nel corso di una guerra civile. In alcuni casi decisi dalle commissioni miste istituite in occasione della crisi venezuelana è stato affermato il principio, già sostenuto dagli Stati Uniti e dal Regno Unito nella loro prassi diplomatica, secondo cui nel corso di una guerra civile le autorità di governo non possono chiudere “per decreto” i porti controllati dagli insorti, poiché solo il controllo fisico potrebbe impedire il commercio con tali porti<sup>24</sup>. Così secondo l'arbitro Plumley nel caso *Compagnie Générale des Asphaltes de France* (1903): «However important it was to Venezuela in its fight for the integrity of its Government to close these ports, it is historic that it was unable physically to establish an effective blockade of any of the ports in question. To close ports which are in the hands of revolutionists by governmental decree or order is impossible under international law. It may in a proper way and under proper circumstances and conditions in time of peace declare what of its ports shall be open and what of them shall be closed. But when these ports or any of them are in the hands of foreign belligerents or of insurgents, it has no power to close or to open them, for the palpable reason that it is no longer in control of them. It has then the right of block-

<sup>22</sup> *Santa Clara Estates Case (Supplementary Claim)*, British-Venezuelan Commission, 1903, in *UNRIIA*, 9, 455-460.

<sup>23</sup> Supreme Court of The United States, *U. States v. Rice* (1819) in *US Reports*, 17 *U.S. 4 Wheat. 246*. Reperibile su <https://www.loc.gov/item/usrep017246/>.

<sup>24</sup> E.D. DICKINSON, *The Closure of Ports in Control of Insurgents*, in *American Journal of International Law*, 1930, 69 ss.

ade alone, which can only be declared to the extent that it has the naval power to make it effective in fact<sup>25</sup>».

Non è del tutto chiaro a quali condizioni il governo in carica possa vietare le relazioni commerciali con i porti e, in particolare, se sia necessaria l'istituzione di un vero e proprio blocco navale o se sia sufficiente, come affermato nel caso *Oriental Navigation* (1924), deciso dalla Commissione mista tra Stati Uniti e Messico, una mera presenza nelle acque antistanti al porto capace di sfidare il controllo degli insorti<sup>26</sup>. È però degno di rilievo il fatto che non venga attribuita rilevanza alla sovranità formale del governo rispetto al controllo effettivo del territorio da parte degli insorti.

Un più ampio e organico riconoscimento dei poteri dei governi insurrezionali nel territorio da essi controllato si ebbe a partire dai casi relativi al Messico a partire dagli anni Venti del Novecento. Le commissioni miste che coinvolgevano gli Stati Uniti, la Francia, la Gran Bretagna e i Paesi Bassi ampliarono di molto i casi di responsabilità dello Stato per le attività degli insorti includendovi sia relazioni di tipo contrattuale sia questioni di responsabilità extracontrattuale. Con il caso *Hopkins* (1923), deciso dalla Commissione generale tra Messico e Stati Uniti, in particolare, emerse nella prassi arbitrale una più completa classificazione delle attività amministrative compiute dagli insorti nell'ambito di un governo *de facto*<sup>27</sup>. Si trattava dell'emissione di vaglia postali effettuata sotto il governo insurrezionale del Generale Huerta la cui validità non era stata riconosciuta dal governo messicano dopo la guerra civile. La Commissione generale affermava che un'attività di questo tipo non poteva essere messa in discussione da un cambiamento nell'amministrazione del governo anche se avvenuto in forma violenta. Veniva poi ripresa una distinzione, già emersa nella giurisprudenza statunitense, tra attività routinarie di tipo amministrativo, vincolanti anche dopo la guerra civile, e attività "personali" di sostegno agli insorti che, viceversa, non potevano vincolare il governo del Paese. Tra queste ultime rientravano le attività di sostegno all'insurrezione come l'assunzione volontaria di impegni di natura finanziaria e la fornitura di armi agli insorti. È interessante riprendere per esteso il testo dell'opinione della Commissione che richiama la necessità di evitare un completo sconvolgimento

<sup>25</sup> *Compagnie Générale des Asphaltes de France case*, British-Venezuelan Commission, 13 February 1903, in *UNRIAA*, Vol. IX, 389-398, 394.

<sup>26</sup> *The Oriental Navigation Company (USA) v. United Mexican States*, Mexico/USA (General Claims Commission), 3 October 1928, in *UNRIAA*, Vol. IV, 341-358.

<sup>27</sup> *George W. Hopkins (U.S.A.) v. United Mexican States*, Mexico/USA (General Claims Commission), 31 March 1926, in *UNRIAA*, 4, 41-47.

degli apparati amministrativi dello Stato anche in tempo di guerra civile: «The greater part of governmental machinery in every modern country is not affected by changes in the higher administrative officers. The sale of postage stamps, the registration of letters, the acceptance of money orders and telegrams (where post and telegraph are government services), the sale of railroad tickets (where railroads are operated by the Government), the registration of births, deaths, and marriages, even many rulings by the police and the collection of several types of taxes, go on, and must go on, without being affected by new elections, government crises, dissolutions of parliament and even state strokes. A resident in Mexico who cleans the government bureaus or pays his school fee to the administration does not and can not take into consideration the regularity or even legality of the present administration and the present congress; his business is not one with personal rulers, not one with a specific administration, but one with the Government itself in its unpersonal aspect<sup>28</sup>».

La Commissione descriveva poi *a contrario* le attività di natura personale e volontaria che esprimono una forma di sostegno per il gruppo insurrezionale: «The difficulty of distinguishing between the Government itself and the administration of that Government arises at the point where the voluntary dealings and relations between the individual and the government agencies assume a personal character in support of the particular agencies administering the government for the time being. To this class belong voluntary undertakings to provide a revolutionary administration with money or arms or munitions and the like. But the ordinary agencies, departments, and bureaus of the Government must continue to function notwithstanding its principal administrative offices may be in the hands of usurpers, and in such a case the sale and delivery to these necessary and legitimate agencies of supplies, merchandise, and the like, to enable the Government itself in its unpersonal aspect to function is a very different transaction from one having for its object the support of an individual or group of individuals seeking to maintain themselves in office. The character of each transaction must be judged and determined by the facts of the particular case<sup>29</sup>».

Il caso *Hopkins* si caratterizza per il tentativo della commissione arbitrale di fornire una qualificazione astratta degli atti degli insorti potenzialmente applicabile a tutte le loro attività sul territorio. Distinguendo tra attività di natura personale, collegate alla sopravvivenza del movimento e alla condotta delle ostilità, e attività impersonali, riguardanti la

<sup>28</sup> *Ivi*, 43, par. 4.

<sup>29</sup> *Ivi*, 43, par. 5.

sopravvivenza dell'apparato amministrativo dello Stato, la commissione arbitrale individua un criterio distintivo suscettibile di regolare la materia del rapporto tra insorti sconfitti e governo in carica alla fine della guerra civile. Naturalmente, come sottolineato dallo stesso Roberto Ago, la bipartizione tra attività personali e impersonali è molto vaga<sup>30</sup> e ha dato vita a vari tentativi di specificazione da parte della dottrina, declinandola rispetto a considerazioni legate all'*animus* degli insorti (buona fede) o agli effetti dell'atto (a beneficio dello Stato)<sup>31</sup>.

Le commissioni applicarono comunque, in seguito, questo criterio distintivo ad alcuni casi relativi non soltanto ai vaglia postali, ma anche a contratti commerciali di natura ordinaria conclusi per conto del governo insurrezionale e a beneficio dello Stato. Nel caso *Peerless Motor Car Company* del 1923, ad esempio, fu classificato nell'ambito degli atti di natura ordinaria e non personale anche l'acquisto di ambulanze per il Ministero della guerra e della marina<sup>32</sup>. Molto interessante, e in parte anomalo, perché non riguarda la stipulazione di un contratto, ma una requisizione di beni *extra ordinem*, è il caso *British Shareholders of the Mariposa*, deciso dalla commissione mista britannico-messicana nel 1931<sup>33</sup>. Nella situazione di anarchia che aveva fatto seguito al rovesciamento del governo Huerta, un gruppo di insorti aveva requisito del bestiame per distribuirlo alla popolazione affamata della città di Muzquiz. Nonostante la successiva sconfitta degli insorti la commissione ritenne, per ragioni di "equità" e limitatamente alla condotta relativa alla sottrazione del bestiame distribuito alla popolazione, che il governo del Messico fosse tenuto successivamente a fornire un risarcimento alla società britannica danneggiata. Il caso è stato interpretato da una parte della dottrina come espressione di una regola secondo cui lo Stato dovrebbe essere chiamato a rispondere delle espropriazioni effettuate dagli insorti sconfitti quando le stesse risultino in un beneficio per lo Stato stesso<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago*, cit., 130, par. 156.

<sup>31</sup> P. DUMBERRY, *Risky Business*, cit., 568-572.

<sup>32</sup> *The Peerless Motor Car Company (USA) v. United Mexican States, Mexico/USA* (General Claims Commission), 13 May 1927, in *UNRIAA*, 4, 203-205.

<sup>33</sup> *British Shareholders of the Mariposa Company case, British-Mexican Claims Commission*, 1931, in *UNRIAA*, 5, 274.

<sup>34</sup> P. DUMBERRY, *Rebellions and Civil Wars*, cit., 192-193.

#### 4. Valutazione e qualificazione giuridica della prassi: il ruolo della soggettività degli insorti

Esiste dunque una prassi cospicua in cui le commissioni arbitrali riconoscono agli insorti dei poteri di amministrazione opponibili allo Stato territoriale al termine della guerra civile. In termini teorici, si può agevolmente notare dalla lettura dei casi che il fondamento dei poteri amministrativi degli insorti non è condizionato a un eventuale riconoscimento di belligeranza da parte del governo in carica, né al riconoscimento da parte dei terzi. Come si è visto nei casi citati in precedenza, la fonte dei poteri degli insorti deve essere ricondotta proprio al controllo del territorio (*Compagnie Générale des Asphaltes de France*) e alla capacità di fatto degli stessi insorti di sostituirsi al governo in carica esercitando funzioni pubbliche (*Santa Clara Estates, Guastini*). In una parola, la fonte dei poteri degli insorti deve essere ricondotta all'effettività<sup>35</sup>.

Dalla natura originaria della soggettività degli insorti – che si contrappone in via di fatto alla soggettività dello Stato rappresentato *pro tempore* dal governo in carica – discendono dunque alcune conseguenze sulla natura degli atti ascrivibili agli insorti. In particolare, non ha senso sulla base di queste premesse teoriche esprimersi in termini di validità degli atti degli insorti nel diritto internazionale. Tali atti trovano infatti fondamento, in primo luogo, nello stesso ordinamento insurrezionale, un ordinamento originario in *statu nascendi* che può sostituirsi nel tempo all'ordinamento statale, integrarsi con esso o divenire l'ordinamento di uno stato indipendente. Rispetto a questi ordinamenti interni il diritto internazionale esprime tendenzialmente una posizione di neutralità che non

<sup>35</sup> Emblematico, sotto questo profilo, è il ragionamento dell'arbitro Wadsworth, nel caso *Cuculla*, per escludere la natura di governo *de facto* del movimento insurrezionale guidato da Zuloaga nel contesto della Guerra dei tre anni in Messico: «Where, then, is the evidence of a de facto government? The possession of the capital will not be sufficient, nor recognition by the American minister with or without the approval of his government. Recognition is based upon the preexisting fact; does not create the fact. If this does not exist, the recognition is falsified. It may entail unpleasant consequences upon the power which improperly accords it but can not increase or diminish the rights or obligations of the other government struggling to maintain its supremacy. If, therefore, the Zuloaga movement was the government de facto, it was because the facts existing at the time made it so. If it was a government, the government in Mexico, it was because it claimed and possessed the sovereignty over that independent nation we call 'the Republic of the United Mexican States'». *Joseph H. Cuculla v Mexico*, No. 79, in MOORE, *History and Digest* Vol. 3, cit., 2876-2877. V. anche *Stuckle v Mexico*, no. 901, in MOORE, *ivi*, 2935-2938.

esclude però la rilevanza internazionalistica dell'attività amministrativa degli insorti. Per qualificare la relazione tra gli atti dei governi *de facto* sconfitti e i terzi, ivi compreso il governo in carica all'esito della guerra civile, la categoria concettuale più adatta dal punto di vista del diritto internazionale non è quindi la validità, che attiene al diritto interno, ma l'opponibilità<sup>36</sup>.

Partendo da questi presupposti teorici ci si può chiedere come mai un corpo di prassi che dimostra l'esistenza di alcuni casi di opponibilità degli atti degli insorti sconfitti al governo in carica all'esito della guerra civile non sia stato adeguatamente valorizzato nella versione finale degli articoli CDI e non venga nemmeno citato nel commentario all'art. 10. La motivazione è riconducibile a nostro avviso ad almeno due diverse ragioni.

In primo luogo, è necessario tenere a mente che i casi esaminati in precedenza riguardano l'esercizio di poteri sul territorio o la stipulazione di contratti da parte degli insorti, condotte che difficilmente sono riconducibili alla nozione di atto illecito. Si può quindi ritenere che questa prassi non sia stata ritenuta rilevante nell'ambito di progetto di articoli sulla responsabilità per atto illecito.

Una seconda ragione è invece connessa proprio alla questione della soggettività degli insorti che assume una natura preliminare per comprendere le regole di attribuzione della responsabilità. La soggettività degli insorti in effetti aveva trovato ampio rilievo nei lavori della CDI e fu espunta dal progetto di articoli solo nel 1975. Fino al 1972 la regola di attribuzione relativa alla responsabilità degli insorti contemplava un riferimento diretto al fatto che gli insorti stessi avessero una *separate in-*

<sup>36</sup> Si esprime in termini di opponibilità degli atti, J. CHARPENTIER, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit de gens*, Paris, 1956, 40-43. Cfr. T.J. EATWELL, *State Responsibility for the Unlawful Conduct of Armed Groups*, PhD Dissertation, Cambridge, 2019, 145-148, secondo cui la decisione nel caso Hopkins è un esempio di come le corti possono riconoscere come validi anche gli atti di amministrazione routinaria delle autorità illegali. L'Autrice cita a sostegno della propria tesi la giurisprudenza della Corte Suprema americana relativa alla perdurante validità degli atti degli Stati confederati dopo la guerra civile. Una ricostruzione simile, con ampi riferimenti alla giurisprudenza statunitense e britannica relativa alla guerra civile americana, è offerta da CHEN, *The International Law of Recognition*, cit., 307-332. Molto significativo è il caso *Baldy v Hunter* (1897) dove la Corte Suprema affermò che «[...] judicial and legislative acts in the respective States composing the so-called Confederate States should be respected by the courts if they were not hostile in their purpose or mode of enforcement to the authority of the National Government, and did not impair the rights of citizens under the constitution». Un principio simile era stato precedentemente affermato in *Horn v. Lockhart* (1873).

*ternational personality* rispetto allo Stato contro cui combattevano. Tale riferimento scomparve poi nella versione degli articoli del 1975<sup>37</sup> senza trovare posto nemmeno nel commentario e venendo poi definitivamente abbandonato dal relatore speciale Crawford<sup>38</sup>. La questione è determinante dal nostro punto di vista perché proprio con riferimento alla soggettività degli insorti il relatore speciale Roberto Ago aveva brevemente motivato la propria posizione in merito alla scarsa rilevanza della prassi relativa alle attività amministrative degli insorti: «In the first place, while a State might conceivably acknowledge that it is bound by certain obligations deriving from lawful routine acts of administration performed by the organs of an insurrectional government in territory formerly under its administration, it is much harder to conceive that it would do likewise in the case of obligations arising out of wrongful acts by the same organs; it is not surprising that there is not a single case to be cited in practice. Secondly, even if it agreed that in some cases the State would be willing, or would be required, to assume *in proprio* certain obligations incurred by the insurrectional movement, this would be done by virtue of the succession of one subject of international law to the obligations of another subject and not by virtue of the attribution to the former of the actions of the latter<sup>39</sup>».

Secondo il relatore speciale, dunque, proprio in considerazione della soggettività separata dei movimenti insurrezionali, la trasmissione allo Stato della responsabilità nei casi di atti di amministrazione routinaria degli insorti non avverrebbe attraverso una norma di attribuzione, quanto tramite una forma di successione nella responsabilità tra soggetti diversi. Si spiegherebbe quindi sotto questo profilo l'assenza di queste fattispecie dagli Articoli CDI.

La posizione di Ago ci spinge necessariamente a interrogarci su come possano essere razionalizzati i dati emergenti dalla prassi arbitrale esaminata in precedenza. Qual è, precisamente, l'argomento teorico che può giustificare l'opponibilità degli atti degli insorti sconfitti al governo in carica nel diritto internazionale?

<sup>37</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-seventh session, 5 May - 25 July 1975*, Official Records of the General Assembly, Thirtieth session, Supplement No. 10, UN Doc. A/10010/Rev.1, in *Yearbook of the ILC*, 1975, Vol. II, 60, art. 14 e 15.

<sup>38</sup> *First Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, 24 April, 1, 5, 11 and 26 May, 22 and 24 July, 12 August 1998, UN Doc. A/CN.4/490 and Add. 1-7\*, in *Yearbook of the ILC*, 2(1), 1998, 53, par. 270-271.

<sup>39</sup> *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago*, cit., 142, par. 186. Nello stesso senso, v. anche CHEN, *The International Law of Recognition*, cit., 332.



A nostro avviso ci sono due principali costruzioni teoriche per qualificare giuridicamente l'attribuzione allo Stato degli atti degli insorti sconfitti.

Una prima tesi si colloca nell'ambito delle norme di attribuzione e configura l'esistenza di un rapporto di agenzia tra gli insorti e lo Stato. A prima vista postulare l'esistenza di un rapporto di agenzia per qualificare l'attribuzione allo Stato territoriale di alcune condotte di un movimento insurrezionale operante al suo interno può sembrare illogico. La tesi del rapporto di agenzia è stata infatti fortemente criticata dall'arbitro Ralston nel caso *Sambiaggio* ed è stata respinta da Crawford<sup>40</sup>. Non si può ipotizzare, si è detto, che chi combatte il governo in carica possa allo stesso tempo divenirne un agente. La tesi del rapporto di agenzia è però più solida di quanto possa sembrare a prima vista qualora si ipotizzi l'esistenza di un rapporto degli insorti non con il governo in carica, ma direttamente con lo Stato. Secondo questa tesi occorre ammettere che durante una guerra civile coesistono due governi e che entrambi possono espletare funzioni pubbliche nell'interesse dello Stato. Le critiche alla tesi del rapporto di agenzia non coglierebbero quindi nel segno perché confonderebbero, sovrapponendoli, il governo in carica e lo Stato. Secondo Silvanie, che sostiene la tesi della coesistenza di due governi all'interno dello Stato, solo gli atti compiuti a beneficio dello Stato ne vincolerebbero le autorità all'esito delle guerre civili<sup>41</sup>.

A nostro avviso questa tesi ha indubbi punti di forza, assieme a elementi di debolezza. Tra i punti di forza può essere annoverata la compatibilità con il tradizionale atteggiamento di neutralità del diritto internazionale rispetto alle guerre civili. In una situazione fluida e politicamente complessa come la guerra civile, la qualificazione dell'autorità di governo competente a fini amministrativi si fonda sull'effettività e non dipende dal diritto interno dell'altra parte al conflitto o dal riconoscimento

<sup>40</sup> J. CRAWFORD, *State Responsibility*, cit., 170.

<sup>41</sup> H. SILVANIE, *Responsibility of States for Acts of Insurgents*, cit., 102–103: «It is true that unsuccessful insurgents do not become the government of the state; but during the period of the civil war they are, nevertheless, a government, one of two or more coexisting governments in the state. As a government in local control, such insurgents perform practically every function of government. Moreover, the performance of a variety of necessary acts of government by insurgents in time of civil conflict is very largely in the interest of the state. To this extent they should be considered as de facto authorities and agents of the state. The answer to the question whether the state is bound by their acts should therefore depend solely on the consideration whether such acts, or any of them, accrue to the benefit of the state. If a given insurgent act benefits the state, the state is bound by it; if certain other acts do not benefit the state, the state is not bound».



dei terzi<sup>42</sup>. Un altro punto di forza è il riconoscimento dell'esistenza di un interesse superiore dello Stato e, in particolar modo, del popolo dello Stato anche in costanza di guerra civile. Si tratta di un'impostazione che trova riscontro nella prassi recente del Consiglio di Sicurezza che, anche in situazioni di apparente collasso dell'autorità di governo, ha ribadito la perdurante esistenza dell'entità statale, con ciò che ne consegue in termini di autodeterminazione del popolo e di sovranità permanente sulle risorse naturali<sup>43</sup>.

Nella teoria del doppio governo esiste però anche un importante punto debole, o quantomeno una significativa complicazione, collegata alla soggettività del movimento insurrezionale. Si è visto infatti in precedenza che il grado di autonomia e di effettività di cui godono i movimenti insurrezionali quando si costituiscono in governi *de facto* porta a qualificarli come soggetti autonomi del diritto internazionale. Da questo punto di vista occorrerebbe quindi ammettere che il rapporto di agenzia non si sviluppi all'interno dello Stato rispetto all'attività di un gruppo di individui, ma che riguardi il coinvolgimento di un soggetto del diritto internazionale autonomo. Ciò non è di per sé insostenibile<sup>44</sup>, ma – considerando che la soggettività degli insorti sconfitti è destinata per definizione ad estinguersi – porterebbe a concepire il rapporto di agenzia non tanto come l'oggetto di una norma di attribuzione, quanto piuttosto come la ragione giustificativa di una forma di successione. Non si vede infatti come la responsabilità possa essere attribuita agli insorti sconfitti in costanza di guerra civile per poi permanere in capo al (diverso) governo in carica all'esito del conflitto. In alternativa, per continuare a collocarsi all'interno del novero delle norme di attribuzione, la tesi del rapporto di agenzia dovrebbe postulare una forma di attribuzione congiunta degli atti dei movimenti insurrezionali sia al governo *de facto* e sia al governo in carica già durante il conflitto. Nell'analisi della prassi che ha portato alla codificazione degli Articoli CDI ciò è però ammissibile, come si è visto in precedenza, solo in presenza della violazione di un obbligo di diligenza rispetto alla prevenzione o alla repressione delle attivi-

<sup>42</sup> Ci sembra congruente con questa impostazione la tesi di Arangio-Ruiz secondo cui la soggettività degli insorti non è qualitativamente diversa rispetto a quella degli Stati. L'estensione dei poteri dei movimenti insurrezionali dipende dalle circostanze di fatto. G. ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972, 107; ID., *Sulla dinamica della base sociale*, Milano, 1954, 129-130. Cfr. *Fourth report on State responsibility*, by Mr. Roberto Ago, cit., 152-156.

<sup>43</sup> M. PERTILE, *Diritto internazionale e rapporti economici nelle guerre civili*, Napoli, 2020, 163-165.

<sup>44</sup> *Fourth report on State responsibility*, by Mr. Roberto Ago, cit., 152.

tà degli insorti. La violazione dell'obbligo di diligenza determina, però, a sua volta un titolo di responsabilità autonomo e non è una forma congiunta di responsabilità.

La soggettività dei governi *de facto* sembra quindi condurre inevitabilmente verso una seconda costruzione teorica che, sulla scorta del *dictum* di Ago citato in precedenza, sviluppa invece la tesi di una successione *sui generis* – tra insorti e Stato – nella responsabilità. Posto che alla base dell'idea della successione si pone il dato della diversità dei soggetti che integrano il rapporto successorio, si tratta a questo punto di identificare la ragione giustificativa della trasmissione della responsabilità. Non è infatti disponibile in questo caso alcun argomento relativo alla continuità dell'ente che, come si è visto, riguarda invece gli insorti vittoriosi e prende la forma di una norma di attribuzione.

In virtù di quale base giuridica, dunque, la responsabilità si trasferirebbe dal movimento insurrezionale sconfitto allo stato? A nostro avviso si possono configurare anche in questo caso due distinte opzioni teoriche. È possibile, in primo luogo, ipotizzare l'esistenza di una norma consuetudinaria generale che imponga al governo in carica all'esito della guerra civile di subentrare nella responsabilità derivante dagli atti degli insorti che vadano a beneficio dello Stato.<sup>45</sup> Questa soluzione risolverebbe con un criterio generale tutte le questioni successorie, ma dovrebbe essere dimostrata alla luce di una prassi sufficientemente ampia e continua nel tempo che al momento non sembra essere disponibile<sup>46</sup>. Il concetto di "beneficio dello Stato" è inoltre piuttosto indeterminato e, qualora se ne generalizzasse l'applicazione, diverrebbe sicuramente oggetto di un ampio contenzioso.

Una diversa opzione teorica consiste invece nell'analizzare caso per caso le singole fattispecie di responsabilità per gli atti degli insorti sconfitti individuando, se possibile, una o più norme del diritto internazionale che impongano la successione nella responsabilità o il riconoscimento degli atti adottati dal preesistente governo *de facto* locale. Si può pensare alle norme a tutela dei diritti umani che potrebbero imporre l'opponibilità al governo in carica all'esito della guerra civile degli atti di amministrazione routinaria degli insorti relativi ad alcune situazioni soggettive. Si considerino, in particolare, alcuni degli atti citati nel caso *Hopkins* come le certificazioni di nascita e di matrimonio e tutte le questioni di status il cui riconoscimento può essere ricondotto agli obblighi derivanti da diritti umani come il diritto al nome, il diritto alla cittadi-

<sup>45</sup> P.DUMBERRY, *Rebellions and Civil Wars*, cit., 168-196.

<sup>46</sup> T.J. EATWELL, *State Responsibility*, cit., 132.

nanza e, in generale, i diritti relativi alla personalità e alla tutela delle relazioni familiari. Per quanto riguarda invece la successione nella responsabilità per le relazioni di tipo contrattuale può essere rilevante un principio generale dell'ordinamento come il divieto di ingiusto arricchimento o, ancora, il riferimento a diritti umani come il diritto di proprietà<sup>47</sup>.

In conclusione, l'autonoma soggettività dei governi *de facto* locali che è sottesa alla prassi arbitrale esaminata, impedisce che il trasferimento della responsabilità dagli insorti sconfitti al governo in carica venga concepito come il risultato di una norma di attribuzione. L'argomento teorico più lineare postula invece l'opponibilità di alcuni atti del governo insurrezionale in funzione di un obbligo posto dal diritto internazionale. Il diritto internazionale non qualifica dunque la validità degli atti degli insorti, che trova il proprio fondamento nello stesso ordinamento insurrezionale, ma determina piuttosto, caso per caso e in virtù di norme specifiche, che tali atti siano opponibili al governo in carica e ai terzi.

### 5. Considerazioni conclusive

Negare che gli insorti possano svolgere attività amministrative opponibili ai terzi ritenendo che un solo ente possa rappresentare lo Stato, anche in una situazione di guerra civile, è una concezione teorica gravida di conseguenze. Il governo in carica, ad esempio, può ignorare i contratti stipulati dagli insorti quando riprenderà il controllo del territorio. Gli insorti possono essere accusati di aver commesso il crimine di guerra di saccheggio per il solo fatto di amministrare le risorse del territorio, secondo un'interpretazione estensiva del crimine applicabile ora anche ai conflitti armati non internazionali<sup>48</sup>. Seguendo questa teoria, nel territorio controllato dagli insorti si crea un vuoto giuridico che può durare anni, con grandi impatti sulla popolazione locale e sugli investitori. Questi ultimi possono trovare nella mancanza di tutela giuridica in caso di sconfitta degli insorti un forte incentivo a sostenere gli stessi movimenti insurrezionali. Attraverso la riscoperta del dibattito dottrinale e della prassi arbitrale del diciannovesimo e ventesimo secolo, è possibile invece riconoscere agli insorti alcuni poteri temporanei di amministrazione opponibili ai terzi che possono razionalizzare la

<sup>47</sup> V., con riferimento al principio generale che vieta l'ingiusto arricchimento, P. DUMBERRY, *Risky Business*, cit., 572; cfr. K.S. CARLSTON, *Concession Agreements and Nationalization*, in *American Journal of International Law*, 1958, 266.

<sup>48</sup> Cfr. J. STEWART, *Corporate War Crimes*, New York, 2011, 33-37.

presenza di due o più autorità di governo sul territorio dello Stato durante la guerra civile.

Naturalmente, sancire l'esistenza di poteri di amministrazione del territorio in capo agli insorti, pur entro i limiti delle attività amministrative di routine, può presentare alcuni rischi. Dal punto di vista politico, è evidente come la prassi arbitrale esaminata riveli una grande apertura verso le ragioni degli investitori attraverso l'adozione di un approccio che tende a comprimere lo spazio della sovranità formale del governo in carica a favore del riconoscimento dell'effettività degli insorti. Si tratta di un orientamento chiaramente ispirato ai valori del liberalismo economico, prevalenti nell'epoca storica considerata, che rispecchia da vicino gli interessi dei Paesi esportatori di capitali dell'epoca come gli Stati Uniti, la Gran Bretagna e gli Stati europei in generale<sup>49</sup>. A nostro avviso, è senza dubbio necessaria una stringente definizione del concetto di "attività personali" per evitare che le relazioni commerciali con gli insorti si trasformino in una intromissione indebita dei terzi nel conflitto. Deve essere inoltre considerato che alcune tendenze nella prassi contemporanea militano chiaramente in senso contrario rispetto alla possibilità di valorizzare l'effettività come fonte di poteri di amministrazione degli insorti sul territorio. Si pensi alla progressiva tendenza a qualificare come terroristi, con la conseguente interruzione dei rapporti di natura politica ed economica, un certo numero di gruppi insurrezionali<sup>50</sup>. Oppure, si pensi ancora alla progressiva valorizzazione dei criteri di legittimità nella prassi relativa al riconoscimento e al de-riconoscimento dei governi<sup>51</sup>.

In conclusione, è però interessante segnalare che il modello emergente dalla prassi arbitrale esaminata in precedenza riconosce agli insorti dei poteri temporanei che sono molto simili ai poteri riconosciuti dal diritto dell'occupazione bellica – nel diverso ambito dei conflitti interstatali – alle potenze occupanti<sup>52</sup>. Anche nel diritto dell'occupazione, infatti, i poteri di gestione del territorio sono limitati all'ordinaria amministrazione a beneficio della popolazione del territorio occupato e con una preclusione rispetto all'utilizzo delle risorse del territorio occupato per

<sup>49</sup> K. GREENMAN, *Aliens in Latin America: Intervention, Arbitration and State Responsibility for Rebels*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, 617 ss.

<sup>50</sup> M. PERTILE, *Diritto internazionale e rapporti economici*, cit., 141-157.

<sup>51</sup> *Ivi*, 187-191.

<sup>52</sup> V. D. DAM-DE JONG, *Armed Opposition Groups and the Right to Exercise Control over Public Natural Resources: A Legal Analysis of the Cases of Libya and Syria*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, 3 ss., che auspica un'applicazione in via analogica del diritto dell'occupazione alle situazioni di controllo territoriale che coinvolgono gli insorti nelle guerre civili.

sostenere lo sforzo bellico della Potenza occupante<sup>53</sup>. Allo stesso modo, la descrizione dei poteri di amministrazione fornita nel caso *Hopkins* ricorda molto da vicino la formulazione della cosiddetta *Namibia exception* introdotta dalla Corte internazionale di giustizia nel suo parere del 1971 per temperare gli effetti sulla popolazione del divieto di riconoscimento delle situazioni territoriali illecite<sup>54</sup>. Il ricorso al modello giuridico che distingue tra poteri di ordinaria amministrazione degli insorti e atti di natura personale avvicina dunque la disciplina dei rapporti giuridici ed economici nelle guerre civili ai modelli che vengono utilizzati per regolare l'amministrazione temporanea del territorio nelle relazioni interstatali. È a nostro avviso auspicabile che le relazioni interindividuali che si realizzano nelle guerre civili siano disciplinate in modo simile a quanto accade nei casi di contestazione della sovranità sul piano internazionale. Ciò può garantire agli individui coinvolti in queste situazioni di incertezza, che dal punto di vista teorico sono distinte, ma sul piano degli effetti concreti sono analoghe, un quadro giuridico maggiormente prevedibile.

<sup>53</sup> Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation. Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden-Boston, 2009, 91-107, 167-217.

<sup>54</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, in *ICJ Reports*, 1971, 56, par. 125. Cfr. T.J. EATWELL, *State Responsibility*, cit., 149-167.



# INFLUENZE E CONTAMINAZIONI NEI RAPPORTI TRA ARBITRATO COMMERCIALE E CONTENZIOSO INTERSTATALE

Anna Chiara AMATO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’influenza della giurisprudenza interstatale sull’arbitrato “commerciale”. – 3. I richiami espliciti alla giurisprudenza arbitrale “commerciale” da parte dei tribunali interstatali. – 4. Le influenze implicite della giurisprudenza arbitrale “commerciale” sulla giurisprudenza interstatale. – 5. Considerazioni finali.

## *1. Introduzione*

L’arbitrato interstatale e l’arbitrato “commerciale” in senso lato (con ciò intendendosi l’arbitrato che coinvolge almeno un soggetto privato e scaturisce da relazioni economiche di carattere transnazionale)<sup>1</sup> sono stati sistematicamente considerati strumenti per la risoluzione delle controversie distinti e autonomi. Pur essendo ben noto che esistono forme di influenza e di contaminazione nella giurisprudenza internazionale<sup>2</sup>, fino ad oggi l’accento si è sempre posto sull’influenza che la giurisprudenza interstatale esercita sui tribunali arbitrali commerciali piuttosto che sul rapporto di contaminazione in termini invertiti. Invero, il rapporto tra tribunali arbitrali “commerciali” e tribunali interstatali appare estremamente sbilanciato: mentre i primi hanno sempre mostrato una forte inclina-

\* Dottoranda di ricerca in *Legal Studies*, Università Bocconi di Milano.

<sup>1</sup> Nel presente contributo si è deciso di considerare come unicum l’arbitrato commerciale in senso stretto e l’arbitrato d’investimenti in quanto, pur riconoscendo la sostanziale differenza tra i due istituti, si rilevano molteplici similitudini, soprattutto in ambito procedurale in senso lato. Alle medesime conclusioni sono già giunti vari autori (P. BERNARDINI, *International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration – Analogies and Differences*, in D.D. CARON, S.W. SCHILL, A.B. SMUTNY AND E.E. TRIANTAFILOU (eds.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, 2015, 52-68).

<sup>2</sup> C. BROWN, *The Cross-Fertilization of Principles relating to the Procedure and Remedies in the Jurisprudence of International Tribunals*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2008, 30(3), 219, 243-244; C. GIORGETTI e M. A. POLLACK (eds.), *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation, and Competition among International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2022.

zione a richiamare la giurisprudenza interstatale per motivare e/o rafforzare le proprie decisioni, i tribunali interstatali, e soprattutto la Corte internazionale di giustizia (CIG), hanno invece mostrato una chiusura totale, quasi riluttanza, a richiamare i lodi arbitrari “commerciali” nelle proprie decisioni. Tra gli altri, nel 2017 Charlotin ha condotto uno studio per valutare la rilevanza e l’influenza dei lodi emessi da tribunali arbitrari d’investimento rispetto allo sviluppo del diritto internazionale pubblico. Da tale studio emerge che, all’epoca, se da un lato i tribunali arbitrari d’investimento avevano fatto riferimento alla giurisprudenza della CIG più di 600 volte, dall’altro lato quest’ultima non aveva mai fatto riferimento alla giurisprudenza dei tribunali d’investimenti, né tantomeno a quella di tribunali commerciali in senso stretto, per motivare le proprie decisioni<sup>3</sup>. Mentre il numero di riferimenti alla giurisprudenza della CIG da parte dei tribunali arbitrari negli ultimi cinque anni è sicuramente aumentato, ad oggi la CIG non pare aver mai ceduto all’influenza di tribunali arbitrari d’investimento e/o commerciali.

Nel contesto sopra tracciato, il presente contributo si pone quindi l’obiettivo di analizzare la giurisprudenza interstatale e quella dei tribunali arbitrari “commerciali” al fine di indagare quali siano i reali rapporti di contaminazione tra le due, andando oltre ciò che i tribunali affermano o rigettano esplicitamente. A questo scopo, il contributo è suddiviso in quattro parti. Nella prima parte si intende brevemente delineare come la giurisprudenza della CIG e dei tribunali interstatali abbiano influenzato l’arbitrato di tipo “commerciale”, evidenziando gli ambiti “classici” in cui tale contaminazione si è manifestata.

La seconda e terza parte del contributo intendono, invece, analizzare gli esempi di contaminazione “al contrario”, ovvero i casi in cui i tribunali interstatali abbiano considerato soluzioni elaborate nell’ambito dell’arbitrato internazionale “commerciale”. A tal fine, la seconda parte riguarderà i casi in cui la CIG e i tribunali arbitrari interstatali hanno *esplicitamente* considerato, per poi rigettarli, principi, regole e prassi elaborate nell’ambito dell’arbitrato “commerciale”. In seguito, la terza parte analizzerà invece i casi, ben più frequenti, in cui vi è stato un *implicito* riconoscimento delle soluzioni elaborate dall’arbitrato “commerciale”.

Nella quarta e ultima parte verranno infine delineati casi in cui potrebbe essere auspicabile una maggiore considerazione, da parte dei tribunali interstatali, di regole e principi adottati nell’ambito dell’arbitrato

<sup>3</sup> D. CHARLOTIN, *The Place of Investment Awards and WTO Decisions in International Law: A Citation Analysis*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, 20, 279, 288 (tabella 2).



“commerciale”. Ciò nell’ottica di una maggiore interazione e integrazione tra norme e principi sostanziali e procedurali nonché, in ultima analisi, del contributo allo sviluppo del diritto internazionale.

## 2. *L’influenza della giurisprudenza interstatale sull’arbitrato “commerciale”*

Un “esempio di scuola” per comprendere la forte influenza che la giurisprudenza inter-statale esercita sull’arbitrato “commerciale” riguarda certamente la natura vincolante delle misure cautelari. In particolare, nel caso *LaGrand* la CIG riconobbe per la prima volta l’efficacia vincolante delle proprie ordinanze cautelari, interpretando in tal senso l’art. 41 del suo Statuto, il quale riconosce alla Corte il potere di *indicare* le misure cautelari necessarie alla luce delle circostanze concrete<sup>4</sup>. In particolare, secondo la CIG, il menzionato potere sorge dalla necessità di preservare l’esecuzione della sentenza di merito e di prevenire azioni o omissioni di una parte che possano recare pregiudizio ai diritti dell’altra. Pertanto, considerare le misure emesse in base all’art. 41 come mere raccomandazioni sarebbe contrario all’obiettivo del menzionato articolo<sup>5</sup>.

Sulla scia di *LaGrand*, diversi tribunali arbitrali ICSID hanno affermato gli effetti obbligatori delle proprie ordinanze cautelari, ritenendo che il termine *recommend* indicato all’art. 47 della Convenzione ICSID e all’art. 39 del Regolamento Arbitrale<sup>6</sup> dovesse intendersi come equivalente a *order*<sup>7</sup>. Nel caso *Perenco v. Ecuador* il Tribunale Arbitrale ha espressamente richiamato il caso *LaGrand* per arrivare a statuire che è «*generally accepted that provisional measures are tantamount to orders*» e che, pertanto, tali misure cautelari devono considerarsi dotate di

<sup>4</sup> D. PAUCIULO, *La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale in materia di investimenti, con particolare riferimento al sistema ICSID*, in D. MANTUCCI (dir.), *Trattato del Diritto dell’Arbitrato*, Napoli, 2020, 13, 776.

<sup>5</sup> Corte internazionale di giustizia, *Vienna Convention on Consular Relations (LaGrand) (Germany v. United States)*, sentenza del 27 giugno 2001, in *ICJ Report 2001*, 466 ss., par. 102.

<sup>6</sup> Si fa riferimento alla versione del Regolamento Arbitrale ICSID del 2006. Nella nuova versione entrata in vigore a luglio 2022, la norma rilevante è l’art. 47.

<sup>7</sup> C. BROWN, *Article 47*, in H.C. SCHREUER et al. (eds.), *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Cambridge, 2022, 1060 e ss.

efficacia vincolante<sup>8</sup>. Più recentemente, nel caso *PNG Sustainable Development v. Papa Guinea*, gli arbitri hanno stabilito che: «*Despite the use of the term 'recommend' in Article 47 of the ICSID Convention, this provision of the Convention has properly been understood as allowing the Tribunal to order provisional measures. The phrase 'recommend,' in the context of the Convention, means 'order' or 'direct.' An arbitral tribunal constituted under the ICSID Convention has the power not merely to propose or urge provisional measures, but also to issue orders mandating that such measures be taken*»<sup>9</sup>.

Ancora, nel caso *Quiborax v. Bolivia*, il Tribunale ha riconosciuto che il mancato rispetto del suo precedente ordine cautelare da parte della Bolivia costituiva una violazione dell'art. 47 della Convenzione ICSID in quanto tale ordine era dotato di efficacia vincolante<sup>10</sup>. Per fare ciò, gli arbitri hanno espressamente seguito la «*consistent line of cases and the evolution of international law*»<sup>11</sup> e in tal senso richiamato il caso *LaGrand*<sup>12</sup>. Significativamente, il Tribunale ha notato che la formulazione e il contesto dell'art. 41 nello Statuto CIG sono sostanzialmente differenti da quelli dell'art. 47 nella Convenzione ICSID (basti pensare che quest'ultima utilizza il verbo – ben più *soft* – *recommend* e non *indicate* come la prima)<sup>13</sup>. Tuttavia – ha chiarito il Tribunale – la funzione delle misure cautelari emesse nell'ambito ICSID e in quello CIG è esattamente la stessa e, pertanto, anche le prime devono considerarsi vincolanti<sup>14</sup>.

La rassegna giurisprudenziale di cui sopra dimostra come i Tribunali ICSID abbiano fatto ampio riferimento alla giurisprudenza CIG per interpretare, se non addirittura stravolgere<sup>15</sup>, il significato dell'art. 47 della Convenzione ICSID e raggiungere ampio consenso sulla natura vincolante delle proprie misure cautelari. Se tale *trend* non è stato esplicita-

<sup>8</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Provisional Measures*, 8 maggio 2009, par. 67-76.

<sup>9</sup> *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, *Decision on Provisional Measures*, 21 gennaio 2015, par. 102.

<sup>10</sup> *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, *Award*, 16 settembre 2015, par. 576-583.

<sup>11</sup> *Ivi*, 582.

<sup>12</sup> *Ivi*, 579.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> M. Vučić, *Binding effect of provisional measures as an inherent judicial power: an example of cross-fertilization*, in *Belgrade Law Review*, 2018, 4, 127, 136.

to nel nuovo regolamento ICSID entrato in vigore a giugno 2022 (dove si legge ancora il termine *recommend* nel nuovo art. 50 sulle misure cautelari) risulta ormai comunemente accettato nella pratica che i Tribunali possano dotare le proprie ordinanze cautelari di forza vincolante<sup>16</sup>.

*Chorzów Factory* è certamente un altro noto esempio di quanto la giurisprudenza della CIG abbia plasmato le decisioni dei tribunali arbitrali “commerciali”<sup>17</sup>. In tale caso la Corte permanente di giustizia internazionale (CPIG) ha stabilito che il risarcimento deve essere tale da porre la parte danneggiata nella situazione in cui si sarebbe trovata in mancanza dell’illecito e ha così mututato il principio di *full reparation*. Da allora, praticamente tutti i tribunali arbitrali, quando si trovano a decidere sul quantum del risarcimento dovuto, citano *Chorzów Factory* e il menzionato principio di *full reparation* come antecedente teorico della propria analisi<sup>18</sup>.

### 3. I richiami espliciti alla giurisprudenza arbitrale “commerciale” da parte dei tribunali interstatali

Diversamente da quanto notato nella precedente sezione, a una prima analisi parrebbe che la contaminazione “al contrario”, ossia l’influenza della giurisprudenza arbitrale “commerciale” sui tribunali interstatali, sia del tutto assente. Anzi, quando chiamata a pronunciarsi sul punto, la CIG si è dimostata del tutto scettica ad aprirsi a principi e concetti sviluppati nel contesto dell’arbitrato “commerciale”<sup>19</sup>.

Particolarmente eloquente è il caso *Diallo*, in cui la CIG si è trovata a decidere nuovamente sulla spinosa questione della protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale degli azionisti per i danni subiti

<sup>16</sup> D. GOLDBERG et al., *Empirical study: Provisional measures in investor-state arbitration*, London, 2023, 29 (disponibile al seguente link: <[https://www.biiicl.org/documents/157\\_provisional-measures-in-investorstate-arbitration-2023.pdf](https://www.biiicl.org/documents/157_provisional-measures-in-investorstate-arbitration-2023.pdf)>). Cfr. anche ICSID Secretariat, *ICSID Rules and Regulation Amendment - Working Paper 1*, 2 agosto 2018, 225-226 (disponibile al seguente link: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1\\_Amendments\\_Vol\\_3\\_WP\\_updated-9.17.18.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP_updated-9.17.18.pdf)>).

<sup>17</sup> Corte permanente di giustizia internazionale, *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, *Merits*, 13 settembre 1928, in *PCIJ Series A. No. 17*, 27 ss.

<sup>18</sup> P. ZIEGLER e C. GALLORINI, *The Case for the Ex-Post Valuation of Damages Under International Investment Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 24, 115, 117.

<sup>19</sup> A. PELLET, *The Case Law of ICJ in Investment Arbitration*, in *ICSID Law Review*, 2013, 28(2), 223, 225.

dalla loro società a seguito di illecito internazionale<sup>20</sup>. Invero, quasi 40 anni prima, in *Barcelona Traction*, la Corte aveva negato tale possibilità stabilendo che il diritto di agire in protezione diplomatica in nome di una società spettasse soltanto allo Stato nazionale<sup>21</sup> della stessa società (e non a quello dei suoi azionisti)<sup>22</sup>. Pur riconoscendo che già all'epoca vari trattati bilaterali o multilaterali sugli investimenti conferivano una protezione diretta agli azionisti e che cospicua giurisprudenza arbitrale, interpretando i menzionati trattati, aveva accolto richieste risarcitorie degli stessi azionisti per illeciti subiti dalle loro società, aveva stabilito che ciò non fosse sufficiente a dimostrare che esistesse una norma di diritto internazionale consuetudinario sul diritto dello Stato o degli Stati di nazionalità degli azionisti a esercitare la protezione diplomatica verso le società di questi ultimi<sup>23</sup>.

Per quanto significativa, la menzionata decisione aveva lasciato molte questioni aperte tanto che successivamente, durante la stesura dei *Draft Articles on Diplomatic Protection*, il relatore speciale della Commissione di diritto internazionale incaricato del progetto aveva paventato la possibilità di superare i *dicta* di *Barcelona Traction* e formulare una norma che fosse più conforme alla realtà degli investimenti stranieri così da incoraggiare gli investitori a ricorrere più spesso all'istituto della protezione diplomatica piuttosto che alla protezione dei trattati sugli investimenti<sup>24</sup>.

Alla luce di tali presupposti, *Diallo* poteva essere l'occasione per la CIG di riscattarsi. In tale controversia, la Guinea aveva presentato un reclamo contro la Repubblica Democratica del Congo agendo in protezione diplomatica per i danni causati sia al suo cittadino che alle

<sup>20</sup> S. DORIGO, *Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso Diallo di fronte alla Corte internazionale di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, 3, 705.

<sup>21</sup> Come anticipato dalla CIG nel caso *Barcelona Traction* e successivamente stabilito dalla Commissione di diritto internazionale, si considera Stato nazionale di una società lo Stato in cui quest'ultima è costituita o lo Stato in cui vi è la sede d'affari principale di tale società se questa è controllata da cittadini di una nazionalità diversa rispetto allo Stato in cui la società è costituita e non svolge attività commerciale sostanziale in tale Stato (Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, article 9).

<sup>22</sup> Corte internazionale di giustizia, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, sentenza del 5 febbraio 1970, in *ICJ Reports 1970*, 3 ss., par. 30 ss.

<sup>23</sup> *Ivi*, par. 88-92.

<sup>24</sup> J. DUGARD, *Fourth Report on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/CN. 4/530, par. 15.

società di cui lo stesso cittadino era azionista<sup>25</sup>. In risposta ai richiami alla giurisprudenza arbitrale d'investimento sulla protezione degli azionisti e delle relative società forniti dallo Stato ricorrente, la CIG ha ancora una volta rigettato tali argomenti e relegato il regime per la protezione degli investimenti stranieri a *lex specialis* rispetto alle norme consuetudinarie sulla protezione diplomatica<sup>26</sup>.

Altro significativo esempio di quanto la CIG appaia scettica rispetto a principi sviluppati dalla giurisprudenza arbitrale "commerciale" è senz'altro la decisione in *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*. In tale controversia, la Bolivia aveva presentato un reclamo contro il Cile lamentando, tra l'altro, una violazione delle sue "legittime aspettative" nel negoziare un trattato tra i due Stati per regolamentare l'accesso all'Oceano Pacifico<sup>27</sup>. Nella relativa decisione, la Corte ha affermato che, nonostante la giurisprudenza arbitrale avesse sviluppato il concetto di "legittime aspettative" nell'ambito del trattamento giusto ed equo previsto dai trattati d'investimento, tale concetto non poteva essere trasposto nel reame del diritto internazionale generale<sup>28</sup>. Si conferma, dunque, anche in tale occasione, la posizione della CIG: mantenere del tutto separati il reame del diritto internazionale generale e quello dell'arbitrato "commerciale". Tale approccio appare in contrasto persino con quello della Commissione di diritto internazionale, ossia l'organo espressamente preposto allo sviluppo progressivo del diritto internazionale e alla sua codificazione. Invero, la Commissione ha ripetutamente fatto riferimento alla giurisprudenza arbitrale "commerciale" e a concetti da quest'ultima sviluppati<sup>29</sup>. Nonostante ciò, la CIG è sempre rimasta – almeno apparentemente – nella sua "torre d'avorio", come se

<sup>25</sup> Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, decision on preliminary objections, 24 maggio 2007, in *ICJ Reports 2007*, 582 ss., par. 28-30.

<sup>26</sup> *Ivi*, par. 90.

<sup>27</sup> Corte internazionale di giustizia, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, sentenza del 1 ottobre 2018, in *ICJ Reports 2018*, 507 ss., par. 85.

<sup>28</sup> *Ivi*, par. 162.

<sup>29</sup> Cfr. Commissione di Diritto Internazionale, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, art. 36; Commissione di Diritto Internazionale, *Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause*, 2015.

non volesse dare neppure l'impressione di attingere dalla giurisprudenza dei tribunali arbitrali "commerciali"<sup>30</sup>.

Differente nell'approccio – pur raggiungendo il medesimo risultato – appare la recentissima decisione nel caso *Certain Iranian Assets* dove la CIG si è trovata a dover decidere, tra le altre cose, se le misure poste in essere dagli Stati Uniti nei confronti della banca iraniana Marzaki costituissero una violazione degli standard di trattamento per società straniere previste nel *Treaty of Amity* tra Iran e Stati Uniti<sup>31</sup>. Nello stabilire se la menzionata banca costituisse una "società" protetta in base al trattato, la CIG ha richiamato due lodi arbitrali d'investimento a cui le parti aveva fatto riferimento nelle proprie memorie scritte per poi limitarsi a negarne la rilevanza sostenendo che le circostanze fattuali fossero differenti dal caso di specie<sup>32</sup>. Pertanto, pur avendo l'occasione di inserirsi nel dibattito in corso tra i tribunali d'investimento e confrontarsi con la loro giurisprudenza sul punto, la Corte ha scelto di non farlo, nonostante le asserite violazioni in oggetto rientrassero proprio nel reame dell'arbitrato d'investimenti, ossia il trattamento degli stranieri e delle relative attività economiche all'estero.

Ad una prima analisi, appare invece molto differente l'atteggiamento dei tribunali arbitrali interstatali costituiti sotto gli auspici della Corte permanente d'arbitrato (PCA). Nell'arbitrato *Abyei*, che ha visto coinvolti il Sudan e il Sudan del Sud<sup>33</sup> in relazione ai confini dell'area di Abyei<sup>34</sup>, il relativo tribunale ha richiamato in varie istanze precedente giurisprudenza di arbitrati d'investimenti in relazione allo standard di

<sup>30</sup> M. MENDELSON, *The International Court of Justice and the Sources of International Law*, in V. LOWE AND M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, New York, 1996, 83.

<sup>31</sup> Corte internazionale di giustizia, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza del 30 marzo 2023, in *ICJ general list No. 164*, parr. 18-19.

<sup>32</sup> *Ivi*, par. 53.

<sup>33</sup> *The Government of Sudan v. The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration)*, PCA case No. 2008-07, Final Award, 22 luglio 2009.

<sup>34</sup> L'arbitrato *Abyei* iniziò nel 2008, *i.e.*, prima che il Sudan del Sud diventasse uno Stato completamente indipendente a seguito del referendum avvenuto nel 2011, e ha coinvolto quali parti effettive il Sudan e il Movimento per la Liberazione del Popolo del Sudan. Ciononostante, l'arbitrato può considerarsi inter-statale alla luce dello status che i movimenti di liberazione hanno assunto nel diritto internazionale (cfr. M. SHAW, *The International Status of National Liberation Movements*, in *Liverpool Law Review*, 1983, 5(1), 19) e considerando che il Movimento per la Liberazione del Popolo del Sudan è stato il promotore del menzionato referendum per l'indipendenza.

annullamento di lodi e al *duty to motivate*<sup>35</sup>. Una – seppur superficiale – giustificazione di tale maggiore apertura alla giurisprudenza arbitrale “commerciale” nel caso *Abyei* rispetto alla CIG potrebbe rinvenirsi nel fatto che da sempre la PCA, facilitando sia controversie interstatali che miste, svolge il ruolo di “connettivo” tra vari regimi e discipline giuridiche, in cui pertanto l’influenza reciproca è inevitabile<sup>36</sup>. Come verrà successivamente discusso nelle conclusioni<sup>37</sup>, si possono tuttavia identificare ulteriori ragioni per spiegare le differenze di approccio tra *Diallo*, *Barcelona Traction*, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* da un lato e *Abyei* dall’altro.

#### 4. Le influenze implicite della giurisprudenza arbitrale “commerciale” sulla giurisprudenza inter-statale

A giudizio di chi scrive, il primo ambito in cui si può rilevare un’influenza implicita della giurisprudenza arbitrale “commerciale” su quella interstatale riguarda l’attribuibilità della condotta posta in essere da privati a uno Stato in base alla teoria dell’organo *de facto*. Come noto, già a partire dalla decisione in *Nicaragua* nel 1986, la CIG aveva paventato la possibilità di attribuire a un determinato Stato le condotte di privati sia nel caso in cui questi ultimi fossero sotto l’*effective control* dello Stato, sia nel caso in cui gli stessi privati fossero *under complete dependence* del medesimo Stato<sup>38</sup>. Il suggestivo concetto di *effective control* è stato successivamente utilizzato e richiamato da innumerevoli tribunali internazionali per attribuire specifici atti compiuti da individui a Stati. Tale passaggio in *Nicaragua* è stato anche richiamato dalla Commissione di diritto internazionale nel commentario all’art. 8 degli *Articles on State Responsibility*<sup>39</sup>. Il menzionato art. 8 regola, invero, l’attribuibilità di specifici atti di una persona o un gruppo di persone a uno Stato.

<sup>35</sup> *The Government of Sudan v. The Sudan People’s Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration)*, PCA case No. 2008-07, Final Award, 22 luglio 2009, par. 405, 412-24, 512, 526, 528-31.

<sup>36</sup> F. C. SMITH, *A View from the Coal Face* in C. GIORGETTI e M. A. POLLACK (eds.), *Beyond*, cit., 218-222.

<sup>37</sup> Cfr. sezione 5.

<sup>38</sup> Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, in *ICJ Reports 1986*, 14 ss., par. 109-116.

<sup>39</sup> *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* cit. 47.



Tuttavia, la sentenza in Nicaragua aveva coniato anche un altro test, quello della *complete dependence*, sul quale la CIG non è più tornata fino al 2007, anno della decisione nel *Genocide Case*. In tale ultimo caso, la Corte ha chiarito che: (i) il test della *complete dependence* sviluppato in Nicaragua aveva la funzione di identificare casi in cui particolari enti che pur non detengono lo status giuridico di organi *de jure* di uno Stato, siano di fatto organi dello stesso Stato, i c.d. organi *de facto*; (ii) tale test è fondamentale per assicurarsi che uno Stato non fugga dalla propria responsabilità internazionale agendo tramite enti che solo fittiziamente non appartengono al proprio apparato; (iii) la condizione di *complete dependence* è comunque una condizione eccezionale, che deve essere vagliata in maniera molto restrittiva in quanto, se confermata, comporta che tutti gli atti di quell'ente vengano attribuiti allo Stato<sup>40</sup>. Il caso *Genocide* chiarisce anche, in parallelo, che il test della *complete dependence* e quello dell'*effective control* svolgono funzioni differenti: mentre il primo identifica i c.d. organi di fatto, il secondo serve a comprendere se una specifica operazione di soggetti privati possa essere attribuita allo Stato<sup>41</sup>.

Cospicua letteratura evidenzia il fatto che i tribunali di investimenti fanno e hanno fatto ripetutamente ricorso al caso *Genocide* per utilizzare il concetto di organo *de facto* quando chiamati a decidere su questioni di attribuibilità<sup>42</sup>. Tuttavia, tale letteratura sembra trascurare che già nel tempo intercorso tra la decisione nel caso *Nicaragua* e nel caso *Genocide*, i tribunali di investimento si sono trovati a pronunciarsi in materia di attribuibilità, risolvendo in tali sedi questioni nodali su cui la CIG si esprimerà soltanto nel caso *Genocide*. In particolare, nel caso *Nykomb v. Latvia*, con lodo del 2003, il tribunale ha stabilito che la Lettonia aveva commesso diverse violazioni dell'*Energy Charter Treaty* (ECT) nei confronti della società attrice svedese<sup>43</sup>. Secondo il lodo, le menzionate violazioni dell'ECT derivavano dal fatto che Latvenergo, società di proprietà statale attiva nella produzione, commercializzazione e distribuzione di

<sup>40</sup> Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, in *ICJ. Reports 2007*, 43 ss., parr. 391-401.

<sup>41</sup> C. DE STEFANO, *Attribution in International Law and Arbitration*, Oxford, 2020, 52.

<sup>42</sup> S. WITTICH, *Investment arbitration as an engine of development of the rules of attribution – with particular focus on lex specialis and de facto state organs*, in S. W. SCHILL et al. (eds.) *C. DE STEFANO, International Investment Law and General International Law. Radiating Effects?*, Cheltenham, 2023; C. DE STEFANO, *Attribution*, cit., 142.

<sup>43</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, SCC Case, Award, 16 dicembre 2003.



energia elettrica in Lettonia, si fosse rifiutata di pagare a una controllata di Nykomb l'energia da questa ultima prodotta secondo le tariffe inizialmente concordate. Il Tribunale ha stabilito che il mancato pagamento da parte di Latvenergo fosse attribuibile alla Lettonia. In particolare, secondo il Tribunale, Latvenergo non poteva essere considerata *independent* ma costituiva un mero “strumento dello Stato” nel mercato dell'energia elettrica, poiché non aveva alcuna libertà commerciale nella negoziazione dei prezzi di acquisto dell'energia elettrica come stabiliti dalla legislazione e dagli organi regolatori dello Stato<sup>44</sup>. In definitiva, il Tribunale non è andato a valutare se la Lettonia avesse esercitato un *effective control* su Latvenergo quando quest'ultima aveva negato determinati pagamenti alla controllata di Nykomb. Piuttosto, in termini più generali, in tale pronuncia sembra proprio riecheggiare il differente concetto di *complete dependence* laddove il Tribunale Arbitrale ha riconosciuto la mancanza di indipendenza di Latvenergo nei confronti della Lettonia e, così facendo, la ha implicitamente identificata come organo *de facto* di quest'ultima nel settore della elettricità.

Ora, è fondamentale tenere a mente che gli arbitrati internazionali commerciali (o quelli d'investimenti come il menzionato caso Nykomb), sono quantitativamente molto superiori rispetto a quelli della CIG. Anche banalmente per ragioni politiche e di opportunità, uno Stato ha sempre molte più remore a instaurare un procedimento contro un altro Stato rispetto invece a un suo investitore. Basti pensare che nel 2023 il solo ICSID ha ricevuto oltre 40 richieste d'arbitrato<sup>45</sup>, mentre la CGI conta ad oggi in tutto 22 casi tra i pendenti e quelli in fase di deliberazione<sup>46</sup>. Questo implica che, per questioni banalmente numeriche, i tribunali arbitrali “commerciali” si trovano ad analizzare, applicare, rimaneggiare e “digerire” complesse questioni di diritto prima della CIG.

Come anticipato, la CIG aveva già lanciato l'amo in relazione agli organi *de facto* negli anni '90 ma ha avuto occasione di tornare sul punto solo nel 2007 con il caso *Genocide*. Nel frattempo, i tribunali arbitrali avevano già provato a confrontarsi con il tema, tentando vari approcci e test controfattuali<sup>47</sup> prima di riuscire a trovarne uno convincente. Pertan-

<sup>44</sup> *Ivi*, 31.

<sup>45</sup> ICSID, *ICSID Caseload Statistics*, 2023, 2, 2 (accessibile al seguente link: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.ENG\\_The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics\\_Issue.2\\_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_ENG.pdf)).

<sup>46</sup> Corte internazionale di giustizia, *Pending cases* (accessibile al seguente link: <https://www.icj-cij.org/pending-cases>).

<sup>47</sup> Cfr. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 25 gennaio 2000, parr. 71-89 (in

to, checché ne dica, è alquanto improbabile che la CIG non sia stata influenzata almeno implicitamente dagli sviluppi intervenuti *medio tempore* anche in sede arbitrale.

Altro ambito in cui è possibile rilevare come la giurisprudenza arbitrale commerciale influenzi implicitamente la giurisprudenza interstatale è quello sui criteri per quantificare il danno risarcibile.

In realtà qui la contaminazione è bidirezionale perché, come menzionato nella precedente sezione 2, quando si tratta di risarcimento del danno praticamente tutti i tribunali d'investimenti fanno riferimento al caso *Chorzów Factory* e al principio di *full reparation* ivi coniato. Una volta stabilito il richiamato principio, tuttavia, la questione è come il danno venga concretamente quantificato. Di nuovo, quanto più frequentemente un foro si trova nella situazione di dover decidere una questione, tanto più veloce e strutturata sarà la sua risposta. Anche in questo caso, i tribunali arbitrali "commerciali" si sono trovati a dover decidere come quantificare il danno risarcibile molto più spesso dei tribunali interstatali. E non soltanto per una questione numerica di casi, ma anche perché dinanzi a tribunali interstatali i rimedi sono più spesso restitutori che risarcitori<sup>48</sup>.

La prassi dei tribunali arbitrali "commerciali" è quella di richiedere alle parti di provare in modo molto dettagliato e tecnico i danni che richiedono. Nella pratica, le parti si fanno assistere da un esperto di parte che quantifica le voci del danno in base a determinate teorie economiche e le espone nella sua perizia, spiegando in maniera estesa quali sono i conseguenti risultati sulla base della documentazione fornita dalla parte<sup>49</sup>. Al contrario, è meno comune che i tribunali "commerciali" nominino loro stessi degli esperti sul quantum, salvo in casi eccezionali (ad esempio quando la parte convenuta rimane contumace)<sup>50</sup>.

Alla luce di ciò, con il tempo i tribunali arbitrali "commerciali" hanno preso sempre più distanza da una fantomatica "discrezionalità" nel quantificare il danno risarcibile per cercare di raggiungere una sorta

cui il Tribunale, prima di giungere alla sua decisione sull'attribuibilità di determinate condotte di una società alla Spagna, ripercorre vari tests precedentemente utilizzati da altri collegi arbitrali, tra cui il test "strutturale", che guarda alla compagine societaria dell'ente coinvolto).

<sup>48</sup> C. GREY, *Remedies*, in C.P.R. ROMANO et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, 877.

<sup>49</sup> A. THEAU-LAURENT, *The Function and Role of Damages Experts*, in J.A. TRENOR (eds.), *Damages in International Arbitrations Guide*, 4<sup>a</sup> ed., London, 2022, 162-173.

<sup>50</sup> R. DAS, *The Use of Experts in State-to-State Disputes*, in C. GIORGETTI e M. A. POLLACK (eds.), *Beyond*, cit., 3216.

di prevedibilità scientifica del risultato. Simmons già nel 2013 aveva affermato che, per quanto la quantificazione del danno non potrà mai diventare una scienza esatta, comunque i tribunali arbitrali d'investimento cercano il più possibile di basare le proprie decisioni su teorie scientifiche corroborate e già precedentemente riconosciute<sup>51</sup>.

Nell'arbitrato commerciale in senso stretto, l'approccio è lo stesso: un recente studio di PWC e Queen Mary University su più di 700 lodi ICC ha dimostrato che in più del 40% dei casi i tribunali muovono delle critiche alla richiesta risarcitoria di parte perché ritengono che non vi siano sufficienti prove o che l'esperto di parte non abbia correttamente e propriamente sviluppato e argomentato la teoria economica utilizzata<sup>52</sup>.

Invece, nel primo – e fino a non troppo tempo fa unico – caso in cui la CIG è stata chiamata a quantificare il risarcimento di danno, ossia *Corfu Channel*, l'approccio era stato estremamente differente. In tale caso la Corte ha ordinato all'Albania di pagare circa 850.000 sterline al Regno Unito sulla base di un report tecnico preparato da alcuni esperti nominati dalla Corte<sup>53</sup>. Nella decisione sulla fase del *quantum*, peraltro estremamente succinta, la Corte si è limitata a notare che la quantificazione proposta dal Regno Unito appariva simile a quella a cui erano giunti i periti nominati dalla stessa Corte e/o ragionevole<sup>54</sup> e, pertanto, ha accolto le richieste dello Stato ricorrente. Si nota, innanzitutto, una grande differenza rispetto alla prassi dei tribunali commerciali in cui l'utilizzo di un esperto nominato dal tribunale è l'eccezione. La regola è che siano le parti a nominare periti i quali elaborano scritti lunghi e articolati, arricchiti con numerose prove documentali, a supporto del danno richiesto. Inoltre, la CIG non si è espressa sulle prove fornite dal Regno Unito, sul loro eventuale esame svolto dall'esperto da lei nominato né sul criterio economico eventualmente adottato<sup>55</sup>.

Dopo *Corfu Channel*, la successiva decisione degna di nota è quella resa nel caso *Diallo*, che è già stato già menzionato nella precedente

<sup>51</sup> J. SIMMONS, *Valuation in Investor-State Arbitration: Toward a More Exact Science*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2012, 30(1), 196, 250.

<sup>52</sup> PWC Queen Mary Research Paper, *Damages awards in international commercial arbitration*, 2020, 16 (accessibile al seguente link: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/media/law/docs/research/Queen-Mary-research-paper-December-2020.pdf>>).

<sup>53</sup> Corte internazionale di giustizia, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, *Assesment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kindgdom of Great Britain and Northern Ireland*, 15 dicembre 1949, in *ICJ Reports 1949*, 244 ss.

<sup>54</sup> *Ivi*, 8-10.

<sup>55</sup> C. GREY, *Remedies*, cit., 881.

sezione 3 come esempio di quanto la CIG sia scettica a utilizzare la giurisprudenza dei tribunali arbitrali “commerciali”. Anche in merito alla quantificazione dei danni il quadro non appare differente. In tale caso, la Guinea aveva chiesto sia danni morali che materiali in relazioni agli asseriti illeciti internazionali compiuti dal Congo a danno di Diallo e delle sue società. In particolare, tra i danni materiali, la Guinea aveva lamentato perdite di proprietà, della remunerazione professionale per il periodo in cui Diallo era stato illegittimamente detenuto così come perdita di potenziale ulteriore guadagno<sup>56</sup>. Nonostante la Guinea non avesse fornito specifiche prove a supporto della propria richiesta, nemmeno in relazione al valore dei beni asseritamente di proprietà di Diallo, la Corte ha comunque riconosciuto un risarcimento pari a USD 10.000 sulla base di “considerazioni d’equità”. La Corte, infatti, ha stabilito che un qualche tipo di danno patrimoniale Diallo doveva averlo subito e, dunque, era equo e giusto riconoscergli almeno quella somma<sup>57</sup>. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Greenwood ha commentato negativamente tale appoggio, notando che la Guinea non aveva fornito alcuna prova né del danno subito né della correlazione causale tra tale danno e l’illecito commesso dal Congo<sup>58</sup>.

Una decisa deviazione rispetto al precedente approccio sembra tuttavia potersi rilevare in un caso recente in cui la Corte si è di nuovo cimentata nella quantificazione risarcitoria, ossia *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*<sup>59</sup>. Nel menzionato caso, dopo aver stabilito la responsabilità da illecito internazionale nel 2015, la CIG ha emesso la decisione sul quantum nel 2018. L’approccio risulta del tutto diverso sia rispetto a *Diallo* che a *Corfu Channel*. Invero, la Corte, pur richiamando il caso *Diallo* per ribadire la propria discrezionalità nel quantificare il danno subito<sup>60</sup>, nella pratica analizza e si basa notevolmente su quanto provato dalle parti e dai rispettivi esperti durante gli scambi di memorie. Arriva addirittura ad analizzare gli approcci economici proposti da entrambe le parti e a spiegare perché determinati

<sup>56</sup> Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, decisione sulla compensazione del 19 giugno 2012, in *ICJ Reports 2007*, 324 ss., par. 18-55.

<sup>57</sup> *Ivi*, par. 33-36.

<sup>58</sup> Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, decisione sulla compensazione del 19 giugno 2012, in *ICJ rep. 2007*, opinione dissenziente del giudice Greenwood.

<sup>59</sup> Corte internazionale di giustizia, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 2 febbraio 2018, in *ICJ Reports 2018*, 15 ss.

<sup>60</sup> *Ivi*, par. 35.

metodi di calcolo siano o meno condivisibili<sup>61</sup>. Così, la Corte in qualche modo appare sposare l'approccio dei tribunali arbitrali "commerciali" e ricercare, per quanto possibile, una verità scientifica, anche tramite l'ausilio fornito dalla documentazione peritale prodotta dalle parti<sup>62</sup>.

Infine, l'influenza di principi sviluppati in seno ai tribunali arbitrali "commerciali" sui tribunali interstatali può rilevarsi persino in tema di principi sull'indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante. In questo caso, l'analisi da svolgersi riguarda gli statuti e regolamenti dei relativi tribunali piuttosto che la loro giurisprudenza. In particolare, lo statuto della CIG prevede che «*no member of the Court may exercise any political or administrative function or engage in any other occupation of a professional nature*» (art. 16). Già negli anni '90, la Corte aveva chiarito che tale divieto non impediva una limitata partecipazione dei propri giudici in altre attività giudiziarie o quasi giudiziarie di natura occasionale e che, in particolare, le eventuali nomine quali arbitri non rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 16 anche alla luce di una lunga tradizione in tal senso già dai tempi della CPIG. Secondo la Corte, vi erano solo due circostanze che avrebbero dovuto costituire causa di incompatibilità *prima facie*: casi in cui tali nomine avrebbero impedito loro di dare assoluta precedenza agli obblighi quali membri della CIG e nomine in controversie che, in una fase successiva, si sarebbero potute devolvere alla stessa CIG<sup>63</sup>. Anche in risposta a un forte scetticismo sul punto mostrato dall'*Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nel 1996 la Corte aveva ribadito tale posizione<sup>64</sup>. In altri termini, solamente l'effettiva esistenza di circostanze che – in termini "sostanziali" – impedissero ai membri della CIG di svolgere in maniera pienamente indipendente e imparziale le proprie mansioni avrebbe costituito causa di incompatibilità. Viceversa, il fatto che un "doppio incarico" quale giudice della CIG e arbitro potesse "far apparire" il membro in questione non obiettivo rimaneva irrilevante fintanto che non comprovato. Negli ultimi anni, la discussione relativa all'indipendenza e imparzialità degli arbitri e alle modalità per evitare il c.d. *double hatting* si è fortemente ravvivata, an-

<sup>61</sup> *Ivi*, *inter alia*, parr. 44-53.

<sup>62</sup> V. STOICA, *Remedies Before the International Court of Justice: A Systemic Analysis*, Cambridge, 2021, 134-135.

<sup>63</sup> UN Secretary General, *Conditions of service and compensation for officials other than Secretariat officials: Members of the International Court of Justice*, U.N. Doc. A/C.5/50/18, 2 novembre 1995.

<sup>64</sup> P. COUVREUR, *Article 16*, in A. ZIMMERMANN et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2019, 438-440.

che alla luce dell'intensificato dibattito sulla riforma dell'arbitrato d'investimenti<sup>65</sup>. Così come avvenuto in materia di organi *de facto* e di quantificazione del danno risarcibile, nemmeno in questo caso la CIG appare essere rimasta immune dagli sviluppi intervenuti nell'arbitrato "commerciale". Invero, nel 2018, la CIG ha adottato una decisione che impedisce ai suoi giudici di accettare incarichi in arbitrati d'investimento e che limita fortemente le potenziali nomine anche negli arbitrati inter-statali<sup>66</sup>. In tale *revirement* della Corte sembra riecheggiare l'approccio già da tempo adottato dai tribunali arbitrali commerciali in senso stretto volto a scongiurare non solo situazioni di effettiva mancanza di imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante, ma anche a quelle circostanze che possano dare adito a "giustificabili dubbi" sulla stessa imparzialità e indipendenza<sup>67</sup>.

### 5. Considerazioni finali

In base all'analisi svolta nel presente contributo, chi scrive ritiene che, al di là della ritrosia della CIG a richiamare esplicitamente la giurisprudenza dei tribunali arbitrali "commerciali", non sia vero, come sembrerebbe a una prima e superficiale analisi, che il processo di contamina-

<sup>65</sup> S.W. SCHILL et al., *Independence and Impartiality of Adjudicators in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2020, 21 (2-3), 441-474.

<sup>66</sup> H.R. FABRI e J. PAINE, *The Procedural Cross Fertilization Pull*, in C. GIORGETTI e M.A. POLLACK (eds.), *Beyond*, cit., 80.

<sup>67</sup> P. HORN, *A Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration*, in *NYU Journal of Law & Business*, 2014, 11(2), 349, 369-370. Cfr. lo standard n. 2(a)-(b) nelle linee guida dell'*International Bar Association* sui conflitti d'interesse nell'arbitrato internazionale («(a) *An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent. (b) The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, which, from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances, would give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence [...]*»); l'art. 12, par. 1 del regolamento arbitrale UNCITRAL 2021 («*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence*»); l'art. 10, par. 1 del regolamento arbitrale 2020 della *London Court of International Arbitration* («*The LCIA Court may revoke any arbitrator's appointment upon its own initiative, at the written request of all other members of the Arbitral Tribunal or upon a written challenge by any party if: [...] (iii) circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to that arbitrator's impartiality or independence*»).

zione “al contrario”, ossia dai tribunali arbitrali “commerciali” verso le corti interstatali, sia del tutto assente. Invero, nella precedente sezione 4 sono stati identificati esempi di contaminazione implicita i quali spingono a ritenere che nella realtà la CIG non sia immune agli sviluppi giurisprudenziali dei tribunali arbitrali “commerciali”. Tuttavia, come richiamato nella precedente sezione 2, vi sono altresì casi in cui la CIG ha esplicitamente rifiutato di adottare principi sviluppati dall’arbitrato internazionale.

A motivo di tale differente approccio è forse la diversa origine dei principi oggetto della potenziale contaminazione. Di fatto, in *Diallo* e in *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean*, la CIG si è rifiutata di adottare e abbracciare concetti e istituti che sono pacificamente sorti nell’ambito della giurisprudenza arbitrale “commerciale”. Il concetto di “legittime aspettative” così come l’ampia protezione degli investitori all’estero per i danni subiti dalle società di cui sono azionisti a seguito di illecito internazionale sono istituti originati e/o sviluppati dall’interpretazione dei trattati d’investimento da parte dei tribunali arbitrali. La CIG, pertanto, non ha voluto – almeno per ora – accogliere principi che identifica come completamente estranei rispetto al suo reame anche, plausibilmente, per evitare di aprirsi a potenziali futuri sviluppi degli stessi principi su cui non avrebbe alcun controllo proprio perché continueranno ad essere principalmente oggetto degli arbitrati d’investimento.

Al contrario, il concetto di organo di fatto, i principi in materia di quantificazione del danno risarcibile e i requisiti sull’indipendenza e imparzialità dell’organo giudicante, come analizzati nella precedente sezione 3, sono tutti istituti che appartengono al diritto internazionale generale. Per di più, lo sviluppo dei primi due è proprio originato da decisioni della CIG, rispettivamente in *Nicaragua* e in *Chorzów Factory*. Tali concetti sono dunque stati prima plasmati e/o evocati dalla CIG e, solo successivamente, sono stati analizzati, assimilati e rimodellati dai tribunali arbitrali tanto da diventare più “maturi”. In tale ottica, nei casi *Genocide* e *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*, la CIG ha implicitamente ammesso che i menzionati principi rientrassero nel suo reame, seppur nelle nuove forme sviluppate anche tramite la giurisprudenza dell’arbitrato “commerciale”.

In questa chiave, si riesce anche a meglio comprendere l’apparentemente diverso approccio dei tribunali interstatali costituiti sotto gli auspici della PCA: anche la mancanza di motivazione come vizio della decisione è un principio generale che non pertiene specificamente ai tribunali arbitrali “commerciali” e, pertanto, il riferimento a giurisprudenza



arbitrale sul punto nel caso *Abyei* risulta essere meno sovversivo di quanto inizialmente percepito.

Volendo perseguire la menzionata tesi in relazione al discrimine utilizzato dai tribunali inter-statali per decidere se accogliere o meno influenze della giurisprudenza arbitrale “commerciale”, sarebbe auspicabile una maggior apertura in tal senso in relazione al concetto di *abuse of process*. Invero, pur riconoscendo l’esistenza di tale concetto e la possibilità per le parti di invocarlo secondo il diritto internazionale generale, ad oggi la Corte non ha ancora chiarito in modo esplicito quale sia lo standard applicabile né le condizioni da soddisfare. Nella pratica, la CIG ha sempre rigettato le obiezioni basate su tale concetto senza spiegare nel dettaglio le ragioni per tale rigetto<sup>68</sup>. Ciononostante, vi sono numerose opinioni dissenzienti a tali decisioni secondo cui le obiezioni avrebbe dovuto essere accolte e le istanze espressamente rigettate per *abuse of*

<sup>68</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, decisione sulle obiezioni preliminari, 26 novembre 1957, in *ICJ Reports 1957* (in relazione alla presentazione troppo rapida di una domanda); Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, sentenza del 5 febbraio 1970, in *ICJ Reports 1970* (in relazione a una nuova domanda che ripropone le stesse argomentazioni già utilizzate in una causa precedente, poi interrotta); Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, decisione sulle misure provvisorie, 10 maggio 1984, in *ICJ Reports 1984* (in relazione alla propaganda politica come motivazione alla base della richiesta di misure cautelari); Corte internazionale di giustizia, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, sentenza del 20 dicembre 1988, in *ICJ Reports 1988* (in relazione a una richiesta di risarcimento che sarebbe stata presentata solo per esercitare pressioni politiche); Corte internazionale di giustizia, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, sentenza del 26 giugno 1992, in *ICJ Reports 1982* (in relazione alla posizione dell’Australia secondo cui il fatto che Nauru avesse agito in modo incoerente e in malafede equivarrebbe a un abuso del processo); Corte internazionale di giustizia, *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, sentenza del 21 giugno 2000, in *ICJ Reports 2000* (in relazione all’argomento del Pakistan secondo cui la *Commonwealth Reservation* dell’India era discriminatoria nel proibire al Pakistan di intentare un’azione contro l’India); Corte internazionale di giustizia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza del 19 dicembre 2005, in *ICJ Reports 2005* (in relazione alla ripresentazione della stessa domanda davanti alla Corte); Corte internazionale di giustizia, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004, in *ICJ Reports 2004* (riguardante questioni che gli Stati Uniti sostenevano essere propriamente parte del funzionamento del loro sistema di giustizia penale e al di fuori della giurisdizione della CIG). Per una rassegna completa sul punto cfr. L. TATTERSALL E A. A. KHAN, *Taking Stock: Abuse of Process within the International Court of Justice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2020, 19(2), 229.



*process*. Molto nota è l'opinione dissenziente del giudice Chagla nel caso *Right of Passage over Indian Territory*, secondo cui il Portogallo aveva commesso un palese *abuse of process* nell'iniziare il procedimento dinanzi alla CIG<sup>69</sup>. Un'altra è quella del giudice Donoghue nel caso *Immunities and Criminal Proceedings*<sup>70</sup>.

Nel richiamato caso, la CIG ha ribadito che, a differenza dell'abuso di diritto, la dottrina dell'abuso di processo può farsi valere soltanto in una fase preliminare del procedimento, e in ogni caso, la soglia di successo è alta e si applica solo nei casi in cui vi siano "prove evidenti" e "circostanze eccezionali". Il giudice Donoghue, da parte sua, ha fornito una forte opinione dissenziente, in cui ha suggerito che la Corte avrebbe dovuto invece accogliere l'obiezione preliminare poiché il caso costituiva una circostanza eccezionale a causa della «sequenza di azioni intraprese dallo Stato attore».

L'elevato numero di opinioni dissenzienti sul punto porterebbe a ritenere che non tutte le obiezioni preliminari basate sull'abuso del processo siano prive di fondamento, tant'è che gli Stati obiettori riescono a convincere almeno alcuni giudici che vi sono elementi di abuso abbastanza forti da richiedere il rigetto delle domande attoree.

L'attuale difficoltà rispetto alle indicazioni della CIG sulla dottrina dell'abuso del processo è che mancano di una reale sostanza. La Corte ha dato solo indicazioni negative, identificando quali tipi di richieste, azioni e comportamenti non costituiscono un abuso. Anche lo standard delle "circostanze eccezionali" è molto vago e di difficile applicazione. Invero, è chiaro che gli Stati si rivolgono alla CIG solo quando la controversia raggiunge una certa forma "eccezionale" che non può essere risolta attraverso mezzi diplomatici. È proprio tale mancanza di sostanza nella dottrina dell'*abuse of process* che rende molto difficile commentare la correttezza o meno di qualsiasi conclusione da parte della CIG dal momento che le critiche mosse contro una decisione possono essere fatte solo come controfattuali e attraverso ipotesi.

Al contrario, i tribunali di investimenti hanno sviluppato copiosa giurisprudenza sul concetto di abuso del processo. Da un lato molti tribunali si sono pronunciati sull'asserito abuso messo in atto dall'investitore che, per poter invocare un determinato trattato, ristruttura il pro-

<sup>69</sup> Corte internazionale di giustizia, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, decisione sulle obiezioni preliminari, 26 novembre 1957, in *ICJ Reports 1957*, 125 ss., opinione dissenziente del giudice Chagla, 172.

<sup>70</sup> Corte internazionale di giustizia, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, decisione sulle obiezioni preliminari, 6 giugno 2018, in *ICJ Reports 2018*, 292 ss., opinione dissenziente del giudice Donoghue.

prio investimento quando la controversia è già sorta o per lo meno *foreseeable*: trend di casi che risulterebbe poco utile alla CIG per la enorme diversità dei presupposti giurisdizionali. Invece, altri tribunali arbitrali hanno chiarito se e quando il fatto che la parte attorea abbia dato vita a c.d. *parallel proceedings* possa costituire abuso del processo<sup>71</sup> o, ancora, come e quando ripresentare per la seconda volta un'istanza già rigettata da un precedente tribunale arbitrale costituisca abuso del processo<sup>72</sup>.

La Corte potrebbe dunque beneficiare dell'influenza alla giurisprudenza arbitrale in relazione a tale concetto e raggiungere velocemente un test più pratico e maturo.

D'altronde, come ha suggerito Greenwood nella sua opinione dissenziente alla decisione in *Diallo*, e come sarebbe auspicabile che i tribunali inter-statali tenessero a mente in futuro, il diritto pubblico internazionale, come sistema integrato, dovrebbe sempre ricevere impulsi dagli sviluppi dei suoi sotto-sistemi in quanto tali sotto-sistemi non potranno mai pienamente funzionare come cellule isolate<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, *Decision on Jurisdiction*, 1 febbraio 2016, parr. 328 ss.

<sup>72</sup> *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/06, *Award*, 10 dicembre 2010, parr. 7.3 ss.

<sup>73</sup> Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, decisione sulla compensazione, 19 giugno 2012, in *ICJ Reports 2007*, dichiarazione del giudice Greenwood, 394, par. 8.

## **SEZIONE II**

### **L'arbitrato nei rapporti tra Stato e individuo**



# LUCI E OMBRE DELL'ARBITRATO SUGLI INVESTIMENTI: QUALE CONTRIBUTO ALLO SVILUPPO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE?

Maria Rosaria MAURO\*

SOMMARIO: 1. Le origini e l'ascesa dell'arbitrato sugli investimenti. – 2. Le “ombre” dell'arbitrato sugli investimenti e l'inizio della crisi. – 3. Le riforme proposte. – 4. Le “luci”: il contributo dell'arbitrato sugli investimenti alla creazione di un *investment environment* più sicuro e allo sviluppo del diritto internazionale. – 5. Prospettive di riforma e possibili sviluppi futuri.

## *1. Le origini e l'ascesa dell'arbitrato sugli investimenti*

Il rapporto di investimento che lega un investitore straniero a uno Stato si contraddistingue per la presenza di parti con natura, caratteri, obiettivi e poteri diversi, nonché con interessi spesso fra loro antitetici. Ciò comporta, talvolta, instabilità e incertezza nel rapporto, che possono dare origine a controversie fra lo Stato ospite e l'investitore straniero.

Originariamente, la soluzione di questo tipo di controversie era affidata ai tribunali nazionali dello Stato ospite o alla protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale dell'investitore. Tuttavia, il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato ospite poteva non essere agevole per l'investitore straniero, né rapido, inoltre non era assicurata sempre l'imparzialità del procedimento. Peraltro, da subito, anche l'istituto della protezione diplomatica non è sembrato essere uno strumento di salvaguardia efficace per l'investitore, sia in quanto non vi è per gli Stati alcun obbligo di esercitare la protezione diplomatica in favore dei propri nazionali, sia poiché lo Stato nazionale dell'investitore è, comunque, libero di concordare con lo Stato ospite i termini di soluzione della controversia e l'ammontare dell'indennizzo che quest'ultimo è tenuto a pagare all'investitore, sia, infine, perché secondo il diritto internazionale consuetudinario il soggetto leso deve avere previamente esaurito tutti i mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento interno dello Stato straniero prima che il

\* Professoressa ordinaria di diritto internazionale, *Universitas Mercatorum*.

suo Stato nazionale possa agire in protezione diplomatica<sup>1</sup>. Di conseguenza, allo scopo di garantire una maggiore tutela dell'investitore straniero, sono stati sviluppati specifici meccanismi di soluzione delle controversie sugli investimenti, indicati ormai tradizionalmente come ISDS (*Investor-State Dispute Settlement Mechanisms*), che consentono all'investitore straniero di agire direttamente contro lo Stato ospite davanti a un tribunale arbitrale internazionale.

Le origini dell'arbitrato sugli investimenti vanno ricercate nei tribunali e commissioni misti, nonché nell'arbitrato commerciale internazionale<sup>2</sup>. Le commissioni miste e i tribunali arbitrali misti hanno rappresentato il primo esempio di meccanismo internazionale per la soluzione di controversie in cui era coinvolto il privato investitore straniero, consentendo, eccezionalmente, l'accesso diretto a metodi internazionali di soluzione delle controversie da parte di un soggetto privato nei confronti di uno Stato straniero sovrano. Il primo caso di "arbitrato misto" fra uno Stato e un privato si è avuto negli anni '30 del secolo scorso nel contesto della *Permanent Court of Arbitration* (PCA), per la soluzione di una controversia fra la società statunitense *Radio Corporation of America* (RCA) e la Cina. In quell'occasione, infatti, Stati Uniti e Cina decis-

<sup>1</sup> Si ricordi al riguardo quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia, *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*, sentenza del 21 marzo 1959, in *I.C.J. Reports 1959*, 27, secondo cui «The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system». Cfr. anche Corte internazionale di giustizia, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentenza del 20 luglio 1989, in *I.C.J. Reports 1989*, 42, in cui la stessa Corte giudica la regola in questione «an important principle of customary international law». La natura consuetudinaria dell'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni è stata ribadita, più di recente, dalla Commissione di diritto internazionale in riferimento all'art. 14, par. 1, del progetto di articoli sulla protezione diplomatica, approvato nel 2006 (cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-eight Session*, A/61/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, 2, parte 2, 44).

<sup>2</sup> L'arbitrato sugli investimenti condivide diverse caratteristiche con l'arbitrato commerciale, inerenti, del resto, al concetto stesso di arbitro. In particolare, in entrambi i due tipi di arbitro le parti decidono di proporre ricorso dinanzi a un collegio arbitrale da esse nominato e, in linea di principio, stabiliscono il diritto applicabile e le norme procedurali. Anche per quanto riguarda il procedimento arbitrale vi sono regole comuni, ad esempio in materia di costituzione del tribunale e riconsolazione degli arbitri.

ero che RCA avrebbe potuto agire direttamente nei confronti del secondo Stato<sup>3</sup>.

Nel tempo, l'*investment arbitration* ha iniziato a essere previsto, sempre più di frequente, negli *State contracts* e, dopo la Seconda guerra mondiale, ha visto una diffusione crescente con l'applicazione prima delle *Arbitration Rules* della PCA e, dal 1976, anche delle Regole sull'arbitrato della *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

Tuttavia, lo stimolo principale all'affermazione di suddetto metodo di soluzione delle controversie è stata, senz'altro, la conclusione, nel 1965, della Convenzione di Washington istitutiva dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), l'Organizzazione internazionale facente parte del Gruppo della Banca mondiale con il compito di amministrare arbitrati sugli investimenti basati su trattati, contratti e anche leggi nazionali<sup>4</sup>. Tale Organizzazione, costituita nel momento in cui il conflitto fra Paesi esportatori di capitali e Paesi importatori di capitali nel settore era ormai esploso, ha avuto la finalità specifica di predisporre un sistema imparziale e depoliticizzato di soluzione delle controversie e favorire, in tal modo, gli investimenti all'estero, in conformità a quello che è il mandato della Banca mondiale. La Convenzione, pertanto, è stata percepita dai Direttori esecutivi della Banca mondiale come un meccanismo per favorire lo sviluppo economico internazionale, nella convinzione che vi è un legame diretto fra tale sviluppo e gli investimenti stranieri, nonché fra la promozione dei flussi internazionali di investimento e l'esistenza di metodi chiari, definiti e non "politicizzati" di soluzione delle controversie fra lo Stato ospite e l'investitore straniero<sup>5</sup>. Dalla conclusione della suddetta Convenzione,

<sup>3</sup> Cfr. *Radio Corporation of America v. China*, PCA Case No. 1934-01. Il lodo è stato reso il 13 aprile 1935. La controversia, riguardante l'esclusività di una licenza per le radiocomunicazioni, era sorta a seguito dell'investimento effettuato da RCA per la posa di un cavo sottomarino tra Stati Uniti e Cina. La Cina sosteneva che la concessione non fosse esclusiva, potendo essa, pertanto, concedere altre licenze a società concorrenti per favorire gli investimenti.

<sup>4</sup> In realtà, in ambito ICSID si può ricorrere anche allo strumento della conciliazione, che però è molto meno diffuso. Si veda sul tema F. NITSCHKE, *The ICSID Conciliation Rules in Practice*, in C. TITI, K. FACH GÓMES (eds.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford, 2019, 121-143.

<sup>5</sup> V. al riguardo A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, 1972, Vol. 136, 343. Cfr. anche il *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18 marzo 1965, consultabile in <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>, parr. 9

l'arbitrato in materia di investimenti ha acquisito sempre più importanza, divenendo gradualmente lo strumento di soluzione delle controversie privilegiato dagli investitori stranieri<sup>6</sup>.

Il successo dell'*investment arbitration*, soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, è stato favorito, dunque, dall'esigenza di promuovere la certezza del diritto e la stabilità del c.d. *investment climate*, in modo da promuovere l'afflusso di capitali stranieri negli Stati ospiti, principalmente in quelli in via di sviluppo. Indubbiamente, tale mezzo di soluzione delle controversie ha rappresentato, a lungo, la migliore alternativa alla protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale dell'investitore e ai tribunali nazionali dello Stato ospite dell'investimento, sia in quanto ha limitato la possibilità di un conflitto fra Stati insista nell'istituto della protezione diplomatica, sia poiché ha contrastato la mancanza di imparzialità o anche, semplicemente, di *expertise* dei giudici nazionali. L'arbitrato ha costituito, pertanto, una com-

e 12. In uno dei primi casi ICSID, *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 settembre 1983, par. 23, si è affermato: «Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host State, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries» (cfr. in tal senso anche *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 novembre 1984, par. 249; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 maggio 1999, par. 64; *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 novembre 2006, par. 28; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 aprile 2007, par. 38; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 maggio 2007, par. 66).

<sup>6</sup> Proprio per il grande successo del sistema ICSID per la soluzione delle controversie in materia di investimenti, nel 1978, il Consiglio di amministrazione del Centro ha adottato le *Additional Facility Rules*, che hanno consentito il ricorso a tale sistema anche qualora non vi fossero tutte le condizioni previste per la giurisdizione dell'ICSID, ovvero nel caso in cui la controversia non derivasse direttamente da operazioni di investimento o lo Stato ospite dell'investimento o quello nazionale dell'investitore non fossero Membri dell'ICSID (cfr. art. 2 *Additional Facility Rules*). Tuttavia, i procedimenti arbitrali istituiti sulla base di queste regole aggiuntive non beneficiavano delle norme della Convenzione di Washington in materia di *exequatur* dei lodi, che rappresentano una delle maggiori peculiarità di questo sistema; perciò, l'esecuzione del lodo in tali ipotesi era disciplinata dalle norme in vigore nel foro del giudice richiesto. Tali Regole sono state adottate il 27 settembre 1978 e, successivamente, emendate nel 2002, nel 2006 e nel 2022. L'ultima versione è in vigore dal 1° luglio 2022.



ponente fondamentale del regime di protezione garantita all'investitore straniero<sup>7</sup>.

## 2. Le "ombre" dell'arbitrato sugli investimenti e l'inizio della crisi

Nonostante l'ampia diffusione negli anni dell'arbitrato sugli investimenti, tale strumento è stato oggetto, di recente, di numerose critiche da parte di Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative e pure di studiosi, che ne hanno messo in evidenza i limiti (le "ombre")<sup>8</sup>. Queste critiche hanno indotto, in realtà, a mettere in discussione l'intero regime giuridico internazionale in materia di investimenti, ritenuto eccessivamente a tutela degli interessi dell'investitore privato e

<sup>7</sup> Cfr. al riguardo *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 gennaio 2000, in cui si afferma: «there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce ... International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded». In tal senso v. anche *Siemens AG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2004, par. 102; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2006, par. 59; *Gas Natural SDG SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 giugno 2005, par. 31.

<sup>8</sup> V. in particolare al riguardo C.N. BROWER, C.H. BROWER II, J.K. SHARPE, *The Coming Crisis in the Global Adjudication*, in *Arbitration International*, 2003, 415-440; C.N. BROWER, M. OTTOLGENHI, P. PROWS, *The Saga of CMS: Res Judicata, Precedent, and the Legitimacy of ICSID Arbitration*, in C. BINDER et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, 843-864; S.D. FRANCK, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2009, 435-489; M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.H.L. CHUNG, C. BALCHIN (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010; P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators, and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom*, Bruxelles, 2012; S. PUIG, G. SHAFFER, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, in *AJIL*, 2018, 361-409; M.L. MARCEDDU, P. ORTOLANI, *What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments*, in *EJIL*, 2020, 405-428; A.Y. VASTARDIS, *Investment Treaty Arbitration as Justice Bubbles for the Privileged*, in T. SCHULTZ, F. ORTINO (eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, 2020, 617-640; G. VAN HARTEN, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford, 2020, 133-145.

a scapito dello Stato ospite e delle esigenze pubbliche. Di conseguenza, si sta attualmente assistendo a una “crisi di legittimità” del regime giuridico internazionale degli investimenti stranieri e, in particolare, dell'*investment arbitration*<sup>9</sup>.

Diverse sono le prove della disaffezione degli Stati nei confronti dell'arbitrato sugli investimenti. Una prima chiara conferma che era in atto un'inversione di tendenza è stata, nel 2004, la decisione degli Stati Uniti di modificare il proprio modello di BIT, introducendo, tra le altre novità, disposizioni molto più dettagliate in tema di soluzione delle controversie Stato-investitore straniero<sup>10</sup>. Ciò avveniva poco dopo che le parti contraenti del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) avevano adottato una dichiarazione che limitava la protezione dell'Accordo in riferimento all'art. 1105, par. 1, relativo al trattamento giusto ed equo<sup>11</sup>. La giurisprudenza arbitrale collegata alla crisi economico-finanziaria dell'Argentina e l'idea diffusa che, in tale contesto, i tribunali arbitrali non siano stati in grado di proporre soluzioni equilibrate per tutelare anche gli interessi pubblici e non solo quelli privati hanno, ulteriormente, rafforzato il malcontento, soprattutto da parte di determinati Stati. Nel 2007, la Bolivia ha denunciato la Convenzione ICSID e ha tentato di rinegoziare tutti i propri BITs al fine di prevedere una risoluzione delle controversie fra Stato e investitore straniero a opera dei giudici nazionali

<sup>9</sup> Nel 2022, sono stati avviati 46 nuovi casi ISDS (pubblicamente noti) sulla base di *International Investment Agreements* (IIAs). Va detto che tale numero annuo di casi è stato il più basso dal 2010 ed è significativamente inferiore a quello medio decennale (pari a 75 casi all'anno nel periodo 2012–2021). Va precisato, però, che l'effettivo numero di controversie iniziate nel 2022 (e negli anni precedenti) è, probabilmente, più elevato, dal momento che alcuni arbitrati possono essere mantenuti riservati. Nel 2022, circa l'80% degli arbitrati sugli investimenti è stato avviato sulla base di *Bilateral Investment Treaties* (BITs) e *Treaties with Investment Provisions* (TIPs) firmati negli anni '90 o prima. Cfr. al riguardo UNCTAD, *World Investment Report 2023. Investing in Sustainable Energy for All*, Ginevra, 2023, 78. Secondo i dati aggiornati al 31 dicembre 2023, vi sono stati finora 1332 *investment treaty arbitrations* (cfr. *Investment Dispute Settlement Navigator*, consultabile in <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>).

<sup>10</sup> Cfr. sez. B del *Model BIT* adottato nel novembre 2004 dagli Stati Uniti.

<sup>11</sup> Cfr. NAFTA *Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31 luglio 2001, consultabile in [http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp). In tale interpretazione vincolante del Trattato, la *Free Trade Commission* del NAFTA ha sostenuto chiaramente che il concetto di trattamento giusto ed equo coincide con lo standard minimo internazionale consuetudinario, non includendo garanzie ulteriori. Il NAFTA, firmato il 17 dicembre 1992, è stato, di recente, sostituito dallo *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), firmato il 30 novembre 2018.

invece che attraverso l'arbitrato internazionale. Inoltre, nel 2009, l'Ecuador, che già nel 2007 aveva dichiarato di volere ritirare il consenso all'arbitrato ICSID per le controversie nel settore petrolifero e minerario, ha denunciato la Convenzione, seguito, nel 2012, anche dal Venezuela. Nel febbraio 2024, infine, pure l'Honduras ha denunciato tale Convenzione. Va aggiunto che uno Stato attualmente così rilevante per l'economia internazionale come il Brasile non ha mai ratificato la Convenzione ICSID. Progressivamente, uno scontento generale è emerso, che ha coinvolto anche i Paesi industrializzati, in passato i principali sostenitori di tale metodo di soluzione delle controversie, e indotto numerosi Stati a prendere iniziative per limitare il ricorso all'*investment arbitration*<sup>12</sup>, ad esempio cominciando a eliminare le clausole sulla soluzione delle controversie Stato-investitore nei loro IIAs<sup>13</sup>, denunciando i propri BITs<sup>14</sup> e pure trattati multilaterali importanti come il Trattato sulla Carta dell'energia<sup>15</sup>. Gli Stati hanno, altresì, iniziato pure a mostrare una certa riluttanza ad accettare i lodi arbitrali, contestandoli attraverso le procedure di annullamento disponibili<sup>16</sup>.

La critica nei confronti dell'arbitrato sugli investimenti riguarda aspetti di natura sia sostanziale sia procedurale. In via generale, si teme che tale strumento possa rappresentare una limitazione della sovranità normativa degli Stati e della loro discrezionalità politica, anche in considerazione del fatto che gli arbitri internazionali, sempre più spesso, si trovano a dovere decidere su temi fondamentali e di interesse generale quali l'accesso all'acqua<sup>17</sup>, la salute pubblica<sup>18</sup> e la protezione ambien-

<sup>12</sup> V. K. MILES, *Investor-State Dispute Settlement: Conflict, Convergence and Future Directions*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2016, 273-308.

<sup>13</sup> Cfr. J. KURTZ, *Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication*, in *ICSID Review*, 2012, 65-86.

<sup>14</sup> V. T. VOON, A.D. MITCHELL, *Denunciation, Termination and Survival: the Interplay of Treaty Law and International Investment Law*, in *ICSID Review*, 2016, 413-433.

<sup>15</sup> Cfr. su tale argomento M.R. MAURO, *Investment Disputes and Fight Against Climate Change in Light of the Energy Charter Treaty: the Delicate Position of the European Union*, in *Transnational Dispute Management-TDM*, 2023, 1. Il Trattato sulla Carta dell'energia è stato firmato il 17 dicembre 1994.

<sup>16</sup> Ad esempio, l'Argentina ha chiesto l'annullamento di numerosi lodi arbitrali resi a seguito delle misure che aveva adottato per fare fronte alla crisi economica-finanziaria dell'inizio degli anni 2000 e si è opposta alla loro esecuzione sulla base di vari appigli giuridici.

<sup>17</sup> V. al riguardo A.M. DAZA-CLARK, *International Investment Law and Water Resources Management: an Appraisal of Indirect Expropriation*, Leiden, Boston, 2017.

<sup>18</sup> Cfr. V. VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Londra, 2012.

tale<sup>19</sup>. Infatti, preoccupa un'interpretazione delle norme applicabili agli investimenti stranieri da parte degli arbitri eccessivamente sbilanciata a favore dell'investitore e degli interessi privati, venendo, invece, sacrificata la tutela di obiettivi pubblici della collettività<sup>20</sup>, anche spesso con una valutazione sovrastimata dei danni subiti dall'investitore<sup>21</sup>.

Sul piano procedurale, inoltre, destano perplessità, in particolare, i seguenti aspetti: la presunta parzialità degli arbitri e la loro mancanza di responsabilità nonché di indipendenza (limiti che hanno indotto alcuni a esprimere l'esigenza di un codice di condotta); la riservatezza dei lodi e la mancanza, in generale, di trasparenza dei procedimenti arbitrali; gli elevati costi e la pratica del *third party funding*<sup>22</sup>; la possibilità di procedimenti paralleli e del c.d. *forum shopping*, con complicazioni derivanti dalla presenza di più sedi arbitrali nonché di più regole procedurali e sostanziali applicabili<sup>23</sup>; la mancanza di coerenza, prevedibilità e correttezza delle decisioni arbitrali, che renderebbe meno "certo" il quadro in cui lo Stato ospite e l'investitore straniero devono operare; e, collegato a tale ultimo aspetto, il fatto che il lodo possa essere vincolante in via definitiva senza alcuna possibilità di appello, contribuendo l'assenza di meccanismi di appello a favorire una giurisprudenza poco coerente e, finanche, contraddittoria<sup>24</sup>. Va aggiunto, altresì, che pure i vantaggi che

<sup>19</sup> V. a riguardo J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, 2012.

<sup>20</sup> V. H. MANN, *The Right of States to Regulate and International Investment Law: a Comment*, in UNCTAD, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*, New York, Ginevra, 2003, 211–223.

<sup>21</sup> Cfr. ad esempio *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, ICSID Case No. ARB/12/1, 12 luglio 2019; *Process and Industrial Developments v. Nigeria*, Final Award, arbitrato *ad hoc* (*Nigerian Arbitration Act*), 31 gennaio 2017. V. al riguardo, J.C. BOUÉ, *The Investor-State Dispute Settlement Damages Playbook: to Infinity and Beyond*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 372–397.

<sup>22</sup> V. sul tema B. GUVEN, L. JOHNSON, *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, maggio 2019, consultabile in <<https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/The-Policy-Implications-of-Third-Party-Funding-in-Investor-State-Dispute-Settlement-FINAL.pdf>>; D. DAVITTI, P. VARGIU, *Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 487–500.

<sup>23</sup> Sul tema v. M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.H. L. CHUNG, C. BALCHIN (eds.), *The Backlash*, cit.

<sup>24</sup> Cfr., al riguardo, *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 3 settembre 2001, *CME Czech Republic BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 settembre 2001 e Final Award, 14 marzo 2003. V. al riguardo C. N. BROWER,

hanno, tradizionalmente, stimolato la diffusione di tale metodo di risoluzione delle controversie sembrerebbero ormai scomparsi, come ad esempio i tempi rapidi della procedura<sup>25</sup>.

Infine, un ulteriore e fondamentale elemento di complessità è emerso negli ultimi anni, legato al rapporto fra diritto internazionale degli investimenti e diritto dell'Unione europea (UE) e, più nello specifico, fra la competenza della Corte di giustizia di Lussemburgo e quella degli *investment arbitration tribunals*. Come è noto, il Trattato di Lisbona del 2007 ha introdotto una competenza esclusiva dell'UE in materia di investimenti esteri diretti nell'ambito della politica commerciale comune<sup>26</sup>, determinando un dibattito circa la ripartizione di competenze in tale settore fra l'Organizzazione e i suoi Stati membri. A seguito di tale importante innovazione, si è assistito all'adozione non solo di diversi atti da parte delle Istituzioni volti a un'affermazione chiara della competenza dell'UE in tema di conclusione di IIAs e, in generale, di investimenti stranieri<sup>27</sup>, ma anche di sentenze e pareri da parte della Corte di giustizia

J. K. SHARPE, *Multiple and Conflicting International Arbitral Awards*, in *Journal of World Investment*, 2003, 211-222; S. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, in *Fordham LR*, 2005, 1521-1625, in particolare 1537-1538; G. KAUFMANN-KOHLER, *Is Consistency A Myth?*, in E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI (eds.), *Precedent in International Arbitration*, New York, 2008; A. REINISCH, *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration*, in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, 107-126; C. SCHREUER, *Coherence and Consistency in International Investment Law*, in R. ECHANDI, P. SAUVÉ (eds.), *Prospects in International Investment Law*, Cambridge, 2013, 391-402; R. DOLZER, *Perspectives for Investment Arbitration: Consistency as a Policy Goal?*, in *ivi*, 403-410; N. RIDI, *Approaches to External Precedent: The Invocation of International Jurisprudence in Investment Arbitration and WTO Dispute Settlement*, in S. GASPAR-SZILAGYI, D. BEHN, M. LANGFORD (eds.), *Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?*, Cambridge, 2020, 121-148.

<sup>25</sup> V. D. W. RIVKIN, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: the Elder Town Model Revisited*, in *Arbitration International* 2008, 375-386.

<sup>26</sup> Cfr. l'art. 207, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE).

<sup>27</sup> Cfr. al riguardo il considerando 6 del Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti; l'art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte; la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Tutela degli investimenti intra-UE,

in cui è stata sostenuta, con vigore, la prevalenza del diritto dell'UE sul diritto internazionale degli investimenti e della competenza della Corte stessa su quella dei tribunali arbitrali nel risolvere controversie in materia di investimenti fra privati e Stati in cui possa essere coinvolta l'applicazione del diritto dell'UE<sup>28</sup>. Da tale giurisprudenza, estremamente rilevante per capire meglio la contrapposizione fra tribunali ad *hoc* e corti permanenti, risultano alcune conclusioni fondamentali che mettono definitivamente in discussione il ruolo dell'arbitrato sugli investimenti negli Stati membri dell'UE<sup>29</sup>. In particolare, emerge che, in conformità con il diritto dell'UE, gli Stati membri sono tenuti a rispettare i seguenti obblighi: porre fine agli IIAs intra-UE in vigore; contestare la competenza di qualsiasi tribunale arbitrale adito da un investitore in una controversia intra-UE, poiché il diritto dell'UE preclude l'applicabilità di tali accordi; negare la corresponsione di eventuali indennizzi decisi dai tribunali arbitrali; e, infine, attraverso i tribunali nazionali, non dare esecuzione ai lodi resi nel contesto di tali arbitrati. I suddetti obblighi deriverebbero dal principio di leale cooperazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TFUE, in virtù del quale, alla luce di una giurisprudenza consolidata, gli Stati membri, nonché i loro tribunali, devono adottare tutte le misure idonee a eliminare le incompatibilità con il diritto dell'UE, derivanti sia dal diritto nazionale sia dai loro obblighi internazionali<sup>30</sup>. Il principio del primato del diritto dell'UE è incondizionato e assoluto e si estende anche agli accordi internazionali di cui uno Stato membro è parte.

COM(2018) 547 documento finale, del 19 luglio 2018, volta a chiarire l'impatto della sentenza *Achmea* sugli investimenti intra-UE.

<sup>28</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, *Slovak Republic v. Achmea BV*, sentenza del 6 marzo 2018, C-284/16; Corte di giustizia UE, parere del 16 maggio 2017, 2/15, relativo all'Accordo di libero scambio con Singapore del 19 ottobre 2018; Corte di giustizia UE, parere del 30 aprile 2019, 1/17, relativo al *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) del 30 ottobre 2016; Corte di giustizia UE, *Moldova v. Komstroy LLC, Successor in Law to the Company Energoalians*, sentenza del 2 settembre 2021, C-741/19; Corte di giustizia UE, *Poland v. PL Holdings Sàrl*, sentenza del 26 ottobre 2021, C-109/20.

<sup>29</sup> Cfr. al riguardo M.R. MAURO, *Diritto dell'Unione europea e arbitrato sugli investimenti: recenti sviluppi alla luce della sentenza Komstroy*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, 277-339; A. CRIVELLARO, *La tormentata relazione tra l'arbitrato internazionale da investimenti e l'Unione Europea*, in questo Volume.

<sup>30</sup> Cfr. al riguardo Corte di giustizia UE, *Amministrazione delle finanze dello Stato v. SpA Simmenthal*, sentenza del 9 marzo 1978, C-106/77, punto 24.



### 3. Le riforme proposte

Per fare fronte alle critiche nei confronti dell'arbitrato sugli investimenti, sono state proposte varie alternative e sono stati anche introdotti alcuni correttivi.

In via generale, sono state individuate quattro possibili soluzioni per superare gli attuali limiti dell'*investment arbitration*: affidare nuovamente la soluzione delle controversie Stato-investitore straniero ai tribunali nazionali dello Stato ospite; promuovere metodi alternativi di risoluzione delle controversie, i cosiddetti *Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods*, in aggiunta all'arbitrato sugli investimenti; apportare specifici miglioramenti all'attuale sistema di *investment arbitration*; istituire una *Multilateral Investment Court (MIC)* permanente<sup>31</sup>.

Si è assistito, così, a un aumento delle iniziative da parte degli Stati e numerose proposte, di portata più o meno ampia, sono state avanzate. In primo luogo, gli Stati hanno iniziato ad apportare modifiche ai propri IIAs al fine di rendere l'*investment arbitration* uno strumento più bilanciato e trasparente<sup>32</sup>. Contestualmente, i tribunali arbitrali internazionali

<sup>31</sup> Cfr. Commissione europea, *Raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, 13 settembre 2017; Consiglio dell'Unione europea, *Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*, 20 marzo 2018. Il tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti dovrebbe sostituire i diversi tribunali multilaterali per gli investimenti previsti dai recenti *Free Trade Agreements (FTAs)* conclusi dall'UE. A tal fine, sono in corso i negoziati nell'ambito del III Gruppo di lavoro dell'UNCITRAL. I capisaldi alla base della proposta dell'UE sono i seguenti: il Tribunale multilaterale per gli investimenti (TMI) dovrebbe essere un'istituzione internazionale permanente; i suoi giudici dovrebbero essere di ruolo, qualificati, ricevere una retribuzione in modo permanente, imparziali e indipendenti; i procedimenti davanti al Tribunale dovrebbero essere condotti in modo trasparente; dovrebbe essere previsto un meccanismo di appello contro la decisione; particolare attenzione dovrebbe essere data all'esecuzione effettiva della decisione; il Tribunale dovrebbe decidere sulle controversie relative ai trattati di investimento, in vigore o conclusi in futuro, che gli Stati accordano di sottoporre alla sua competenza. V. sul tema M. LANGFORD et al., *Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions*, in *JWIT*, 2020, 167-187; J. ARATO, K. CLAUSSEN, M. LANGFORD, *The Investor-State Dispute Settlement Reform Process: Design, Dilemma and Discontents*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, 127-133.

<sup>32</sup> Secondo il nuovo modello olandese di BIT del 22 marzo 2019, ad esempio, che si ispira all'art. 818, par. 3, CETA, «The Tribunal shall decline jurisdiction if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or similar bad faith conduct amounting to an abuse of process» (art. 16, par. 2). Inoltre, secondo l'art. 23 del suddetto modello, nel determinare l'indennizzo, un tribunale prenderà

hanno cominciato a favorire, sempre più, la partecipazione di terze parti attraverso la presentazione di memorie in qualità di *amicus curiae* e a consentire l'accesso pubblico ai procedimenti (sebbene le memorie e le decisioni spesso rimangano confidenziali).

L'UE, in particolare, nel tentativo di istituzionalizzare la soluzione delle controversie in materia di investimenti, ha iniziato a prevedere negli FTAs e negli IIAs che conclude con Stati terzi gli *Investment Court Systems* (ICS)<sup>33</sup>. Contemporaneamente, l'UNCITRAL (*Working Group III*)<sup>34</sup> sta portando avanti i lavori sulla Riforma della soluzione delle controversie investitore-Stato per la creazione di una corte multilaterale permanente<sup>35</sup>, avviati nel

in considerazione la mancata osservanza da parte degli investitori dei Principi guida delle Nazioni Unite in materia di imprese e diritti umani e delle Linee guida per le imprese multinazionali dell'OCSE. Si fa riferimento anche, nell'art. 15, alla futura istituzione di una corte multilaterale per gli investimenti. Inoltre, tale modello prevede la nomina dei membri del tribunale arbitrale competente per la soluzione della controversia fra Stato e investitore straniero a opera di una *appointing authority*: il Segretario generale dell'ICSID per gli arbitrati dell'ICSID o il Segretario generale della PCA per gli arbitrati secondo le regole dell'UNCITRAL (art. 20, par. 1). Gli arbitri non verrebbero più, di conseguenza, nominati dalle parti. Infine, l'art. 20, par. 13 incorpora le *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, adottate dall'UNCITRAL il 16 dicembre 2013 (in vigore dal 1° aprile 2014). Il modello di BIT cerca anche di affrontare il problema del c.d. *double hatting* da parte degli arbitri e del relativo conflitto di interessi, stabilendo che essi non possono essere stati consulenti legali per le parti della controversia nei cinque anni precedenti (art. 20, par. 5). Il CETA, invece, proibisce ai membri del tribunale finanche di agire come esperti nominati dalle parti o testimoni in altre controversie in materia di investimenti (art. 8.30, par. 1).

<sup>33</sup> Clausole in materia di ICS si trovano, ad esempio, nel CETA con il Canada del 30 ottobre 2016, (capitolo 8), nell'*Agreement in principle* annunciato il 21 aprile 2018 con il Messico (sezione C del capitolo sugli investimenti), nell'accordo sulla protezione degli investimenti con Singapore del 19 ottobre 2018 (capitolo 3) e nell'accordo sulla protezione degli investimenti con il Vietnam del 30 giugno 2019 (capitolo 3). La compatibilità degli ICS con il diritto dell'UE (in particolare con il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE) è stata confermata dalla CGUE nel parere 1/17, cit.

<sup>34</sup> Cfr. UNCITRAL, *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*, consultabile in <[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)>. V. al riguardo J. ARATO, K. CLAUSSEN, M. LANGFORD, *The Investor-State*, cit., 2.

<sup>35</sup> Secondo alcuni, tuttavia, tale Corte, pur avendo il vantaggio di assicurare indipendenza, imparzialità e trasparenza, non garantirebbe comunque la partecipazione di soggetti fondamentali quali le comunità locali, v. al riguardo CCSI, *Position Paper in Support of Opinions Expressed in Response to the European Commission's "Public Consultation on a Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution"*, 15 marzo 2017, consultabile in <<https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-EU-Court-public-consultation-submission-15-Mar-17-FINAL.pdf>>; A. Y. VASTARDIS, *Justice Bubbles for the EU's Investment Privileged: a Critique of the Investor-State Dispute Settlement Proposals for the EU's Investment Agreements*, in *London Review of International Law*, 2018, 279–297; F. J. GARCIA, B. S.



2017<sup>36</sup>. Infine, in ambito ICSID, nel 2022 sono state approvate le modifiche riguardanti i regolamenti e le regole dell'Organizzazione<sup>37</sup>, nell'ottica di una razionalizzazione e accelerazione dei procedimenti, nonché di una maggiore efficienza e trasparenza (ad esempio, con l'introduzione della regola della pubblicazione automatica dei lodi e la divulgazione dei finanziamenti da parte di terzi).

#### 4. Le "luci": il contributo dell'arbitrato sugli investimenti alla creazione di un investment environment più sicuro e allo sviluppo del diritto internazionale

Nonostante le numerose critiche, l'ampia diffusione dell'arbitrato sugli investimenti quale strumento di soluzione delle controversie conferma che, negli anni, tale meccanismo è stato accolto con grande favore non solo dall'investitore straniero ma anche dallo Stato ospite dell'investimento.

Grazie all'*investment arbitration*, l'investitore ha acquisito lo *ius standi* davanti a tribunali internazionali che applicano, fondamentalmente, il diritto internazionale nella soluzione della controversia. Pertanto, sin dalle origini, l'arbitrato sugli investimenti ha rappresentato per l'investitore una componente essenziale del *business environment* e una garanzia di sicurezza giuridica. Tuttavia, anche lo Stato ospite beneficia dei vantaggi derivanti da tale metodo. In primo luogo, l'arbitrato è considerato, in genere, una prova dell'esistenza di un *investment climate* adeguato nel Paese, costituendo, in tal modo, un incentivo importante per gli investitori stranieri a investire in un determinato Stato e pro-

GUVEN, *Designing a Multilateral Investment Court for Procedural Justice*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 461-486.

<sup>36</sup> UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Fiftieth Session*, New York, 3-21 luglio 2017, UN Doc A/72/17, par. 264; UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Fourth Session (Vienna, 27 novembre-1 dicembre 2017)*, 19 dicembre 2017, UN Doc A/CN.9/930/Rev.1. Vi è un precedente importante rappresentato dall'Accordo unificato per l'investimento del capitale arabo negli Stati arabi, firmato il 26 novembre 1980, che prevede l'istituzione di una Corte araba per gli investimenti (art. 28). Tale Corte è stata istituita nel 1985 e ha reso il suo primo lodo nel 2004.

<sup>37</sup> Cfr. al riguardo A. R. PARRA, *The 2022 Amendments of the Regulations and Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes: Change and Continuity*, in *JWIT*, 2022, 717-736.

muovendo, di conseguenza, lo sviluppo economico del suddetto Stato<sup>38</sup>. Inoltre, l'arbitrato sugli investimenti consente allo Stato ospite di avere a disposizione un mezzo che gli permette di evitare ingerenze e confronti a livello internazionale con lo Stato di provenienza dell'investitore.

Peraltro, nell'attuale contesto di acceso dibattito, in cui ancora poche risposte concrete sono state date, sorge un interrogativo: se, oltre ai risultati in termini di *depoliticizzazione* della soluzione delle controversie Stato-investitore straniero e di effettiva crescita dei flussi internazionali di investimenti nel corso degli anni, tale tipo di arbitrato abbia anche apportato o possa apportare, nel tempo, un contributo allo sviluppo del diritto internazionale in generale (ovvero al "diritto internazionale pubblico"), interagendo con esso in una relazione di reciproco scambio, di identità o, finanche, di conflitto.

In realtà, nonostante le carenze del suddetto metodo, all'origine in buona parte della c.d. "crisi di legittimità" del diritto internazionale degli investimenti, l'arbitrato sugli investimenti ha concorso alla trasformazione e all'evoluzione del diritto internazionale pubblico in relazione a diversi temi fondamentali, a partire dall'affermarsi di un nuovo ruolo dell'individuo e, quindi, della concezione del diritto internazionale non solo come insieme di regole per la disciplina dei rapporti fra soggetti sovrani ma anche come diritto che tutela i privati (in questo caso, gli investitori). Quindi, fra le "luci" dell'arbitrato sugli investimenti va incluso, indubbiamente, il suo apporto all'affermazione di una soggettività internazionale, seppur limitata, dell'individuo.

Al di là di questa considerazione fondamentale di carattere generale, è legittimo interrogarsi sulla relazione fra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale sugli investimenti nell'ambito dell'*investment arbitration*, in particolare, sulla possibilità che l'interpretazione e l'applicazione delle norme internazionali a opera dei tribunali sugli investimenti possano avere ripercussioni sul diritto internazionale nel suo insieme e non solo nei limiti del regime contenuto nell'IIA<sup>39</sup>. In una tale prospettiva, il diritto internazionale degli investimenti potrebbe costituire un motore dello sviluppo del diritto internazionale pubblico.

Se i tribunali internazionali possano contribuire alla creazione e allo sviluppo del diritto internazionale, andando oltre l'applicazione delle

<sup>38</sup> Cfr. al riguardo *Amco v. Indonesia*, 25 settembre 1983, cit., par. 23; *Amco v. Indonesia*, 20 novembre 1984, cit., par. 249.

<sup>39</sup> V al riguardo C. J. TAMS, S. W. SCHILL, R. HOFMANN, *Radiating Effects: the Gentle Impact of International Investment Law on General International Law*, in C. J. TAMS, S. W. SCHILL, R. HOFMANN (eds.), *International Investment Law and General International Law: Radiating Effects?*, Cheltenham, 2023, 2-30.

regole nell'ambito di una specifica controversia, è una questione annosa e complessa, cui sono stati dedicati numerosi studi<sup>40</sup>. Nel diritto internazionale, anche sulla base dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, le decisioni giudiziarie precedenti non possono essere utilizzate per risolvere una data controversia ma unicamente, in via sussidiaria, per determinare le regole di diritto. Inoltre, non esiste nel diritto internazionale il principio dello *stare decisis*, dal momento che un tribunale può decidere in maniera vincolante solo in riferimento a una controversia specifica e a parti determinate, non valendo la regola del precedente vincolante. Ciò si evince chiaramente pure dall'art. 53 della Convenzione ICSID, che specifica che il lodo sarà vincolante per le parti. È vero, altresì, che i lodi arbitrali così come le decisioni delle corti internazionali non costituiscono, in via di principio, prova di una prassi degli Stati necessaria per formare una regola consuetudinaria<sup>41</sup>.

Tuttavia, nella realtà, i tribunali sugli investimenti fanno spesso ricorso a lodi e decisioni precedenti per dare un contenuto concreto a determinati standard e regole, anche per la genericità e la vaghezza di numerose disposizioni contenute negli IIAs. Invero, vi è una tendenza degli arbitri a determinare il contenuto del diritto internazionale consuetudinario non in relazione alla prassi e all'*opinio juris* degli Stati ma sulla base di precedenti decisioni di altre corti e tribunali internazionali, attraverso quella che è stata definita una *self-referential practice*, che tenderebbe a sostituire il diritto internazionale consuetudinario con la *jurisprudence constante*<sup>42</sup>.

In tal modo, i lodi possono svolgere un ruolo importante nello sviluppo delle regole del diritto internazionale consuetudinario, soprattutto quando confermano e chiariscono il contenuto delle suddette regole. Pertanto, attraverso la creazione di “precedenti arbitrali”, i tribunali arbitrali potrebbero contribuire a creare e/o modificare le norme interna-

<sup>40</sup> V al riguardo H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londra, 1958; C.J. TAMS, J. SLOAN (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, 2013; E. CANNIZZARO (ed.), *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, Roma, 2018. Sul tema specifico del contributo dell'arbitrato sugli investimenti allo sviluppo del diritto internazionale v. F. PADDEU *The Impact of Investment Arbitration in the Development of State Responsibility Defences*, in C.J. TAMS, S.W. SCHILL, R. HOFFMAN (eds.), *International Investment Law*, cit.

<sup>41</sup> V. P. DUMBERRY, *The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2016, 269-287.

<sup>42</sup> V. al riguardo Y. RADU, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, 2020.

zionali. Un tale orientamento induce a ritenere che, spesso, la funzione della giurisprudenza arbitrale non sia meramente sussidiaria. Nel caso *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ad esempio, il Tribunale ha affermato: «the Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. Nevertheless, the majority considers that it must pay due regard to earlier decisions of international courts and tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It further believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law»<sup>43</sup>.

Al di là delle diverse posizioni sul rapporto fra IIAs e diritto internazionale consuetudinario<sup>44</sup>, si può ritenere, in effetti, che gli obblighi presenti nei suddetti accordi e le interpretazioni di tali obblighi a opera dei tribunali arbitrali possano incidere sul diritto internazionale consuetudinario<sup>45</sup>, agevolando la nascita di nuove norme generali o contribuendo a chiarire il contenuto di quelle esistenti. Questa funzione “paranormativa” dell’arbitrato sugli investimenti è favorita anche da alcune peculiarità che esso ha rispetto all’arbitrato commerciale, da cui il primo pure ha avuto origine. Tali caratteristiche aumentano di gran lunga nel primo, rispetto al secondo, l’incidenza su soggetti estranei alla controversia. Infatti, mentre la funzione dell’arbitrato commerciale è limitata alla soluzione di singole specifiche controversie, l’*investment arbitration* può rappresentare un meccanismo attraverso cui guidare, più in generale, il comportamento degli investitori e, soprattutto, degli Stati, dal momento che, oramai, si tratta quasi sempre di un *treaty-based arbitration* ovvero di un arbitrato che trova il suo fondamento in un trattato interna-

<sup>43</sup> Cfr. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador))*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Responsibility, 14 dicembre 2012, par. 187. Nello stesso paragrafo, tuttavia, si precisa: «Arbitrator Stern does not analyze the arbitrator’s role in the same manner, as she considers it her duty to decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trends».

<sup>44</sup> Cfr. su tale tema M.R. MAURO, *Accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, 24-29, 371-378.

<sup>45</sup> V. al riguardo C. MCLACHLAN, *Investment Treaties and General International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 364; A. KULICK, M. WAIBEL, *General International Law in International Investment Law*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law in International Investment Law. A Commentary*, Oxford, 2024.

zionale<sup>46</sup>. Dal 1990, anno in cui venne deciso il caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*<sup>47</sup>, il primo in cui la competenza del Tribunale si fondava, appunto, su una clausola contenuta in un IIA e, nello specifico, in un BIT<sup>48</sup>, si è avuta un'esplosione degli arbitrati basati su trattati di investimento.

Le controversie risolte mediante il *treaty-based arbitration* sono, in genere, diverse rispetto a quelle proprie dell'arbitrato commerciale, avvicinandosi le prime, per oggetto, più a quelle affidate all'arbitrato inter-statale<sup>49</sup>. Infatti, l'*investment treaty arbitration* non riguarda, normalmente, i diritti di natura privata delle due parti derivanti da un contratto, ma l'esercizio di poteri sovrani. Quindi, mentre nell'arbitrato commerciale la controversia ha a oggetto obblighi contrattuali delle due parti nella loro capacità privata, l'arbitrato sugli investimenti interessa, principalmente, la responsabilità internazionale dello Stato per violazione dei suoi obblighi internazionali verso l'investitore straniero, ovvero quelli contenuti nel trattato o previsti dal diritto internazionale consuetudinario, e solo molto più raramente gli obblighi dello Stato ospite in virtù del contratto di investimento. Molti dei casi sottoposti ai tribunali arbitrali sugli investimenti richiedono agli arbitri di applicare il diritto internazionale consuetudinario in materia, ad esempio in tema di espropriazione, trattamento giusto ed equo e piena protezione e sicurezza. I tribunali interpretano gli IIAs dando un contenuto concreto agli standard generali previsti in tali accordi e favorendo, in tal modo, la creazione, la diffusione e/o il chiarimento di norme internazionali. Infatti, non solo si

<sup>46</sup> V. S. W. SCHILL, *Crafting the International Economic Order: the Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 401-430.

<sup>47</sup> Cfr. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 giugno 1990. Questo è stato anche il primo caso in cui un tribunale ICSID, nell'accertare la presenza del requisito del consenso dello Stato parte della controversia al fine di determinare la propria competenza, non ha fatto riferimento a un compromesso fra tale Stato e l'investitore straniero o a una clausola compromissoria inserita nel contratto di investimento, bensì a un trattato internazionale, ricavando dalle disposizioni contenute nel suddetto strumento il consenso dello Stato parte della controversia e dando vita a quel fenomeno definito in dottrina *arbitration without privity*, *arbitrage sans lien contractuel* o anche *arbitrage transnational unilatéral*, in cui si inquadra il requisito del consenso reciproco in una prospettiva ben lontana da quella originaria e tipica della concezione contrattuale dell'arbitrato. Cfr. al riguardo J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, 232-257.

<sup>48</sup> Si trattava del BIT fra il Regno Unito e lo Sri Lanka del 13 febbraio 1980.

<sup>49</sup> V. C. H. BROWER II, *The Function and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2008, 299.

ha un numero elevatissimo di accordi internazionali sugli investimenti, che hanno clausole simili o addirittura identiche, ma anche, come si è già osservato, il numero di *treaty-based arbitrations* è cresciuto nel tempo, coinvolgendo sempre più Stati e investitori che appartengono ad aree geografiche diverse.

Dunque, al di là del valore attribuito alle decisioni dei tribunali sugli investimenti, in considerazione dell'elevato numero di controversie risolte da tali tribunali e della rilevanza, in genere, dei temi affrontati, resta il fatto che esse non possono essere ignorate in altri settori del diritto internazionale.

Va aggiunto che, rispetto all'arbitrato commerciale, in caso di arbitrato sugli investimenti il lodo è reso pubblico più frequentemente, essendo anche agevolmente accessibile. Ciò significa che tale lodo può, più facilmente, influenzare il ragionamento degli arbitri coinvolti nella soluzione di altre controversie, favorendo in tal modo, talvolta, una giurisprudenza costante<sup>50</sup>; per le stesse ragioni, i lodi possono maggiormente incidere sul comportamento futuro degli Stati.

L'analisi della giurisprudenza dei tribunali sugli investimenti conferma che gli arbitri ricorrono, spesso, al diritto internazionale pubblico<sup>51</sup>, richiamando decisioni della Corte internazionale di giustizia e della Corte permanente di giustizia internazionale, ma anche di organi e tribunali con competenze settoriali, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo, il Tribunale internazionale per il diritto del mare, il Tribunale Iran-Stati Uniti, l'Organo di appello dell'Organizzazione mondiale del commercio e pure tribunali arbitrali interstatali *ad hoc*<sup>52</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali sugli investimenti riguardo all'interpretazione e all'applicazione del diritto internazionale pubblico è, di frequente, in linea con quella di altri tribunali internazionali, ad esempio

<sup>50</sup> Nel caso *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendations on Provisional Measures, 21 marzo 2007, par. 67, il Tribunale ha osservato che, pur non essendo esso vincolato da decisioni precedenti, «At the same time ... it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals» e che «subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases». Infine, «subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law».

<sup>51</sup> Il diritto internazionale sugli investimenti, pertanto, pur con le sue peculiarità, è fortemente radicato nel diritto internazionale. V. al riguardo P.M. DUPUY, *A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the "Fragmentation" of International Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 4.

<sup>52</sup> V. al riguardo, A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit., 18.

relativamente alle fonti<sup>53</sup>, alle regole di attribuzione di una condotta contenute negli artt. 4, 7 e 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali<sup>54</sup> adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2001<sup>55</sup>, alle parti IV e V della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969<sup>56</sup>, agli aspetti rilevanti collegati al tema della successione degli Stati nei trattati<sup>57</sup> e al diniego di giustizia<sup>58</sup>.

Talvolta, vi sono difformità nelle decisioni dei tribunali sugli investimenti rispetto a quelle di altri organi internazionali di soluzione delle controversie, tuttavia, tali divergenze riguardano, spesso, sfumature concernenti regole e principi specifici del diritto internazionale pubblico. Ciò è accaduto, ad esempio, in relazione all'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in riferimento agli accordi conclusi con Stati terzi<sup>59</sup> o in materia di riparazione, relativamente all'applicazione delle regole contenute negli artt. 28-31 e 34-39 del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati riguardo alle quali i tribunali sugli investimenti hanno dimostrato una netta preferenza per il risarcimento rispetto ad altre forme di riparazione, come anche la propensione a concedere più spesso gli interessi composti e la riluttanza a riconoscere i danni morali<sup>60</sup>.

Pertanto, per quanto possa ancora apparire limitato, il contributo dei tribunali sugli investimenti allo sviluppo del diritto internazionale non può essere sottovalutato. Infatti, la giurisprudenza di tali tribunali, che

<sup>53</sup> V. al riguardo P. DUMBERRY, *Article 38 of the ICJ Statute: Sources*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.

<sup>54</sup> Cfr. al riguardo C. BROWN, *Article 4 of the ARSIWA: Conduct of Organs of a State* e *Article 7 of the ARSIWA: Excess of Authority or Contravention of Instructions*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.; A. PAPANASTASIOU, J. VIÑULAES, *Article 8 of the ARSIWA: Attribution of Conduct Instructed, Directed or Controlled by a State*, in *ivi*.

<sup>55</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, A/56/10*, in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, 2, parte 2.

<sup>56</sup> V. L. SOBOTA, A. KEENE, *Parts IV and V of the VCLT: Amendment, Invalidation, Termination and Suspension of Investment Treaties*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit..

<sup>57</sup> V. J. DEVANEY, C. TAMS, *Succession in Respect of Cession, Unification and Separation of States*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.

<sup>58</sup> Cfr. J. HEPBURN, *Denial of Justice*, in *General International Law*, cit.

<sup>59</sup> V. A. KULICK, P. MERKOURIS, *Article 31 of the VCLT: General Rule of Interpretation*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.

<sup>60</sup> Cfr. S. FORREST, G. VIDIGAL, *Part Two, Ch. I and II of the ARSIWA: Remedies*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.



rappresenta il fulcro della prassi riguardante numerose fondamentali norme del diritto internazionale degli investimenti, si è dimostrata molto rilevante in settori quali il diritto dei trattati, in particolare in relazione agli artt. 30, 59 e 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>61</sup>, e la responsabilità internazionale, ad esempio in riferimento agli artt. 5, 15 e 25 del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati<sup>62</sup>.

Dunque, il diritto internazionale degli investimenti non si limita a “ricevere” dal diritto internazionale pubblico poiché, al contrario, il primo contribuisce, decisamente, allo sviluppo del secondo. Questa è un’ulteriore conferma dell’esigenza di una concezione olistica dell’ordinamento giuridico internazionale.

### 5. Prospettive di riforma e possibili sviluppi futuri.

Il regime giuridico internazionale in materia di investimenti che si è sviluppato dopo la Seconda guerra mondiale ha, indubbiamente, favorito i flussi internazionali di investimenti e, di conseguenza, anche lo sviluppo economico di numerosi Stati. Tale regime sta, attualmente, attraversando una fase di profonda crisi. Uno dei suoi maggiori fattori di debolezza è rappresentato dalla perdita di fiducia in esso degli Stati che hanno maggiormente dato impeto alla sua creazione, ovvero quelli industrializzati. Le politiche di *screening* adottate, di recente, dalla maggioranza di tali Paesi sono una prova evidente della messa in discussione delle regole del gioco precedentemente stabilite<sup>63</sup>. Inoltre, il fatto che tali Stati, sempre più di frequente, sono coinvolti in procedimenti arbitrari internazionali in qualità di convenuti, inevitabilmente, alimenta la loro opposizione nei confronti dell’attuale sistema.

<sup>61</sup> V. S. AUGHEY, *Article 30 VCLT: Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject-matter*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.; H. RUIZ-FABRI, R. AYMAN, *Article 59 of the VCLT: Termination or Suspension of the Operation of a Treaty Implied by Conclusion of a Later Treaty*, in *ivi*; ID., *Article 60 of the VCLT: Termination or Suspension of the Operation of a Treaty as Consequence of Its Breach*, in *ivi*.

<sup>62</sup> Cfr. O. HAILES, J. VIÑUALES, *Article 5 of the ARSIWA: Conduct of Empowered Entities*, in A. KULICK, M. WAIBEL (eds.), *General International Law*, cit.; C. ANNACKER, E. HORVATH, *Article 13 of the ARSIWA: International Obligation in Force for a State*, in *ivi*; F. PADDEU, M. WAIBEL, *Article 25 of the ARSIWA: Necessity*, in *ivi*.

<sup>63</sup> V. al riguardo M. THORAL, T. SCHULTZ, *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations*, in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.H. L. CHUNG, C. BALCHIN (eds.), *The Backlash*, cit., 577-602.



La crisi del regime giuridico internazionale sugli investimenti interessa, in larga misura, l'*investment arbitration*, che si fonda ormai, essenzialmente, sugli IIAs e, quindi, sulla volontà degli Stati espressa in tali accordi. Senza un ampio consenso, non si riuscirà a modificare l'impianto del sistema internazionale di soluzione delle controversie Stato – investitore straniero, anche se modifiche di questi accordi e una maggiore sensibilità da parte degli arbitri internazionali<sup>64</sup> potranno, come già sta accadendo, rendere la relazione fra Stato e investitore straniero più equilibrata e rispettosa degli interessi di tutti i soggetti coinvolti<sup>65</sup>.

Tuttavia, nonostante le carenze dell'arbitrato sugli investimenti, vi è da chiedersi se tale strumento non continui a rimanere l'unico metodo, e non solo il preferibile, per una soluzione ordinata delle controversie fra lo Stato ospite e l'investitore straniero. D'altronde, nonostante le numerose critiche, gli IIAs seguitano a essere conclusi e, al loro interno, continuano a essere inserite clausole arbitrali<sup>66</sup>. Dal 2017 (anno di avvio dei lavori nell'ambito del *Working Group III* dell'UNCITRAL), sono stati avviati ben 518 procedimenti (pubblicamente noti)<sup>67</sup>.

D'altro canto, le critiche all'*investment arbitration* non possono certamente essere ignorate. Senza interventi correttivi<sup>68</sup>, il regime giuridico internazionale in materia di investimenti sarà sempre più messo in discussione, con il rischio di mettere a repentaglio i fondamentali progressi ottenuti, nei decenni scorsi, non solo in termini di garanzia dello stato di diritto ma anche di promozione dei flussi internazionali di investimento.

<sup>64</sup> Cfr. ad esempio *Urbaser SA e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Final Award, 8 dicembre 2016; *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims, 7 febbraio 2017; *Eco Oro Minerals Corp v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, opinione parzialmente dissenziente del Professore Philippe Sands QC, 9 settembre 2021.

<sup>65</sup> Cfr. al riguardo C. SCHREUER, *The Future of Investment Arbitration*, in *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2011, 787-803.

<sup>66</sup> V. al riguardo G. VAN HARTEN, A.Y. VASTARDIS, *Special Issue: Critiques of Investment Arbitration Reform, An Introduction*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 363.

<sup>67</sup> Cfr. i dati consultabili nel sito <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>>, aggiornati al 31 dicembre 2023.

<sup>68</sup> Alcuni (limitati) risultati sono già stati ottenuti, come ad esempio le ICSID *Arbitration Rules* in vigore dal 1° luglio 2022 e la Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza nel *Treaty-Based Investor-State Arbitration* (la c.d. "Convenzione di Mauritius sulla trasparenza"), aperta alla firma il 17 marzo 2015 ed entrata in vigore il 18 ottobre 2017.

Tuttavia, tutte le alternative proposte insistono, essenzialmente, su aspetti procedurali dell'*investment arbitration*, mentre sarebbe più opportuno concentrarsi sulla ricerca di soluzioni che rispondano al bisogno di una "sostenibilità" dell'arbitrato sugli investimenti e che siano accettabili per tutte le parti coinvolte.

In altri termini, occorre chiedersi se le riforme proposte, che mirano principalmente a correggere limiti procedurali, siano effettivamente sufficienti. Indubbiamente, le varie proposte e iniziative potrebbero limitare le carenze dell'arbitrato sul piano procedurale. Nondimeno, il problema maggiore, a nostro avviso, risiede nel possibile impatto negativo dell'*investment arbitration* sulla tutela dei diritti, non solo per la limitata attenzione a certi aspetti nelle analisi degli arbitri, ma proprio perché l'attuale procedura può compromettere i diritti all'uguaglianza, alla non discriminazione e ai rimedi effettivi<sup>69</sup>.

Vi è il pericolo che le varie iniziative di riforma non siano in grado di superare il limite più grande dell'attuale regime giuridico internazionale in materia di investimenti stranieri: la schiacciante prevalenza dell'aspetto finanziario privato sul benessere della collettività e sugli interessi pubblici. La prassi del finanziamento a opera di terzi, l'imposizione di indennizzi di importo non solo sproporzionato ma anche incurante delle eventuali gravi condizioni del bilancio dello Stato ospite, la limitata partecipazione delle comunità locali al procedimento arbitrale sono soltanto alcune delle questioni che rischiano di restare irrisolte.

In definitiva, le proposte avanzate, che puntano a correggere aspetti di carattere principalmente procedurale, non appaiono in grado di eliminare le carenze di natura sostanziale del diritto internazionale degli investimenti<sup>70</sup>. Tale ramo del diritto internazionale riconosce fondamentali diritti all'investitore (come il trattamento giusto ed equo, la piena e intera protezione e sicurezza, il trattamento nazionale, il trattamento della nazione più favorita, la clausola ombrello e la regola Hull come standard di indennizzo), la cui applicazione senza ponderatezza è all'origine del controverso dibattito in materia<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> V. sul tema S. DEVA, T. VAN HO, *Addressing (In)Equality in Redress: Human Rights-Led Reform of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 398-436.

<sup>70</sup> Cfr. M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2015, 99-400.

<sup>71</sup> V. M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, 5<sup>a</sup> ed., Cambridge, 2021, 416-572; R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2022, cap. VII-VIII.

Dunque, occorre insistere su riforme radicali del diritto internazionale degli investimenti che, ad esempio, prendano in considerazione l'impatto degli investimenti sulle terre delle popolazioni indigene, i diritti di tali popoli e i diritti umani in generale, nonché la tutela dell'ambiente e la lotta ai cambiamenti climatici<sup>72</sup>. Continuare a mantenere separati i diversi rami del diritto internazionale potrebbe comprometterne lo sviluppo e la sua trasformazione in un diritto effettivamente della comunità internazionale e non solo degli Stati più potenti. Vi è, pertanto, l'esigenza di spostare l'attenzione su riforme che consentano di promuovere un sistema per il trattamento degli investimenti stranieri innovativo e in grado di rispondere alle nuove sfide globali<sup>73</sup>.

In conclusione, una riforma del sistema di soluzione delle controversie seria deve puntare anche a tutelare i diritti delle persone interessate dal progetto di investimento. Questo, effettivamente, corrisponderebbe a una visione del diritto internazionale come diritto che non si limita a esprimere gli interessi dei più forti.

Il sistema internazionale ha bisogno di regole comuni per disciplinare i flussi internazionali di investimenti nell'ottica di uno sviluppo sostenibile e condiviso. Il diritto internazionale degli investimenti deve evolversi in tale direzione perché può rappresentare, anche se non l'unico, uno strumento fondamentale per sradicare sottosviluppo e iniquità<sup>74</sup>. In tale contesto, i meccanismi ISDS potrebbero svolgere un ruolo centrale. D'altronde, l'attuale crisi è in qualche modo il risultato non solo dei cambiamenti sociali, economici e politici avvenuti nel tempo nella società internazionale ma anche, e soprattutto, dello stesso regime giuridico internazionale in materia di investimenti che, dopo una globale affermazione, sta implodendo per i suoi squilibri.

<sup>72</sup> V. al riguardo J. T. GATHII, M. H. O. MBORI, *Reform and Retrenchment in International Investment Law: Introduction to a Special Issue*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2023, 535–563, in particolare 563; I. T. ODUMOSU-AYANU, *Local Communities, Indigenous Peoples, and Reform/Redefinition of International Investment Law*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2023, 792–837.

<sup>73</sup> V. L. COTULA, *International Investment Law and Climate Change: Reframing the ISDS Reform Agenda*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2023, 766–791.

<sup>74</sup> Cfr. al riguardo J. LINARELLI, M. E. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, 2018.



# LA TORMENTATA RELAZIONE TRA L'ARBITRATO INTERNAZIONALE DA INVESTIMENTI E L'UNIONE EUROPEA

Antonio CRIVELLARO\*

SOMMARIO: 1. Le direttive della Commissione agli Stati Membri volte ad attrarre e agevolare investimenti nell'energia pulita. – 2. L'esito sfavorevole dei primi arbitrati e il conseguente ripensamento della Commissione. – 3. Il ruolo della Commissione nel periodo pre-*Achmea*. – 4. La sentenza *Achmea*. – 5. La sentenza *Komstroy* e successiva giurisprudenza arbitrale. – 6. La sentenza *PL Holdings v. Poland*. – 7. La corretta relazione tra diritto dell'Unione e diritto internazionale degli investimenti. – 8. Le decisioni di corti statali in ordine all'*enforcement* di lodi resi in arbitrati intra-UE – 9. Il diverso trattamento riservato al *commercial arbitration*. – 10. Conclusioni.

## *1. Le direttive della Commissione agli Stati Membri volte ad attrarre e agevolare investimenti nell'energia pulita*

La contrapposizione tra istituzioni della UE e arbitrato internazionale da investimenti trova origine nelle controversie arbitrali che insorsero in uno specifico settore, quello degli investimenti su impianti fotovoltaici o eolici, fonti di produzione di energia rinnovabile. Occorre partire dalle Direttive impartite agli Stati Membri dalla Commissione tra il 1996 e il 2014 per incentivare investimenti nel settore delle rinnovabili. Basandosi su una scelta politica dell'Unione protesa a produrre energia elettrica pulita, mediante progressiva sostituzione delle fonti fossili, la Commissione esigeva che gli Stati Membri raggiungessero percentuali di energia rinnovabile sempre più elevate. A tal fine, esortava gli Stati Membri ad attrarre investimenti nel settore, concedendo agli investitori tariffe favorevoli, agevolazioni, regimi fiscali *ad hoc*, il diritto di trasportare e distribuire l'energia elettrica prodotta dagli impianti in regime tale da recuperare i costi più un congruo margine di profitto, e il diritto di deferire controversie ad arbitrato internazionale, sottraendole alla giurisdizione delle corti nazionali.

\* Avv. Dr., Partner di Bonelli Erede.

Nella *2009 Renewables Directive*, la Commissione ribadì con forza che la ragione sottostante era dettata dalla necessità che «[the] main purpose of mandatory national targets is to provide certainty for investors and to encourage continuous development of technologies which generate energy from all types of renewable sources» e che «one important means to achieve the [2020 Targets] is to guarantee the proper functioning of national support schemes [...] in order to maintain investor confidence».

Nel 2013, la Commissione elaborò una *Guidance* destinata agli Stati Membri, richiedendo loro, nel negoziare con i concessionari delle varie licenze, di assumere in favore degli investitori «clear commitments to avoid changes that alter the return on investments already made and undermine investor's legitimate expectations».

È importante sottolineare che le Direttive in oggetto avevano creato il legittimo affidamento che la normativa sugli aiuti di Stato non si sarebbe applicata agli investimenti sulle rinnovabili. Era infatti palese che la Commissione, esortando gli Stati a concedere aiuti in questo particolare settore per abbassare significativamente le quote di energia da fossili, li esentava da quella normativa.

## *2. L'esito sfavorevole dei primi arbitrati e il conseguente ripensamento della Commissione*

Incoraggiati da tali garanzie, una pleora d'investitori ottenne dagli Stati appalti per la costruzione e gestione di impianti e licenze di distribuzione dell'energia elettrica da essi prodotta. Detta prassi iniziò in Spagna dal 1997 e si sviluppò negli anni successivi man mano che la Commissione aumentava gli obiettivi sulle rinnovabili a carico degli Stati e, nel contempo, ampliava gli incentivi che gli Stati erano richiesti di concedere al fine di attrarre investitori.

In Italia, con il Decreto Bersani del 1999, si dava inizio ad un'analogo politica di promozione e agevolazione, e simultanea liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica. Dal 2003, mediante i decreti *Conto Energia*, l'Italia introdusse e progressivamente ampliò il regime delle tariffe agevolate per la congrua remunerazione dei concessionari. Attorno al 2010, in conseguenza della grave crisi dei mercati finanziari, sia Spagna che Italia cominciarono a erodere le garanzie originariamente concesse, la Spagna arrivando a abolirli pro-futuro (2013) per poi persino revocarli retroattivamente (2014). In Italia, analoghe misure restrittive furono meno dirompenti.

Iniziarono dunque gli arbitrati basati sulla *Energy Charter Treaty* (ECT), il cui art. 26 offre agli investitori l'opzione di arbitrare le controversie o in ICSID, o in procedimento *ad hoc* secondo le regole UNCTRAL, o in arbitrato amministrato dall'*Arbitration Institute* di Stoccolma.

I primi procedimenti arbitrati furono iniziati contro Spagna e Italia. La diversa severità delle misure restrittive introdotte nell'uno e nell'altro Stato spiega perché la Spagna sia stata convenuta in 49 procedimenti (12 ancora pendenti) e l'Italia in 10 procedimenti, metà dei quali decisi in suo favore<sup>1</sup>. I Tribunali arbitrati hanno sistematicamente deciso a sfavore della Spagna, assolvendo invece l'Italia nel 50% dei casi, per la diversa portata delle restrizioni normative adottate dai due paesi: in Spagna, la revoca retroattiva e automatica di tutte le precedenti agevolazioni; in Italia, una meno drastica riforma dell'originario regime, con una limitata facoltà lasciata all'investitore di scegliere tra diverse opzioni.

Ebbene, non appena gli Stati europei cominciarono a soccombere in arbitrato (oltre a Spagna e Italia, analoga sorte toccò alla Repubblica Ceca, alla Repubblica Slovacca, all'Ungheria e alla Polonia), la Commissione iniziò ad impedire agli Stati di onorare i lodi ed ad intervenire come *amicus curiae* davanti a tutti i tribunali arbitrati, per sostenere che: (i) le tariffe agevolate costituivano invalidi aiuti di Stato; (ii) gli arbitri erano carenti di competenza essendo la materia regolata, a suo dire, esclusivamente nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e sottoposta ai giudici nazionali, prima, e alla Corte di giustizia in ultima istanza (CGUE).

La palese contraddittorietà tra il comportamento della Commissione post-arbitrati e le precedenti sue Direttive fa insorgere il dubbio che la Commissione abbia violato il principio di affidamento, che fa certamente parte anche del diritto europeo. È bizzarro che nessuno degli Stati, prime vittime del voltafaccia della Commissione, abbia mai invocato detto principio, e si sia invece pedissequamente adeguato alla nuova politica della Commissione. Non furono gli Stati Membri a scegliere di loro iniziativa le facilitazioni per attrarre investimenti a tariffe favorevoli. Essi non fecero che conformarsi alle linee guida impartite dalla Commissione, che – come tali – vincolavano circa il raggiungimento delle finalità fissate dall'Unione.

Ritengo pertanto che la “saga” del conflitto tra *investment arbitration* e istituzioni della UE sia partita col piede sbagliato. Nel sospendere prima e nel restaurare poi, dopo le prime sconfitte in arbitrato, il regime

<sup>1</sup> Dati aggiornati alla data del presente convegno.

degli aiuti di Stato, e nell'eccepire l'incompatibilità dell'arbitrato da investimenti con il diritto della UE, la Commissione non pare essersi comportata in buona fede, né verso gli Stati Membri, né verso gli investitori. E un simile non edificante *incipit* continuerà a corrodere i successivi atti della Commissione e sentenze della Corte, come se esse non riuscissero a retrocedere dalla contraddizione commessa in origine, o quantomeno a porvi rimedio con altri mezzi legittimi.

### 3. Il ruolo della Commissione nel periodo pre-Achmea

Nel periodo che intercorre tra le prime pronunce arbitrali e la sentenza della CGUE nel caso *Achmea*, la Commissione ribadì che i tribunali arbitrali erano carenti di competenza e che la pratica delle tariffe agevolate consisteva in aiuti di Stato incompatibili con il diritto dell'Unione. La Commissione persisteva dunque nella contraddittorietà già notata sopra, mentre gli arbitri trattavano come illegittime le revoche, restrizioni e riduzioni delle garanzie concesse dagli Stati agli investitori dopo che l'investimento era iniziato sotto l'egida delle originarie agevolazioni.

Tra i tanti casi del periodo, menziono l'arbitrato ICSID *Electrabel v. Ungheria*, in particolare la *Decision on Jurisdiction* del 2012. La Commissione aveva eccepito che la controversia opponeva un investitore belga contro uno Stato Membro e dunque rientrava nella categoria delle *Intra-disputes*, di esclusiva competenza delle istituzioni dell'Unione, tanto più che il diritto europeo già regolava la materia e dovevano evitarsi conflitti nella sua applicazione, specialmente nella materia degli aiuti di Stato, che fuoriusciva dal mandato conferito agli arbitri. Aggiungeva che qualunque indennizzo agli investitori sarebbe risultato illegittimo in diritto europeo e che il lodo risultante non avrebbe potuto trovare esecuzione.

Il tribunale arbitrale respinse ogni obiezione, osservando che: (i) la natura intra-UE della controversia non inficia la competenza del tribunale arbitrale dal momento che l'ECT non contiene la *disconnection clause* che sarebbe necessaria a quell'effetto e la UE era essa stessa parte contraente dell'ECT; (ii) la propria competenza era esclusivamente fondata sulla Convenzione ICSID e sull'ECT; (iii) nessuna parte aveva invocato l'applicazione del diritto europeo bensì soltanto dell'ECT e delle norme del diritto internazionale degli investimenti; (iv) anche l'Ungheria era vincolata dalla Convenzione ICSID e dall'ECT; (v) il mandato agli arbitri era di risolvere la controversia applicando le regole di diritto interna-



zionale a protezione degli investimenti, non il diritto europeo, ciascuno dei due ordinamenti regolando autonomamente materie differenti e dunque non suscettibili di conflitto<sup>2</sup>.

Già all'epoca la condotta della Commissione era ispirata da ingiustificata animosità. Infatti, gli arbitrati da investimento non conducono ad alcuna violazione del diritto comunitario e, ove la violazione avesse avuto riguardo agli asseriti aiuti di Stato, gli arbitri erano autorizzati a ritenere, alla luce delle precedenti direttive dell'Unione, che essa avesse rinunciato a pretendere l'adempimento di quella normativa nel settore delle rinnovabili.

Non si vedono ragioni che giustificassero una così acrimoniosa ostilità della Commissione contro i tribunali arbitrali. È da ritenere che si tratti, ancora una volta, di un tentativo di occultare l'errore, o inganno, iniziale.

#### 4. La sentenza Achmea

Le doglianze caparbiamente ribadite dalla Commissione trovarono pieno accoglimento nella pronuncia ex art. 267 TFUE resa dalla Corte il 6 marzo 2018 nel procedimento *Repubblica Slovacca c. Achmea B.V.* Il rinvio pregiudiziale era stato promosso dalla Corte Federale tedesca, Francoforte essendo la sede dell'arbitrato *de quo*. L'arbitrato (condotto secondo le regole UNCITRAL) si concluse con lodo del 7 dicembre 2012. La giurisdizione del tribunale arbitrale si fondava sul BIT in vigore tra Slovacchia e Olanda.

L'investitore allegava la violazione da parte dello Stato ospite dei seguenti articoli del BIT: 3(1), dovere di osservare il *FET* standard e divieto di discriminazione; 3(2), obbligo di garantire *Full Protection and Security*; 4, divieto di limitare il trasferimento dei profitti; 5, divieto di espropriare senza contemporaneo indennizzo. Il tribunale constatò unicamente la violazione degli artt. 3(1) e 4 e accordò il conseguente compenso nella misura di 22,1 milioni di euro. La Slovacchia impugnò il lodo innanzi alla Corte di Francoforte e questa propose il rinvio pregiudiziale innanzi alla CGUE.

<sup>2</sup> Tutti i Tribunali Arbitrali respinsero la *Intra-EU objection* sulla base dei medesimi motivi adottati dal tribunale *Electrabel*.

L'attenzione della CGUE (par n. 40 della sentenza) si incentrò sull'art. 8(5) del BIT, a termini del quale:

The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively:

- the law in force of the Contracting Party concerned;
- the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties;
- the provisions of special agreements relating to the investment;
- the general principles of international law.

Come emerge dal lodo, tra le fonti normative in astratto applicabili, il tribunale arbitrale applicò esclusivamente il BIT e il diritto internazionale degli investimenti, avendone piena facoltà a termini dello stesso art. 8(5). Gli arbitri non fecero alcuna applicazione del diritto europeo, né l'art. 8(5) del BIT lo includeva tra le fonti di diritto che gli arbitri avrebbero dovuto applicare per la risoluzione delle controversie. Lo stesso lodo riporta che nessuna delle domande proposte dalle parti aveva per oggetto questioni di diritto dell'Unione Europea (parr. 272-277).

L'elemento di preoccupazione per la CGUE fu l'inclusione, tra le norme applicabili in astratto, della "legge in vigore" nel Paese ospite, la quale – osservò la Corte – ricomprende anche il diritto dell'Unione. Ne consegue, a dire della Corte, che il tribunale arbitrale costituito secondo l'art. 8 del BIT "*may be called on to interpret or apply EU law*" (par. 42) mediante decisione vincolante e definitiva (§ 51). Di conseguenza, prosegue la Corte, il meccanismo concordato nel BIT avrebbe potuto "*prevent the disputes from being resolved in a manner that ensures the full effectiveness of EU law, even though they might concern the interpretation or application of that law*" (§ 56). La Corte conclude che, visti gli effetti "potenziali" dell'art. 8 del BIT, il meccanismo ivi stabilito per la risoluzione delle controversie "*is not compatible*" con l'esigenza di assicurare l'unitarietà, autonomia e primato del diritto dell'Unione.

La Corte non volle considerare che nel lodo *de quo* gli arbitri si erano ben guardati dall'applicare il diritto europeo. Sorprende dunque lo stile redazionale. Per antico insegnamento, la sentenza è il prodotto di uno scambio tra parti e giudice: le prime forniscono il fatto, il secondo pronuncia il diritto, secondo il noto adagio *da mihi factum, dabo tibi ius*. Ciò che qui sconcerta è l'assoluta mancanza del *factum*, cioè il rischio dell'applicazione del diritto dell'Unione.

Come già sottolineato, il tribunale *Achmea* aveva risolto la controversia sulla sola base di norme internazionali, lasciando completamente

di lato il diritto europeo. C'è di più: nessun *investment tribunal* nelle controversie governate da un BIT le ha mai risolte applicando diritto europeo, per l'ovvia ragione che nessuna delle parti chiede mai a simili tribunali di risolvere la controversia applicando il diritto dell'Unione, ed infatti nemmeno potrebbe avanzare domande fondate su un ordinamento giuridico completamente distinto dal diritto internazionale degli investimenti, autonomo ed indipendente rispetto al diritto europeo.

Negli arbitrati condotti sotto l'egida dei BIT, le domande ammissibili concernono le asserite violazioni del BIT o di regole o principi del diritto internazionale espressamente o implicitamente richiamati dal BIT (così come avvenne nel lodo *Achmea*). Pertanto, la sentenza *Achmea* è basata su valutazioni ipotetiche relative ad un rischio che la Corte ritenne potenziale, ma che in realtà non può realizzarsi: quello della applicazione del diritto dell'Unione da parte di arbitri costituiti secondo i BIT.

Il diritto internazionale – così come codificato nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (VCLT) – prevede specifiche norme per il regolamento di possibili conflitti o incompatibilità tra diversi trattati, norme che nel caso *Achmea* la Corte ha ommesso di considerare, ma che sono state invece applicate dai tribunali arbitrali degli investimenti nell'affermare la propria giurisdizione sulle *Intra-EU disputes*, in contrasto con il dettato della sentenza *Achmea*. Tra le tante, mi riferisco in particolare alla decisione sulla competenza nel caso *Eskosol* contro la Repubblica Italiana del 7 maggio 2019, reso sulla base della ECT. Quel tribunale fu tra i primi a confrontarsi con la sentenza *Achmea* e dedicò gran parte della sua decisione al rapporto tra diritto dell'Unione e gli altri “sub-sistemi” di diritto internazionale, tra cui il diritto internazionale degli investimenti, inclusa l'ECT, coordinamento da farsi a norma della VCLT.

Per spiegare l'irrelevanza e inapplicabilità della decisione *Achmea* ai fini della determinazione della propria giurisdizione, il tribunale *Eskosol* ripercorse le linee generali del rapporto tra i diversi sistemi nell'ordinamento giuridico internazionale<sup>3</sup>. Lo stesso tribunale concluse che, a prescindere dal contenuto della sentenza *Achmea* (si discuteva ancora, infatti, se il dispositivo di tale sentenza potesse estendersi anche agli arbitrati condotti sotto l'egida dell'ECT o si limitasse a quelli cominciati sulla base di BITs), questa non poteva avere effetti nei suoi confronti.

Anche gli altri tribunali arbitrali che si sono pronunciati sulla *Intra-EU objection* dopo la sentenza *Achmea* si sono tutti costantemente dissociati dalla CGUE per simili ragioni, tra le quali: (1) i trattati d'investi-

<sup>3</sup> Tornerò a commentare il lodo *Eskosol* al successivo par. 7.

mento, da un lato, e i trattati dell'Unione, dall'altro, non regolano la stessa materia e non può darsi dunque luogo al conflitto intertemporale previsto nell'art. 30 VCLT;<sup>4</sup> (2) il diritto dell'Unione non rientra tra le norme applicabili e applicate dai tribunali arbitrali d'investimenti;<sup>5</sup> (3) ai fini di statuire sulla competenza, le dichiarazioni degli Stati Membri sulla "termination" degli intra-UE BITs del 2019 e 2020 sono irrilevanti.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Si vedano i seguenti casi: *Marfin Investment Group v. The Republic Of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, 26 luglio 2013; *UP (Formerly Le Chèque Déjeuner) And C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, 9 Ottobre 2018; *United Utilities (Tallinn) B.V. And Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic Of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, 21 giugno 2019; *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft And Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, 13 novembre 2019; *Theodoros Adamakopoulos And Others v. Republic Of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, 7 febbraio 2020; *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG And Syrena Immobilien Holding AG v. Republic Of Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/1, 19 aprile 2022; *GPF GP S.À.R.L v. Republic Of Poland*, SCC Case No. V 2014/168, 29 aprile 2020; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer Gmbh & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, 11 maggio 2011; *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, 07 ottobre 2020; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, 16 maggio 2018; *Eskosol S.P.A. In Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, 4 settembre 2020; *Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, And Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, 23 agosto 2022; *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, 28 agosto 2019

<sup>5</sup> Si vedano i seguenti casi: *United Utilities (Tallinn) B.V. And Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic Of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, 21 giugno 2019; *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG And Syrena Immobilien Holding AG v. Republic Of Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/1, 19 aprile 2022; *GPF GP S.À.R.L v. Republic Of Poland*, SCC Case No. V 2014/168, 29 aprile 2020; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, 16 maggio 2018; ; *Eskosol S.P.A. In Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, 4 settembre 2020; *Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, And Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, 23 agosto 2022.

<sup>6</sup> Si vedano i seguenti casi: *United Utilities (Tallinn) B.V. And Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic Of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, 21 giugno 2019; *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft And Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, 13 novembre 2019; *Theodoros Adamakopoulos And Others v. Republic Of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, 7 febbraio 2020; *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, 12 giugno 2020; *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, 07 ottobre 2020; *Rockhopper Italia S.P.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, And Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, 23 agosto 2022; *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, 28 agosto 2019.

### 5. La sentenza *Komstroy* e successiva giurisprudenza arbitrale

La Corte ritorna in argomento con sentenza del 2 settembre 2021, che risponde a rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFEU della Corte d'Appello di Parigi del 24 settembre 2019. Con lodo del 23 ottobre 2013 un tribunale arbitrale costituito ai sensi del BIT tra Moldavia e Ucraina e della ECT, ordinava alla Moldavia di compensare gli investitori per certi inadempimenti della stessa Moldavia.

Il 12 aprile 2016 la Corte d'Appello di Parigi annullò il lodo giacché il tribunale arbitrale si era dichiarato erroneamente competente dal momento che l'operazione sottostante costituiva una mera vendita di energia elettrica, in assenza di qualsiasi conferimento o contributo in capitale da parte del venditore. Di conseguenza, il credito commerciale non avrebbe potuto considerarsi un "investimento" né ai sensi della ECT né ai sensi del BIT. Su impugnazione di *Komstroy*, il 28 marzo 2018 la Corte di Cassazione francese cassò la pronuncia della Corte d'Appello, ritenendo che in realtà si trattava di un investimento protetto ai sensi della ECT, rinviando alla stessa Corte in diversa composizione. Fu in seconda lettura che la Corte d'Appello sottopose alla Corte Europea la questione pregiudiziale consistente nel chiedere se l'operazione costituisse mera vendita commerciale o investimento ai sensi della ECT.

Anziché limitarsi a rispondere al quesito del giudice del rinvio (in effetti, lo fece, escludendo, correttamente, che l'operazione *de quo* potesse qualificarsi come investimento protetto e tanto sarebbe bastato a risolvere il caso), la CGUE colse l'occasione per esorbitare rispetto al quesito posto dal giudice del rinvio e ribadire ancora una volta la posizione assunta nel caso *Achmea* estendendola, per la prima volta, agli arbitrati ECT. La Corte infatti concluse che un accordo internazionale, quale la ECT, non poteva pregiudicare il sistema di competenze definito nei Trattati, né l'autonomia o il primato del sistema giuridico dell'Unione di cui la Corte garantisce il rispetto. Ribadì che una controversia tra uno Stato Membro e un investitore di altro Stato Membro non può essere sottoposta al procedimento arbitrale previsto all'art. 26 ECT, nel quale il tribunale sarebbe, a suo dire, chiamato ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione. Poiché simili tribunali arbitrali non sono parte del sistema giurisdizionale dell'Unione, la Corte escluse che l'art. 26(2)(c) ECT potesse applicarsi a controversie Stato-investitore intra-UE.

Assumendo che negli arbitrati ECT si possa o si debba applicare il diritto dell'Unione, ancora una volta la CGUE è caduta nello stesso malinteso della sentenza *Achmea*, scegliendo deliberatamente di ignorare le

chiare disposizioni del trattato ECT che determinano in modo inequivoco la natura del diritto che i tribunali arbitrali debbono applicare nei procedimenti retti dalla stessa ECT.

Negli arbitrati che si svolgono sotto l'egida della ECT, le sole violazioni che l'investitore può porre a carico dello Stato sono: (a) secondo l'art. 10.1: «violazione degli obblighi di fair and equitable treatment; constant protection and security; prohibition of discrimination; treatment no less favorable than that required by international law; observance of any obligations or commitments entered into with an investor of the other Contracting Party; (b) secondo l'art. 12: mancata compensazione per perdite causate da eventi bellici; (c) secondo l'art. 13: mancato indennizzo – *prompt, adequate and effective* – di espropriazioni». Come ben si constata, trattasi di inadempimenti giudicabili e sanzionabili soltanto secondo il diritto internazionale, non certo secondo il diritto della UE.

Ciò è confermato dalla chiara lettera dell'art. 26(6) ECT in ordine al diritto applicabile: «A tribunal established under paragraph (4) [consenso all'arbitrato] shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law». Ancora una volta, la possibilità che un simile tribunale applichi il diritto dell'Unione Europea è una ipotesi irrealizzabile. Insomma, in *Komstroy* la CGUE ha bocciato l'arbitrato internazionale nelle controversie da investimenti intra-UE su di un motivo inesistente. Non è chiaro se l'ha fatto per mera svista e trascuratezza, o per deliberata scelta onde privilegiare oltre misura il diritto dell'Unione, e dunque per scelta politica, pur priva di base giuridica.

A mia conoscenza, un solo tribunale arbitrale si è dichiarato incompetente come effetto diretto della decisione *Komstroy*. Mi riferisco al lodo reso il 16 giugno 2022 nel caso *Green Power v. Spain*. Va tuttavia notato che si trattava di un tribunale *ad hoc* (UNCITRAL), avente sede in Stoccolma, non amministrato dall'ICSID.

Si sono invece dissociati altri tribunali arbitrali tra cui, in particolare, il tribunale arbitrale (Proff. Simma, Schreuer e Sands) costituito nel caso ICSID *Reenergy v. Spain*, ai sensi della ECT. Richiesto dalla Spagna di declinare la propria competenza per l'usuale *Intra-EU objection* e il divieto di arbitrare *investment disputes* sancito dalla CGUE nelle sentenze *Achema* e *Komstroy*, il tribunale osservò che dette sentenze presuppongono che gli arbitri applichino norme di diritto europeo, mentre, al contrario, l'art. 26 ECT conferiva loro il mandato di risolvere la controversia «in accordance with this Treaty [l'ECT] and applicable rules and principles of international law».

Quanto all'insistenza della Corte europea sulla necessaria salvaguardia del diritto comunitario, lo stesso tribunale contesta alla Corte l'erronea invocazione del Trattato di Lisbona del 2007 e delle *Declarations* ad essa annesse, in particolare la *Declaration Concerning Primacy* del 13 dicembre 2007. Sottolinea infatti il tribunale *Reenergy* che il più volte declamato primato, principio ispiratore delle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, opera unicamente all'interno dell'ordinamento dell'Unione. La Dichiarazione infatti chiaramente stabilisce che «the Treaties (costitutivi dell'Unione) and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States, under the conditions laid down by the said case law». Gli arbitri criticarono perciò la CGUE per l'evidente forzatura consistente nell'estendere lo stesso principio ai rapporti tra diritto europeo, da un lato, e diritto internazionale e trattati internazionali d'investimento (inclusa la ECT), dall'altro. Coerentemente con tali premesse il tribunale si dichiarò competente, rifiutandosi di applicare la giurisprudenza *Achmea-Komstroy*.

Nei due più recenti casi ad oggi noti, due tribunali ICSID costituiti secondo la ECT (arbitrati *Infracapital v. Spain* e *Mathias Kruck v. Spain*) si rifiutarono di applicare la giurisprudenza *Komstroy* sul fondamentale assunto che un tribunale arbitrale ECT è tassativamente tenuto ad applicare esclusivamente norme di diritto internazionale, mai norme di diritto europeo: vedi decisioni del 19 agosto del 2022 in *Infracapital* e del 14 settembre 2022, Appendix 2, in *Mathias Kruck*. Al riguardo, il tribunale *Infracapital* dissentì dalla decisione *Green Power* che ammetteva che il diritto dell'Unione potesse diventare rilevante in arbitrati ECT, e osservò tra l'altro che *Green Power* era un procedimento amministrato dalla Stockholm Chamber of Commerce (SCC) mentre in *Infracapital* gli arbitri erano soggetti all'autonomo regime ICSID.

## 6. La sentenza PL Holdings v. Poland

Non resta che menzionare brevemente un'ulteriore sentenza della CGUE del 26 ottobre 2021 nel caso *PL Holdings v. Poland*. Nell'arbitrato *de quo* (anteriore ad *Achmea*) la Polonia non aveva eccepita la carenza di competenza del tribunale arbitrale e venne condannata al risarcimento dei danni, con lodo del 28 agosto 2017. Un mese dopo, la Polonia chiese alla Corte d'Appello di Stoccolma di annullare il lodo, sposando le tesi già allora sostenute dalla Commissione Europea circa l'incompatibilità di simili arbitrati con l'ordinamento giuridico dell'Unione. Il 22 febbraio 2019, la Corte d'Appello, nonostante fosse



stata nel frattempo resa la pronuncia in *Achmea*, respinse il ricorso sostenendo che nulla impedisce ad uno Stato Membro e ad un investitore di un altro Stato Membro di concludere una valida convezione per arbitrato *ad hoc*, così come a suo dire sarebbe accaduto nell'arbitrato in questione, per tacita ammissione della Polonia.

La questione passò dunque alla Suprema Corte svedese, che sottopose alla CGUE la questione pregiudiziale sulla compatibilità di un accordo arbitrale *ad hoc* coinvolgente uno Stato Membro con il diritto dell'Unione. Il 26 ottobre 2021, la CGUE rispose che qualsiasi tentativo di uno Stato Membro di sanare la nullità di una clausola compromissoria tramite contratto con un investitore di un altro Stato Membro è contrario all'obbligo del primo di contestare la validità della clausola compromissoria ai sensi della sentenza *Achmea*, dichiarando il lodo nullo.

### 7. La corretta relazione tra diritto dell'Unione e diritto internazionale degli investimenti

Molti lodi arbitrali anteriori e posteriori ad *Achmea* e *Komstroy* hanno ristabilito il corretto coordinamento tra diritto dell'Unione e diritto internazionale degli investimenti, in conformità con il diritto internazionale, inclusa la VCLT. Vale dunque la pena di esaminarli in modo più compiuto.

I lodi più rappresentativi dello stato del diritto sul punto sono quelli resi nei casi *Electrabel*,<sup>7</sup> *Vattenfall*,<sup>8</sup> e *Eskosol*.<sup>9</sup> I tre tribunali arbitrali erano stati richiesti dalla Commissione, e dagli Stati Membri convenuti, di applicare il diritto dell'Unione come parte della *applicable law* definita nei BIT e nella ECT, il cui art. 26(6) richiede, invece, di risolvere le controversie applicando le sole *rules and principles of international law*. Secondo i convenuti e la Commissione, i trattati UE sarebbero stati ricompresi tra dette *rules*, e avrebbero dovuto applicarsi per dirimere tanto la competenza quanto il merito.

<sup>7</sup> *Electrabel S.A. v. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/19, decisione sulla competenza, 30 novembre 2012.

<sup>8</sup> *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018.

<sup>9</sup> *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italia*, ICSID Case No. ARB/15/50, decisione sulla competenza, 7 maggio 2019.



Le determinazioni di questi tribunali – peraltro condivise da tutti gli altri tribunali investiti della stessa questione – furono, in sintesi, le seguenti:

- i. L'ordinamento giuridico internazionale è composto da diversi sub-sistemi indipendenti l'uno dall'altro, anche se in iterazione tra di loro.
- ii. Il diritto UE è solo uno tra i diversi sub-sistemi, la cui efficacia ha un ambito regionale. L'autorità della Commissione e della Corte trova legittimazione nei trattati fondativi della UE e dispiega i suoi effetti all'interno del sottosistema da essi strutturato. Pertanto, la Corte ha competenza all'interno del suo sub-sistema regionale e non ha autorità a dirimere i conflitti con gli altri sub-sistemi.
- iii. Il diritto della UE non è un diritto "generale", ma un *genus* speciale, sia per materia che per territorio. Al contrario, il diritto internazionale consuetudinario ha efficacia universale e i trattati d'investimento vincolano una pluralità di Stati, ben oltre gli Stati Membri della UE.
- iv. L'ECT costituisce un altro sub-sistema di diritto internazionale, all'interno del quale i tribunali arbitrali sono investiti del potere di dirimere controversie tra investitori esteri e Stato ospite applicando principi generali del diritto internazionale e le disposizioni della ECT stessa (art. 26(6)).
- v. L'art. 26(6) ECT si richiama alle norme sostanziali del diritto internazionale e quindi si applica soltanto al merito. La competenza dei tribunali si fonda, invece, sui singoli trattati internazionali, bilaterali o multilaterali, sotto la cui egida si svolge l'arbitrato.
- vi. Non si pone una questione di conflitto tra trattati che si susseguono nel tempo. A termini dell'art. 30 VCLT, il conflitto intertemporale può porsi soltanto fra trattati che disciplinino diritti ed obblighi degli Stati contraenti «relating to the same subject matter<sup>10</sup>». Il diritto UE e il diritto internazionale degli investimenti non regolano la stessa materia: quest'ultimo disciplina la promozione e la protezione degli investimenti stranieri in uno Stato ospite, offrendo garanzie sostanziali e procedurali, tra cui il diritto di arbitrare. A sua volta, il diritto della UE disciplina la creazione, liberalizzazione e integrazione di mercati per favorire l'espansione del libero commercio dentro lo spazio europeo. Non vi è alcuna coincidenza tra le materie regolate da tali due ordini giuridici.
- vii. Non può dunque esserci conflitto tra di essi, e nessuno dei due pre-

<sup>10</sup> L'ambito di applicazione degli artt. da 30.1 a 30.5 VCLT è chiaramente definito nel suo titolo generale, che così recita: «*Application of successive treaties relating to the same subject matter.*»

vale sull'altro. Essi coesistono pacificamente, ciascuno regolando la materia di propria competenza. In ogni caso, è constatazione comune che gli arbitri risolvono le controversie da investimento senza poter applicare diritto europeo, bensì un diritto differente, ulteriore ragione per escludere in radice la possibilità di conflitto.

viii. Per la medesima ragione, le sentenze della CGUE non concernono e non vincolano gli *investment tribunals*.

#### 8. Le decisioni di corti statali in ordine all'enforcement di lodi resi in arbitrati intra-UE

##### i. Enforcement di lodi ICSID

Il 24 maggio, 2023 la UK High Court di Londra ordinò l'esecuzione del lodo ICSID *Antin Infrastructure v. Spain* rigettando l'avversa obiezione della Spagna. Secondo la Corte inglese, il precipuo scopo della Convenzione ICSID è quello di sottrarre la risoluzione delle controversie ai giudici nazionali e a corti regionali competenti su differenti materie, tra le quali la CGUE (§ 48).

Osservò che il Regno Unito è vincolato al rispetto della Convenzione ICSID fin da prima che esso diventasse membro dell'Unione Europea e che tale è rimasto, così come lo è la Spagna. Con una critica assai esplicita affermò che «with the greatest respect to the CJEU, it is not the ultimate arbiter under the ICSID Convention, nor under the ECT» (§ 80).

Sempre in relazione al lodo *Antin Infrastructure v. Spain*, il 12 aprile 2023 anche la High Court australiana rigettò l'obiezione della Spagna contro il riconoscimento ed esecuzione di detto lodo, richiamando la Spagna agli obblighi ex artt. 53-55 della Convenzione ICSID, in particolare l'obbligo di eseguire lodi ICSID come fossero *res judicata* all'interno del proprio ordinamento, escludendo espressamente che ad essi possa estendersi l'immunità degli Stati dall'esecuzione.

Aggiunse che queste disposizioni costituiscono l'asse centrale («*central plank*») di quella Convenzione, a cui erano tenute tanto l'Australia quanto la Spagna, così come gli Stati Membri dell'Unione e le istituzioni che sovrintendono all'applicazione del diritto UE.

Non è la prima volta che le corti inglesi si attestano su tale posizione. Già con sentenza del 29 Febbraio del 2020 (caso *Micula v. Romania*) la Corte Suprema inglese dette esecuzione al lodo del 2013 riformando la decisione della Corte d'Appello, a motivo che il rifiuto all'esecuzione avrebbe comportato una patente violazione da parte del Regno Unito

dell'art. 54 della Convenzione ICSID, che vincola ciascuno Stato contraente ad eseguire un lodo ICSID come fosse un “*final judgement*” delle proprie corti.

Poco importava, annotò la corte, che l'esecuzione creasse conflitto con la decisione della Commissione europea che ordinava alla Romania di non onorare il lodo per non violare la normativa sugli aiuti di Stato. Importava, piuttosto, il rispetto della gerarchia delle fonti. La Convenzione ICSID, sempre a dire della corte, prevale in quanto disciplina il regime dei lodi ICSID con effetti vincolanti sugli Stati coinvolti: Gran Bretagna, Romania e tutti gli Stati Membri della UE, incluse le sue istituzioni. Non era dunque lecito per la Commissione incitare uno Stato Membro a violare la Convenzione di Washington. Da notare che, a febbraio 2020, il Regno Unito era ancora uno Stato Membro dell'Unione e pertanto, per lo meno in teoria, astrattamente soggetto alle decisioni della CGUE.

Assumendo una diversa posizione, su intimazione della CGUE, le corti di due Stati Membri dell'Unione, Belgio e Lussemburgo, hanno dovuto rifiutare l'*enforcement* del lodo *Micula*. Il 14 luglio 2022, la Corte di Cassazione del Lussemburgo, che si era posta la questione di osservare la Convenzione ICSID nei confronti di tutti i suoi contraenti, fu poi obbligata a negare l'*enforcement* al lodo *Micula* così come ordinatorle dalla CGUE con decisione del 25 gennaio 2022.

Analogamente, il 21 settembre 2022, la Corte d'Appello di Bruxelles venne intimata dalla CGEU “*d'écarter*” e “*en aucun cas procéder à l'exécution*” di detto lodo.

C'è da chiedersi su quale autorità la CGUE istighi le corti degli Stati Membri a violare il diritto internazionale e una delle sue più importanti Convenzioni. In diritto internazionale non vi è un “*ultimate arbiter*” avente titolo a risolvere i conflitti tra trattati, come efficacemente sottolineato dalla corte inglese, che ad ogni buon fine declassò la CGUE da un tale ruolo con linguaggio piuttosto rude e irrispettoso, ma a mio giudizio meritato.

Va osservato che – soddisfatti i requisiti per la sua competenza – un simile ruolo può, semmai, essere svolto dalla sola Corte internazionale di giustizia.

## ii. *Gli arbitrati non-ICSID*

A mia conoscenza, i lodi resi da *investment tribunals* in casi non regolati dalla Convenzione ICSID che sono stati impugnati con successo innanzi a corti nazionali sono i seguenti:

- *Poland v. Slot et al.*, Corte d'Appello di Parigi, 19 Aprile 2022;

- *Poland v. Strabag et al.*, Corte d'Appello di Parigi, 19 Aprile 2022;
- *Spain v. Novenergia II*, Corte d'Appello di Stoccolma, 13 dicembre 2022;
- *Poland v. PL Holdings*, Corte Suprema Svedese, 14 Dicembre 2022.

### iii. Corti Statunitensi

La posizione delle corti statunitensi è sino ad ora contraddittoria: si attende una prossima decisione della Court of Appeal del District of Columbia.

## 9. Il diverso trattamento riservato al commercial arbitration

La sentenza *Achmea* esime espressamente l'arbitrato commerciale internazionale dal dogma dell'incompatibilità con il sistema giuridico della UE.<sup>11</sup> Nella successiva sentenza *Komstroy*, la CGUE ha lasciato intatto quel suo *dictum*. La distinzione sorprende perché, a ben vedere, è precisamente nell'arbitrato commerciale che gli arbitri possono essere (e spesso sono) richiesti di applicare il diritto interno di origine comunitaria, nonché la normativa UE in via diretta.

Non si spiega perché non valga per essi l'esigenza di tutelare il primato, unitarietà e autonomia del diritto dell'Unione, giustamente difesi dalla CGUE, e che l'incompatibilità valga invece per i soli *investment tribunals*, esattamente quelli che non hanno e non avranno mai l'occasione di applicare il diritto dell'Unione.

L'illogica e incongruente differenziazione indebolisce ancor più la fondatezza delle sentenze della CGUE e impedisce di rinvenirvi una giustificazione che le legittimi in diritto.

## 10. Conclusioni

Quali lezioni possono dedursi dalla saga degli arbitrati da investimento nel settore delle rinnovabili?

- i. La saga è stata determinata dal rovesciamento di posizione della Commissione. In origine, gli incentivi agli investimenti vennero de-

<sup>11</sup> Si veda: *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), 7 dicembre 2012, 54-55.

- liberati come misure non solo legittime, ma persino necessarie nel superiore interesse di ridurre l'energia da fonti fossili. Fu dopo l'esito dei primi arbitrati che la Commissione invocò la dottrina degli *State Aids*, e la CGUE proclamò l'arbitrato da investimento incompatibile con l'ordinamento giuridico dell'Unione.
- ii. Non si tratta di comportamento conforme a buona fede, e sorprende che questo specifico aspetto non sia generalmente toccato nella vasta pubblicistica sul tema.
  - iii. Ulteriore *vulnus* al diritto internazionale consiste nel rifiuto della CGUE di coordinare i trattati fondativi della UE con i trattati d'investimento nel rispetto della gerarchia di fonti pattizie enucleata all'art. 30 della VCLT. Ciò rende arduo conferire legittimità alle sentenze CGUE sul piano del diritto internazionale.
  - iv. È persino legittimo dubitare se la CGUE, nell'insistere sulla tutela del primato del diritto europeo verso gli arbitrati internazionali da investimento e i trattati internazionali che li disciplinano, abbia agito nell'ambito della propria autorità rettamente intesa. Si veda la forzatura interpretativa della *primacy* del diritto della UE alla stregua del Trattato di Lisbona del 2007.<sup>12</sup> Quantomeno, quel passaggio avrebbe dovuto essere motivato su basi ben più solide che un protocollo annesso al Trattato di Lisbona, il cui testo – peraltro – si limita a riaffermare il primato (ovvio) del diritto dell'Unione sugli ordinamenti interni degli Stati Membri e sulle loro corti, non sui tribunali internazionali che non hanno la missione di applicare il diritto dell'Unione.
  - v. Una lezione è sicura: il solo arbitrato che non può essere intaccato dagli effetti delle sentenze della CGUE è l'arbitrato ICSID, regolato da un regime *self-standing* e *self-contained* che pone i tribunali arbitrali “*in a public international law context and not in a national or regional context*” (*Operafund v. Spain*, Decision on Annulment, 2 marzo 2023: rigetta l'impugnazione del lodo *de quo* basata sulla sentenza *Achmea*).
  - vi. Nessun altro tribunale arbitrale o Comitato *Ad hoc* ICSID si è mai ritenuto assoggettato alle decisioni della CGUE, anzi le ha sempre respinte non ritenendosene vincolato<sup>13</sup>.
  - vii. In particolare, nessun *Ad hoc Committee* ha mai accolto istanze di annullamento di lodi ICSID in quanto contrari a sentenze della CGUE, non riconoscendo a quest'ultima il potere di sovvertire i

<sup>12</sup> *Supra*, commento al lodo *Renergy v. Spagna*.

<sup>13</sup> Gli arbitrati ICSID non hanno sede in nessuno Stato, mentre le sentenze della CGUE trovarono origine in ricorsi presentati da corti degli Stati Membri.

principi fondativi della Convenzione ICSID, tra cui l'obbligo degli Stati contraenti di trattare i lodi come *res judicata* nei rispettivi ordinamenti.

- viii. Al contrario, l'ostilità delle istituzioni della UE contro gli arbitrati da investimento ha leso i casi non-ICSID, tra l'altro non sostituiti da nuovi efficaci strumenti. Infatti, nessuno degli *Investment Agreements* negoziati dalla Commissione con Stati terzi – Canada, Cile, Vietnam, Singapore – è entrato in vigore e, quand'anche diventasse efficace, essi tutti prevedono meccanismi di risoluzione delle controversie di problematica, se non impossibile, efficacia.
- ix. Inoltre, quella giurisprudenza ha indotto molti Stati europei a recedere dalla ECT, fortemente riducendo la portata di una Convenzione tuttora essenziale per il diritto internazionale dell'energia.
- x. Infine, rimane da spiegare perché lo strale della Corte non abbia colpito l'arbitrato internazionale commerciale, il solo in cui gli arbitri sono spesso chiamati ad applicare il diritto dell'Unione, o direttamente o attraverso la necessaria applicazione del diritto di uno Stato Membro. Rimangono misteriose le vere cause sottostanti l'anatema che ha colpito i soli arbitrati da investimento.

Insomma, la vicenda non fa onore alle istituzioni della UE. Non è giustificata dalla salvaguardia di finalità di interesse pubblico e si fonda sull'arbitraria sostituzione delle corrette *rules of law* imposte ai tribunali arbitrali (diritto internazionale) con quelle pretese senza plausibile ragione dalla CGUE (diritto dell'Unione). Anomalia, quest'ultima, che solleva il fondato dubbio che l'operato della Commissione e della CGUE non siano conformi a criteri di "legalità", bensì frutto di "arbitrio".

**LE RICADUTE SUI DIRITTI PROCESSUALI  
DELL'INVESTITORE DELLE SENTENZE  
ACHMEA E KOMSTROY:  
TRA DIRITTO INTERNAZIONALE  
E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

Zeno CRESPI REGHIZZI\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il punto di vista dei tribunali arbitrali. – 3. *Segue*: i tentativi di neutralizzare gli effetti delle clausole di ultrattività. – 4. Il punto di vista dei giudici statali.

*1. Premessa*

Il presente scritto esamina le ricadute, sui diritti processuali dell'investitore, delle sentenze *Achmea* e *Komstroy* della Corte di giustizia dell'Unione europea. Tali pronunce hanno dichiarato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea delle clausole arbitrali contenute in trattati di investimento in vigore tra Stati membri, ove riferite a controversie intra-UE, cioè a controversie tra uno Stato membro e un investitore avente la nazionalità di un altro Stato membro<sup>1</sup>.

Non entro nel merito delle valutazioni sottese a queste due sentenze, che sono oggetto di altri contributi in questo volume. Vorrei invece inter-

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano Statale.

<sup>1</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, *Achmea*, 6 marzo 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158: «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'art. 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare»; Corte di giustizia UE, *Komstroy*, 2 settembre 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, par.65: «[L]'articolo 26, paragrafo 2, lettera c), del [Trattato sulla Carta dell'energia] deve essere interpretato nel senso che esso non è applicabile alle controversie tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro in merito a un investimento effettuato da quest'ultimo nel primo Stato membro».

rogarmi sul modo in cui i principi di diritto dell'Unione europea da esse enunciati (principi ricollegati, in definitiva, all'esigenza di garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione) sono stati recepiti, da un lato, nella successiva giurisprudenza arbitrale, e, dall'altro, nelle decisioni dei giudici a vario titolo intervenuti in relazione alle medesime controversie.

L'accoglienza di tali principi da parte dei tribunali arbitrali, come è noto, non è stata buona. Con una sola eccezione, a quanto consta (nel caso *Green Power v. Spain* del 2022<sup>2</sup>), gli arbitri non si sono mai conformati alle predette sentenze. Per contro, i giudici degli Stati membri vi hanno quasi sempre ottemperato.

Il dato è significativo perché rivela l'esistenza di un conflitto tra sistemi di trattati che non riesce a trovare adeguata composizione attraverso i criteri codificati nella Convenzione di Vienna del 1969<sup>3</sup>.

Esaminerò i due poli di questo conflitto e, dunque, in primo luogo, il punto di vista dei tribunali arbitrali e, in secondo luogo, quello dei giudici statali.

## 2. Il punto di vista dei tribunali arbitrali

Come in tutte le forme di arbitrato, anche nell'arbitrato in materia di investimenti la competenza degli arbitri poggia sul consenso delle parti alla controversia.

Nell'arbitrato c.d. *treaty-based*, cioè fondato su un trattato di investimento in vigore tra lo Stato ospite e lo Stato nazionale dell'investitore, tale consenso può risultare dall'incontro tra: (i) la clausola arbitrale contenuta nel trattato di investimento, che vale come proposta dello Stato, da un lato, e, dall'altro lato, (ii) l'accettazione di tale proposta da parte

<sup>2</sup> Cfr. *Green Power v. Spain*, 16 giugno 2022, SCC Case No. V (2016/135), *Award*, par.165 ss.

<sup>3</sup> L'osservazione non sorprende se si considera che il diritto dell'Unione europea e, sia pure in misura minore, il diritto internazionale degli investimenti sono entrambi caratterizzati da elementi che li distinguono dai semplici trattati, ossia: (i) in primo luogo, una componente valoriale propria, funzionale alla realizzazione di obiettivi specifici (da un lato, la realizzazione dell'integrazione europea; dall'altro, la promozione e protezione degli investimenti stranieri come mezzo di sviluppo economico degli Stati); (ii) in secondo luogo, la presenza di istituzioni cui è affidato il compito di promuovere e garantire i predetti valori (in particolare, per quanto riguarda l'Unione europea, la Corte di giustizia, quale garante del primato e dell'autonomia del diritto dell'Unione; per quanto riguarda il diritto degli investimenti, il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti - ICSID, un organismo appartenente al sistema della Banca mondiale).



dell'investitore, accettazione normalmente espressa nella domanda di arbitrato<sup>4</sup>.

Nelle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, la Corte di giustizia ha stabilito che le clausole arbitrali, previste nei trattati di investimento tra due o più Stati membri, ove riferite a controversie intra-UE, sono incompatibili con gli articoli 267 e 344 TFUE. Da tali pronunce la Commissione europea, seguita dai governi degli Stati membri, ha tratto la conseguenza, fondandosi sul primato del diritto dell'UE, che (i) tali clausole sono inapplicabili nelle controversie intra-UE, con l'ulteriore corollario che (ii) «qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa dell'assenza di un valido patto compromissorio»<sup>5</sup>.

Peraltro, in base al principio *Kompetenz-Kompetenz*, spetta agli stessi arbitri accertare la propria competenza.

Conseguentemente, affinché l'effetto «invalidante» delle pronunce *Achmea* e *Komstroy* possa trovare applicazione anche nei procedimenti arbitrali, è necessario che, in base alle norme che regolano l'arbitrato, il diritto dell'Unione europea sia riconosciuto come componente del diritto applicabile alla esistenza e alla validità dell'accordo arbitrale.

Senonché i vari argomenti sviluppati a questo scopo dagli Stati convenuti sono stati quasi sempre respinti dai tribunali arbitrali.

Una prima linea argomentativa è consistita nel sostenere, invocando le norme sul diritto applicabile contenute nei trattati in materia di investimento di volta in volta rilevanti (e nella stessa Convenzione di Washington, all'art. 42<sup>6</sup>), che l'accordo arbitrale fosse almeno in parte rego-

<sup>4</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, S.W. SCHILL, C. SCHREUER, e A. SINCLAIR, *Article 25*, in S.W. SCHILL (ed.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3<sup>a</sup> ed., Cambridge, 2022, 364 ss.; C. SCHREUER, *Landmark Investment Cases on State Consent*, in H. RUIZ-FABRI e E. STOPPIONI (eds.), *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*, Oxford, 2022, 261 ss.

<sup>5</sup> Cfr., con riferimento a clausole arbitrali contenute in trattati bilaterali di investimento intra-UE, Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Tutela degli investimenti intra-UE*, 19.07.2008, COM(2018) 547 final, 3; *Declaration of the representatives of the governments of the Member States on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, 15.01.2019, [https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment\\_en](https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en), 1.

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington del 1965 sulla risoluzione delle controversie tra Stati e cittadini di altri Stati, «[t]he Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party

lato dal diritto nazionale dello Stato membro convenuto, o dal diritto dello Stato membro della sede dell'arbitrato (per gli arbitrati non ICSID), e che dunque il diritto dell'Unione dovesse applicarsi come componente del diritto in vigore in quello Stato.

Ma la maggior parte dei lodi ha respinto questo argomento, ritenendo che le norme sul diritto applicabile contenute nei trattati in materia di investimento, così come l'art. 42 della Convenzione di Washington, riguardano il merito della controversia e non la validità dell'accordo arbitrale<sup>7</sup>. Secondo gli arbitri, quest'ultimo aspetto, e dunque la stessa competenza del tribunale arbitrale, è regolato primariamente dal trattato di investimento contenente la clausola arbitrale, da interpretarsi e applicarsi in conformità al diritto internazionale, cui il trattato medesimo appartiene<sup>8</sup>.

Questa conclusione appare più agevole da giustificare in caso di arbitrato ICSID, i cui procedimenti non sono disciplinati dalla legge di alcuno Stato, essendo regolati direttamente dalla Convenzione di Washington<sup>9</sup>.

to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable».

<sup>7</sup> Cfr., in particolare, *Vattenfall v. Germany*, 31 agosto 2018, ICSID Case No. ARB/12/12, *Decision on the Achmea issue*, par. 109 ss. in *italaw.com*: «At the outset, the Tribunal recalls the distinction between the law applicable to the merits of a dispute and the law applicable to the jurisdiction of the Tribunal, which notably concerns the validity and scope of the arbitration agreement», nonché la successiva precisazione che l'art. 26(6) ECT e l'art. 42 Conv. ICSID riguardano il merito della controversia, non anche la giurisdizione; cfr. *Operafund v. Spain*, 6 settembre 2019, ICSID Case No. ARB/15/36, *Award*, par. 326, in *italaw.com*: «The Tribunal considers that the difference between the applicable substantive law and the law applicable to jurisdiction must be respected»; *AMF v. Czech Republic*, 11 maggio 2020, PCA Case No. 2017-15, *Final Award*, par. 330. in *italaw.com*: «As a preliminary issue, the law applicable to the jurisdiction of the present Arbitral Tribunal has to be established, which is distinct from the law that governs the merits of the dispute».

<sup>8</sup> *Vattenfall v. Germany*, cit., par. 128: «the Tribunal's assessment of its jurisdiction is to be made “under the ICSID Convention, interpreted in the light of general principles of international law, and the instrument(s) containing the consent to arbitration”»; *Mercuria Energy v. Poland*, 29 dicembre 2022, SCC Case No. V 2019/126, *Final award*, par.361, in *italaw.com*: «As established above, the Tribunal considers that the law agreed upon by the Parties is the ECT and the broader public international law framework»; *AMF v. Czech Republic*, cit., par. 331: «The offer to arbitrate is contained in the Germany-Czech Republic BIT, which is an instrument of international law. Consequently, the Arbitral Tribunal shall examine whether Article 10 of the BIT contains a valid offer to arbitrate under international law».

<sup>9</sup> Cfr. *Operafund v. Spain*, cit., par. 383, in cui il Tribunale arbitrale ha ritenuto di non essere vincolato dai principi enunciati dalla sentenza *Achmea* anche in ragione del

Essa risulta invece meno scontata in caso di arbitrato non ICSID, in cui, in base alle norme di diritto internazionale privato di volta in volta applicabili, la validità dell'accordo arbitrale può, specie in mancanza di designazione ad opera delle parti, essere regolata dalla legge dello Stato della sede dell'arbitrato (*lex arbitri*).

E così, ad esempio, nel caso *Mercuria Energy v. Poland* del 2022, in cui l'arbitrato aveva sede in Svezia ed era amministrato dalla Camera di commercio di Stoccolma, veniva in rilievo l'art. 48 della legge svedese sull'arbitrato, che richiama, per la disciplina dell'accordo arbitrale, la legge scelta dalle parti o, in mancanza di scelta, la legge dello Stato della sede dell'arbitrato<sup>10</sup>. In applicazione di tale disposizione, gli arbitri hanno ritenuto che le parti avessero (implicitamente) scelto di sottoporre l'accordo arbitrale al Trattato sulla Carta dell'Energia (in cui era contenuta l'offerta di arbitrato della Polonia) nel più ampio quadro del diritto internazionale pubblico<sup>11</sup>, senza dunque che residuasse spazio per il ri-

fatto che, mentre nel caso *Achmea* le parti avevano scelto un arbitrato UNCITRAL con sede in Germania, dal che conseguiva l'applicabilità della legge tedesca come *lex arbitri*, «the present case is an ICSID arbitration. i.e. a multilateral public international law treaty for the specific purpose of resolving investment disputes between private parties and a State (here, Spain)» con la conseguenza che «this Tribunal is placed in a public international law context and not in a national or regional context».

<sup>10</sup> Cf. art. 48 del *Swedish Arbitration Act*: «Where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place».

<sup>11</sup> Cfr. *Mercuria Energy v. Poland*, cit., par. 361 ss.: «the Tribunal considers that the law agreed upon by the Parties is the ECT and the broader public international law framework. In the context of investment treaty arbitration – as opposed to commercial arbitration, where parties' agreement (or its absence) is most clearly reflected in their contracts – the parties' agreement to arbitrate, as well as their choice of law, are to be derived from a treaty mechanism, which is more often than not a unilateral offer to arbitrate accepted by a claimant at a later stage. Consequently, when Article 26 of the ECT is applied as an arbitration agreement, it cannot be said that the parties have not agreed on the governing law, since Article 26 of the ECT – and, by extension, public international law of which it is a part – is the governing law» (corsivo aggiunto). Analogamente, nel caso *AMF v. Czech Republic*, cit., in cui il consenso all'arbitrato della Repubblica Ceca si fondava su una clausola del trattato bilaterale di investimento concluso tra quest'ultima e la Germania, il Tribunale arbitrale, con sede in Svizzera, facendo applicazione dell'art. 178(2) della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (che prevede che «[i]l patto [d'arbitrato] è materialmente valido se conforme al diritto scelto dalle parti, al diritto applicabile all'oggetto litigioso, segnatamente a quello applicabile al contratto principale, o al diritto svizzero»), ha ritenuto che «the Germany-Czech Republic BIT and international law applies to the validity of the arbitration agreement either because the

chiamo della *lex arbitri* svedese, che, ove applicabile, avrebbe invece consentito al diritto dell'Unione europea di prevalere in forza del principio del primato.

Del tutto diversa la soluzione accolta nel caso *Green Power v. Spain* del 2022, anch'esso riguardante un arbitrato con sede in Svezia e amministrato dalla Camera di commercio di Stoccolma e fondato sulla clausola di arbitrato contenuta nel Trattato sulla Carta dell'Energia. In tale caso, gli arbitri sono giunti alla conclusione opposta, ritenendo che le parti non avessero scelto alcuna legge regolatrice dell'accordo arbitrale, e che dunque esso dovesse essere sottoposto alla *lex arbitri* svedese, con conseguente applicazione anche del diritto dell'Unione europea in quanto diritto vigente in tale Stato<sup>12</sup>.

Una seconda linea argomentativa sviluppata dagli Stati convenuti è consistita nel sostenere che il diritto dell'Unione europea fosse anch'esso parte del diritto internazionale, e che dunque i principi enunciati dalle sentenze *Achmea* e *Komstroy* dovessero trovare applicazione per giudicare dell'esistenza di un valido consenso all'arbitrato.

Il problema di questo argomento è che il diritto internazionale non riconosce il primato del diritto dell'Unione europea sugli altri trattati (diversamente che per lo *jus cogens* e per gli obblighi posti dalla Carta delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 103 di quest'ultima). Pertanto, sebbene i Trattati europei appartengano alle fonti dell'ordinamento internazionale, da ciò non consegue di per sé che il principio del primato del diritto dell'Unione (e il suo corollario, dato dalla disapplicazione delle norme con esso incompatibili) possa operare sul piano del diritto internazionale, come criterio risolutivo di conflitti tra i trattati istitutivi dell'Unione ed altri trattati internazionali<sup>13</sup>. Questo spiega perché, con la

Parties chose it, Respondent by concluding the BIT and Claimant by accepting the offer to arbitrate contained in that same BIT; or because these rules constitute the law governing the subject-matter of the present dispute» (par. 392, corsivo aggiunto). Nel caso di specie, peraltro, l'applicazione della *lex arbitri* svizzera non avrebbe di per sé comportato una valutazione di invalidità della clausola arbitrale per contrasto con il diritto dell'Unione europea, non essendo la Svizzera uno Stato membro della stessa.

<sup>12</sup> Cfr. *Green Power v. Spain*, cit., par. 165 s.: «As the Parties have not explicitly agreed on the law governing the arbitration agreement and neither the ECT nor the SCC Rules, to which the Parties have agreed, determines the law applicable to the arbitration agreement, it follows that, pursuant to Section 48 SAA, Swedish law, i.e. the law of the seat, is applicable to the determination of jurisdictional matters. The selection of the seat in Sweden, an EU Member State, also attracts the application of EU law, which is part of the law in force in every EU Member State, including Sweden» (corsivo aggiunto).

<sup>13</sup> Cfr. *Vattenfall v. Germany*, cit., par. 131: «Respondent identifies no principle of public international law, or even of EU law, which would permit the Tribunal to interpret the words of the ECT, being its foundational jurisdictional instrument, so as to give pri-

sola eccezione del caso *Green Power*, tutti i tribunali arbitrali abbiano sinora escluso di poter semplicemente disapplicare le clausole arbitrali contenute nei BIT intra-UE e nel Trattato sulla Carta dell'Energia, come invece chiesto dagli Stati membri convenuti e dalla Commissione sulla base delle sentenze *Achmea* e *Komstroy*.

I tribunali arbitrali hanno invece esaminato la possibile rilevanza del diritto dell'Unione europea, sul presupposto della sua appartenenza alle fonti dell'ordinamento internazionale, alla luce delle disposizioni della Convenzione di Vienna dedicate alla risoluzione dei conflitti tra norme internazionali: ossia, da un lato, alle disposizioni sui conflitti fra trattati successivi (artt. 30, 59 e 41) e, dall'altro lato, all'art. 31 par. 3 lett. c) in punto di integrazione sistemica. E, per una serie di ragioni sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, hanno escluso che i principi enunciati nelle sentenze *Achmea* e *Komstroy* potessero prevalere sulla clausola arbitrale contenuta nei trattati di investimento<sup>14</sup>.

ority to external treaties (the TFEU and the TEU), and a court judgment interpreting those treaties».

Per completezza va poi ricordato che i tribunali arbitrali hanno inoltre escluso di poter applicare, quale criterio risolutivo di un conflitto tra il diritto dell'Unione europea e il Trattato sulla Carta dell'Energia, l'art. 351 TFUE, che gli Stati membri convenuti e la Commissione interpretavano nel senso di comportare l'abrogazione, a seguito dell'adesione all'Unione europea, nei rapporti tra Stati membri, dei diritti e degli obblighi derivanti da accordi conclusi prima dell'adesione con altri Stati membri: cfr. *Vattenfall v. Germany*, cit., par.227, ove gli arbitri hanno osservato che i conflitti fra il Trattato sulla Carta dell'Energia ed altri trattati sono già regolati dall'art. 16 di tale accordo (che prevede la prevalenza del trattato più favorevole all'investitore), e che non era possibile disapplicare tale disposizione in favore di una interpretazione che non si ricavava con sicurezza dal tenore dell'art. 351 TFUE: «As a matter of public international law, the Tribunal cannot be asked to leave aside a clear rule in favour of a countertextual one. This is the case irrespective of whether or not EU law is considered to prevail over international treaties within the EU internal legal order». Sempre in senso dubitativo rispetto alla fondatezza dell'interpretazione dell'art. 351 TFUE sostenuta dagli Stati membri e dalla Commissione, cfr. anche *AMF v. Czech Republic*, cit., par. 390: «In any event, this provision does not state that, in case of incompatibilities, EU law prevails or that the earlier agreement is invalid. It simply requires that the Member States concerned take steps to eliminate the incompatibilities. Therefore, Article 351 is not relevant to decide the question whether Article 10 of the Germany-Czech Republic BIT is precluded by EU law».

<sup>14</sup> Cfr. le decisioni menzionate alle note precedenti. V. inoltre, nella giurisprudenza arbitrale anteriore alla sentenza *Achmea* della Corte di giustizia, e senza pretesa di completezza, *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, 27 marzo 2007, SCC Case No. 088/2004, *Partial award*, par. 85 ss, in *italaw.com*; *Achmea B.V. v. Republic of Slovakia*, 26 ottobre 2010, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureka B.V. v. Republic of Slovakia*), *Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension*, par. 57 ss.,

### 3. Segue: i tentativi di neutralizzare gli effetti delle clausole di ultrattività

Un diverso, ma connesso, ordine di problemi riguarda l'effetto delle clausole di ultrattività (o *sunset clauses*) contenute nei trattati di investimento. Tali clausole prevedono, in caso di estinzione del trattato, e per gli investimenti effettuati prima della sua estinzione, il mantenimento dei suoi effetti, compresi gli effetti della clausola arbitrale, per un periodo di tempo prestabilito (ad es. dieci o vent'anni).

Le clausole di ultrattività rappresentano un ostacolo significativo all'attuazione dei principi enunciati dalle sentenze *Achmea* e *Komstroy*.

Infatti, anche ammettendo la sussistenza dei presupposti per l'estinzione del trattato di investimento ai sensi dell'art. 59 della Convenzione di Vienna per effetto dell'adesione all'Unione europea degli Stati parte del trattato di investimento di volta in volta applicabile (tesi che i tribunali arbitrali hanno sempre respinto), in ogni caso l'offerta di arbitrato rimarrebbe in vigore per tutto il periodo di ultrattività stabilito dalla *sunset clause*. È quindi sufficiente che entro tale periodo l'investitore abbia notificato la propria domanda di arbitrato perché si perfezioni un valido accordo arbitrale, come tale insuscettibile di successiva revoca unilaterale da parte dello Stato.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento alla denuncia o alla risoluzione consensuale dei trattati bilaterali di investimento intra-UE effettuata da alcuni Stati membri, prima e dopo la sentenza *Achmea*<sup>15</sup>, e con riferimento alla dichiarazione degli Stati membri del 15 gennaio 2019, ove la si interpreti come accordo per la risoluzione di tutti i trattati intra-UE ancora in vigore<sup>16</sup>.

in *italaw.com*; Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], 11 dicembre 2013, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, par. 284 ss., in *italaw.com*; PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, 28 giugno 2017, SCC Case No. V 2014/163, Partial award, par. 301 ss., in *italaw.com*. Per più ampi riferimenti, cfr. S.W. SCHILL, C. SCHREUER, A. SINCLAIR, *Article 25*, cit., 409 ss.

<sup>15</sup> Cfr. *Gavazzi v. Romania*, 21 aprile 2015, ICSID Case No. ARB/12/25, *Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability*, par. 1, nota 1, in *italaw.com*, ove si precisa che l'arbitrato si fondava sul BIT Italia/Romania del 1995 e che lo stesso era stato risolto il 14 marzo 2010, «subject to the “sunset provision” in Article 11(3)». Nel caso di specie, l'arbitrato era stato avviato il 2 agosto 2012, dunque prima del decorso del periodo di ultrattività di cinque anni previsto dall'art. 11(3) del trattato. Il Tribunale ha ritenuto di essere munito di giurisdizione.

<sup>16</sup> Cfr. *Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, cit. Sul punto, cfr. Mag-

Per ovviare a questo inconveniente, il 29 maggio 2020 gli Stati membri hanno concluso un accordo sulla estinzione dei trattati bilaterali di investimento intra-UE, in cui si è espressamente previsto che le clausole di ultrattività previste da tali trattati avrebbero cessato di avere effetto, salvo che per gli arbitrati conclusi prima del 6 marzo 2018, data di pronuncia della sentenza *Achmea*<sup>17</sup>.

La legittimità di questa previsione solleva diversi dubbi, quantomeno in alcuni suoi aspetti.

In primo luogo, in base a un principio generale codificato, per l'arbitrato ICSID, nell'art. 25(1) della Convenzione di Washington, una volta che l'accordo arbitrale si è perfezionato (tra lo Stato ospite e l'investitore), nessuna parte può revocarlo unilateralmente<sup>18</sup>. Nel caso di

*yar Farming v. Hungary*, 13 novembre 2019, ICSID Case No. ARB/17/27, *Award*, par. 214, in *italaw.com*: «Thus, the consent to arbitrate, in the sense of a meeting of the minds, which is perfected by the investor's acceptance of the State's offer to arbitrate expressed in the BIT would not be retroactively invalidated by a subsequent termination of the BIT. In other words, even if the Tribunal were to regard the 2019 Declarations as an agreement to terminate the BIT, *quod non*, that agreement could not have invalidated the consent to arbitrate because it was entered after the consent was formed». Cfr. inoltre *Marfin and others v. Cyprus*, 26 luglio 2018, ICSID Case No. ARB/13/27, *Award*, par. 592 ss., in *italaw.com*; *Eskosol v. Italy*, 7 maggio 2019, ICSID Case No. ARB/15/50, *Decision on Termination Request and Intra-EU Objection*, par. 226, in *italaw.com*; *Addiko v. Croatia*, 12 giugno 2020, ICSID Case No. ARB/17/37, *Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis*, par. 270, in *italaw.com*.

<sup>17</sup> Cfr. Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione Europea concluso a Bruxelles il 5 maggio 2020, in *GUUE*, L 169/10, 29 maggio 2020, 1 ss. L'accordo, che è entrato in vigore il 29 agosto 2020, vincola attualmente 23 Stati membri, tra cui l'Italia (che lo ha reso esecutivo con legge 12 aprile 2022, n. 3, contenente altresì l'autorizzazione alla ratifica). Per lo stato delle ratifiche, cfr. <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreements/?id=2019049&DocLanguage=en>>.

Con riferimento ai trattati bilaterali di investimento intra-UE ancora in vigore (elencati nell'allegato A all'accordo), l'art. 2 dell'accordo, nel prevedere, al par. 1, la loro estinzione, precisa, al par. 2, che «[f]or greater certainty, Sunset Clauses of Bilateral Investment Treaties listed in Annex A are terminated in accordance with paragraph 1 of this Article and *shall not produce legal effects*».

Con riferimento ai trattati bilaterali di investimento già estinti (elencati nell'allegato B), l'art. 3 prevede che «Sunset Clauses of Bilateral Investment Treaties listed in Annex B are terminated by this Agreement and shall not produce legal effects, in accordance with the terms set out in this Agreement».

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 25(1), ult. per., della Convenzione di Washington, «[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally». In gen-



arbitrato *treaty-based*, come ricordato, l'accordo arbitrale si perfeziona con l'accettazione da parte dell'investitore, espressa nella domanda di arbitrato, della proposta di arbitrato contenuta nel trattato di investimento. Ebbene, nella misura in cui l'accordo del 2020 pretende di privare di effetto, senza il consenso dell'investitore, le clausole di ultrattività anche in relazione ai procedimenti arbitrali iniziati prima dell'entrata in vigore del medesimo accordo risolutivo (agosto 2020), esso dovrebbe rimanere inefficace per contrasto con il divieto di revoca unilaterale del consenso (il consenso rilevante, infatti, è il consenso dell'investitore e non quello del suo Stato nazionale)<sup>19</sup>.

In secondo luogo, anche con riferimento ai giudizi non ancora avviati, rispetto ai quali un accordo arbitrale tra Stato e investitore non si è ancora formato, occorre chiedersi: (i) se le clausole di ultrattività contenute nel trattato di investimento operino anche in fattispecie di risoluzione consensuale e (ii), in caso affermativo, se la loro efficacia possa essere successivamente rimossa con un successivo accordo degli Stati parte al trattato.

La risposta al primo quesito richiede di interpretare la clausola di ultrattività di volta in volta applicabile, per stabilire se essa operi soltanto in caso di denuncia unilaterale, o anche in caso di risoluzione consensuale del trattato<sup>20</sup>.

Più complessa risulta la risposta al secondo quesito, che richiede di operare un bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'investitore (che ha effettuato un investimento confidando nella vigenza degli obblighi dello

erale, sugli effetti sulla competenza degli arbitri dell'estinzione del trattato in materia di investimenti, cfr. S.W. SCHILL, C. SCHREUER, A. SINCLAIR, *Article 25*, cit., 425 ss.

<sup>19</sup> Cfr. *Muszynianka v. Republic of Slovakia*, 7 ottobre 2020, PCA Case No. 2017-08, *Award*, par. 263, in *italaw.com*, ove il tribunale arbitrale, dopo avere rilevato che l'accordo sul recesso non era ancora in vigore tra Polonia e Slovacchia alla data di pronuncia del lodo, ha poi precisato, *ad abundantiam*, che, «[e]ven in force, the Termination Agreement would still have no bearing on the present dispute. It is a well-settled principle that jurisdiction is determined at the time of the institution of the proceedings, here on 18 August 2016 when the Notice of Arbitration was filed. Thus, if jurisdiction existed on that date (subject to the Respondent's remaining jurisdictional objections), it will remain so regardless of subsequent events, including the termination of the BIT». Cfr. inoltre A. CARLEVARIS e A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 673.

<sup>20</sup> Cfr. T. VOON, A. MITCHELL e J. MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, in *ICSID Review*, 2014, 466; A. REINISCH e S. MANSOUR FALLAH, *Post-Termination Responsibility of States? The Impact of Amendment/Modification, Suspension and Termination of Investment Treaties on (Vested) Rights of Investors*, *ivi*, 2002, 113 ss.



Stato ospite per un certo periodo di tempo) e l'esigenza di evitare che lo Stato ospite resti vincolato per troppo tempo ad un sistema di protezione degli investimenti ed a un meccanismo di risoluzione delle relative controversie divenuto incompatibile con scelte politiche ed economiche nel frattempo compiute. Per sostenere l'intangibilità delle clausole di ultrattività anche in caso di risoluzione consensuale, si evidenzia condivisibilmente che i diritti sostanziali e processuali creati dai trattati di investimento sorgono direttamente in capo agli investitori. Da ciò si argomenta, forse meno condivisibilmente, che un successivo accordo tra Stati non potrebbe privare l'investitore di un diritto «quesito» (vuoi appunto in base al principio dei diritti quesiti, vuoi in base al principio *res inter alios acta*<sup>21</sup>, vuoi in base al principio dell'*estoppel*). È infatti dubbio che i predetti principi operino anche nei rapporti tra Stato e investitore nel senso di precludere agli Stati di rimuovere consensualmente gli effetti di una clausola di ultrattività<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. *Magyar Farming v. Hungary*, cit., parr. 222-223: «The Tribunal's finding that the 2019 Declarations were not the proper procedure to terminate or amend the BIT is not based on mere formalism. The BIT is an international treaty that confers rights on private parties. While the Contracting States remain the masters of their treaty, their control is limited by the general principles of legal certainty and *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*. This is evident for instance from Article 13(3) of the BIT, which grants a guarantee of stability to investors who have made investments in reliance on the BIT: "In respect of investment made whilst the Agreement is in force, its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of twenty years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rules of general international law". This provision shows that, even where the Contracting Parties terminate the treaty on mutual consent, they acknowledge that long-term interests of investors who have invested in the host State in reliance on the treaty guarantees must be respected. This is the purpose served by the 20-year sunset provision. If the protection of existing investments outlives an unambiguous termination of the Treaty, then the protection must continue a fortiori in respect of a decision of an adjudicatory body constituted under a different treaty or of declarations that purport to clarify the legal consequences of that decision» (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Cfr. J. TROPPEL e A. REINISCH, *The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU. A Public International Law analysis of the termination agreement*, in *Austrian Yearbook on International Law*, 2022, 321 ss. Per una conferma, a contrario, cfr. *UP v. Hungary*, 9 ottobre 2018, ICSID Case No. ARB/13/35, *Award*, par.265, in *italaw.com*: «Even further assuming arguendo that the France-Hungary BIT was retroactively terminated as of 1 May 2004, the BIT – including the submission to ICSID arbitration in Art. 9(2) of the BIT – would still remain in force for a period of 20 years as a result of the "survival clause" contained in Art. 12(2) of the BIT as this provision does not contain any limitation or exception as to its application and applies to all investments made prior to the expiry of this Agreement. Thus, investments made prior to the expiration of this BIT remain submitted to it for a

#### 4. Il punto di vista dei giudici statali

Se, come visto, i procedimenti arbitrali sono risultati finora impermeabili ai principi di diritto dell'Unione europea enunciati dalle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, ben maggiore è stata la forza di penetrazione di tali principi nei giudizi statali, avviati in Stati membri, riguardanti le impugnazioni e il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi di condanna dello Stato membro pronunciati all'esito dei medesimi procedimenti arbitrali.

È naturale che sia così. Infatti, i giudici nazionali degli Stati membri sono parte integrante del sistema giudiziario dell'Unione europea e, in quanto tali, sono tenuti ad assicurare il primato del diritto dell'Unione e la conseguente disapplicazione delle norme con esso contrastanti.

In caso di lodo non ICSID, l'insussistenza di un valido accordo arbitrale, conseguente alle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, si è tradotta: (i) in un motivo di annullamento del lodo per incompetenza degli arbitri nello Stato della sede dell'arbitrato<sup>23</sup> o (ii) in un motivo di diniego del suo riconoscimento ed esecuzione in un altro Stato membro ai sensi della Convenzione di New York. In questi casi, l'annullamento o il diniego di riconoscimento ed esecuzione potrebbero inoltre fondarsi sulla non arbitrabilità della controversia o su una violazione dell'ordine pubblico<sup>24</sup>.

In caso di lodo ICSID – che, come noto, non è soggetto a impugnazione davanti a giudici statali –, l'art. 54 della Convenzione di Washington impone a tutti gli Stati contraenti di riconoscerlo ed eseguirlo al pari di una sentenza nazionale, impregiudicati, ai sensi dell'art. 55, i limiti alla sua esecuzione in base alle norme in vigore nello Stato dell'ese-

period of 20 years from the date of expiry. In the present case, the investments were made prior to 1 May 2004. Therefore, the Claimants would still benefit from the protection offered by the ICSID Convention until 2024. *As is undisputed, neither Hungary nor France has made any attempt to renegotiate, modify, or shorten the relevant "survival" period.* Accordingly, even on the Respondent's own analysis regarding the BIT, the Claimants would still benefit from Art. 9(2) of the BIT and the ICSID Convention, and the Tribunal would still have jurisdiction to hear this case» (corsivo aggiunto). In argomento cfr. inoltre T. VOON, A. MITCHELL e J. MUNRO, *Parting Ways*, cit., 468 ss.; A. REINISCH e S. MANSOUR FALLAH, *Post-Termination Responsibility*, cit., 114 ss.

<sup>23</sup> A partire dalla pronuncia del *Bundesgerichtshof* del 31 ottobre 2018 (ECLI:DE:BGH:2018:311018BIZB2.15.0), che, conformandosi alla sentenza *Achmea* della Corte di giustizia, ha annullato il lodo reso nell'arbitrato tra *Achmea* e la Slovacchia (arbitrato UNCITRAL con sede a Francoforte) in base all'art. 1059(2) No. 1 a) ZPO, norma che prevede l'annullamento del lodo in caso di invalidità dell'accordo arbitrale.

<sup>24</sup> Cfr. A. CARLEVARIS e A. CIAMPI, *Beyond Achmea*, cit., 697 ss.

cuzione in materia di immunità degli Stati stranieri<sup>25</sup>.

Ciò nonostante, negli Stati membri anche il riconoscimento e l'esecuzione di lodi ICSID resi in arbitrati intra-UE si è rivelato problematico, come dimostrano gli infruttuosi tentativi di far eseguire il lodo *Micula v. Romania* del 2013<sup>26</sup> in Svezia<sup>27</sup>, Lussemburgo<sup>28</sup> e Belgio<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A. REINISCH, *Article 54*, in S.W. SCHILL (ed.), *Schreuer's Commentary*, cit., 1470 ss.; ID., *Article 55*, *ivi*, 1516 ss.

<sup>26</sup> Cfr. *Micula and others. v. Romania*, cit.

<sup>27</sup> Cfr. Nacka Tingsrätt, 23 gennaio 2019, in <<https://italaw.com>> (trad. ingl. in <<https://jusmundi.com>>), che ha confermato il diniego di esecuzione in Svezia del lodo *Micula v. Romania*, cit., in forza dell'art. 108 TFUE, per effetto della decisione (UE), Commissione europea, 30.03.2015, 2015/1470, relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) in *GUUE*, L 232/2015, 43, con la quale la Commissione ha qualificato come aiuto incompatibile con il mercato interno il versamento del risarcimento concesso con il predetto lodo. Dopo la pronuncia della sentenza del Nacka Tingsrätt, la citata decisione della Commissione è stata annullata dal Tribunale di primo grado dell'Unione, con sentenza in data 18 gennaio 2019 (in cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15, *European Food e a./Commissione*, ECLI:EU:T:2019:423), che ha ritenuto che il diritto al risarcimento dei ricorrenti in arbitrato era sorto nel momento in cui la Romania aveva abrogato gli incentivi nel 2005 e, quindi, prima dell'adesione di quest'ultima all'Unione, dal che conseguiva l'inapplicabilità del diritto dell'Unione in Romania in tale periodo e l'incompetenza della Commissione in materia di aiuti di Stato. La sentenza del Tribunale è stata a sua volta annullata dalla Corte di giustizia UE, *Commissione/ European Food e a.*, 25 gennaio 2022, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50), che, contrariamente al Tribunale di primo grado, ha ritenuto che l'aiuto di Stato oggetto della decisione controversa fosse invece stato concesso mediante il predetto lodo, dopo l'adesione della Romania, e che dunque la Commissione fosse competente ad adottare la decisione controversa.

<sup>28</sup> Cfr. Corte di Cassazione di Lussemburgo, 14 luglio 2022, 116/22, par. 35, in *italaw.com*, che ha negato l'esecuzione in Lussemburgo del lodo *Micula v. Romania*, cit., sulla base della seguente motivazione: «Dès lors, cependant qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007, date de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, le système des voies de recours juridictionnel propre à l'Union européenne s'est substitué à la procédure d'arbitrage du TBI liant le Royaume de Suède à l'Etat de Roumanie et que le consentement du demandeur en cassation à voir toiser le différend en application de la clause d'arbitrage y contenue est dépourvu de tout objet, les juges d'appel, *en statuant comme ils l'ont fait, ont violé tant les articles 267 et 344 TFUE que le principe de droit international public de l'immunité de juridiction de l'Etat de Roumanie*» (corsivo aggiunto).

<sup>29</sup> Cfr. Tribunale di prima istanza francofono di Bruxelles, 25 gennaio 2016, in *italaw.com*, che ha ordinato la revoca degli atti di esecuzione compiuti in forza del lodo *Micula v. Romania*, cit., sempre per effetto della decisione (UE) 2015/1470 della Commissione europea del 30 marzo 2015, cit. Nel giudizio di appello proposto contro tale decisione, la Corte d'appello di Bruxelles ha formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, deciso da quest'ultima con ordinanza in data 21 settembre 2022, Corte di giustizia UE, *DA*, 21 settembre 2022, C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749, nel senso che «[l]e droit de l'Union, en particulier ses articles 267 et 344 TFUE, doit être interprété en

Miglior sorte ha avuto il tentativo di riconoscere tale lodo nel Regno Unito (quando ancora tale Stato era vincolato al rispetto dei Trattati europei). In una sentenza del 19 febbraio 2020, la Corte suprema di tale paese ha qualificato l'obbligo di riconoscimento ed esecuzione posto dall'art. 54 della Convenzione di Washington come obbligo *erga omnes partes*<sup>30</sup> e, su tale base, ha concluso che lo stesso dovesse prevalere sul diritto dell'Unione europea in base alla clausola di compatibilità contenuta nell'art. 351 TFUE<sup>31</sup>, avendo il Regno Unito ratificato la Convenzione di Washington prima di aderire alla Comunità europea<sup>32</sup>. A seguito

ce sens qu'une juridiction d'un État membre saisie de l'exécution forcée de la sentence arbitrale ayant fait l'objet de la décision (UE) 2015/1470 de la Commission, du 30 mars 2015, concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en oeuvre par la Roumanie – Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013, est tenue d'écarter cette sentence et, partant, ne peut en aucun cas procéder à l'exécution de celle-ci afin de permettre à ses bénéficiaires d'obtenir le versement des dommages et intérêts qu'elle leur accorde». A seguito di tale pronuncia, le parti hanno consensualmente rinunciato agli atti del giudizio pendenti dinanzi alla Corte d'appello di Bruxelles: cfr. l'ordinanza in data 27 settembre 2022, in *italaw.com*.

<sup>30</sup> Corte Suprema del Regno Unito, *Micula and others v. Romania*, 19 febbraio 2020, par.104, in [www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0177.html](http://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0177.html): «It is clear that the specific duties in articles 54 and 69 of the ICSID Convention are owed to all other Contracting States. The Convention scheme is one of mutual trust and confidence which depends on the participation and compliance of every Contracting State. The importance within this scheme of the effective recognition and enforcement of awards is apparent from the preamble which emphasises the requirement that any arbitral award be complied with». In senso adesivo, cfr. G. ZARRA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e l'arbitrato in materia di investimenti: tra frammentazione ed autoreferenzialità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2022, 379. *Contra* D. AZARIA, *Community Interest Obligations in International Energy Law*, in E. BENVENISTI e G. NOLTE (eds), *Community Interests Across International Law*, Oxford, 2008, 308; L. MAROTTI, *L'Unione europea e le strategie di "disconnessione" dall'Energy Charter Treaty*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, 169 ss. Cfr. inoltre il rilievo, contenuto al punto 64 della sentenza *Komstroy* della Corte di giustizia UE, cit., per cui, «nonostante il carattere multilaterale dell'accordo internazionale di cui fa parte, una disposizione come l'art. 26 del TCE è intesa a disciplinare, in realtà, relazioni bilaterali tra due parti contraenti, in modo analogo alla disposizione del trattato bilaterale di investimento oggetto della causa che ha dato luogo alla sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea*».

<sup>31</sup> L'art. 351(1) TFUE prevede che «[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 10 gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra».

<sup>32</sup> Corte Suprema del Regno Unito, *Micula and others v. Romania*, cit., par. 86: «the English courts are obliged under article 54(1) of the ICSID Convention to give effect to the Award in favour of the Claimants... Article 351 TFEU means that this obligation cannot be affected by anything in the [EU] Treaties, which are the foundation for the

di tale sentenza, però, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione contro il Regno Unito, conclusasi con l'accertamento della violazione, da parte del Regno Unito, degli obblighi su di esso incombenenti in forza dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, nonché dell'articolo 108, paragrafo 3, dell'articolo 267, commi primo e terzo, e dell'articolo 351, primo comma, TFUE.<sup>33</sup>

L'onda delle sentenze *Achmea* e *Komstroy* non si è fermata su questa sponda dell'Atlantico. Negli Stati Uniti, pur in presenza di un orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della validità dell'accordo arbitrale anche in caso di arbitrato intra-UE<sup>34</sup>, una recente decisione della Corte federale distrettuale per il *District of Columbia*, nel caso *Blasket v. Spain*, è pervenuta a una conclusione opposta<sup>35</sup>.

In questa vicenda, alcuni investitori olandesi avevano chiesto alla *District Court* il riconoscimento negli Stati Uniti di un lodo non ICSID reso in Svizzera in un arbitrato intra-UE contro la Spagna, sulla base dell'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'Energia<sup>36</sup>. Il *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) prevede un'eccezione all'immunità degli Stati stranieri in caso di esecuzione di lodi arbitrali, a condizione che lo Stato straniero convenuto abbia accettato la competenza degli arbitri<sup>37</sup>.

legal effect of Commission rulings and for the obligation of sincere co-operation on which Romania seeks to rely».

<sup>33</sup> Corte di giustizia UE, *Commissione/ Regno Unito*, C-516/22, 14 marzo 2024, ECLI:EU:C:2024:231.

<sup>34</sup> Cfr., senza pretesa di completezza, Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto della Columbia, *Micula and others v. Government of Romania*, 11 settembre 2019, Case 1:17-cv-02332-APM, *Memorandum opinion*, in *italaw.com* (provvedimento confermato dalla stessa *District Court* con provvedimento in data 22 dicembre 2022, in *italaw.com*); G. BERMANN, *In the cross-fire of international arbitration and EU law*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2023, 61 ss.; Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto della Columbia, *9REN Holding s.à.r.l. v. Spain*, 15 febbraio 2023, Case 1:19-cv-01871-TSC, *Memorandum opinion*, in *italaw.com*; Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto della Columbia, *Nextera Energy Global Holdings B.V. and Nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain*, 15 febbraio 2023, Case 1:19-cv-01618 (TSC), *Memorandum opinion*, in *italaw.com*.

<sup>35</sup> Cfr. Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto della Columbia, *Blasket Renewable Investments, LLC v. Spain*, 29 marzo 2023, Case 1:21-cv-03249-RJL, *Memorandum opinion*, in *italaw.com*.

<sup>36</sup> *PV Investors v. Spain*, 28 febbraio 2020, PCA Case No. 2012-14, *Final award*, in *italaw.com*. In pendenza del giudizio di riconoscimento, gli investitori hanno trasferito il loro diritto a una società del Delaware, *Blasket Renewable Instruments LLC* (cfr. *Memorandum*, 6).

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 1605(a)(6) FSIA (*General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state*), «(a)A foreign state shall not be immune from the jurisdiction

Con ordinanza del 29 marzo 2023, la *District Court* si è dichiarata priva di giurisdizione ai sensi di tale disposizione ritenendo che, per effetto dei principi enunciati dalle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, la Spagna, Stato convenuto, non avesse la capacità di formulare una valida proposta di arbitrato (quale quella contenuta nell'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'Energia) e dunque non si fosse formato un valido accordo arbitrale, necessario per superare l'immunità ai sensi del FSIA<sup>38</sup>.

I casi appena ricordati mostrano che, ogniqualvolta sia necessario un intervento di giudici statali (specie giudici di Stati membri dell'Unione), la porta d'ingresso ai principi enunciati dalle sentenze *Achmea* e *Komstroy* è decisamente più aperta di quanto non sia davanti ai tribunali arbitrali.

Occorrerà attendere i prossimi anni per verificare se la crescente resistenza opposta, talvolta anche fuori dall'Europa, al riconoscimento di lodi intra-UE finirà per ridurre l'attrattività del ricorso all'arbitrato per questo tipo di controversie.

of courts of the United States or of the States in any case... (6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable» (corsivo aggiunto).

<sup>38</sup> Cfr. *Blasket v. Spain*, cit., *Memorandum opinion*, 17: «Spain lacked the legal authority to make a standing offer to arbitrate to the Companies under the law that applies to both parties. The tribunal was bound to issue a decision “in accordance with” that law by the terms of the treaty under which it was convened. Because there was no valid offer to arbitrate, there is no arbitration agreement, which is required to establish subject matter jurisdiction under 28 U.S.C. par. 1605(a)(6). As such, this Court cannot establish jurisdiction under that FSIA exception», con l'ulteriore precisazione per cui, «even were the Court to find jurisdiction, it would still have discretion to refuse to enforce the award under the terms of the New York Convention itself because the parties lacked the capacity to form an agreement to arbitrate “under the law applicable to them”. The New York Convention, art. V(1), (1)(a)».

# IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA COME "DIRITTO APPLICABILE" ALL'ARBITRATO DEGLI INVESTIMENTI POST-ACHMEA: TRA QUESTIONI PROCESSUALI E OBIETTIVI DI TUTELA SOSTANZIALE

Chiara CELLERINO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una questione preliminare: il diritto UE come diritto applicabile alla controversia. – 3. La giurisprudenza *Achmea* e progenie: un "registro costituzionale". – 4. Il diritto UE come diritto applicabile all'esistenza/validità della clausola compromissoria: oltre il primato. – 5. Alcune critiche alla giurisprudenza della Corte: lo strano caso dell'arbitrato commerciale e i nodi ancora aperti... – 6. ... e la difficoltà di riconciliare *Achmea* con il *Parere 1/17*. – 7. Tentativo di ricostruzione e conclusioni

## 1. Introduzione

L'arbitrato di investimenti plasticamente costituisce il *locus* ove si contrappongono le istanze del diritto internazionale degli investimenti esteri, da un lato, e del diritto dell'Unione europea, dall'altro.

Tale contrapposizione è emersa nelle sue caratteristiche essenziali nella giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea*, ove si è affermato, in sostanza, che gli accordi di investimento tra gli Stati membri dell'UE, e in particolare gli strumenti di risoluzione delle controversie da essi previsti, ledono l'autonomia del diritto UE, nella misura in cui i tribunali arbitrali istituiti in base ad essi sottraggono la conoscenza di controversie che possono coinvolgere l'applicazione del diritto UE al sistema giurisdizionale creato dai Trattati, eludendo così il monopolio della giurisdizione della Corte di giustizia e dei giudici nazionali nell'interpretazione e applicazione di tale diritto (artt. 267 e 344 TFUE), e violando il principio di reciproca fiducia sul quale appoggia la rete di obblighi che gli Stati membri si sono assunti con la firma dei Trattati<sup>1</sup>.

\* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università di Genova.

<sup>1</sup> Corte di giustizia UE, Caso *Achmea* No. C-284/16, 6 marzo 2018. Per una rassegna dei commenti alla sentenza si veda, per tutti, S. BARBOU DES PLACES, E. CIMIOTTA, J. SANTOS VARA (eds.), *Special Section – The Achmea Case Between International Law*



Il conflitto che ne deriva tra i due ordinamenti va probabilmente inquadrato in un contesto più ampio, che non va esente da considerazioni di natura anche sostanziale. Infatti, l'obiettivo del diritto UE di assicurare la tutela di interessi (anche non economici) della collettività attraverso l'applicazione delle sue norme, in conformità agli obiettivi e ai valori dei Trattati, rischia di essere in tensione con l'obiettivo, più limitato – ma perseguito con paragonabile efficacia – del diritto internazionale degli investimenti (e dei sistemi di risoluzione delle controversie che lo caratterizzano) di tutelare quelli (meramente economici) dei singoli investitori esteri. Ne è esempio una recente prassi arbitrale dalla quale emerge la prevalenza degli interessi economici degli investitori, rispetto alla tutela di interessi di carattere generale perseguiti dagli Stati membri attraverso misure adottate anche in attuazione del diritto UE<sup>2</sup>.

Il presente contributo si propone quindi di suggerire l'esistenza di un nesso tra questioni processuali e obiettivi di tutela sostanziale, quale chiave di lettura della menzionata giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel farlo, ci si darà carico, in primo luogo, di offrire una ricostruzione della stessa, nella prospettiva dell'ordinamento dalla quale essa scaturisce, che è quello dell'Unione europea (para. 2 e 3). Quindi, adottando una prospettiva anche “esterna” a tale ordinamento, o comunque di integrazione sistemica tra i diversi ordini di norme, si esamineranno i criteri in forza dei quali il diritto UE può risultare applicabile ad alcuni aspetti dell'arbitrato di investimenti (segnatamente, quello relativo all'esistenza/validità della clausola compromissoria), anche al di là della *primauté* che opera nei rapporti tra gli Stati membri (para. 4). Si darà poi conto di alcune criticità, nonché apparenti forzature, della menzionata giurisprudenza, ponendola in relazione anche con altre pronunce della Corte di giustizia, in particolare il *Parere 1/17* sull'accordo CETA (para. 5 e 6). Proprio da tali apparenti incongruenze proviene lo spunto per ipotizzare una lettura più ampia della stessa giurisprudenza, basata sull'esistenza

*and European Union Law*, European Papers, 2019, 4 ss. Si veda anche Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Tutela degli investimenti intra-UE, 19 luglio 2008, COM (2018) 547 *final*, 3.

<sup>2</sup> Il riferimento è al Lodo ICSID, 23 Agosto 2022, *Rockhopper Italia S.p.A et al. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/17/14, in materia di politiche energetiche e esigenze di sostenibilità. Occorre peraltro dare conto, per completezza, anche di quelle idee secondo le quali l'arbitrato di investimenti rafforzerebbe l'applicazione del diritto UE, soprattutto in tempi di c.d. *rule of law backsliding*, cfr. D. V. KOCHENOV, N. LAVRANOS, *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*, in *Hague Journal of the rule of law*, 2022, 195 ss.; P. NIEMELÄ, *Achmea. A Perspective from International Law*, in *European Law Blog*, 15 March 2018, reperibile al seguente *link*: < <https://www.europeanlawblog.eu/> >



della menzionata dimensione materiale o, per riprendere le parole del titolo, "sostanziale", dell'autonomia del diritto UE, utile a valorizzare l'idea che essa includa la capacità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e degli Stati membri di realizzare determinati obiettivi di tutela sostanziale, e di carattere generale, a beneficio dei destinatari delle sue norme (para. 7). Anche per tutelare i quali, quindi, si respinge l'operatività di ordine di norme esterni al sistema dei Trattati, che rischiano di pregiudicarne la realizzazione.

## 2. Una questione preliminare: il diritto UE come diritto applicabile alla controversia

Un ruolo quasi preliminare rispetto all'analisi che ci si propone di svolgere è rivestito dal tema del diritto UE come diritto applicabile alla controversia in materia di investimenti. Infatti, l'applicabilità del diritto UE quale *lex causae* (anche solo potenziale) della controversia sottoposta alla giurisdizione arbitrale genera il contatto tra l'ordinamento dell'arbitrato internazionale degli investimenti e quello dell'Unione europea, in assenza del quale essi resterebbero, per dirla con l'Avv. Gen. Póiares Maduro, «due navi nella notte» (quindi, incapaci di vedersi).<sup>3</sup> Ciò in ragione anche della relativa autonomia che a sua volta caratterizza il sistema normativo dell'arbitrato internazionale<sup>4</sup>.

Non stupisce, quindi, che il profilo relativo all'individuazione del diritto applicabile alla controversia compromessa in arbitrato divenga preliminare rispetto alla soluzione delle questioni sottoposte all'attenzione della Corte nei diversi casi nei quali essa si è occupata del rapporto tra gli ordinamenti in questione. La Corte lo analizza principalmente con riguardo alle rilevanti disposizioni delle clausole sul diritto applicabile contenute nei Trattati di investimento di volta in volta considerati. Peraltro, l'esame della Corte si esaurisce con una valutazione in astratto, e prescinde quindi dall'oggetto della controversia concreta. In *Achmea*, ad esempio, il diritto UE è ritenuto applicabile in quanto la clausola del trattato bilaterale rinviava sia al diritto nazionale dello Stato ospitante sia ad altri accordi tra le parti. In *Komstroy*, essendo il Trattato

<sup>3</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Póiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa No. C-402/05, 22, *Yassin Abdullah Kadi*.

<sup>4</sup> Sul quale, per tutti, P. BERNANRDINI, *L'arbitrato internazionale: nozione e ruolo e* F. MUNARI, *Il quadro normativo dell'arbitrato commerciale internazionale*, in D. MANTUCCI (a cura di), *L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali - Trattato di diritto dell'arbitrato*, Vol. XII, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

sulla Carta dell’Energia un trattato concluso anche dall’UE, esso è considerato parte integrante del diritto UE ai sensi dell’art. 216 TFUE, quindi applicabile dagli arbitri stabiliti ai sensi dell’art. 26 del Trattato stesso<sup>5</sup>. In *PL Holding*, il tema non viene affrontato esplicitamente perché è la stessa corte nazionale che promuove il rinvio pregiudiziale nel corso del procedimento per annullamento del lodo a dare atto dell’incompatibilità della clausola contenuta nel trattato bilaterale col principio di autonomia, come interpretato in *Achmea*<sup>6</sup>. Peraltro, come noto, si trattava di una decisione dello Stato membro in ambito di supervisione bancaria, che è materia disciplinata dal diritto UE<sup>7</sup>. La clausola richiama, quale diritto applicabile, *inter alia*, il diritto nazionale dello Stato ospitante. In *Micula*, in ragione della natura della causa, il tema non viene affrontato, ma è noto che l’oggetto della controversia arbitrale era un provvedimento nazionale adottato in attuazione della disciplina UE in materia di aiuti di stato e, quindi, la rilevanza del diritto UE era *in re ipsa*<sup>8</sup>.

Vale solo la pena di osservare, al riguardo, che nel cotesto degli investimenti intra-UE, l’applicazione, almeno potenziale, del diritto UE alle controversie tra investitori e Stati membri risulta quasi inevitabile, se si considera la duplice natura del diritto UE come diritto internazionale rilevante e come parte del diritto nazionale dello Stato ospitante l’investimento<sup>9</sup>.

Intendiamoci: l’esistenza di questo “punto di contatto”<sup>10</sup> pur attivando il “meccanismo di difesa” del diritto UE costituito dall’affermazione della sua autonomia, non determina automaticamente l’incompatibilità della clausola arbitrale con il diritto UE, laddove esistano strumenti

<sup>5</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-741/19, *Moldova v. Komstroy LLC* 2 settembre 2021.

<sup>6</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-109/20, *PL Holding*, 26 ottobre 2021.

<sup>7</sup> Direttiva No. 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva No. 2002/87/CE e abroga le direttive No. 2006/48/CE e 2006/49/CE.

<sup>8</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-638/19P, *European Commission v. Ioan Micula e altri*, 25 gennaio 2022.

<sup>9</sup> Si veda su questi aspetti, per tutti, P. PASCHALIDIS, *International investment law and EU law: are there systemic conflicts and incompatibilities?*, in H. RUIZ-FABRI, E. GAILLARD (eds.), *EU law and International Investment Arbitration*, JurisNet and International Arbitration Institute, 2018, 7 ss, spec. 120-121.

<sup>10</sup> Il termine è preso a prestito da N. BERGAMASCHI, *L’applicazione del principio di autonomia come parametro di compatibilità con il diritto UE*, [Tesi di dottorato], Bologna, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2023.

idonei a preservare le caratteristiche essenziali del sistema giuridico dell'Unione europea. Tanto è vero che esistono tribunali, istituiti da Trattati internazionali o dall'accordo tra parti private, che sono stati ritenuti complessivamente compatibili con l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, nonostante la loro competenza ad applicare (anche) il suo diritto. Tuttavia, come si dirà, per la Corte, l'arbitrato internazionale degli investimenti presenta caratteristiche tali da non poter essere riconciliato con le caratteristiche essenziali dell'ordinamento UE.

### 3. La giurisprudenza *Achmea* e progenie: un "registro costituzionale"

Giova a questo punto richiamare i profili essenziali della giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea*<sup>11</sup>. Come accennato, la Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità delle clausole arbitrali contenute nei trattati di investimento tra Stati membri con gli artt. 344 e 267 TFUE, in ragione della minaccia che esse rappresentano per l'autonomia del diritto UE. Sin dai tempi di *Van Gend en Loos*, la Corte di giustizia riconosce l'autonomia dell'ordinamento, garantendone lo sviluppo in modo indipendente dal diritto nazionale degli Stati membri e dal diritto internazionale. A partire dal *Parere 2/13* sull'adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'autonomia dell'ordinamento diviene lo strumento at-

<sup>11</sup> Come noto, la questione trae origine da una controversia tra un investitore olandese (*Achmea BV*, già *Eureko*) e la Repubblica Slovacca, relativa all'abrogazione, da parte di tale Stato ospitante l'investimento, della disciplina in materia di liberalizzazione del mercato assicurativo. L'investitore adiva il Tribunale arbitrale istituito in forza del TBI tra Olanda e Repubblica Slovacca chiedendo il risarcimento dei danni per espropriazione indiretta. Lo Stato convenuto contestava la giurisdizione del tribunale arbitrale, invocando la contrarietà della clausola di risoluzione delle controversie contenuta nel TBI con una serie di disposizioni e principi fondamentali del diritto UE. Tuttavia, il Tribunale respingeva l'obiezione e, con lodo finale del 7 dicembre 2012, ordinava al convenuto il pagamento dei danni per violazione degli standard di protezione degli investimenti previsti nel TBI applicabile. Il convenuto chiedeva quindi l'annullamento del lodo dinanzi alla competente corte nazionale, presso il luogo della sede dell'arbitrato (Francoforte), per contrarietà del lodo e dello stesso TBI con l'ordine pubblico, in ragione della violazione di una serie di disposizioni del diritto UE: le disposizioni in materia di libera circolazione dei capitali, gli artt. 267 e 344 TFUE relativi alla competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'applicazione del diritto UE e il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TFEU. La Corte nazionale adita rigettava il ricorso in primo grado e la Repubblica Slovacca impugnava la sentenza dinanzi al *Bundesgerichtshof*, il quale procedeva quindi a promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle menzionate questioni interpretative.

traverso il quale la stessa Corte individua e protegge gli elementi essenziali della struttura c.d. “costituzionale” dell’Unione: la sua fonte autonoma costituita dai Trattati, il primato e l’effetto diretto del diritto da essi scaturente, una rete strutturata di principi, norme e rapporti giuridici mutualmente interdipendenti tra Stati membri e tra essi e l’UE, il quadro di valori comuni di cui all’art. 2 TUE, i principi generali, le norme sulla ripartizione delle competenze e sul funzionamento delle istituzioni, nonché alcune norme materiali fondamentali per il processo di integrazione<sup>12</sup>.

Strumento essenziale dell’autonomia dell’ordinamento è il funzionamento del suo sistema giurisdizionale, fondato sul ruolo delle corti nazionali (art. 19 TUE) e sul loro dialogo con la Corte di giustizia, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), nell’applicazione uniforme del diritto UE. Il divieto di sottoporre controversie relative all’applicazione del diritto UE a metodi di risoluzione delle controversie estranei ai Trattati, contenuto all’art. 344 TFUE, non fa che esprimere, infatti, l’autonomia del sistema giuridico dell’Unione rispetto all’operare di altri sistemi di norme. Il senso di tali disposizioni pare essere quello di garantire all’Unione di controllare lo sviluppo del diritto dal quale è regolata la sua vita sociale. In questa ottica, il sistema richiede che tale diritto scaturisca solo dalle sue Corti, dalle corti previste nei Trattati<sup>13</sup>.

L’arbitrato di investimenti intra-UE arrega una lesione all’autonomia del diritto UE sotto due profili, tra loro connessi: il contrasto col

<sup>12</sup> Cfr. *Parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU)*, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, par. 168, 173 e 174. Sull’autonomia del diritto UE, tra i molti, M. KLAMERT, *The Autonomy of the EU (and EU law): through the Kaleidoscope*, in *European Law Rev.*, 2017, 815 ss.; K. LENAERTS, *The autonomy of European Union Law*, in *Dir. Un. Eur.* 2018, 617 ss.; R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, New York-London, 2004; A. MIGLIO, *Autonomia dell’ordinamento dell’Unione europea e risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, in A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie e problemi di attribuzione e di accertamento*, 301 ss.; I. GOVAERE, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU Legal Order: A Balloon Dynamic*, Research Paper in Law No. 2/2018, European Legal Studies, Brugges, 2018, reperibile al seguente link: <[https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper\\_2\\_2018\\_inge\\_govaere\\_0.pdf](https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_2_2018_inge_govaere_0.pdf)>; J. ODERMATT, *When a fence becomes a cage: the principle of autonomy in EU external relations law*, Working Paper, EUI Max Weber Programme 2016/07, reperibile al seguente link <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/41046>>.

<sup>13</sup> R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, cit., 12.

principio di fiducia reciproca tra Stati membri e l'alterazione della menzionata esclusività del sistema giurisdizionale previsto dai Trattati.

Quanto al primo aspetto, il principio di fiducia reciproca, in quanto corollario del principio di leale collaborazione, sta alla base del funzionamento non solo del mercato interno<sup>14</sup>, ma anche dell'intero spazio giudiziario europeo, che di tale mercato costituisce un elemento portante. Infatti, ci ricorda la Corte, è il patrimonio comune dei valori di cui all'art. 2 TUE, condiviso tra gli Stati membri, che giustifica la fiducia che (i giudici di) tutti gli Stati membri rispetteranno e applicheranno il diritto UE, conformemente a tali valori<sup>15</sup>. La scelta degli Stati di sottrarre al sistema giurisdizionale previsto ai Trattati le controversie in materia di investimenti, e quindi in materie ampiamente regolate dal diritto UE attraverso la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali, esprime invece, pare suggerire la Corte, la *sfiducia* degli Stati contraenti verso i rispettivi sistemi giurisdizionali nazionali<sup>16</sup>. In altre parole, consentendo al sistema arbitrale di risoluzione delle controversie in materia di investimenti di operare in alternativa, e in competizione, con il sistema di risoluzione delle controversie previsto nei Trattati, si nega il presupposto degli obblighi che gli Stati membri si sono reciprocamente assunti con la loro firma. Il fatto che, in tempi recenti, alcuni Stati membri tendano ad allontanarsi progressivamente dal pieno rispetto dei predetti valori, pur ponendo importanti interrogativi in ordine ai rimedi che il sistema offre, non fa peraltro venire meno la tenuta del ragionamento di fondo che, essendo basato su un principio di portata costituzionale, prescinde da casi specifici di non conformità all'art. 2 TUE, rispetto ai quali altri sono gli strumenti di *enforcement* previsti dai Trattati<sup>17</sup>.

Di qui, l'emergere del secondo profilo di conflitto con l'ordinamento UE, basato sulla violazione di un'altra caratteristica essenziale dell'ordinamento, ossia la sopra citata esclusività del sistema di risoluzione delle controversie previsto nei Trattati. Più precisamente, le clausole compromissorie contenute nei trattati di investimento tra Stati membri sono considerate contrarie a tale sistema giurisdizionale sulla base del fatto che il Tribunale arbitrale da esse istituito, benché (poten-

<sup>14</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-120/78, *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979.

<sup>15</sup> Corte di giustizia UE, *Achmea*, cit., par. 35.

<sup>16</sup> Corte di giustizia UE, *Achmea*, cit., par. 58.

<sup>17</sup> Si veda, su questi aspetti, per tutti, M. POIADES MADURO, in *Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, in A. KORNEZOV (ed.), *The XXX FIDE Congress in Sofia, Congress Publications*, vol. 1, 2023, 2 ss. Critici sul punto, D. V. KOCHENOV, N. LAVRANOS, *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors*, cit.

zialmente) chiamato ad interpretare il diritto UE, non può, tuttavia, operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in quanto non si tratta di una giurisdizione appartenente ad uno Stato membro *ex art. 267 TFUE* (ed anzi, all'evidenza, esso è costituito proprio al fine di eludere la giurisdizione nazionale). Inoltre, il controllo giurisdizionale circa la conformità sostanziale del lodo arbitrale col diritto UE da parte delle corti nazionali è molto circoscritto e, nel caso di arbitrato ICSID, sostanzialmente assente<sup>18</sup>. Un controllo di questo tipo, infatti, sarebbe in linea di principio utile a riportare le questioni di applicazione del diritto UE affrontate dal Tribunale arbitrale nell'ambito del sistema di tutela giurisdizionale proprio del diritto dell'Unione, mentre un controllo giurisdizionale limitato o assente colloca la decisione del Tribunale arbitrale al di fuori del predetto sistema di tutela.

È evidente che la Corte perviene alla sua decisione insistendo su profili di carattere strutturale dell'ordinamento dell'Unione europea, che male si conciliano con una lettura restrittiva della sentenza. D'altra parte, che questo fosse il tenore della decisione è ben dimostrato dal preambolo della sentenza, ove i precedenti costituiti dal menzionato *Parere 2/13* e dalla sentenza relativa ai *Giudici portoghesi*<sup>19</sup>, sono evocati quali riferimenti necessari alla soluzione del caso. La portata ampia di tale giurisprudenza si è così confermata nella giurisprudenza successiva: nel caso *Komstroy*, la Corte ha esteso questa medesima soluzione anche all'arbitrato di investimenti basato sul Trattato sulla Carta dell'energia, limitatamente alle ipotesi di controversie intra-UE. In *PL Holding*, poi, si è pervenuti a soluzione analoga per l'ipotesi di un accordo arbitrale concluso, tacitamente, tra lo Stato e l'investitore (e non quindi tra Stati membri), avendo lo Stato omesso di contestare la giurisdizione del Tribunale arbitrale, illegittimamente istituito in base ad un accordo di investimenti contrario al diritto UE (si veda anche *infra* § 5). Ne consegue che l'arbitrato di investimenti istituito da trattati tra Stati membri non ha più residenza legittima nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, come confermato dalla volontà degli Stati membri di

<sup>18</sup> Ciò in base alle norme sia nazionali sia internazionali applicabili. Cfr. Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (New York, 1958) e Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati (Washington, 1965), artt. 52, 53 e 54.

<sup>19</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, ove si era affermata la necessità che le Corti nazionali assicurino, in cooperazione con la Corte di giustizia, rimedi effettivi alle posizioni giuridiche previste dal diritto UE, quale obbligo scaturente dall'art. 19 TUE, anche sotto il profilo dell'organizzazione dell'ordinamento giudiziario nazionale.

estinguere i trattati bilaterali *inter-se* che lo prevedono con l'Accordo concluso tra 23 Stati membri su 27, quale *follow-up* alla sentenza *Achmea*<sup>20</sup>.

#### 4. Il diritto UE come diritto applicabile all'esistenza/validità della convenzione arbitrale: oltre il primato

Chiarito quanto sopra, preme svolgere qualche considerazione in ordine al fondamento della pretesa applicativa del diritto UE alla questione della esistenza/validità della clausola arbitrale. Al riguardo, il conflitto con l'autonomia del diritto UE determina la non applicabilità delle clausole arbitrali da parte dei giudici degli Stati membri, a motivo del fatto che, come la Corte ha chiarito in termini più espliciti nei successivi casi *Micula* e *PL Holdings*, la convenzione arbitrale cui lo Stato membro ha aderito con la sottoscrizione del BIT risulta *invalida* per violazione di norme fondamentali del diritto UE. Con la conseguenza che i Tribunali arbitrali cui esse si riferiscono sono incompetenti a conoscere le relative controversie e, in base al principio di leale collaborazione e del primato del diritto UE, le corti di tutti gli Stati membri sono tenute ad annullare il, o rifiutare l'esecuzione del, lodo arbitrale su di essa fondato. Ciò anche allorché si tratti di un lodo ICSID e lo Stato richiesto abbia aderito all'Unione in un momento successivo alla conclusione della Convenzione ICSID, poiché, nella prospettiva della Corte, gli obblighi scaturenti dalla Convenzione ICSID non sarebbero coperti dalla salvaguardia prevista all'art. 351 TFEU<sup>21</sup>.

Peraltro, assumendo una prospettiva anche esterna ai meccanismi di funzionamento propri del diritto UE, l'applicazione di tale diritto e, quindi, della giurisprudenza *Achmea*, alla questione dell'esistenza/validità della convenzione arbitrale può determinarsi in funzione di criteri diversi, a seconda che si consideri la validità dell'accordo concluso dallo Stato membro attraverso la manifestazione del consenso internazionale ad essere vincolato dal trattato di investimenti, ovvero si

<sup>20</sup> Accordo sull'estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati membri dell'Unione europea, in *GUUE* 29.5.2020, L 169, 1. Con riferimento al Trattato sulla Carta dell'energia, si veda *Proposal for a Council Decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty*, COM(2023)447, 7.7.2023, reperibile al seguente link: [https://energy.ec.europa.eu/publications/coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty\\_en](https://energy.ec.europa.eu/publications/coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty_en).

<sup>21</sup> Corte di giustizia UE, Caso N. C-516/22, 14 marzo 2024, Commissione c. Regno Unito, parr. 58 ss.



abbia riguardo alla diversa convenzione arbitrale che viene in essere in virtù dell'accettazione da parte dell'investitore della c.d. "offerta permanente di arbitrato" formulata attraverso il menzionato trattato di investimenti. Come noto, tale (secondo) compromesso costituisce un accordo separato, benché connesso al primo, col quale condivide, una delle parti, ossia lo Stato già contraente l'accordo di investimento<sup>22</sup>.

Con riguardo alla validità dell'accordo concluso sul piano internazionale tra Stati membri, possono venire in rilievo le norme di diritto internazionale dei trattati, incluse quelle contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ad esempio, in materia di nullità degli stessi, se il diritto UE è qualificato alla stregua di norma "di diritto interno concernenti la competenza" a concluderli (art. 46 CVDT)<sup>23</sup>, ovvero in materia di conflitto tra trattati (artt. 30, 59 e 60 CVDT) e loro interpretazione (art. 31 CVDT), se il diritto UE è qualificato come parte integrante del diritto internazionale pattizio applicabile<sup>24</sup>. Una volta stabilita la eventuale rilevanza, o prevalenza, del diritto UE ai sensi di una o più di tali disposizioni ovvero, alternativamente, come suggerito da alcuni, di una regola speciale di conflitto vigente nei rapporti internazionali tra gli Stati membri<sup>25</sup>, l'invalidità o inapplicabilità della clausola arbitrale conclusa sul piano internazionale si riverbera anche sulla convenzione arbitrale con l'investitore. Questa appare l'impostazione implicitamente accolta dalla Corte di giustizia, la quale fa derivare l'incompetenza del Tribunale arbitrale dall'invalidità della clausola arbitrale contenuta nel trattato di investimento, senza peraltro darsi carico, come del resto non era necessario fare, di giustificare l'applicazione del diritto UE nei rapporti

<sup>22</sup> Per tutti, J. CRAWFORD, *Treaty and contract in investment arbitration*, in *Arbitration international*, 2008, 351.

<sup>23</sup> Si veda su questi profili il contributo di S. SALUZZO, *Validità del consenso dello Stato, arbitrato di investimento e diritto dell'Unione europea*, in questo volume.

<sup>24</sup> Su questi aspetti, A. DIMOPOULOS, *The validity and applicability of International Investment Agreements between Member States under EU and International Law*, in *CMLR*, 2011, 63; A. REINISCH, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: the Decisions on Jurisdiction in Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitration*, in *LIEI*, 2012, 171; R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Com. Int.*, 2012, 403; S. HILDELANG, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for Inter-se Treaties? The Case of intra-EU Investment Arbitration*, in *LIEI*, 2012, 180.

<sup>25</sup> Non priva di fondamento appare la qualificazione del principio del primato come regola di conflitto speciale nei rapporti tra Stati membri, che sottrae quindi il diritto UE dall'ambito di applicazione, ritenuto residuale, degli artt. 30 e 59 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, cfr. K. GEORGAKI, *Conflict resolution between EU law and bilateral investment treaties of the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2022, 374 ss.



internazionali tra Stati membri, tale applicazione derivando dal principio di leale collaborazione e del primato.

Un altro modo di giustificare l'applicazione del diritto UE alla questione dell'esistenza/validità della clausola compromissoria può derivare da un approccio rivolto ad individuare la legge applicabile all'accordo arbitrale concluso tra Stato e investitore. Seguendo tale impostazione, il diritto UE potrebbe venire in gioco allorché ad essere chiamata dall'accordo delle parti o dalle norme di diritto internazionale privato volta a volta applicabili fosse la *lex arbitri* di uno Stato membro, del quale il diritto dell'Unione è parte integrante<sup>26</sup>.

Senza poter in questa sede approfondire la prassi arbitrale e nazionale in questo ambito, che è peraltro oggetto di altri contributi<sup>27</sup>, basti ai nostri fini osservare che, se per le Corti degli Stati membri il principio del primato è risultato sufficiente per trarre le necessarie conseguenze dalla giurisprudenza *Achmea*, in ordine alla nullità o non riconoscibilità dei lodi arbitrali emessi sulla base di clausole compromissorie contrarie al diritto UE, diversa è la situazione per le Corti nazionali di Stati terzi e per i tribunali arbitrali, i quali saranno propensi ad applicare tale giurisprudenza solo se il percorso argomentativo da essi seguito li conduca a ritenere il diritto UE parte del diritto applicabile alla questione della esistenza/validità della clausola compromissoria o della convenzione arbitrale.

<sup>26</sup> Su questi profili, si veda il contributo di Z. CRESPI REGHIZZI, *Le ricadute sui diritti processuali dell'investitore delle sentenze Achmea e Komstroy: tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, in questo volume; cfr. anche A. HENKE, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Riv. Com. int.*, 2018, 603 ss; S.M. CARBONE, *Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrali nella Convenzione di New York del 1958: risultati e prospettive*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, 879; M. BENDETTI, *Art. V, Lett. d): legge applicabile*, in *Riv. Arb.*, 2022, 50 ss.; F. RAGNO, *The incapacity defence under art. V(1)(a) of the New York Convention*, in *Riv. Arb.*, 2020, 397 ss.; C. DE STEFANO, *The Sovereign as merchant in the international trade: attribution and enforcement of awards on State assets*, in *Riv. Com. Int.*, 2020, 81 ss.; oltre ai contributi di P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, cit. e F. MUNARI, *Il quadro normativo*, cit.

<sup>27</sup> Si rinvia a Z. CRESPI REGHIZZI, *Ibid.* A. CRIVELLARO, *La tormentata relazione tra l'arbitrato internazionale da investimenti e l'Unione europea*, in questo volume.

5. *Alcune criticità nella giurisprudenza della Corte: lo strano caso dell'arbitrato commerciale e i nodi ancora aperti...*

Giova ora dare conto di alcuni degli aspetti che meno convincono in questa giurisprudenza. Il primo riguarda la difficoltà di individuare un criterio solido per distinguere il trattamento che il diritto UE riserva, rispettivamente, all'arbitrato commerciale e all'arbitrato di investimenti. Sappiamo infatti che, in base alla giurisprudenza *Eco-swiss*<sup>28</sup> della Corte di giustizia, l'arbitrato commerciale è considerato compatibile col (*rectius*, tollerato dal) diritto UE, nella misura in cui i lodi che ne scaturiscano possano essere controllati dalle corti nazionali, nel dialogo con la Corte di giustizia, con riferimento alla compatibilità delle decisioni assunte con le norme imperative di diritto UE. Tale apertura nei confronti di questo sistema alternativo di risoluzione delle controversie è legata all'esigenza di efficienza dei rapporti commerciali e di rispettare gli accordi che scaturiscono dall' "autonomia della volontà delle parti"<sup>29</sup>. Al contrario, secondo la Corte di giustizia, l'arbitrato di investimenti è il frutto di un accordo tra Stati, e non dell'autonomia privata, utilizzato proprio per sottrarre alla giurisdizione delle corti nazionali la soluzione di controversie con investitori stranieri, le quali ben possono riguardare l'interpretazione e l'applicazione del diritto UE, in violazione dell'art. 344 TFUE. Ciò, unitamente al suddetto, limitato (e, in ambito ICSID, del tutto assente) controllo giurisdizionale dei lodi conclusivi di tali procedimenti arbitrali, risulta in contrasto con l'obbligo degli Stati membri di stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 19 TUE. La distinzione così tracciata dalla Corte tra le due tipologie di arbitrato, benché saldamente fondata sulle considerazioni di ordine "costituzionale" di cui si è detto sopra, lascia però qualche perplessità all'interprete, per la difficoltà a distinguere gli effetti degli obblighi derivanti dai Trattati sugli Stati membri in questo ambito, in base alla tipolo-

<sup>28</sup> Corte di giustizia UE, Caso No. C-126/97, *Eco Swiss*, 1° giugno 1999, par. 35, 36 e 40.

<sup>29</sup> Corte di giustizia UE, 6 marzo 2018, *Achmea*, cit., par. 54; Corte di giustizia UE, 1° giugno 1999, *Eco Swiss*, causa C-126/97, par. 35, 36 e 40, Corte di giustizia UE; Corte di giustizia UE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, par. 34 a 39; peraltro, una recente sentenza della Corte di giustizia parrebbe suggerire che anche l'arbitrato tra privati potrebbe essere considerato incompatibile con il diritto UE laddove i relativi lodi siano soggetti al controllo del giudice di uno Stato terzo, impossibilitato, quindi, ad assicurare il rispetto delle norme di ordine pubblico del diritto UE attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, cfr. Corte di giustizia UE, Caso N. C-124/21, 21 dicembre 2023, *International Skating Union c. Commissione*, par. 221 ss.

gia di arbitrato. Ciò vale anche con riferimento al livello di controllo delle Corti nazionali sul lodo che, per l'arbitrato *treaty-based* al di fuori del contesto ICSID, è paragonabile a quello dell'arbitrato commerciale<sup>30</sup>.

Inoltre, aperta resta la questione relativa a quale sia il trattamento da riservare all'arbitrato contrattuale (ossia non derivante da un Trattato tra Stati) nell'ambito di quelli che, nel contesto del diritto nazionale, possono definirsi come "contratti pubblici", ossia contratti implicanti la partecipazione di una parte pubblica/statale, soprattutto allorché essi coinvolgono anche un'operazione di investimento estero. Si pensi, ad esempio, alla concessione per la costruzione e sfruttamento di un'infrastruttura da parte di un operatore (investitore) straniero, o di una società da esso partecipata. Si tratterebbe di operazioni regolate da contratti tra lo Stato e l'investitore estero, i quali, però, se contenenti una clausola arbitrale, finirebbero col realizzare un effetto simile, pur su scala minore, a quello prodotto dai Trattati di investimento tra Stati membri, nella misura in cui sottopongono alla giurisdizione arbitrale controversie che possono riguardare l'applicazione del diritto UE.

In linea di principio, parrebbe logico ritenere che questi accordi arbitrali restino esclusi dall'ambito di applicazione della giurisprudenza in esame, nella misura in cui scaturiscono, appunto, dall'autonoma volontà delle parti (pubbliche o private che siano), fermo che essi soggiacciono comunque ai limiti previsti dal diritto interno in ordine alla possibilità dello Stato di vincolarsi all'arbitrato in queste ipotesi (il riferimento, ad esempio, è per l'Italia al D. Lgs. 36/2023, artt. 209 ss.), e salve le norme e i principi che si sono progressivamente affermati nella pratica del commercio internazionale in ordine alle questioni di c.d. arbitrabilità soggettiva dei rapporti controversi<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Si vedano, al riguardo, le condivisibili osservazioni di L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BIT's: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 896, spec. 903; in tema anche A. DIMOPOULOS, *Achmea: The principle of Autonomy and Its Implications for Intra and Extra-EU BITs*, in *EJIL:Talk!*, 27 March 2018, <<https://www.ejiltalk.org/>>; 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, No. 3, 2018 <[www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/events/2018/4/3/WPS3\\_2018\\_The\\_Fate\\_of\\_Investment\\_Dispute\\_Resolution\\_after\\_the\\_Achmea\\_Decision\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Justice](http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/events/2018/4/3/WPS3_2018_The_Fate_of_Investment_Dispute_Resolution_after_the_Achmea_Decision_of_the_European_Court_of_Justice)>, 11; G. ZARRA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e l'arbitrato in materia di investimenti, tra frammentazione e auto-referenzialità*, in *Riv. Arb.*, 2022, 857 ss.

<sup>31</sup> Nuovamente, cfr. S.M. CARBONE, *Il riconoscimento*, cit., 891; F. RAGNO, *The incapacity defence*, cit.

Tale soluzione parrebbe confermata dalla lettura della giurisprudenza *Achmea* che la stessa Corte di giustizia ha offerto nel più recente caso *Micula*<sup>32</sup>. Essa afferma infatti che, a differenza di quanto avviene per l'arbitrato commerciale, con la firma di un Trattato di investimenti gli Stati rinunciano «in via generale e anticipatamente» a sottoporre tutte le controversie che insorgono con investitori stranieri intra-UE, alla giurisdizione delle proprie corti. È evidente che un contratto pubblico contenente una clausola arbitrale si rivolge alle sole controversie insorte tra le parti di quel contratto, ed in esecuzione del medesimo, senza quindi che si possa parlare di una rinuncia generalizzata alla giurisdizione nazionale da parte dello Stato membro. Talché, dovrebbe probabilmente applicarsi in questo caso, direttamente o per analogia, l'eccezione dell'arbitrato commerciale.

Tuttavia, va rilevato che, in *PL Holding*, la Corte ha esteso l'ambito di applicazione della giurisprudenza in esame all'ipotesi di un accordo arbitrale tacitamente concluso tra Stato e investitore, in quanto riproduttivo di una clausola arbitrale convenzionale contraria al diritto UE. Ad aumentare l'incertezza sulla portata di questa sentenza, che riguarda evidentemente una fattispecie molto particolare, contribuisce la presa di posizione dell'avv. Generale Kokott, nelle sue conclusioni al medesimo caso ove, valorizzando la natura del rapporto sottostante al contratto, si ritiene incompatibile con l'autonomia del diritto UE la clausola o convenzione arbitrale stipulata dallo Stato membro con un privato, laddove nell'esecuzione del rapporto sia coinvolto l'esercizio di poteri sovrani in applicazione del diritto UE, se il diritto processuale nazionale non consente un controllo completo del lodo<sup>33</sup>. Sicché, incerti paiono restare i termini della questione, in mancanza di una specifica presa di posizione della Corte di giustizia sul punto.

## 6. ... e la difficoltà di riconciliare *Achmea* e Parere 1/17

Un altro profilo critico della giurisprudenza qui esaminata è quello che riguarda la difficoltà a conciliare la soluzione cui perviene la Corte in *Achmea*, con l'esito del *Parere 1/17* ove, come si ricorderà, la Corte ha affermato che il sistema di risoluzione delle controversie (il c.d. Sistema della Corte degli investimenti) previsto nell'Accordo economico e commerciale tra Unione europea e Canada (*Comprehensive Economic*

<sup>32</sup> Corte di giustizia UE, 25 gennaio 2022, causa C-638/19P, *Micula*, cit., par. 144.

<sup>33</sup> Conclusioni avv. gen. Kokott, Caso No. C-109/20, *PL Holding*, 22 aprile 2021, parr. 52 ss.

*and Trade Agreement - CETA*), è compatibile con l'autonomia del diritto UE, *inter alia*, poiché il tribunale in questione: *i*) può applicare solo le disposizioni del CETA; *ii*) deve considerare il diritto UE eventualmente rilevante come una «questione di fatto» e non di diritto; *iii*) deve attribuire al diritto UE un significato (*meaning*) conforme a quello ad esso attribuito dalle autorità domestiche (inclusa quindi la Corte di giustizia), con la precisazione che qualsiasi significato così attribuito non vincola le corti e autorità nazionali; *iv*) non può annullare la misura controversa, potendo solo disporre il risarcimento del danno eventualmente causato all'investitore. In virtù di tali elementi, la Corte ritiene il sistema di risoluzione delle controversie Stato/UE/Investitore contenuto nel CETA non interferisca con l'interpretazione e l'applicazione del diritto UE da parte dei suoi giudici.

Il nodo non è privo di problematicità: da un lato, la decisione del tribunale CETA è vincolante per l'UE e gli Stati membri, i quali devono darvi esecuzione, e tale natura pare in tensione con la dichiarata assenza di effetto vincolante del "significato" del diritto UE da esso accolto. Dall'altro lato, la qualificazione del diritto UE come mera questione di fatto, all'interno di una controversia tra investitore e Stato/UE nella quale il tribunale è chiamato a conoscerne e, dunque, interpretarne il contenuto, lascia perplessi quanto meno sul piano concettuale<sup>34</sup>. È noto peraltro che questa impostazione è stata elaborata dalla Commissione europea proprio al fine di "costruire" la compatibilità dei meccanismi di risoluzione delle controversie UE/Stati terzi con l'autonomia del diritto UE<sup>35</sup>. Infatti, l'esclusione dell'interpretazione del diritto UE da parte del Tribunale in questione rappresenta uno dei principali elementi (benché non l'unico<sup>36</sup>), che ha portato la Corte a distinguere il sistema di risoluzione delle controversie istituito dal CETA da quello istituito da trattati di in-

<sup>34</sup> Già in questo senso, F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles of EU law and investment arbitration*, in *Riv. com. int.*, 2015, 115 ss.; D. GALLO, F. G. NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in *Fordham International Law Journal*, 2016, 1081 ss. Ma, sulla qualificazione delle misure nazionali oggetto di una controversia tra investitore estero e Stato come "condotta" dello Stato e non come "legge applicabile", si vedano le considerazioni di P. BERTOLI, Z. CRESPI REGHIZZI, *Regulatory Measures, standards of treatment and the law applicable to investment disputes*, in *Riv. dir. int. pric. e proc.*, 2013, 43 ss.

<sup>35</sup> Commissione europea, maggio 2015, *Concept paper: investment in TTIP and beyond. The path for reform*.

<sup>36</sup> Decisivo è stato anche il fatto che, nei rapporti intra-UE, opera tra gli Stati membri il principio costituzionale della fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giurisdizionali, principio che non vincola invece l'UE nei suoi rapporti con gli Stati terzi, cfr. *Parere 1/17*, cit., parr. 126 ss.

vestimenti tra Stati membri, censurato in *Achmea*. Il punto resta tuttavia poco convincente, se si considera che il tipo di operazione interpretativa svolta da un tribunale intra-UE e da un tribunale internazionale come quello stabilito nel CETA sono difficili da distinguere, quanto al fenomeno della valutazione/interpretazione del diritto UE e, anzi, un tribunale come quello previsto dal Sistema della Corte degli investimenti potrebbe essere chiamato a valutare/interpretare addirittura misure adottate dall'Unione europea aventi un impatto sugli interessi di investitori stranieri, nell'ambito, ad esempio, della sua politica di controllo sugli investimenti, ma anche di altre politiche, in un momento storico nel quale la tutela degli interessi strategici è centrale nel guidare l'azione egli Stati e dell'Unione nei loro rapporti commerciali con Stati terzi<sup>37</sup>.

Va però rilevato che il Parere non si ferma qui, e anzi, un ruolo assolutamente centrale per determinare la soluzione cui esso perviene assumono le ulteriori considerazioni relative all'impatto delle decisioni del tribunale sul potere delle istituzioni di adottare normativa a tutela di interessi generali (anche non economici) enunciati nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali. La Corte riconosce infatti che, se il tribunale fosse competente ad accertare che la libertà d'impresa dell'investitore straniero sia violata in ragione del livello di tutela di un interesse pubblico stabilito da atti normativi UE, le istituzioni potrebbero essere indotte, se non altro al fine di evitare ripetute condanne al risarcimento dei danni da parte del tribunale CETA, a rinunciare a tutelare tale interesse, dando luogo al fenomeno comunemente denominato *regulatory chill*. Ciò condurrebbe ad una «compromissione della capacità dell'Unione di funzionare autonomamente nell'ambito del suo specifico quadro costituzionale»<sup>38</sup>. Si tratterebbe quindi della lesione della componente «istituzionale» dell'autonomia dell'ordinamento UE.

A questo punto, la Corte sposta il *focus* della sua analisi sulle disposizioni sostanziali dell'Accordo, in particolare laddove esso prevede che gli standard di tutela previsti non possono, in linea di principio, essere interpretati dal tribunale CETA in modo tale da impedire ad una Parte di adottare o applicare le misure necessarie a tutelare una serie di interessi generali, quali la salute pubblica, la morale pubblica, l'ordine pubblico, la tutela della vita e la salute dell'uomo, degli animali e delle piante. Inoltre, le Parti convengono che il CETA «non indebolirà» le norme in materia di sicurezza degli alimenti, sicurezza dei prodotti, protezione dei

<sup>37</sup> Recentemente, indicativa della tendenza è la Comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante sulla strategia europea per la sicurezza economica, Comunicazione sicurezza economica, JOIN (2023) 20, 20.6.2023.

<sup>38</sup> *Parere 1/17*, cit., par. 150.

consumatori, salute, ambiente e protezione del lavoro. Dal complesso di queste ed altre disposizioni, la Corte trae la conclusione che il tribunale non abbia competenza a rimettere in discussione le scelte democraticamente operate in seno ad una Parte in merito al livello di tutela degli interessi pubblici ivi menzionati, e la sua istituzione non leda pertanto l'autonomia dell'ordinamento UE.

### 7. Tentativo di ricostruzione e conclusioni

Il *Parere 1/17* pare fornire una nuova chiave di lettura, o dimensione, all'autonomia del diritto UE. La novità risiede nell'attenzione posta dalla Corte agli effetti sostanziali dell'Accordo: ciò che conta, in altre parole, è che il modello di governance economica e sociale scolpito nei Trattati, e comprensivo delle procedure decisionali ispirate al principio democratico che lo caratterizzano, venga preservato e protetto nella sua capacità di realizzare determinati obiettivi materiali a beneficio dei cittadini e delle imprese europee. Se è vero che questa giurisprudenza si è sviluppata con riferimento agli investimenti extra-UE, è difficile immaginare che un ragionamento analogo non sia applicabile, *mutatis mutandis*, ai rapporti intra-UE. In questo senso, allora, la pretesa dell'ordinamento UE di "respingere" l'operatività di sistemi di risoluzione delle controversie esterni al sistema creato dai Trattati, quanto meno allorché essi siano istituiti da impegni assunti tra gli Stati membri, sembra rivolta ad evitare, *inter alia*, il (rischio del) venire meno dell'effettività delle sue norme, e delle tutele che esse garantiscono ai singoli che ne sono destinatari, in una serie di ambiti rilevanti per la vita della società europea (si pensi alla qualità degli alimenti e dell'ambiente, alla salute dell'uomo, alla tutela del lavoro e dei consumatori, ecc.).

Mi pare allora che, e al di là dei profili specifici dei quali abbiamo sopra discusso, esista un problema di compatibilità di fondo tra le logiche sottostanti il diritto e l'arbitrato degli investimenti, così come oggi lo conosciamo, e salve le riforme alle quali si sta lavorando a vari livelli, e quelle alla base del processo di integrazione europea, e del suo ordinamento. Non solo, e non tanto, per gli evidenti profili di sovrapposizione con il funzionamento del mercato interno, ma anche, e forse soprattutto, per la compromissione del ruolo che il diritto UE attribuisce alla funzione regolatoria dello Stato (e dell'Unione) al fine di realizzare obiettivi di interesse generale (e quindi di molti altri individui, collettivamente considerati, anche diversi dagli investitori stranieri). Tra questi, rientrano certamente quelli di sviluppo sostenibile, di epocale importan-

za, e al perseguimento dei quali gli Stati membri e l'Unione si sono impegnati anche sul piano del diritto internazionale. Con riferimento al perseguimento di tali obiettivi di tutela sostanziale, il diritto UE (e la sua autonomia/effettività), appare ampiamente sinergica a molti altri comparti del diritto internazionale, diversi dal diritto degli investimenti. Che sia quest'ultimo, dunque, a soffrire di eccessiva "autonomia"?



# VALIDITÀ DEL CONSENSO DELLO STATO, ARBITRATO DI INVESTIMENTO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Stefano SALUZZO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini della questione. – 3. L'art. 46 CVDT e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea. – 4. Due criticità sull'applicazione dell'art. 46 CVDT. – 4.1. La natura manifesta della violazione. – 4.2. Originarietà del vizio e retroattività delle sentenze pregiudiziali. – 5. Osservazioni conclusive.

## *1. Introduzione*

Il presente contributo si inserisce nell'ampio dibattito sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e arbitrato di investimento, in particolare nel caso in cui quest'ultimo riguardi controversie intra-UE. Le incompatibilità tra i due sistemi, rilevate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) a partire dalla nota sentenza sul caso *Achmea*, hanno determinato una situazione di incertezza nella prassi arbitrale, soprattutto in relazione all'efficacia da riconoscere al diritto dell'Unione e alle pronunce della Corte nell'ambito dell'arbitrato di investimento.

In questa sede, si vuole tentare un'analisi dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e arbitrato intra-UE da una prospettiva differente, a partire da questioni concretamente emerse in alcuni lodi arbitrali. Nello specifico, si vuole prendere in esame l'argomento secondo il quale l'offerta arbitrale contenuta nei trattati di investimento intra-UE potrebbe considerarsi invalida poiché sorretta da un consenso viziato dalla violazione di limiti derivanti dal diritto UE. Si fa quindi principalmente riferimento all'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT), il quale sancisce come causa di invalidità del trattato (o di sue parti) la violazione di norme interne sulla competenza a stipulare. Ci si è chiesti, dunque, se il consenso prestato da uno Stato membro alla procedura arbitrale possa considerarsi invalido alla luce della Convenzione di Vienna,

\* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi del Piemonte Orientale.

stante l'incompatibilità accertata dalla CGUE rispetto ad alcuni caratteri fondamentali dell'ordinamento dell'Unione.

Il tema, sebbene circoscritto allo specifico contesto della giurisdizione dei tribunali arbitrali, interroga in verità il funzionamento di alcuni principi cardine tanto dell'ordinamento internazionale quanto di quello dell'Unione europea. Ci si riferisce ai limiti derivanti da norme fondamentali dell'Unione europea per l'autonomia degli Stati membri sul piano internazionale e, soprattutto, alla rilevanza di tali limiti rispetto alla valida assunzione di obblighi internazionali.

Le pagine che seguono cercano di offrire una prima ricostruzione della questione, prendendo in considerazione i presupposti che la Convenzione di Vienna impone per l'applicazione dell'art. 46, nonché l'astratta possibilità che tale causa di invalidità copra i limiti derivanti non solo dai singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri, ma altresì quelli derivanti dal diritto UE. Il contributo si concentra successivamente sulle soluzioni prospettate nella più recente prassi arbitrale e sulle criticità emerse in questo contesto.

## 2. *Le origini della questione*

La questione della validità dell'offerta arbitrale si è concretamente posta davanti a numerosi collegi arbitrali, nell'ambito di controversie di investimento intra-UE fondate su trattati bilaterali di investimento (BIT) o sul Trattato sulla Carta dell'Energia (TCE). Essa si iscrive nel solco delle vicende successive all'intervento della Corte di giustizia nel caso *Achmea*<sup>1</sup>, in cui la Corte ha accertato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle clausole arbitrali contenute nei BIT e fondanti controversie intra-UE. Impostazione che è stata poi ribadita nella sentenza *Komstroy* anche in riferimento alle controversie riguardanti il TCE, quando queste abbiano natura intra-UE<sup>2</sup>.

A seguito di queste pronunce, gli Stati membri convenuti in un procedimento arbitrale per violazione dei diritti dell'investitore straniero hanno avanzato diverse argomentazioni, volte a far valere di fronte al collegio arbitrale i limiti derivanti dall'ordinamento dell'Unione, quantomeno in punto giurisdizione. In linea generale, le eccezioni formulate dagli Stati convenuti sono state puntualmente rigettate in sede arbitrale.

<sup>1</sup> Corte di giustizia UE, *Republic of Slovakia v. Achmea BV*, 6 marzo 2018, c. 284/16, ECLI:EU:2018:158.

<sup>2</sup> Corte di giustizia UE, *Republic of Moldova v. Komstroy LLC*, 2 settembre 2021, c. 741/19, ECLI:EU:2021:655.

Tali argomentazioni erano fondate principalmente sul principio del primato del diritto dell'Unione e sulla necessità per gli Stati membri di adeguarsi, anche nei loro rapporti reciproci retti dal diritto internazionale, alle pronunce della CGUE per superare le incompatibilità da essa accertate. Accanto a queste, gli Stati hanno spesso invocato anche i limiti derivanti dal riparto di competenze, specialmente a seguito dell'attribuzione all'Unione di una competenza specifica in materia di investimenti esteri diretti<sup>3</sup>.

Non è facile riassumere in questa sede tutte le argomentazioni svolte dai diversi tribunali arbitrali per confermare la propria giurisdizione su controversie intra-UE, ma esse sono certamente accomunate da una visione "dualista" dell'arbitrato di investimento, secondo la quale tale meccanismo troverebbe il suo fondamento nel diritto internazionale e non potrebbe dunque essere intaccato dalle regole di un ordinamento diverso e separato, ovvero da quello dell'Unione europea<sup>4</sup>.

In procedimenti più recenti, è emersa invece un'ipotesi che guarda alla rilevanza internazionale dei limiti posti dal diritto dell'Unione alla capacità degli Stati membri di assumere obblighi internazionali. Tracce di questa prospettiva si ritrovano in una pronuncia del 2022 della CGUE sul noto caso *Micula*, nell'ambito del quale si era discusso altresì della rilevanza di *Achmea* rispetto all'esecuzione di un lodo reso nei confronti della Romania all'esito di un arbitrato di investimento intra-UE. In relazione al consenso prestato con il BIT dalla Romania alla risoluzione delle controversie di investimento attraverso l'arbitrato investitore-Stato, la Corte ha richiamato i precedenti *Achmea* e *Komstroy* per affermare che

«[...] un simile consenso, a differenza di quello che sarebbe stato concesso nell'ambito di una procedura di arbitrato commerciale, non trova origine in un accordo specifico che rifletta l'autonomia della volontà delle parti in causa, ma risulta da un trattato concluso tra due Stati, nell'ambito del quale questi ultimi hanno, in via generale e anticipatamente, acconsentito a sottrarre alla competenza dei propri giudici contro-

<sup>3</sup> Introdotta con il Trattato di Lisbona nella nuova formulazione dell'art. 207 TFUE. Va comunque osservato che la Corte di giustizia non ha fatto ricorso a questa nuova competenza nell'affermare l'incompatibilità dell'arbitrato intra-UE con l'ordinamento dell'Unione.

<sup>4</sup> La questione è strettamente connessa a quella del diritto applicabile alla giurisdizione del tribunale arbitrale, che nella maggior parte dei casi ha portato i collegi a escludere la rilevanza del diritto UE. Per una ricostruzione del problema cfr., inter alia, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, *Decision on the Achmea issue*, 31 agosto 2018, par. 108 ss. Sul punto v. N. BASENER, *Investment Protection in the European Union*, Baden-Baden, 2017, 204 ss.

versie che possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, a vantaggio della procedura di arbitrato. In tali circostanze, poiché a partire dall'adesione della Romania all'Unione il sistema dei mezzi di ricorso giurisdizionale previsto dai Trattati UE e FUE si è sostituito a tale procedura di arbitrato, *il consenso dato a tal fine da detto Stato è ormai privo di qualsiasi oggetto*<sup>5</sup>.

Il passaggio sul consenso alla procedura arbitrale, divenuto “privo di oggetto”, non è certo un esempio di chiarezza concettuale<sup>6</sup>. Tuttavia, dimostra che la prospettiva che guarda alla validità del consenso espresso dallo Stato, potenzialmente in contrasto con i limiti derivanti dal diritto dell'UE, ha assunto ormai una certa rilevanza.

Del resto, anche nel caso *PL Holding*, relativo a una convenzione di arbitrato *ad hoc* conclusa tra la Polonia e una società di diritto lussemburghese, la Corte era tornata sugli effetti della propria giurisprudenza in tema di arbitrato di investimento UE. Ha avuto così occasione di affermare che, a partire dalla sentenza *Achmea*, clausole arbitrali contenute in BIT intra-UE debbano considerarsi nulle e che, di conseguenza, una convenzione di arbitrato *ad hoc* che tenda a produrre i medesimi effetti comporti il rischio di una elusione dei limiti derivanti dal diritto UE<sup>7</sup>. Secondo la Corte, infatti, una siffatta convenzione manterrebbe in vita un impegno internazionale (quello dell'offerta arbitrale) «assunto da tale Stato membro in violazione del diritto dell'Unione e quindi viziato da nullità»<sup>8</sup>.

Al di fuori di questi fugaci riferimenti, la prospettiva dell'invalidità del consenso alla procedura arbitrale è emersa principalmente nell'ambito dell'arbitrato di investimento. È dunque utile ricordare che il primo lodo arbitrale ad aver riconosciuto in qualche modo l'efficacia del diritto dell'Unione nell'ambito di un arbitrato di investimento ha fatto leva proprio sull'assenza di una giurisdizione “*ratione voluntatis*” del tribunale arbitrale. Ci si riferisce, in particolare, al lodo *Green Power v. Spain*, nel quale il collegio ha affrontato la questione della propria giurisdizione attribuendo rilevanza al diritto dell'Unione. Nel confermare l'applicabilità del principio del primato rispetto a clausole arbitrali intra-

<sup>5</sup> Corte di giustizia UE, *European Commission v. European Food SA e a*, c. 638/19, 25 gennaio 2022., ECLI:EU:C:2022:50, p.ti 144-145.

<sup>6</sup> Per quanto altre versioni linguistiche della sentenza offrano qualche spunto in più, quando fanno riferimento a un consenso “privo di qualunque forza” (versione inglese) o “irrelevante” (versione tedesca).

<sup>7</sup> Corte di giustizia UE, *Poland v. contro PL Holdings Sàrl*, 26 ottobre 2021, c.109/20, ECLI:EU:C:2021:875, 48.

<sup>8</sup> *Ivi*, 50.

UE (pur se inserite in un accordo multilaterale come nel caso dell'art. 26 TCE)<sup>9</sup>, il Tribunale ha concluso per l'assenza di una offerta unilaterale all'arbitrato da parte dello Stato convenuto che l'investitore avrebbe potuto accettare<sup>10</sup>.

Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, non è chiaro quali siano gli effetti derivanti da una incompatibilità con il diritto dell'Unione per il consenso originariamente prestato dallo Stato alla procedura arbitrale. Come spesso è accaduto nel dibattito sull'arbitrato di investimento intra-UE, le categorie di validità, inefficacia e inapplicabilità tendono a sovrapporsi e a confondersi.

Alcune indicazioni per una possibile ricostruzione degli effetti menzionati provengono, però, dalla stessa giurisprudenza arbitrale. In lodi precedenti, alcuni Stati membri convenuti avevano avanzato un'eccezione alla giurisdizione dei tribunali arbitrali fondata sulla invalidità del consenso originariamente prestato, la quale avrebbe comportato per il collegio la necessità di applicare l'art. 46 CVDT<sup>11</sup>. Questo è, ad esempio, il caso dei lodi *Eskosol v. Italy* e *BayWa v. Spain* del 2019 e *AMF v. Czech Republic* del 2020. Nel tentativo di dimostrare l'assenza di giurisdizione del tribunale, si è quindi tentato di ricorrere ad alcune delle regole della CVDT relative alla manifestazione del consenso statale rispetto all'assunzione di obblighi internazionali. Come noto, validità del trattato in sé e validità del consenso prestato dallo Stato sono rigidamente disciplinate dalla Convenzione secondo alcune ipotesi tassative<sup>12</sup>. Infatti, secondo quanto disposto dall'art. 42(1) CVDT «[I]a validità di un trattato o del consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato non può essere contestata che in applicazione della presente convenzione».

Non paiono esserci particolari dubbi sul fatto che il consenso prestato da uno Stato all'arbitrato di investimenti attraverso una clausola compromissoria possa essere invalidato secondo le disposizioni della Convenzione. Un primo passaggio preliminare, però, consiste necessariamente nel valutare se l'art. 46 CVDT relativo alla violazione di norme

<sup>9</sup> *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Spain*, SCC (2016/135), lodo del 16 giugno 2022, par. 166-172.

<sup>10</sup> *Ivi*, par. 477.

<sup>11</sup> Sono stati in realtà i collegi arbitrali a riformulare queste eccezioni secondo la clausola dell'art. 46 CVDT, avendo gli Stati convenuti eccepito in termini molto generali una invalidità dell'offerta arbitrale contenuta nel trattato di protezione dell'investimento.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione sulla codificazione delle ipotesi di invalidità, secondo un modello di tipizzazione di matrice continentale, cfr. J. VEROHEVEN, *Invalidity of Treaties: Anything New in/under the Vienna Conventions?*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 297 ss.

interne sulla competenza a stipulare possa trovare applicazione anche in relazione ai limiti posti dall'ordinamento dell'Unione.

### 3. *L'art. 46 CVDT e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*

Come accennato, alcuni Stati convenuti in arbitrati di investimento intra-UE hanno eccepito una invalidità del proprio consenso per violazione di norme del diritto dell'Unione. In particolare, facendo seguito alle diverse pronunce della CGUE sul punto, tale invalidità deriverebbe da una violazione delle norme sul riparto di competenze e del principio di leale cooperazione, cui va ascritta anche la regola del primato<sup>13</sup>. Va ricordato che, specialmente nelle sentenze *Achmea* e *Komstroy*, la Corte di giustizia ha accertato una incompatibilità delle clausole arbitrali intra-UE rispetto a due disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE): l'art. 267 relativo alla competenza esclusiva della Corte nel contesto del rinvio pregiudiziale; l'art. 344 contenente il divieto per gli Stati membri di sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso. Si tratta di regole poste a tutela della fiducia reciproca e dell'autonomia dell'ordinamento UE, le quali sarebbero messe a rischio dalla possibilità che un tribunale esterno, chiamato a giudicare una controversia tra investitore europeo e Stato membro, si trovi a interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione.

Perché la violazione di queste regole possa giungere ad invalidare il consenso prestato da uno Stato membro alla procedura arbitrale, è necessario comprendere il funzionamento di questo tipo di invalidità all'interno della Convenzione di Vienna. L'art. 46 CVDT sancisce l'invalidità internazionale del trattato concluso in violazione di norme interne sulla competenza nei seguenti termini: «Il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno. Una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona

<sup>13</sup> Sull'applicazione del principio del primato agli accordi conclusi tra Stati membri v. A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020, 174 ss.

fedes». La formulazione in negativo della regola, oltre a configurare una presunzione di validità del trattato, dimostra anche la natura eccezionale di tale ipotesi, confermata dalla difficoltà di accertare la sussistenza di tutti i presupposti sulla base dei quali un trattato può ritenersi invalido. In questo senso, l'art. 46 costituisce una deroga alla regola generale, codificata dall'art. 27 CVDT, sulla non invocabilità del diritto interno<sup>14</sup>. La tensione tra sovranità statale (intesa quale autonomia dell'ordinamento interno) e salvaguardia dell'apparenza dell'atto internazionale (derivante dal principio di buona fede in senso oggettivo) trova un bilanciamento nell'art. 46 e, in particolare, nei parametri particolarmente stringenti di invocabilità della regola<sup>15</sup>. Questa, infatti, può trovare applicazione solo quando le norme interne sulla competenza siano di importanza fondamentale e quando la loro violazione sia manifesta.

Quanto alla natura delle regole interne, la Convenzione di Vienna è stata redatta avendo riguardo essenzialmente alle regole di natura costituzionale dell'ordinamento interno<sup>16</sup>, che individuano l'organo competente a manifestare il consenso dello Stato e a impegnare la volontà di quest'ultimo sul piano internazionale. Il concetto di diritto interno cui l'art. 46 fa rinvio, però, si è ampliato nel corso del tempo, fino a ricomprendere norme diverse da quelle puramente costituzionali<sup>17</sup>. Vi rientre-

<sup>14</sup> Cfr. A. MARESCA, *Diritto dei trattati*, Milano, 1971, 646-647, secondo il quale la norma recepisce una soluzione proposta dalle teorie costituzionalistiche, che considerano il modo di essere dell'ordinamento interno rilevante anche per il diritto internazionale. V. anche C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino 2015, 354. *Contra* R. MONACO, C. CULTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Milano, 2009, 181-182, secondo cui, stante la separazione tra l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale, e la conseguente non invocabilità delle norme del primo nell'ambito del secondo, il trattato concluso in violazione delle norme interne sulla competenza dovrebbe comunque ritenersi "internazionalmente" efficace.

<sup>15</sup> La clausola è il frutto di un compromesso tra due approcci distinti, generalmente riferiti alla tesi internazionalistica e alla tesi costituzionalistica. Sul punto v. C. VITUCCI, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 715 ss.

<sup>16</sup> V. sul punto W. SCHÜCKING, *La portée des règles de droit constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1930, 225 ; L. WILDHABER, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Basilea 1971, 9-13.

<sup>17</sup> In realtà, già durante i lavori della Commissione di diritto internazionale si era deciso di sostituire il riferimento al diritto costituzionale con quello più generico al diritto interno, così confermando che la portata del rinvio si estendeva a norme del diritto pubblico in generale. Cfr. la bozza dell'art. 31 in CDI, *Report of the International Law Commission covering the work of its fifteenth session*, doc. A/5509, in *Yearbook of the*

rebbero, infatti, anche prassi costituzionali e norme amministrative, purché soddisfino il requisito dell'importanza fondamentale rivestita nel più generale contesto dell'ordinamento interno. Non è chiaro se la norma si riferisca a norme interne sulla competenza di carattere puramente procedurale o se invece possa fare rinvio anche a norme di natura sostanziale. Secondo alcuni Autori, la seconda ipotesi dovrebbe essere scartata, dato che un conflitto tra norme sostanziali e norme internazionali dovrebbe, almeno nella prospettiva del diritto dei trattati, risolversi a favore delle seconde<sup>18</sup>. Altra parte della dottrina si è invece espressa nel senso di intendere il rinvio come operante tanto per le norme procedurali quanto per quelle sostanziali<sup>19</sup>. Per la verità, tale distinzione non sembra essere del tutto rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 46: ciò che interessa, infatti, è soltanto che la norma interna rivesta importanza fondamentale e che la sua violazione sia suscettibile di incidere sulla valida manifestazione della volontà statale.

Non manca, in dottrina, chi ha sostenuto che tra le norme cui l'art. 46 fa rinvio vi sarebbero anche quelle derivanti da fonti di terzo grado, vale a dire da atti di organizzazioni internazionali o sovranazionali<sup>20</sup>. Quantomeno per questo secondo caso, le norme dell'organizzazione sul riparto di competenze e sul suo funzionamento dovrebbero infatti considerarsi come parte integrante dell'ordinamento nazionale di riferimento e, dunque, potrebbero rilevare sul piano internazionale al momento della formazione della volontà dello Stato. Del resto, se si ammette, come la dottrina ha suggerito, che la prassi internazionale relativa all'art. 46 abbia dato rilievo non tanto all'assetto interno dei poteri formali, quanto

*International Law Commission*, 1963, vol. II, 190, nonché le considerazioni di S. ROSENNE, in CDI, 676<sup>th</sup> Meeting, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, 14.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. M. BOTHE, *Article 46*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, 2011, 1093-1094.

<sup>19</sup> Cfr. A. VERDROSS, B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlino, 1984, 446-447, nonché M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, 589.

<sup>20</sup> Cfr. T. RENSMANN, *Article 46*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, 2012, 785. Sarebbe condivisibile questa impostazione anche P. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2007, 314. Durante i lavori della CDI si è persino sostenuto che sarebbero invocabili ai sensi dell'art. 46 anche limiti sostanziali alla competenza derivanti da accordi internazionali conclusi precedentemente con altri Stati. Cfr. H. WALDOCK, *Second Report on the Law of Treaties*, doc. A/CN.4/156, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, 44.



piuttosto a quello della Costituzione effettiva<sup>21</sup>, se ne dovrà desumere che le norme sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri, nonché quelle relative più in generale al rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento statale, possono, in astratto, essere oggetto del rinvio operato dall'art. 46<sup>22</sup>. A ben vedere, si tratterebbe di fornire la corretta rilevanza internazionale a una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, in base alla quale, in seguito al trasferimento di competenze, gli Stati membri non hanno più la possibilità di assumere autonomamente diritti e obblighi internazionali<sup>23</sup>. E quando anche abbiano mantenuto spazi di competenza sul piano internazionale, questa deve comunque essere esercitata nei limiti e nei modi previsti dal diritto dell'Unione<sup>24</sup>.

A questo punto conviene chiedersi se la clausola di cui all'art. 46 possa in astratto condurre all'invalidità del consenso prestato dallo Stato alla procedura arbitrale. Non vi è dubbio che, quando lo Stato esprime tale consenso attraverso una clausola arbitrale inserita in un trattato bilaterale o multilaterale, la sua manifestazione di volontà possa essere oggetto di verifica secondo i parametri dell'art. 46<sup>25</sup>. Ciò è innanzitutto dovuto al carattere relativo dell'invalidità in questione, che può operare anche rispetto a singole disposizioni del trattato, purché queste siano divisibili dal resto della disciplina convenzionale<sup>26</sup>. È vero che, secondo

<sup>21</sup> In questo senso E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2023, 158-160.

<sup>22</sup> Si veda sul punto anche l'opinione dissenziente dell'arbitro Shafeiei nel caso dell'Iran-US Claims Tribunal, *Philips Petroleum Co Iran v. Islamic Republic of Iran* (Arbitral Award), in *International Law Reports*, 1982, 78, 637, il quale rilevava che anche le "ordinary rules of law governing constitutional matters", al di fuori delle sole disposizioni costituzionali, potessero assumere rilevanza rispetto all'art. 46 CVDT.

<sup>23</sup> J. KLABBERS, *Restraints on the Treaty-Making Power of Member States Deriving from EU Law: Towards a Framework for Analysis*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, L'Aja, 2002, 155.

<sup>24</sup> V. già Corte di giustizia UE, *Saint Gobain v. Finanzamt Aachen-Innerstadt*, c. 307/97, EUCLI:EU:C:1999:438, 57; Corte di giustizia UE, *Gottardo v. INPS*, c. 55/00, ECLI:EU:C:2002:16, p.ti 33-34.

<sup>25</sup> Ciò vale anche nel caso, piuttosto frequente, di clausole incomplete, che necessitano di un successivo accordo tra Stato e investitore. Per un esempio cfr. *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*, ICSID Case No UNCT/18/3, Partial Award on Jurisdiction, 15 luglio 2020, nonché il commento di G. LAMPO, G. MINERVINI, *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic: Interpreting the Consent to Arbitrate in the CARICOM-DR FTA*, in *ICSID Review*, 2021, 506 ss.

<sup>26</sup> V. art. 44(3) CVDT: « Se il motivo in questione si riferisce soltanto ad alcune clausole particolari, esso può essere invocato nei confronti di quelle sole clausole quando: a) tali clausole si possano scindere dal resto del trattato per quanto attiene alla loro esecuzione; b) risulti dal trattato o sia altrimenti accertato che l'accettazione delle suddette clausole non abbia costituito per l'altra parte o per le altre parti del trattato una base

quanto disposto dall'art. 44(3) CVDT, la scindibilità di una clausola è soggetta a una serie di condizioni, tra cui la circostanza che la clausola affetta dal vizio non abbia costituito per le controparti del trattato una base essenziale del loro consenso<sup>27</sup>. Ed è altrettanto vero che la possibilità di accedere all'arbitrato di investimento, con rimozione del ruolo della giurisdizione nazionale, costituisce da sempre uno dei fattori che maggiormente spiegano la fortuna dei trattati di protezione dell'investitore straniero. Tuttavia, va osservato a questo riguardo che i trattati di investimento contengono un'ampia disciplina sostanziale, che potrebbe continuare a funzionare anche in assenza del meccanismo arbitrale<sup>28</sup>.

Quanto ad altri tipi di manifestazione dell'offerta arbitrale, che non si collochino all'interno di un trattato, la situazione appare più complessa. Da un lato, nel caso *PL Holding*, la CGUE ha esteso le considerazioni svolte in *Achmea* e *Komstroy* anche all'arbitrato tra investitore e Stato fondato su una clausola compromissoria di natura contrattuale. La Corte, infatti, ha ritenuto che: «consentire a uno Stato membro, che è parte di una controversia che può riguardare l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione, di sottoporre tale controversia a un organismo arbitrale avente le stesse caratteristiche di quello previsto da una clausola compromissoria nulla contenuta in un accordo internazionale [in materia di investimenti], mediante la conclusione di una convenzione di arbitrato ad hoc avente lo stesso contenuto di tale clausola, comporterebbe di fatto un'elusione degli obblighi derivanti per detto Stato membro dai Trattati e, in particolare, dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché dagli articoli 267 e 344 TFUE»<sup>29</sup>.

L'impostazione della Corte si giustifica, dal punto di vista del diritto UE, con la necessità di evitare spazi di elusione rispetto alle incompatibilità già accertate in precedenti pronunce<sup>30</sup>. Nella prospettiva che qui inte-

essenziale del loro consenso ad essere vincolate dal trattato nel suo insieme; e c) non sia ingiusto continuare ad eseguire quanto rimane del trattato».

<sup>27</sup> Si tratta di una condizione oggi considerata di diritto consuetudinario, essendo di fatto derivante dalla necessità che il trattato continui a tutelare in maniera bilanciata gli interessi delle parti contraenti. V. M. VILLIGER, *cit.*, 67.

<sup>28</sup> Cfr. G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts – Current Framework and Reform Options*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2020, 31 ss.

<sup>29</sup> Corte di giustizia UE, *PL Holding*, *cit.*, 47.

<sup>30</sup> Per un'analisi critica della pronuncia v. G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE sul caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 novembre 2021 <<http://www.sidiblog.org/2021/11/05/la-decisione-della-corte-di-giustizia-ue-nel-caso-pl-holdings-la-legge-del-piu-forte-e-la-sconfitta-del-diritto/>>.

ressa, tuttavia, appare difficile sostenere che una invalidità internazionale del consenso possa coprire anche ipotesi in cui quest'ultimo si manifesta in strumenti di natura contrattuale. Questo, probabilmente, con l'unica eccezione in cui la clausola contrattuale o la convenzione di arbitrato *ad hoc* identifichino la Convenzione ICSID ai fini della procedura arbitrale, con conseguente rilevanza degli obblighi internazionali relativi agli effetti e all'esecuzione dei lodi arbitrali<sup>31</sup>.

Da ultimo, va osservato che l'applicazione della causa di invalidità di cui all'art. 46 CVDT rispetto all'offerta arbitrale comporta un superamento dei limiti derivanti dal diritto applicabile alla controversia tra investitore e Stato, anche in relazione alla verifica della giurisdizione del tribunale arbitrale. La prassi, infatti, si è trovata di frequente a confrontarsi con tale questione, dovendo definire in che misura il diritto dell'UE (nonché la giurisprudenza della CGUE) potesse incidere sulla giurisdizione del tribunale. Non è un caso che nel lodo *Greenpower v. Spain* il diritto dell'UE abbia assunto formale rilevanza, avendo l'arbitrato sede in uno Stato membro dell'Unione. Infatti, il diritto UE trovava applicazione in quanto *lex loci*, secondo le regole della Stockholm Chamber of Commerce (SCC)<sup>32</sup>. Lo stesso approdo non sarebbe dunque scontato nel caso di arbitrati che abbiano sede in Stati extra-UE o nei quali la *lex loci* non assumesse rilevanza. Tuttavia, l'art. 46 CVDT consentirebbe sempre un ricorso al diritto interno dello Stato membro (incluso, per estensione, il diritto dell'Unione), poiché qui il rinvio è operato direttamente dalla norma internazionale. Nel momento, cioè, in cui è la disposizione della CVDT a trasporre sul piano internazionale i limiti del diritto interno all'assunzione di obblighi pattizi, non vi sarebbe più spazio per contesta-

<sup>31</sup> Non mancano nella prassi ipotesi intermedie di internazionalizzazione della clausola arbitrale contenuta in un contratto. Nel caso *CSOB v. Slovacchia*, il consenso all'arbitrato era fondato su un contratto contenente un rinvio al TBI concluso tra le parti (e non entrato in vigore). Ciò aveva condotto il tribunale arbitrale a ritenere che l'interpretazione dell'offerta arbitrale dovesse essere svolta secondo il diritto internazionale, avendo il rinvio al TBI di fatto incorporato l'offerta nel trattato. Cfr. *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 maggio 1999, 5 ICSID Reports 335, par. 35. V. anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, 252. Del resto, il fenomeno dell'internazionalizzazione dei contratti di investitore tra Stato e investitore ha spesso prodotto situazioni di ibridazione tra il diritto interno dello Stato ospitante l'investimento e l'ordinamento internazionale. V. A. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, CUP, 2017, 339 ss.

<sup>32</sup> In senso critico v. G. LAMPO, *Tutto è ben quel che finisce (bene?): Prime considerazioni sul lodo Green Power v. Spain*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2022 <<http://www.sidiblog.org/2022/07/14/tutto-e-bene-quel-che-finisce-bene-prime-consid-erazioni-sul-lodo-green-power-c-spagna/>>.

re il dovere del tribunale arbitrale di applicare anche il diritto dell'Unione<sup>33</sup>. A ben vedere, poi, questo medesimo ragionamento potrebbe estendersi anche alla fase di esecuzione del lodo, potendo il giudice dell'esecuzione prendere in esame una causa di invalidità *ab origine* dell'offerta arbitrale<sup>34</sup>.

In termini astratti, quindi, non pare potersi escludere che l'art. 46 CVDT si applichi a quella particolare forma di consenso che si manifesta nell'offerta arbitrale, quando questa si sia formata in violazione di limiti interni al diritto dell'Unione. Restano, però, da analizzare i profili concretamente applicativi di questa ricostruzione.

#### 4. Due criticità sull'applicazione dell'art. 46 CVDT

Come accennato, l'art. 46 CVDT richiede che la violazione dei limiti imposti dall'ordinamento interno riguardi norme di fondamentale importanza e sia manifesta. Quanto al primo requisito, sembra evidente che le norme UE in questione possano essere considerate di fondamentale importanza: non soltanto esse fanno parte dell'architettura istituzionale dell'Unione, ma, come accertato dalla CGUE, la loro violazione incide su aspetti essenziali dell'ordinamento, quali la sua autonomia e la fiducia reciproca tra gli Stati membri. Del resto, appare difficile ipotizzare che le incompatibilità rilevate dalla Corte rispetto alle competenze dell'UE e al principio di leale cooperazione non rivestano il carattere della fondamentale importanza richiesto dall'art. 46 CVDT. La stessa Corte di giustizia, nel caso *Francia c. Commissione* del 1994, aveva già rilevato che le norme sul riparto di competenze rivestivano, anche sul piano della stipula di accordi internazionali, un ruolo di portata costituzionale<sup>35</sup>. Più complessi sono, invece, due profili legati all'applicazione dell'art. 46 rispetto all'offerta arbitrale: la natura manifesta della violazione e il carattere originario del vizio del consenso sottostante.

<sup>33</sup> Potendo persino travolgere gli effetti delle *sunset clauses*, che estendono l'efficacia dell'offerta arbitrale oltre il momento di estinzione del trattato.

<sup>34</sup> In un recente procedimento nazionale, il giudice statunitense, pur non riferendosi esplicitamente all'art. 46 CVDT, ha negato l'esecuzione di un lodo reso in arbitrato intra-UE sulla base della incapacità della Spagna di prestare un consenso valido alla luce dei limiti imposti dall'ordinamento UE. Cfr. *Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia*, 29 marzo 2023, 17.

<sup>35</sup> Corte di giustizia UE, *Francia c. Commissione*, 9 agosto 1994, c. 327/91, ECLI:EU:C:1994:305, 28.

#### 4.1. La natura manifesta della violazione

L'art. 46 richiede che la violazione della norma interna sia manifesta, ciò che si verifica quando via sia obiettiva evidenza della violazione stessa, anche tenuto conto della buona fede degli altri contraenti e della prassi internazionale<sup>36</sup>. Ora, è del tutto evidente che tale requisito è quello che pone le maggiori criticità se riferito al sistema delle competenze dell'Unione. I meccanismi che presiedono al riparto di competenze e al funzionamento dell'ordinamento UE sono estremamente complessi, difficilmente intellegibili per un soggetto estraneo all'ordinamento dell'Unione e soggetti a continui mutamenti. Al contrario, l'art. 46 dispone che il trattato possa considerarsi invalido qualora la violazione riguardi una norma interna così essenziale per la struttura dello Stato, da non potersi facilmente presumere che gli altri Stati potessero, in buona fede, ignorarne la portata<sup>37</sup>. Perché dunque lo Stato possa invocare l'invalidità del trattato ai sensi dell'art. 46, è necessario che la norma interna sulla competenza a stipulare e la sua portata fossero conosciute alle altre parti contraenti o fossero da queste conoscibili facendo ricorso all'ordinaria diligenza<sup>38</sup>. Nel caso *Cameroon v. Nigeria*, la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha osservato che una violazione può dirsi manifesta quando la norma interna sulla competenza abbia un carattere della conoscibilità, precisando, però, che non esiste alcun obbligo per gli altri Stati che partecipino al negoziato di informarsi sugli sviluppi legislativi e costituzionali di altri ordinamenti statali<sup>39</sup>. Lo stesso deve dirsi quando i vincoli sulla competenza a stipulare costituiscano fatto notorio<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Si noti, peraltro, che non tutti concordano sulla natura consuetudinaria della regola di cui all'art. 46, nella parte in cui richiede che la violazione sia manifesta e conoscibile per gli altri contraenti. In questo senso cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, 86.

<sup>37</sup> M. GIULIANO, *Diritto internazionale*, Milano, 1974, 465. V. anche le considerazioni di G. SPERDUTI, *Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, 314 ss.

<sup>38</sup> Cfr. T. RENSMANN, *Article 46, cit.*, p. 791.

<sup>39</sup> Corte internazionale di giustizia, *Land and Maritime Boundaries between Cameroon and Nigeria*, (*Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), sentenza del 10 ottobre 2002, parr. 265-266.

<sup>40</sup> Sul punto v. le considerazioni espresse da S. ROSENNE in CDI, 676<sup>th</sup> Meeting, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, 14. V. anche H. WALDOCK, *Second Report on the Law of Treaties*, Doc. A/CN.4/56, in *Yearbook of the International*

L'impostazione seguita dall'art. 46 si fonda su una presunzione relativa ai poteri del rappresentante dello Stato, come disciplinati dall'art. 7 della Convenzione di Vienna<sup>41</sup>. È del tutto evidente, però, che la trasposizione della norma nel contesto di accordi conclusi tra Stati membri di una medesima organizzazione internazionale debba lasciare spazio a considerazioni di natura differente. In questa prospettiva, appare di sicuro interesse la distinzione, proposta in dottrina, tra due diverse accezioni di violazione manifesta: una prima, intesa in senso oggettivo, che riguarda la natura delle regole interne che si assumono violate e la loro conoscenza o conoscibilità sul piano internazionale; una seconda, intesa in senso soggettivo, che guarda invece agli specifici rapporti tra le parti contraenti<sup>42</sup>. Così, ad esempio, le peculiarità di un certo ordinamento rispetto alla conclusione di trattati internazionali potrebbero considerarsi più facilmente conoscibili da quei soggetti che intrattengano già un numero cospicuo di relazioni giuridiche con lo Stato in questione. E questo non può non valere, a maggior ragione, quando quei rapporti si realizzino tra Stati membri dell'Unione.

In questa prospettiva, appaiono dunque eccessivamente rigide le posizioni espresse in alcuni lodi arbitrali rispetto al carattere manifesto della violazione di norme interne all'ordinamento dell'Unione, specialmente di quelle relative al riparto di competenze. Ad esempio, nel lodo sul caso *BayWa v. Spain*, il tribunale ha osservato che: «No limitation on the competence of the EU Member States was communicated at the time that the ECT was signed. Article 46 of the VCLT provides that a State may not invoke provisions of its internal law regarding competence to conclude treaties to invalidate a treaty unless it was a manifest violation of a rule of fundamental importance. While EU law operates on both the internal and international plane, a similar principle must apply. Even if, as a matter of EC law, the EC then had exclusive competence over matters of internal investment, the fact is that Member States to the EU signed the ECT without qualification or reservation»<sup>43</sup>.

*Law Commission*, 1963, vol. II, 46, secondo il quale il carattere manifesto della violazione potrebbe emergere anche dalla stessa natura del trattato.

<sup>41</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia) (Preliminary Objections)*, sentenza dell'11 luglio 1996, punto 44.

<sup>42</sup> Così R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Ginevra, 2000, 245-246.

<sup>43</sup> *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 dicembre 2019, par. 249.

Va notato che la giurisprudenza internazionale, pur molto restrittiva nel riconoscere le invalidità del consenso, non ha mai posto a carico dello Stato che invochi l'art. 46 CVDT un obbligo tanto oneroso. Obbligo che appare comunque superfluo nel momento in cui il trattato sia stato concluso tra due Stati membri dell'UE e il vizio attenga a una violazione del loro ordinamento comune di appartenenza<sup>44</sup>. Questo aspetto assume una particolare rilevanza: non può ignorarsi che l'art. 46 CVDT ha come fine la tutela dell'affidamento ingeneratosi nelle altre parti contraenti al momento di conclusione del trattato. Esso tutela, quindi, un interesse ascrivibile a soggetti che, stipulando in buona fede il trattato, non avrebbero potuto avere contezza della violazione dei limiti posti dall'ordinamento interno della controparte. Tuttavia, tale interesse non appare riscontrabile, almeno con questa estensione, nella situazione in oggetto: si consideri, infatti, che si tratta di Stati appartenenti all'Unione europea e la cui autonomia è soggetta agli stessi limiti ordinamentali, non solo conosciuti, ma altresì vincolanti per tutti allo stesso modo. Certamente, queste considerazioni potrebbero mutare se si considerasse che il soggetto portatore dell'interesse sopra menzionato fosse l'investitore. Ciò, però, al di là dei dibattiti sulla posizione soggettiva dell'investitore rispetto a un trattato di protezione dell'investimento<sup>45</sup>, non può ritenersi applicabile al caso di specie, stante la prospettiva puramente interstatale dell'art. 46 CVDT.

Criticabile è anche la posizione espressa in alcuni lodi secondo cui la violazione del diritto dell'Unione accertata dalla CGUE non sarebbe di natura manifesta, riguardando un conflitto solo potenziale tra la clausola arbitrale intra-UE e il diritto dell'UE. Nel caso *AMF v. Czech Republic*, il tribunale ha osservato che: «An incompatibility between Article 10 of the Germany-Czech Republic BIT and Articles 267 and 344 TFEU cannot be considered “manifest” as this term is defined in Article 46(2) of the VCLT. The CJEU itself in the Achmea judgment framed the incompatibility between Article 10 of the Germany-Czech Republic BIT and Articles 267 and 344 TFEU as a mere potential to threaten the full effectiveness of EU law, not as a blatant violation of EU law»<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> La posizione era già stata espressa da un altro tribunale arbitrale nel caso *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, lodo del 27 dicembre 2016, par. 279 ss., in part. par. 283.

<sup>45</sup> A. ROBERTS, *Triangular treaties: the nature and limits of investment treaty rights*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, 353 ss.

<sup>46</sup> *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, lodo dell'11 maggio 2020, par. 382. Anche in precedenza, in termini sostanzialmente identici, *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, IC-



È evidente come in questo caso si tratti di una errata lettura della pronuncia *Achmea*: non è la violazione del diritto dell'Unione a essere potenziale, questa anzi è accertata in termini chiari e fermi a partire dal rischio – questo sì anche solo potenziale – che un tribunale esterno all'ordinamento si trovi ad interpretare o applicare norme di diritto dell'Unione. Il fatto poi che la questione risolta a partire da *Achmea* fosse stata oggetto di numerosi dibattiti, e che anche la posizione della Commissione europea sul punto sia mutata nel tempo, non appare determinante. Dovrebbero valere anche in questo caso le medesime considerazioni svolte sopra: la necessità che la violazione di norme interne sia manifesta parrebbe già assicurata dal controllo giurisdizionale accentrato nella competenza della Corte di giustizia, il cui accertamento di incompatibilità vincola allo stesso modo tutti gli Stati membri. Si noti, inoltre, che, sebbene la posizione della Commissione abbia spesso fatto leva su elementi diversi da quelli presi qui in esame, già in passato essa aveva rilevato che gli Stati membri non avessero la capacità di porre validamente in essere obblighi *inter se* incompatibili con il diritto dell'UE<sup>47</sup>.

Appare dunque più chiaro che il carattere manifesto della violazione, pur se interpretato rigidamente nella giurisprudenza e nella prassi internazionale, debba qui trovare una applicazione modulata sullo specifico contesto degli accordi conclusi tra Stati membri di una medesima organizzazione, con i limiti comuni e i mezzi di garanzia che la caratterizzano.

#### 4.2. *Originarietà del vizio e retroattività delle sentenze pregiudiziali*

Ben più complesso appare, invece, un altro aspetto relativo all'applicabilità dell'art. 46 CVDT, vale a dire quello della originarietà del vizio del consenso. La questione emerge dalla *ratio* stessa della di-

SID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7 maggio 2019, par. 192.

<sup>47</sup> L'ipotesi si riferisce al contesto multilaterale del TCE. Cfr. *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, cit., par. 206 ss. Posizione poi ulteriormente ribadita in occasione della Comunicazione del 2018 sulle conseguenze di *Achmea* anche in relazione al TCE: «Il ragionamento della Corte per la causa *Achmea* si applica in egual modo all'applicazione intra-UE di tale clausola [art. 26 TCE], 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». V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti intra-UE*, COM(2018) 547 final, 19 luglio 2018, 4.



sposizione della Convenzione di Vienna, nonché dal suo tenore letterale. Il vizio preso in considerazione, infatti, deve inficiare la manifestazione della volontà dello Stato al momento della sua formazione, vale a dire nell'ambito delle procedure previste dall'ordinamento interno per la stipula di trattati internazionali. Di per sé, quindi, dovrebbe essere evidente che l'art. 46 faccia riferimento a un vizio originario, cioè riconducibile al momento in cui il consenso è formalmente espresso dallo Stato. Ciò deriva anche dal fatto che l'art. 46 tende a dare prevalenza alla stabilità e alla conservazione del trattato, esigenza che va letta in combinato con il disposto dell'art. 7 CVDT<sup>48</sup>.

La questione è tuttavia resa più articolata da due elementi, strettamente correlati: il primo attiene all'efficacia retroattiva delle sentenze della CGUE rese nell'ambito di un rinvio pregiudiziale; il secondo alla vincolatività di tali pronunce per tutti gli Stati membri. In altri termini, bisogna chiedersi se l'efficacia retroattiva delle pronunce pregiudiziali possa in qualche modo assumere rilevanza, considerato che, in ogni caso, non si tratta di opporre tale efficacia a Stati terzi rispetto all'ordinamento dell'Unione europea.

Va ricordato in premessa che la pronuncia resa all'esito di un rinvio pregiudiziale, pur se di valore dichiarativo, spiega sempre effetti *ex tunc*<sup>49</sup>. La Corte si è riservata la possibilità, non espressamente prevista dai Trattati, di modulare gli effetti temporali della sentenza pregiudiziale, limitandone le conseguenze ai soli rapporti futuri, analogamente a quanto accade con le sentenze di annullamento ai sensi dell'art. 264(2) TFUE. Ciò può avvenire, però, solo al ricorrere di precise condizioni, specialmente al fine di tutelare la buona fede e il legittimo affidamento, la cui esistenza rientra nella discrezionalità della Corte stessa. Non è dunque irrilevante che nel caso *Achmea* e nel successivo *Komstroy* la Corte non abbia ritenuto di dover modificare la portata temporale delle sue statuizioni. Anzi, nella successiva sentenza *PL Holding*, la Corte ha espressamente escluso che gli effetti di *Achmea* potesse essere temporalmente limitati ai rapporti futuri<sup>50</sup>. Questo elemento risulta di assoluta

<sup>48</sup> T. RENSMANN, *Article 46*, cit., p. 783-784.

<sup>49</sup> K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, 243 ss. Tra le altre, Corte di giustizia UE, *Association Vent de Colère* 19 dicembre 2013, c. 262/12, ECLI:EU:C:2013:851, 39.

<sup>50</sup> Corte di giustizia UE, *PL Holding*, cit., p.to 58 ss.: «l'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice

rilevanza per comprendere se l'accertamento retroattivo della Corte sulla violazione delle norme interne all'ordinamento dell'Unione possa spiegare i propri effetti anche in relazione alla validità del consenso arbitrale.

Sul punto deve farsi riferimento alla posizione espressa dal tribunale arbitrale del caso *Eskosol v. Italy*, in cui l'investitore contestava l'argomento italiano fondato sulla rilevanza della sentenza *Achmea* nel caso di specie, considerandolo un tentativo di invalidare retroattivamente un'offerta arbitrale validamente prestata<sup>51</sup>. Il Tribunale ha osservato che:

«any invalidation of ECT Article 26 could not be applied retroactively to invalidate a consent to arbitration given before the Achmea Judgment, but only prospectively for purposes of investors who have not yet initiated an ECT arbitration. In the Tribunal's view, this conclusion holds whether the Achmea Judgment itself is considered under EU law to be applied *ex nunc* (i.e., for the future, starting from the date of the Judgment) or alternatively *ex tunc* (i.e., from the outset, dating back to ratification of the ECT allegedly without proper consent)»<sup>52</sup>.

Le conseguenze di *Achmea*, dunque, sarebbero sul piano internazionale limitate ai rapporti sorti successivamente alla pronuncia, intendendosi in questo caso le procedure arbitrali instauratesi dopo l'accertamento di incompatibilità da parte della Corte. Ciò dovrebbe desumersi, in particolare, dalla impossibilità per la pronuncia di incidere su un'offerta arbitrale già accettata, anche alla luce della giurisprudenza sulla continuità della giurisdizione internazionale<sup>53</sup>.

Ancora maggior peso avrebbe, secondo il tribunale, il fatto che ritenere invalida l'offerta arbitrale sulla base di violazioni del diritto interno equivarrebbe a una revoca unilaterale del consenso. Poiché l'arbitrato si svolgeva secondo le regole dell'ICSID, tale revoca si porrebbe in contrasto con l'art. 25(1) della Convenzione di Washington, ai sensi del quale

anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione, purché sussistano, peraltro, i presupposti per sottoporre al giudice competente una controversia relativa all'applicazione di detta norma». La Corte ha altresì ricordato che «una limitazione nel tempo degli effetti dell'interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione che la Corte fornisce ai sensi dell'articolo 267 TFUE può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta» (p.to 61).

<sup>51</sup> *Eskosol v. Italia*, cit., par. 57.

<sup>52</sup> *Ivi*, par. 199.

<sup>53</sup> Cfr., *inter alia*, Corte internazionale di giustizia, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary objections, 27 febbraio 1998, par. 38.

«[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally».

A ben vedere, tuttavia, ritenere il consenso alla procedura arbitrale viziato *ab origine* difficilmente potrebbe costituire una revoca del consenso stesso. Proprio la retroattività della violazione di norme interne dovrebbe condurre a ritenere quel consenso come non validamente prestato fin dal momento della sua inclusione nel trattato di protezione dell'investimento. O, comunque, nel momento in cui si fosse concretizzato per l'accettazione da parte dell'investitore.

È stato osservato che l'invalidità di un trattato – contenente una clausola arbitrale – non potrebbe travolgere il consenso prestato dallo Stato, stanti la sua irrevocabilità e il principio per cui il tribunale arbitrale ha sempre competenza a statuire sulla propria giurisdizione<sup>54</sup>. L'argomento troverebbe sostegno anche nella separabilità delle clausole arbitrali rispetto al trattato nel suo complesso<sup>55</sup>. Ebbene, questo secondo argomento, nel caso che qui interessa, assume rilevanza in senso contrario: come si è detto, è la clausola arbitrale affetta da invalidità a essere scindibile dal resto dei trattati di investimento, non essendo la loro disciplina sostanziale intaccata dalla giurisprudenza della CGUE. Quanto al primo, esso non è comunque decisivo se ci si pone nella prospettiva della non esistenza del consenso per un vizio relativo alla sua manifestazione e derivante dalla violazione di regole interne di importanza fondamentale. Ne è un esempio il caso *IBM v. Ecuador*, in cui lo Stato convenuto invocava la propria incapacità, secondo il diritto costituzionale interno, a vincolarsi ad una procedura arbitrale: il tribunale non ha formulato la questione in termini di revocabilità del consenso, ma di impossibilità dello Stato a invocare il proprio diritto interno per liberarsi degli obblighi pattizi<sup>56</sup>.

Sempre nel caso *Eskosol*, il tribunale ha comunque preso in considerazione l'ipotesi che la retroattività delle pronunce della CGUE possa condurre all'invalidità dell'offerta arbitrale, escludendo però questo esito sulla base dell'art. 69 CVDT. La norma codifica la disciplina delle conseguenze derivanti dall'invalidità di un trattato, facendo salvi «gli atti compiuti in buona fede prima che venisse invocata la nullità», i quali

<sup>54</sup> *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, lodo del 9 ottobre 2018, par. 263-264.

<sup>55</sup> C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, 260.

<sup>56</sup> In sostanza rigettando un'argomentazione che, pur se non espressamente, era volta a far valere una invalidità ex art. 46 CVDT. Cfr. *IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, lodo del 22 dicembre 2003, par. 71 ss.

non sono resi “illeciti” in ragione della sola nullità del trattato. Per la verità, l’obiettivo dell’art. 69 sembra essere quello di esonerare da responsabilità la controparte che, in buona fede, abbia posto in essere determinati atti durante la vigenza del trattato. Da qui, il riferimento alla “liceità” degli atti e non alla loro “validità”. Tanto che nel Commentario al progetto della Convenzione di Vienna della Commissione del diritto internazionale si legge che «if the act in question were unlawful for any other reason independent of the nullity of the treaty, this paragraph would not suffice to render it lawful»<sup>57</sup>. Il tribunale del caso *Eskosol* si è posto, tuttavia, in una prospettiva differente, affermando che:

«[...] there is an important exception to this rule stated in Article 69(2)(b), under which acts that have been performed “in good faith before the invalidity was invoked” are not considered unlawful simply because of invalidity of the treaty. In the Tribunal’s view, this is the case for arbitration agreements perfected before the Achmea Judgment, in reliance on EU Member States’ apparent offer of consent to investor-State arbitration under the ECT or other treaties. The conclusion that investors accepted that apparent offer in good faith follows from the point, discussed above, that any invalidity in the offer of consent was far from “manifest” prior to the Achmea Judgment».

A dire il vero, l’argomentazione tende a sovrapporre i profili degli effetti della nullità con i suoi presupposti (in particolare, il carattere manifesto della violazione). Anche sotto questo aspetto, dunque, la risposta del tribunale non pare esaustiva. Lo snodo fondamentale sembra invece risiedere nella formulazione e nel funzionamento dell’art. 46 CVDT, che difficilmente potrebbero ammettere che un vizio sopravvenuto spieghi i medesimi effetti di un vizio derivante dai limiti originari dell’ordinamento interno<sup>58</sup>. Arrivare a questo risultato richiederebbe una finzione giuridica che, se ancora ammissibile nel contesto dei rapporti intra-

<sup>57</sup> *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, 265.

<sup>58</sup> Va segnalato, infine, che nel caso *Green Power v. Spain* il tribunale ha fatto ricorso alla valenza retroattiva della sentenza pregiudiziale per configurare l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in *Achmea e Komstroy* alla stregua di una interpretazione autentica. Come è stato osservato, si tratta di un risultato che pare persino al di là di quanto normalmente ritenuto dalla stessa Corte di giustizia. Cfr. sul punto N. BERGAMASCHI, *Il lodo Green Power and SCE v. Spain e l’effettività dell’autonomia del diritto UE*, in *SIDIBlog*, 29 luglio 2022 <<http://www.sidiblog.org/2022/07/29/il-lodo-green-power-and-sce-v-spain-e-leffettivita-dellautonomia-del-diritto-ue/>>.

UE, rischierebbe di aprire le porte a usi assai impropri della causa di invalidità.

### 5. Osservazioni conclusive

L'analisi condotta finora consente di formulare due considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'art. 46 CVDT nel contesto dell'arbitrato di investimento intra-UE.

La prima attiene all'idoneità della causa di invalidità in questione di fornire una soluzione al problema della incompatibilità tra consenso a una procedura arbitrale intra-UE e principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione. La prassi arbitrale sul punto ha adottato senza dubbio un approccio rigido e assai formalistico, non avendo tenuto conto del particolare contesto normativo in cui i vizi del consenso si sarebbero prodotti. Giova ribadire che, in quest'ottica, sarebbe stato opportuno attribuire un peso diverso alla dimensione puramente *inter-se* dei rapporti internazionali tra Stati membri, poiché da questa si sarebbero potute trarre determinazioni diverse rispetto a quelle prospettate nei lodi esaminati, specialmente in ordine al carattere manifesto della violazione dei limiti interni. È pur vero che, al di là dell'approccio seguito, l'art. 46 CVDT rappresenta da sempre una figura giuridica assai problematica: da un lato, perché risente inevitabilmente del contesto per cui è stato pensato, vale a dire quello essenzialmente diplomatico-negoziante; dall'altro, perché un'interpretazione estensiva della causa di invalidità del consenso rischia di prestare il fianco a tentativi di ricorso alla clausola con il solo fine di liberarsi da impegni internazionali, specialmente nell'ambito di procedure davanti al giudice nazionale<sup>59</sup>.

Appare oggi più chiaro che la categoria dell'invalidità del consenso non è probabilmente la più adatta a cogliere le difficoltà emerse dalla tensione tra arbitrato di investimento e CGUE. In questa prospettiva, sembra infatti che lo strumento più corretto sia soprattutto quello offerto dal principio del primato come regola di conflitto (nei soli rapporti intra-UE, si intende), il quale finisce per determinare l'inapplicabilità di una clausola arbitrale incompatibile con il diritto dell'Unione<sup>60</sup>. Questa sem-

<sup>59</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni di D. MAURI, *Litigating Treaties by Means of Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. PASCALE, S. TONOLO (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. The Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, 2022, 103 ss., in part. 124-125.

<sup>60</sup> V. ancora A. MIGLIO, *Integrazione differenziata*, cit., p. 179.

bra essere la strada tracciata dalla Corte in *Komstroy*<sup>61</sup> e, per il momento, seguita nel lodo *Green Power v. Spain*<sup>62</sup>.

Al tempo stesso, non può non vedersi come la prassi arbitrale presa in esame possa contribuire in maniera significativa a chiarire i contorni applicativi dell'art. 46 rispetto ai limiti imposti all'azione internazionale degli Stati membri dall'ordinamento dell'Unione. Infatti, nessun collegio arbitrale ha escluso in radice la possibilità che vizi del consenso statale possano assumere rilevanza internazionale quando derivino dalla violazione di norme fondamentali dell'ordinamento dell'Unione. Anzi, tale possibilità è stata sempre implicitamente confermata dal fatto stesso che l'applicazione dell'art. 46 venisse esclusa in concreto per difetto di alcuni presupposti, ma non rispetto alla sua astratta capacità di invalidare obblighi internazionali assunti dagli Stati membri. Si tratta di una prospettiva sicuramente interessante, che potrebbe offrire in futuro una ulteriore chiave di lettura dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento internazionale.

<sup>61</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, *Komstroy*, *cit.*, 66: «si deve concludere che l'articolo 26, paragrafo 2, lettera c), del TCE deve essere interpretato nel senso che esso non è applicabile alle controversie tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro in merito a un investimento effettuato da quest'ultimo nel primo Stato membro».

<sup>62</sup> Impostazione recepita anche a livello nazionale dal Bundesgerichtshof tedesco, giudice del rinvio sul caso *Achmea*, nella pronuncia successiva alla sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea.

# SITUAZIONI SOGGETTIVE E TUTELA DELL'AMBIENTE NELL'ARBITRATO INVESTITORE-STATO: DAL *RIGHT TO REGULATE* AL *RIGHT TO PROTECT*

Saverio DI BENEDETTO\*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo di indagine. – 2. L'affermazione di un generale *right to regulate* dello Stato nel DII: critica. – 3. La *police powers doctrine* (PPD). – 4. Difficoltà di spiegare le decisioni ambientali con la PPD. – 5. Tutela ambientale ed eccezioni pretorie nella prassi arbitrale. – 6. Eccezioni ambientali e *right to protect* dello Stato. – 7. Consolidazione dell'eccezione pretoria in regole di diritto internazionale.

## 1. Delimitazione del campo di indagine

Già molto è stato scritto su come il diritto internazionale degli investimenti (DII) prenda in considerazione le questioni di tutela ambientale e notevole è la prassi che si è sviluppata sul tema, in particolare nell'arbitrato investitore-Stato. Alcuni punti generali appaiono acquisiti.

L'ambiente, e i valori non commerciali più in generale<sup>1</sup>, rilevano essenzialmente in modo indiretto e, si può dire, in negativo nel DII. I trattati sugli investimenti, salvo rari casi, non prevedono obblighi di adottare norme interne di tutela ambientale, né di sanzionare soggetti privati che danneggino l'ambiente. Viceversa, il DII può portare a ritenere illecite misure di salvaguardia di beni ecologici. Ciò accade quando tali misure statali incidono negativamente su un investimento straniero che rientra nella copertura di un *international investment agreement* (IIA) e vengono “impugnate” dall'investitore davanti a un tribunale arbitrale misto,

\* Professore associato di diritto internazionale, Università del Salento.

<sup>1</sup> L'ambiente può essere inteso, nel quadro del DII, come sineddoche della categoria dei valori non commerciali (e.g. salute, moralità, patrimonio culturale). Una riflessione specifica sull'ambiente si giustifica per l'abbondante numero di casi “ambientali” nella prassi arbitrale investitore-stato, ma anche perché i valori ecologici hanno assunto rilievo giuridico successivamente rispetto ad altri quali la salute umana o la moralità pubblica: questo, come si vedrà, ha un'importante ripercussione nella stessa ricostruzione della norma che può giustificare la considerazione dell'ambiente nel DII.

istituito ad hoc in base al trattato, invocando la violazione di questa o quella norma<sup>2</sup> del trattato<sup>3</sup>.

Quando i tribunali accertano che una misura statale viola un obbligo previsto da un IIA, non statuiscono l'obbligo in capo allo stato di rimuoverla, ma solo il pagamento di una *compensation* per i danni causati all'investitore. Questo fa sì che i provvedimenti interni di tutela ambientale, che siano dichiarati in violazione di una norma di DII, restino in vigore. Tuttavia, l'onerosità della *compensation* da pagare rappresenta un disincentivo per adottare tali provvedimenti<sup>4</sup>, specie per i paesi meno sviluppati. E d'altra parte, la stessa qualificazione di misure ambientali come internazionalmente illecite porta a un contrasto tra gli interessi patrimoniali tutelati dal DII e i valori ecologici protetti dallo Stato<sup>5</sup>.

Le decisioni di tribunali arbitrali internazionali, che affrontano le dispute del tipo descritto, sono ormai moltissime. Qui iniziano gli aspetti controversi della questione.

La prassi arbitrale, come si può intuire, non è univoca. Da un lato, vi sono decisioni che reputano irrilevante la natura ambientale della misura statale impugnata e pertanto condannano lo Stato a pagare un risarcimen-

<sup>2</sup> Ad esempio, affermando che la misura di tutela ambientale realizza un'espropriazione indiretta dell'investimento e chiedendo un risarcimento totale della perdita subita.

<sup>3</sup> Questione diversa, di natura principalmente processuale, è la possibilità, per lo Stato convenuto, di proporre una domanda riconvenzionale (*counterclaim*) contro l'investitore ricorrente, che abbia ad oggetto la richiesta di risarcimento di danni all'ambiente. Si tratta di una prassi recente, che riguarda ipotesi di violazione, da parte dell'investitore, di norme ambientali interne e non già internazionali, proprio perché, come detto, i trattati sugli investimenti non prevedono obblighi di tutela ambientale, tanto meno in capo a soggetti privati. Nei pochissimi casi finora apparsi nella prassi arbitrale, i *counterclaims* hanno origine dalle norme processuali applicabili alla controversia. Cfr. G. LAMPO, *Le domande riconvenzionali*, in D. MANTUCCI (a cura di), *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Napoli, 2020, Vol. XIII del Trattato di diritto dell'arbitrato, 439 ss.

<sup>4</sup> La conseguenza è una «less-than-optimal regulation that would be introduced by the governments because of fear of investor-state claims by foreign investors», V. KORZUM, *The right to regulate in investor-state arbitration: slicing and dicing regulatory carve-outs*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2017, 355 (383).

<sup>5</sup> L'uso di "valori" e "interessi" non vuole indicare una differenza qualitativa tra i due lemmi, ma solo una sfumatura semantica in termini di maggiore o minore ampiezza di situazioni concrete coinvolte, nell'ambito dello stesso processo di qualificazione normativa (cfr. più ampiamente S. DI BENEDETTO, *Valori non commerciali e sovranità dello Stato nella prassi arbitrale sugli investimenti*, in *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, cit., 891 (nota 1).



to pieno per la lesione causata all'investimento straniero interessato<sup>6</sup>. Dall'altro, vi sono decisioni che, sempre più, considerano i valori non commerciali in gioco nell'interpretazione delle norme applicabili di DII e arrivano a negare del tutto la *compensation* per l'investitore, sebbene la misura statale astrattamente confligga con un IIA. Questa giurisprudenza "ambientale" dei tribunali arbitrali privato-Stato è analizzata nelle pagine che seguono.

La questione centrale concerne una possibile ricostruzione normativa unitaria della parte (ormai maggioritaria) di questa giurisprudenza che accoglie la difesa "ambientale" dello Stato negando la *compensation* all'investitore. Si tratta cioè di vedere se esistono una o più norme che sono alla base di queste decisioni, che giustifichino quindi la non applicazione (o la diversa applicazione) delle norme a tutela degli investitori. La questione è resa più complicata dalla mancanza – salvo rari casi – nel trattato applicabile, di norme di eccezione in favore di interessi quali la salute umana o l'ambiente<sup>7</sup>.

In generale, molti sono i lavori della dottrina sulla "ambientale" dei tribunali misti<sup>8</sup>, alcuni dei quali cercano una spiegazione nei termini appena espressi<sup>9</sup>. Una linea interpretativa che si è affacciata negli ultimi anni cerca di fondare la giustificazione delle misure ambientali interne,

<sup>6</sup> Si tratta di decisioni in gran parte risalenti all'inizio degli anni 2000: *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award del 17 febbraio 2000; *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award del 30 agosto 2000; *Tecmed S.A. v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, Award del 29 maggio 2003. Recentemente, molti dubbi ha sollevato, rispetto alla considerazione dei valori ambientali coinvolti, la decisione del 2018 nel caso *Chevron-Texaco II*: cfr. sul punto DI BENEDETTO, *Valori non commerciali e sovranità dello Stato*, cit., 918 ss.

<sup>7</sup> In quest'ultimo aspetto sta la differenza fondamentale con la prassi del contenzioso OMC, dove la soluzione delle controversie "ambientali" ruota principalmente attorno all'applicazione o meno delle "Eccezioni generali" previste dall'art. XX del GATT. (e art. XIV GATS). Solo recentemente si trova qualche 'controversia ambientale' in cui si incontrano questo tipo di eccezioni, nel quadro di una progressiva inclusione negli IIAs di clausole eccezionali di questo tipo (v. *infra*, 7).

<sup>8</sup> Cfr., tra gli altri, J. VIÑALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, 2012; S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, Northampton, 2013; K. MILES (ed.), *Research handbook on environment and investment law*, Cheltenham, Northampton, 2018.

<sup>9</sup> Una possibile prospettiva ricostruttiva, diversa da quella proposta qui, richiama il principio di proporzionalità: cfr. B. KINGSBURY, S.W. SCHILL, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality*, in S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, 75.

nell'arbitrato sugli investimenti, sulla base di un generale, spesso onnicomprensivo, *right to regulate* (RTR) dello Stato. Un'altra linea, più ragionevole, costruisce una categoria più ristretta di misure regolatorie che non implicano responsabilità dello stato (*police powers doctrine*)<sup>10</sup>.

Questo contributo muove da una critica alla teoria del RTR, prospettando invece l'esistenza, sulla base dell'attuale evoluzione della prassi arbitrale, di un diritto dello Stato di proteggere, anche in contrasto con il DII, determinati valori fondamentali. Il punto chiave della ricostruzione proposta risiede nel fondare la giustificazione (l'eccezione) delle misure statali, astrattamente in conflitto con il DII, non già nella sovranità dello Stato in sé, bensì nel peso (o forza) del valore coinvolto (come l'ambiente o la salute umana), secondo il diritto internazionale<sup>11</sup>.

## 2. L'affermazione di un generale *right to regulate* dello Stato nel DII: critica

In diversi procedimenti arbitrali la linea difensiva dello Stato, convenuto dall'investitore straniero, è stata quella di invocare il proprio diritto di adottare misure regolatorie per perseguire un qualsiasi obiettivo pubblico. Secondo lo Stato, il riconoscimento di un tale *right to regulate* (RTR) doveva portare il tribunale, nei casi di un esercizio non discriminatorio e legittimo di tale diritto, ad escludere alla radice una violazione delle norme sugli investimenti e di conseguenza a negare ogni *compensation* all'investitore leso. Alcuni tribunali sembrano aver seguito una tale impostazione. Una delle formulazioni più citate del RTR è quella del tribunale *Saluka*, in un passaggio che riguardava l'applicazione dello

<sup>10</sup> Entrambe le categorie rientrano nel concetto di eccezione in senso sostanziale: v. *infra* par. 6.

<sup>11</sup> Resta essenzialmente fuori da questo contributo una questione, peraltro fondamentale per la considerazione ed integrazione dei valori non commerciali nel DII: la possibilità di modulare la *compensation* in funzione ambientale, cioè detraendo dal *quantum* dovuto (si tratti del valore di mercato del bene espropriato o dei danni subiti dall'investitore) i danni all'ambiente, passati e futuri, che l'investimento causa (e in ragione dei quali lo Stato ospitante ha adottato la misura impugnata). Cfr. sul punto S. DI BENEDETTO, *The Standards of Compensation for Foreign Investment Expropriation in International Law: Internalising Environmental Costs?*, in H.R. FABRI, R. WOLFRUM, J. GOGOLIN (eds.), *Select Proceeding of the European Society of International Law*, Oxford, Portland, 2010, 2 2008, 661. In questa prospettiva, la modulazione della *compensation*, ridotta in funzione dell'impatto ambientale dannoso dell'investimento, permette di evitare uno schema dicotomico (*full compensation or no compensation*), riproduttivo di un conflitto tra due macro-valori – ambiente e investimenti – che il diritto internazionale dovrebbe invece cercare di riconciliare.

standard del *fair and equitable treatment* (FET): «In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, *the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest* must be taken into consideration as well»<sup>12</sup>. Un altro tribunale ha sostenuto che «the fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance»<sup>13</sup>.

La base di un generale, indiscriminato RTR sarebbe quindi la stessa sovranità dello Stato<sup>14</sup>, poiché essa implica una piena potestà regolatoria come massima espressione della propria *jurisdiction*<sup>15</sup>. La sovranità dello Stato non potrebbe essere compressa dagli obblighi di tutela degli investitori previsti dai trattati, per cui una misura regolatoria non discriminatoria, adottata per un obiettivo pubblico, non costituirebbe una violazione dell'IIL. Seguendo questo approccio, la questione di giustificare misure interne a tutela di valori ecologici sarebbe risolta alla radice, rientrando l'adozione di tali misure nell'esercizio del RTR.

Non sembra possibile, tuttavia, concepire, in termini così generali, la potestà regolatoria dello Stato a giustificazione di misure interne altrimenti in conflitto con norme del DII. Vi è innanzitutto una ragione di fondo, strutturale, che impedisce l'esistenza di una siffatta norma (A). Non vi è comunque una prassi univoca che permetta di fondare una tale eccezione indiscriminata (B). Eventuali specificazioni del RTR, riferito genericamente al perseguimento di qualunque interesse pubblico, sono – nel quadro del DII – più apparenti che reali (C).

<sup>12</sup> *Saluka Investments BV v. Czechia*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, § 305 (corsivo aggiunto). Il tribunale ha cura di delimitare i confini di un tale RTR facendo in particolare riferimento al fatto che le misure non abbiano carattere arbitrario o discriminatorio. Il tribunale (§ 305) richiama il lodo *SD Myers*, il quale afferma che la decisione su un'eventuale violazione del FET «must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders» (*S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award of 11 November 2000 § 263).

<sup>13</sup> *Micula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award dell'11 dicembre 2013, § 666.

<sup>14</sup> «The RTR has a thorough legal basis in the international legal principle of state sovereignty. [...] The RTR is an expression of internal sovereignty» (J. LEVASHOVA, *The right of states to regulate in international investment law: the search for balance between public interest and fair and equitable treatment*, Alphen aan den Rijn, 2019, 25).

<sup>15</sup> Del resto, la nozione di “*public interest*” è amplissima, spettando allo Stato la delimitazione di ciò che è pubblico nel proprio ordinamento.

A) Il problema di una ricostruzione così ampia del RTR è che essa porterebbe, nelle giuste parole di un tribunale arbitrale, ad una *blanket exception*<sup>16</sup>. Si tratterebbe cioè di un'eccezione astrattamente omnicomprensiva che, se affermata in termini generali, finirebbe per privare di senso lo stesso DII. Le norme del DII hanno infatti la funzione di creare un sistema di obblighi di tutela degli investitori in capo allo Stato ospite. Tali obblighi rappresentano principalmente dei limiti alla potestà regolatoria degli stati, che non può spingersi a ledere determinati interessi dell'investitore straniero, positivamente qualificati dalla norma di diritto internazionale. Affermare quindi un generico diritto a regolare si tradurrebbe nel negare la costruzione stessa dell'IIL, o di limitarla di fatto all'obbligo di non discriminazione<sup>17</sup>.

B) D'altra parte, gli autori che si sono confrontati in modo diffuso sulla questione del RTR, sono giunti a conclusioni dubitative, o proprio negative, sull'esistenza di una norma consuetudinaria che lo preveda<sup>18</sup>. Ciò non stupisce, visto che nella prassi arbitrale troviamo diverse decisioni che rifiutano apertamente l'argomento del RTR omnicomprensivo posto a giu-

<sup>16</sup> *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Interim Award of 26 June 2000, § 99: «a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation». Nelle parole di un altro tribunale: «If public purpose automatically immunises the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose». (*Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award del 20 agosto 2007 (Vivendi II), par. 7.5.21).

<sup>17</sup> Un discorso diverso è concepire il *right to regulate* come parte della norma generale sulla sovranità. Certamente lo Stato ha il diritto, di base consuetudinaria, di disciplinare le proprie vicende interne. Ma le norme speciali pattizie tipicamente possono derogare a tale diritto dello Stato rispetto a questioni specifiche, come la tutela degli investitori stranieri (ai quali, del resto, i trattati sugli investimenti solo alcune volte attribuiscono il diritto di stabilimento). Per giunta, come detto sub 1), i tribunali arbitrali non condannano lo Stato alla rimozione della misura illecita, ma solo al pagamento della *compensation*, per cui in sé il potere regolatorio resta intatto.

<sup>18</sup> Titi, in una monografia sul RTR, afferma che «customary international law does not recognise a right to regulate in the national interest, unless ... the necessity defence» (C. TITI, *The right to regulate in international investment law*, Baden-Baden, 2014, 269). J. LEVASHOVA, *op. cit.*, 25, dopo aver affermato l'esistenza del RTR in termini generali (fondandolo sulla sovranità), lo relativizza, nel quadro del DII, rispetto ad alcuni interessi pubblici specifici (rientrando così nell'ipotesi discussa nel prossimo paragrafo) e lo limita poi «vis-à-vis the obligation to afford FET» (41), su cui si dirà a breve sub C). Anche Mouyal non arriva a sostenere in termini generali un tale RTR (L. W. MOUYAL, *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective*, Abingdon, New York, 2016, 47). In estrema sintesi, dai contributi della dottrina sul punto emerge una valutazione della prassi in termini, a dir poco, contraddittori, da cui risulta difficile affermare l'esistenza di una norma consuetudinaria sul RTR nell'ambito del DII.

stificazione di misure altrimenti lesive degli interessi degli investitori tutelati dal DII<sup>19</sup>, mentre altri tribunali semplicemente hanno ignorato la difesa del RTR eccitata dallo Stato convenuto, condannandolo a pagare una *full compensation* per i danni subiti dall'investitore<sup>20</sup>. Esempari in tal senso sono le controversie di inizio secolo che coinvolsero l'Argentina e diversi investitori statunitensi nel settore del gas naturale<sup>21</sup>.

C) Si potrebbe tuttavia concepire il RTR in una versione "light", sia tentando di limitarlo all'applicazione dello standard del FET (i), sia di restringerlo all'ipotesi di misure interne di carattere generale e astratto (ii).

i) Si è affermato che il RTR «is limited ... vis-à-vis the obligation to afford FET»<sup>22</sup>. Tuttavia, anche se il FET, come clausola generale<sup>23</sup>, si presta effettivamente a una maggiore considerazione degli interessi con-

<sup>19</sup> Tra le decisioni che espressamente negano un tale RTR, oltre alle decisioni *Pope & Talbot* e *Vivendi II* poc'anzi citate, si veda anche *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 June 2006, § 310-1, che critica anche espressamente il *dictum* di *SD Myers*. Pure la decisione citata maggiormente a supporto del RTR (*Saluka*), finisce comunque per riscontrare una violazione del trattato e condannare lo Stato. Una delle rarissime decisioni che affermano un generico RTR e poi non condannano lo Stato è *Methanex*: si tornerà più avanti su questa decisione (*supra* 5).

<sup>20</sup> Si veda anche in tal senso la ricca giurisprudenza degli Iran-US Claims in tema di espropriazione indiretta: cfr. V. HEISKANEN, *The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation*, in *International Law Forum*, 2003, 176.

<sup>21</sup> A seguito di una grave crisi economica, l'Argentina aveva operato alcune riforme normative, tra cui l'eliminazione della norma che permetteva alle compagnie di indicizzare le tariffe del gas al dollaro (c.d. *pesification*). Gli investitori statunitensi in quel settore economico invocarono la lesione delle loro legittime aspettative, nel quadro dello standard del FET. I diversi tribunali creati ad hoc non presero in considerazione, come giustificazione delle misure impugnate, il diritto sovrano dello Stato di modificare, nel rispetto del principio di non discriminazione, le proprie regole economiche. Anche se alcuni tribunali accolsero la difesa argentina basata sullo stato di necessità, non si trattò di affermare in sé il RTR, bensì il diritto dello Stato di proteggere la popolazione rispetto al rischio di rivolte sociali, quindi negando la violazione del trattato solo per il periodo di tempo necessario a tutelare l'ordine pubblico e condannando l'Argentina a risarcire gli investitori per tutti i danni causati dall'efficacia della misura al di fuori di questa specifica ipotesi. La base della giustificazione, quando ci fu, non fu quindi una norma eccezionale consuetudinaria del DII (come sarebbe il RTR), bensì l'art. XI del BIT e anche l'esimente generale della *necessity*. Cfr. sul punto, con i vari riferimenti giurisprudenziali, S. DI BENEDETTO, *International Investment Law*, cit., 169 ss.

<sup>22</sup> J. LEVASHOVA, *op. cit.*, 41. Cfr. anche TITI, *op. cit.*, 147, intendendo il FET «as already incorporating a balancing text».

<sup>23</sup> I trattati sugli investimenti normalmente non danno una definizione del FET, lasciando alla prassi lo sviluppo di varie categorie normative interne ad esso.

correnti di privato e Stato<sup>24</sup>, il problema si è posto, essenzialmente, solo per una delle sue specificazioni, quella delle aspettative legittime<sup>25</sup>. Inoltre, la prassi arbitrale non è ancora concorde nel prevedere la non risarcibilità delle lesioni delle aspettative dell'investitore quando le misure lesive rientrano nell'esercizio del RTR<sup>26</sup>.

ii) Forse l'esclusione della responsabilità dello Stato per violazione di trattati sugli investimenti sarebbe astrattamente accettabile per norme generali e astratte non retroattive. Si tratta di un punto finora poco esplorato dagli autori; restano forti dubbi, comunque, sui criteri per decidere quando una misura interna avrebbe un tale carattere (ad es.: leggi particolari; disciplina regionale; etc.) e comunque non vi sono indicazioni chiare in tal senso nella prassi arbitrale<sup>27</sup>.

In conclusion il RTR non rappresenta una norma consuetudinaria capace di giustificare misure statali altrimenti in violazione degli obblighi di protezione dell'investitore straniero e la giurisprudenza "ambientale" dei tribunali sugli investimenti non può quindi essere ricondotta a una norma generale che esclude la responsabilità in caso di esercizio dello Stato del suo diritto di adottare provvedimenti normativi. Vi è però

<sup>24</sup> Anche la concezione del FET come inclusiva di principi giuridici può aiutare per un maggiore bilanciamento degli interessi in gioco, inclusi quelli regolatori dello Stato: cfr. F. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Berlino, 2018.

<sup>25</sup> Le aspettative legittime sono infatti solo una delle categorie in cui si articola il FET. Inoltre, diversi Stati tendono a limitarne la portata nei nuovi trattati conclusi (si veda ad esempio la prassi in tal senso dell'India e di alcuni Stati latino-americani).

<sup>26</sup> Le decisioni della "saga Argentina" poc'anzi citate riguardavano tutte la lesione delle aspettative dell'investitore e come detto hanno ignorato il RTR. Anche in altri casi i tribunali hanno condannato lo Stato per lesione delle aspettative legittime a causa di provvedimenti interni (ad esempio *Tecmed vs Mexico*, cit. § 154 ss.). Inoltre, in altri casi, la misura dello Stato è stata giustificata, anche in ambito FET, non come espressione tout court di un potere regolatorio, ma in ragione degli *specifici* interessi tutelati: è il punto chiave, di cui si tratterà a partire dal prossimo paragrafo.

<sup>27</sup> In tema di espropriazione indiretta, il carattere astratto o concreto del provvedimento statale non sembra incidere sulla risarcibilità o meno, già a partire dai casi più risalenti (cfr. G. C. CHRISTIE, *What Constitutes a Taking of Property under International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1962, 307; V. HEISKANEN, *op. cit.*). Nel caso *Saluka*, pur astrattamente favorevole al RTR, si parla di misure di implementazione (*Saluka v. Cechia*, cit., § 307), quindi di misure concrete. Forse un tipo di misura generale che sembra essere sempre giustificata dalla prassi è quella della tassazione (non discriminatoria), che più tipicamente di altri ambiti pubblici sembra prestarsi a una regolazione di carattere generale (sia poi su base nazionale o locale). Ma la tassazione è proprio uno degli esempi dei *police powers* di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

un'altra teoria, talvolta impropriamente equiparata al RTR, che può fornire delle indicazioni importanti, pur se non conclusive, sulla questione.

### 3. *La police powers doctrine*

Da diversi decenni si discute se esista nel diritto internazionale sul trattamento dei beni dello straniero una norma che escluda la responsabilità dello Stato in caso di esercizio dei propri “*police powers*”. La questione è stata tradizionalmente dibattuta con riferimento a misure che si traducono nell'espropriazione dei beni dello straniero, anche se può coinvolgere altri istituti a tutela dell'investitore, quali il trattamento nazionale o il FET. La formulazione di questa dottrina è molto varia, in alcuni casi avvicinandosi per la sua ampiezza alla teoria del RTR già analizzata. Ma nella gran parte dei casi essa assume un'accezione differente.

La *police powers doctrine* (PPD) si è affermata inizialmente nella prassi e dottrina statunitensi<sup>28</sup> e la sua formulazione più famosa la si trova nell'US Third Restatement of Law, che significativamente non la restringe alla sola espropriazione. «A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory»<sup>29</sup>. Si tratta di una formulazione molto ampia, che potrebbe sembrare prossima al generico RTR. Tuttavia, differisce da esso poiché l'esclusione della responsabilità dello Stato non riguarda qualunque tipo di misura interna, ma solo alcune<sup>30</sup>. Anche l'Harvard Law School propose una codificazione della PPD, escludendo l'obbligo dello Stato di pagare la *compensation* per espropriazione in diverse ipotesi, tra

<sup>28</sup> «There were always certain cases in which state interference with private property was not considered expropriation entailing an obligation to pay compensation but a necessary act to safeguard public welfare: e.g., measures taken for reasons of police, that is, for the protection of public health or security against internal or external danger». (J. H. HERZ, *Expropriation of Foreign Property*, in *AJIL*, 1941, 243 ss. (251)).

<sup>29</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1987, § 712. Il quarto US Restatement non modifica questa parte.

<sup>30</sup> Il Third restatement designa in ultima analisi una clausola generale («other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states») che richiama un'analisi della prassi (accepted as) per determinare i tipi di interessi (di *police interests*) che vi rientrano.



cui in particolare quando la misura persegua determinate politiche pubbliche: «public order, health, or morality»<sup>31</sup>.

A partire dall'inizio di questo secolo, diverse decisioni dei tribunali arbitrali riprendono questa dottrina, principalmente in casi di misure interne che si traducono in un'espropriazione indiretta<sup>32</sup>. Nel caso Philip Morris, che aveva ad oggetto misure di tutela della salute, il tribunale riconosce «[t]he principle that the State's reasonable bona fide exercise of police powers in such matters as the maintenance of public order, health or morality, excludes compensation even when it causes economic damage to an investor and that the measures taken for that purpose should not be considered as expropriatory»<sup>33</sup>. E anche nella parte della decisione sul FET, il tribunale afferma che «investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health»<sup>34</sup>.

La dottrina dei *police powers*, come sviluppata nella prassi, riguarda quindi *specifici* interessi pubblici oggetto di provvedimenti interni. Sono questi interessi specifici – tipicamente: *public order, morality, public health* – che giustificano la misura statale e la rendono lecita nel quadro degli obblighi previsti dal diritto internazionale a tutela dei beni dello straniero.

Questa specificità, o selettività, riguardo agli interessi pubblici coinvolti caratterizza questa dottrina, distinguendola in modo decisivo dalla teoria del RTR<sup>35</sup>. Infatti, se lo Stato ha il diritto – secondo la PPD – di

<sup>31</sup> «An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of the tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful», a condizione che la misura interna non sia discriminatoria, non sia «departure from the principles of justice recognized by the principal legal systems», non sia un abuso di potere (HARVARD LAW SCHOOL, *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, 1961).

<sup>32</sup> Si veda ad es. il tribunale *Feldman*, che nel prospettare la PPD richiama espressamente il Third Restatement (*Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award del 16 dicembre 2002, § 105).

<sup>33</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award dell'8 luglio 2016, § 295.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 399.

<sup>35</sup> In dottrina si trova spesso una certa sovrapposizione tra RTR e PPD: cfr. ad es. C. TITI, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, 2018, 323. Un autore ha distinto tra una PPD ampia (che di fatto corrisponde al RTR) e una PPD stretta, che riguarda solo «health, moral and public



adottare misure regolatorie, senza incorrere nella violazione del DII, solo in determinati ambiti e non in altri, cade il fondamento della teoria del RTR, che risiede nella sovranità stessa dello Stato sub specie di potestà normativa. Infatti la potestà normativa è generale nella sfera della *jurisdiction* statale, non riguarda ovviamente solo alcuni interessi pubblici e non altri.

E d'altra parte, la selezione degli interessi pubblici che giustificano le misure – come la salute o l'ordine pubblico – non è effettuata sulla base del diritto interno dello Stato. Nella prassi considerata non si trova nessun riferimento al sistema costituzionale o alla gerarchia di valori di diritto interno, per enucleare gli interessi pubblici alla base della PPD. In conclusione, non è quindi la sovranità dello Stato, di regolare le proprie vicende interne, che sta a fondamento della suddetta dottrina. Torneremo su questo punto fondamentale *sub* 6).

#### 4. Difficoltà di spiegare le decisioni ambientali con la PPD

Riprendiamo la domanda di partenza: quale base normativa hanno le decisioni arbitrali che giustificano misure interne di tutela ambientale, che integrerebbero altrimenti una violazione degli obblighi previsti dal DII? Vi sono alcune obiezioni a che la risposta si trovi nella PPD.

In primo luogo, resta dubbio che esista una norma consuetudinaria che escluda la responsabilità dello Stato per misure – lesive degli interessi patrimoniali dello straniero – poste a tutela di determinati valori, che possiamo per adesso definire fondamentali, come quelli indicati nella formula del Third Restatement o nel *dictum* di Philip Morris. Gli autori sul punto hanno posizioni divergenti<sup>36</sup> e anche coloro che propendono per l'esistenza di una siffatta norma sollevano comunque dubbi<sup>37</sup>. Va

order», escludendo che la formula più ampia possa esprimere una norma consuetudinaria (N. ZAMIR, *The Police Powers Doctrine in International Investment Law*, Manchester, 2017, 318 ss. (327)).

<sup>36</sup> Per una posizione critica sulla natura consuetudinaria della PPD, come elaborata dal tribunale Philip Morris, cfr. G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian J. Int. L.*, 2017, 95 (spec. 101 ss.). Cfr. anche la posizione dottrinale che sostiene che la nozione di espropriazione indiretta si fondi sul mero effetto espropriatorio della misura pubblica (dottrina del *sole effects*).

<sup>37</sup> Zamir analizza attentamente la prassi per valutare se essa esprima una norma consuetudinaria corrispondente alla PPD. Pur propendendo per l'esistenza della norma, egli formula caveat del tipo “if anything” e “that could be questioned” e sottolinea l'importanza della prassi più recente dei tribunali arbitrali (ZAMIR, *op. cit.*, 332).

detto certamente che una parte della giurisprudenza, addotta in precedenza contro l'esistenza del generico RTR, non può essere usata anche contro la PPD, nei casi in cui essa ha riguardato misure statali che non tutelavano la salute umana o l'ordine pubblico<sup>38</sup>, e che più in generale viene meno l'obiezione sistemica della *blanket exception* che finirebbe per svuotare il DII. Ma, appunto, la prassi non è uniforme, non ancora perlomeno, per cui al massimo si potrebbe considerare quella dei *police powers* una norma consuetudinaria in formazione.

Vi è però una seconda, più difficile obiezione rispetto al quesito qui indagato. Nella formulazione classica della PPD non troviamo un riferimento all'ambiente. Chiaramente il testo di Harvard, e anche il Third Restatement, sono stati adottati quando le questioni ecologiche non esistevano o quando si era agli albori di una regolazione generale, e la tutela dell'ambiente era semplicemente ricondotta nel quadro della protezione della salute umana da fenomeni di inquinamento. Questo però rende oggettivamente ancora più difficile affermare che, al momento delle decisioni adottate dai tribunali, esistesse una norma generale che includeva l'ambiente nel novero dei *police powers*<sup>39</sup>. Del resto, anche alcune formulazioni recenti della PPD, come quella del tribunale Philip Morris vista prima, non fanno riferimento all'ambiente.

Infine, la PPD è principalmente riferita alla prassi delle espropriazioni indirette, lasciando ai margini il FET<sup>40</sup> e le clausole della nazione

<sup>38</sup> Rispetto a ciò, le decisioni della “saga argentina” analizzate sub 2) si collocano in una posizione neutra. In alcuni casi quei tribunali hanno riconosciuto una rilevanza della giustificazione di ordine pubblico, senza però invocare la PPD bensì applicando una clausola eccezionale del trattato. Resta il fatto che hanno normalmente condannato le misure economiche argentine quando non necessarie per l'ordine pubblico, negando quindi un generale RTR.

<sup>39</sup> Cfr. in tal senso il manuale di DII di *Newcombe e Paradell*: gli autori, pur riconoscendo cittadinanza alla PPD per alcuni tipi di interessi pubblici, come *public order*, ritengono esplicitamente che la prassi allo stato (scrivono nel 2009) non permetta di integrare l'ambiente (A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Alphen aan den Rijn, 2009, 361). Anche nel modello di PPD investigato da Zamir (v. *supra* nota 37) manca il riferimento all'ambiente. Nella prassi, si trova un riferimento alla PPD rispetto a misure ambientali nella decisione *Chemtura*, anche se la questione coinvolgeva anche la tutela della salute umana (*Chemtura Corporation v. Canada*, Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules, Award del 2 agosto 2010, § 366).

<sup>40</sup> In dottrina si è talora collegata l'ampia formula del FET alla PPD: cfr. T. WEILER, *The Interpretation of International Investment Law. Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden-Boston, 2013 («“equity” fostered a generous construction of the freedom required for the State to exercise its police powers in the (allegedly) best interests of its people», 200).

più favorita e del trattamento nazionale, rispetto ai quali tuttavia c'è un'importante giurisprudenza "ambientale".

Per queste ragioni sembra difficile sostenere che le varie decisioni arbitrali che accettano la difesa dello Stato basata sulla necessità di proteggere valori ecologici, avessero il loro fondamento nella PPD. Del resto, solo in pochi casi si trova in esse espressa menzione di questa dottrina. Forse la PPD potrà evolversi in una norma consuetudinaria che integra anche gli interessi ambientali, ma questo non comunque non era certo il caso al tempo, ad esempio, delle decisioni *Glamis* o *Parkerings*.

### 5. Tutela ambientale ed eccezioni pretorie nella prassi arbitrale

La mia opinione è che i tribunali arbitrali abbiano giocato un ruolo autonomo nella soluzione di diversi casi ambientali, al di là del riferimento o meno a norme generali a fondamento delle loro decisioni. In mancanza di una norma eccezionale pattizia, nel sostanziale silenzio del diritto consuetudinario, hanno prodotto quella che nei sistemi di *common law* si chiamano *fresh decisions*. Hanno, più precisamente, creato eccezioni pretorie alle norme applicabili.

Nel caso *Parkerings*<sup>41</sup>, la città di Vilnius aveva trattato differenzialmente due investitori stranieri, rinnovando la licenza di un parcheggio ad uno e non rinnovandola all'altro, a causa dell'inquinamento prodotto dal secondo. Il tribunale adito ha considerato non violata la clausola della nazione più favorita, poiché mancava il requisito che i due investimenti operassero in *like circumstances*. Il tribunale riconosce innanzitutto, seguendo una linea interpretativa del tutto consolidata, che vi sono circostanze simili quando le due imprese comparate operano nello stesso settore economico, come ovviamente nel caso di specie. A tale criterio base ne aggiunge però uno ulteriore, quello di un *legitimate public interest* che renda nel concreto non simili le situazioni, giustificando la misura impugnata; e sulla base di questo criterio ulteriore rigetta il ricorso, poiché solo il parcheggio del ricorrente creava seri rischi per l'ambiente e il patrimonio archeologico<sup>42</sup>. Lo stesso ragionamento, *mutatis mutandis*, è stato svolto dal tribunale *S.D. Myers* rispetto alla clausola del trattamento nazionale<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> *Parkerings-Compagniet As v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award dell'11 settembre 2007.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 371 ss.

<sup>43</sup> *S.D. Myers*, cit., § 161 ss. Si può svolgere un ragionamento unitario per clausola della nazione più favorita e trattamento nazionale perché entrambe le regole, in quanto

Perché si tratta di un'eccezione pretoria? Un'eccezione (in senso sostanziale) si ha quando una norma non trova applicazione in alcuni casi in cui dovrebbe essere applicata, a causa di una ragione specifica<sup>44</sup>. Nel caso *Parkerings*, il tribunale non applica la norma base della similarità (lo stesso settore economico) perché esiste una circostanza ulteriore che *giustifica* ciò (la necessità di tutelare un interesse pubblico legittimo). Si potrebbe obiettare che sia lo stesso significato di similarità a permettere di distinguere tra attività inquinanti e non: un'attività che inquina non è simile a una che non inquina. In realtà, questo argomento può rafforzare il ragionamento del tribunale, ma non ne spiega la struttura (e la *ratio*). Il parametro della similarità ha la funzione di individuare una classe di attività per le quali vige l'obbligo di parità di trattamento, è parte essenziale delle regole che derivano dal principio di non discriminazione. Il criterio della identità di settore economico realizza questa funzione, mentre quello del carattere non inquinante no. È sensato non discriminare due imprese di parking (salvo appunto eccezioni) perché entrambe svolgono la stessa attività economica; ma è illogico non poter trattare diversamente (ad esempio nella disciplina autorizzativa) un gelataio e un dentista, dicendo che essi sono simili perché entrambi non inquinano. In altre parole, il criterio ulteriore (inquinante-non inquinante) "creato" dal tribunale nell'interpretazione della similarità, non individua una classe che ha diritto allo stesso trattamento; bensì interviene *ex post*, per selezionare, all'interno della classe che ha diritto allo stesso trattamento (investimenti economicamente simili), una sottoclasse che non lo ha. Per questo è un'eccezione.

Questo discorso sull'eccezione pretoria vale anche per le decisioni sui c.d. *regulatory takings* con ratio ambientale. Nel famoso caso *Methanex*<sup>45</sup>, il ricorrente sosteneva che il divieto di commercializzazione di una sostanza, alla base della sua attività produttiva realizzata nello Stato convenuto, avesse sostanzialmente privato di valore il suo investimento, traducendosi in un'espropriazione indiretta che gli dava diritto alla *com-*

espressione del principio di non discriminazione, hanno come elemento essenziale della loro fattispecie la comparazione tra due soggetti o due situazioni, secondo la nozione di similarità.

<sup>44</sup> Ad esempio, si trova spesso, nelle legislazioni interne, la previsione del divieto di entrare in macchina in un centro storico riferito a tutto l'insieme delle persone fisiche (regola), divieto che però non si applica al sottoinsieme delle persone fisiche portatrici di handicap (eccezione). Sul tema dell'eccezione in senso sostanziale, dalla prospettiva del DII, cfr. S. DI BENEDETTO, *International Investment Law*, cit., 158 ss.

<sup>45</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award del 3 agosto 2005.

*compensation*. Lo Stato si difese invocando, a giustificazione della misura, la natura inquinante della sostanza prodotta dall'investitore. Il tribunale accolse la difesa del convenuto, in uno dei rari casi di affermazione, da parte di un tribunale arbitrale, di un generale RTR dello Stato come eccezione alle norme di DII.

Il tribunale *Methanex* addusse, a sostegno della sua decisione, l'esistenza di una norma consuetudinaria che avrebbe previsto un tale, generale RTR<sup>46</sup>. Ma non esistendo, come argomentato in precedenza *sub* 2), una tale norma, anche questa decisione si traduce, di fatto, nella creazione di una eccezione pretoria che disapplica la norma base sull'espropriazione indiretta, escludendo la *compensation* che il diritto applicabile prevede in caso di *substantial deprivation* dell'investimento. E non è un caso che questa disapplicazione sia avvenuta proprio in un caso che coinvolge la tutela ambientale<sup>47</sup>.

## 6. Eccezioni ambientali e right to protect dello Stato

Si tratta ora di riflettere sul significato di questa prassi. I tribunali nei casi *Parkerings*, *Unglaube*, *Methanex*, *Glamis* e altri semplicemente disapplicano una norma pattizia in favore di misure ambientali, senza che nel trattato applicabile vi sia un'altra norma che preveda questa possibilità, senza che vi sia cioè un'eccezione espressa sul punto. E senza che, come abbiamo visto, esista realmente una norma eccezionale nel diritto internazionale generale che lo permetta. È un fatto notevole, specie considerando che il diritto internazionale richiede un'interpretazione stretta dei trattati. Il risultato di questa particolare (dis)applicazione del diritto scritto si traduce appunto nella creazione di eccezioni pretorie, che

<sup>46</sup> Secondo il tribunale, «as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable» (*ibid.* § 4,D,7). Sulla stessa linea di ragionamento si veda anche *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award dell'8 giugno 2009, § 166 ss.

<sup>47</sup> Un discorso analogo a quello appena svolto riguardo a non discriminazione e espropriazione indiretta può essere fatto anche per il FET, in caso di asserita lesione delle aspettative legittime dell'investitore. Nel caso *Unglaube*, il tribunale ritenne che le misure impugnate, anche se andavano contro le aspettative dell'investitore, fossero giustificate in quanto basate su una *valid public policy* (nella specie, si trattava misure di protezione ecologica, in un'area con grande biodiversità): *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case Nos. ARB/08/1 e ARB/09/20, Award del 16 maggio 2012, § 235 ss.).

porta al riaffiorare della sovranità, non più limitata dall'obbligo di protezione degli investimenti.

Il punto fondamentale è che in questi casi la sovranità riaffiora non motu proprio, come accadrebbe secondo la teoria del RTR, bensì in funzione di determinati valori giuridici particolarmente rilevanti. Questo avviene in modo esplicito nelle decisioni *Parkerings*, *SD Myers*, *Un-glaube*, che parlano di *legitimate public interest* o di *valid public purpose*<sup>48</sup>. Si tratta, in definitiva, della stessa logica alla base della dottrina dei *police powers*, dove pure la misura statale è giustificata non quando persegue qualsiasi interesse pubblico, bensì alcuni specifici, come l'ordine pubblico o la salute umana.

Resta però un ulteriore quesito. Perché i tribunali arrivano a disapplicare una norma applicabile in favore della tutela di determinati valori<sup>49</sup>? E perché, d'altra parte, la teoria (o, se vogliamo, la norma consuetudinaria in formazione) sui *police powers* giustifica solo alcuni interessi pubblici e non altri? A mio avviso questo accade perché valori non commerciali quali la salute umana, l'ordine pubblico e oggi anche l'ambiente hanno, nel diritto internazionale<sup>50</sup>, un "peso" maggiore di quello dei valori patrimoniali posti alla base delle norme a tutela del soggetto privato. Questo "peso" maggiore può spiegare la nascita della PPD attorno a un nucleo ristretto di interessi e può spiegare perché diversi tribunali arbitrali abbiano seguito la logica dell'eccezione anche rispetto a misure a tutela di interessi ecologici, a scapito degli interessi patrimoniali degli investitori protetti da un trattato. In definitiva, ambiente, salute umana, ordine pubblico sono tutti valori di importanza tale da portare a giustificare una misura statale altrimenti in conflitto con norme del DII.

Volendo in definitiva dare un contenuto normativo di base a queste eccezioni prodotte dalla prassi arbitrale, possiamo dire che esse prevedo-

<sup>48</sup> D'altra parte, le pochissime decisioni che effettivamente disapplicano una norma del DII, invocando un (inesistente in realtà) RTR e non condannando lo Stato, sono proprio in ambito ambientale, nei casi *Methanex* e *Glamis*.

<sup>49</sup> Si tratta di una domanda fondamentale, che tuttavia gli autori che hanno trattato il tema (direttamente nel quadro delle trattazioni su ambiente e DII, o parlando più in generale della PPD) hanno trascurato. La linea interpretativa che qui si propone riprende alcuni punti di S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, cit. e li relaziona con le teorie del RTR e della PPD.

<sup>50</sup> Come già detto, la selezione degli interessi che giustificano le misure non è effettuata sulla base del diritto interno dello Stato. Nelle formulazioni della PPD, così come nella giurisprudenza ambientale del tipo *Parkerings* o *Un-glaube*, non vi è nessun riferimento alla gerarchia interna di valori del paese che adotta la misura al fine di determinare gli interessi pubblici meritevoli di una particolare tutela.

no a favore dello stato ospite il diritto di proteggere determinati valori giuridici fondamentali, attraverso misure interne che non siano arbitrarie o abusive, senza che ciò si possa tradurre in una violazione del DII. Il fondamento di questo *right to protect* non risiede nella sovrana potestà regolatoria in sé (come sarebbe nel caso di un indiscriminato RTR), bensì nell'importanza, nel "peso" di quei valori, nel quadro dell'ordinamento internazionale e per come rilevanti in concreto.

### 7. Consolidazione dell'eccezione pretoria in regole di diritto internazionale

Si possono sintetizzare le conclusioni a cui si è giunti nell'ultimo paragrafo. Il modello di eccezione che risulta dalla prassi non ha alla base la sovranità regolatoria dello Stato in sé, bensì dei valori giuridici diversi da quelli patrimoniali, che prevalgono su questi. In tal senso si può parlare di un diritto dello Stato di proteggere (*right to protect*) piuttosto che di un diritto di regolare (*right to regulate*).

Resta il problema di come inquadrare da un punto di vista più propriamente normativo ciò che sinora abbiamo chiamato come valori giuridici, i quali, nella decisione del caso concreto, prevalgono su altri, pur se codificati in regole scritte. La questione implica una riflessione troppo ampia per questa sede, ma si può dire, come indicazione generale, che la categoria del principio giuridico sembra essere quella maggiormente adatta in tal senso, in particolare nell'accezione proposta da Ronald Dworkin<sup>51</sup>.

Anche se si accettasse la ricostruzione basata sul principio giuridico in senso dworkiniano, resta il fatto che esso rappresenta una categoria sostanzialmente estranea al sistema classico delle fonti del diritto internazionale, avendo avuto del resto origine in un sistema di *common law*. Le eccezioni pretorie possono portare quindi a incertezza giuridica e la reazione a questo, nel tempo, sembra essere di ricondurle al sistema classico delle fonti di diritto internazionale. È quello che in definitiva sta avvenendo nella prassi più recenti, secondo due direttive.

Da un lato, il consolidarsi delle decisioni arbitrali in favore delle misure statali di tutela ambientale, unite con quelle che seguono la dottrina

<sup>51</sup> Nell'analisi di Dworkin il principio, in virtù del suo peso, può perfino portare alla disapplicazione di regole che hanno alla loro base un principio di minor peso nel caso concreto (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londra, 1977, 24 ss. V. sul punto, più ampiamente, S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, cit., 221 ss.

classica dei *police powers* (salute, moralità, ordine pubblico), potrà portare in futuro all'affermarsi di una norma consuetudinaria di eccezione rispetto alle norme base a protezione dei beni dello straniero, in funzione di quei valori non commerciali. Essa sarebbe applicabile nel caso concreto, in caso di silenzio del trattato sugli investimenti, secondo il principio di interpretazione conforme, ma sarebbe complicato qualificarla come norma di *jus cogens*, inderogabile dai trattati, nel caso di un IIA che escludesse esplicitamente la clausola dei *police powers*<sup>52</sup>.

Dall'altro, le nuove generazioni di trattati sugli investimenti, prevedono, anche sul modello dell'art. XX GATT, eccezioni in favore di interessi pubblici selettivamente determinati in ragione della loro importanza, tra cui figura anche l'ambiente<sup>53</sup>. In questo caso è il diritto scritto a recepire direttamente le innovazioni prodotte dalla prassi arbitrale.

<sup>52</sup> Ciò sembrerebbe possibile qualora la misura interna, lesiva dell'interesse patrimoniale dell'investitore, fosse prevista a tutela di un interesse protetto da una norma di *jus cogens*, come nel caso, ad es., della confisca di un'azienda straniera che praticasse forme di schiavitù al suo interno. In questo caso si potrebbe sostenere che, anche qualora il trattato applicabile escludesse espressamente l'eccezione dei *police powers*, la misura dovrebbe essere giustificata. Ma la giustificazione a quel punto verrebbe direttamente dal divieto generale di riduzione in schiavitù, e già oggi appare un punto acquisito nell'ordinamento internazionale (cfr. TITI, *The right to regulate*, cit., 270).

<sup>53</sup> Ad esempio, l'Annex 10-C del CAFTA-DR (Chapter 10) prevede che «Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations».



# PARALLEL PROCEEDINGS BEFORE INVESTMENT TRIBUNALS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: PIERCING THE CORPORATE VEIL TO ESTABLISH SUBJECTIVE IDENTITY OF CLAIMANTS

Andrea SACCUCCI\*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Are international investment arbitrations “another procedure of international investigation or settlement” for ECHR’s purposes? – 3. The substantial identity of the subject matter under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR. – 4. Legal personality and piercing the corporate veil for the purpose of substantial identity. – 5. Conclusions.

## 1. Introduction

Parallel proceedings before investment arbitral tribunals and the European Court of Human Rights (“European Court” or “Court”) are becoming more common in recent practice despite the apparent differences between the two mechanisms of adjudication in terms of substantive protection, *locus standi* and procedural requirements<sup>1</sup>.

It may indeed happen that a foreign investor is a victim by the host State of actions or omissions that amount to a breach of its obligations under the European Convention of Human Rights (ECHR) as well as under a bilateral or multilateral treaty on the protection of foreign investments (such as the Energy Charter Treaty). This may give rise to situations in which the same dispute is submitted for judicial consideration (simultaneously or at different times depending on the circumstances) before the European Court under Article 34 ECHR and before an arbitral

\* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

<sup>1</sup> About parallel proceedings in investment arbitration see, among others, G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, The Hague, Torino, 2017; L. CARROLL, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration: Moving Forward after Orascom TMT investments v Algeria*, in *Australian International Law Journal*, 2017, 147 ss.; R. F. HANSEN, *Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*, in *The Modern Law Review*, 73, 2010, 523 ss.

tribunal established under the ICSID Convention and Arbitration Rules or under the UNCITRAL Arbitration Rules<sup>2</sup>.

While neither the ICSID Rules nor the UNCITRAL Rules expressly regulate the occurrence of parallel proceedings<sup>3</sup>, Article 35, par. 2, lett. b) ECHR provides for a general criterion of admissibility requiring that any individual application submitted under Article 34 ECHR is not «substantially the same as a matter that (...) has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information»<sup>4</sup>.

This requirement reflects the principle of *lis pendens* and is intended to avoid «a situation where several international bodies are simultaneously dealing with applications which are substantially the same» as this «would be incompatible with the spirit and the letter of the Convention, which seeks to avoid a plurality of international proceedings relating to the same cases»<sup>5</sup>.

Most recently, the European Court has been called to decide whether and to what extent the admissibility requirement in question can be applied in cases where the subject matter of a pending application before it is “substantially the same” of a parallel investment arbitration brought under the ICSID Convention and Arbitration Rules or under the UNCITRAL Arbitration Rules.

While there are several issues that still need to be clarified, including the scope of application of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR with regard to investment arbitrations, it seems that the European Court is ready to endorse a broad interpretation of this provision in order to prevent the

<sup>2</sup> Many investment treaties contain a unilateral offer of arbitration by the host State allowing the foreign investors to choose between the ICSID Convention and Arbitration Rules and the UNCITRAL Arbitration Rules.

<sup>3</sup> For a systematic analysis of possible pre-award and post-award remedies to ensure the consistency, efficiency and finality of investment arbitrations see G. ZARRA, *Parallel*, cit., 58 ff.

<sup>4</sup> For a comment and overview of the relevant case-law see, among others, W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, 774 ff.; and H. O’BOYLE, E. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2023, 73-76; F. SALERNO, *Rapporti fra procedimenti concernenti le medesime istanze individuali presso diversi organismi internazionali di tutela dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, 363 ff.

<sup>5</sup> See among others European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey* (no. 2) [GC], judgment of 22 December 2020, par. 180, *Savda v. Turkey*, judgment of 12 June 2012, par. 66, and *Celniku v. Greece*, judgment of 5 July 2007, par. 39. In the past, see also European Commission of Human Rights, *Calcerrada Fornieles and Cabeza Mato v. Spain*, decision of 6 July 1992, and *Cereceda Martin v. Spain*, decision of 12 October 1992.

same substantive interests from benefitting of a double chance of adjudication and protection although with reference to different substantive legal standards.

However, such an approach (especially when based on the piercing of the corporate veil for purposes of assessing the subjective identity of claimants) does not seem appropriate to follow in cases where it may result in deprivation of or restricted access to the ECHR subsidiary protection for any investor who is not directly entitled to rely on investment treaty protection.

## *2. Are international investment arbitrations “another procedure of international investigation or settlement” for ECHR’s purposes?*

The first question to be addressed is whether an international investment arbitration can be qualified as “another procedure of international investigation or settlement” within the meaning of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR.

According to a settled case-law of the Court, such definition refers to «judicial or quasi-judicial proceedings similar to those set up by the Convention» and denotes institutions and procedures set up by States, thus excluding non-governmental bodies (such as the Inter-Parliamentary Union)<sup>6</sup>.

The Court’s examination in this respect is not limited to a formal verification of the international character of the instrument governing the parallel proceeding. While this is a «logical starting-point for its assessment», the Court considers «the following factors, concerning as they do the essential nature of the body, to be determinative of the issue: the body’s composition, its competence, its place (if any) in an existing legal system and its funding»<sup>7</sup>.

The requirement of judicial or quasi-judicial proceedings similar to the Convention mechanism means that the examination must be clearly defined in scope and limited to certain rights based on a legal instrument whereby the relevant body is authorized to determine the State’s responsibility and to afford legal redress capable of putting an end to the alleged violation. It must also afford institutional and procedural safe-

<sup>6</sup> See European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey (no. 2)*, quoted above, par. 184.

<sup>7</sup> See European Court of Human Rights, *Jelicic v. Bosnia and Herzegovina*, decision of 15 November 2015.

guards, such as independence, impartiality, and an adversarial procedure<sup>8</sup>.

Against this background, it is trite that not all “international arbitrations” can be regarded as “another procedure of international investigation or settlement” for the purpose of Article 35 par. 2, lett. b) ECHR. Indeed, “international arbitration” is the principal method for resolving disputes between States, individuals, and corporations in almost every aspect of international trade, commerce and investment, and the term “international” is used to mark the difference between arbitrations which are purely domestic and arbitrations which in some way transcend national boundaries. Usually, an arbitration is considered “international” if it involves parties of different nationalities, or it takes place in a country which is foreign to the parties, or it involves an international dispute<sup>9</sup>.

While there is no doubt that an “international arbitration” regulated only by domestic law and administered by private institutions cannot be regarded as “another procedure of international investigation or settlement” for Convention purposes<sup>10</sup>, the answer is less easy to give with regard to an “international arbitration” regulated only by international law or by both international and domestic law, such as typically arbitral proceedings instituted under bilateral or multilateral investment treaties in accordance with the ICSID Convention and Arbitration Rules or with the UNCITRAL Arbitration Rules.

The European Court has not yet addressed *ex professo* the question of whether investment arbitrations conducted under the aegis of international institutions such as the ICSID or the Permanent Court of Arbitra-

<sup>8</sup> See European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey* (no. 2), quoted above, par. 182-186, and *Tunç v. Turkey*, decision of 22 February 2022, par. 65-66.

<sup>9</sup> See, in particular, Article 3 par. 1 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, adopted on 21 June 1985 and amended on 7 July 2006, according to which: «An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country».

<sup>10</sup> See European Court of Human Rights, *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, judgment of 30 June 2022, with regard to the arbitral procedure before the International Chamber of Commerce, and *Ali Rıza v. Turkey*, judgment of 28 January 2020, with regard to the procedures before the Dispute Resolution Committee and the Arbitration Committee of the Turkish Federation of Football.

tion (PCA) constitute “another procedure of international investigation or settlement” precluding its jurisdiction pursuant to Article 35, par. 2, lett. b) ECHR.

In fact, according to the Court’s case-law, this question only becomes relevant if it is positively established that the case before it is «substantially the same as a matter that has already been submitted to a parallel set of proceedings»<sup>11</sup>. Accordingly, if the condition of the “similarity of cases” is not satisfied, the Court does not usually look further into whether the parallel proceedings can be qualified as “another procedure of international investigation or settlement”. This is the reason why in the case of *Yukos* the Court found that it was not necessary to examine whether the investment arbitrations brought by the company’s majority shareholders under the Energy Charter Treaty and by various groups of the company’s minority shareholders under bilateral investment treaties could be qualified as “another procedure of international investigation or settlement”<sup>12</sup>.

More recently, in the case of *Le Bridge Corporation*, the Court seems to have given for granted that an ICSID investment arbitration satisfies the requirements for being considered another procedure of international investigation or settlement and for this reason declared the application inadmissible pursuant to Article 35, par. 2, lett. b) ECHR, after finding that it concerned «substantially the same matter» raised before the ICSID<sup>13</sup>. However, in this case, the Court (sitting in a Committee of three judges under Article 28 ECHR) did not make any positive and final determination as to the nature of the ICSID arbitration, given in particular that «it [was] undisputed between the parties that the ICSID constitutes another international procedure for the purpose of this admissibility criterion»<sup>14</sup>.

While there are several reasons that may warrant this conclusion, including the fact that the ICSID is an intergovernmental treaty-based institution belonging to and funded by the World Bank, that ICSID arbitrations are conducted in accordance with the requirements of impartiality, adversarial proceedings and equality of arms, and that ICSID awards are

<sup>11</sup> See European Court of Human Rights, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, judgment of 20 September 2011, par. 520.

<sup>12</sup> *Ivi*, par. 523.

<sup>13</sup> See European Court of Human Rights, *Le Bridge Corporation LTD v. Moldova*, decision of 19 April 2018, par. 26. See also below section 4.

<sup>14</sup> *Ibid.*

legally binding on the Contracting States<sup>15</sup>, there are other factors which should be taken into account according to the Court's case-law and which could lead to a different finding under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR also in light of the object and purpose of this provision and of the Convention as a whole.

On the one hand, ICSID arbitrations are pervaded by public international law elements which resemble the mechanism of collective enforcement set up by the ECHR. For instance, they are initiated by a physical or legal person against the host State on the basis of an international treaty, they relate to an alleged breach of that treaty or of other applicable international rules owed by the host State to foreign investors, they are conducted under the rules of an international institution, they result in the adoption of a decision which is legally binding by virtue of a specific international obligation.

On the other hand, they maintain many elements which are typical of a private dispute resolution mechanism which is offered to a limited category of subjects (foreign investors) as an alternative to the ordinary courts of the host State. For instance, arbitral tribunals are composed of individual arbitrators acting in their own personal capacity and chosen from or outside the ICSID Panel of arbitrators<sup>16</sup>, the parties to the proceedings appoint the arbitrators except in case of disagreement<sup>17</sup>, the arbitral procedure is conducted in accordance with the ICSID Rules and to the Procedural Orders issued by the arbitral tribunal itself<sup>18</sup>, the arbitral tribunal operates with the administrative support of the ICSID but is funded in full by the parties themselves<sup>19</sup>, the arbitral award is not subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in the

<sup>15</sup> See Article 54 of the ICSID Convention, according to which each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to the Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that States.

<sup>16</sup> See Articles 38 and 40 of the ICSID Convention.

<sup>17</sup> See Articles 37 and 38 of the ICSID Convention.

<sup>18</sup> See Article 44 of the ICSID Convention and Rule 19 of the ICSID Arbitration Rules.

<sup>19</sup> See Article 59 of the ICSID Convention and Rule 28 of the ICSID Arbitration Rules. The lack of funding by the parties may result into the discontinuation of the arbitration (see Regulation 16 of the 2022 ICSID Administrative and Financial Regulations). This is a relevant factor to consider when assessing the accessibility of investment arbitration for the purpose of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR. Indeed, the fact that the same subject matter has been submitted before an ICSID tribunal is no guarantee that the affected investor will effectively be able to pursue the arbitration until a final award.

ICSID Convention<sup>20</sup>, the final award must be recognized and enforced by each Contracting States as «as if it were a final judgment of a court in that State»<sup>21</sup>.

In addition, it should be born in mind that ICSID arbitrations, and international investment arbitrations more generally, are principally conceived as “alternative mechanisms for the settlement of disputes” arising between foreign investors and host States, while the ECHR, and international human rights contentious procedures more generally, are intended as “subsidiary mechanisms of protection” which can be set in motion only if (and upon the condition that) States have fallen short of their primary responsibility to secure the rights defined by the relevant treaties within their own legal system and through available local remedies<sup>22</sup>.

In other words, investment arbitrations are designed as an “alternative venue of international judicial protection”, while human rights mechanisms as an “additional layer of international judicial protection”.

This structural difference is clearly reflected, on the one side, in the rule of previous exhaustion of domestic remedies, which is a general requirement of admissibility of individual applications before the European Court (as well as before any other international human rights body) going hand in hand with the obligation of Contracting States to set up effective domestic remedies<sup>23</sup>; and, on the other side, in the “fork in the

<sup>20</sup> See Article 53 of the ICSID Convention.

<sup>21</sup> See Article 54 of the ICSID Convention.

<sup>22</sup> The subsidiary nature of the ECHR’s mechanism of collective enforcement has been recognized by the Court’s case-law in the following terms: «Under Article 1 of the Convention (...), the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Articles 13 and 35 par. 1 of the Convention. (...) The purpose of Article 35 par. 1, which sets out the rule on exhaustion of domestic remedies, is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court (...). The rule in Article 35 par. 1 is based on the assumption, reflected in Article 13 (with which it has a close affinity), that there is an effective domestic remedy available in respect of the alleged breach of an individual’s Convention rights (...)» (see, among other, European Court of Human Rights, *Scordino v. Italia (n. 1)* [GC], judgment of 29 March 2006, par. 140-141). More recently, the principle of subsidiarity has been expressly included in the Preamble of the Convention following the amendments introduced by Protocol No. 15 of 24 June 2013 (entered into force on 1 August 2021).

<sup>23</sup> See R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004. On the contrary, exhaustion of local remedies is in principle not a requirement for the admissibility of a claim in investment arbitration. See U. KRIEBAUM, *Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?*, in P.M.



road” rule, which is contained in many investment treaties as a condition for instituting international arbitration and which provides that the investor must choose between litigating its claims in the host State’s domestic courts or through international arbitration<sup>24</sup>.

It is thus no coincidence that – with the sole exception of *Le Bridge Corporation* – all other cases in which this Court has found a “parallel proceeding” to exist for the purpose of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR concern human rights treaty-based contentious procedures that can be initiated by alleged victims to complain before an international body about the State’s failure to comply with its human rights obligations under the relevant instrument<sup>25</sup>.

Conversely, the Court has not considered as “parallel proceedings” other “international procedures” which were purely private in nature, such as the procedures before the Court of Arbitration for Sport<sup>26</sup>, or purely intergovernmental, such as the arbitration and mediation proceedings before the International Monetary Fund and the Bank for International Settlements<sup>27</sup>, or purely domestic notwithstanding the international constitution, composition and funding of the adjudicatory body, such as the procedures before the Human Rights Chamber of Bosnia and Herzegovina<sup>28</sup>.

DUPUY, E.U. PETERSMANN, F. FRANCONI, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, 228 ff., with reference to the relevant arbitral practice.

<sup>24</sup> See S. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, 267-268.

<sup>25</sup> See, for instance, European Court of Human Rights, *Patera v. Czech Republic*, decision of 10 January 2006, with regard to the individual complaint procedure before the UN Human Rights Committee; *POA and others v. United Kingdom*, decision of 21 May 2013, par. 28, with regard to the collective complaint procedure before the Committee on Freedom of Association of the International Labour Organization; and *Peraldi v. France*, decision of 7 April 2009, with regard to the UN Working Group on Arbitrary Detention.

<sup>26</sup> See European Court of Human Rights, *Mutu v. Switzerland* and *Pechstein v. Switzerland*, judgment of 2 October 2018, par. 65, where the Court noted that the Court of Arbitration for Sport «is neither a domestic court nor any other institution of Swiss public law, but an entity emanating from the ICAS, a private-law foundation». Similarly, see European Court of Human Rights, *Ali Riza v. Switzerland*, judgment of 13 July 2021.

<sup>27</sup> See European Court of Human Rights, *Kovacic and others v. Slovenia*, decision of 9 October 2003.

<sup>28</sup> See European Court of Human Rights, *Jelicic v. Bosnia and Herzegovina* [dec.], decision of 15 November 2015, where the Court concluded that, while the Chamber was set up pursuant to an international treaty, had an international composition involving foreign judges, and received international funding, it was not an “international body” within



In conclusion, it seems clear that investment arbitrations (especially if conducted under the aegis of the ICSID or the PCA) are “international procedures of investigation and settlement”. However, it remains open to question whether such procedures may be treated as «similar, in their procedural aspects and potential effects, to the right of individual application provided for in Article 34 of the Convention»<sup>29</sup>.

If one looks to the object and purpose of the ECHR’s system of protection, including its fundamental subsidiary character which is premised on the States’ primary responsibility to protect human rights through available remedies, the choice of the investor to submit a dispute to international arbitration instead than to the local courts of the host State should not preclude in principle the adjudication of the same matter by the European Court under Article 34 ECHR. In this scenario, however, it is hard to imagine how a prospective application before the European Court would be able to satisfy the admissibility requirement of the prior exhaustion of domestic remedies.

On the other hand, if one attaches decisive weight to the fact that investment arbitrations are intended to «render justice in individual cases» by «establishing liability on the State’s part» and «bringing the alleged violation to an end by offering appropriate redress» through a judicial and impartial procedure<sup>30</sup>, then the needle would move towards the Court’s (summary) finding in *Le Bridge Corporation* and warrant the conclusion that (at least) ICSID arbitration should be regarded as another «international procedure of settlement» similar to that under the ECHR.

### 3. *The substantial identity of the subject matter under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR*

Be as it may, the preliminary assessment that the European Court must carry out for the purposes of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR is whether the subject matter of an application pending before it is “substantially the same” as a matter of a parallel proceeding pending before an investment tribunal. The “substantial identity” must be ascertained

the meaning of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR but should instead be considered as a “domestic body” for the purpose of Article 35, par. 1 ECHR.

<sup>29</sup> See European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey (no. 2)*, quoted above, par. 182.

<sup>30</sup> See European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey (no. 2)*, quoted above, par. 183.

with regard to both the objective scope (*ratione materiae*) and the subjective scope (*ratione personae*) of the two proceedings.

As reiterated by the Court's case-law, «an application is considered to be 'substantially the same' when the facts, the parties and the complaints are identical»<sup>31</sup>. The assessment of the identity of cases «would usually involve the comparison of the parties in the respective proceedings, the relevant legal provisions relied on by them, the scope of their claims and the types of the redress sought»<sup>32</sup>.

With regard to the *ratione materiae* requirement, the facts and complaints underlying investment disputes may well fall under the material jurisdiction of both an investment tribunal and the European Court<sup>33</sup>.

For example, the expropriation or nationalization of a foreign investment may give rise to a breach of the substantive standards of protection enshrined in investment treaties as well as to a breach of the right to peaceful enjoyment of possession guaranteed by in Article 1 of Protocol No. 1 ECHR<sup>34</sup>. Similarly, State's actions or omissions which contravene the standards of fair and equitable treatment or the obligation to accord full protection and security contained in many investment treaties

<sup>31</sup> See European Court of Human Rights, *Selahattin Demirtas v. Turkey (no. 2)*, quoted above, par. 181, and *Savda v. Turkey*, quoted above, par. 68.

<sup>32</sup> See European Court of Human Rights, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, quoted above, par. 521.

<sup>33</sup> J. FOURET, *Compétence matérielle: bien, propriété et investissement*, in W. B. HAMIDA, F. COULEE (eds.), *Convergences et Contradictions du Droit des Investissements et des Droits de l'Homme: Une Approche Contentieuse*, Paris, 2017, 65 ff.

<sup>34</sup> U. KRIEBAUM, *Is the European Court*, cit., 235 ff.; D. VIŠINSKYTĖ, J. ČUVELJAK, *Protection against Expropriation of Investments under the European Convention on Human Rights*, in *Socrates. Rīga Stradiņš University Faculty of Law Electronic Scientific Journal of Law*, 2023, 35-41. See European Court of Human Rights, *Nomura and Saluka v. Czech Republic*, decision of 4 September 2001, concerning the forced administration and forced sale of a commercial bank (IPB) against the wish of its shareholder, who submitted the same matter to an investment trivunale (*Saluka Investment BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006). See also European Court of Human Rights, *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd v. Poland*, judgment of 25 July 2005, where the Court found a violation of the property rights of the applicant foreign investors, notably a German national and a public company, due to the withdrawal of permits to run a business; *Zlinsat, Spol SRO v. Bulgaria*, judgment of 15 June 2006, where the Court found a violation of Article 1 of Protocol No. 1 ECHR due to the order of the Sofia City Prosecutor's Office to suspend the performance of the contract stipulated with the a Czech limited liability company in order to privatize an hotel and the consequent eviction of the applicant from the same hotel; *Uniya OOO and Belcourt Trading Company v. Russia*, judgment of 19 June 2014, where the Court found that the seizure and destruction of assets belonging to the applicant companies (including the Belgian company Belcourt) amounted to a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

may also be contested before the European Court as a violation of the right to a fair trial enshrined in Article 6 ECHR and/or of the procedural guarantees against arbitrariness under Article 1 of Protocol No. 1<sup>35</sup>.

The Court has indeed acknowledged this potential overlapping and almost taken it for granted<sup>36</sup>. In fact, there are many areas of interplay between human rights law (especially ECHR law) and investment law not only because the European Court has endorsed a very broad interpretation of property rights (including any right or interest having an economic value and also legitimate expectations which are sufficiently established under domestic law)<sup>37</sup>, but also because investment tribunals

<sup>35</sup> G. MOHANY, A. DOSH, *The Interplay Between FET Standard and Human Rights Claims in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2022, 303 ff. See European Court of Human Rights, *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, judgment of 25 July 2002, finding that the applicant Russian company suffered a violation of the right to a fair hearing in public by an independent and impartial tribunal under Article 6 par. 1 ECHR and of the procedural guarantees against arbitrariness under Article 1 of Protocol No. 1; *Zlinsat, Spol SRO v. Bulgaria*, quoted above, finding a violation of Article 6 ECHR as the prosecutor's offices involved in the case could not be regarded as independent and impartial tribunals and because these prosecutors' decisions were not subject to judicial scrutiny. In *Le Bridge Corporation LTD*, quoted above, the Court found that the complaints of the applicant company (owned by a French national) regarding the unfairness of civil proceedings before the domestic courts in breach of Article 6 ECHR and Article 1 of Protocol No. 1 were identical to the claims submitted to an ICSID arbitral tribunal by the sole shareholder and administrator of the company under the France-Moldova BIT (par. 26). However, in this case the applicant company agreed with the respondent Government about the identity of the subject matter of the two parallel proceedings, so no dispute arose between the parties about the fulfillment of this requirement, and it was not necessary for the Court to make an independent assessment in this respect (par. 23).

<sup>36</sup> See European Court of Human Rights, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, quoted above, par. 524.

<sup>37</sup> According to a well-settled case-law of the Court, the notion of "possession" under Article 1 of Protocol No. 1 is not limited to "existing possessions" but may also cover «assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a reasonable and 'legitimate expectation' of obtaining effective enjoyment of a property right» (see European Court of Human Rights, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], judgment of 12 July 2001, par. 83, and *Öneryıldız v. Turkey* [GC], judgment of 30 November 2004, par. 124). See M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 31 ff.; C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in S. BREITENMOSER e altri (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Khel, 2007, 752-758; P. DE SENA, *Valori economici e non economici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di proprietà*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (eds.), *Diritti individuali e Giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 263-288, and more recently M. SIGRON,

often refer to human rights standards in their decisions on whether regulatory actions are expropriatory<sup>38</sup> or the standards of fair and equitable treatment or full protection and security are respected<sup>39</sup>.

There are however other areas in which the material identity of claims in parallel proceedings before investment tribunals and the European Court may be more uneasy and straightforward to establish. This is particularly the case where such claims originate from the same underlying facts but are predicated on legal obligations and standards which are not “substantially the same”.

For instance, State’s measures imposing arbitrary licensing requirements on a foreign investor in the media sector or favoring national broadcasters in access to frequencies may be challenged before an investment tribunal as being contrary to the fair and equitable treatment standard or to the prohibition of discriminatory measures<sup>40</sup>. The same measures may also be challenged before the European Court as being contrary to the right to freedom of expression guaranteed by Article 10 ECHR, read in conjunction with the prohibition of discrimination under Article 14 ECHR or with the general non-discrimination clause contained in Article 1 of Protocol No. 12<sup>41</sup>.

*Legitimate Expectations Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights*, Antwerp, 2014.

<sup>38</sup> R. RUOPPO, *Common Features of the Right to Property and International Investments: Evidence from the use of ECtHR Case law in Investment Tribunals’ Decisions*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, 467-369. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, par. 311; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 May 2003, par. 122.

<sup>39</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002, par.par. 141-144; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award of 6 May 2013, par. 172.

<sup>40</sup> For an example, see *Hydro and others v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/15/28, Award of 24 April 2019, where the claimants alleged, inter alia, that the exclusion of a newly established broadcaster from the beauty contest for the allocation of new digital licenses was arbitrary and discriminatory in breach of the fair and equitable treatment standard (parr. 290-303, 440). In this respect, the ICSID Tribunal found that the claimants’ allegations were not made out as their company was neither a national historic operator nor an operator with experience in the digital broadcasting (par. 707).

<sup>41</sup> See European Court of Human Rights, *Agonset Sh.p.k. v. Albania*, decision of 10 May 2022, where the applicant company complained, inter alia, that its freedom of expression under Article 10 ECHR and its right not to be discriminated against under Article 14 ECHR and Article 1 of Protocol No. 12 were violated because it was not allowed to apply for the allocation of a digital broadcasting licence. This case originated from the same facts which were the object of the ICSID Case No. ARB/15/28, quoted above.

Asserting the “substantial identity” of the claims in such a case would not reflect the “substantial diversity” of the relevant treaty obligations regarding their nature, object and purpose, and scope of application.

Under investment treaties the restrictions of freedom of expression and of access to licenses imposed on a foreign audiovisual broadcaster do not take value of themselves but only insofar as they impair the conduct of the business for which the investment was made. On the contrary, under Article 10 ECHR the European Court must assess not only whether the contested measure satisfies the fundamental requirements of legality, proportionality and non-discrimination but also whether it complies with the State’s positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective media pluralism<sup>42</sup>. In this context, the impact of the measure on the broadcaster’s business may be relevant only for assessing its compatibility with the right to peaceful enjoyment of possession under Article 1 of Protocol No. 1 and/or for determining the amount of damages to be awarded in respect of pecuniary damages<sup>43</sup>, but not for finding a violation of Article 10 ECHR.

In the same vein, a claim by an investor concerning a breach of the fair and equitable treatment standards is not necessarily identical to a complaint by the same investor concerning a violation of the fair trial guarantees under Article 6 ECHR. In fact, while investment arbitral tribunals often refer to the principle of due process and to the relevant case-law of international human rights bodies for the purpose of examining a FET claim<sup>44</sup>, only very serious procedural improprieties by the host

However, the Court did not need to address the question of the “substantial identity” of the parallel proceedings under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR, because it found that the application was inadmissible for failure by the company to exhaust domestic remedies.

<sup>42</sup> See European Court of Human Rights, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], judgment of 7 June 2012, par. 130 and 134, where the Court stated that to ensure true pluralism in the audio-visual sector in a democratic society it is necessary to allow effective access to the market «so as to guarantee diversity of overall programme content, reflecting as far as possible the variety of opinions encountered in the society at which the programmes are aimed» and that «in such a sensitive sector as the audio-visual media, in addition to its negative duty of non-interference the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism».

<sup>43</sup> See European Court of Human Rights, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, quoted above, par. 218-220.

<sup>44</sup> See M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013, 171-180; *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekom*

State are usually regarded as a breach of this standard and the threshold to establish a denial of justice is high<sup>45</sup>.

These examples show that the identity of cases in parallel proceedings which do not simply concern the expropriation of an investment/violation of property rights should always be carefully scrutinized by the European Court having regard to the actual scope of the complaints and of the relevant legal obligations relied on by the applicant so as to avoid declining jurisdiction in relation to questions that arbitral tribunals would not be competent to address under investment treaties (or would be competent to address only under a different angle). Moreover, a partial identity of claims in a parallel investment arbitration would not suffice to declare inadmissible the entire application before the European Court but would only allow a dismissal of the concurrent complaints even if this may lead to a fragmentation of the dispute before different adjudicatory bodies.

With this caveat in mind, it is expected that the litmus test for the European Court to apply the admissibility requirement set out in Article 35, par. 2, lett. b) ECHR to parallel investment arbitrations will mainly revolve around the question of the subjective identity of the applicants (in ECHR proceedings) and claimants (in investment proceedings).

It is in fact often the case that, although arising out of the same facts and concerning the same legal claims, the proceedings before the European Court and before investment tribunals are not “substantially the same” *ratione personae*, because they are brought by different legal subjects, for instance a company, on the one side, and some of its shareholders, on the other side.

Namely, the company may be the (only) subject entitled to lodge a complaint with the European Court under Article 34 ECHR as a direct victim of the host State’s alleged wrongful acts, but it may not qualify as

*kasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of 29 July 2008, par. 609; and *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award of 8 October 2009, par. 303.

<sup>45</sup> See F. M. PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012; I. KNOLL-TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in P.M. DUPUY, E.U. PETERSMANN, F. FRANCONI (eds.), *Human Rights*, cit., 342-343. In several cases arbitral tribunals held that the threshold for a claim of denial of justice is high and that there must be a «[m]anifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety» (see *Agility Public Warehousing Company K.S.C. v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/7, Award of 22 February 2021, par. 210, and, similarly, *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS and Rox Holding AS v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/16/38, Award of 28 February 2020, par. 472).



an investor of the “other contracting State” under the relevant investment treaty (for instance, in case of a vehicle company incorporated under the law of the host State)<sup>46</sup>. On the contrary, the shareholders of the company may be entitled to bring a claim before an investment tribunal as foreign investors in that company<sup>47</sup>, but they may not qualify as direct victims for the purpose of Article 34 ECHR in respect of the measures adopted by the host State against the company operating the investment<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> According to Article 25 of the ICSID Convention, juridical persons having the nationality of the contracting State party to the dispute may qualify as foreign investors if «because of foreign control, the parties have agreed should be treated as national of another Contracting State for the purposes of th[e] Convention». Some bilateral investment treaties provide that companies having legal personality of a Contracting State to the ICSID Convention but with a majority of investors of the other Contracting State shall be deemed to have the nationality of the latter (see, for instance, Article 8 of the Agreement between the Government of Italy and the Government of the Republic of Albania on the promotion and protection of investment of 1991). In such cases, the company incorporated in the host State may simultaneously apply to the European Court under Article 34 ECHR (after the exhaustion of domestic remedies) and to investment tribunals.

<sup>47</sup> It is well established in investment tribunals’ case-law that a shareholder may qualify as investor and thus have standing to lodge a claim under an investment treaty independently of the company and regardless of whether it holds the majority of the shares or otherwise controls the company. See C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2017, par. 6.132; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles*, cit., 58; C. SCHREUER, *Shareholder Protection in International Investment Law*, in *Transnational Dispute Management*, 2005; A.C. SMUTNY, *Claims of Shareholders in International Investment Law*, in C. BINDER et al. (eds.), *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Christopher Schreuer*, Oxford, 2009, 372-374. For the relevant case-law see S. ALEXANDROV, *The “Baby Boom” of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders ad “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, 28, nt. 39, and more recently U. KRIEBAUM, *Is the European Court*, cit., 224-226.

<sup>48</sup> According to a well-settled case-law, shareholders are not in principle entitled to lodge a complaint for measures affecting directly the company with distinct legal personality in which they hold shares unless «it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators» (see European Court of Human Rights, *Agrotexim and others v. Greece*, judgment of 24 October 1995, par. 66; *Suzer and Eksen Holding v. Turkey*, judgment of 23 October 2012, par. 92; *Albert and others v. Hungary* [GC], judgment of 7 July 2020, par. 143). See M. EMBERLAND, *The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2003, 947-969, and more recently R. MCMENAMIN, M. WAIBEL, *Shareholder Protection in Human Rights and Investment*

Apparently, the assessment of this limb of the admissibility criterion should not raise any particular issue. If the applicant before the European Court is different from the claimant before the investment tribunal, then the requirement of *lis pendens* should not apply. However, things may turn out to be much more complex than that. This is because there are “exceptional circumstances” in which legally different subjects (namely, a company and its shareholders) can be regarded as being “substantially the same” for the purpose of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR.

#### 4. Legal personality and piercing the corporate veil for the purpose of substantial identity

The Court’s jurisprudence has traditionally acknowledged that companies may enjoy a separate legal personality under domestic law and that, in such cases, «the piercing of the ‘corporate veil’ or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances»<sup>49</sup>, also for the purpose of identifying the subject entitled to lodge a complaint before it under Article 34 ECHR<sup>50</sup>.

*Law*, forthcoming in *Austrian Review of International and European Law*, currently available at: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4526666](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4526666)>.

<sup>49</sup> See European Court of Human Rights, *Lekic v. Slovenia* [GC], judgment of 11 December 2018, par. 107-112. On the Court’s approach to corporate’s personality see M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006, 65 ff.

<sup>50</sup> See European Court of Human Rights, *Agrotexim and others v. Greece*, quoted above, par. 67-62, where the Court found that shareholders were entitled to lodge a complaint because it was established that it was not possible for the company to apply to the Court through its liquidators; *Credit and Industrial Bank v. Czech Republic*, judgment of 21 October 2003, par. 51; *Camberrow MM5 AD v. Bulgaria*, decision of 1 April 2004, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, decision of 9 September 2004, and *International Bank for Commerce and Development AD and Others v. Bulgaria*, judgment of 2 June 2016, par. 90-92, where the Court acknowledged the existence of “exceptional circumstances” precluding the affected company from bringing the case and thus allowed the shareholders to proceed with their complaint, notwithstanding the company’s existence with separate legal personality. On the contrary, see European Court of Human Rights, *Anttila v. Finland*, decision of 19 November 2013, *Georgescu and Prodas Holding S.A. v. Romania*, decision of 27 May 2014; and *Gubarev and Serdyukov v. Russia*, decision of 18 June 2019, where the Court refused to examine cases brought solely by the company’s individual shareholders; and *Gârdean and S.C. Grup 95 SA v. Romania*, judgment of 1 December 2009, par. 16-18, *S.C. Bartolo Prod Com SRL and Botomei v. Romania*, judgment of 21 February 2012, par. 29-31, and *Erduran and Em Export Diş Tic A.Ş. v.*



Addressing this question in the case of *Albert and others*, the Grand Chamber recently identify two kinds of situations where the corporate veil may be pierced and shareholders may be entitled to complain before the Court about measures directly affecting the company in which they hold shares: firstly, where the company and its shareholders «are so closely identified with each other that it is artificial to distinguish between the two»; secondly, if it is warranted by «exceptional circumstances» which practically or effectively preclude the affected companies from bringing the case to the Court in their own name<sup>51</sup>.

The first situation occurs where, although companies are endowed with separate legal personality from their shareholders, it would «serve no purpose to distinguish between two»<sup>52</sup>. In such cases, the reason for accepting victim status is that there is «no risk of differences of opinion among shareholders or between shareholders and a board of directors as to the reality of infringements of the rights protected under the Convention and its Protocols or concerning the most appropriate way of reacting to such infringements»<sup>53</sup>. This group includes cases brought by shareholders of small or family-owned or family-run companies or cooperatives, notably where a sole owner of a company or all shareholders of a small cooperative complained about proceedings or events affecting their companies<sup>54</sup>.

The second situation includes cases where the company affected by the contested measure is not able to lodge a complaint in its own name

*Turkey*, judgment of 20 November 2018, par. 59-61, where the Court accepted the applications for examination only in so far as they were brought by the company itself.

<sup>51</sup> See European Court of Human Rights, *Albert and others v. Hungary* [GC], judgment of 7 July 2020, par. 124, par. 135-137, and par. 139-145, where the Court found that the complaints about the legislative measures affecting two banks could not be brought by their shareholders (par. 146-169).

<sup>52</sup> See European Court of Human Rights, *Nassau Verzekering Maatschappij N.V. v. the Netherlands*, decision of 4 October 2011.

<sup>53</sup> See European Court of Human Rights, *Ankarcrona v. Sweden*, decision of 27 June 2000.

<sup>54</sup> See, for instance, European Court of Human Rights, *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, judgment of 29 November 1991, par. 42, where the third applicant (Mr Healy) was the sole shareholder of the second applicant (Healy Holdings) which wholly owned the first applicant (Pine Valley), and the Court noted that «Pine Valley and Healy Holdings were no more than vehicles through which Mr. Healy proposed to implement the development». Similarly, see European Commission, *Yarrow and Others v. the United Kingdom*, decision of 28 January 1983, *S.C. Fiercolect Impex S.R.L. v. Romania*, judgment of 13 December 2016, par. 38-41, and *Vujović and Lipa D.O.O. v. Montenegro*, judgment of 20 February 2018, par. 29-30, where the individual applicant was the sole shareholder of the company.

through its statutory bodies or liquidators, typically where insolvency or other similar types of proceedings (involving the transfer of control of the company's matter to an outside official) are brought in respect of a company<sup>55</sup>. In such cases, the Court accepts that the corporate legal personality can be disregarded for the purpose of victim status in order to ensure effective access to the ECHR protection system which would otherwise be undermined. However, it is for the applicant shareholders to satisfy the Court that their pursuit of a matter affecting the company is justified by "exceptional circumstances" by giving «weighty and convincing reasons demonstrating that it is practically or effectively impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of association»<sup>56</sup>.

In the case of *Le Bridge Corporation*, the Court has for the first time applied the above principles for the purpose of establishing whether the applicant company before it was "substantially" the same subject that had already (successfully) submitted the same matter to an ICSID tribunal under an investment treaty. Relying on its jurisprudence according to which exceptional circumstances exist for piercing the "corporate veil" when «a sole owner and shareholder brings an application complaining of acts directly affecting the company», the Court declared the application inadmissible under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR on account that there was a *de facto* identity between the applicant before it (a limited liability company established under the law of Moldova) and the claimant before the ICISD Tribunal (the sole shareholder and administrator of the said company who was a French national)<sup>57</sup>.

The analysis of the Court's line of reasoning deserves attention for its possible implications on future investment disputes and on a variety of issues regarding the interactions between ECHR and investment arbitrations (including the issue of full reparation of damages by the State responsible of a wrongful act).

The following points should be highlighted.

First, the Court made a clear distinguishing from its ruling in the *Yukos* case by pointing out that in that case there were «numerous shareholders who did not coordinate their actions and were not aware of the actions of the applicant company, and only a part of whom applied to arbitration tribunals» while «the applicant company in the present case had

<sup>55</sup> See the cases mentioned above in nt. 50.

<sup>56</sup> See European Court of Human Rights, *Albert and others v Hungary*, quoted above, par. 145.

<sup>57</sup> See European Court of Human Rights, *Le Bridge Corporation LTD v. Moldova*, quoted above.

only one shareholder who was directly involved in the Strasbourg proceedings» and who «was also the COE of the applicant company and in that capacity he signed the application form when introducing the case with the Court»<sup>58</sup>.

On the basis of this factual circumstance, which was moreover cross-supported by the sole shareholder's submission before the ICSID tribunal that the company could not be dissociated from him as investor and by the company's submission before the European Court that it could not be dissociated from its sole shareholder for the purpose of compensation<sup>59</sup>, the Court concluded that «[i]n such circumstances, the complaint before it and the ICSID Arbitral Tribunal was in substance submitted by the same complainant»<sup>60</sup>.

It is clear from this reasoning that subjective identity (between a shareholder in an investment arbitration and a company in a ECHR proceedings) may safely be established if the applicant company is no more than a "veil" under the exclusive ownership and control of one shareholder or of a group of shareholders, which can then be "pierced" for the purpose of both victim status under Article 34 ECHR and "same matter" under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR. The situation in *Le Bridge Corporation* clearly fell within the scope of the first group of cases identified in *Albert and others* and reflects the rationale that it would serve no purpose to distinguish between the shareholder and the company.

On the contrary, it seems that such an approach cannot be extended to cases where the company has a plurality of shareholders and not all of them have brought their claims before an investment tribunal, for instance because only some of them qualify as foreign investors under the relevant investment treaty. In particular, the fact that the applicant company before the European Court is controlled by a majority shareholder or by a group of shareholders who have submitted the same dispute to an investment tribunal cannot justify as such the disregard of the company's distinct legal personality.

Any different reading of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR would run contrary to the well-established principle according to which the piercing of the corporate veil for procedural purposes (victim status and substantial identity) may be justified only in "exceptional circumstances" and would lead to deprive the company and its minority shareholders from enjoying full legal protection (also in terms of reparation) against the wrongful acts of the host State.

<sup>58</sup> *Ivi*, par. 29.

<sup>59</sup> *Ivi*, par. 32.

<sup>60</sup> *Ivi*, par. 33.

In this respect, the Court's reference in *Le Bridge* to the shareholders in the arbitration proceedings not taking part "either directly or indirectly" in the Strasbourg proceedings, not coordinating their actions and not being aware of the company's action should not be overvalued<sup>61</sup>. It is in fact clear that the company's shareholders (especially those exercising control over the company) may be "indirectly" involved in the company's decision to lodge an application before the ECHR and may thus be well aware of its action (for instance, by instructing the company's director or legal representative to initiate such proceedings) without this being sufficient to give rise to a situation of substantial identification between the company and its shareholders that would justify the piercing of the corporate veil.

The same holds true where a shareholder of the applicant company before the European Court is the company's legal representative who "directly" takes part in the Strasbourg proceedings in his or her official capacity while being also a claimant in the parallel investment arbitration (as a foreign investor in the affected company). To hold otherwise would virtually nullify the distinct legal personality of the company and would leave the other shareholders (who may not have standing before investment arbitral tribunals or who may have decided not to pursue that alternative method of dispute settlement) with no subsidiary remedy against the State's unlawful conduct (and potentially with no reparation).

The conclusion would be different if one or more shareholders lodge a complaint with the European Court alleging that it would be practically or effectively impossible for the affected company to bring the case in its own name while the administrator or liquidator of the company institutes parallel investment arbitration concerning the same matter. In such a case, it would be hard for the shareholders to satisfy the Court that they are entitled to victim status according to the criteria for piercing the corporate veil laid down in *Albert and others*, considering that the company is able to act independently for the pursuit of its claims through its statutory bodies and that the shareholders would benefit of any reparation awarded to the company in the parallel proceedings.

## 5. Conclusions

In light of the Court's case-law on the piercing of the corporate veil for procedural purposes summarized above, the subjective identity test under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR should be construed and applied

<sup>61</sup> *Ivi*, par. 28.

as narrowly as the victim status of shareholders under Article 34 ECHR so as to ensure effective access to the human rights enforcement machinery and to avoid any gap of judicial protection.

The disregard of the distinct legal personality of a company may only be justified in exceptional circumstances where the company is so closely identified with its shareholders that it would be artificial to distinguish between the two. Accordingly, the examination of a complaint which is substantially the same of a parallel investment arbitration should only be precluded where there is a total coincidence of substantive interests between the applicant before the Court and the claimant before the investment tribunal, for instance because the shareholder bringing its claims before the investment tribunal as a foreign investor is the sole owner of the company acting before the European Court so that the he or she would enjoy *locus standi* to complain about measures directly affecting the company irrespective of the latter distinct legal personality.

Any other instance where an allegation is made that the company is being improperly used by its shareholders as a mere vehicle having no real capacity to act independently of them for the pursuit of its own interests (“shell company”)<sup>62</sup> or that the shareholders coordinated their action so as to fictitiously create a diversity of acting parties and to double their chances of success before different fora<sup>63</sup> should not be treated under the admissibility requirement of *lis pendens* but rather as a possible abuse of the right of individual application under Article 35, par. 3, lett. a) ECHR<sup>64</sup>. In this case, however, the burden of proof would lie on the respondent Government and not on the applicant.

<sup>62</sup> This could be the case where a company’s shareholder or group of shareholders exercises *de jure* or *de facto* control over the other shareholders.

<sup>63</sup> This could be the case where the company’s shareholders take a coordinated decision whereby only some of them institute proceedings before an investment tribunal so that the company can lodged a parallel complaint with the European Court which would not satisfy the subjective identity test for the purpose of Article 35, par. 2, lett. b) ECHR.

<sup>64</sup> This admissibility requirement is an «exceptional procedural measure» that the Court may use in a wide range of situations where the applicant has acted improperly in manner which is inconsistent with the purpose of the right of individual application and which may hinder the proper functioning of the Court or the smooth conduct of the proceedings before it (see, for instance, *S.A.S. v. France* [GC], judgment of 1 July 2014, par. 66). Examining the issue in the context of investment arbitration, G. ZARRA, *Parallel*, cit., 134, points out that «even if there has never been a decision *expressly* applying abuse of process in order to prevent parallel proceedings, abuse of process can be a valuable tool in order to avoid that – bypassing some fundamental canons of procedures (...) as well as the principle of *ne bis in idem* – some parties initiate multiple proceedings on the basis of the same identical dispute».

The limited applicability of the subjective identity test under Article 35, par. 2, lett. b) ECHR in case of parallel proceedings before investment tribunals may lead to the “same dispute” being adjudicated (simultaneously or subsequently) by the European Court with different or converging outcomes. This potential overlap raises several practical issues, which are still to be fully investigated by the legal doctrine and addressed by the case-law, for instance with regard to the effect of a European Court’s judgment in the arbitral proceedings and, vice-versa, of an arbitral award in ECHR proceedings as well as with regard to the mechanisms for ensuring full reparation of damages without any double recovery<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> For instance, if both the applicant company before the European Court and the individual shareholders before an investment tribunal are successful in their claims against an expropriatory measure by the host State, the damages awarded by the European Court in favor of the company could duplicate (at least partially) the damages awarded by the investment tribunal in favor of its shareholders.

# ORDINAMENTO ITALIANO E ARBITRATO IN MATERIA DI INVESTIMENTI

Cecilia CARRARA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo Model Bit Italiano. – 2.1. Nuove definizioni. – 2.2 Sviluppo sostenibile e *Corporate Social Responsibility*. – 2.3. La questione delle domande riconvenzionali. – 3. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali. – 3.1. Quadro normativo. – 3.2. Giurisprudenza in tema di arbitrati d’investimento intra-UE. – 3.3. Prospettiva italiana post-*Achmea*. – 4. Grafici illustrativi dei dati

## 1. Introduzione

Gli investimenti diretti esteri rientrano nella politica commerciale comune centralizzata dell’Unione Europea (“UE”)<sup>1</sup>. Tuttavia, alcune questioni relative ad accordi di investimento permangono nella competenza degli Stati membri. In particolare, gli Stati membri hanno la possibilità di concludere accordi d’investimento con Paesi con i quali l’UE non intende concluderne. Gli Stati membri hanno in ogni caso l’obbligo di adeguarsi alla politica commerciale europea.

Tra questi accordi, rientrano anche i trattati bilaterali d’investimento (“BIT”), i quali sono soliti includere clausole di risoluzione di controversie che indicano l’arbitrato in seno all’International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) o ad altre istituzioni come metodo per dirimere le controversie che sorgono da tali trattati. Di recente, a seguito di una serie di decisioni a livello comunitario, gli obblighi internazionali di riconoscere ed eseguire i lodi resi in seno a BIT intra-UE sono stati messi in discussione laddove confliggenti con obbligazioni derivanti dal diritto comunitario. Tale dibattito giurisprudenziale e dottrinale verrà analizzato nel corso dell’articolo.

\* Avv. Dr., Partner di Legance – Avvocati Associati.

<sup>1</sup> La materia è disciplinata dal Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1219>>.

Si ritiene utile come cornice di contesto, riportare alcuni dati che riflettono il numero di trattati di investimenti conclusi dall'Italia e il numero e la tipologia i arbitrati di investimento che riguardano l'Italia come Stato o investitori italiani contro Stati stranieri, nonché una lista degli arbitri e conciliatori nominati dall'Italia all'ICSID e nei procedimenti in cui è stata convenuta. Tali dati sono disponibili nell'Annex, in fondo a questo articolo.

## 2. Il nuovo Model BIT Italiano

Tra gli ulteriori strumenti relativi agli investimenti, rientra il Modello di *Bilateral Investment Treaty* italiano ("Model BIT"). Ad agosto 2022, l'Italia ha adottato un nuovo Model BIT<sup>2</sup> che supera il precedente modello del 2003<sup>3</sup>. I lavori per il nuovo Model BIT erano iniziati con due obiettivi principali: adeguare alcune definizioni e regole divenute obsolete o da rivedere alla luce della prassi e della giurisprudenza sviluppatasi *medio tempore*, e implementare i risultati dell'agenda internazionale in materia di investimenti sostenibili<sup>4</sup>.

### 2.1. Nuove definizioni

Il nuovo Model BIT italiano, già utilizzato dall'Italia per alcune recenti negoziazioni con Stati terzi, contiene definizioni innovative sia per le nozioni di "investimento" e "investitore", che per "*fair and equitable treatment*".

Il nuovo Model BIT contiene una definizione di investimento basata sugli *assets*:

«"investment" means every kind of asset that has the characteristics of an investment, including such characteristics as a certain duration, the commitment of capital or other resources, the assumption of risk, or the expectation of gain or profit. (...)»<sup>5</sup>.

Per rientrare nel campo di applicazione del nuovo Model BIT l'investimento deve avere una certa durata, un impegno di capitale o di

<sup>2</sup> Il nuovo Model BIT: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6438/download>>.

<sup>3</sup> Il Model BIT italiano del 2003: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2819/download>>.

<sup>4</sup> A. PIETRANGELI, M. SILVI, M.C. MALAGUTI, *Why and how to upgrade the Italian Model BIT*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, 2017, 2, 389.

<sup>5</sup> Model BIT italiano 2022, art. 2, parr. 2-3.



altre risorse, l'assunzione di rischi o l'aspettativa di un guadagno o profitto. Inoltre, la nuova definizione fa un passo avanti rispetto ad accordi che si basano invece su una mera elencazione degli *assets* qualificabili come investimento, optando pertanto per una definizione ampia e funzionale. Questa stessa definizione si trova nel Comprehensive Economic and Trade Agreement tra UE-Canada ("CETA"):

«“investment” means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. (...)»<sup>6</sup>.

Ulteriore novità rispetto al modello del 2003 è l'espressa inclusione degli investimenti sotto forma di controllo diretto e indiretto. Stabilisce infatti l'art. 2 del Model BIT:

«“covered investment” means an investment in the territory of a Party owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of the other Party, made in accordance with the applicable law before or after the date of entry into force of this agreement»<sup>7</sup>.

La definizione di “investitore” include sia persone fisiche che giuridiche:

«“investor of a Party” means:

(a) a natural person of a Party; or

(b) a juridical person duly constituted or otherwise organised under the applicable law of a Party, and engaged in substantive business operations in the territory of a Party, that has made a covered investment in the territory of the other Party»<sup>8</sup>.

Le persone giuridiche rilevanti per la qualificazione di investitore non sono solo quelle costituite ai sensi delle leggi dei Paesi contraenti, ma, in linea con i Model BIT di altri Paesi<sup>9</sup>, ivi impegnate in “*substan-*

<sup>6</sup> <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text/texte/08.aspx?lang=eng>>; in questo senso, M.C. MALAGUTI, *The New Italian Model Bit Between Current and Future Trends*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, 120.

<sup>7</sup> Model BIT italiano 2022, art. 2, parr. 2-3.

<sup>8</sup> *Ivi*, 3.

<sup>9</sup> Si veda per esempio il Model BIT olandese, art. 1(b)(ii), <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>>, il quale parla di investitore come il soggetto che svolge attività commerciali sostanziali (“*substantive business activities*”) nel territorio di una delle parti contraenti e, in aggiunta rispetto al Model BIT italiano, individua anche, al punto (c), una serie di fatto sintomatici dello svolgimento di attività commerciale sostanziale in un Paese.

*tive business operations*”. Questa specificazione vuole evitare quella forma di *forum shopping* per cui, tramite la costituzione di una società di comodo “scatola vuota”, un investitore può beneficiare della protezione del BIT dello Stato della sede legale della società veicolo, senza svolgere in detto Stato alcuna attività.

Infine, rispetto al Model BIT del 2003, è stata aggiunta la definizione di “*control*”, nei seguenti termini:

«“*control*” means, in relation to any juridical person, being:

(a) entitled to exercise, or control the exercise of (directly or indirectly) more than 50 per cent of the voting power at any general meeting of the shareholders, members or partners or other equity holders (...); or

(b) entitled to appoint or remove:

(i) directors on the board of directors or its other governing body (...); and/or

(ii) any managing member of that undertaking;

(iii) in the case of a limited partnership, its general partner; or

(iv) in the case of a trust, its trustee and/or manager; or

(c) entitled to exercise a dominant influence over that juridical person (...))<sup>10</sup>.

Un'altra novità consiste nella nuova definizione dello standard del “*fair and equitable treatment*”. In particolare:

«1. Each Party shall accord in its territory to covered investments and to investors of the other Party with respect to their covered investments *fair and equitable treatment and full protection and security* in accordance with paragraphs 2 to 5.

2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 through measures or series of measures that constitute:

(a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or

(b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency in judicial and administrative proceedings; or

(c) manifest arbitrariness; or

(d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or

(e) abusive treatment such as harassment, duress or coercion.

3. When determining a breach of paragraph 2, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an inves-

<sup>10</sup> Model BIT italiano 2022, art. 2, parr. 3-4.

tor to induce a covered investment, that *created a legitimate expectation* (...))»<sup>11</sup>.

L'approccio dell'art. 4 del Model BIT è di definire il perimetro del “*fair and equitable treatment*” ed elencare gli atti che violano questo standard. L'elenco riflette in linea di massima le tre macro-categorie generalmente accettate come standard minimo di trattamento, ovvero: i) diniego di giustizia o violazione fondamentale del giusto processo, ii) arbitrarietà o abuso manifesto, e iii) discriminazione mirata. Inoltre, la disposizione fa un espresso riferimento alle legittime aspettative dell'investitore. Tale aggiunta si pone in linea con diversi BIT, tra cui quello CETA<sup>12</sup>, e Model BIT, tra cui quello olandese<sup>13</sup>. Inoltre, il riferimento alle legittime aspettative dell'investitore va ad allineare il Model BIT italiano con una prassi consolidata dei tribunali arbitrali, che, per determinare se vi sia stata violazione del “*fair and equitable treatment*”, valutano anche se lo Stato ospitante abbia fatto insorgere una legittima aspettativa in capo all'investitore<sup>14</sup>.

## 2.2. Sviluppo sostenibile e Corporate Social Responsibility

Ulteriori novità si possono rinvenire in tema di investimenti sostenibili, i quali sono stati espressamente inclusi nel nuovo Model BIT italiano al fine di implementare i risultati dell'agenda internazionale sul tema.

Questa attenzione per le tematiche ESG si inserisce in una tendenza più generale, per cui i BIT di “nuova generazione” sono soliti contenere il diritto dello Stato a regolamentare, e l'obbligo degli investitori di

<sup>11</sup> *Ivi*, art. 4.

<sup>12</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement* tra UE-Canada (CETA): <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng>>.

<sup>13</sup> Model BIT dei Paesi Bassi, art. 9, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>>, il quale specifica, al par. (4), che «(...) a Tribunal may take into account whether a Contracting Party made a specific representation to an investor to induce an investment that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain that investment, but that the Contracting Party subsequently frustrated».

<sup>14</sup> Così, ad esempio, in *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Messico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003; *Parkerings-Compagniet AS v. Lituania*, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 settembre 2007; *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/AF/09/01, 22 settembre 2014; *Addiko Bank AG v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/17/35, 24 novembre 2021.

proteggere, l'ambiente e rispettare i diritti umani<sup>15</sup>. Si pensi ad esempio al Model BIT dei Paesi Bassi, al BIT Marocco-Nigeria o al BIT Singapore-Indonesia, i quali contengono un esplicito diritto alla regolamentazione e obblighi ambientali degli investitori. Ad esempio, l'art. 11 del BIT Singapore-Indonesia riconosce espressamente allo Stato che ospita l'investimento il diritto di regolamentare in materia di obiettivi ambientali<sup>16</sup>. Analogamente, l'art. 8(2) del BIT Marocco-Nigeria stabilisce che gli investitori hanno l'obbligo di non eludere i doveri derivanti dal diritto ambientale internazionale<sup>17</sup>.

L'art. 6 del Model BIT dei Paesi Bassi<sup>18</sup>, intitolato “*Sustainable development*”, è una disposizione particolarmente all'avanguardia in materia di ESG. Infatti, il par. 6 della disposizione menziona espressamente la riaffermazione delle parti delle obbligazioni contratte «under the multilateral agreements in the field of environmental protection, labor standards and the protection of human rights to which they are party, such as the Paris Agreement, the fundamental ILO Conventions and the Universal Declaration of Human Rights».

Un altro esempio interessante è dato dal Southern African Development Community “SADC” Model BIT<sup>19</sup>, il cui art. 15, titolato “Minimum Standards for Human rights, Environment and Labour”, richiede esplicitamente che l'investimento sia conforme agli obblighi internazionali in materia di diritto ambientale a cui è soggetto lo Stato ospitante o lo stato dell'investitore, a seconda di quale sia lo standard più elevato. Simili disposizioni possono essere rinvenute anche nel Model BIT del 2019 della Slovacchia<sup>20</sup>, dell'Unione Economica del Belgio-Lus-

<sup>15</sup> S. NEWTON, *New Directions in International Investment Law: Towards Energy Transition*, 2022, 3. Si segnala come nel 2011 la ricerca condotta per l'OCSE da K. GORDON E J. POHL, in *Environmental Concerns in International Investment Agreements*, in *OECD Working Papers on International Investment* 2011/01, 8, già evidenziava come al 2008, l'89% dei nuovi accordi di investimento internazionali facesse riferimento a questioni ambientali.

<sup>16</sup> Il BIT Singapore-Indonesia: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6179/download>>.

<sup>17</sup> Il BIT Marocco-Nigeria: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>>.

<sup>18</sup> Il Model BIT dei Paesi Bassi: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>>.

<sup>19</sup> Il Model BIT della SADC: <<https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>>.

<sup>20</sup> Art. 4: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5917/download-d>>.

semburgo “BLEU”<sup>21</sup>, nonché negli accordi conclusi dall’Unione Europea, come il CETA<sup>22</sup> o l’accordo di libero scambio UE-Vietnam<sup>23</sup>.

Il nuovo Model BIT italiano afferma l’importanza degli obiettivi di sostenibilità nelle premesse:

«RECOGNISING the importance of strengthening their investment relations, in accordance with the objective of sustainable development in the economic, social and environmental dimensions, and of promoting investment [...] and of high levels of environmental and labour protection through relevant internationally recognised standards and international agreements, to which both Parties are party».

«REAFFIRMING their commitment to the principles of sustainable development and transparency».

Oltre a queste premesse, il nuovo Model BIT prevede una sezione, la numero 3, dedicata espressamente allo sviluppo sostenibile (“*Sustainable development*”). In particolare, l’art. 19 stabilisce che gli Stati promuoveranno l’adozione da parte delle imprese e degli investitori di prassi di mercato responsabili per contribuire a forme di investimento responsabile, stabilendo che:

«1. The Parties recognise the importance of investors implementing due diligence in order to identify and address adverse impacts, such as on the environment and labour conditions, in their operations, their supply chains and other business relationships. The Parties shall promote the uptake by enterprises and investors of corporate social responsibility or responsible business practices with a view to contributing to sustainable development and responsible investment.

2. The Parties shall support the dissemination and use of relevant internationally agreed instruments that have been endorsed or are supported by the Parties, such as the UN Global Compact, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and related due diligence guidance. (...)».

L’art. 20 del Model BIT riconosce il diritto di ciascuno Stato parte a determinare le proprie politiche e priorità di sviluppo sostenibile, impo-

<sup>21</sup> Art. 15: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>>.

<sup>22</sup> Art. 8.9(1): <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng>>.

<sup>23</sup> Art. 8.1(1): <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3AA22020A0612%2801%29>>.

nendo di non ridurre i livelli di protezione previsti dalle proprie leggi ambientali al fine di incoraggiare gli investimenti:

«1. The Parties recognise the right of each Party to determine its sustainable development policies and priorities, to establish the levels of domestic environmental protection it deems appropriate, and to adopt or modify its environmental laws and policies. Such levels, laws and policies shall be consistent with each Party's commitment to internationally recognised standards and agreements on environmental protection.

2. A Party shall not weaken or reduce the levels of protection afforded in its environmental laws in order to encourage investment.

3. A Party shall not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such legislation in order to encourage investment in its territory.

4. (...)

L'art. 21 del Model BIT prevede che gli Stati firmatari riconoscono l'importanza di intraprendere azioni urgenti per combattere il cambiamento climatico in attuazione della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC)<sup>24</sup> e dell'Accordo di Parigi<sup>25</sup> e il ruolo che possono svolgere gli investimenti in questo senso:

«1. The Parties recognise the importance of taking urgent action to combat climate change and its impacts, and the role of investment in pursuing this objective, consistent with the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the purpose and goals of the Paris Agreement adopted by the Conference of the Parties to the UNFCCC at its 21st session (the Paris Agreement), and with other MEAs and multilateral instruments in the area of climate change.

2. Each Party shall:

(a) effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement adopted thereunder, including its commitments with regard to its Nationally Determined Contributions;

(b) promote investment of relevance for climate change mitigation and adaptation; including investment concerning climate friendly goods and services, such as renewable energy, low-carbon technologies and en-

<sup>24</sup> La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, nota anche come Accordi di Rio, è stata adottata nell'ambito della Conferenza sull'Ambiente e sullo Sviluppo delle Nazioni Unite, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>.

<sup>25</sup> L'Accordo di Parigi è stato stipulato tra gli Stati membri della UNFCCC il 12 dicembre 2015: <<https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>.

ergy efficient products and services, and by adopting policy frameworks conducive to deployment of climate-friendly technologies. (...)).».

Infine, ai sensi dell'art. 23:

«The Parties agree to engage in dialogue and cooperate as appropriate on investment-related labour, environmental and climate change issues of mutual interest arising under this Agreement in a manner complementary to the efforts under existing bilateral and multilateral mechanisms».

Fermo restando il carattere innovativo delle citate disposizioni, da quanto sopra riportato si rileva tuttavia che il Model BIT italiano si limita a prevedere degli impegni programmatici in capo agli Stati, ma non pone obblighi specifici per gli investitori in materia di ESG, né limita la protezione del trattato ai soli investimenti che abbiano determinate caratteristiche di sostenibilità.

### *2.3. La questione delle domande riconvenzionali*

Il Model BIT italiano non prevede un'espressa previsione della possibilità di esperire domande riconvenzionali, strumento che parte della letteratura aveva individuato come potenzialmente idoneo per limitare la responsabilità degli Stati nei casi in cui le restrizioni agli investimenti stranieri derivassero da esigenze di proteggere determinati obiettivi di sostenibilità.

Nell'ambito dei lavori che hanno portato all'adozione del testo definitivo del nuovo Model BIT italiano era stata valutata l'inclusione della possibilità per gli Stati convenuti di proporre azioni riconvenzionali per il risarcimento del danno causato dagli investitori che non abbiano rispettato determinati requisiti di sostenibilità. La seguente disposizione compariva infatti in una delle bozze del Model BIT:

«Article X (Optional Clause for Possible Inclusion) Compliance with Legislation of the Host Party.

1. Investors and their investments shall be subject to and comply with the legislation of the host State. This includes, but is not limited to the following:

(i) Law concerning payment of wages and minimum wages, employment of contract labour, prohibition on child labour, special conditions of work, social security and benefit and insurance schemes applicable to employees;

(ii) environmental law applicable to the Investment and its business operations;

(iii) law relating to conservation of natural resources;

(iv) law relating to human rights, as set forth in the Universal Declaration of Human Rights;

(v) law of consumer protection and fair competition;

(vi) relevant national and internationally accepted standards of corporate governance and accounting practices; and

(vii) information sharing requirements of the host State concerning the compliance with laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws for the Investment in question and in the corporate history and practices of the Investment or Investor, for purposes of decision making in relation to that Investment or for other purposes.

2. Investors and their investments shall strive, through their management policies and practices, to contribute to sustainable development of the host State and to promote gender equality.

3. A Contracting Party may initiate a counter-claim against the Investor or Investment, having started a dispute under Article 14, for a breach of the obligations set out under subparagraphs i-vii of paragraph 1 of this Article before a Tribunal established under this Agreement and seek as a remedy suitable declaratory relief, enforcement action or monetary compensation.

4. (...)»<sup>26</sup>.

Nel testo finale del Model BIT la clausola risulta tuttavia non essere stata mantenuta.

Il punto è d'interesse alla luce dell'opinione sostenuta da parte della dottrina per cui domande riconvenzionali negli arbitrati d'investimento possano rappresentare uno strumento utile ai fini della protezione dell'ambiente e dei diritti umani<sup>27</sup>.

Da una prospettiva generale, non strettamente legata ad ambiente o diritti umani, le domande riconvenzionali in materia di arbitrato d'investimento non hanno storicamente trovato il favore dei tribunali arbitrali<sup>28</sup>. Nonostante la previsione delle domande riconvenzionali sia ad esempio espressamente prevista della Convenzione ICSID<sup>29</sup>, sono infatti

<sup>26</sup> Draft Model BIT italiano: <https://edit.wti.org/document/show/2cb70b93-9d50-4541-a092-8127562e9257>.

<sup>27</sup> M. SCHERER, S. BRUCE et al., *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2021, 36(2), 1.

<sup>28</sup> P.E. TRINEL, *Counterclaims and legitimacy in investment treaty arbitration*, in *Arbitration International*, 2022, 38(1-2), 1.

<sup>29</sup> L'art. 46 della Convenzione ICSID prevede infatti che: «Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute



pochi i tribunali arbitrali che si sono trovati a decidere su una domanda riconvenzionale presentata da uno Stato, pochissimi quelli che sono arrivati all'analisi del merito<sup>30</sup> e ancora più rari quelli che hanno condannato un investitore a risarcire i danni allo Stato ospitante<sup>31</sup>. Nel 2017 si è aperta una discussione in sede istituzionale sull'opportunità di ammettere espressamente le domande riconvenzionali e prevederne una disciplina<sup>32</sup>. In virtù delle forti critiche rivolte all'arbitrato d'investimento, definito come fortemente asimmetrico e favorevole all'investitore<sup>33</sup>, gli Stati membri della United Nations Commission on International Trade Law "UNCITRAL" avevano chiesto al Working Group III di proporre una serie di possibili riforme in materia di arbitrato tra Stato e investitore. Nel Report della sua 38esima sessione, il Working Group III ha per la prima volta riconosciuto le domande riconvenzionali come uno degli elementi di possibile intervento<sup>34</sup>. Da quanto risulta, gli ultimi lavori del Working Group III sul tema si sono svolti durante la 43esima sessione, ma ancora non vi è accordo sulla bozza di disposizione<sup>35</sup>.

provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre».

<sup>30</sup> *Antoine Goetz et consorts v. Burundi*, ICSID Case No ARB/95/3, 10 febbraio 1999; *Burlington Resources Inc v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, 14 dicembre 2012; *Hesham TM Al-Warraq v. Indonesia*, UNCITRAL Case, 15 dicembre 2014; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case No ARB/07/26, 8 dicembre 2016; *Perenco Ecuador Ltd v. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, 27 settembre 2019.

<sup>31</sup> *Burlington Resources Inc v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, 14 dicembre 2012; *Perenco Ecuador Ltd v. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, 27 settembre 2019.

<sup>32</sup> Sul punto si segnala A. DE LUCA, C. BALTAG, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2021: <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/05/counterclaims-in-investment-arbitration-reflections-on-uncitral-wg-iii-reform/>>.

<sup>33</sup> Si pensi all'espressione "*Arbitration without privity*", coniata da Jan Paulson, in *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review* 232, 1995, per sottolineare il ruolo passivo dello Stato, che in un arbitrato d'investimento non può instaurare il procedimento, né in linea di massima presentare domande, ma può solo "non perdere".

<sup>34</sup> UNCITRAL, Working Group III, 38th Sess, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on The work of its Thirty-Eighth Session (Vienna, 14–18 October 2019), UN Doc A/CN.9/1004 (2020), par. 24, <http://undocs.org/en/A/CN.9/1004/Add.1>.

<sup>35</sup> La bozza di disposizione oggetto delle discussioni è contenuta nell'UNCITRAL Working Group III, 43th Sess, Draft provisions on Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), <<http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.219>>; l'attuale bozza recita: «1. The respondent may make a counterclaim: (a) arising directly out of the sub-

Allo stesso tempo, si possono segnalare una serie di casi recenti in cui il mancato rispetto delle leggi in materia ambientale ha portato ad una domanda riconvenzionale da parte dello Stato ospitante<sup>36</sup>. Risultano tuttavia pochi i casi in cui la domanda riconvenzionale è stata accolta, seppur parzialmente, e non è dato sapere se dette domande abbiano comunque influito rispetto agli esiti transattivi dei procedimenti cui pertenevano.

Il fatto che nel Model BIT italiano non sia stata recepita la menzionata previsione relativa alle domande riconvenzionali, inizialmente proposta come opzionale, non preclude in ogni caso che una simile disposizione possa essere inserita in fase di negoziazione di uno specifico BIT, quindi caso per caso, o che gli Stati possano comunque provare a sollevare una riconvenzionale in sede di arbitrato di investimenti, per esempio in base al regolamento ICSID, pur in assenza di una disposizione *ad hoc* nel BIT. Tuttavia, in entrambe le ipotesi rimarrebbero alcuni ostacoli applicativi. Infatti, anche qualora la riconvenzionale non dovesse ritenersi preclusa in base al BIT e/o in base al regolamento ICSID, così integrandosi il requisito del consenso delle parti ad arbitrare richiesto anche per le domande riconvenzionali<sup>37</sup>, vi sarebbe sempre la necessità di rinvenire il nesso di pertinenza tra la domanda in via principale dell'investitore e la domanda riconvenzionale dello Stato<sup>38</sup>, compito che

ject matter of the dispute; (b) in connection with the factual and legal basis of the claim; or (c) that the claimant has breached its obligations under [this or any other applicable treaty, international law, domestic laws or investment contracts]. 2. For the avoidance of doubt, the consent of the respondent to the submission of a claim by the claimant is subject to the condition that the claimant consents to the submission of counterclaims referred to in paragraph 1».

<sup>36</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, UNCITRAL, 28 aprile 2011; *Burlington Resources Inc v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, 14 dicembre 2012; *Rusoro Mining Ltd v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, 22 agosto 2016; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No 2009-23, Second Partial Award on Track II, 30 agosto 2018; *David R Aven and O. v. Costa Rica*, ICSID Case No UNCT/15/3, 18 settembre 2018; *Perenco Ecuador Ltd v. Ecuador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, 27 settembre 2019.

<sup>37</sup> Nella Convenzione ICSID, l'art. 46 prevede la possibilità di presentare domande riconvenzionali. Tuttavia, occorre il consenso delle parti in tal senso, solitamente desumibile da una clausola contenuta in un BIT o altro strumento internazionale. Si veda in tal senso: M. SCHERER, S. BRUCE et al., *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2021, 36(2), 2.

<sup>38</sup> Si discute se il nesso di pertinenza debba essere di fatto o di diritto. Nel primo caso, sarebbe sufficiente che la domanda riconvenzionale emergesse dallo stesso contesto fattuale, ossia lo stesso investimento. Al contrario, nel secondo, entrambe le domande

la casistica dimostra essere di non poco conto<sup>39</sup>, specie se si considera che i titolari dei diritti lesi sono i singoli individui e non gli Stati<sup>40</sup>.

### 3. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrati

Negli ultimi anni, una serie di sviluppi a livello comunitario e giurisprudenziale hanno portato al centro del dibattito il possibile conflitto tra le obbligazioni per gli Stati in materia di riconoscimento ed esecuzione derivanti dal diritto internazionale, pattizio e privato, e quelle derivanti dal diritto europeo. In particolare, in materia di arbitrati d'investimento, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ("CGUE")<sup>41</sup> e la politica della Commissione hanno letteralmente sollevato un vespaio con riferimento agli arbitrati c.d. intra-UE ha aperto, sovvertendo quelle che apparivano essere precedentemente le regole consolidate e pacifiche a livello internazionale.

#### 3.1. Quadro normativo

In materia di riconoscimento ed esecuzioni quattro sono le fonti normative a livello internazionale e comunitario rilevanti per l'Italia: la Convenzione di New York<sup>42</sup>, la Convenzione ICSID<sup>43</sup>, il Regolamento di

dovrebbero derivare dalla stessa fonte giuridica, ad esempio lo stesso contratto di investimento. Si veda P. E. TRINEL, *Counterclaims and legitimacy in investment treaty arbitration*, in *Arbitration International*, 2022, 38(1-2), 5.

<sup>39</sup> Si segnalano in tal senso i casi *Saluka Investments BV v. Repubblica Ceca* UNCITRAL, 7 maggio 2004, decisione sulla giurisdizione sulla domanda riconvenzionale; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company e CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia*, UNCITRAL, 28 aprile 2011.

<sup>40</sup> Non sorprenderebbe pertanto se un tribunale arbitrale respingesse le domande riconvenzionali presentate dallo Stato per conto di singoli individui che hanno, essi, subito dei danni da responsabilità ambientale, per mancanza di titolarità del diritto controverso e dunque difetto di legittimazione. In questo senso, si veda *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No 2009-23, Second Partial Award, 30 agosto 2018, con cui il Tribunale ha ritenuto che le richieste di risarcimento da danno ambientale non potessero essere fatte valere dallo Stato convenuto nei confronti di Chevron.

<sup>41</sup> Corte di giustizia dell'UE, *Repubblica Slovacca v. Achmea*, Case C-109/20, 2018; Corte di giustizia dell'UE, *Polonia v. pl Holdings*, Case C-284/16, 2021; Corte di giustizia dell'UE, *Moldavia v. Komstroy*, C-741/19, 2021.

<sup>42</sup> *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, entrata in vigore nel 1959. <<https://www.newyorkconvention.org/english>>.

Bruxelles I *bis*<sup>44</sup>, e l'Accordo sull'Estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra gli Stati Membri dell'Unione Europea ("Accordo")<sup>45</sup>. A queste va poi aggiunta la disciplina in materia di riconoscimento dei lodi stranieri dettata dal Codice di Procedura Civile italiano, che recepisce a grandi linee le disposizioni della Convenzione di New York.

Per quanto riguarda il regime di circolazione dei lodi in base alla Convenzione di New York, come noto L'art. V della Convenzione di New York elenca una serie di motivi sulla base dei quali è possibile rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo:

«1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid (...); or

(b) (...); or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, (...); or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

<sup>43</sup> *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, entrata in vigore nel 1966. <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID\\_Convention\\_EN.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf)>.

<sup>44</sup> Regolamento (Ue) N. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215>>.

<sup>45</sup> L'accordo è stato concluso il 29 maggio 2020. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>>.

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country».

L'art. 839 del Codice di Procedura Civile, nel rispecchiare tale disposizione, stabilisce che:

«Chi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte d'Appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte; se tale parte non risiede in Italia è competente la corte d'Appello di Roma.

Il ricorrente deve produrre il lodo in originale o in copia conforme insieme con l'atto di compromesso, o documento equipollente, in originale o in copia conforme.

Qualora i documenti di cui al secondo comma non siano redatti in lingua italiana la parte istante deve altresì produrne una traduzione certificata conforme.

Il presidente della corte d'Appello, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia immediatamente esecutiva del lodo straniero nella Repubblica, salvoché:

1) la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana;

2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico».

Passando alla Convenzione ICSID, è noto che questa abbia trovato il proprio successo nel fatto che il lodo emesso da un tribunale ICSID sia definitivo<sup>46</sup> e goda di un sistema di riconoscimento ed esecuzione semplificato, in cui l'unico sindacato ammissibile può riguardare l'autenticità della copia del lodo<sup>47</sup>. L'art. 54 della Convenzione ICSID stabilisce infatti che:

«(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State (...).

<sup>46</sup> Art. 43 della Convenzione ICSID prevede che: «award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention».

<sup>47</sup> Il termine "semplificato" è stato per la prima volta utilizzato dalla Corte d'Appello di Parigi, decisione del 26 giugno 1981, in cui ha dato esecuzione al lodo *Benvvenuti and Bonfant v. Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2. Sul sindacato limitato all'autenticità della copia del lodo, si veda: R. HAPP e S. WILSKE, *ICSID Rules and Regulations*, 2022, 775-776.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General (...).

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought».

Alla luce del testo dell'art. 54, le uniche limitatissime eccezioni al riconoscimento e all'esecuzione di un lodo ICSID sono contenute nelle eventuali norme applicabili nello Stato richiesto, ad esempio regole sull'immunità o sul mancato rispetto della produzione della copia autentica del lodo<sup>48</sup>.

Da quanto sopra si evince che quindi, mentre le corti nazionali possono, in alcuni casi specifici, rifiutare l'esecuzione di un lodo arbitrale non ICSID, per i lodi ICSID lo spazio di delibazione dei giudici aditi per il riconoscimento dovrebbe essere molto più ridotto.

Sulla distinzione tra i due sistemi risulta molto chiara la Suprema Corte inglese nel caso *Micula et al. v. Romania*:

«It is a notable feature of the scheme of the ICSID Convention that once the authenticity of an award is established, a domestic court before which recognition is sought may not re-examine the award on its merits. Similarly, a domestic court may not refuse to enforce an authenticated ICSID award on grounds of national or international public policy. In this respect, the ICSID Convention differs significantly from the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958»<sup>49</sup>.

Il Regolamento di Bruxelles I *bis* mantiene l'esclusione dell'arbitrato dal suo perimetro operativo come avevano già previsto i suoi pre-

<sup>48</sup> F. SORACE, *Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, n. 3, 91-92. Si segnalano in tal senso le decisioni della Corte di Cassazione francese nel caso *SOABI v. Senegal*, 11 giugno 1991, della Corte d'Appello di Parigi nel caso *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, 26 giugno 1981, e della Corte distrettuale per il distretto sud di New York nel caso *LETCO v. Liberia*, del 5 settembre 1986.

<sup>49</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case no. ARB/05/20, Final Award dell'11 dicembre 2013; Suprema Corte Inglese, decisione del 19 febbraio 2019.

decessori, ossia la Convenzione di Bruxelles<sup>50</sup> e il Regolamento di Bruxelles I<sup>51</sup>. In particolare, ai sensi del terzo paragrafo del considerando 12, le disposizioni del Regolamento *non pregiudicano il potere degli organi giurisdizionali degli Stati membri di pronunciarsi sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrati in conformità alla Convenzione di New York, che prevale sul Regolamento ai sensi dell'Articolo 73 del Regolamento stesso*<sup>52</sup>. Inoltre, come indica il quarto paragrafo del considerando sopra menzionato, *il Regolamento non si applica alle azioni o alle decisioni riguardanti l'annullamento, la revisione, l'impugnazione, il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale*.

Ora, si discute se l'inapplicabilità del Regolamento, con conseguente libertà per gli Stati di decidere se e come riconoscere ed eseguire, debba essere estesa anche alle sentenze di tribunali stranieri che riconoscono o annullano un lodo arbitrale, stante la mancanza di specifiche norme a riguardo all'interno del Regolamento<sup>53</sup>, ovvero se tali sentenze non specificamente normate debbano circolare comunque ai sensi del Regolamento.

Nel primo senso si è pronunciata la CGUE nella sentenza *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*<sup>54</sup>. La CGUE ha infatti ritenuto che una sentenza che riconosce,

<sup>50</sup> Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126\\_](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126_)

<sup>51</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, reperibile al seguente *link*: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001R0044&from=BG>>.

<sup>52</sup> «2. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione della convenzione di New York del 1958». Questo è stato anche l'approccio adottato dalla Corte di giustizia europea quando si è pronunciata sulla compatibilità di c.d. *anti-suit injunction* emessa da un tribunale arbitrale nel caso *Gazprom* (Caso C-536/13, 13 maggio 2015). La Corte ha ritenuto che «non osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, né a che si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro, in quanto detto regolamento non disciplina il riconoscimento e l'esecuzione, in uno Stato membro, di un lodo arbitrale emesso da un collegio arbitrale in un altro Stato membro». <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62013CJ0536\\_](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62013CJ0536_)>.

<sup>53</sup> N.K. OKYAY, *The Applicability of the Brussels I bis Regulation to Hybrid Dispute Resolution Clauses*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, n. 3, 73.

<sup>54</sup> Corte di giustizia dell'UE, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. Spagna*, C-700/20, 20 giugno 2022,



dà esecuzione ad un lodo arbitrale e ne riprende i termini rientra nell'esclusione dell'arbitrato prevista dal Regolamento e non può pertanto beneficiare del riconoscimento reciproco tra gli Stati membri e circolare all'interno dello spazio giudiziario dell'UE secondo le disposizioni di tale Regolamento. Il regime di circolazione di tale decisione sarà quindi regolato dal diritto nazionale e dal diritto internazionale applicabili nello Stato membro in cui tale riconoscimento e tale esecuzione sono richiesti.

Alla luce di tale stato di incertezza, non sono mancate proposte di riforma del Regolamento, o proposte di riforme indirizzate verso un meccanismo semplificato di circolazione dei lodi arbitrari<sup>55</sup>.

Infine, rileva come fonte normativa l'Accordo sull'Estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra gli Stati Membri dell'Unione Europea<sup>56</sup>. L'Accordo si basa su tre provvedimenti principali: in primo luogo, l'estinzione dei BIT intra-UE; in secondo luogo, l'abolizione delle *sunset clauses* in questi BIT intra-UE per evitare una proroga della protezione degli investimenti per un certo periodo di tempo dopo la cessazione dei rispettivi BIT in corso, in quanto ritenuti contrari al diritto dell'UE.

Nella sezione dedicata all'estinzione dei BIT, è stata inclusa una disposizione, l'art. 4, paragrafo 1, che regola le sorti delle clausole di arbitrato investitore-Stato previste dai BIT intra-UE:

«1. Le parti contraenti confermano che le Clausole Compromissorie sono in contrasto con i trattati dell'UE e sono pertanto inapplicabili. Per effetto di tale incompatibilità tra le Clausole Compromissorie e i trattati dell'UE, a decorrere dalla data in cui l'ultima delle parti di un Trattato Bilaterale di Investimento è diventata Stato membro dell'Unione europea

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=261144&pageIndex=0&doc lang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10775404>>.

<sup>55</sup> P. BERTOLI, *Arbitration, the Brussels I Recast and the Need for European Arbitration Law*, in *Diritto dell'Unione Europea* (II), 2014, 1, par. 8 individua la libera circolazione dei lodi riconosciuti in uno Stato membro come una delle questioni in cui sarebbe necessario un intervento legislativo europeo. In tal senso anche M. BENEDETTELLI, "Pensiero debole" nell'Arbitrato Commerciale Internazionale e Comunitarizzazione del Diritto dell'arbitrato, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2012, 2, 319-320. Ancora, è stato proposto un meccanismo basato su un singolo *exequatur* emesso nella giurisdizione della sede dell'arbitrato, da trattare come una sentenza ai fini del Regolamento e quindi eseguibile in tutta l'Unione senza ulteriori procedimenti locali. In tal senso, Y. HERINCKX, *Enforcement of Awards v. Enforcement of Judgments in the EU: Arbitration Must Catch Up*, in *Journal of International Arbitration*, 2023, 40(2), 157.

<sup>56</sup> L'accordo è stato concluso il 29 maggio 2020. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29>>.



la Clausola Compromissoria di detto Trattato non può fungere da base giuridica per il Procedimento Arbitrale».

In base a questa disposizione, oltre all'espresso riconoscimento dell'incompatibilità delle clausole arbitrali con il diritto europeo, viene quindi stabilito che il consenso all'arbitrato derivante dalla clausola compromissoria viene meno a partire dalla data in cui l'ultima parte di un BIT è diventata uno Stato membro dell'UE, il che ha trasformato il BIT extra-UE in un BIT intra-UE.

Inoltre, l'art. 7 dell'Accordo stabilisce:

«Le parti contraenti che sono vincolate da Trattati Bilaterali di Investimento sulla base dei quali sono stati promossi Procedimenti Arbitrali Pendenti o Nuovi Procedimenti Arbitrali:

a) informano i collegi arbitrali, in cooperazione tra loro e sulla base della dichiarazione di cui all'allegato C, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza *Achmea* di cui all'articolo 4; e

b) qualora siano parte di un procedimento giudiziario relativo a un lodo arbitrale reso in forza di un Trattato Bilaterale di Investimento, chiedono al giudice nazionale competente, anche di un paese terzo, di revocare detto lodo, annullarlo o astenersi dal riconoscerlo e darvi esecuzione, a seconda dei casi».

Al momento non constano norme di attuazione di tale impegno assunto dall'Italia a livello di diritto nazionale, ma è di tutta evidenza che le corti italiane adite per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo derivante da un BIT intra-UE ben potrebbero fare riferimento direttamente all'art. 7 dell'Accordo sull'Estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento anche in assenza di una disposizione interna attuativa dello stesso. Vediamo di seguito la giurisprudenza principale ad oggi sul tema, antecedente all'Accordo.

### 3.2. Giurisprudenza in tema di arbitrati d'investimento intra-UE

Con la sentenza *Achmea* la CGUE ha ritenuto che la clausola sulla legge applicabile e sulla risoluzione delle controversie tramite arbitrato contenuta nel BIT tra Olanda e Slovacchia fosse incompatibile con il diritto dell'UE<sup>57</sup>, poiché avrebbe potuto portare all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione Europea da parte di un tribunale arbitrale competente in materia di investimenti senza il coinvolgimento

<sup>57</sup> *Slovak Republic v. Achmea*, Case C-109/20, 2018.

della CGUE. Tale approccio è stato successivamente confermato con la sentenza *PL Holdings*<sup>58</sup> e la sentenza *Komstroy*<sup>59</sup>.

Questa giurisprudenza della CGUE ha avuto un impatto notevole con riferimento al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi emessi nell'ambito di arbitrati d'investimenti intra-UE da tribunali ICSID<sup>60</sup>. La tematica del rapporto tra il regime di riconoscimento ed esecuzione dei lodi ICSID e la sua compatibilità con il diritto UE sono stati ampiamente discussi nel caso *Micula*<sup>61</sup>. In quel caso, un tribunale ICSID era stato chiamato a decidere se la Romania dovesse risarcire i fratelli Micula per aver violato il BIT tra Svezia e Romania, abrogando una serie di incentivi fiscali considerati contrari alle regole sulla concorrenza dell'UE, alla quale la Romania stava cercando di aderire. Nel 2013, il tribunale ICSID ha condannato la Romania, nel frattempo entrata a far parte dell'UE. Dopo un primo pagamento da parte della Romania, la Commissione europea ha emesso una decisione che imponeva alla Romania di non pagare alcuna somma aggiuntiva e di recuperare quanto già versato ai fratelli Micula<sup>62</sup>. Di fronte al rifiuto della Romania di pagare spontaneamente l'intera somma, i fratelli Micula hanno impugnato la decisione della Commissione europea davanti alla CGUE e, parallelamente, hanno cercato di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo ICSID sia in Europa che negli Stati Uniti.

Con riferimento alla decisione della Commissione, nel 2019, il Tribunale di primo grado dell'UE ha annullato la decisione della Commissione europea (che aveva ritenuto che il lodo del caso *Micula* costituisse

<sup>58</sup> *Republic of Poland v. PL Holdings S.à.r.l.; PL Holdings S.à.r.l. v. Poland*, SCC Case No. V 2014/163, 29 agosto 2017; Corte di giustizia dell'Unione Europea, C-109/20, 26 ottobre 2021, reperibile al seguente *link*: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=248141&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=264603>>.

<sup>59</sup> UNCITRAL, *Komstroy LLC v. Republic of Moldavia*, 23 ottobre 2013; Corte di giustizia dell'UE, Case No. C-741/19, *Repubblica di Moldavia c. Komstroy LLC*, 2 settembre 2021. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=262391>>.

<sup>60</sup> F. SORACE, *Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, n. 3, 88.

<sup>61</sup> *Micula and O. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award dell'11 dicembre 2013. La Romania ha chiesto l'annullamento del lodo, ma un comitato *ad hoc* dell'ICSID ha respinto la sua domanda con decisione del 26 febbraio 2016.

<sup>62</sup> Decisione della Commissione Europea No. 2015/1470 del 30 marzo 2015, par. 125, reperibile al seguente *link*: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>>.

un aiuto di Stato illegale),<sup>63</sup> e distinto il caso *Micula* da quello *Achmea*, ritenendo che, nel primo, il tribunale arbitrale non avesse l'obbligo di applicare il diritto dell'UE. Tuttavia, la decisione del Tribunale è stata ribaltata dalla Corte di giustizia nel gennaio 2022<sup>64</sup>. Separatamente, la CGUE ha confermato i principi della sentenza *Achmea*, sostenendo che, dal momento dell'adesione della Romania, il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal BIT Romania-Svezia fosse stato sostituito dai rimedi giudiziari in ambito UE e che, per l'effetto, il consenso all'arbitrato dato dalla Romania avesse cessato la propria efficacia da quella data.

Il 27 gennaio 2016 il Tribunale di primo grado di Bruxelles ha respinto un primo tentativo di esecuzione del lodo ICSID da parte dei fratelli Micula<sup>65</sup>. Pur riconoscendo di non avere il potere di annullare o riesaminare il lodo, il Tribunale ha dichiarato che, in virtù della decisione della Commissione europea, il lodo ICSID era privo di esecutività e la sua esecuzione sarebbe stata "illegale"<sup>66</sup>. Questa decisione è stata successivamente impugnata dai fratelli Micula e nel marzo 2019 la Corte d'Appello di Bruxelles ha sollevato una questione pregiudiziale alla CGUE<sup>67</sup>, chiedendo che venisse deciso se il diritto europeo precludesse ad una corte belga di dare esecuzione ad un lodo ICSID e se consentisse ad un giudice nazionale di sottrarsi agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione ICSID. Il 21 settembre 2022 la CGUE ha emesso un'ordinanza in risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte d'Appello di Bruxelles<sup>68</sup>. La Corte, avendo rinvenuto il difetto di

<sup>63</sup> È stato ritenuto che la Commissione non era competente e il diritto dell'UE non era applicabile ad una situazione precedente all'adesione della Romania: General Court, Cases T-624/15, T-694/15 and T-704/15, *Micula and O. v. European Commission*, 2019.

<sup>64</sup> La CGUE, in particolare, ha ritenuto che nel caso dei fratelli Micula, essi avessero acquisito il diritto definitivo ad essere risarciti solo dopo l'emissione del lodo, cioè ben dopo l'adesione della Romania all'UE. Pertanto, la Commissione europea era competente a dichiarare tale lodo un aiuto di Stato e a ordinare alla Romania di non darvi esecuzione: Case C-638/19, *European Commission v. Micula and O.*, 25 gennaio 2022. La CGUE ha rinviato il caso al Tribunale di primo grado per esaminare altri argomenti relativi alla decisione in questione che comportano complesse valutazioni dei fatti. La decisione è reperibile al seguente *link*: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16441.pdf>>.

<sup>65</sup> Tribunale di Bruxelles, *Micula and O. v. Romania*, 27 gennaio 2016. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10445.pdf>>.

<sup>66</sup> *Ibid*, 16.

<sup>67</sup> Corte d'Appello di Bruxelles, *Micula and O. v. Romania*, 12 marzo 2019. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10446.pdf>>.

<sup>68</sup> Corte di giustizia dell'UE, C-333/19, *DA v. European Commission and Others*, Ordinance, 2022.

giurisdizione del tribunale arbitrale del caso *Micula*, sulla base della sentenza *Achmea*, ha dichiarato che il lodo ICSID «non può quindi produrre alcun effetto e non può essere eseguito al fine di pagare il risarcimento di risarcimento». La Corte sembra avere implicitamente confermato che il primato del diritto dell'UE riguarda anche gli obblighi internazionali. I fratelli *Micula* hanno quindi deciso di ritirare la causa pendente davanti alla Corte d'Appello di Bruxelles.

I tentativi di esecuzione dei fratelli *Micula* sono stati respinti anche dalla Corte Superiore di Giustizia del Lussemburgo<sup>69</sup>, la quale tuttavia non ha affrontato specificamente il conflitto tra la Convenzione ICSID e il diritto dell'UE. In seguito, la Corte di Cassazione del Lussemburgo si è allineata al ragionamento della CGUE espresso nel giudizio sulla legittimità della decisione della Commissione<sup>70</sup>, e ha negato l'*exequatur* al lodo ICSID per difetto di un valido consenso all'arbitrato della Romania tale da superarne l'immunità giurisdizionale<sup>71</sup>.

Nel gennaio 2019, anche il Tribunale distrettuale di Nacka, a Stoccolma, ha rifiutato di eseguire il lodo ICSID contro la Romania<sup>72</sup>. Il Tribunale ha sottolineato che, nel rispetto dell'art. 54 della Convenzione ICSID, anche una sentenza di un giudice svedese che avesse parimenti violato il diritto dell'UE sarebbe stata ritenuta ugualmente ritenuta inesequibile<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Corte superiore di giustizia del Lussemburgo, *Micula and O. v. Romania*, 21 marzo 2018. In particolare, la Corte era stata chiamata ad esaminare un ricorso presentato dalla Romania contro un'ordinanza di pignoramento emessa da un tribunale di grado inferiore. La Corte non si è basata sull'equivalenza tra le sentenze nazionali e i lodi ICSID, sancita dall'Articolo 54 della Convenzione ICSID. Piuttosto, ha affermato che l'esecuzione di un diritto potrebbe non essere più appropriata «a causa dell'esistenza di fatti nuovi, come l'estinzione dell'obbligazione riconosciuto dal diritto [...], la scadenza dell'azione legale per la sentenza, o anche nuove leggi o accordi». La decisione della Commissione Europea doveva essere considerata come un "fatto nuovo", in grado di ostacolare l'esecutività del lodo.

<sup>70</sup> Case C-638/19, *European Commission v. Micula and O.*, 25 gennaio 2022.

<sup>71</sup> Corte di Cassazione del Lussemburgo, *Micula and O. v. Romania*, 14 luglio 2022. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170526.pdf>>.

<sup>72</sup> Tribunale distrettuale di Nacka (Stoccolma), *Micula and O. v. Romania*, 23 gennaio 2019.

<sup>73</sup> La Corte svedese ha ricordato la decisione della Corte di giustizia dell'UE nella causa *Lucchini* (Corte di giustizia dell'Unione Europea, C-119/05, *Ministero dell'Industria v. Lucchini*, 2007), in cui è stato affermato che il diritto dell'UE impediva l'applicazione del principio della *res judicata* sancito dall'art. 2909 del Codice Civile italiano «nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il

Intanto, oltre Oceano, a fine 2019, la Corte Distrettuale per la Colombia riconosceva il lodo del caso *Micula*<sup>74</sup>, non essendo la stessa tenuta ad interpretare o applicare il diritto dell'UE.

Nel frattempo, a febbraio 2020, la Corte Suprema del Regno Unito – altro paese in cui era stato richiesto il riconoscimento e l'esecuzione del lodo – riconosceva che la decisione dei giudici inglesi di primo grado di sospendere l'esecuzione del lodo ICSID fosse contraria agli obblighi internazionali del Regno Unito ai sensi dell'art. 54 della Convenzione ICSID e revocava la sospensione<sup>75</sup>. La Corte ha sostenuto che sarebbe contrario al sistema ICSID consentire ai tribunali nazionali la discrezionalità di non dare esecuzione ai lodi in virtù del diritto dell'UE. La Corte ha inoltre aggiunto che, in linea con l'art. 351 del TFUE, il diritto dell'UE non poteva prevalere sulla Convenzione ICSID, dato che il Regno Unito aveva ratificato la Convenzione ICSID nel 1966 mentre era divenuto parte dell'UE, con diversa portata territoriale, solo nel 1972. Tale decisione ha tra l'altro comportato l'avvio di una procedura d'infrazione nei confronti del Regno Unito<sup>76</sup>.

Da una prospettiva italiana, il caso *Gavazzi v. Romania* rappresenta l'unico precedente italiano in materia di riconoscimento di un lodo ICSID. Nel caso in discussione, un tribunale arbitrale ICSID ha accertato la violazione dello standard del “*fair and equitable treatment*” e del divieto di espropriazione illegittima da parte del Governo romeno e ha condannato quest'ultimo a risarcire i ricorrenti<sup>77</sup>. La Corte d'Appello di Milano, chiamata a riconoscere il lodo, dopo aver richiamato le disposizioni pertinenti della Convenzione ICSID, ha dichiarato che per i lodi ICSID «non risulta necessaria in Italia alcuna delibazione, dichiarazione di esecutività o altro procedimento analogo e onere relativo, ma occorre soltanto procedere all'apposizione della formula esecutiva (art. 475, 3° comma c.p.c.)»<sup>78</sup>. Alla luce di ciò, la Corte, senza fornire alcuna ulteriore

mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».  
<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0119>>.

<sup>74</sup> Corte distrettuale per il distretto della Colombia, *Micula v. Romania*, 2019.  
<<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10816.pdf>>.

<sup>75</sup> Corte Suprema del Regno Unito, *Micula and O. v. Romania*, 19 febbraio 2020.  
<<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11213.pdf>>.

<sup>76</sup> Commissione Europea, comunicato “*Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid*”, del 9 febbraio 2022, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_802](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_802)>.

<sup>77</sup> *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID No. ARB/12/25, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9506.pdf>>.

<sup>78</sup> Corte d'Appello di Milano, Sez. I Civile, Decreto 21 settembre 2018.

considerazione sul lodo o sul procedimento ICSID, ha ordinato al cancelliere di apporre la formula esecutiva. La Corte ha inoltre espressamente affermato che nessun riesame sostanziale del lodo poteva essere effettuato, attenendosi così a un'interpretazione rigorosa degli obblighi internazionali dell'Italia. Si rileva che la decisione della Corte è stata resa *inaudita altera parte*, senza che quindi la Romania potesse eventualmente opporre le conclusioni della sentenza *Achmea*. Non può quindi escludersi che, se la Romania fosse intervenuta e avesse sollevato un'eccezione, la Corte d'Appello di Milano avrebbe deciso diversamente.

Alla luce della citata giurisprudenza, risulta evidente la diversità di approcci tra le corti dei Paesi extra-UE, come quelle di Regno Unito e Stati Uniti, e quelle dei Paesi comunitari. Le prime, non dovendosi ritenere vincolate dalle posizioni assunte dalla CGUE e dalla Commissione europea, hanno confermato la piena applicazione del sistema ICSID. Al contrario, le corti nazionali dei Paesi membri dell'UE, aderendo necessariamente alla giurisprudenza della CGUE, vanno affermando un primato del diritto dell'Unione, che finisce per prevalere sugli obblighi internazionali pattizi assunti in sede ICSID. In seguito all'Accordo, quella che dovrà essere la condotta delle corti nazionali sembra essere stato fissato dall'art. 7, fermo restando che siamo in attesa delle disposizioni di attuazione.

Stanti gli sviluppi menzionati in sede di corti degli Stati membri, potrebbe apparire sorprendente che molti tribunali arbitrali, anche con sede in Europa, abbiano scelto di “resistere” alla sentenza *Achmea*<sup>79</sup>, rendendo comunque un lodo e lasciando alle parti valutare se e come darne esecuzione. In realtà, la motivazione è lineare: gli arbitri hanno tendenzialmente ritenuto che le citate decisioni della CGUE operino esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'UE e, dato che l'arbitrato tra investitori e Stati appartiene all'ordinamento giuridico del diritto pubblico internazionale, la sentenza *Achmea* non influisca sulla loro giurisdizione.

Certamente, tuttavia, non sembra a chi scrive che questa situazione di contrasto sia di utilità generale, ponendosi la posizione europea in conflitto con gli obblighi precedentemente assunti a livello internazionale. La risposta interpretativa basata sui diversi ambiti territoriali di influenza, seppur formalmente sostenibile, appare una forzatura che può servire a gestire una fase di transizione, ma è presumibile che – nel medio termine – stante la posizione della Commissione europea, seguita dalla

<sup>79</sup> A titolo d'esempio si segnalano i casi *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktis-asetis Tallinna Vesi v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, 21 giugno 2019; *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 novembre 2019; *Theodoros Adamakopoulos and O. v. Repubblica di Cipro*, ICSID Case No. ARB/15/49, Decisione sulla giurisdizione, 7 febbraio 2020.

CGUE, gli investitori internazionali perdano interesse nell'utilizzare il rimedio arbitrale, qualora vengano meno le garanzie di una rapida e semplice circolazione dei lodi a livello internazionale, che erano alla base dello spirito della Convenzione ICSID e della Convenzione di New York.

### 3.3. Prospettiva italiana post-Achmea

Alla luce di quanto visto, si ritiene che il quadro della normativa rilevante per l'Italia in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi derivanti da BIT intra-UE dovrebbe essere letto nei seguenti termini.

L'Accordo sull'Estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra gli Stati Membri dell'Unione europea, sottoscritto anche dall'Italia, impone chiaramente alle parti di un arbitrato in cui è stato emesso un lodo arbitrale in forza di un BIT intra-UE di chiedere al giudice competente di non riconoscere e non dare esecuzione allo stesso lodo. Si è sostenuto che sarebbe quindi ammissibile un sindacato in sede di riconoscimento che vada a concentrarsi sul rispetto della *EU public policy*<sup>80</sup>.

A me pare che, al di là di quanto specificamente disposto a livello normativo, non sia opportuno, anche *de iure condendo* o in via interpretativa, suggerire forme di delibazione ampia che potrebbero rischiare, in alcuni casi, di sconfinare nel riesame nel merito. Infatti, così facendo, si rischierebbe di mettere a repentaglio i risultati raggiunti in decenni per favorire la circolazione dei lodi arbitrali, con l'obiettivo di velocizzare i tempi e la certezza del diritto della giustizia arbitrale.

Del resto, le corti italiane, e sempre più così fortunatamente negli ultimi anni, mostrano un approccio favorevole e rispettoso della scelta delle parti di deferire le loro controversie agli arbitri, dando interpretazioni restrittive dei motivi di impugnazione dei lodi, con una lettura internazionalmente orientata dalle norme del Codice di procedura civile. Anche nel recente caso *Stati v. Kazakhstan*<sup>81</sup>, la Corte d'Appello di Roma si è pronunciata in merito al riconoscimento ed esecuzione di un lodo reso secondo il Regolamento della Camera di Commercio di Stoccolma, in Svezia, interpretando *molto* restrittivamente il perimetro della sindacabilità<sup>82</sup>. In particolare, la difesa del Kazakhstan chiedeva alla Corte d'Appello di Roma di rifiutare il riconoscimento del lodo per contrarietà

<sup>80</sup> F. SORACE, *Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, n. 3, 110.

<sup>81</sup> SCC Case No. 116/2010: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>>.

<sup>82</sup> Corte d'Appello di Roma, Decreto del 29 gennaio 2018.



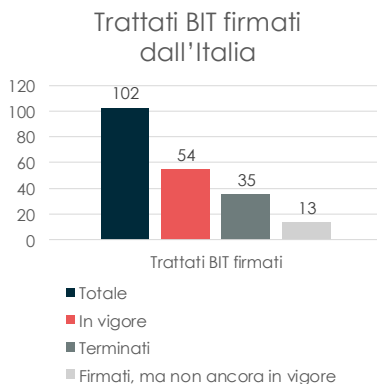
all'ordine pubblico, in quanto il lodo era stato ottenuto con frode e reso nel contesto di una produzione documentale falsa. La Corte d'Appello invece ha respinto la richiesta, ritenendo che, ai sensi dell'art. 840 del Codice di Procedura Civile, il controllo della compatibilità con l'ordine pubblico riguardi solo gli effetti che in concreto produce il solo dispositivo. Ora, questa interpretazione tanto restrittiva, tale addirittura che la falsità delle prove e delle testimonianze prodotte dai resistenti nel procedimento arbitrale non sia da considerare una lesione manifesta dell'ordine pubblico processuale, ad avviso di chi scrive, va decisamente contro l'idea di una delibazione ampia del giudice richiesto<sup>83</sup>.

In conclusione, si auspica che le norme di attuazione dell'Accordo sull'Estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, ove il legislatore italiano decidesse di adottarle, abbiano il perimetro più stretto possibile, senza riaprire categorie consolidate a livello internazionale in tema di circolazione dei lodi arbitrali internazionali, e siano rispettose degli obblighi assunti dall'Italia in sede di Convenzione ICSID e della Convenzione di New York.

#### 4. Grafici illustrativi dei dati

##### a. Bilateral Investment Treaties conclusi dall'Italia

Al momento in cui si scrive, i dati in merito ai BIT conclusi dall'Italia sono i seguenti<sup>84</sup>:



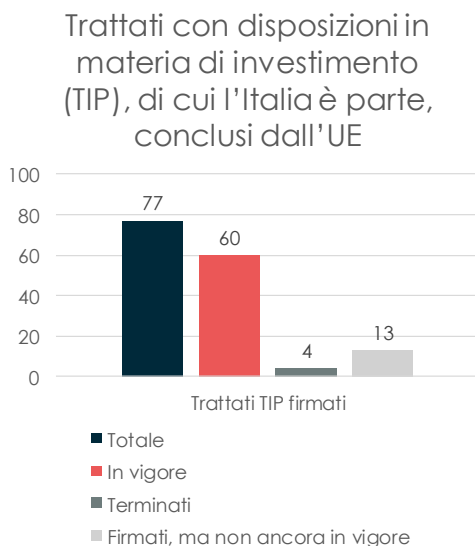
<sup>83</sup> *Contra*, C. DE STEFANO, *Il primo lodo ICSID riconosciuto in Italia*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2019, n. 3.

<sup>84</sup> Dati UNCTAD, Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>.



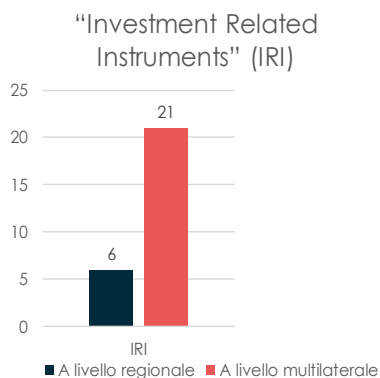
**b. Trattati con disposizioni in materia d'investimento**

A livello più generale, in merito ai Trattati che contengono disposizioni in materia di investimento, si rinviengono i seguenti dati<sup>85</sup>:



**c. Ulteriori strumenti relativi agli investimenti internazionali**

L'Italia ha inoltre adottato una serie di ulteriori strumenti relativi agli investimenti internazionali, di tipo regionale o multilaterale<sup>86</sup>:

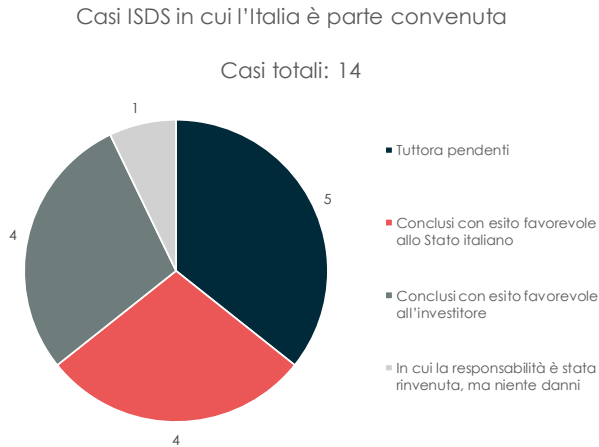


<sup>85</sup> Dati UNCTAD, Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>.

<sup>86</sup> Dati UNCTAD, Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>.

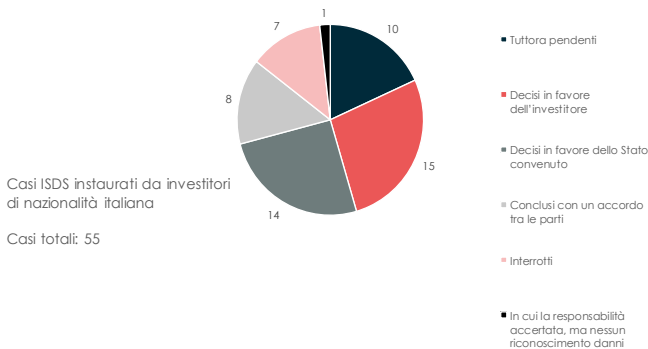
#### d. Mappatura dei casi d'investimento (ISDS) instaurati nei confronti dell'Italia

Si rinvencono 14 casi in cui l'Italia è stata convenuta<sup>87</sup>:



#### e. Mappatura dei casi d'investimento (ISDS) instaurati da investitori italiani

Il numero di casi noti instaurati da investitori italiani è pari a 55, di cui 10 sono tuttora pendenti<sup>88</sup>:



<sup>87</sup> Dati UNCTAD, Investment Policy Hub:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/103/italy/respondent>. e dati ICSID: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

<sup>88</sup> Dati UNCTAD, Investment Policy Hub:

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/103/italy/respondent> e dati ICSID: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

**f. Arbitri e conciliatori ICSID nominati dall'Italia**

A far data dal gennaio 2023 l'Italia ha nominato i seguenti arbitri e conciliatori nei rispettivi Panel dell'ICSID:

- A Ferdinando Emanuele
- A Maria Chiara Malaguti
- A Luca Radicati di Brozolo
- A Attila Tanzi
- C Andrea Bandini
- C Cecilia Carrara
- C Anna De Luca
- C Giacomo Rojas Elgueta

Con riferimento invece agli arbitri nominati dall'Italia nei 14 casi ISDS in cui è stata coinvolta come convenuta, sono stati nominati i seguenti professionisti: Alexis MOURRE; Gabriel BOTTINI; Laurence BOISSON DE CHAZOURNES (*nominata in due casi*); Pierre-Marie DUPUY (*nominato in due casi*); Brigitte STERN (*nominata in due casi*); Andrea GIARDINA; José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS; Giorgio SACERDOTI (*nominato in due casi*); Bernardo M. CREMADES.



### **SEZIONE III**

## **L'arbitrato nei rapporti commerciali**



# DECISIONI ARBITRALI E GIUDIZI INTERNI

Chiara Enrica TUO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Presupposti e obiettivi dell'indagine. – 3. Decisioni cautelari arbitrali e giudizi interni. – 4. Decisioni arbitrali e giudizi interni di annullamento o di *exequatur*. – 5. Decisioni arbitrali e giudizi interni alla prova della verifica della competenza arbitrale.

## 1. Premessa

Il tema di questo lavoro si inquadra evidentemente in quello, assai più ampio e generale, dei rapporti tra arbitro e giudice e, data la sua potenziale estrema vastità, richiede una premessa e la fissazione delle 'coordinate di rotta': se si volessero indagare tutte le situazioni nelle quali giudice 'pubblico' e giudice 'privato' hanno un qualche contatto, si dovrebbe ripercorrere quasi tutta la disciplina dell'arbitrato.

Ai fini del presente contributo, dunque, la tematica dei rapporti tra decisioni arbitrali e giudizi interni sarà esplorata limitatamente (i) all'arbitrato commerciale internazionale o estero, e quindi all'arbitrato tra soggetti che siano parte di rapporti di tipo privatistico, ivi inclusi quelli tra privati o Stati o entità statali operanti *iure gestionis*, e che presenti collegamenti con una pluralità di ordinamenti, a prescindere che abbia o meno sede in Italia<sup>1</sup>, e (ii) a soltanto alcune (in appresso meglio specificate) delle svariate e innumerevoli ipotesi in cui si tratti di vagliare le reciproche intersezioni tra i due ambiti, arbitrale e giurisdizionale.

\* Professoressa ordinaria di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> In argomento v., per tutti, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 1 ss. Sull'aggettivo "internazionale" riferito all'arbitrato commerciale e sulla sua distinzione rispetto alla nozione di arbitrato "straniero" v., da ultimo, M. GRASSI, *Il riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale*, Torino, 2022, 180-181 e 182-184.

## 2. Presupposti e obiettivi dell'indagine

Si è recentemente scritto che il ruolo delle corti nazionali nel contesto dello svolgimento dell'arbitrato è «*both supporting and supervisory on the one hand and reviewing on the other*»<sup>2</sup>.

Dello stesso tenore le affermazioni secondo cui i giudici statali hanno contribuito al successo dell'arbitrato commerciale internazionale quale strumento di soluzione delle controversie, garantendone l'efficacia transfrontaliera. Le parti utilizzano le corti nazionali per la nomina degli arbitri, per l'esecutorietà dei lodi nei confronti di debitori inadempienti, per l'adozione o l'attuazione di provvedimenti provvisori o cautelari o, ancora, per il rigetto di domande proposte in violazione di una convenzione arbitrale<sup>3</sup>. Non è dunque corretto, e certamente non riflette la realtà dei fatti, sostenere che, per effetto dell'opzione arbitrale, le parti abbiano inteso escludere ogni e qualsiasi impiego della giustizia statale, tanto è vero che anche i più convinti fautori dell'arbitrato riconoscono e sostengono il ruolo di supporto svolto a suo favore dalle corti nazionali<sup>4</sup>. Emblematica in tal senso la considerazione di Jan Paulsson nel suo contributo *Delocalization of International Commercial Arbitration, When and Why it Matters*: «*[t]o seek completely to avoid national jurisdictions would be misguided. Indeed, the international arbitral system would ultimately break down if no national jurisdictions could be called upon to recognize and enforce awards*»<sup>5</sup>.

Per altro verso, non si è mancato di evidenziare in dottrina che i tribunali statali si rendono talvolta artefici di interventi “patologici” in relazione a un procedimento arbitrale<sup>6</sup>. Interventi siffatti, che possono apparire criticabili agli esperti di arbitrato, in particolare di arbitrato internazionale, prendono forme diverse: il mancato rispetto della convenzio-

<sup>2</sup> F. VAREISIS, *Private international law and arbitral jurisdiction*, Londra, 2023, 10.

<sup>3</sup> In argomento, di recente, A. MALATESTA, *Il ruolo delle corti statali nell'arbitrato commerciale internazionale*, in A. TANZI, A. SARDU (a cura di), *L'arbitrato amministrato. Profili interni e internazionali*, Napoli, 2021, 125 ss.

<sup>4</sup> D. HOLLOWAY, *Role of State Courts in Controlling Arbitration*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge - New York, 2023, 1315 ss., spec. 1315.

<sup>5</sup> J. PAULSSON, *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, 54. E a tale conclusione giungono pure i sostenitori della tesi c.d. autonomista dell'arbitrato, come sottolinea M. GRASSI nella ricostruzione di tale tesi che egli opera in *Il riconoscimento*, cit., 207-214.

<sup>6</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *I rimedi contro le interferenze statali con l'arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2015, 1 ss.



ne arbitrale, l'interferenza nel normale svolgimento della procedura arbitrale, in particolare mediante l'emanazione di ingiunzioni rivolte agli arbitri, l'annullamento del lodo per motivi discutibili e il diniego di esecuzione di un lodo straniero in violazione della convenzione di New York del 10 giugno 1958<sup>7</sup>.

Non è tuttavia di queste "interferenze anomale" nel normale svolgimento dell'arbitrato che si è scelto di occuparsi.

L'analisi intende piuttosto soffermarsi sulle interazioni tra giudizio davanti all'arbitro e giudizio davanti al giudice statale al fine di enucleare le possibili configurazioni dei rapporti tra decisioni arbitrali e giudizi interni, con l'intento di "mettere alla prova" la sopra riportata descrizione del ruolo delle corti nazionali rispetto all'arbitrato commerciale internazionale e di coglierne le possibili declinazioni e sfaccettature.

Scopo del presente lavoro è dunque verificare l'atteggiarsi, in concreto, dei rapporti tra decisioni arbitrali e giudizi interni e se questi rapporti possano effettivamente ricondursi ai due, sopra richiamati, ruoli/modelli essenziali di supporto e supervisione, da un lato, e di controllo, dall'altro, delle corti nazionali rispetto all'arbitrato o se la prassi ne faccia emergere di ulteriori.

A tal fine, due sono i presupposti dai quali si prenderanno le mosse.

Il primo concerne il contesto giuridico che fa da sfondo all'analisi e all'indagine proposte e che, seppur a rischio di un qualche eccesso di semplificazione, si connota nel senso di una tendenziale e crescente uniformità. Se è vero, infatti, che il panorama normativo in materia di arbitrato non è ancora del tutto scevro da frammentazione e divergenze<sup>8</sup>, non può tuttavia negarsi che in tale panorama stia affiorando un nucleo comune di principi e valori fondamentali riconosciuti e condivisi a livello globale dalle diverse tradizioni e culture giuridiche di cui il predetto panorama si compone<sup>9</sup>.

Tanto che, a proposito di tale fenomeno, autorevole dottrina si è espressa nel senso di una convergenza virtuosa e di una dinamica positiva, di cui la conclusione della, e il successo registrato dalla, già citata, convenzione di New York del 1958 (che oggi annovera oltre 150 parti contraenti<sup>10</sup>) rappresentano la manifestazione più evidente<sup>11</sup>. In forza

<sup>7</sup> Convenzione delle Nazioni Unite per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958.

<sup>8</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., 10.

<sup>9</sup> F. VARESI, *Private international law*, cit., 10-11.

<sup>10</sup> Il testo della convenzione e un elenco aggiornato degli Stati contraenti è disponibile all'indirizzo <[www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org)>.

<sup>11</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., 11-12.

dell'obbligo, ivi imposto agli Stati contraenti segnatamente dagli artt. II.1 e III, di riconoscere le convenzioni arbitrali a favore dell'arbitrato estero, così come i lodi risultanti da tali arbitrati, le norme nazionali si sono andate progressivamente liberalizzando, modernizzando e uniformando, anche sotto l'effetto della Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale<sup>12</sup>, nel senso della c.d. *pro arbitration bias*, talché l'arbitrato è ormai assunto a vero e proprio «sistema transnazionale di soluzione delle controversie»<sup>13</sup>.

Il secondo presupposto dal quale si intende muovere concerne invece la ricognizione dei diversi momenti in cui, sulla base dell'accennato contesto giuridico di riferimento, può manifestarsi l'intervento, o il coinvolgimento, delle corti nazionali nell'arbitrato internazionale, e sui quali occorre preliminarmente intendersi. Ai fini di questo contributo, tali momenti sono complessivamente ricavati dalle predette convenzione di New York del 1958 e Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, e possono sorgere<sup>14</sup>: (1) prima della costituzione del tribunale arbitrale; (2) in concomitanza con l'avvio del procedimento arbitrale; (3) durante l'arbitrato; e (4) al momento dell'impugnazione, o della richiesta di *enforcement*, del lodo.

Sulla base del descritto contesto giuridico e rispetto alle possibili occasioni di rapporto o contatto tra decisioni arbitrali e giudizi interni si è dunque scelto (*a*) di considerare (alcune del)le possibili interazioni suscettibili di verificarsi nei tre diversi stadi di svolgimento del procedimento arbitrale, e dunque (*i*) nel primo, quando si tratti di accertare la competenza degli arbitri, (*ii*) nel corso del procedimento medesimo, quando si renda necessario il ricorso a provvedimenti cautelari o provvisori e, infine, (*iii*) a pronuncia del lodo intervenuta, quando si ponga una questione di validità o di eseguibilità dello stesso sotto lo specifico profilo della sua compatibilità con norme a carattere imperativo, e (*b*) di mettere in evidenza, per ognuna di queste situazioni, i contenuti, i confini e gli effetti delle relative decisioni arbitrali nei giudizi interni, e quindi davanti alle corti nazionali al cui vaglio tali decisioni si trovino a essere rimesse.

Se ne ricava un quadro, che si tenterà di tratteggiare, nel quale a ciascuna di tali distinte occasioni di intersezione corrisponde un diverso atteggiarsi in concreto dei rapporti tra decisione arbitrale e giudizio interno

<sup>12</sup> United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, come emendata nel 2006 ('UNCITRAL Model Law').

<sup>13</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., 12-13.

<sup>14</sup> C. KEE, G. ALVAREZ, *Role of State Courts*, cit., 1289 ss., 1291.

che, seppur tendenzialmente improntato al ruolo, ora di sostegno e di supervisione, ora di controllo, della corte nazionale, non sempre si risolve in una funzione di supporto per l'arbitrato, ma in taluni casi, come segnatamente si verifica rispetto all'esame della competenza del tribunale arbitrale, può tradursi, in concreto, in un'interazione non necessariamente benefica da parte della giurisdizione statale nell'esercizio della *potestas iudicandi* arbitrale.

Come si cercherà di illustrare, il rapporto tra decisione arbitrale e giudizio interno è agevolmente riconducibile ai modelli, sopra ricordati, di, rispettivamente, supporto e controllo allorché si abbia riguardo, per il primo, al ruolo delle corti nazionali rispetto ai provvedimenti cautelari o provvisori degli arbitri, e, per il secondo, alle funzioni che tali corti sono chiamate a svolgere, sempre alla stregua dei rilevanti parametri normativi testé richiamati, sul lodo arbitrale, ora in sede di impugnazione, ora ai fini del suo riconoscimento e/o della sua esecutività transnazionali. Più controverso invece, e – per lo meno allo stadio attuale di evoluzione del quadro normativo di riferimento – difficilmente ascrivibile ad alcuno dei due succitati paradigmi di supporto/controllo appare invece l'atteggiarsi del rapporto “decisione arbitrale-giudizio interno” quando a venire in rilievo sia l'accertamento della stessa sussistenza e/o dei confini della competenza arbitrale. Sembra infatti che l'assenza di soluzioni internazionalmente uniformi rispetto (i) all'eventualità che tale questione sia oggetto di procedimenti concorrenti davanti all'arbitro e al giudice, (ii) alla possibilità di accordare precedenza alla decisione arbitrale e (iii) all'efficacia di tale decisione nel giudizio interno non consenta di ricondurre il rapporto in questione ad alcuno dei suddetti paradigmi, configurandone viceversa gli effetti alla stregua di possibili interferenze ostative a uno svolgimento efficace e lineare dell'arbitrato.

Uno sguardo, necessariamente sintetico e per sommi capi, ma comunque più ravvicinato, a ciascuna delle sopra accennate situazioni dovrebbe aiutare a intendersi sui termini della questione e (auspicabilmente) favorire una migliore illustrazione della tesi che si vuole sostenere.

### 3. Decisioni cautelari arbitrali e giudizi interni

In pendenza della procedura arbitrale, le corti statali possono essere chiamate a svolgere, e talvolta di fatto svolgono, in suo favore, un ruolo di *supporto* che non si è esitato a definire «vitale»<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> C. KEE, G. ALVAREZ, *Role of State Courts*, cit., 1304.

Mentre l'*equivalenza funzionale* tra tribunali arbitrali e corti statali ai fini della composizione di controversie in materia civile e commerciale non è più in discussione<sup>16</sup>, i poteri, rispettivamente, degli arbitri e delle giurisdizioni nazionali restano, sotto certi profili, ancora profondamente diversi. Corollario della natura privatistica e contrattuale dell'arbitrato è che esso non è preordinato a proteggere interessi pubblici o generali<sup>17</sup> e che spesso manca degli strumenti e della struttura per rendere le sue stesse regole coercibili<sup>18</sup>: gli arbitri, infatti, «non dispongono del crisma dell'*imperium*»<sup>19</sup>.

Di qui, il ruolo, appunto, di *assistenza* e di *supporto* dei giudizi interni nei confronti delle decisioni arbitrali quando, nel corso della procedura, si tratti, ad esempio, di implementare provvedimenti di cautela della prova, la cui «attuazione giudiziale costituirebbe un autentico e diretto ausilio all'esercizio della cognizione di merito degli arbitri esteri, e dunque allo svolgimento delle loro precipue funzioni»<sup>20</sup>, di conservazione di determinati *assets* o di mantenimento dello *status quo*. Misure, queste, che le regole e la disciplina arbitrale definiscono, a seconda dei casi, conservative, cautelari o provvisorie<sup>21</sup> e che non avendo, in quanto tali, la natura di lodo, non possono di per sé giovare dell'efficace regime uniforme di *enforcement* a tali decisioni riservato.

<sup>16</sup> In tal senso v., nel nostro ordinamento, Cass. 25 ottobre 2013 n. 24153. In dottrina, tra gli altri, L. SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2014, 10.

<sup>17</sup> A. LEANDRO, *Punitive Damages and Punitive Damages 'in Disguise' in International Commercial Arbitration*, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (eds.), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Milano, 2019, 109 ss., 111.

<sup>18</sup> C. KEE, G. ALVAREZ, *Role of State Courts*, cit., 1304.

<sup>19</sup> A. HENKE, *Le misure cautelari arbitrali nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 1206 ss., 1226; V. HEUZÉ, *Une variété de transactions: la convention d'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2015, 3 ss., 26.

<sup>20</sup> A. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici)*, in *Judicium* (versione online), 2023, par. 12.

<sup>21</sup> Non è certo questa la sede per addentrarsi nella controversa definizione del concetto di misure "provvisorie" o "cautelari" rilevante ai fini in discorso (per un esempio delle diverse locuzioni con cui sono richiamate, v. l'art. 17 della Legge Modello UNCITRAL e l'art. 28 del Regolamento ICC). Se ne farà, pertanto, uso per riferirlo, indistintamente, ai provvedimenti funzionali alla tutela dei diritti delle parti fino alla pronuncia del lodo definitivo, indipendentemente dalla specifica misura (conservativa o protettiva, anticipatoria o di natura istruttoria) che con essi si intenda adottare.

Vero è che la maggior parte delle legislazioni nazionali<sup>22</sup> attribuiscono agli arbitri il potere di adottare le misure in questione, e che tale potere è comunque generalmente contemplato dalle regole, anche delle più note istituzioni arbitrali, in materia di arbitrato internazionale<sup>23</sup>. Ciò non toglie tuttavia che gli arbitri, ancora con una certa frequenza, si trovino a dover ricorrere al supporto delle corti statali<sup>24</sup>.

Non tutte le misure cautelari azionabili dalle corti statali possono infatti essere disposte dagli arbitri, senza contare gli ulteriori limiti derivanti dalla già ricordata origine privatistica e contrattuale del loro potere<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> In prospettiva internazionalprivatistica, la legge nazionale a cui rivolgersi per accertare la sussistenza della potestà arbitrale a emettere misure cautelari è quella della sede dell'arbitrato (*lex arbitri*). Se, in passato, era diffusa l'idea che il potere di concedere tali misure a sostegno dell'arbitrato spettasse esclusivamente alle corti statali (per essere le uniche a disporre del necessario potere di *imperium*), la tesi opposta ha ormai preso il sopravvento (per riferimenti e un esame delle diverse posizioni, v. A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 251 ss.) e, da ultimo, anche il nostro legislatore vi si è conformato, seppur subordinando l'esercizio di tale potere (che a certe condizioni si configura addirittura come esclusivo) da parte degli arbitri a un'espressa manifestazione della volontà delle parti in tal senso (in controtendenza, quindi, rispetto alle più evolute leggi straniere sull'arbitrato). In argomento v., *ex plurimis*, A. CARLEVARIS, *Competenza cautelare esclusiva degli arbitri e autonomia privata*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2023, 85 ss.

<sup>23</sup> V. anzitutto il *chapter* IV A, intitolato per l'appunto "Interim Measures and Preliminary Orders", della Legge Modello UNCITRAL, che detta un'ampia e dettagliata disciplina del potere del tribunale arbitrale di ordinare misure cautelari. La competenza cautelare degli arbitri è, come ben noto, riconosciuta anche da tutti i regolamenti arbitrali di maggiore diffusione: tra i tanti v., ad es., l'art. 28 par. 1 del Regolamento ICC, l'art. 25 delle London Court of International Arbitration (LCIA) Rules, l'art. 30 par. 1 delle Singapore International Arbitration Centre (SIAC) Rules e l'art. 26 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano. In dottrina, per tutti, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2021, 2606 ss.; J. FOURET, C. SERAGLINI, *Provisional Measures by Arbitrators and Emergency Arbitrators*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium*, cit., 1211 ss.

<sup>24</sup> C. KEE, G. ALVAREZ, *Role of State Courts*, cit., 1306.

<sup>25</sup> Così, come opportunamente evidenziato da A. MALATESTA, *Interim Measures and International Commercial Arbitration: Some Thoughts on the Concurrent Jurisdiction*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2023, 449 ss., 453-454, (i) si discute se gli arbitri abbiano il potere di ordinare il sequestro conservativo, spettando la fase esecutiva di tale misura alle corti statali (in Francia, ad es., esso può essere disposto solo dall'autorità giudiziaria, malgrado la competenza esclusiva degli arbitri, a partire dalla costituzione del tribunale arbitrale, per l'adozione di ogni altro provvedimento cautelare: v. art. 1468, co. 1, del codice di procedura civile francese e, in dottrina, v. T. CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2011, 85), e se gli arbitri possano, più in generale, emettere provvedimenti *inaudita altera parte* (c.d. *ex parte interim measures*); (ii) gli

Inoltre – ed è questo il caso più interessante ai fini in discorso – il sostegno delle corti statali si rende necessario per l'esecuzione forzata delle misure cautelari che pure gli arbitri abbiano il potere di adottare. La circostanza, infatti, che in forza della disciplina applicabile il tribunale arbitrale sia munito del potere di emettere questo tipo di misure non toglie che il relativo *enforcement* coattivo rimanga per lo più di esclusivo appannaggio delle corti statali, la cui assistenza al fine di garantire la piena effettività di dette misure risulta quindi essenziale<sup>26</sup>.

Tale assistenza si risolve proprio nell'*imperium* che spetta in via esclusiva alla competenza del giudice statale e riguarda gli strumenti di coercizione delle decisioni cautelari degli arbitri – misure «private», mancanti appunto di «possibilità coattive»<sup>27</sup> – il cui impiego soccorre ogniqualvolta il soggetto destinatario della misura non vi adempia spontaneamente (anche per effetto delle tecniche di cui gli arbitri dispongono che, pur senza il crisma dell'*imperium*, possono rivelarsi comunque efficaci)<sup>28</sup>.

Data la non applicabilità della convenzione di New York<sup>29</sup>, l'approccio più diffuso nelle legislazioni nazionali e, dal 2006, recepito anche dalla Legge Modello UNCITRAL, consiste nell'estendere alle misure in questione la stessa dichiarazione di esecutività applicata ai lodi definitivi<sup>30</sup>. Con tale dichiarazione, la decisione arbitrale è introdotta

arbitri non possono emettere misure cautelari finché non si siano costituiti in tribunale arbitrale; (iii) tali misure sono comunque prive di effetti nei confronti di soggetti (terzi) non vincolati dalla clausola arbitrale; (iv) le parti, di norma (e salvo quanto diversamente stabilito dalla legislazione nazionale applicabile: v., ad es., la disciplina di recente introdotta, come visto, dal legislatore italiano) possono escludere tale competenza arbitrale.

<sup>26</sup> A. MALATESTA, *Interim Measures*, cit., 462-463; C. KEE, G. ALVAREZ, *Role of State Courts*, cit., 1306.

<sup>27</sup> A. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., par. 4.

<sup>28</sup> A. HENKE, *Le misure cautelari arbitrali*, cit., 1208; P. KARRER, *Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please*, in A.J. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, The Hague, 2001, 103; A. CARLEVARIS, *The Enforcement of Provisional Measures*, in F.M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunal*, The Hague, 2021, 297 ss.

<sup>29</sup> Tra l'altro, a motivo del carattere non definitivo della decisione cautelare (fermo che la convenzione non sarebbe comunque applicabile a provvedimenti resi in arbitrati aventi sede nello stesso ordinamento): in argomento, per tutti, v. A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 307 ss., ove anche riferimenti giurisprudenziali e la precisazione che le decisioni arbitrali in discorso esulano altresì dall'alveo applicativo della convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale.

<sup>30</sup> A seguito della revisione del 2006, la Legge Modello UNCITRAL ha esteso le disposizioni concernenti il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi (artt. 35 e 36) alle

nell'ordinamento statale e produce i medesimi effetti di quelle ivi rese da autorità giurisdizionali. Questo approccio, che può ricondursi al (1) “modello *exequatur*”, non presuppone la qualificazione né l'adozione in forma di lodo della decisione arbitrale<sup>31</sup>.

Il modello alternativo è definito (2) “*court assistance*” e trova un esempio paradigmatico nella legge svizzera di diritto internazionale privato<sup>32</sup>. Generalmente considerato l'unico meccanismo disponibile per ottenere l'attuazione di misure cautelari nel paese, esso opera attraverso un provvedimento del giudice statale che conferma la decisione arbitrale o ordina alla parte inadempiente di darvi esecuzione<sup>33</sup>.

Negli ordinamenti che si rifanno al “modello *exequatur*” l'intervento del giudice si limita ad accertare che la decisione arbitrale soddisfi certi requisiti fondamentali e inderogabili (applicati tenendo conto della natura particolare delle misure cautelari e con il fermo divieto di riesame del merito) dichiarandone l'esecutività (o, eventualmente, negandola) senza riprodurne né tanto meno modificandone i contenuti<sup>34</sup>.

Anche l'adesione al modello “*court assistance*” preclude al giudice nazionale di esercitare alcuna discrezionalità rispetto ai contenuti della decisione arbitrale. Infatti, benché esso (diversamente dall'altro modello) implichi l'adozione, da parte del giudice, di un ordine distinto e autonomo, comunque i suoi contenuti ricalcano, e i suoi obiettivi perseguono,

misure cautelari a prescindere dalla sede dell'arbitrato. Così, giusta l'art. 17H par. 1, «*An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17I*», e nell'art. 17I par. 1 sono appunto enucleate le ragioni che possono fondare il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione. Sul punto v. ancora A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 301 e 304 ss., e ID., *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, 157 ss., 164.

<sup>31</sup> Tra le prime legislazioni nazionali a impiegare tale modello figura (dal 1986) quella olandese (art. 1052, co. 3, del codice di procedura civile dei Paesi Bassi), alla cui stregua lodi arbitrali e misure cautelari sono equiparati “*quoad effectum*”, a prescindere dalla forma, mentre Hong Kong è tra i pochi paesi che espressamente estendono il modello di *enforcement* in parola alle misure cautelari arbitrali provenienti dall'estero: v. A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 301-302.

<sup>32</sup> V. l'art. 183, par. 2, della legge svizzera di diritto internazionale privato, che dispone: «*[s]i la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit*».

<sup>33</sup> Chi intende far eseguire una misura cautelare arbitrale, pertanto, non può avvalersi del meccanismo di *exequatur* dei lodi di cui all'art. 193 della medesima legge: v. ancora A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 302.

<sup>34</sup> A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 301, e ID., *La legge-delega*, cit., 45.



quelli del provvedimento arbitrale, con limitato margine di adattamento di quest'ultimo alla disciplina processuale dello Stato in cui si tratti di attuarlo. Pertanto, salvo il caso di decisione ignota all'ordinamento richiesto, l'assistenza può essere rifiutata dal giudice solo a fronte di invalidità manifesta o non applicabilità dell'accordo compromissorio, irregolare costituzione del tribunale arbitrale o, nell'opinione di alcuni, violazione dell'ordine pubblico o dell'equo processo<sup>35</sup>.

Esistono naturalmente varianti e combinazioni dei due modelli, il cui esame e financo menzione non sono tuttavia compatibili con i limiti del presente lavoro<sup>36</sup>. Merita, comunque, almeno un cenno la recente novità introdotta con l'art. 818-ter cod. proc. civ. dal legislatore italiano, che come noto ha, senza distinzione tra misure cautelari interne o estere, sancito la loro diretta attuazione sotto il controllo del giudice territorialmente competente, escludendo, quindi, la necessità di *exequatur*, e in tal modo apparentemente superando lo stesso approccio, sopra visto, di cui alla Legge Modello UNCITRAL<sup>37</sup>.

Emerge dunque da quanto sopra che i tribunali arbitrali non dispongono dei poteri necessari a garantire la piena efficacia, specie transfrontaliera, delle proprie misure cautelari, sicché «*a protection from courts is needed*»<sup>38</sup>. È quindi a ragion veduta che la funzione dei giudizi interni rispetto alle decisioni cautelari arbitrali è stata definita ora di supporto, ora ausiliaria, ora di affiancamento o complementare<sup>39</sup>, ancillare<sup>40</sup> o, ancora, di cooperazione<sup>41</sup>. Essa, come visto, si manifesta specialmente quando il provvedimento cautelare è di emanazione arbitrale ma, a causa dell'inadempienza della parte a cui si rivolge (o comunque della sua mancata attuazione), se ne richieda l'*enforcement* coattivo mediante

<sup>35</sup> A. CARLEVARIS, *The Enforcement*, cit., 302 e *ivi* l'importante precisazione che mentre il provvedimento di *exequatur* spiega i suoi effetti unicamente nell'ordinamento del giudice che l'adotta, l'ordine assunto sulla scorta del *court assistance model* è suscettibile di circolare negli altri Stati alla stregua della rilevante disciplina volta a volta applicabile.

<sup>36</sup> Per un'analisi, v. A. CARLEVARIS, *The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators*, in *Yearbook of Private International Law*, 2007, 507 ss.; J. FOURET, C. SERAGLINI, *Provisional Measures*, cit., 1254 ss.

<sup>37</sup> Ne trattano A. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., parr. 11-12, e, con alcuni rilievi critici, A. CARLEVARIS, *Competenza cautelare esclusiva*, cit., 87.

<sup>38</sup> A. MALATESTA, *Interim Measures*, cit., 464.

<sup>39</sup> B. SASSANI, *Divagazioni su arbitrato e giurisdizione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 375 ss., 380 e 383.

<sup>40</sup> A. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., par. 12.

<sup>41</sup> B. SASSANI, *Divagazioni*, cit., 380.



l'esercizio del potere di *imperium* pur sempre riservato alle autorità giurisdizionali statali.

In questi casi, un corretto utilizzo del predetto potere, «non solo non costituisce un'indebita interferenza nella procedura arbitrale», ma si rivela al contrario uno strumento addirittura benefico, in quanto «indispensabile per garantirne uno svolgimento efficiente»<sup>42</sup>.

Infatti, salvo le ipotesi patologiche, o estreme, dianzi menzionate, né l'uno né l'altro modello di *enforcement* implicano alcun riesame della decisione arbitrale da parte delle corti nazionali né tanto meno qualsivoglia “manipolazione” dei suoi effetti, e l'unica, significativa, differenza tra il sistema dell'*exequatur* e quello della *court assistance* sta in ciò, che in quest'ultimo il provvedimento arbitrale è, per così dire, trasfuso in una misura nazionale autonoma, che purtuttavia deve produrne sostanzialmente gli stessi, originari, effetti.

#### 4. Decisioni arbitrali e giudizi interni di annullamento o di *exequatur*

La funzione “*supervisory*” e di “*review*” dell'arbitrato che, secondo l'opinione richiamata in apertura, spetta alle corti statali trova la propria sede d'elezione nei giudizi interni sia di impugnativa/annullamento sia di *enforcement/exequatur* dei lodi arbitrali, data la sostanziale identità delle ragioni ai fini che qui rilevano, rispettivamente, a sostegno dell'uno o contro l'altro, assumendo comunque la prospettiva, rispetto ai giudizi di annullamento, di Stati che – a differenza dell'Italia – si siano conformati all'UNCITRAL Model Law<sup>43</sup>, e, rispetto all'*enforcement/exequatur*, della disciplina di cui alla convenzione di New York, considerata la, già ricordata, ampia ed estesa adesione alla stessa da parte degli Stati<sup>44</sup>.

Tale funzione, peraltro, si colora di implicazioni e risvolti ulteriori facendo, ancora una volta, affiorare un profilo di ausilio e di supporto delle corti statali all'effettività dell'arbitrato e del suo prodotto<sup>45</sup>, quando a essere messa in causa sia la compatibilità degli effetti del lodo con le

<sup>42</sup> A. HENKE, *Le misure cautelari arbitrali*, cit., 1221.

<sup>43</sup> Ad oggi, circa un'ottantina: per un elenco aggiornato v. <[uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](http://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status)>.

<sup>44</sup> Su tale identità e sulle ragioni che la fondano v., da ultimo, G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award for the controlling court*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2019, 257 ss., 258-259; A. MALATESTA, *Il ruolo delle corti statali*, cit., 135-136.

<sup>45</sup> A. BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011, 573 ss., 578-579.

norme di applicazione necessaria (*overriding mandatory rules/lois de police*) e/o di ordine pubblico dello Stato del foro<sup>46</sup>.

La necessità di un controllo giudiziale sulla conformità a tali norme degli effetti del lodo è infatti diffusamente indicata come condizione per escludere o quanto meno limitare il rischio che si riduca la fiducia degli ordinamenti statali nell'arbitrato, e quindi l'ambito delle controversie arbitrabili<sup>47</sup>, a discapito evidentemente dello stesso successo dell'arbitrato quale forma di giustizia privata avente (alla stessa stregua, invero, della logica sottesa alla convenzione di New York) piena e pari dignità rispetto alle corti nazionali<sup>48</sup>. Anche secondo le tesi, c.d. autonomiste, più estreme sul rapporto tra arbitrato commerciale internazionale e ordinamenti statali, in particolare quello di sede dell'arbitrato<sup>49</sup>, le norme di applicazione necessaria di tale ordinamento (e in generale di quelli ulteriori che, a vario titolo, risultino collegati alla controversia) costituiscono

<sup>46</sup> Norme di applicazione necessaria sono, secondo la ben nota definizione accolta (riecheggiando il *dictum* della Corte di giustizia UE in *Arblade*, sentenza del 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, par. 34) dall'art. 9 par. 1 del regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto» in virtù delle rilevanti regole di conflitto. Sul ruolo e sulla rilevanza, nell'arbitrato commerciale internazionale, delle norme in parola, v., per tutti, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, in *Recueil des cours*, Vol. 315, 2006.

<sup>47</sup> G. CORDERO-MOSS, *Public policy, uniform application of EU law and arbitrability*, in A. CALISSENDORFF, P. SCHÖLDSTRÖM (eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook*, London – The Hague, 2020, 199 ss., che a sostegno di tale affermazione richiama la posizione della Corte di giustizia UE rispetto agli arbitrati degli investimenti di cui alla sentenza *Achmea* (del 6 marzo 2018, C-284/16, sulla quale v. anche *infra*, nota 59) e di alcune corti nazionali dell'UE rispetto a controversie in materia di contratto di agenzia commerciale (sulle quali v. anche *infra*, nota 62), e osserva che «*The legitimacy of arbitration is threatened by the fear that arbitration may become a mechanism by which the parties circumvent the application of important policies reflected in overriding mandatory rules such as competition law*».

<sup>48</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules and International Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 2012, 49 ss., 55 e 60; M.V. BENEDETTELLI, *Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience*, in *Arbitration International*, 2015, 631 ss., 638.

<sup>49</sup> Una ricostruzione delle quali è stata, da ultimo, operata, come ricordato, da M. GRASSI, *Il riconoscimento*, cit., 207-214.

un limite invalicabile alla (sempre più ampia) libertà delle parti e degli arbitri nella scelta della disciplina applicabile<sup>50</sup>.

Secondo la dottrina c.d. del *second-look*, l'esercizio del controllo giudiziale costituisce, in altri termini, garanzia dell'arbitrabilità delle controversie, estesa sino a ricomprendere quelle che nei vari ordinamenti, anche dell'UE, mettano in causa l'operatività di norme che, per presidiare valori cardine, si inquadrino nella categoria delle norme di applicazione necessaria e/o di ordine pubblico<sup>51</sup>.

Tale finalità giustifica, come si è scritto in dottrina, una valutazione da parte delle corti nazionali dell'effettivo rispetto, nel lodo, delle norme predette, con alcune perduranti incertezze, peraltro, all'atto di tracciare il

<sup>50</sup> S.M. CARBONE, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, 353 ss.; S.M. CARBONE, C.E. TUO, *Considerazioni conclusive. Autonomia e limiti della disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale*, in D. MANTUCCI (dir.), *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, vol. XII, *L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali*, Napoli, 2021, 1323 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., e ID., *When, why and how must arbitrators apply overriding mandatory provisions? The problem and a proposal*, in F. FERRARI (eds.), *The impact of EU law on international commercial arbitration*, New York, 2017, 379 ss.; G. ZARRA, *'From Paris with Love': Transnational Public Policy and the Romanic Approach to International Arbitration*, in *The Italian Law Journal*, 2021, 303 ss.

<sup>51</sup> È appena il caso di ricordare che la relazione tra arbitrato e norme di applicazione necessaria si è evoluta da una fase, ormai risalente, in cui le controversie implicanti l'operatività di tali norme si consideravano non arbitrabili, sull'assunto che esse norme, presidiando interessi fondamentali dello Stato, potessero essere correttamente applicate solo dalle autorità giurisdizionali, al generale riconoscimento dell'arbitrabilità anche di simili controversie. Come ben noto, tale mutamento di prospettiva è intervenuto più di trent'anni fa, sulla scia della decisione della Corte suprema U.S. nel caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 1985, 473 U.S. 614, a proposito, in particolare, di liti in materia antitrust. Se, infatti, fino a quel momento, liti del genere erano considerate non arbitrabili per involgere interessi pubblici fondamentali, la citata decisione ha inaugurato un'era di "arbitration-friendliness", estendendo la sfera dell'arbitrabilità alla condizione che le corti statali siano abilitate, appunto, a un "second look" rispetto al *decisum* arbitrale per il tramite, in particolare, della clausola di ordine pubblico. In argomento, per tutti, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 51; G. CORDERO-MOSS, *Mitsubishi: balancing arbitrability and court control*, in H. MUIR WATT, L. BÍZIKOVÁ, A. BRANDÃO DE OLIVEIRA, D. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Global Private International Law, Adjudication without Frontiers*, Cheltenham (UK), Northampton (Massachusetts), 2019, 82-91. E, come evidenza ancora G. CORDERO-MOSS, *Public policy*, cit., 203, ad analoga apertura è giunta la Corte di giustizia dell'UE, rispetto a giudizi arbitrali che mettano in causa l'applicazione di norme *antitrust* UE di ordine pubblico, con il caso *Eco-Swiss* (sentenza del 1° giugno 1999, C-126/97). Sulla rilevanza del diritto dell'UE nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale v. da ultimo, per tutti, K. KESSEDIAN, *European Union Law in Arbitration Proceedings: Status and Methods*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium*, cit., 1955 ss.

perimetro, oltre che la profondità, di questa valutazione<sup>52</sup>. Rimane invero ancora aperto l'interrogativo circa il grado di autonomia o deferenza del controllo giudiziale rispetto alle determinazioni degli arbitri sulle quali si appuntino le ragioni di invalidità o non eseguibilità del lodo<sup>53</sup>.

Infatti, la verifica, nel giudizio interno, della decisione arbitrale in ordine all'arbitrabilità della lite e/o alla conformità all'ordine pubblico deve comunque svolgersi nel rispetto dell'inderogabile divieto di riesame del merito, che preclude al controllo delle corti di risolversi in giudizio di appello<sup>54</sup> e che costituisce corollario del carattere "*final and binding*" del lodo, al quale sono saldamente ancorate le stesse effettività ed efficienza del "sistema-arbitrato". Così, in particolare, eventuali errori in diritto da cui il lodo sia inficiato sono privi, in sé, di rilevanza ai fini del limite dell'ordine pubblico<sup>55</sup>, il cui ambito di operatività è, come noto, rigorosamente ristretto ai soli casi di manifesto contrasto degli effetti del lodo con i principi socio-economici fondamentali dell'ordinamento del foro<sup>56</sup>.

L'individuazione dell'esatto confine tra il controllo giudiziale ai sensi della *second-look doctrine* e la violazione, invece, del divieto di riesame del merito si pone al centro del dibattito, sempre attuale<sup>57</sup>, tra le tesi c.d. (i) minimalista, secondo cui le corti statali sono vincolate alle valutazioni arbitrali e il controllo del giudice è ammesso solo in assenza di alcun esame, nel lodo, di profili di eventuale violazione di norme inderogabili<sup>58</sup>, e (ii) massimalista, secondo cui dal lodo non discendono

<sup>52</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 53.

<sup>53</sup> G. CORDERO-MOSS, *Public policy*, cit., 199-200.

<sup>54</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 62; G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 259.

<sup>55</sup> G. CORDERO-MOSS, *Public policy*, cit., 202. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 60.

<sup>56</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 3532; G. CORDERO-MOSS, *Public policy*, cit., 202 e 206; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 57 e 60.

<sup>57</sup> G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit.; A. MALATESTA, *Il ruolo delle corti statali*, cit., 138.

<sup>58</sup> Su questa dottrina v. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust: a Paradigm of the Relations between Arbitration and Mandatory Rules: A Fresh Look at the Second Look*, in *International Arbitration Law Review*, 2004, 23 ss.; ID., *L'illicéité "qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 529 ss.; ID., *Arbitrage commercial international*, cit., 363. Come riferisce G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 263-264, la Francia è tra i Paesi in cui la dottrina minimalista ha avuto maggiori applicazioni (tra le quali, in particolare, v. A Parigi, 18 novembre 2004, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 751), mentre nei Paesi Bassi si è registrata l'adesione all'approccio contrario (Gerechthof Haag, 24

effetti preclusivi del controllo giudiziale e le corti conducono un'indagine, autonoma e indipendente da quella arbitrale, circa l'eventuale violazione dell'ordine pubblico<sup>59</sup>.

Comune a entrambe le tesi è peraltro il presupposto della funzione di controllo e di “*review*” dei giudizi interni sulla decisione arbitrale, in chiave appunto di riaffermazione, rafforzamento ed espansione dell'arbitrato; funzione che è vieppiù evidente, come ancora di recente rimarcato in dottrina, quando il controllo si svolge a fronte di una censura di inarbitrabilità della lite o di incompatibilità del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo con le norme fondamentali (di applicazione necessaria o di ordine pubblico) che, nello Stato ove si svolge il giudizio, presidiano la materia con carattere di imperatività assoluta<sup>60</sup>.

Quindi, rispetto al lodo, il rapporto “decisione arbitrale-giudizio interno” ai fini del controllo di validità e/o dell'*exequatur* si inquadra pienamente nel paradigma del controllo, che si risolve in un *favor*, e che quindi è certamente benefico – in quanto anche, nuovamente, di ausilio e di supporto – per l'arbitrato, in particolare allorché sia messa in discussione la compatibilità degli effetti del lodo stesso con l'ordine pubblico o comunque con norme di applicazione necessaria.

E addirittura, perché tale controllo spieghi simili, benefici, effetti, è opportuno che esso, pur sempre senza infrangere il divieto di riesame del merito, non si riduca in eccessiva deferenza rispetto alle valutazioni arbi-

marzo 2005, NJF 2005/239). In Francia, peraltro, si sta delineando un orientamento più vicino alla dottrina massimalista nei casi di corruzione o riciclaggio di denaro (v. A Parigi, 17 novembre 2020, in *Rivista dell'arbitrato*, 2021, 795 con nota di M.L. SERRA, *Ordine pubblico internazionale e corruzione: questioni aperte in tema di natura del lodo e di raggiungimento della prova*).

<sup>59</sup> Per una più compiuta esposizione di questa dottrina, v. L.G. RADICATI DI BROZOLLO, *Mandatory Rules*, cit., 54-55 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. Secondo G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 269-271, dalle conclusioni degli avvocati generali Jääskinen e Whatelet nei casi, rispettivamente, *CDC* (C-352/13), *Genentech* (C-567/14) e *Achmea* (C-284/16) può ricavarsi un'espressa adesione alla tesi massimalista. La Corte di giustizia, peraltro, non risulta aver ancora preso posizione al riguardo, anche se, ad avviso della stessa A., la sentenza nel caso *Achmea* conterrebbe, in un *obiter dictum* con cui esprime un'indiretta condivisione delle conclusioni dell'avvocato generale Whatelet, un'indicazione di *favor* della Corte per la tesi predetta. Secondo questa ricostruzione, la ragione per cui, diversamente dall'arbitrato degli investimenti, quello commerciale è “fatto salvo” dalla Corte è proprio l'esistenza del *second-look* delle corti statali, che per garantire un'effettiva applicazione delle norme UE inderogabili, dovrebbe appunto svolgersi in conformità alla dottrina massimalista.

<sup>60</sup> S.M. CARBONE, *Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti*, in *Dir. comm. int.*, 2023, 313 ss.

trali<sup>61</sup>, posto che un'impostazione del genere, ancorché apparentemente "arbitration-friendly", può alimentare un atteggiamento di sospetto e diffidenza nei confronti dell'arbitrato stesso: «*the minimalist theory runs the risk of depriving court control of any meaningful effect, thus encouraging a restrictive attitude towards arbitrability*»<sup>62</sup>.

Simile conclusione, peraltro, non implica necessariamente di aderire all'opposta tesi massimalista.

Come autorevolmente suggerito in dottrina<sup>63</sup>, infatti, una possibile sintesi tra le due posizioni consiste nell'ammettere un controllo giudiziale sul lodo «*genuine, while at the same time restrained*»<sup>64</sup>, che si concentri, in particolare, sulla sua parte motiva. Se deve infatti condividersi l'opinione che il controllo in questione non può limitarsi alla parte operativa del lodo e quindi alla mera verifica che esso, «*on its face*», non è viziato da «*blatant illegalities*», atteso che una tale verifica risulta invariabilmente inidonea a rivelare eventuali violazioni dell'ordine pubblico, il vaglio, completo e debitamente accurato, delle ragioni a sostegno della decisione arbitrale è invece atto a metterne in luce tali violazioni senza, al contempo, infrangere il divieto di riesame del merito della decisione medesima. Risulta, così, possibile accertare se le norme imperative rilevanti ai fini della decisione siano state adeguatamente applicate dagli arbitri o, in caso contrario, le ragioni di tale omissione. E l'intensità del controllo giudiziale è tanto maggiore, potendosi spingere all'esame delle difese di parte e delle prove prodotte in corso di causa, o addirittura a una completa rivisitazione del caso, nelle ipotesi effettivamente patologiche in cui, ad esempio, il lodo sia completamente privo (*i*) di motivazione ovvero (*ii*) di alcuna valutazione circa l'applicabilità di norme di ordine pubblico<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> A. MALATESTA, *Il ruolo delle corti statali*, cit., 140.

<sup>62</sup> È, del resto, proprio un atteggiamento di tal fatta che, come non si è mancato di rimarcare in dottrina (G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 271), spiega la scelta di alcuni Stati UE come Austria, Belgio, Germania e Inghilterra di negare l'arbitrabilità di controversie concernenti contratti di agenzia sul presupposto del carattere imperativo della disciplina al riguardo vigente nell'Unione e del rischio che deferendo tali controversie in arbitrato la disciplina in questione possa essere disattesa o aggirata.

<sup>63</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 62-65.

<sup>64</sup> C. SERAGLINI, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2009, 5 ss., 23.

<sup>65</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules*, cit., 62-65.

### 5. Decisioni arbitrali e giudizi interni alla prova della verifica della competenza arbitrale

I sopradescritti modelli di supporto e controllo ai quali, anche in combinazione tra loro, si sono ricondotti i rapporti tra decisione arbitrale e giudizio interno ai fini dell'*enforcement* di misure cautelari e dell'annullamento e/o *exequatur* del lodo non paiono, invece, attagliarsi alla situazione in cui, al centro dei predetti rapporti, si ponga la questione della competenza arbitrale.

È ben noto che la verifica di tale questione poggia sul principio c.d. della *Kompetenz-Kompetenz* generalmente riconosciuto, nella sua accezione "positiva"<sup>66</sup>, da convenzioni internazionali e dai principali regolamenti o decisioni arbitrali<sup>67</sup> – tanto da essere pressoché universalmente annoverato tra i principi transnazionali di diritto nell'arbitrato<sup>68</sup> – oltre che consacrato dall'art. 16, par. 1, della Legge Modello UNCITRAL e dalle legislazioni degli Stati che vi si ispirano<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> P. MAYER, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, in *Recueil des Cours*, Vol. 217, 1989, 319 ss., 327; J.F. POUDET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles-Paris-Genève, 2002, 407 ss.; W.W. PARK, *The Arbitrators' Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, in A.J. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Alphen aan den Rijn, 2007, 55.

<sup>67</sup> Il riferimento è, ad es., alla convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961, attualmente in vigore in trentuno Stati (quasi tutti membri dell'UE) e applicabile alle controversie sorte, o che potrebbero sorgere, da operazioni del commercio internazionale tra persone fisiche o giuridiche aventi, al tempo della conclusione della convenzione arbitrale, la propria residenza abituale ovvero la propria sede in Stati contraenti diversi. In virtù del suo art. V, par. 3, «[s]ubject to any subsequent judicial control provided for under the *lex fori*, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part». Tra i principali regolamenti arbitrali, v. l'art. 6 delle ICC Rules (2017); l'art. 23, par. 1, delle LCIA Rules (2014). Per ulteriori esempi, anche di decisioni arbitrali, v. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 1159-1162.

<sup>68</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence Principle's Positive Effect*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium*, cit., 772 e 783.

<sup>69</sup> V. l'art. 16, par. 1, della Legge Modello UNCITRAL, che recita «*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement*». Circa due terzi degli Stati che hanno adottato la Legge Modello riproducono testualmente nella loro legislazione il contenuto dell'art. 16. Tra le giurisdizioni che riconoscono l'accezione "positiva" della *Kompetenz-Kompetenz* ma non si rifanno formalmente alla Legge Modello v., ad es., l'art. 1465 del



Fondando il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza<sup>70</sup>, esso mira a evitare sospensioni, e quindi ritardi, del procedimento arbitrale ogni qual volta siano messe in discussione l'esistenza e/o la validità dell'accordo compromissorio, la cui decisione è dunque deferita al tribunale arbitrale e al successivo, eventuale, controllo delle corti statali in sede di annullamento, o di *exequatur*, del lodo, ove la predetta decisione sia stata in senso affermativo e gli arbitri abbiano pertanto definito anche il merito della lite<sup>71</sup>.

Più controverso, invece, rimane ancora il riconoscimento dell'accezione "negativa" di questo principio<sup>72</sup>, che riguarda, in senso ampio, la competenza delle corti statali a statuire sulla sussistenza della giurisdizione arbitrale (e, quindi, sull'insussistenza della propria) prima o dopo che vi abbiano provveduto gli arbitri e che, a certe condizioni, comporta addirittura, secondo alcuni, l'esclusione di ogni potestà decisionale al riguardo da parte dei giudici nazionali<sup>73</sup>.

Così, oggi, il dibattito intorno a questo "effetto" negativo della *Kompetenz-Kompetenz* si incentra essenzialmente sulle questioni se (i) le corti statali debbano astenersi (salva una valutazione *prima facie*) dal decidere sulla propria giurisdizione (e indirettamente, su quella arbitrale) fintantoché gli arbitri non abbiano deciso sulla loro e (ii) la pronuncia al riguardo del tribunale arbitrale sia vincolante per i giudizi interni o, più in generale, sia dovuta da parte di questi una sorta di deferenza nei confronti del *decisum* arbitrale<sup>74</sup>.

codice francese di procedura civile, la *section 30* dell'English Arbitration Act (1996) e l'art. 186 della legge svizzera di diritto internazionale privato.

<sup>70</sup> E. GAILLARD, J. SAVAGE (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, par. 650; G.A. BERMAN, *The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration*, in *The Yale Journal of International Law*, 2012(1), 1 ss., 13-14; K. HOBBER, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, in *Recueil des Cours*, Vol. 366, 2013, 216; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 1141; D. GIRSBERGER, N. VOSER, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo, 2021, part. 548 ss.

<sup>71</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 774; G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 261.

<sup>72</sup> J.J. BARCELÓ III, *The Competence-Competence Principle's Negative Effect*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium*, cit., 807 ss., 808.

<sup>73</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 772, 775 e 790, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in E. GAILLARD, D. DI PIETRO (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention Practice*, London, 2008, 257 ss., 259-260.

<sup>74</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 775.



Nessuna indicazione utile alla risposta a tali questioni può, invero, trarsi dalla convenzione di New York né dalla Legge Modello UNCITRAL, il cui art. 8, pur statuendo (par. 1) – come l'art. II, par. 3, della predetta convenzione – che la corte statale investita di un'azione rientrante nell'accordo arbitrale deve deferire le parti in arbitrato, è addirittura utilizzato per giustificare la contemporanea pendenza di procedimenti aventi ad oggetto la giurisdizione del tribunale arbitrale<sup>75</sup>.

Infatti, nonostante che – come accennato – la stessa *Model Law* enunci espressamente il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, ai sensi del suo art. 8, par. 2, «*[w]here an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court*».

Del resto, come è stato scritto<sup>76</sup>, anche il citato art. II, par. 3, della convenzione di New York<sup>77</sup> – generalmente considerato la più compiuta espressione del principio secondo cui un valido accordo di competenza arbitrale esclusiva preclude *tout court* l'esercizio della giurisdizione statale<sup>78</sup> – non fornisce alcun meccanismo di coordinamento capace di risolvere il delicato problema della intersezione tra la potestà decisoria, rispettivamente, degli arbitri e delle corti statali<sup>79</sup>. Si osserva, in proposito, che tale articolo subordina l'obbligo delle corti statali di deferire le parti in arbitrato (e, quindi, di declinare la propria giurisdizione) alla condizione, da una parte, dell'oggettiva arbitrabilità della lite, e, dall'altra, della validità, efficacia e applicabilità dell'accordo compromissorio. Il che, evidentemente, abilita il giudice nazionale a un esame della controversia e dello stesso accordo compromissorio, ponendo pertanto un problema di procedimenti paralleli non appena il tribunale arbitrale è investito della stessa causa, e un problema di *res iudicata* non ap-

<sup>75</sup> K. HOBER, *Res Judicata*, cit., 221; S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 791.

<sup>76</sup> F. RAGNO, *Parallel Proceedings in International Commercial Arbitration*, in S. KRÖLL, A.K. BJORKLUND, F. FERRARI (eds.), *Cambridge Compendium*, cit., 1633 ss., 1641.

<sup>77</sup> Del quale, per comodità di lettura, si riporta il testo: «*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*».

<sup>78</sup> K. HOBER, *Res Judicata*, cit., 195 ss. e 215.

<sup>79</sup> M.V. BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, in F. FERRARI (eds.), *The Impact of EU Law*, cit., 480-481.

pena la corte statale o il tribunale arbitrale siano addivenuti a una decisione in punto di giurisdizione<sup>80</sup>.

Nessuno dei due testi normativi è dunque decisivo nel senso di accordare, o meno, precedenza alla valutazione arbitrale circa la sussistenza di un valido accordo compromissorio esclusivo della giurisdizione statale, né nel senso del tipo di controllo sulla convenzione arbitrale ove di tale valutazione sia investita l'autorità giurisdizionale. La mancanza di uno standard uniforme a cui improntare la soluzione delle predette questioni spiega l'ampia varietà delle prospettazioni affacciate in dottrina e degli approcci rinvenibili nei diversi ordinamenti statali<sup>81</sup>.

Sul primo versante, si scontrano le posizioni di chi sostiene l'applicabilità della disciplina generale di diritto processuale civile internazionale sulla litispendenza<sup>82</sup> e di chi, invece, la nega, anche teorizzando l'unilaterale "priorità cronologica" dell'arbitrato<sup>83</sup> («*one-way kind of lis pendens*»),<sup>84</sup> quale effetto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* in funzione della prioritizzazione della decisione arbitrale sulla competenza del tribunale arbitrale medesimo<sup>85</sup>.

In particolare, nel senso dell'inadeguatezza del meccanismo della *lis pendens* se ne fa valere l'intrinseca rigidità e, quindi, l'incompatibilità con l'effetto positivo della *Kompetenz-Kompetenz* che, implicando appunto l'autorità degli arbitri di giudicare sulla propria competenza, significa anche

<sup>80</sup> F. DE LY, A. SHEPPARD, *ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, in *Arbitration International*, 2009, 25(1), 3 ss.

<sup>81</sup> F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1641; J.J. BARCELÓ III, *The Competence-Competence*, cit., 812 e 815.

<sup>82</sup> Per un esempio di applicazione, nella giurisprudenza, della disciplina della litispendenza ai rapporti tra arbitrato commerciale internazionale e giudizi interni, v. l'assai discussa decisione in data 14 maggio 2001 del Tribunale Federale svizzero nel caso *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (Spain) v. Colon Container Terminal S.A. (Panama)*, in *ASA Bulletin*, 2001, 544, di cui si occupano, *ex multis*, sia K. HOBBER, *Res Judicata*, cit., 226-228, sia F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1644-1645.

<sup>83</sup> In punto v. F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1651, che ravvisa un riscontro normativo di tale soluzione nell'art. VI, par. 3, della menzionata convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961, in virtù del quale «*where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary*».

<sup>84</sup> M.V. BENEDETTI, *International Arbitration in Italy*, Alphen aan den Rijn, 2020, 109.

<sup>85</sup> Su queste posizioni v. ancora F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1653-1654.

che agli arbitri medesimi non dovrebbe essere precluso di procedere nonostante che una corte statale sia stata adita per prima.<sup>86</sup> Se, infatti, la litispendenza presuppone la contemporanea pendenza, davanti a due autorità ugualmente munite di competenza, della stessa causa, tale situazione semplicemente non si verifica tra arbitri e corti statali, quando l'esistenza di un valido accordo compromissorio di per sé esclude la giurisdizione di queste ultime<sup>87</sup>.

Sul versante, invece, delle legislazioni statali, la posizione più estrema e radicale nel senso di riservare, sino alla pronuncia del lodo finale, la decisione sulla competenza arbitrale al solo tribunale arbitrale è, come noto, quella della Francia, che comunque ammette un controllo su tale pronuncia nell'ambito del giudizio di impugnazione del lodo<sup>88</sup>. La medesima impostazione è accolta in altri ordinamenti, che accordano

<sup>86</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions*, in *Dispute Resolution International*, 2008, 110 ss., 111; E. GAILLARD, *Coordination or Chaos: Do the Principles of Comity, Lis Pendens, and Res Judicata apply to International Arbitration?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2018, 205 ss., 207-208, secondo cui «*lis pendens has no role to play in solving jurisdictional conflicts between national courts and arbitral tribunals*»; F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1647 e *ivi* riferimenti alla rilevante giurisprudenza arbitrale. Esclude l'applicabilità della litispendenza (anche quale riflesso della decisione *Fomento*, citata alla nota 82) l'art. 186-bis (in vigore dal 1° marzo 2007) della legge svizzera di diritto internazionale privato, in forza del quale il tribunale arbitrale con sede in Svizzera decide della propria competenza indipendentemente dalla previa pendenza di un'azione avente il medesimo oggetto davanti a un giudice statale o ad altro tribunale arbitrale, fermo che comunque la decisione al riguardo del tribunale arbitrale rimane soggetta al controllo delle corti nazionali in sede di impugnazione del lodo. In argomento v. ancora K. HOBBER, *Res Judicata*, cit., 228.

<sup>87</sup> E. GAILLARD, *Coordination or Chaos*, cit., 208; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 4166. Secondo F. VARESI, *Private international law*, cit., 76, sarebbe proprio l'identico tema, al centro dei due giudizi, della verifica della giurisdizione arbitrale a integrare una situazione di litispendenza.

<sup>88</sup> In Francia è sancita una priorità dell'arbitro nella decisione su «*existence, validité et étendue d'une convention d'arbitrage*» (art. 1465 c.p.c.). Il giudice statale, pertanto, ove investito di una controversia già pendente in sede arbitrale, deve dichiararsi incompetente (art. 1448 c.p.c. come emendato nel 2011); se invece l'arbitrato non è ancora iniziato, il giudice statale ha la possibilità di decidere nel merito soltanto se la convenzione arbitrale è manifestamente nulla o inapplicabile. Questa disciplina è considerata di ordine pubblico, e quindi inderogabile dalle parti. Sulla soluzione francese v. diffusamente J.J. BARCELÓ III, *The Competence-Competence*, cit., 816-821, e K. HOBBER, *Res Judicata*, cit., 222-224.

precedenza alla decisione arbitrale anche in assenza di esplicite indicazioni normative in tal senso<sup>89</sup>.

Vi sono, per contro, altre legislazioni nazionali (come quelle tedesca e italiana) che ammettono la possibilità di una contemporanea pendenza di procedimenti (in Italia, l'approccio c.d. delle vie parallele)<sup>90</sup>, arbitrale e giudiziale, sulla questione della competenza arbitrale, oltre a contemplare, comunque, un controllo successivo su tale competenza, e quindi sulla convenzione arbitrale, in sede di impugnazione del lodo finale<sup>91</sup>.

Né mancano esempi di ordinamenti che, pur nel silenzio del legislatore, non riconoscono la portata vincolante dell'effetto negativo della *Kompetenz-Kompetenz* e la correlata preclusione per le corti statali a pronunciarsi sulla competenza arbitrale<sup>92</sup>.

Vero è che a favore di tale impostazione può argomentarsi che, così facendo, il giudice nazionale si limita a decidere sulla propria competenza a conoscere del merito della controversia, e che la verifica se le parti abbiano validamente stipulato una convenzione arbitrale può essere considerata una "ordinaria" "questione preliminare" che lo stesso giudice è chiamato, in prima battuta, a risolvere<sup>93</sup>.

Si tratterebbe, ad avviso di alcuni, dell'unica ipotesi di «sovrapposizione» di «*cognitio* giudiziale e arbitrale» sullo stesso oggetto, pur rientrante nell'accordo compromissorio, «naturale» e, per «ragioni logiche elementari», «non patologica». Si è parlato quindi, a questo proposito, di «compatibilità segnata dalla sovrapposizione» «fra cognizione arbitrale e cognizione del giudice dello Stato» che riguarda appunto «direttamente l'accordo compromissorio dedotto in via di eccezione o se possibile in via di azione innanzi alla giurisdizione statale» distinguendola dalla, e contrapponendola alla, «incompatibilità» della giurisdizione statale «per

<sup>89</sup> Il riferimento è, ad es., al Messico (dove, come in Francia, la priorità dell'arbitrato è sancita normativamente: art. 1465 del codice del commercio; v. S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 791), a Singapore (*ibid.*), Hong Kong (E. GAILLARD, *Coordination or Chaos*, cit., 210). Per un panorama delle giurisdizioni che riconoscono l'effetto negativo della *Kompetenz-Kompetenz*, v. E. GAILLARD, *Actualité de l'Effet Négatif de la Competence-Compétence*, in M.E. ANCEL et al. (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris-Madrid, 2018, 677 ss.

<sup>90</sup> M.V. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, cit., 73 ss.; A. SANTINI, Art. 12, in U. DRAETTA, R. LUZZATTO (eds.), *Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*, New York, 2012, 181 ss., 184.

<sup>91</sup> K. HOBER, *Res Judicata*, cit., 222-224.

<sup>92</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 792.

<sup>93</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 790.

identità di oggetto» rispetto alla lite deferita agli arbitri da convenzione compromissoria<sup>94</sup>.

Tuttavia, non può negarsi che la pronuncia della corte statale, una volta resa, priva, di fatto, il tribunale arbitrale della possibilità stessa di decidere in piena indipendenza circa la propria giurisdizione. Di qui, dunque, la constatazione che l'esame, da parte del giudice, della propria competenza – e quindi, indirettamente, di quella degli arbitri – vanifica l'effetto positivo della *Kompetenz-Kompetenz*, privandolo di alcun significato<sup>95</sup>.

Sullo sfondo di queste opposte concezioni si pone, come è stato giustamente osservato, il “dilemma” tra l'obiettivo delle corti statali, da un lato, di precludere alla parte di un accordo compromissorio di ostacolare lo svolgimento dell'arbitrato investendo l'autorità giurisdizionale di questioni che richiederebbero giudizi interni estremamente gravosi in termini di tempo e denaro – proprio quanto, cioè, la convenzione arbitrale mira a scongiurare (“*efficacy of arbitration*”); dall'altro lato, di salvaguardare il diritto fondamentale delle parti di accesso alla giustizia ordinaria nel caso in cui una di esse non vi abbia validamente rinunciato in virtù della convenzione arbitrale (“*fairness issue*”). Questa, in sostanza, la logica: se, in ultima battuta, allo stadio di *enforcement* del lodo, la decisione circa la giurisdizione arbitrale è rimessa, *de novo*, alle corti statali – come generalmente è ammesso dalle varie legislazioni nazionali –, allora tempo e denaro sarebbero risparmiati se tale decisione fosse affidata alle corti statali in prima battuta, vale a dire prima di deferire le parti all'arbitrato<sup>96</sup>.

Sembra tuttavia che, come anticipato, quella in esame sia una situazione di intersezione tra decisioni arbitrali e giudizi interni non riconducibile ad alcuno dei sopra richiamati paradigmi di supporto e/o controllo delle corti nazionali rispetto all'arbitrato, dovendo piuttosto ricostruirsi in termini di interferenza pregiudizievole e non giustificata alla luce degli obiettivi invocati.

Infatti, la funzione di controllo che, secondo le voci dottrinali dianzi richiamate, è rimessa alle corti nazionali può espletarsi da parte di queste ultime riducendo alquanto, se non addirittura eliminando, ogni indebita interferenza nell'arbitrato, senza con ciò sacrificare gli indicati obiettivi.

In questo senso, del resto, paiono orientate le voci dottrinali che, teorizzando la priorità, e *non* l'esclusività, della pronuncia arbitrale, af-

<sup>94</sup> A. BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie*, cit., 576.

<sup>95</sup> S. KRÖLL, E. KELLER, *The Competence-Competence*, cit., 790-791.

<sup>96</sup> Di qui, pertanto, la definizione dell'obiettivo di questa *policy* in termini di «*fairness/procedural efficiency*» in contrapposizione, appunto, alla «*efficacy of arbitration*»: J.J. BARCELÓ III, *The Competence-Competence*, cit., 808-809.

fermano che l'arbitrato commerciale internazionale deve potersi svolgere senza interruzioni sino alla pronuncia del lodo e che, quindi, quest'ultimo sia assoggettabile a un giudizio interno solo in un momento successivo, a fronte di un'eventuale domanda di annullamento, nello Stato di sede dell'arbitrato, o in sede di *exequatur*, negli altri Stati. Simile soluzione si impone alla luce, contemporaneamente, del diritto (che è corollario della "equal vocation" tra arbitrato e giurisdizione ordinaria) e dell'obbligo (che origina dalla convenzione di New York e dall'accordo compromissorio) del tribunale arbitrale di decidere circa la propria giurisdizione e sul merito della controversia deferita alla sua cognizione. Seppur le corti statali godano evidentemente del potere di riconoscere, o non, tale decisione, è loro comunque precluso di impedire all'arbitrato di svolgersi o agli arbitri di assolvere al proprio mandato<sup>97</sup>.

Anche rispetto alle intersezioni tra decisioni arbitrali e giudizi interni qui in esame, pertanto, il ruolo di controllo dei secondi potrebbe rivelarsi di proficuo supporto per le prime (depurandosi così dei risvolti pregiudizievoli testé evidenziati) ove le corti statali si astengano da alcuna decisione sulla competenza arbitrale prima della pronuncia del lodo, purché, beninteso, la giurisdizione degli arbitri risulti *prima facie* esistente.

Questa regola di priorità consente agli arbitri di essere i primi – ma, si badi, non gli unici – a statuire sulla propria autorità decisionale, per poi lasciare che le corti statali si pronuncino al riguardo solo a lodo emesso, nel contesto dei giudizi di annullamento o di *exequatur*. Di qui, dunque, il suggerimento di addivenire alla formulazione del principio per cui «*a court that is confronted with the question of the existence or validity of the arbitration agreement [that exists prima facie] must refrain from hearing substantive arguments as to the arbitrators' jurisdiction until such time as the arbitrators themselves have had an opportunity to do so*»<sup>98</sup>.

In questo modo, d'altronde, non si farebbe che replicare il meccanismo di coordinamento sul quale si fonda la convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di proroga della giurisdizione, deponendo a favore di tale assimilazione non solo l'analogia tra gli effetti dell'accordo sulla giurisdizione e della convenzione arbitrale, ma anche la circostanza che la convenzione predetta è, come noto, proprio modellata su quella di New York. Anche alla stregua della disciplina sugli accordi di proroga della giurisdizione, infatti, il giudice designato gode della priorità a giudicare della propria competenza, con l'obbligo per gli altri giudici – e

<sup>97</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 4174.

<sup>98</sup> E. GAILLARD, *Coordination or Chaos*, cit., 209.

salvo casi specifici dalla stessa convenzione enucleati (che lì si giustificano perché, a differenza che nell'arbitrato, non è contemplato un controllo successivo sulla decisione finale circa la competenza dell'autorità che l'ha emessa) – di declinare la propria giurisdizione<sup>99</sup>.

Come è stato scritto, si favorirebbe, in questo modo, l'obiettivo della prevedibilità nella soluzione delle controversie commerciali transfrontaliere disincentivando, nel contempo, *forum shopping* e tattiche processuali abusive<sup>100</sup>. E poiché le contestazioni "genuine" della convenzione arbitrale sono la minoranza, in tutti gli altri casi il procedimento potrebbe regolarmente svolgersi dinnanzi al suo "giudice naturale". D'altra parte, chi ha fondate ragioni di impugnare l'accordo compromissorio non resterebbe privo di tutela, potendo farle valere sia davanti allo stesso tribunale arbitrale sia, in caso di erronea statuizione da parte di quest'ultimo, davanti alle corti statali, nelle sedi competenti. Si tratta di un rischio marginale, se si condivide il presupposto che l'arbitrato costituisce una «*legitimate and reliable alternative to litigation*»<sup>101</sup> e che, pertanto, «*the arbitrators will not enforce 'sham arbitration agreements' or arbitration agreements obviously void or defective*»<sup>102</sup>. Tanto più che anche gli autorevoli esponenti della posizione favorevole a un controllo ampio e intenso dei giudizi interni sulle decisioni arbitrali paiono propensi a riconoscere che l'esame finale riservato alle corti nazionali sul lodo dovrebbe essere garanzia dell'esclusione di interferenze con l'arbitrato<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> F. VARESI, *Private international law*, cit., 78.

<sup>100</sup> E. GAILLARD, *Coordination or Chaos*, cit., 211.

<sup>101</sup> A. KAWHARU, *The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 491 ss., 498.

<sup>102</sup> F. RAGNO, *Parallel Proceedings*, cit., 1654.

<sup>103</sup> G. CORDERO-MOSS, *The effects of the award*, cit., 266.





## ARBITRATO E REGOLAMENTO BRUXELLES I-BIS: UNA RIFORMA NECESSARIA

Alberto MALATESTA\*

SOMMARIO: 1. La crescente ostilità “politica” della Corte di giustizia e dell’Unione europea verso l’arbitrato. – 2. I principali conflitti tra giurisdizione statale e arbitrato. – 3. In particolare, i conflitti tra sentenze e lodi. – 4. La nuova dimensione di tali conflitti alla luce della sentenza *London Steam-Ship* della Corte di giustizia dell’Unione europea. – 5. Le possibili conseguenze sullo svolgimento dei procedimenti arbitrali e sull’*arbitration exclusion*. – 6. La necessità di una riforma in occasione del prossimo *recast*: in favore dell’inclusione dei procedimenti di *exequatur* dei lodi nel regolamento.

### *1. La crescente ostilità “politica” della Corte di giustizia e dell’Unione europea verso l’arbitrato*

Il tema dei rapporti tra giurisdizione e arbitrato nello spazio giudiziario dell’Unione europea, in particolare nel quadro del regolamento *Bruxelles I-bis*, torna periodicamente di attualità e si arricchisce di tanto in tanto di qualche puntata.

La scelta di fondo del regolamento, mai messa in discussione dalle origini, è improntata a una separazione tra le due sfere giurisdizionali, che avrebbero dovuto essere governate senza interferenze, e oserei dire in una pacifica reciproca indifferenza, ciascuna da sistemi e regole proprie. Quest’approccio si è rivelato presto troppo semplicistico. Basti ricordare assai sommariamente i vari interventi della Corte di giustizia dell’Unione, che, chiamata in più occasioni a chiarire se alcuni profili rientrassero o meno nell’ambito del regime uniforme, ha dato di regola indicazioni in senso tendenzialmente restrittivo della portata dell’esclusione, a favore di un’*emprise* del regolamento<sup>1</sup>.

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università Cattaneo LIUC di Castellanza.

<sup>1</sup> La giurisprudenza in materia è notissima: a parte la prima sentenza *March Rich* (Corte di giustizia CE, *Marc Rich and Co. AG v. Società Italiana Impianti PA*, 25 luglio 1991, C-190/89), nel senso indicato dal testo vanno la sentenza *Van Uden* (Corte di giustizia CE, *Van Uden Maritime v. Kommanditgesellschaft*, 10 novembre 1998, C-391/95), e soprattutto la sentenza *West Tankers* (Corte di giustizia UE, *Allianz SpA e Generali*

Proprio queste difficoltà hanno portato, come noto, a un tentativo di coordinamento, almeno con riguardo agli arbitrati collegati al territorio dell'Unione, in occasione del *recast* del 2012, culminato in una proposta della Commissione UE, rimasta senza seguito. Il testo adottato si è limitato a una sostanziale conferma dell'assetto precedente, con alcuni ritocchi – l'art. 73, par. 2, dal sapore più che altro pedagogico, e il lungo considerando 12 che ambisce a fornire criteri interpretativi ma che con la sua ambiguità ha finito per creare ulteriori dilemmi invece che fornire soluzioni<sup>2</sup> – i quali, in modo paradossale rispetto ai progetti iniziali, hanno avuto per effetto un sia pur modesto ampliamento dell'*arbitration exclusion*<sup>3</sup>.

Di recente, tuttavia, la Corte è tornata, in una ormai celeberrima sentenza, la *London Steam-Ship*<sup>4</sup>, ad interpretare in modo estensivo l'ambito di applicazione del regolamento per quanto riguarda la materia arbitrale. Di nuovo rispetto al passato sembra emergere, nel nome dell'autonomia e della supremazia del diritto dell'Unione, una malcelata ostilità verso questo strumento di soluzione delle controversie. Tale atteggiamento è condiviso con alcune istituzioni dell'Unione, in particolare con la Commissione, che mal digerisce un sistema privato, di mercato, che nel tem-

*Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc*, 10 febbraio 2009, causa C-185/07). V. anche, seppur meno rilevante sotto il profilo in esame, la sentenza *Gazprom* (Corte di giustizia UE, *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, 13 maggio 2015, C-536/13).

<sup>2</sup> La letteratura è sterminata e le opinioni le più varie. Ci si limita a segnalare G. CARDUCCI, *The New Eu Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2013, 29(3), 467 ss.; A. MOURRE, M. NIOCHE, *Le règlement Bruxelles I "refondu" évite le risque d'une régionalisation de l'arbitrage*, in *Cahier de l'arbitrage*, 2013, 3, 567 ss.; T. HARTLEY, *The Brussels I Regulation and Arbitration*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2014, 63(4), 843 ss.; G. ZARRA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis ed il problema dell'esclusione dell'arbitrato*, in *Giustizia civile.com*, 2014; M. ILLMER, *The Arbitration Interface with Brussels I Recast: Past, Present and Future*, in F. FERRARI (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Huntington, 2017, 31 ss.; A. LEANDRO, *Conflitti di giurisdizione tra arbitrato internazionale e corti interne con particolare riguardo allo spazio giudiziario europeo*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali*, vol. XII, Napoli, 2021, 399 ss. Si veda anche l'opinione dell'Avvocato generale della Corte Wathelet nelle conclusioni presentate il 4 dicembre 2014 nel caso *Gazprom* secondo cui il considerando 12 «pressappoco alla maniera di una legge interpretativa retroattiva, spiega in che modo tale esclusione debba o avrebbe dovuto essere sempre interpretata» (par. 91).

<sup>3</sup> Per approfondimenti sulla proposta della Commissione e altre iniziative precedenti si rinvia a L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitration and the Draft Revised Brussels I Regulation: Seeds of Home Country Control and of Harmonisation*, in *Journ. Private Int. Law*, 2011, 7(3), 421 ss.

<sup>4</sup> Corte di giustizia UE (Grande Sezione), *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. Regno di Spagna*, 20 giugno 2022, C-700/20.

po si è ritagliato un'importante fetta della gestione dei c.d. servizi legali. Esso è manifesto per quanto riguarda l'arbitrato di investimento (si pensi solo alla celeberrima sentenza *Achmea* della Corte o al ruolo della Commissione nella fine dei trattati bilaterali di investimento intraeuropei), e ora non sembra risparmiare più neanche l'arbitrato commerciale internazionale.

La *London Steam-Ship* incide profondamente e modifica i termini della questione così come si era proposta sinora. Non si tratta più infatti solo di stabilire se un certo aspetto dell'arbitrato sia escluso o meno dal regolamento, ma in modo più ampio dell'impatto sulla disciplina applicabile ai procedimenti e ai lodi arbitrali, almeno di quelli collegati con il territorio dell'Unione. Il dibattito in proposito è vivace e molte resistenze a questa impostazione si sono già manifestate, a cominciare dall'Inghilterra, la giurisdizione da cui proveniva la domanda pregiudiziale che ha originato la sentenza, ove una recente decisione si è discostata significativamente dalle indicazioni della Corte<sup>5</sup>.

Nelle prossime pagine dunque: i) si illustrerà sinteticamente lo stato dell'arte delle principali situazioni di conflitto che possono sorgere tra giurisdizione statale e arbitrato (par. 2), ii) con particolare riferimento ai conflitti tra lodi e sentenze (par. 3), e iii) si darà poi conto dei riflessi della sentenza *London Steam-Ship* sulla soluzione di tali conflitti e sull'*arbitration exclusion* (parr. 4-5), iv) per svolgere infine alcune osservazioni sui possibili scenari di riforma futuri, in vista del prossimo *recast* del regolamento (par. 6).

## 2. I principali conflitti tra giurisdizione statale e arbitrato

Lo schema interpretativo più convincente del quadro normativo sopra indicato, al netto dei tanti dubbi che si manifestano tra i commentatori, si può riassumere, assai in sintesi, come segue<sup>6</sup>.

Un primo scenario riguarda i possibili conflitti di giurisdizione relativi al giudizio di validità sulla convenzione arbitrale, intesa nel senso ampio di cui all'art. II, par. 3 della convenzione di New York del 1958. Se di norma sulla validità decide l'arbitro in base al principio della *Kompetenz/Kompetenz*, può capitare infatti che ne sia investito anche un giudice statale a titolo principale, là dove è possibile, o più spesso a titolo

<sup>5</sup> Si veda di seguito nota 25 e testo corrispondente.

<sup>6</sup> Per un'illustrazione più ampia delle novità introdotte dal *recast* si rimanda a A. MALATESTA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'arbitration exclusion*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 59(1), 11 ss.

incidentale<sup>7</sup>, nel corso di un procedimento di merito intentato da una parte ove il convenuto eccepisce l'esistenza e la validità della convenzione arbitrale.

Come spiega la prima frase del considerando 12, il giudice opera questa valutazione della validità sulla base del proprio diritto nazionale e dei propri strumenti processuali, e pertanto, nelle materie che ricadono nella sfera delle norme uniformi: i) nel caso giudichi la convenzione valida, in accoglimento dell'eccezione di arbitrato, rinvierà all'arbitrato in virtù dell'art. II, par. 3 della convenzione di New York, senza che sia tenuto ad applicare il regolamento, e a prescindere dal fatto che sia competente in base allo stesso, o ii) qualora invece decida per l'invalidità stabilirà se sussiste la sua giurisdizione in base alle norme del regolamento, e in caso positivo proseguirà il giudizio adottando infine una sentenza nel merito.

Ne risulta superata la giurisprudenza *West Tankers* tanto criticata dal mondo dell'arbitrato: la questione di validità della convenzione arbitrale è una questione separata dalla giurisdizione, una "valutazione preliminare e distinta dalla giurisdizione", come afferma la Corte di Cassazione italiana. Per fare solo qualche esempio comparato: in Italia la Corte di Cassazione ha sviluppato l'idea di avvalersi dello strumento della dichiarazione di difetto di giurisdizione seppur privo di efficacia di cosa giudicata<sup>8</sup>, mentre in Francia si mantiene il c.d. effetto negativo della *Kompetenz/Kompetenz* tanto caro ai giuristi d'oltralpe<sup>9</sup>.

Certo, questa esclusione comporta che più fori (statali e arbitrali) possono decidere in merito alla clausola perché i meccanismi di coordinamento del regolamento sono inapplicabili e sono pertanto possibili conflitti di giurisdizione e di decisioni, ma questi eventuali contrasti appaiono accettabili, e sono in una certa misura fisiologici nella prassi arbitrale internazionale. Ciò può apparire strano e poco opportuno in uno spazio integrato come quello europeo, ma tale è la situazione alla luce

<sup>7</sup> Il linguaggio del testo ricalca quello del regolamento. Trasposto in quello dell'ordinamento italiano sembra più appropriato parlare di decisioni a seguito di azioni autonome volte all'accertamento (eventualmente anche negativo della validità della convenzione - (v. art. 819-ter, comma 3 c.p.c.), e quelle rese a seguito di eccezione, indipendentemente che spieghino efficacia incidentale o di cosa giudicata.

<sup>8</sup> V. in particolare Cass. Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153. V. ampiamente A. LEANDRO, *Conflitti*, cit., 435 ss. circa la differenza in punto di effetto di una decisione positiva circa l'eccezione di arbitrato estero (priva della forza di giudicato) e una decisione negativa (al contrario dotata di tale efficacia).

<sup>9</sup> Come noto, questo strumento è espressamente previsto dall'art. 1448 c.p.c. francese, a partire dal 2011.

della bocciatura politica della sopra menzionata proposta della Commissione.

Un secondo scenario concerne la circolazione delle pronunce rese da un giudice di uno Stato membro sulla validità della convenzione, ovvero l'invocazione dei loro effetti in un altro Stato membro, spesso quello della sede dell'arbitrato. Al tema sono dedicate, un po' confusamente, la seconda e la terza frase del considerando 12.

In base ad esse, in sintesi, qualunque decisione circa la validità della clausola arbitrale, a qualunque titolo assunta (principale o incidentale) e qualunque forma assuma (sentenza parziale o parte, o capo, di una sentenza di merito), sia che accerti sia che neghi la validità, non è soggetta alle norme sul riconoscimento e sulla esecuzione del regolamento e non è pertanto automaticamente riconosciuta negli altri Stati membri. Essa è disciplinata dai regimi internazionalprivatisti nazionali, con ovvi maggiori controlli, incluso quello sulla competenza indiretta.

Anche in questo caso si verifica un superamento di una conseguenza che si era tratta da *West Tankers* emblematicamente riassunta nel noto caso *Endesa* deciso da una *Court of Appeal* inglese nel 2009<sup>10</sup>. Così si ottiene una minore interferenza con il procedimento arbitrale – che si assume con sede in Stato diverso da quello di origine della sentenza – e si attribuisce una maggior libertà agli arbitri di procedere a una valutazione sulla clausola.

Il problema maggiore in questo contesto nasce nei casi in cui un giudice nello stesso provvedimento accoglie un'eccezione di incompetenza e prosegue il giudizio decidendo nel merito. È una questione antica, oggetto di attenzione già nella relazione *Schlosser* alla convenzione del 1979 di adesione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca alla convenzione di Bruxelles (par. 62), di incerta soluzione ancora oggi.

Gli elementi testuali del regolamento non sono di molto aiuto: il testo del considerando 12 – il cui valore precettivo, si sa, è debole – da un lato sembra consentire la circolazione secondo il regime semplificato di Bruxelles di una siffatta decisione, dall'altro ribadisce che ciò non pregiudica la competenza dei giudici degli Stati membri a decidere circa il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi conformemente alla convenzione di New York che anzi, si dice, “prevale” sul regolamento. In base a tale “prevalenza”, i giudici degli Stati membri richiesti, vincolati alla convenzione, non dovrebbero essere pertanto preclusi dall'applicare neanche l'art. II, par. 3 di quest'ultima ed eventualmente di rinviare all'arbitrato

<sup>10</sup> Cfr. EWCA, *National Navigation v. Endesa Generacion*, 17 dicembre 2009, 1997 (Civ).

in presenza di una convenzione arbitrale<sup>11</sup>. Ciò sembra confermato del resto dall'art. 73, par. 2 del regolamento.

Una risposta si deve dunque cercare sul piano sistematico. Sotto questo profilo, non si può non tenere conto della chiara indicazione di principio a favore dell'esclusione dall'ambito del regolamento di qualunque decisione circa la validità della convenzione arbitrale. La ragione di ciò sembra risiedere nella volontà di evitare conflitti con procedimenti arbitrali e lodi arbitrali che abbiano eventualmente deciso a loro volta nella stessa lite circa tale profilo.

Alla luce di questa scelta di fondo va declinato il principio della circolazione delle decisioni nel merito, in presenza di una convenzione arbitrale, a seconda delle circostanze. Ovverosia: i) qualora il giudice dello Stato di origine non abbia compiuto alcuna valutazione circa la validità, ragionevolmente perché non richiestagli, la decisione circolerà secondo il regime semplificato. In questo modo si evitano abusi derivanti dalla semplice invocazione successiva, nel procedimento di riconoscimento e di esecuzione, di una convenzione arbitrale non eccepita nel procedimento di merito; ii) se invece la clausola è stata invocata avanti al giudice di origine e questi ha giudicato l'eccezione infondata, allora inevitabilmente occorre riconoscere che questa valutazione non vincola i giudici di altri Stati membri, che applicheranno in proposito i propri sistemi internazionaliprivatisti, con l'inevitabile effetto di pregiudizio del riconoscimento o dell'esecuzione della parte di merito della sentenza qualora alla parte sulla (in)validità non sia stato dato effetto. In questo modo, si tranquillizzano anche coloro che temono che la circolazione di sentenze che abbiano dichiarato l'invalidità della convenzione arbitrale favorisca la diffusione di modelli normativi in materia di arbitrato meno liberali.

Una conferma di questa impostazione si è avuta di recente in una sentenza della Corte di Appello di Parigi che ha escluso dal regime di Bruxelles I – anche sulla base del considerando 12, seconda frase, pur non applicabile *ratione temporis* – una sentenza della Corte di Appello di Milano in ragione del fatto che la stessa, prima di decidere nel merito, aveva dichiarato inarbitrabile la lite<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Individuava già il problema H. VAN HOUTTE, *May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?*, in *Arb. International*, 1997, 13(1), 85 ss., specie 88.

<sup>12</sup> V. Corte d'Appello di Parigi (Camera commerciale), 1 febbraio 2022, n. 15/2022, parr. 62-65, decisione peraltro in linea con il precedente noto arresto della stessa Corte del 2006 nel caso *Fincantieri*.

### 3. In particolare, i conflitti tra sentenze e lodi

Un terzo scenario, oggetto della maggiore attenzione di questo lavoro, riguarda la circolazione delle sentenze di Stati membri in presenza di un lodo, o, altrimenti detto, i conflitti tra sentenze e lodi, ed in particolare la questione dei reciproci effetti preclusivi. Anche questo è un problema antico<sup>13</sup>, e, malgrado ciò, non affrontato dal *recast* del 2012, che si limita, come noto, ad introdurre l'art. 73, par. 2 e a spingersi nel considerando 12 ad affermare che la convenzione di New York "prevale" sul regolamento. Queste indicazioni hanno uno scarso se non nullo significato normativo, cosicché i problemi devono essere risolti in via interpretativa.

La convenzione di New York e il regolamento Bruxelles I-bis hanno, sotto il profilo del riconoscimento e dell'esecuzione, ambiti di applicazione diversi e definiti, che consentono di risolvere i conflitti di giudicati piuttosto agevolmente. A seconda del punto di vista da cui ci si mette, se si chiede il riconoscimento di un lodo o di una sentenza di uno Stato membro, opereranno infatti la prima o il secondo.

In primo luogo, se si chiede il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale nei casi in cui una sentenza del foro sulla stessa materia tra le stesse parti è già stata resa, rileverà il regime di New York che tuttavia non contempla esplicitamente tra i motivi di rifiuto il contrasto dei lodi con le sentenze e lascia dunque alle corti nazionali stabilire se il problema si risolva in base al testo convenzionale o, se del caso, sulla scorta dei diritti nazionali<sup>14</sup>. Sembra del resto ragionevole immaginare che questi ultimi, in protezione della armonia interna dei propri sistemi, non consentano il riconoscimento del lodo in una simile situazione.

Se, viceversa, nella prospettiva che qui più interessa, si chiede il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza di uno Stato membro in un altro Stato membro e si profili un'incompatibilità con un lodo arbitrale domestico, si dovrebbe applicare l'art. 45, par. 1, lett. c del regolamento Bruxelles I-bis, dedicato come noto alla soluzione del contrasto rispettivamente tra una sentenza del foro e una sentenza di un altro Stato, oggetto di una richiesta di riconoscimento, almeno nella misura in cui il lodo abbia acquistato la forma di un provvedimento domestico, attributivo di

<sup>13</sup> V. in tempi risalenti, con interpretazioni favorevoli agli effetti dei lodi, P. SCHLOSSER, *Conflit entre jugement judiciaire et arbitrage*, in *Rev. arbitrage*, 1981, 3, specie 381 ss.

<sup>14</sup> V. in questo senso T. HARTLEY, *The Brussels I Regulation*, cit., 865. Per la tesi secondo cui il principio della *res iudicata* rientra in quelli di ordine pubblico v. A. LEANDRO, *Conflitti*, cit., 415 s. Giova ricordare in proposito che la *London Steam* ha escluso tale configurabilità nel quadro del regolamento Bruxelles I (v. in specie par. 79).



efficacia di cosa giudicata o di esecutività, secondo le varie tecniche nazionali. Su tale base il valore del foro prevarrà, indipendentemente dal momento in cui si è formato.

Si può tuttavia anche spingersi oltre e sostenere che il lodo arbitrale in quanto tale possa di per sé costituire, in applicazione analogica dell'art. 45, par. 1, una "decisione" ai sensi di quest'ultimo e costituire un motivo di rifiuto di riconoscimento e di esecuzione<sup>15</sup>. Nulla sembra ostare a questa seconda più liberale interpretazione che assimila a questi fini sentenza e lodo, essendo poco convincente il motivo dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito del regolamento, talvolta addotto per giustificare la posizione più restrittiva. Giova osservare che tale esclusione è peculiare rispetto alle altre, poiché l'arbitrato è un procedimento di soluzione delle controversie alternativo ma equivalente rispetto ai procedimenti giudiziari, vertenti sulle stesse materie oggetto anche di questi ultimi, disciplinate dal regolamento stesso. Anche per questa ragione, ci sono buoni argomenti a favore di questa posizione poiché l'esigenza di coerenza e armonia di un sistema interno sussiste anche nel caso di un lodo solo emesso, che negli ordinamenti giuridici avanzati è per lo più un atto dotato di cosa giudicata già dal momento dell'adozione, anche se privo di efficacia esecutiva, in omaggio all'equivalenza con i prodotti giurisdizionali statali<sup>16</sup>.

Nel caso in cui il contrasto si ravvisi tra la sentenza di uno Stato membro, di cui si domanda il riconoscimento nel foro, e un lodo straniero, il quadro è più complesso perché in prima battuta sembra che sullo Stato richiesto incombano due obblighi internazionali, quello di riconoscere la sentenza e quello, in base al regime di New York, di riconoscere il lodo. Tuttavia, anche in tale caso il ragionamento analogico consente il riferimento all'art. 45, par. 1, lett. *d* del regolamento Bruxelles I-bis, relativo al possibile contrasto tra due sentenze di Stati membri o tra una di esse e una sentenza di uno Stato terzo, risolto sulla base del criterio temporale. Anche il lodo – sia che si riferisca ad arbitrato con sede nell'Unione o in Stato terzo – potrà quindi prevalere, se emesso per primo<sup>17</sup>. L'unica ragionevole condizione che si può porre è che si

<sup>15</sup> Ampiamente in argomento M. ILLNER, *The Arbitration Interface*, cit., 49 ss.

<sup>16</sup> In dottrina italiana in argomento si veda E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 243, nota 9 per una sintesi di alcune posizioni espresse sino a quel momento. L'Autrice ricorda opportunamente come la soluzione sostenuta nel testo, pur da lei non condivisa, abbia per effetto anche quello di uniformare la soluzione dei conflitti in tutto lo spazio giudiziario.

<sup>17</sup> A favore di questa assimilazione tra lodo e sentenza v. già P. SCHLOSSER, *Conflit, cit.*, 388 s. con riferimento alla convenzione di Bruxelles e H. VAN HOUTTE, *May Court, cit.*, 90.



tratti di lodi riconoscibili o eseguibili secondo le normative domestiche o secondo la convenzione di New York<sup>18</sup>.

Questa impostazione spiega il senso e la portata della “prevalenza” o del “non pregiudizio” della convenzione di New York sanciti dal regolamento, nel senso che a una sentenza riconoscibile nel quadro dello stesso è impedito di produrre effetti in virtù dell’esistenza di un lodo nei termini sopra indicati<sup>19</sup>.

Sarebbe del resto paradossale negare tali effetti preclusivi se solo si pone mente che, in caso di lodo domestico, grazie al regime di New York, questi potrebbe spiegare effetti più facilmente in altri Stati piuttosto che nello Stato ove è stato reso, dove dovrebbe cedere rispetto a una sentenza di un altro Stato membro, mentre, in caso di lodo straniero, riconoscibile ed eseguibile in base alla convenzione di New York, sarebbe difficile comprenderne la diversità di trattamento rispetto a una sentenza di uno Stato terzo, in ipotesi prevalente rispetto a una sentenza di Stato membro, in relazione alla quale assai probabilmente non incombono obblighi internazionali in capo allo Stato richiesto.

#### 4. La nuova dimensione di tali conflitti alla luce della sentenza *London Steam-Ship della Corte di giustizia dell’Unione europea*

Nel contesto appena sopra indicato, l’argomento dei conflitti tra lodi e sentenze si è arricchito di un nuovo episodio in virtù della sentenza *London Steam-Ship* e delle potenziali conseguenze che da essa si possono trarre<sup>20</sup>. Merita di ricordare che essa ha per oggetto principalmente la

<sup>18</sup> Si veda in questa direzione anche M. ILLNER, *The Arbitration Interface*, cit., 52 ss. V. anche A. MOURRE, M. NIOCHE, *Le règlement*, cit., par. 20 secondo cui «cela signifierait que la reconnaissance de plein droit de la décision émanant d’un Etat membre “pourrait (...) être remise en cause par la reconnaissance ultérieure d’une sentence arbitrale”».

<sup>19</sup> Come già detto in altra sede la “prevalenza” della convenzione di New York non può intendersi alla stregua di una sistematica prevalenza del lodo sulla sentenza statale in ogni caso, a prescindere dall’ordine temporale dei provvedimenti: v. A. MALATESTA, *Il nuovo regolamento*, cit., 21.

<sup>20</sup> Tra i numerosi commenti v. M.E. ANCEL, G. PAYAN, *Règlement Bruxelles I et arbitrage commercial international: avis de tempête*, in *Revue trim. droit eur.*, 2022, 751 ss.; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Arbitraje y reconocimiento de resoluciones judiciales en el Reglamento Bruselas I bis*, in *La Ley Mediación y Arbitraje*, 2022, 12, 1 ss.; M. GRASSI, *Rapporti tra giurisdizione civile e arbitrato all’interno dello spazio giudiziario europeo: considerazioni a margine della sentenza London Steam-Ship*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 36(4), 977 ss.; J. HEYMANN, *De nouveaux rapports tumultueux entre le droit de l’Union et l’arbitrage: L’impérialisme revendiqué du règlement dit “Bruxelles I”*, in *La Sem. Juridique*, 2022, 35, 1574 ss.; B. HESS, *Arbitration and the Bruxelles I-bis Regulation*:

questione di stabilire se una decisione che dà esecuzione a un lodo domestico – nella specie: una decisione ai sensi della sez. 66, par. 2 dell’*English Arbitration Act* che incorpora un lodo inglese di accertamento negativo della responsabilità (c.d. *merger judgment*) – può essere considerata una decisione che impedisce, ai sensi dell’art. 34, par 3 del regolamento Bruxelles I (oggi art. 45, par. 1, lett. c Bruxelles I-bis), il riconoscimento di una decisione di un giudice di un altro Stato membro (nella specie: spagnolo) di condanna al risarcimento dei danni e quindi in contrasto con la prima.

Giova osservare che la trasposizione del lodo in un provvedimento statale sembra rispondere a una precisa tattica giudiziaria volta proprio ad impedire lo spiegamento di effetti delle sentenze straniere sul territorio inglese, in linea con una prassi divenuta comune dopo che la sentenza *West Tankers* aveva privato gli operatori inglesi, almeno nei rapporti intraeuropei, dello strumento dell’*antisuit injunction*. Ciò può forse spiegare l’atteggiamento piuttosto severo della Corte, per quanto il recesso del Regno Unito dall’Unione ovviamente priva la questione di rilevanza pratica per il futuro.

In proposito, la Corte di giustizia premette che l’*arbitration exclusion* riguarda l’arbitrato “in quanto materia nel suo complesso”, nella sua interezza, vale a dire comprese le azioni intentate avanti gli organi giudiziari degli Stati membri che hanno ad oggetto l’arbitrato, secondo una formula risalente alla vecchia *Marc Rich*, e che da ciò consegue che le procedure di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali non sono disciplinate dal regolamento ma dai diritti nazionali. Un *merger judgment* come quello in esame non beneficia quindi del riconoscimento reciproco tra Stati membri e del regime di circolazione nello spazio giudiziario europeo in quanto relativa a una materia esclusa<sup>21</sup>. Malgrado ciò, una simile decisione può essere considerata una decisione rilevante a fini preclusivi ai sensi dell’art. 34, par. 3, a nulla rilevando la materia su cui verte, in linea con gli insegnamenti della giurisprudenza *Hoffmann*.

Se il ragionamento della Corte si fosse fermato qui, esso non avrebbe suscitato uno speciale interesse, a parte sollevare il problema interpretativo riguardante la nozione di decisione e la sua portata nel quadro del regolamento<sup>22</sup>.

*London Steam-Ship Owners Mutual Insurance Association*, in *Common Market Lar Rev.*, 2023, 60(2), 533 ss.

<sup>21</sup> V. par. 44-47. Nello stesso senso esplicitamente il considerando 12, ultima frase, e, proprio con riferimento a questa tecnica inglese, anche la già citata relazione Schlosser (par. 65).

<sup>22</sup> V. *amplius* in una prospettiva riformatrice par. 6.

Tuttavia, i giudici aggiungono elementi di novità seppur non assoluta<sup>23</sup>, affermando che tale effetto preclusivo non può avvenire se «il lodo arbitrale di cui la sentenza riprende i termini è stato adottato in circostanze che non avrebbero consentito l'adozione, nel rispetto delle disposizioni e degli obiettivi fondamentali del menzionato regolamento, di una decisione giudiziaria che rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultimo» (par. 54).

In particolare, in base ad un'interpretazione teleologica, alla luce degli obiettivi generali del regolamento e della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale («libera circolazione delle decisioni, prevedibilità del foro e certezza del diritto, buona amministrazione della giustizia, riduzione massima del rischio di procedimenti paralleli e reciproca fiducia nella giustizia») una sentenza che riprende i termini di un lodo può impedire il riconoscimento di una sentenza di un altro Stato membro, solo se ciò: i) non abbia ostacolato il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e ii) consenta di raggiungere obiettivi di libera circolazione delle decisioni e di reciproca fiducia in seno all'Unione in condizioni altrettanto favorevoli di quelli risultanti dall'applicazione del regolamento (punto 58).

Nella specie, la Corte ritiene che «il contenuto del lodo di cui trattasi nel procedimento principale non avrebbe potuto costituire l'oggetto di una decisione rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento» senza violare, come la Corte ravvisa sia stato il caso nella circostanza, due norme fondamentali del regolamento concernenti: i) l'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione, tratto dagli insegnamenti della Corte relativi alle clausole di proroga del foro, e ii) le regole sulla litispendenza. In questa logica, la convenzione arbitrale, come se fosse una clausola di proroga di giurisdizione, non avrebbe potuto essere invocata nei confronti delle vittime dell'incidente di cui in causa e il tribunale arbitrale, al pari di una corte statale, avrebbe dovuto sospendere il procedimento perché adito per secondo. Non vi è chi non veda che la soluzione del conflitto tra provvedimento di *exequatur* di un lodo domestico e sentenza straniera di uno Stato membro assu-

<sup>23</sup> Come si ricorda nella sentenza (parr. 55-56), non è la prima volta che la Corte ricorre a questa specie di test di compatibilità di cui subito nel testo. Esso è stato adottato nella sentenza *TNT* del 2010 (Corte di giustizia UE, *TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG*, 4 maggio 2010, C-533/08) in relazione ai rapporti tra regolamento e convenzioni in materia particolari, escluse dall'ambito di applicazione materiale dello stesso. Oltre ad essere questo approccio criticabile in sé, non vi è tuttavia alcuna analogia tra le situazioni richiamate (v. già *supra* par. 3 sulla peculiarità dell'esclusione della materia arbitrale).

ma una dimensione nuova rispetto ai tradizionali criteri di soluzione sopra esaminati.

*5. Le possibili conseguenze sullo svolgimento dei procedimenti arbitrari e sull'arbitration exclusion*

Quello che interessa in questa sede non è esaminare i profili critici della sentenza, che pure con tutta evidenza non mancano, quanto valutarne l'impatto. Si è visto che i principi e gli obiettivi fondamentali di Bruxelles sono parametro per valutare l'idoneità del giudicato interno che incorpora il lodo a spiegare effetti preclusivi nei confronti di una sentenza di uno Stato membro.

Ora, sorge il problema di capire se ed in che misura la sentenza incida direttamente sulla giurisdizione degli arbitri e sui procedimenti arbitrari.

Dal ragionamento complessivo svolto dai giudici una simile conseguenza non si può escludere. La Corte sembra infatti imporre una sorta di confronto tra tribunali arbitrari e statali, nel senso che i primi dovrebbero agire come se fossero corti statali e tenere direttamente conto dei principi del regolamento, in particolare nelle decisioni relative la propria giurisdizione. Una simile prospettiva sarebbe dirompente per l'arbitrato internazionale, se solo si ricorda, per fare un esempio, che le regole ad esso applicabili di norma permettono ai tribunali arbitrari di non tenere conto di procedimenti paralleli eventualmente pendenti in corti statali<sup>24</sup>.

Questa interpretazione inciderebbe inoltre profondamente sulla portata dell'esclusione della materia arbitrale: se finora infatti si discuteva di inclusione nell'ambito del regolamento di procedimenti collegati all'arbitrato, ora si tocca direttamente lo svolgimento del procedimento arbitrale stesso. Sotto questo profilo, l'esclusione di fatto viene meno.

Alcuni indizi depongono tuttavia per una lettura meno drastica. La sentenza non si riferisce in effetti mai espressamente al lodo, ma solo alla sentenza che lo incorpora, là dove disegna l'estensione degli effetti preclusivi verso sentenze di altri Stati membri. In particolare, in un passaggio la Corte pone sull'«organo giurisdizionale chiamato ad emettere una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale» l'obbligo di verificare detto rispetto (punto 71). I dubbi aumentano alla luce della già accennata decisa reazione di una corte inglese, che, seppur con argomen-

<sup>24</sup> Come noto, il concetto di litispendenza non si attaglia adeguatamente ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione, come autorevolmente testimoniato dall'art. 8, par. 2 della Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale.

ti diversi da quelli in esame, non ha applicato i principi enunciati dalla Corte di giustizia e non ha dato esecuzione in Inghilterra alla sentenza spagnola<sup>25</sup>. Toccherebbe dunque solo alle corti statali richieste di dichiarare l'esecutività verificare se i tribunali arbitrali abbiano, ad esempio, violato le regole sulla litispendenza, senza che ciò precluda agli arbitri di esercitare la propria giurisdizione e di emettere un lodo in sé regolare<sup>26</sup>. L'impatto sul lodo sarebbe quindi *indiretto*, potendo lo stesso ben circolare liberamente in situazioni diverse. Ciò sarebbe anche coerente con il tradizionale approccio della Corte di giustizia secondo cui le corti nazionali degli Stati membri sono tenute al controllo della conformità dei lodi ai principi del diritto dell'Unione<sup>27</sup>.

Vale la pena osservare che il ragionamento della Corte e i dubbi sopra prospettati paiono riguardare non solo i lodi domestici e i provvedimenti con cui essi sono introdotti negli ordinamenti in cui sono resi, ma anche quelli stranieri e le decisioni nazionali accordanti loro l'*exequatur* negli Stati richiesti, diversi da quello della sede<sup>28</sup>. Il test della *London Steam* sembra infatti attagliarsi a maggior ragione in particolare ai lodi di Paesi terzi, o comunque poco collegati con il territorio comunitario, trattandosi di valori giuridici formati all'esterno dell'Unione, e dunque essere un obbligo che sorge in capo all'"organo giurisdizionale" chiamato a giudicare nel corso di un procedimento di *exequatur*, a prescindere da ove sia locata la sede dell'arbitrato.

Non pare invece che la sentenza aiuti a rispondere alla domanda, già postaci in precedenza, se un lodo (non ancora) incorporato in un provvedimento statale sia in grado di spiegare gli effetti preclusivi di cui si di-

<sup>25</sup> V. EWHC, *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. The Kingdom of Spain*, 6 ottobre 2023, 2473 (Comm). Butcher J ha considerato, tra l'altro, che i) la decisione inglese del 2013 che riprende i termini del lodo è *res iudicata* e che sussiste un *issue estoppel* all'applicazione dei principi della *London Steam*, resi nell'ambito del diverso procedimento di riconoscimento della sentenza spagnola (par. 203) e che ii) le corti nazionali non sono tenute a seguire i principi enunciati dalla Corte qualora riguardino questioni ad essa non sottoposte (par. 214). Per un primo commento v. G. CUNIBERTI, *London Steamship: English Court Declines to Follow Ultra Vires CJEU Judgment*, in EAPIL blog, 11 ottobre 2023, disponibile qui: <<https://eapil.org/2023/10/11/london-steamship-english-court-declines-to-follow-ultra-vires-cjeu-judgment/comment-page-1/>>.

<sup>26</sup> Si veda la sopra citata sentenza inglese (*London Steamship v. Spain*), secondo cui «The CJEU judgment does not deal with the issue of arbitrator's jurisdiction» (par. 303).

<sup>27</sup> Si ricordi la celeberrima sentenza Corte di giustizia CE, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, 1 giugno 1999, C-126/97.

<sup>28</sup> In questo senso, anche se con prudenza, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Arbitraje*, cit., 4.

scute<sup>29</sup>. Dal caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale si può solo prendere spunto per notare che una risposta positiva avrebbe anche il pregio di evitare le incertezze che derivano dalla diversa natura dei procedimenti nazionali attributivi di esecutività al lodo domestico, che possono differire da ordinamento a ordinamento. In alcuni casi, infatti, come quello dell'omologa italiana di cui all'art. 825 c.p.c., che prevede il controllo solo della regolarità formale del lodo, può sorgere il dubbio della qualificazione come decisione, nei termini indicati dalla giurisprudenza comunitaria, che pare richiedere una soluzione nel merito della controversia<sup>30</sup>.

Ad ogni modo, per il discorso che qui rileva, mi pare che nella misura in cui, come si è visto essere preferibile, si propenda per ammettere gli effetti preclusivi ai lodi (domestici o stranieri), si introducono gli stessi nel quadro del regolamento e del suo funzionamento, ed è allora inevitabile concludere che i principi della *London Steam* si applichino anche ad essi, con un impatto diretto sui procedimenti che hanno condotto ai lodi. Se si dovesse confermare una simile prospettiva, la soluzione dei conflitti tra lodi e sentenze assumerebbe una dimensione nuova, più penalizzante per i lodi, in relazione ai quali si aggiungerebbero requisiti ulteriori rispetto a quelli indicati dall'art. 45, par. 1. Il “non pregiudizio” o la “prevalenza” della convenzione di New York sbandierati dal regolamento non sarebbero più assicurati.

#### *6. La necessità di una riforma in occasione del prossimo recast: in favore dell'inclusione dei procedimenti di exequatur dei lodi nel regolamento*

Va detto che il quadro delineato dalla Corte di giustizia ha una sua logica e una sua coerenza nella prospettiva del diritto dell'Unione. Il ragionamento della Corte nella sentenza *London Steam* – così come in passato in *West Tankers* – non fa una grinza dal punto di vista della protezione dell'integrità e del buon funzionamento del sistema posto dal regolamento rispetto a perturbazioni estranee allo stesso. Tuttavia, è altrettanto vero che, osservato da una visuale “esterna”, esso si traduce in

<sup>29</sup> V. già *supra* par 3.

<sup>30</sup> Come rilevato dall'Avvocato Generale Collins nelle sue Conclusioni del 5 maggio 2022, par. 54-56, una corte inglese che rende una decisione ai sensi della sez. 66, par. 2 dell'*Arbitration Act* non si limita a una ratifica automatica o a una approvazione formale del lodo ma può essere chiamata a risolvere anche alcune questioni sostanziali, seppur eccezionalmente. Essa risponde pertanto pacificamente ai requisiti posti per la nozione di decisione.

un'invasione di campo in un sistema, quello arbitrale, che volenti o nolenti, è autonomo e fondato su logiche proprie, a loro volte bisognose di tutela<sup>31</sup>.

Il faticoso equilibrio e confronto tra le due visioni che l'*arbitration exclusion* voleva in fin dei conti perseguire è divenuto più precario ed è minato spesso da pregiudizi ideologici, favorevoli o sfavorevoli verso un sistema di soluzione delle controversie che sfugge sempre più a controlli di natura statali, ed è forse un po' vittima del suo successo planetario.

In questo mutato contesto, è maturo il tempo per una nuova riflessione sul ruolo dell'Unione nella materia arbitrale. Come noto, ai sensi dell'art. 79 del regolamento Bruxelles I-bis, la Commissione avrebbe dovuto presentare un rapporto sull'applicazione dello stesso, primo passo verso un ulteriore *recast* della normativa. Esso non è ancora stato pubblicato, ma è atteso a breve. Si profila pertanto presto l'occasione per un nuovo dibattito riformatore, che presumibilmente toccherà ancora una volta la controversa questione in esame.

È plausibile ritenere che non vi saranno le condizioni politiche per progetti di grande respiro come quelli passati, in particolare per tentativi di coordinamento sistematico tra le due sfere giurisdizionali. Né pare opportuno o realistico programmarli dato l'enorme profluvio di energie intellettuali inutilmente spese per il *recast* 2012. Ragionevolmente si prospetteranno interventi limitati o qualche ritocco volto a chiarire alcuni dubbi. Tuttavia, la forte rottura determinata dalla *London Steam* rende opportuno trattare alcune questioni, ed alcune proposte sono state infatti già avanzate.

Due opzioni possono essere discusse. Una prima via si fonda sulla premessa del mantenimento dello *status quo*, o dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito del regolamento "nel suo complesso". In questa prospettiva, il conflitto tra lodi e sentenze andrebbe affrontato nel quadro del regolamento. Occorre in particolare chiarire se l'inclusione dei lodi arbitrari nel regime di Bruxelles e dell'art. 45 del medesimo sia opportuna o meno. Come si è visto, la Corte lo ha fatto indirettamente, attraverso la qualificazione come decisione di una sentenza che ha ripreso i termini di un lodo, lasciando tuttavia dubbia la sorte del lodo arbitrale in sé. Un futuro intervento potrebbe chiarire se i lodi arbitrari costituiscono anch'essi motivo di rifiuto del riconoscimento di una sentenza ai fini dell'art. 45, par. 1, lett. c e d. Uno studio del *Max Planck Institute*, tra i primi a proporre un articolato di possibili modifiche del testo, suggerisce di escludere

<sup>31</sup> Si pala così di "imperialismo" o "unilateralismo" nella determinazione dell'ambito di applicazione delle norme uniformi: v. significativamente già nel titolo J. HEYMANN, *De nouveaux rapports*, cit.



esplicitamente l'incompatibilità con un lodo precedente,<sup>32</sup> ma nulla impedisce di immaginare una soluzione opposta, che includa espressamente il lodo.

A ciò si potrebbe aggiungere una revisione del considerando 12, che è stato interpretato in modo differente in dottrina a causa di una formulazione poco felice, e una sua inclusione nel testo del regolamento dato il carattere precettivo che nei fatti gli è riconosciuto.

Tutto questo potrebbe tuttavia non bastare se si dovesse confermare l'orientamento della Corte secondo cui l'arbitrato deve seguire certi principi se vuole produrre effetti nel territorio dell'Unione.

Una seconda opzione più radicale può essere allora discussa, ovvero un passo verso una parziale riduzione della portata dell'esclusione. Non si tratterebbe di armonizzare o "europeizzare" la disciplina dell'arbitrato, scenario che saltuariamente viene riproposto sui tavoli dei *policy makers* ma sempre con scarse possibilità di successo. A maggior ragione attualmente, in un contesto di competizione globale tra istituzioni arbitrali e tra le medesime legislazioni nazionali, spesso in gara tra loro per essere il più *arbitration friendly* possibile e attrattive, un simile sviluppo non sembra preconizzabile.

Più modestamente, una proposta può consistere nell'includere nel regime del regolamento le decisioni delle corti degli Stati membri che attribuiscono l'esecutività ai lodi arbitrali. Si è visto che proprio questo tipo di decisioni sono state confermate come "escluse" dalla sentenza *London Steam* e quindi non beneficare del regime di circolazione. La logica di questa esclusione sembra risiedere nel non volere interferire con la disciplina dei procedimenti di *exequatur* di lodi, in particolare stranieri, per i quali opera in maniera considerata soddisfacente la convenzione di New York.

Tuttavia ciò si tradurrebbe in un vantaggio per l'arbitrato. Da un lato, infatti, tale decisione potrebbe essere idonea a spiegare effetti preclusivi nei confronti di sentenze di altri Stati membri in tutto lo spazio giudiziario europeo e non più solo, come oggi, nello Stato in cui sono state adottate. Tale limite è palese in una vicenda tipo quella che è stata oggetto della *London Steam*: la sentenza spagnola di cui si chiede il riconoscimento in Inghilterra potrebbe infatti allo stato essere tranquillamente riconosciuta in altri Stati membri. Dall'altro lato, va considerato che ormai, dopo il *recast* del 2012, le sentenze di Stati membri circolano assai più facilmente, grazie all'abolizione dell'*exequatur* e del principio dell'esecuzione diretta, di quanto facciano i lodi nel quadro della sia pur

<sup>32</sup> B. HESS et al., *The Reform of the Brussels I-bis Regulation*, Max Planck Luxembourg Institute for Procedural Law, Research Paper Series, 2022(6), 8 ss.



assai liberale convenzione di New York. La circolazione agevolata nel quadro del regolamento dei lodi incorporati nelle sentenze nazionali potrebbe allora recare un beneficio in termini di una più rapida eseguibilità dei lodi medesimi.

Sul piano teorico, la via indicata ha suscitato in passato numerose obiezioni, e può trovare una serie di ostacoli non indifferenti almeno nelle giurisdizioni di *civil law*. In queste ultime, in particolare, si afferma spesso l'esistenza del divieto dell'*exequatur* su *exequatur*, in base al quale le decisioni che accordano l'*exequatur* non possono essere suscettibili a loro volta di riconoscimento e di esecuzione in altri Stati. Malgrado le note differenze tra sentenze e lodi, tale divieto, concepito per le prime, è considerato di norma applicabile anche ai secondi<sup>33</sup>. Tuttavia, il suo fondamento, talora indicato nella natura strettamente territoriale di una decisione di tal genere, talaltra nell'esigenza di non eludere i motivi ostativi di ciascuno Stato membro tramite una sorta di *forum shopping*, non sono molto chiari e possono essere rimessi in discussione<sup>34</sup>, specie in uno spazio giudiziario integrato come quello europeo.

In questo senso sembra andare la Corte di giustizia dell'Unione, che, nel solco di una definizione ampia della nozione di decisione che prescindere dal contenuto della medesima<sup>35</sup>, in una recente sentenza si è spinta sino a qualificare tale un'ordinanza di ingiunzione di pagamento adottata dal giudice di uno Stato membro sulla base di sentenze emesse in una Stato terzo<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> V. in particolare l'ampio studio di M. SCHERER, *Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: is the "Judgment Route" the Wrong Road?*, in *Journ. Int. Dispute Settl.*, 2013, 4(3) 607. V. altresì T. EINHORN, *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Arbitral Awards*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2010, 12, 56 ss.

<sup>34</sup> Cfr. le critiche mosse da M. SCHERER, *Effects, cit.*, 608 ss. la quale tuttavia conclude per l'opportunità di non attribuire effetti extraterritoriali alle sentenze di *exequatur*.

<sup>35</sup> La nozione di "decisione" consolidata nella giurisprudenza, almeno a partire dalla celebre sentenza *Gothaer* (Corte di giustizia UE, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG e altri v. Samskip GmbH*, 15 novembre 2012, C-456/11, par. 23) comprende secondo una formula ormai standard «qualsiasi decisione emessa da un organo giurisdizionale di uno Stato membro, senza alcuna distinzione in relazione al contenuto della decisione in questione, purché essa sia stata oggetto, o avrebbe potuto essere oggetto, nello Stato membro di origine, secondo modalità diverse, di un'istruzione in contraddittorio».

<sup>36</sup> V. Corte di giustizia UE, *J v. H Limited*, 7 aprile 2022, C-568/20, specie parr. 26-32 e le critiche alla stessa rivolte da B. HESS, *Exequatur sur exequatur (ne) vaut? Der EuGH erweitert die Freizügigkeit von Drittstaatenurteilen nach Art. 39 ff. EuGVVO*, in *IPRax*, 2022, 42, 349 ss., specie 350 proprio per il superamento del divieto dell'*exequatur* su *exequatur* affermato in precedenza dalla Corte nella sentenza *Owens Bank del 1994* (Corte di giustizia CE, *Owens Bank Ltd v. Fulvio Bracco e Bracco Industria Chimica SpA*, 20 gennaio 1994, C-129/92).

Si tratta dunque di fare una scelta di politica legislativa, che potrebbe trovare sbocco in una disposizione espressa nel futuro regolamento riformato. Resterebbe aperto il punto se limitare la circolazione ai lodi relativi ad arbitrati con sede nell'Unione, o se, in omaggio alla nota e diffusa concezione autonoma o transnazionale dell'arbitrato commerciale internazionale, estenderla a qualunque decisione di *exequatur* di lodo straniero concesso da corti di Stati membri.

Mutuando il titolo dello studio di due colleghi francesi<sup>37</sup>, l'“avviso di tempesta” ai naviganti è stato emesso, ma si fa ancora in tempo a trovare un porto sicuro.

<sup>37</sup> M.-E. ANCEL, G. PAYAN, *Règlement*, cit.

# ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Nerina BOSCHIERO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I (limitati) precedenti in materia. – 3. Le ragioni a favore del ricorso *anche* ad un meccanismo «privato» di soluzione delle controversie in materia di *Business and Human Rights*. – 4. Le ragioni di carattere generale che sconsigliano il ricorso al meccanismo arbitrale in questo tipo di controversie. – 4.a) La (pretesa) inadeguatezza del foro arbitrale. – 4.b) Il problema del rilievo del *pubblico interesse* inerente a questo tipo di controversie. – 4.c) Il consenso ad arbitrare. – 5. Questioni legate al riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

La presente relazione si propone di offrire una visione di insieme di quello che ormai riteniamo di poter qualificare come un *sistema emergente* relativo all'interazione tra arbitrato commerciale internazionale e diritti umani, illustrando – seppur in modo necessariamente conciso – gli sviluppi più importanti in ambito normativo, sostanziale e procedurale che si sono registrati negli ultimi due decenni.

Si tratta dell'ultimo e più recente tassello di un trend relativo alla *Corporate Social Responsibility (CSR)* e al concetto di *Business and Human Rights (BHR)* che ha rappresentato uno degli sviluppi più importanti del diritto internazionale contemporaneo. Per ovvie ragioni di tempo, è sufficiente dar conto in questa sede di un rilevante e conseguente *cambio di paradigma* che ha interessato il mondo del *business* e che ha progressivamente spostato il *focus* dall'obiettivo della realizzazione di guadagni economico-finanziari, nell'immediato e nel lungo termine, al contributo che le attività commerciali a livello regionale e globale possono dare al raggiungimento di obiettivi e valori ambientali, sociali e al rispetto dei diritti umani. Questo *paradigm shift* ha logicamente determinato anche lo sviluppo di un nuovo specifico quadro normativo, idoneo a

\* Professoressa ordinaria di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano Statale.

regolare questa progressiva confluenza tra business e diritti umani, composto da un numero molto elevato di normative e regole (tanto di *soft* che di *hard law*) sviluppate a tutti i livelli: nazionali, regionali (in particolare in seno all'EU) e globali.

Il punto centrale riguarda l'*effettività* di tali regole. Emergono, in proposito, due dati molto preoccupanti comuni a tutta questa nuova cornice normativa. Innanzitutto, nonostante la molteplicità di principi internazionalmente riconosciuti a protezione dei diritti umani, e l'assunzione di obblighi volontari da parte delle imprese, il numero di *business-related abuses* (che talvolta integrano veri e propri crimini internazionali quali la riduzione in schiavitù, la tortura e lo sfruttamento del lavoro minorile) rimane ancora elevatissimo. In secondo luogo, è ampiamente riconosciuto che le vittime di violazioni di diritti umani legate ad attività commerciali hanno scarsissimo, se non nullo, accesso alla giustizia. Le vittime, da sempre, si scontrano con impedimenti quasi insormontabili (barriere giuridiche e fattuali, incluse quelle geografiche, finanziarie, linguistiche e/o legate al gender o alla presenza di gruppi particolarmente vulnerabili) che le scoraggiano dal far valere le proprie ragioni dinnanzi le corti nazionali. Queste, a loro volta, a tutti i livelli, raramente si sono dimostrate adatte a risolvere le controversie tra vittime e imprese: sovente, le azioni legali si sono rivelate a distanza di troppi anni, semplicemente, inconclusive, lasciando le vittime senza rimedi effettivi.

Partendo all'incipit del più importante strumento di *soft law* elaborato in seno alle Nazioni Unite sul tema, ossia gli *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs) del 2011, per il quale «there is no *single silver bullet solution* to the institutional misalignment in the business and human rights domain», e dalla affermazione che conseguentemente «all social actors must learn to do many things differently»<sup>1</sup>, si è progressivamente iniziato a ragionare sulla possibilità di considerare il meccanismo arbitrale come forma *alternativa* o *aggiuntiva* di *dispute resolution* rispetto al sistema basato sul tradizionale ricorso giudiziale.

L'arbitrato commerciale può dunque essere prospettato come una ulteriore possibile *private solution* al vuoto di giustizia, oggi troppo spesso sperimentato dalle vittime. Ciò in ragione di alcune caratteristiche positive intrinseche di questo metodo di soluzione delle controversie. Si tratta, infatti, di una procedura vincolante per le parti, soggetta a regole giu-

<sup>1</sup> UN Human Rights Council, *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, J. RUGGIE, 7 April 2008, A/HRC/8/5, par. 4 (point 7).

ridiche, flessibile, più veloce rispetto ai processi dinanzi alle corti nazionali. In più, essendo questo meccanismo di risoluzione delle controversie una «creatura del contratto», esso consente alle parti una latitudine considerevole nel disegnare l'intero procedimento e nel determinare la legge applicabile, oltre che a garantire un ampio riconoscimento ed esecuzione ai sensi della convenzione di New York del 1958.

Nelle ultime decadi il meccanismo arbitrale si è rivelato uno strumento di straordinario successo, in particolare nell'ambito del *diritto degli investimenti*. Non stupisce pertanto che questo sia stato conseguentemente anche l'ambito di elezione in cui il tema del rispetto dei diritti umani ha acquisito nel tempo un ruolo decisamente rilevante. Ciò principalmente in ragione del fatto che il regime dell'arbitrato internazionale degli investimenti, per come è stato inizialmente concepito, si è guadagnato una pessima reputazione<sup>2</sup>.

Oggetto della presente relazione è unicamente l'arbitrato commerciale internazionale e il suo possibile/auspicabile utilizzo come *strumento di soluzione delle controversie in materia di violazioni dei diritti che coinvolgono gruppi multinazionali di imprese* che operano globalmente (MNEs), sia direttamente sia in combinazione con società sussidiarie e controllate ed altri partner commerciali, diretti o indiretti, coinvolti nella «filiera» di produzione (catena globale del valore). Le violazioni all'origine delle controversie sono i c.d. *business-related human rights abuses* (*corporate-related human rights abuses*). Da questa premessa consegue che restano escluse dall'ambito di indagine le tematiche specificamente dedicate all'*arbitrato internazionale in materia di investimenti e diritti umani*; l'incidenza generale dei diritti umani nelle varie fasi della procedura arbitrale; l'analisi della giurisprudenza della Corte EDU relativamente ai procedimenti arbitrali (con particolare riguardo alle garanzie poste dall'art. 6.1 della CEDU); così come l'analisi delle controversie commerciali in materia di *climate change*. Infine, non si conside-

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 4.1. In dottrina, a titolo puramente esemplificativo, si rimanda ai contributi di Y. RADİ (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Cheltenham, 2018; J. COLEMAN, K. Y. CORDES, AND L. J. JOHNSON, *Human Rights Law and the Investment Treaty Regime*, in S. DEVA, D. BIRCHALL (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, 2020; S. DEVA, *From 'business or human rights' to 'business and human rights': what next?*, in *ivi*, Chapter 1; S. DEVA, *International Investment Agreements and Human Rights: Assessing the Role of the UN's Business and Human Rights Regulatory Initiatives*, in J. CHAISSE et al. (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, New York, 2021, 1734 ss.; N. ZUGLIANI, *Human Rights in International Investment Law, The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty*, in ICLQ, 2019, 68, 761-770.

reranno nemmeno le tematiche e il rilievo dei diritti umani nel meccanismo di soluzione delle controversie in ambito WTO.

La premessa della presente relazione è che se quello dell'arbitrato in materia di investimenti e diritti umani è un settore ancora «in its infancy», la correlazione tra arbitrato commerciale e diritti umani si trova in una fase addirittura antecedente. Nel momento in cui si scrive, esso è poco di più di un «progetto di vita», per mutuare il linguaggio della psicologia prenatale, non essendoci ancora alcuno strumento giuridico vincolante in vigore che lo disciplini, oltre che *limitatissimi precedenti*.

Dopo aver sinteticamente illustrato questi ultimi, ci si concentrerà su alcune questioni fondamentali, quali le *ragioni* della emergente richiesta (o necessità) di un *meccanismo* «privato» (non-State-based non-judicial remedy) di soluzione di questo tipo di controversie; i pro e i contro del possibile ricorso a questa procedura; le principali obiezioni relative al suo utilizzo per risolvere questioni in materia di diritti umani; il rilievo della dimensione pubblica, ossia del «pubblico interesse» legato alla soluzione di questo specifico tipo di controversie; le necessarie soluzioni da adottare per risolvere il problema della *inequality of arms*; la previsione di un «arbitration without privacy», le modalità per garantire un *consenso* genuino dato dalle parti; gli ostacoli legati al riconoscimento e all'esecuzione del lodo arbitrale legati alla c.d. inarbitrabilità di queste controversie e la qualificazione delle stesse come «commerciali» ai sensi della Convenzione di New York.

## 2. I (limitati) precedenti in materia

Il precedente più risalente nel tempo di ricorso allo strumento arbitrale per risolvere controversie relative a violazioni di diritti umani (in senso ampio, incluse quelle di tipo ambientale) si lega al concetto di «social licence to operate»<sup>3</sup>, oggi ormai pacificamente accettato, elaborato originariamente con specifico riferimento alle industrie estrattive di risorse naturali e in seguito esteso a vari settori dell'industria. La nozione si basa sulle crescenti aspettative delle comunità locali interessate da tali attività, che rivendicano la partecipazione nei relativi processi decisionali, una maggiore quota dei benefici che ne derivano, ma soprattutto ampie assicurazioni che tali attività vengano opportunamente regolate dal

<sup>3</sup> A.L. SANTIAGO, J. DEMAJOROVIC, D. E. ROSSETTO, H. LUKE, *Understanding the fundamentals of the Social Licence to Operate: Its evolution, current state of development and future avenues for research*, in *Science Direct*, March 2021, 70, disponibile su <<https://www.sciencedirect.com/>>.

diritto per quanto riguarda i loro potenziali impatti economico e sociali, oltre che la gestione societaria dei rischi.

Lo sviluppo più importante di tale concetto è rappresentato dall'adozione nel 2003 degli *Equador Principles* da parte di un gran numero di banche commerciali pubbliche e private (139 istituzioni finanziarie con sede in 39 paesi); tali principi impongono il rispetto dei diritti umani alle imprese con riguardo a quattro tipi di prodotti finanziari (*project finance advisory services; project finance; project related corporate loans; e bridge loans*)<sup>4</sup>. I progetti suscettibili di finanziamento sono vagliati dalle istituzioni finanziarie legate dagli *Equador Principles* in relazione ai loro potenziali impatti economico-sociali-ambientali. Si prevede una valutazione indipendente relativa alla compatibilità dei progetti con i Principi; lo sviluppo di piani operativi adeguati; il diritto di imporre adeguate sanzioni per la violazione dei Principi; e l'inclusione di una *clausola arbitrale* sufficientemente ampia da coprire le violazioni di diritti umani conseguenti allo sviluppo dei progetti. Le imprese che ottengono il prestito possono imporre ai propri subcontraenti e fornitori garanzie analoghe.

Un'illustrazione importante di questa *private-public partnership* specificamente dedicata al rispetto dei diritti umani (anche ambientali) ad opera delle imprese è il *Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline Project*, inaugurato nel 2005 per portare il petrolio dall'Azerbaijan attraverso la Georgia alle coste mediterranee della Turchia, finanziato con 3.6 miliardi di dollari sulla base degli *Equador Principles*<sup>5</sup>. La base giuridica di questo progetto è un accordo intergovernamentale tra Turchia, Georgia,

<sup>4</sup> The "Equator Principles", *An Industry Approach for Financial Institutions in Determining, Assessing and Managing Environmental & Social Risk in Project Financing*, 4 June 2003, disponibile su <<https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/>>.

<sup>5</sup> *Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline*, disponibile su <[https://www.bcom/en\\_az/azerbaijan/home/who-we-are/operations/projects/pipelines/btc.html](https://www.bcom/en_az/azerbaijan/home/who-we-are/operations/projects/pipelines/btc.html)>; IFC, *Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline Project. Lessons of Experience*, 2006, 2, disponibile su <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/174011468016223078/pdf/382160ECA0BTC1LOE0201PUBLIC1.pdf>>; R. LEAL-ARCAS, M. PEYKOVA, T. CHOUDHURY AND M. MAKHOUL, *Energy Transit*, in *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2015, 6(2), 122-162; Energy Charter Secretariat, *Intergovernmental Agreements and Host Government Agreements on Oil and Gas Pipelines, A Comparison*, 2015, 19; M. BALAT, G. ERSOY, *Baku-Tbilisi Ceyhan Oil Pipeline (BTC) Project and Turkey: Investments, Future Developments and Environmental Impacts*, in *Energy Exploration & Exploitation*, 2005, 23(1), 31-39.

Azerbaijan<sup>6</sup>, e da tre Host Agreements siglati dalle parti contraenti con numero elevato di compagnie petrolifere<sup>7</sup>. L'accordo intergovernativo prevede per la risoluzione delle controversie il ricorso ai mezzi diplomatici e, come «final and binding resolution», il ricorso ad un *ad hoc tribunal* costituito sulla base delle previsioni contenute nell'art. 27(3) dell'Energy Charter Treaty del 1994. Mentre i vari Host Government Agreements, che includono numerosi obblighi sostanziali a carico delle imprese private, dispongono che «any dispute between a State and a Project Investor shall be subject to *private international arbitration* in accordance with the provisions of such Project Agreement» (enfasi aggiunta). Questo precedente bene illustra come contratti finanziari che incorporano gli *Equador Principles* si configurano come un importante strumento contrattuale per monitorare, e se del caso imporre il rispetto dei diritti umani attraverso l'arbitrato, rappresentando un felice esempio di «privatizzazione» dei diritti umani, sociali ed ambientali.

Un secondo esempio importante è dato dall'*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh* (Bangladesh Accord), volontariamente concluso tra numerosi brands dell'abbigliamento a livello globale, rivenditori e sindacati dei lavoratori, in risposta alla tragedia del collasso del *Rana Plaza Building* nel 2013 in Bangladesh che causò la morte di circa 1133 persone e il ferimento di più di 2000. L'accordo (giuridicamente vincolante le parti), di durata quinquennale, è stato sottoscritto il 15 maggio 2013 allo scopo di garantire la sicurezza degli ambienti di lavoro nelle fabbriche tessili del Bangladesh, attraverso regolari e imparziali ispezioni in fabbrica, divulgazioni pubbliche dei resoconti e dei piani d'azione correttivi, formazione dei lavoratori con corsi sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (safety training) e possibilità per i lavoratori di presentare reclami concernenti luoghi da loro reputati poco sicuri, nonché aggiornamenti sui progressi dovuti all'accordo. Firmato inizialmente da 31 brands globali del settore dell'abbigliamento, l'accordo è stato rinnovato una prima volta nel 2018 mediante un accordo-chiave di transizione al quale hanno aderito ben 190 marchi internazionali. Quest'ultimo prevedeva un termine finale di 3 anni, durante i quali le parti firmatarie si impegnavano ad implementarlo per il tramite di una Organizzazione tripar-

<sup>6</sup> *Agreement among the Azerbaijan Republic, Georgia and The Republic of Turkey relating to the Transportation of Petroleum Via the Territories of The Azerbaijan Republic, Georgia and The Republic of Turkey Through the Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline (BTC IGA)*, 18 November 1999, disponibile su <[http://www.bp.com/content/dam/bp-country/en\\_az/pdf/legalagreements/BTC\\_eng\\_agmt4\\_agmt4.pdf](http://www.bp.com/content/dam/bp-country/en_az/pdf/legalagreements/BTC_eng_agmt4_agmt4.pdf)>.15>.

<sup>7</sup> *Ibid.*



tita composta da brands e rivenditori, sindacati dei lavoratori e associazioni di produttori, denominata RMG *Sustainability Council (RSC)*. Allo scadere del triennio, l'accordo è stato rinnovato nel 2021, ed è entrato in vigore nel settembre del 2021 per più di 200 marchi globali<sup>8</sup>. L'accordo del 2021 ha mantenuto i punti cardine dell'accordo del 2013, introducendo importanti obblighi per le imprese (quali, ad esempio, pagare ai fornitori cifre *congrue* al mantenimento di standard di sicurezza sui luoghi di lavoro e interrompere il rapporto di lavoro con le aziende della *supply chain* che si rifiutino di garantire tali standard). Particolarmente importante è poi la previsione (che ha anticipato soluzioni poi adottate dall'Unione europea nella sua recente proposta di direttiva sulla responsabilità sociale delle imprese)<sup>9</sup> dell'obbligo posto a carico delle imprese multinazionali del settore del dovere di sorveglianza necessario (obbligo di *due diligence*) rispetto al comportamento dei propri *fornitori* e la previsione di conseguenze giuridiche (responsabilità civile) per le imprese qualora non si impegnino a far rispettare tutti i punti dell'accordo nella loro catena del valore.

Le successive negoziazioni tra i rappresentanti dell'industria tessile e dei sindacati globali sono infine sfociate nell'adozione di un nuovo testo di accordo internazionale, entrato in vigore il 1° novembre 2023, con il quale le parti si sono impegnate a estendere il termine dei tre anni attraverso un rinnovo automatico per altri tre, impegnandosi ad assicurare programmi di sicurezza e salute in Bangladesh e Pakistan, mediante l'espansione di nuovi «Country-Specific Safety Programs» (CSSPs). Quest'ultimo accordo prevede di essere implementato attraverso un *International Accord Foundation* e il suo Segretariato<sup>10</sup>.

A parte la lunga durata di questo impegno internazionale, che (unico al mondo) pone obblighi *internazionalmente vincolanti* alle multinazionali del tessile, rileva ai fini del nostro ragionamento il meccanismo previsto per la soluzione di eventuali controversie relative all'attuazione di tale accordo. Si tratta, in effetti, del primo caso nella storia della contrat-

<sup>8</sup> International accord for health and safety in the textile and garment industry, 1 September 2021, disponibile su <<https://interaccord.wpengine.com/wp-content/uploads/2023/02/01>>.

<sup>9</sup> Commissione Europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, COM(2022)71 def., 23 febbraio 2022, (2022/0051(COD)).

<sup>10</sup> International accord for health and safety in the textile and garment industry, 1 November 2023, disponibile su <<https://internationalaccord.org/>>. Il *Pakistan Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry* (the Pakistan Accord), siglato parimenti nel gennaio 2023, figura come Addendum all'accordo internazionale.

tazione collettiva internazionale in cui una procedura di arbitrato che segue le regole dell'UNCITRAL è stata inclusa in un accordo globale tra sindacati e datori di lavoro. Comune, infatti, a tutti i testi che si sono succeduti in materia è la previsione di un *ricorso obbligatorio all'arbitrato commerciale internazionale*, come *ultimo step* per risolvere le controversie sorte relativamente alla implementazione degli obblighi contemplati dall'accordo internazionale. La procedura di risoluzione delle controversie consiste infatti in un procedimento in due fasi: ogni controversia tra le parti deve essere presentata, e in principio decisa, da un apposito *Steering Committee* che deve adottare un *Dispute Resolution Process* (DRP) che a sua volta deve incorporare la possibilità per le parti di ricorrere ad una procedura di mediazione. Ove questa fallisse, ciascuna parte ha il diritto di appellare tale decisione per giungere ad una decisione arbitrale definitiva e vincolante (secondo le *UNCITRAL Arbitration Rules*). L'arbitrato finale, amministrato dalla Corte Permanente di Arbitrato con sede all'Aja, è soggetto per il suo riconoscimento ed esecuzione alle norme della convenzione di New York del 1958.

In applicazione di tali norme sono state istituite due procedure arbitrali<sup>11</sup>, introdotte rispettivamente l'8 e l'11 luglio 2016 da due federazioni sindacali globali con sede in Svizzera (IndustriALL Global Union and UNI Global Union) contro due «global fashion brands», accusate di aver violato gli obblighi dell'accordo Bangladesh. Questi procedimenti sono stati successivamente sospesi per effetto di accordi transattivi raggiunti dalle parti in causa<sup>12</sup>. Il profilo maggiormente interessante dei casi in questione attiene alle regole applicabili in materia di *trasparenza e confidenzialità* e alla soluzione ritenuta in merito dalla Corte permanente di arbitrato.

La questione è stata ovviamente al centro di un acceso dibattito tra posizioni radicalmente divergenti. Gli attori hanno argomentato a favore di un «“full transparency” approach» in ragione dello scopo dell'Accordo e dell'interesse pubblico delle procedure, richiedendo la pubblicazione sul sito della PCA dei nomi delle parti, dei rispettivi consiglieri, dei componenti del tribunale arbitrale e di tutti i documenti relativi alle

<sup>11</sup> PCA, *Arbitrations under The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh between IndustriAll Global Union and Uni Global Union (as Claimants) and Two Global Fashion Brands (as Respondents)*, The Hague, 2017, PCA Case No. 2016-36, 2016-37, disponibile su <<https://pca-cpa.org/en/cases/>>.

<sup>12</sup> PCA, Case No. 2016-36, *Termination Order, Redacted Version for Publication*, 17 July 2018, disponibile su <<https://www.pccases.com/web/sendAttach/2438>>; PCA, Case No. 2016-37, *Termination Order, Redacted Version for Publication*, (17 July 2018), disponibile su <<https://www.pccases.com/web/sendAttach/2439>>.

due controversie, incluse le decisioni, con l'unico limite della protezione delle informazioni aziendali confidenziali. Per contro, le imprese convenute hanno richiesto al tribunale un «“full confidentiality” approach» con riguardo all'intera procedura, particolarmente in relazione ai nomi delle imprese e dei soggetti coinvolti, argomentando nel senso che la confidenzialità rappresenta una «standard practice in international commercial arbitration», lamentando altresì l'irreparabile danno reputazionale che sarebbe loro derivato dalla violazione di detto standard.

Il tribunale arbitrale, riconoscendo la natura «unica» delle controversie in oggetto, difficilmente qualificabili come di natura puramente pubblica o commerciale (nel senso tradizionale) o come tipiche controversie in materia di lavoro, si è pronunciato (in assenza di un chiaro accordo delle parti sul grado di confidenzialità da rispettare) nel senso di un «appropriato bilanciamento» di interessi contrapposti (quelli dei brands chiamati in giudizio, e quelli delle parti terze), decidendo (tenuto per altro in debito conto il «genuine public interest in the Accord») di rendere pubblici solo i nomi delle «supplier factories», i verbali delle riunioni dello Steering Committee, mantenendo invece secretati i nomi dei marchi globali coinvolti nelle controversie<sup>13</sup>. Il Tribunale arbitrale ha dunque seguito nella sostanza il regime «confidenziale» indicato dalle UNCITRAL Arbitration Rules<sup>14</sup>, riconoscendo la necessità di proteggere la «business reputation» dei marchi di moda coinvolti, non divulgando la loro identità, e rendendo pubbliche solo le informazioni di base relative ai due casi in questione.

Si tratta di un precedente rilevante per l'arbitrato commerciale internazionale, inteso come «gateway» per la considerazione dei diritti umani e il bilanciamento di interessi contrapposti in arbitrati di natura ibrida, *sui generis*, quali sono le *Business and Human Rights Disputes*. Proprio in ragione di questa sua natura *distinta* tanto dall'arbitrato investitore-stato che dall'arbitrato commerciale internazionale tradizionale, nel corso della trattazione si evidenzieranno le soluzioni diverse (in tema di

<sup>13</sup> Per un commento sulle decisioni arbitrali cfr. J. LEVINE, A. AMBAST, *The Bangladesh Accord Arbitrations: Arbitrating Business and Human Rights Disputes*, in *Transnational Dispute Management*, 2021, 18(3); W. THOMAS, M. HLAVKOVA, F. EL-HOSSENY, *Arbitrations commenced by workers' unions under the 2013 Bangladesh Accord can proceed*, in *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 30 ottobre 2017, disponibile su <<https://sustainability.freshfields.com/post/102ej8z/arbitrations-commenced-by-workers-unions-under-the-2013-bangladesh-accord-can-pr>>.

<sup>14</sup> L'art. 28.3 delle UNCITRAL Arbitration Rules (versione del 2010), prevede che il procedimento non sia pubblico a meno che le parti non decidano diversamente e che la decisione sia resa pubblica solo per effetto del consenso delle parti (art. 34. 5).

confidenzialità, trasparenza e partecipazione di parti terze interessate) proposte in recenti progetti che si prefiggono di sviluppare regole procedurali apposite, specificamente adatte a questa categoria di controversie.

L'accordo Bangladesh, e i suoi sviluppi normativi successivi, hanno costituito l'esempio per la predisposizione di altri accordi simili. Un esempio è quello relativo al *Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile*, un'iniziativa delle imprese olandesi del settore tessile e di varie NGOs, molto supportato dal Governo olandese<sup>15</sup>. Anche questo accordo prevede un metodo di risoluzione delle controversie tra le parti basato su un processo in due fasi che richiede *in primis* una soluzione *binding* resa da un apposito *Disputes Committee*. È solo nel caso in cui la decisione non venga rispettata da una delle parti, che l'altra può ricorrere ad arbitrato commerciale dinanzi al *National Arbitration Institute* olandese. La natura dell'arbitrato, dunque, a differenza di quella prevista dall'Accordo Bangladesh, è di natura istituzionale; la sede dell'arbitrato è l'Aja. Gli arbitri possono anche decidere come *amiable compositeurs* (*ex equo et bono*) godendo di un significativo margine di discrezionalità. Al momento risulta una sola controversia giunta a questo stadio<sup>16</sup>.

Ulteriori esempi settoriali riguardano, infine, il mondo sportivo e i recenti impegni assunti da note organizzazioni sportive, quali l'International Olympic Committee (IOC), l'Union of European Football Associations (UEFA), e la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), di includere (nei propri regolamenti di offerta e di hosting per gli eventi mega sportivi (MSEs) da organizzare) precisi impegni in materia di rispetto dei diritti umani fondamentali, in particolare quelli dei lavoratori impiegati nella loro realizzazione. Questi regolamenti prevedono che ogni violazione venga «rimediata» in modo conforme agli accordi internazionali e a tutti i principi e gli standard internazionali, inclusi gli

<sup>15</sup> OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector, The Alignment of Industry and Multi-Stakeholder Programmes with the OECD Garment and Footwear Guidance, Assessment of the Dutch Agreement on Sustainable Garment and Textile*, 2020, disponibile su <<https://mneguidelines.oecd.org/Alignment-Assessment-Dutch-Agreement-on-Sustainable-Garment-and-Textile.pdf>>.

<sup>16</sup> *Complaints and Disputes Committee for the Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile: Arisa vs C&A Nederland C.V.*, 9 December 2020, parr. 3.1-3.2; Y. ERKENS, *First Ruling of the Complaints Committee of the Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile in Response to a Stakeholder Complaint: Arisa vs C&A Nederland C.V.*, in *International Labor Rights Case Law*, 2021, 7(3), 367-371.

UNGPs, con in più l'obbligo procedurale di arbitrare ogni controversia dinanzi dinnanzi alla Corte dell'Arbitrato per lo Sport di Losanna<sup>17</sup>.

### 3. *Le ragioni a favore del ricorso anche ad un meccanismo «privato» di soluzione delle controversie in materia di Business and Human Rights*

Posto che la *ratio* della prospettazione di un ulteriore meccanismo di soluzione delle controversie è quello di ovviare all'attuale «governance gap» nell'*accesso alla giustizia* delle vittime, oltre che garantire loro ulteriori strumenti che assicurino *rimedi effettivi*, così come postulato dal Pillar III degli UNGPs, aiutando le imprese e al contempo gli Stati ad adempiere alle proprie responsabilità, come prescritto dai Pillars I e II dei medesimi principi, allora ... ci pare che la domanda andrebbe girata: «Perché *non anche* l'arbitrato commerciale internazionale?».

Questo gap ha in effetti determinato un livello di protezione insufficiente relativamente alle violazioni causate da imprese multinazionali che operano a tutti i livelli (nazionale, regionale e globale). Nonostante l'esistenza di un numero considerevole di norme, sia *hard* che *soft*, in materia di diritti umani che si indirizzano direttamente o indirettamente alle imprese e di meccanismi domestici, regionali e internazionali che dovrebbero garantire la protezione dei diritti umani fondamentali, la prassi ha ampiamente evidenziato come essi non risultano ancora adeguatamente rispettati né correttamente applicati, determinando una situazione di impunità pressoché cronica, correlata ad una carenza di responsabilità e responsabilizzazione delle imprese coinvolte<sup>18</sup>.

Tra le barriere più significative che le vittime incontrano quando si rivolgono alle corti nazionali, figurano:

- la possibilità che queste corti (specie quelle del luogo dove sono stati commessi gli abusi) si rivelino inadeguate o impossibilitate a giudicare in modo corretto casi complessi di violazioni di diritti umani (corti *disfunzionali*, *corrotte* o soggette ad influenza politica).

<sup>17</sup> D. HEERDT, *Tapping the potential of human rights provisions in mega-sporting events' bidding and hosting agreements*, in *The International Sports Law Journal*, 2018, 170–185; M. JAMES, *Human rights and the Olympic Charter*, in *ivi*, 2023; Cfr. anche J.G. RUGGIE, *For the Game. For the World. FIFA and Human Rights*, 2016, disponibile su <[https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/Ruggie\\_humanrightsFIFA\\_reportApril2016.pdf](https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/Ruggie_humanrightsFIFA_reportApril2016.pdf)>.

<sup>18</sup> J.F. SHERMAN III, *Beyond CSR: The Story of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2020, working paper n. 71, disponibile su <[https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/CRI\\_AWP\\_71.pdf](https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/CRI_AWP_71.pdf)>.

- *barriere giuridiche procedurali* quali, ad esempio: la possibilità di «isolare» la responsabilità giuridica della impresa madre da quella delle sue sussidiarie, in ragione di ostacoli giurisdizionali e principi giuridici in materia societaria; la richiesta di aver preventivamente esaurito i ricorsi interni.
- *Barriere pratiche*: a titolo puramente esemplificativo, rilevano l'inadeguata expertise dei giudici nazionali e la mancanza di risorse per affrontare casi complessi; la distanza geografica delle vittime dal foro; le cause strutturali legate alla povertà delle vittime incapaci di sostenere i costi di procedimenti nazionali spesso troppo lunghi; lo sbilanciamento strutturale del potere tra vittime e imprese; apparati statali non adeguatamente cooperativi.

In astratto questi problemi non sembrano insormontabili: idealmente potrebbero essere risolti mediante miglioramenti nel funzionamento delle corti nazionali, soprattutto con il consolidamento di *norme di diritto internazionale privato e processuali* adeguate a risolvere i problemi di controversie transazionali che coinvolgono le imprese. Tuttavia queste soluzioni non sono al momento ancora disponibili: non esiste al momento uno strumento internazionale vincolante a livello globale che regoli le attività delle imprese; le iniziative regionali, anche le più avanzate come la recente proposta di direttiva europea sulla due diligence in materia di diritti umani ed ambientali non è ancora in vigore e comunque presenta significativi limiti internazionalprivatistici con riguardo all'accesso alla giustizia delle vittime rispetto a violazioni commesse da imprese stabilite fuori dal territorio dell'Unione europea<sup>19</sup>.

Ne consegue che, in generale, il ricorso alla giustizia privata, ossia all'arbitrato commerciale internazionale, potrebbe (se opportunamente implementato) rafforzare l'approccio emergente che postula «all roads to remedy» da offrire in risposta all'impatto sui diritti umani delle attività di business.

In astratto, infatti, il ricorso ad un sistema non-giudiziale, privato, per la soluzione di queste controversie presenta alcuni vantaggi<sup>20</sup>. Si trat-

<sup>19</sup> Commissione europea, 2022/0051 (COD), *cit.*, qui di seguito “la proposta di direttiva europea”. Sul punto, da ultimo, sia consentito rinviare a N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura Direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato. Le possibili soluzioni internazionalprivatistiche per garantirne una maggiore effettività*, in *DUDI*, 2023 (in corso di pubblicazione).

<sup>20</sup> Cfr. in generale, N. ZAUGG, A. BARDIN, *Business and Human Rights - a New Field of Activity for Arbitration?* In 39 *ASA Bulletin*, 2021, 1; A. CROCKETT, M. DE SOUSA, *Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?* 17 July

ta, *in primis*, della possibilità di ricorrere ad un *foro neutrale* garantito dal meccanismo arbitrale rispetto ai tradizionali sistemi e ai meccanismi statali, meno vulnerabile a pressioni politiche o strategiche ad opera degli Stati e dei soggetti interessati. In secondo luogo, il procedimento arbitrale è indubbiamente più *flessibile* dei procedimenti giurisdizionali nazionali, comportando in principio numerosi vantaggi. Il principio dell'autonomia delle parti, infatti, consente loro di accordarsi tanto sul diritto sostanziale applicabile che sulla procedura arbitrale. Gli arbitri possono, dunque, essere autorizzati dalle parti a decidere molte questioni procedurali importanti, e conseguentemente rimediare a molti ostacoli pratici che incontrano le vittime (distanza geografica, barriere linguistiche, semplificazione della raccolta di prove e l'esame orale dei testimoni). Inoltre, gli arbitri possono, in principio, offrire una maggiore *varietà di rimedi*, non solo il risarcimento monetario alle vittime. L'arbitrato, inoltre, presenta il vantaggio della *familiarità*, specialmente quando le parti ricorrono a regole ampiamente conosciute ed utilizzate, come nel caso delle norme UNCITRAL (opportunamente modificate laddove necessario per garantire un procedimento più *human-rights friendly*) e l'arbitrato venga amministrato da organismi ampiamente riconosciuti come affidabili e legittimi (come ad esempio la PCA). Rispetto ai procedimenti ordinari nazionali, poi, solo il ricorso all'arbitrato consente alle parti di selezionare arbitri con *specifiche competenze* in materia di diritti umani e business. Ulteriori vantaggi consistono nella possibilità concessa alle parti e agli arbitri di affrontare in modo più certo e spedito complesse questioni giuridiche, in particolare quelle connesse alla natura *cross-border/transnazionale* delle controversie relative al rispetto di diritti umani fondamentali e quelle relative all'*enforcement* extraterritoriale di norme internazionali in materia di diritti umani. Il carattere immediatamente vincolante del lodo, soggetto solo a un limitato controllo giurisdizionale, e potenzialmente esecutivo globalmente, mediante la convenzione di New York del 1958 garantisce, infine, alle parti di beneficiare di un *procedimento normalmente più spedito* delle procedure giudiziarie nazionali. Aspetto, quest'ultimo, particolarmente importante per le imprese che lamentano spesso allegazioni infondate di violazioni, sovente amplificate

2018, disponibile su <<https://www.herbertsmithfreehills.com/insights/2018-07/>>; M. FOGDESTAM AGIUS, *Human Rights in International Arbitration*, in *Global Arbitration Review*, 11 November 2022, disponibile su <<https://globalarbitrationreview.com/>>; N. BERNASCONI, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: What Role in Improving Avenues for Victims to Access Justice?* In IISD, 1 October 2022, disponibile su <<https://www.iisd.org/itn/en/2022/10/07/>>.



dai social media, cui non possono adeguatamente rispondere in assenza di un «fair and prompt hearing»<sup>21</sup>.

#### *4. Le ragioni di carattere generale che sconsigliano il ricorso al meccanismo arbitrale in questo tipo di controversie*

Per contro, sono altrettanto numerose le obiezioni sostanziali e procedurali mosse in dottrina al potenziale ricorso al meccanismo arbitrale commerciale per la soluzione di controversie legate a violazioni di diritti umani. Viene primariamente in considerazione l'idea di una «intrinseca» *inadeguatezza* del foro arbitrale commerciale per risolvere questo tipo di controversie, dal momento che esse mettono in gioco diritti e interessi molto diversi da quelli puramente commerciali tradizionalmente trattati in sede di arbitrato commerciale internazionale. In secondo luogo, rileva la dimensione pubblica, il c.d. «pubblico interesse», legato alla soluzione di questo specifico tipo di controversie, rispetto all'«interesse privato» predominante nelle procedure arbitrali commerciali. A questa obiezione si cercherà di ribattere mettendo in luce i possibili strumenti utilizzabili per coniugare al meglio questi due profili apparentemente antitetici (mediante il superamento della *inequality of arms*, la previsione di un «arbitration without privacy» e, infine, il problema del *consenso* genuino dato dalle parti). Infine, vengono in considerazione gli ostacoli legati al riconoscimento e all'esecuzione del lodo arbitrale, in particolare: il problema della potenziale *inarbitrabilità* di queste controversie e la loro controversia qualificazione come «commerciali» ai sensi della Convenzione di New York.

##### *4.a) La (pretesa) inadeguatezza del foro arbitrale*

Con tale affermazione ci si riferisce sinteticamente ad alcune teorie dottrinali formulate da stimati studiosi del settore dei diritti umani, *a priori* contrari al ricorso allo strumento commerciale arbitrale definito come «a problematic forum for resolving HRs-related disputes»<sup>22</sup>, in un celebre (anche se datato) scambio di opinioni tra Ulrich Petersman, Ro-

<sup>21</sup> M. DOE, S. RATNER, K. YIANNIBAS, *Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 27 January 2019, disponibile su <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>>

<sup>22</sup> J. F. SHERMAN III, *Beyond CSR*, cit.



bert Howse e Philip Alston<sup>23</sup>. La discussione verteva sul ruolo emergente dei diritti umani nelle materie commerciali e più specificamente nel diritto del commercio internazionale cui si contrapponeva la *necessità* di resistere alla «merger and acquisition of Human Rights» ad opera del commercio internazionale e della WTO. Ciò, in particolare, al fine di scongiurare il rischio che il diritto del commercio internazionale potesse «fundamentally redefined its contours», data la profonda differenza di base ideologica a fondamento dei diritti umani rispetto ai c.d. *trade-related rights*, essendo questi ultimi attribuiti agli individui per ragioni puramente strumentali<sup>24</sup>.

Senza poter entrare nel merito di questa resistenza *aprioristica* nei riguardi dell'incontro e della possibile interazione tra i due settori del diritto internazionale, riteniamo quanto meno possibile ricondurre le sopra menzionate opinioni allo specifico contesto storico-giuridico in cui sono state formulate, ormai più di vent'anni fa. Pare evidente a chi scrive che la questione di fondo non riguardasse tanto la legittimità di una *espansione materiale* delle categorie di controversie da risolvere con lo strumento arbitrale (nei secoli l'ambito di applicazione di questo procedimento si è sempre progressivamente espanso), quanto piuttosto una *legittima* resistenza ideologica determinata dalle molteplici critiche giustamente rivolte (all'epoca) agli arbitrati in materia di investimenti e a quelli commerciali imposti da certe legislazioni nazionali (quali quella statunitense) ai consumatori. La più rilevante delle quali è la considerazione per la quale tali regimi garantiscono alle parti private (in particolare agli investitori) e alla controparte dei contraenti deboli (i consumatori) l'accesso a forme di risoluzione delle controversie eccessivamente sbilanciate a loro favore. Con particolare riferimento all'arbitrato degli in-

<sup>23</sup> P. ALSTON, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: a Replay to Petersmann*, in *European Journal of International Law*, 2002, 13(4), 815-844; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston*, in *ivi*, 845-851; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *The "Human Rights Approach" Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the ILO: Is it Relevant for WTO Law and Policy?*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, 605; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Human Rights, Markets and Economic Welfare: Constitutional Functions of the Emerging UN Human Rights Constitution*, in F. ABBOT, C. BREINING, T. COTTIER (eds.), *International Trade and Human Rights*, Michigan, 2006, 29; R. HOWSE, RUTI G. TEITEL, *Beyond the Divide: The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the World Trade Organization*, in *Friedrich Ebert Stiftung*, 2007, Occasional Paper no. 30; R. HOWSE, *Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice': a Reply by Robert Howse to Ernst-Ulrich Petersmann's Article*, in *EJIL TALK!*, 2008, 19(4).

<sup>24</sup> Cfr. P. ALSTON, *Resisting*, cit.

vestimenti, la c.d. parte debole, paradossalmente, veniva identificata con lo Stato ospite, sovente accusato di aver adottato azioni o politiche ispirate o dettate dai loro obblighi in materia di diritti umani, idonee a svalutare gli investimenti. Altrettanto nota e diffusa è la considerazione per la quale, a fronte della durata e delle spese ingenti di tali procedimenti, la semplice minaccia di essere trascinati in giudizio dagli investitori ha spesso prodotto sugli Stati ospiti (specie quelli più vulnerabili del Sud del mondo, maggiormente dipendenti da investimenti esteri) una sorta di *regulatory chilling effect*, dissuadendoli dal regolare l'*interesse pubblico*. In aggiunta, la mancata considerazione degli interessi pubblici in questo tipo di arbitrato si è tradotta in una pressoché completa disattenzione per gli interessi delle persone, individui e comunità interessate, direttamente colpite dagli investimenti<sup>25</sup>.

Critiche così importanti, inizialmente avanzate dall'accademia, dalla società civili, dalle ONG, si sono progressivamente riflesse sulle posizioni di molti Stati dando vita ad una importante serie di riforme volte a rimediare, almeno parzialmente, gli effetti negativi dell'arbitrato in materia di investimenti sul diritto fondamentale dell'accesso alla giustizia per le vittime di abusi e violazioni. Ciò ha comportato la necessità per la comunità arbitrale di entrare in «dialogo» con il settore dei diritti umani.

Per superare la crisi di legittimazione dei tribunali arbitrali di investimento si è pertanto reso necessario apportare modifiche importanti della procedura arbitrale, al fine di garantire una maggiore pubblicità delle questioni sollevate nelle controversie investitore-Stato, e consentire a soggetti terzi al procedimento di sottoporre all'attenzione del collegio arbitrale considerazioni di *interesse generale* non sollevate dalle parti in causa. Ciò ha determinato una progressiva maggiore attenzione al tema della *trasparenza* e dell'apertura a parti terze nella procedura, determinando un'evoluzione sia nei trattati di investimento che nei regolamenti applicabili<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Si rimanda per tutti alla dottrina citata *supra*, in nota 2.

<sup>26</sup> Cfr. le modifiche apportate all'art. 48 (4) delle *ICSID Arbitration Rules*, nella revisione del 2006 che prevede che il lodo finale possa essere pubblicato anche in assenza del consenso delle parti. Si veda anche l'adozione (nel 2013) delle *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investors-State Arbitration* da parte della *United Nations Commission on International Trade Law*. Queste ultime norme non hanno un carattere vincolante ma, rispondendo ad una crescente esigenza avvertita dalla comunità internazionale, sono state accolte con favore da diversi paesi che hanno dichiarato che le applicheranno ai futuri trattati di investimento. Per quanto riguarda poi la partecipazione delle parti terze al procedimento, rileva il ruolo importantissimo degli *amici curiae* nel richiamare l'attenzione del collegio arbitrale sugli interessi e diritti fondamentali dei singoli e delle collettività interessate dall'investimento. In merito si è sviluppata una interessante

Si tratta di modifiche normative molto importanti ai fini della nostra analisi perché ad esse si sono espressamente ispirate alcune rilevanti proposte recentemente avanzate con riguardo a nuove norme specificamente dedicate all'arbitrato commerciale internazionale e i diritti umani. Nessun dubbio, infatti, che la segretezza e la mancanza di adeguata rappresentazione degli interessi delle vittime di abusi, che ha sempre contraddistinto l'arbitrato degli investimenti, abbia impedito sino ad ora un'analisi comprensiva sia dei casi in cui i diritti umani sono stati richiamati in queste controversie, sia del peso che questi ultimi hanno avuto sulle considerazioni di merito. Per altro, un indubbio vantaggio dell'arbitrato commerciale internazionale rispetto a quello in materia di investimenti consiste precisamente nel fatto che esso riguarda esclusivamente attori privati, escludendo dunque *in radice* la possibilità per gli stessi di contestare politiche pubbliche degli Stati, e la conseguente possibilità di incidere negativamente sul loro potere regolatorio.

Da quanto sopra, emerge che per essere considerato «legittimo» e degno di fiducia, l'arbitrato commerciale internazionale in materia di diritti umani deve *differenziarsi* e distanziarsi da questi precedenti, non solo per la *ratio* della sua stessa esistenza (proteggere meglio le vittime e non i violatori), ma anche in ragione dell'introduzione di specifiche *garanzie procedurali* che tengano in adeguato conto la *dimensione ibrida* di questi procedimenti e gli stessi diritti umani messi in gioco.

A tal fine, dunque, si rende necessario modificare non già tutte le norme esistenti in materia di arbitrato commerciale bensì solo *alcune* al fine di rendere tale procedimento più appropriato a questo tipo di controversie; rimediare alle esistenti lacune; prevenire possibili abusi; e, specificamente, aiutare le vittime di violazioni a superare gli attuali impedimenti ad un effettivo accesso alla giustizia, oltre che a rimedi sostanziali adeguati. Saranno considerate a tal proposito, nel proseguo della trattazione, anche se in modo molto sintetico, le principali modifiche proposte contenute in due nuovi corpi di norme specificamente elaborati per offrire rimedi effettivi alle vittime di violazioni dei diritti umani: si tratta specificamente delle *Hague Rules on Business and Human Business Rights Arbitration* (qui di seguito Hague Rules) elaborate nel 2019 dal Business and Human Rights Arbitration Working Group sotto la direzione iniziale del già giudice della Corte internazionale di giustizia, il

prassi in seno al quadro NAFTA, disciplinato dalle *UNCITRAL Rules* (art. 15 relativo al potere discrezionale di organizzare la procedura). Uno sviluppo simile si è avuto in relazione agli *arbitrati ICSID* (art. 37 *ICSID Arbitration Rules*).

prof. Bruno Simma<sup>27</sup>, successivamente riprese nel progetto di un nuovo sistema arbitrale specifico per le controversie in materia di violazione dei diritti umani in mare, *The Human Right Sea at Sea Arbitration Initiative*

<sup>27</sup> CILC, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, dicembre 2019, disponibili su <[https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration\\_CILC-digital-version.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf)>; sui lavori preparatori cfr. C. CRONSTEDT, R.C. THOMPSON, *A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights*, Online Symposium, Spring 2016, 57, disponibile su The Hague Institute for Global Justice, *Business and Human Rights International Arbitration Project launched*, 7 novembre 2017, disponibile su <<http://www.l4bb.org/news/ProjectPressRelease1711.pdf>>; C. CRONSTEDT, J. EIJSBOUTS, R. C. THOMPSON, *International Business and Human Rights Arbitration*, in *Center for International Legal Cooperation*, 13 febbraio 2017, disponibile su B. SIMMA et al., *Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process*, in *Center for International Legal Cooperation*, novembre 2018, disponibile su <[https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper\\_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf](https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf)>. In dottrina, per i primi commenti al Progetto di articoli, cfr. A.G. CABRERA SILVA, *Legal Innovations for Corporate Accountability under International Law: A Critique*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, 57; C. BLAIR, E. VIDAK-GOJKOVIC, *The Medium Is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration*, in *Journal of International Arbitration* 2018, 35(4), 379-412, 402 ss.; D. DESIERTO, *Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, in *EJILTalk!*, 12 luglio 2019, disponibile su <<https://www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>; Y. DAUTAJ, *Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here!* in *Kluwer Arbitration Blog*, dicembre 2019, disponibile su N. BERNASCONI-OSTERWALDER, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration; What Role in Improving Access for Victims to Access to Justice?*, in *IISD*, 2022, disponibile su <<https://www.iisd.org/int/en/2022/10/07>>; J. YEUM, *Aligning Human Rights in Business with international Commercial Arbitral Rules*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 9 ottobre 2021, disponibile su <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/09/aligning-human-rights-in-business-with-international-commercial-arbitral-rules/>>; A. CROCKETT & M. DE SOUSA, *Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?*, 17 luglio 2018, disponibile su <<https://www.herbertsmithfreehills.com/insights/2018-07/arbitrating-business-and-human-rights-disputes-viable-for-victims/>>; F. VILLAGGI, B. GUTHRIE, *Arbitration, Business and Human Rights*, 21 luglio 2021, disponibile su N. ZAUGG, A. BARDIN, *Business Human Rights. A New Field for Arbitration?*, in *ASA Bulletin* 2021, 1; M. FOGDESTAM AGIUS, *Human Rights in International Arbitration*, in *Global Arbitration Review*, 11 novembre 2022, disponibile su <<https://globalarbitrationreview.com/review/the-european-arbitration-review/2023/article/human-rights-in-international-arbitration>>; A. BAAJI, *The Potential of Arbitration as Effective Remedy in Business and Human Rights: Will the Hague Rules be Enough?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2022, 271-290.

proposto dall'Organizzazione *UK charity Human Rights at Sea* e dallo studio legale internazionale (globale) *Shearman & Sterling LLP*<sup>28</sup>.

Entrambe le iniziative, che si contraddistinguono per la previsione di soluzioni comuni particolarmente innovative, sono estremamente interessanti e promettenti. Per altro, dato il carattere non settoriale delle nuove *Hague Rules*, considereremo solo le principali modifiche introdotte da queste ultime alle regole UNCITRAL del 2013. Queste riguardano specificamente (come chiarito nel Preambolo, par. 1) : «(a) The particular characteristics of disputes related to the human rights impacts of business activities; b) The possible need for special measures to address the circumstances of those affected by the human rights impacts of business activities; (c) The potential imbalance of power that may arise in disputes under these Rules; (d) The public interest in the resolution of such disputes, which may require, among other things, a high degree of transparency of the proceedings and an opportunity for participation by interested third persons and States; (e) The importance of having arbitrators with expertise appropriate for such disputes and bound by high standards of conduct; and (f) The possible need for the arbitral tribunal to create special mechanisms for the gathering of evidence and protection of witnesses».

Al momento in cui si scrive tali nuove regole non risultano ancora adottate da alcuna istituzione né dalle imprese multinazionali: per essere applicabili, infatti, tali norme necessitano di essere incorporate nei singoli contratti, o accettate dalle parti della controversia successivamente al sorgere della stessa<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Human Rights at Sea Arbitration, *Arbitration as a means of Effective Remedy for Human Rights Abuses at Sea*, disponibile su <<https://hrasarb.com/#:~:text=The%20philosophy%20of%20human%20rights,are%20no%20maritime%2Dspecific%20rules>>; Human Rights at Sea Arbitration, *Introductory Webinar*, 9 July 2020, disponibile su <<https://hrasarb.com/introduction/>>; C. SIMSON, *Arbitration Could Resolve 'Disaster' of Human Rights at Sea*, in *Law 360*, 21 agosto 2020, disponibile su <<https://www.law360.com/access-to-justice/articles/>>; A. MARCOPOULOS, E. EDSON, *A new initiative for the arbitration of human rights abuses at sea*, 3 giugno 2021, disponibile su <<https://www.ibanet.org/new-initiative-arb-humanrights-at-sea>>; *Shearman & Sterling and Human Rights at Sea Develop Arbitration-Based Mechanism to Resolve Human Rights Disputes*, 21 gennaio 2021, disponibile su <<https://www.shearman.com/en/news-and-events/news/2021/01/shearman-and-sterling-and-human-rights-at-sea-develop-arbitration-based>>; Human Rights at sea, *A New Initiative for the Arbitration of Human Rights Abuses at Sea*, 17 giugno 2021, disponibile su <<https://www.humanrightsatsea.org/news/new-initiative-arbitration-human-rights-abuses-sea>>.

<sup>29</sup> The Hague Rules, cit., art. 1.

4.b) *Il problema del rilievo del pubblico interesse inerente a questo tipo di controversie*

In generale si dovrebbe rispondere in modo univoco alla domanda se l'arbitrato commerciale internazionale in materia di diritti umani si configura come uno strumento idoneo a *migliorare* le aspettative di *tutti* i soggetti potenzialmente coinvolti. In concreto, invece, ci pare necessario differenziare i ragionamenti con riguardo, da un lato, alle vittime dirette delle violazioni e, dall'altro, alle imprese coinvolte, distinguendo tra le varie ipotesi di procedimenti che possono venire in considerazione: (i) le controversie tra le vittime delle violazioni e le imprese coinvolte (*victims-to-business (V2B)*) e quelle tra parti terze beneficiarie e le imprese convenute in giudizio (*TvB*); (ii) quelle *business-to-business (B2B)*; e infine, (iii) il problema comune a tutte della prova del consenso ad arbitrare.

Con specifico riguardo alle vittime, occorre rispondere al quesito se il ricorso al meccanismo arbitrale commerciale possa effettivamente *ampliare il diritto di accesso alla giustizia* e dunque meglio garantire *rimedi effettivi* alle vittime. Con riguardo alle imprese, invece, occorre chiedersi se tale mezzo di soluzione delle controversie possa concretamente aiutarle ad implementare i propri obblighi e a prevenire le violazioni e i rischi di abusi, così come richiesto dai tre Pillars degli UNGPs.

i) Per rispondere alla prima domanda, relativa alle *vittime*, riteniamo che la premessa sia che i vantaggi del ricorso all'arbitrato possono in principio corrispondere ad altrettanti inconvenienti suscettibili di rendere poco attraente questo strumento rispetto al ricorso ai metodi convenzionali giudiziari. *In primis*, rileva il problema legato alla *confidenzialità* versus *trasparenza* dello strumento arbitrale. La caratteristica fondamentale dell'arbitrato consiste, infatti, nella sua confidenzialità che lo rende lo strumento largamente preferito dalle imprese per sottrarsi ad effetti reputazionali nefasti e negativi, oltre che a proteggere il loro *know how* e i c.d. *trade secrets*.

Nel caso delle controversie in questione, i fattori decisivi per il mondo del business si scontrano con il «pubblico interesse» ad ottenere decisioni trasparenti e pubbliche al fine rendere le imprese violatrici «accountable» su scala globale<sup>30</sup>. Agli arbitri, dunque, si impone la necessità

<sup>30</sup> W.W. PARK, *Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law*, in *American University Law Review*, 2005, 903 ss.; Business & Human Rights Resource Centre, *Human rights as a litigation tool in international arbitration*, disponibile su



di un difficile temperamento di esigenze opposte per tener conto della natura «ibrida» di questi procedimenti, che cumulano profili privati a profili pubblicistici come esattamente riconosciuto dalla PCA nei due arbitrati relativi all'Accordo del Bangladesh.

Per quanto molti progressi siano stati fatti, al di fuori dello specifico settore dell'arbitrato commerciale e i diritti umani, al fine di garantire una maggiore *trasparenza* del procedimento arbitrale e pubblicità ai lodi<sup>31</sup>, portando ad una sorta di «giurisdizionalizzazione» dell'arbitrato, il *requisito della confidenzialità* resta ancora centrale<sup>32</sup>. Ne consegue che l'*interesse pubblico* per la trattazione di temi e questioni «sensibili» quali quelle relative alle cattive condotte delle imprese e le conseguenti violazioni dei diritti umani, consiglierebbe piuttosto alle vittime di rivolgersi ai giudici nazionali. Come argomentato recentemente da Pietro Franzina in un bell'articolo sul *contenzioso civile transazionale in tema di corporate sustainability*<sup>33</sup>, la fortuna e il crescente ricorso alla via giudiziaria civile tradizionale consistono nel fatto che in questi procedimenti i *decisori*, legati da norme generali ed astratte regolatrici del merito, godono di una *forza comunicativa particolarmente considerevole, idonea ad avere una presa particolarmente pronunciata su chi partecipa e/o su chi assiste a questi procedimenti*. Le vicende portate davanti ai giudici civili rivestono infatti spesso un carattere *esemplare* posto che i giudizi portano a soluzioni replicabili in contesti simili per condotte analoghe a quelle già riprovate, inducendo i destinatari a rivedere le proprie condotte e i propri modelli di organizzazione e *compliance*.

Per preferire lo strumento dell'arbitrato commerciale ai giudizi convenzionali degli Stati membri, gli arbitri incaricati di dirimere queste controversie dovrebbero *in primis* dimostrarsi capaci di meglio rimediare ad un gap estremamente importate tra vittime e imprese (normalmente *defendants*): quello, della «in-equality of arms». In proposito, le *Hague Rules on Business and Human Rights* hanno introdotto una norma specifica (l'art. 5.2) che, in linea con il Principio 31(b) degli UNGPs, mira a

<<https://www.business-humanrights.org/en/human-rights-as-a-litigation-tool-in-international-arbitration>>.

<sup>31</sup> ICC, *Notes to Parties and Arbitral Tribunals*, January 2021; UNITRAL, *Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, 2013.

<sup>32</sup> Basti menzionare in proposito le *PCA Environmental Rules* adottate nel 2001 recentemente emendate su suggerimento del Drafting Committee per aumentare le garanzie di confidenzialità (art. 15, par. (4) (5) (6)).

<sup>33</sup> P. FRANZINA, *Il contenzioso civile transazionale sulla corporate accountability*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023, 199-225.

rimediare alla potenziale *inequality of arms* tra le parti della controversia che possono incidere negativamente sulla equità complessiva del procedimento, con particolare riferimento alla *legal representation*<sup>34</sup>. Il che implica, ad esempio, che il tribunale può decidere di assicurare alla parte debole o non rappresentata di presentare le proprie argomentazioni «in a fair and efficient way, including by adopting more proactive and inquisitorial, as opposed to adversarial, procedures»<sup>35</sup>. Inoltre, le Hague Rules consentono al tribunale arbitrale di rimediare alla *inequality of arms* con specifici espedienti, quali ad esempio limitare «the scope of evidence produced»; sanzionare il mancato adempimento dell'ordine di produrre specifiche prove; usare mezzi elettronici di comunicazione per raccogliere prove orali, tenuto conto delle «best practices and with the overall consideration of fairness, efficiency, cultural appropriateness and rights-compatibility»<sup>36</sup>.

Occorrerebbero, per altro, anche specifiche previsioni volte a garantire alle vittime di avere accesso a fondi sufficienti per supportare le spese dell'arbitrato, come ad esempio poter attingere dall'esperienza del *Financial Assistance Fund* gestito dalla PCA per finanziare gli Stati economicamente svantaggiati in modo da poterlo applicare alle vittime individuali o gruppi. Inoltre, occorrerebbero *garanzie* di ricorrere al *supporto pro bono* dato dagli studi internazionali e dalle ONG. In proposito, è per altro legittimo dubitare che tali garanzie siano facilmente ottenibili: non è infatti scontato che gli studi legali o le ONG accettino di prestare i propri servizi *pro bono* riguardo a controversie in cui il loro intervento e il loro supporto non è certo riceva adeguata riconoscibilità e pubblicità<sup>37</sup>.

C'è poi il problema noto come «*arbitration without privacy*», connesso al ruolo essenziale che in questo tipo di procedimenti svolgono, ed è importante che continuino a svolgere, le *parti terze interessate* ad in-

<sup>34</sup> Cfr. 1° art. 5 (Representation and assistance) delle Hague Rules, che al par. 2 dispone: “Where a party faces barriers to access to remedy, including a lack of awareness of the mechanism, lack of adequate representation, language, literacy, costs, physical location or fears of reprisal, the arbitral tribunal shall, without compromising its independence and impartiality, ensure that such party is given an effective opportunity to present its case in fair and efficient proceedings.”

<sup>35</sup> *Ibid.*, Commentary, 25.

<sup>36</sup> Cfr. The Hague Rules, cit., art. 32 (2) e (4).

<sup>37</sup> Nella Introductory Note delle Hague Rules si chiarisce che: “Although the Hague Rules attempt to lower barriers to access to remedy, arbitration under these Rules is meant to be employed where it is reasonable to presume that all parties have a minimum of resources at their disposal to cover the basic costs of the arbitration and their own representation, either by themselves or through a “legal aid” system, contingency funding or an agreement on the asymmetric distribution of costs and deposits between the parties.”



tervenire nella procedura (sindacati, NGOs, e tutti coloro che hanno interesse e sono capaci di intervenire *on the victim's behalf*, anche in qualità di *amici curiae*, etc.). Al momento, questo tipo di interventi non è previsto dalle procedure arbitrali standard.

Per legittimare l'intervento in varie forme di parti terze in arbitrati di cui non sono formalmente parte, in particolare *in assenza di relazioni contrattuali con le imprese coinvolte*, occorrerebbero specifiche previsioni e particolari accorgimenti. In primo luogo, è necessario rendere materialmente visibile questa forma di alternativa agli *stakeholders* interessati (organizzazioni intergovernative, agenzie e altri enti incaricati di monitorare l'implementazione dei diritti umani, i sindacati, la società civile, le ONG interessate, esperti indipendenti), senza l'intervento dei quali ben difficilmente le singole vittime potrebbero considerare lo strumento arbitrale come valida alternativa ai giudizi nazionali. In secondo luogo, occorre superare il problema dello *status* di parti terze rispetto alla procedura. Certamente le parti commerciali della controversia potrebbero conferire agli arbitri la discrezionalità e la possibilità di ammettere le *non-disputing parties*, con varie modalità, quali ad esempio: la loro sottoposizione di informazioni rilevanti orali o scritte in varie fasi del procedimento; consentire la loro partecipazione come osservatori incaricati di monitorare il procedimento; consentire loro l'accesso ai documenti rilevanti; conferire loro il diritto di presentare *submissions* in qualità di *amici curiae*; fino alla possibilità (massima) di concedere a queste parti terze il diritto di instaurare direttamente una procedura arbitrale contro le imprese interessate.

Per quanto il diritto delle parti terze ad iniziare un procedimento arbitrale (*right to arbitrate*) non sia un concetto del tutto nuovo, posto che tale diritto è previsto da molti accordi bilaterali e multilaterali di investimento al fine di attirare maggiormente investitori stranieri, per l'arbitrato commerciale internazionale occorrerebbe quanto meno una *clausola contrattuale* specifica in merito, inserita nell'accordo tra le parti relativo al procedimento arbitrale commerciale. Il modello sarebbe quello della «*open offer*» frequentemente usata in sede ICSID e in varie legislazioni nazionali relative alle discriminazioni (sessuali) e alla protezione dell'ambiente che consentono «*citizens suits*» come strumento per attuare le politiche nazionali di interesse pubblico. Indubbiamente si tratterebbe di incentivi importanti alla *compliance* degli obblighi gravanti sulle imprese.

Un precedente molto interessante in proposito è quello del ricorso all'arbitrato in ambito europeo *in materia di antitrust*. La prassi europea ha già ampiamente dimostrato come l'arbitrato commerciale internazio-

nale possa costituire un importante strumento di *private enforcement del diritto europeo della concorrenza* nel contesto di controversie direttamente attinenti alla violazione di regole europee di concorrenza che trovano la propria origine nell'ordinamento europeo. Ciò, in particolare, con riguardo agli impegni presentati alla Commissione europea nel quadro di decisioni *in materia di intese* ex art. 101 TFUE, *abuso di posizione dominante* ex art. 102 TFUE e *controllo delle concentrazioni*. Numerose autorizzazioni ad operazioni di concentrazione hanno infatti reso vincolanti impegni contenenti *offerte unilaterali d'arbitrato*. In base a tali impegni, l'impresa o le imprese (la cui operazione è autorizzata) si vincolano a definire mediante arbitrato eventuali controversie relative al rispetto degli impegni stessi nei loro confronti. *I terzi* interessati a contestare una violazione degli impegni, e che siano identificati o identificabili come beneficiari, a loro volta, hanno la facoltà di accettare l'offerta e promuovere un *arbitrato* contro tale impresa o imprese, contestando la violazione degli impegni e chiedendo i conseguenti rimedi di ripristino o risarcitori, senza per altro essere vincolati dalla clausola arbitrale, se non nel momento in cui l'accettano promuovendo l'arbitrato (o sottoscrivendo uno specifico accordo). Queste parti restano pertanto libere di rivolgere le proprie pretese dinanzi ai tribunali nazionali. Data la natura unilaterale delle clausole arbitrali contenute negli impegni, le imprese che le hanno offerte non possono avvalersene contro terzi beneficiari se questi non l'abbiano accettata secondo le modalità appena descritte<sup>38</sup>.

Le *Hague Rules* hanno affrontato il problema introducendo uno specifico articolo, dedicato ai *Multyparty Claims*, dunque alle parti terze e alle parti terze beneficiarie dell'accordo arbitrale, prendendo in considerazione due possibilità. La prima concerne l'ipotesi che «l'underlying legal instrument in which the arbitration clause is contained» conferisca *direttamente* determinati diritti alle parti terze, riconosciute come aventi un legittimo interesse a che la sentenza arbitrale venga eseguita. La seconda ipotesi è relativa al caso in cui sia lo stesso accordo arbitrale a conferire il diritto a certe parti terze di unirsi al procedimento<sup>39</sup>. Il principio generale sotteso a tale norma è quello dell'*efficienza* massima, per il quale tutte le rivendicazioni connesse alla controversia dovrebbero essere trattate congiuntamente. Inoltre, senza espandere la giurisdizione del tribunale arbitrale e conferire agli arbitri il potere autonomo di *consolidare* più azioni, che resta saldamente ancorato al consenso delle parti, la norma consente al tribunale arbitrale di adottare specifiche procedure,

<sup>38</sup> P. BERTOLI, *Diritto europeo dell'arbitrato internazionale*, Milano, 2015, 122 ss.

<sup>39</sup> Cfr. The Hague Rules, cit., art. 19 (2)

quali ad esempio le *Supplementary Rules for Class Arbitrations of the American Arbitration Association* e le *Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) Class Action Procedures*, ove ritenute appropriate per gestire un numero rilevante di parti e di azioni che ricadono sotto la sua giurisdizione<sup>40</sup>. In altre parole, la norma mira a superare la presunzione negativa per la quale un accordo arbitrale implica una automatica waiver al diritto di procedere con «class, mass, collective or multi-party action». Questa decisione è invece lasciata al tribunale arbitrale che terrà conto delle circostanze del caso, inclusi i termini dell'accordo arbitrale e del contesto in cui è stato concluso.

Ciò premesso, non si può dare affatto per scontato che le imprese abbiano un reale interesse ad attribuire *volontariamente* (tanto alle vittime stesse che a parti terzi che agiscono a loro supporto) questo diritto di arbitrare le controversie in questione, o addirittura consentire l'instaurazione di *class actions*, anche laddove queste fossero ammesse nei fori domestici rilevanti. Per aderire a questa impostazione, le imprese dovrebbero convincersi che la loro mancata cooperazione possa incidere *negativamente* sulla loro posizione. Ciò non solo in termini di cattiva reputazione che loro deriverebbe a livello della società civile e dei consumatori finali, ma anche (e soprattutto) per gli auspicabili effetti negativi che potrebbero derivarne sul mercato in generale, laddove - ad esempio - le autorità pubbliche nazionali e sovranazionali ritenessero opportuno sanzionare adeguatamente tale rifiuto rendendo più difficile la loro partecipazione ad appalti pubblici, ad accedere a programmi finanziari, allontanare potenziali finanziatori, o perdere autorizzazioni governative per operare in determinati mercati.

ii) Con riguardo ai rapporti tra *imprese*, invece, i ragionamenti sono più lineari. Nulla osta all'inserzione volontaria del ricorso all'arbitrato commerciale nelle c.d. *intra-business relations*, mediante la previsione di apposite clausole contrattuali che impongano questo sistema di soluzione di controversie nell'ipotesi di violazione di impegni in materia di diritti umani assunti da entrambe le parti del business. Il che si può rivelare particolarmente utile nel caso in cui tali violazioni avvengano lungo la *catena del valore o di attività*, per usare una espressione impiegata dalla proposta di Direttiva europea sulla due diligence. Quest'ultima, ad esempio, impone a certe imprese che rientrano nel suo ambito di applicazione soggettivo di intraprendere tutti gli sforzi necessari e le misure ragionevolmente adeguate a identificare gli impatti negati, prevenire e

<sup>40</sup> Cfr. *Ibid.*, art. 19 (1).

rimediare gli abusi dei diritti umani e dell'ambiente lungo tutta la supply-chain, *la catena di attività* (che include le attività dei partner commerciali coinvolti nella filiera di produzione, di distribuzione, trasporto, stoccaggio e smaltimento, ad esclusione del sol utilizzo finale dei prodotti)<sup>41</sup>.

Tra gli strumenti considerati adeguati dal legislatore europeo per ottemperare i propri obblighi figura specificamente l'inserzione nei contratti di apposte clausole sul rispetto dei vari codici di condotta e standard in materia di diritti umani e ambiente da parte dei partner diretti ed analoghe garanzie nei contratti conclusi tra questi e i vari sub-contraenti. Si tratta delle cosiddette «perpetual clauses» che impongono agli immediati suppliers l'inserzione di previsioni simili da far valere contrattualmente da parte dei loro stessi sub-fornitori. In questo modo, tutti gli attori della *supply chain* possono essere ritenuti direttamente responsabili delle rispettive violazioni<sup>42</sup>. Questo tipo di clausole relative alla responsabilità sostanziale per le violazioni in materia di diritti umani potrebbero essere utilmente completate da apposite previsioni circa lo strumento arbitrale cui ricorrere. Sarebbe altamente auspicabile che la Commissione europea, che si è impegnata a fornire clausole contrattuali modello, suggerisse *anche* il ricorso allo strumento dell'arbitrato commerciale così come concepito dalle nuove Hague Rules, assistito dalla previsione di una «Escalation Clause» che imponga alle parti *in primis* il ricorso alla negoziazione, per passare alla mediazione, ed infine consentire il giudizio arbitrale come ultima risorsa, così come previsto dalla prassi e dalle nuove regole specializzate in materia. L'obiettivo infatti è quello di mantenere in vita (laddove possibile) la relazione commerciale, scongiurando l'eventualità di una cessazione unilaterale del contratto ad opera della casa madre. Soluzione, questa, chiaramente inidonea di per sé a porre fine alle violazioni, e per di più potenzialmente negativa quanto agli impatti economico-sociali sull'ambiente ove opera l'impresa violatrice. Inoltre, gli attori privati (spesso riluttanti ad adempiere ad obblighi internazionalmente imposti) si rivelano certamente più sensibili agli strumenti di *leverage* imposti dai loro contraenti diretti. Il rischio è quel-

<sup>41</sup> Cfr. gli artt. 7.2 b) e 8.3 c) della proposta di direttiva europea.

<sup>42</sup> D. SCHÖNFELDER, *Contracting for human rights: experiences from the US ABA MCC 2.0 and the European EMC projects, 2022*, disponibile su <<https://novabhre.novalaw.unl.pt/contracting-for-human-rights-experiences-from-the-us-aba-mcc-2-0-and-the-european-emc-projects/>>; ABA, Contractual Clauses Project, disponibile su <[https://www.americanbar.org/groups/human\\_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/](https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/)>.

lo di incorrere in sanzioni pesanti, come la cancellazione dei contratti con tutte le conseguenze economiche che ne derivano.

#### 4.c) *Il consenso ad arbitrare*

Le considerazioni sopra formulate servono anche a risolvere il problema (comune a tutte le diverse possibili controversie) del *consenso* ad arbitrarle, sia *ex ante* che *ex post* il sorgere di una controversia. Le *Hague Rules* non affrontano direttamente le modalità di espressione del consenso ad arbitrare secondo tali regole, che riguarda tutte le parti interessate da questo procedimento (imprese commerciali, individui, organizzazioni sindacali, Stati, entità statali, organizzazioni internazionali e organizzazioni della società civile, o qualunque altra parte di qualunque tipo). Né le nuove norme definiscono cosa si deve intendere per Business, Human Rights, o «Business and Human Rights». Ai fini dello scopo e dell'ambito di applicazione di tali norme, tali termini devono essere intesi nel modo il più ampio possibile, così come interpretate dagli UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

Resta la considerazione che vale per tutti gli arbitrati: il c.d. *proper and informed consent* rimane la pietra miliare di ogni procedura, incluso l'arbitrato commerciale internazionale in materia di diritti umani. Rilevano in proposito due previsioni delle Hague Rules: la prima è contemplata dall'art. 1.1, ai sensi della quale «la qualificazione della controversia come relativa al Business and Human rights non è necessaria per attribuire giurisdizione agli arbitri qualora tutte le parti della controversia abbiano convenuto l'applicazione delle Hague Rules». La seconda è contenuta nell'art. 3.3(d) che dispone che «i modi per provare il consenso delle parti devono essere intesi in modo largo, e risultare unicamente soggetti all'applicazione delle norme imperative relative alla forma dell'accordo di arbitrato». Questo consenso può essere stabilito sia *prima* che la controversia sorga, ad esempio mediante una apposita clausola contrattuale, sia *dopo* il sorgere della controversia, mediante uno specifico *compromis*. Le *Model Clauses* annesse alle Hague Rules forniscono alle parti varie opzioni per esprimere validamente il proprio consenso ad arbitrare (in vari contesti e con vari strumenti).

#### 5. *Questioni legate al riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali*

Le Hague Rules nulla dispongono anche in relazione all'esecuzione della decisione arbitrale, rinviando alle varie leggi nazionali e agli obbli-

ghi contenuti nei trattati internazionali in materia, in particolare alla convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni arbitrali straniere. Né le regole dell'Aja introducono modalità specifiche per assicurare l'adempimento di quanto disposto dalla decisione arbitrale, tipo il monitoraggio ad opera di istituzioni intergovernative, organizzazioni non governative, o iniziative azionabili dai vari multi-stakeholders.

Ne consegue la possibilità che questi lodi arbitrali possano non essere riconosciuti o eseguiti per effetto delle varie legislazioni nazionali che vengono in considerazione, in ragione del considerevole margine di discrezionalità lasciato alle corti nazionali in materia, compreso il ricorso al limite dell'*ordine pubblico* opponibile anche nei confronti di vittime o parti terze che hanno partecipato alla procedura arbitrale in assenza di un accordo contrattuale specificamente sottoscritto. Non si tratta, in questo caso, di un deficit specifico delle nuove norme qui considerate, posto che in generale il riconoscimento e l'esecutività dei lodi arbitrali per quanto rappresenti indubbiamente uno dei maggiori punti di forza dell'arbitrato commerciale internazionale *non può mai essere dato per scontato*, venendo in rilievo varie *eccezioni* ostative.

*In primis*, la convenzione di New York esclude il riconoscimento e l'esecutività di lodi resi con riguardo a controversie che non sono «capable of settlement by arbitration», ossia ritenute *non arbitrabili*. La non-arbitrabilità non è direttamente regolata dalla Convenzione di New York, essendo questione lasciata al diritto nazionale, analogamente al problema della legge applicabile alla sua determinazione. La soluzione più adatta sembra essere quella ricavabile dall'art. V.2.(a) della convenzione di New York che prevede l'applicazione della *lex fori* per gli standard di arbitrabilità in relazione all'esecuzione dei lodi arbitrali.

Ciò premesso è pacificamente accettato in dottrina e giurisprudenza che i criteri relativi l'arbitrabilità andrebbero interpretati alla luce *della presunzione di validità* delle convenzioni di arbitrato internazionali espressamente prevista dalla Convenzione di New York. Ne consegue che, in via di principio, l'eccezione di non arbitrabilità andrebbe applicata *restrittivamente*. Resta in ogni caso la considerazione per la quale, non esistendo norme uniformi applicabili in merito, questa indagine non può che essere fatta *caso per caso* prendendo in considerazione le varie soluzioni previste dagli ordinamenti interessati. Non è dunque escluso *a priori* che vi siano ordinamenti per i quali le controversie relative alla violazione dei diritti umani siano ritenute di *esclusiva competenza* delle corti giudiziali del foro. Vengono in considerazione in proposito le legislazioni degli Stati ancora riluttanti a considerare le imprese come sog-

getti responsabili per le violazioni loro attribuite, e che non hanno implementato gli *UNGPs Principles*, o basate sul presupposto che le violazioni di diritti umani non rientrino nella disponibilità delle parti private, in ragione della loro natura prettamente pubblicistica.

Un secondo caso riguarda l'ipotesi di controversie che coinvolgono la *responsabilità penale* degli autori dell'illecito. Nel dicembre del 2021 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento relativa alla lotta ai *crimini ambientali*<sup>43</sup>. Si tratta di attività criminali connesse all'ambiente che hanno spesso una dimensione transfrontaliera, o che generano un impatto su diversi paesi (ad esempio il traffico illecito di rifiuti, di specie protette o di prodotti della fauna selvatica) o che hanno effetti transfrontalieri (come nel caso dell'inquinamento transfrontaliero dell'aria, dell'acqua e del suolo). La proposta mira ad introdurre un quadro giuridico armonizzato relativo alla cooperazione transfrontaliera tra autorità di contrasto e giudiziarie. Ove adottata, la possibilità di ricorrere all'arbitrato commerciale in ambito europeo per le violazioni di diritti umani connesse alla mancata protezione dell'ambiente diminuirebbe considerevolmente, potendo tali controversie risultare di per loro «in-arbitrabili».

Un ulteriore problema concerne infine *l'ambito di applicazione* della stessa convenzione di New York, che prevede all'art. 1.3 la possibilità per gli Stati contraenti di apporre una *riserva*, ai sensi della quale le parti contraenti possono escluderne l'applicazione alle controversie ritenute *non commerciali*. Al momento, circa 50 Stati si sono avvalsi di questa riserva. Gli stati restano pertanto liberi di considerare le controversie relative alla violazione di diritti umani come intrinsecamente di *natura non commerciale*. In risposta a questo possibile importante ostacolo, le Hague Rules hanno incorporato una previsione (art. 1.2) per la quale – ove le parti si sono espressamente accordate per arbitrare le proprie controversie ai sensi di queste specifiche regole – esse saranno automaticamente da considerare come *derivanti da una transazione o relazione commerciale*. Si tratta di una previsione che certamente introduce un argomento *procedurale* in più da far valere ad opera della parte vittoriosa nella controversia, in quanto idonea a rivelare la precisa intenzione delle parti della controversia. La parte soccombente nella disputa non potrebbe facilmente argomentare che il lodo non possa essere eseguito in ragione della *natura non commerciale* della disputa, ai sensi della riserva apposta in tal senso alla convenzione di New York.

<sup>43</sup> Commissione europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE*, Bruxelles, 15.12.2021 COM (2021) 851 final.



Ciò detto, resta la considerazione per la quale l'espressa stipulazione delle parti circa la natura commerciale della controversia non pare in alcun modo idonea a vincolare le corti nazionali chiamate a decidere della esecutività di questi lodi (in particolare rilevano le norme della *lex arbitri* e dei potenziali luoghi di esecuzione). Si può pertanto solo auspicare che tali corti nazionali usino bene il loro potere discrezionale per dare effettiva esecutività a tali decisioni arbitrali. Adempiendo così al loro dovere di assistere nella misura maggiore possibile il tribunale arbitrale a rendere un lodo eseguibile, e come tale efficace.

## 6. Considerazioni conclusive

Alla domanda iniziale: «perché l'arbitrato commerciale internazionale in materia di Business and Human Rights?» abbiamo dato una prima risposta: *perché non anche?* La prima conclusione cui siamo giunti è che non esiste al momento un *single silver bullet* per risolvere il problema di come superare il persistente divario tra l'auspicata *accountability* e *responsability* delle imprese e l'assenza di rimedi effettivi a disposizione delle vittime di abusi. Se è vero che tutte le strade e i rimedi convenzionali (a disposizione delle vittime a livello nazionale, internazionale e sovranazionale) hanno ormai ampiamente dimostrato di non poter offrire soluzioni soddisfacenti, è forse venuto il tempo di «imparare a fare le cose diversamente».

La relazione ha evidenziato le molteplici ipotesi in cui i due sistemi giuridici dei diritti umani e dell'arbitrato commerciale possono confluire l'uno nell'altro. Per iniziare, sarebbe opportuno abbandonare una volta per tutte le impostazioni retoriche negative che hanno a lungo caratterizzato l'approccio accademico proprio di coloro che hanno studiato il problema dell'intersezione tra business e diritti umani. L'accento è stato per lo più posto sulla impossibilità che il settore dei diritti umani, intrinsecamente fondato sul concetto di dignità umana, possa aggiungere qualcosa di utile allo sviluppo dello strumento arbitrale senza determinare la *bancarotta morale* degli ideali legati alla protezione degli esseri umani, posto che l'arbitrato è per definizione votato alla protezione degli attori del business.

A questo proposito, ci pare che, da un lato, sia ormai definitivamente sepolta l'era della *compartimentalizzazione* delle varie sub-discipline giuridiche. Queste, al contrario, necessitano oggi più che mai di dialogare tra loro al fine di trovare auspicabilmente dei *common grounds* sulla base di principi generali che sono inerenti a qualunque procedimento



giuridico. Dall'altro, i diritti umani non dovrebbero più oggi essere considerati come dei semplici ideali, ma dotati di una funzione anche *strumentale*; e ciò in tutti i settori, compreso quello del commercio internazionale. Ci sono pochi dubbi che gli sviluppi normativi che hanno recentemente interessato i settori della *CSR* e del *Business and HRs* abbiano prodotto l'importante *effetto strumentale* di migliorare la situazione sostanziale di molte potenziali vittime, per effetto di un numero crescente di accordi internazionali e/o contratti internazionali che hanno autorizzato parti terze a partecipare alla risoluzione di controversie relative ai *core human rights* protetti da tali strumenti, anche se i precedenti sono ancora limitati.

Inoltre, altri segnali importanti ed emergenti depongono nel senso di un sicuro sviluppo di questo tipo di controversie di natura ibrida. Forse, si può oggi parlare di «inevitabilità» con riguardo alle controversie in materia di diritti umani nell'arbitrato commerciale internazionale, in parallelo allo sviluppo che ormai da tempo interessa l'arbitrato internazionale degli investimenti, in cui sempre più sovente sono gli Stati ad avanzare argomenti sui diritti umani per difendersi dai claims degli investitori.

Rileva in proposito la considerazione per la quale il rispetto dei diritti umani è ormai saldamente parte delle c.d «aspettative di frontiera» rivolte alle imprese (soprattutto quelle multinazionali) essendo oggi direttamente parte integrante del concetto condiviso di un *good corporate behaviour*. Le stesse imprese riconoscono con sempre maggiore frequenza l'importanza del rispetto dei diritti umani nei loro commerci globali. Sempre più spesso ricorrono allo strumento del contratto, inserendo apposite clausole nei propri rapporti con le altre parti contrattuali che impongono il rispetto di standard globali come quelli dell'UNGP e/o le proprie policies (codici di condotta). Ciò, per condividerli con altri contraenti, o per adeguarsi a normative imperative loro imposte a livello nazionale o sovranazionale; ma anche e soprattutto a loro proprio vantaggio, al fine di evitare i costi della loro *human rights liability*.

Per le imprese, dunque, il ricorso allo strumento arbitrale commerciale si potrebbe rivelare un potente veicolo mediante il quale investire in una visione diversa della propria missione (ormai percepita come non più confinata alla sola massimizzazione dei profitti dei propri *shareholders*), garantendo loro un buon ritorno economico mediante lo strumento di una responsabilità condivisa, la riduzione dei costi e procedimenti di soluzione delle controversie più efficienti.

Tutto ciò premesso, la strada da percorrere è ancora lunga: per quanto personalmente riteniamo che un «nuovo soggetto» (l'arbitrato com-

merciale in materia di diritti umani) sia ormai già stato concepito (con un suo proprio progetto di vita ben delineato, con un suo proprio temperamento e caratteristiche uniche sviluppate sulla scorta di esperienze pregresse), siamo perfettamente consapevoli che occorrerà del tempo per verificare come e se i c.d. *genitori putativi* della nuova creatura (le imprese e gli stati) saranno in grado di favorirne una crescita armonica, adoperandosi attivamente perché possa esprimere al meglio tutte le proprie potenzialità. Il processo si presenta delicato e complesso in quanto si tratta essenzialmente di trovare un ragionevole e giusto bilanciamento tra interessi che molti ancora considerano *in principio* confliggenti. Occorre adoperarsi per raggiungere un consenso generale su procedimenti efficaci per meglio proteggere le vittime e al contempo attrattivi per le imprese. Le soluzioni per correggere le disparità del futuro campo da gioco non mancano, come abbiamo cercato di illustrare nella relazione, e sono da tempo al centro del dibattito accademico, con varie proposte concrete già avanzate e molto discusse.

Queste recenti iniziative si presentano all'intersezione precisa degli interessi di tutte le parti interessate (imprese, vittime, avvocati dei diritti umani, NGOs, Stati, società civile), e v'è pertanto solo da augurarsi che il confluire di tutti questi interessi porti a risultati solidi e duraturi per l'avvenire.

# L'ECCEZIONE DI ORDINE PUBBLICO QUALE LIMITE ALLA CIRCOLAZIONE DEI LODI ARBITRALI INTERNAZIONALI

Pasquale PIRRONE\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un doppio ordine pubblico: l'ordine pubblico internazionale dello Stato richiesto. – 3. *Segue*: l'ordine pubblico internazionale dello Stato di sede. Sue ricadute sulla circolazione del lodo arbitrale internazionale sulla base della Convenzione di New York del 1958 e della normativa italiana. – 4. La Convenzione di Ginevra del 1961. – 5. Le criticità della soluzione italiana (art. 840.3.5 c.p.c.). – 6. La natura del rapporto tra lodo arbitrale internazionale e Stato di sede. – 7. L'interpretazione preferibile della disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York. – 8. Il contrasto dell'art. 840.3.5 c.p.c con la disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York. Una possibile soluzione.

## 1. Introduzione

L'incidenza dell'ordine pubblico internazionale (OPI) sulla circolazione dei lodi arbitrali internazionali (LAI) è certamente uno tra i temi più studiati nell'ambito del diritto dell'arbitrato internazionale. La vastità delle questioni che emergono dalla normativa, dalla giurisprudenza e dalla dottrina è tale da imporre una scelta dei profili da trattare e, soprattutto, di una prospettiva da cui affrontare il tema.

In questa sede la valutazione dell'incidenza dell'OPI sul riconoscimento e l'esecuzione dei LAI sarà operata a partire dai diversi momenti e dalle diverse modalità d'intervento dell'OPI sui LAI. Momenti e modalità che derivano dalla normativa internazionale e nazionale in materia.

Si cercherà di valutare se le modalità d'intervento dell'OPI sulla circolazione dei LAI presentino delle peculiarità rispetto alle modalità di intervento dello stesso limite sulla circolazione delle decisioni giudiziarie nazionali, soprattutto con riguardo alle interazioni che possono determinarsi tra OPI e altre regole che presiedono alla circolazione dei LAI.

\* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Catania.

Le considerazioni che si svolgeranno ci consentiranno di esprimere delle valutazioni critiche su taluni aspetti della normativa italiana in materia.

## 2. *Un doppio ordine pubblico: l'ordine pubblico internazionale dello Stato richiesto*

Sulla base della normativa vigente, si possono individuare due momenti e due diverse modalità di intervento dell'OPI, che incidono entrambe, l'una direttamente, l'altra indirettamente, sulla circolazione del LAI.

In primo luogo, va considerata la modalità «classica» di intervento dell'OPI, in funzione, cioè, di limite al riconoscimento e all'esecuzione di LAI in uno Stato diverso da quello di sede. In questo caso l'OPI dello Stato richiesto incide direttamente sulla circolazione del LAI. Questa funzione è riconosciuta sia dalla normativa internazionale, segnatamente dalla Convenzione di New York del 1958<sup>1</sup>, sia dalle normative nazionali, tra cui quelle che si rifanno alla Legge modello UNICITRAL<sup>2</sup>, e specificamente dalla normativa italiana agli artt. 839 e 840 c.p.c.<sup>3</sup>.

In questa veste, le modalità d'intervento dell'OPI sulla circolazione del LAI presentano sostanziali *analogie* con quelle che caratterizzano l'incidenza dell'OPI sulla circolazione delle decisioni giudiziarie nazionali.

Con riguardo ai LAI si rileva una tendenza sempre più diffusa tra gli Stati che si adeguano agli *standard* internazionali a esercitare in modo

<sup>1</sup> La Convenzione di New York, sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, del 1958, all'art. V.2.b, dispone: «Recognition and enforcement of an arbitral award also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: [...] (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country».

<sup>2</sup> L'art. 36.1.b.ii della Legge modello UNCITRAL dispone: «Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: [...] (b) if the court finds that: [...] (ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State».

<sup>3</sup> L'art. 839.4.2 c.p.c., nella versione emendata dal d. leg. n. 49, del 10.10.2022, dispone «[...] Il Presidente della Corte d'appello, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia immediatamente esecutiva del lodo straniero nella Repubblica, salvo che: [...] 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico». L'art. 840.5.2 c.p.c. dispone: «[...] Il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero sono altresì rifiutati allorché la Corte d'appello accerta che: [...] 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico».

*soft*, minimale, il controllo di compatibilità con l'OPI<sup>4</sup>. Questa tendenza si è manifestata, tra l'altro, in talune pronunce in cui tribunali nazionali hanno affermato l'opportunità di un'interpretazione e applicazione restrittiva delle norme che contemplan l'OPI, limitandone l'operatività ai soli casi in cui il contrasto tra lodo e OPI fosse «flagrante, effettivo e concreto»<sup>5</sup>.

Per quanto attiene ai contenuti dell'OPI rilevanti con riguardo ai LAI, in astratto potrebbero operare tutti i principi fondamentali, di natura sostanziale, dell'ordinamento dello Stato richiesto: il c.d. ordine pubblico «materiale»<sup>6</sup>. In concreto entreranno in gioco solo quei principi che riguardano le materie che formano oggetto di questioni sottoposte e/o sottoponibili agli arbitri. Sotto quest'ultimo aspetto rileva la questione, logicamente e cronologicamente antecedente al controllo di compatibilità con l'OPI, del controllo sull'arbitrabilità della controversia oggetto del LAI. Ove la controversia verta su materia non arbitrabile nell'ordinamento dello Stato richiesto, per ciò stesso, il LAI non sarà riconoscibile e, dunque, non entreranno in gioco i principi fondamentali dell'ordinamento riguardanti la materia oggetto della controversia. Una questione ancora aperta è quella della rilevanza, ai fini della circolazione del LAI, dell'ordine pubblico «processuale», inteso come l'insieme dei principi che nell'ordinamento della Stato richiesto sono connessi alla nozione di «equo processo». Pur in

<sup>4</sup> In dottrina si vedano, *ex plurimis*, M. PETSCHÉ, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international et le contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public*, in *Gazette du Palais*, 2006, 3, 11 ss.; L. SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile, Art. 806-840, Arbitrato*, Bologna, 2009, *sub* art. 839, 1000; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>a</sup> ed., 2014, 3655 ss.; F. BORTOLOTTI, *Arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2019, 484 ss.

<sup>5</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte d'appello di Parigi, del 23 marzo 2006, nel caso *SNF c. Cytec*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 2007, 32, 282 ss.), nella quale la Corte afferma: «... en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce que a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, et y substituer la propre appréciation de la cour». Occorre registrare, tuttavia, pronunce in senso contrario.

<sup>6</sup> A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha considerato rilevanti, ai fini della circolazione dei LAI, i principi di OPI in materia di concorrenza, liceità dei contratti, fallimento, risarcimento dei danni, nonché i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea. Occorre precisare che l'eccezione di OPI materiale, ai fini dell'opposizione al riconoscimento e all'esecuzione del LAI, viene spesso sollevata, ma raramente accolta dai giudici dello Stato richiesto.

presenza di posizioni non sempre univoche, sembra preferibile, alla luce della Convenzione di New York, la soluzione positiva<sup>7</sup>.

Il controllo sulla compatibilità del LAI con l'OPI materiale dello Stato richiesto deve avvenire, comunque, nel rispetto del divieto, ampiamente condiviso, di riesame nel merito del LAI<sup>8</sup>. Si pone, così, il problema di delineare l'ampiezza dei poteri e le modalità di controllo del giudice del riconoscimento. Secondo un orientamento radicale, ciò comporterebbe che, in sede di riconoscimento e di esecuzione del LAI, il controllo dovrebbe concentrarsi solo sul contenuto del dispositivo e non sulle motivazioni del lodo<sup>9</sup>. Tuttavia, in particolare con riguardo a lodi

<sup>7</sup> Una formulazione ampia, che permette di ricomprendere l'OPI processuale tra i motivi di diniego del riconoscimento del LAI, si trova infatti nella norma di cui all'art. V.2.(b) della Convenzione di New York, si veda il testo *supra* alla nota n. 1. Una disposizione più restrittiva, che sembra escludere l'OPI processuale, è contenuta, invece, negli articoli 839 e 840 c.p.c., i quali dispongono che le autorità giudiziarie competenti (vedi *infra*, nota n. 28) dovranno negare il riconoscimento del LAI, nel caso in cui «il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico». In dottrina, in senso positivo si vedano, *ex plurimis*, J.F. POUURET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, par. 934; L. SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 1001; T. TAMPPIERI, F. EMANUELE, C. SANTORO, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al Diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2017, 1306. In senso negativo si veda, ad esempio, B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 3683. Per degli esempi di casi in cui la questione dell'OPI processuale si è posta dinanzi ai giudici dello Stato richiesto, si veda F. BORTOLOTTI, *cit.*, 491-493. Più in generale, per una esposizione sintetica e efficace sul rapporto tra circolazione del LAI e *due process*, si veda T. TAMPPIERI, F. EMANUELE, C. SANTORO, Titolo XIII, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al Diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017, 1291 ss.. Anche con riferimento all'OPI processuale, tuttavia, si rileva che la relativa eccezione, spesso sollevata dalle parti interessate e valutata dai giudici richiesti, raramente è stata accolta da tali giudici.

<sup>8</sup> Sul divieto di riesame del LAI nel merito, *ex plurimis*, si vedano: J. VAN DER BERG, *Consolidated Commentary on New York Convention*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 2003, 651 ss.; A. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009, 358; G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, 3423 s.; L. SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile, Art. 806-840, Arbitrato*, cit., sub art. 840, 1020.

<sup>9</sup> Per la giurisprudenza italiana in questo senso si vedano, *ex plurimis*, le seguenti pronunce della Corte di Cassazione: 17 marzo 1982, n. 1727; 3 aprile 1987, n. 3221; 8 aprile 2004, n. 6947; 21 ottobre 2021, n. 29429; 2 febbraio 2022, n. 3255, del 2 febbraio 2022. In dottrina cfr. A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni in-*

che abbiano ad oggetto controversie in materia di concorrenza, si sono sviluppati in dottrina due diversi orientamenti che ammettono che il controllo possa prendere in considerazione anche le motivazioni del lodo. Secondo un primo orientamento, «minimalista», tale controllo dovrebbe avere carattere «esterno», finalizzato esclusivamente a verificare che l'arbitro abbia valutato le questioni controverse e abbia motivato le sue conclusioni al riguardo, senza che ciò implichi alcun riesame degli elementi di fatto e/o di diritto posti a base della decisione dell'arbitro, salvo il caso di violazioni «flagranti, effettive e concrete» dell'OPI<sup>10</sup>. Secondo un diverso orientamento, «massimalista», il giudice richiesto potrebbe spingersi anche oltre nel verificare se l'arbitro abbia rispettato i principi di OPI<sup>11</sup>.

A causa dei contorni ampi e flessibili dell'OPI, si rileva talvolta nella prassi il tentativo di far rientrare nel controllo di compatibilità con l'OPI la verifica del rispetto delle norme di applicazione necessaria. Pur non essendo formalmente previsto un controllo del LAI alla luce delle norme di applicazione necessaria, occorre tener presente che sia queste norme che l'OPI costituiscono due diverse modalità tecniche attraverso le quali l'ordinamento del foro si tutela da valori esterni che possono porsi in contrasto con i propri valori fondamentali. È dunque ben possibile che il valore e l'obiettivo legislativo sotteso ad una data norma di applicazione necessaria trovi riscontro, al tempo stesso, in un principio che entri a far parte del contenuto dell'OPI dello Stato richiesto<sup>12</sup>.

*ternazionali*, Padova, 1999, 230; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, 758.

<sup>10</sup> Cfr., *ex plurimis*, L. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo internazionale del lodo e ordine pubblico*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, 629 s.; ID., *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings*, in G. BLANKE, P. LANDOLT, *Competition Law and Arbitration in the US and in Europe*, 2009. In giurisprudenza si vedano, ad esempio, le seguenti pronunce: Corte d'appello di Parigi, citata nella nota n. 5; Corte d'appello di Firenze, del 21 marzo 2006, sul caso *Nuovo Pignone SpA c. Schlumberger*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, 741 ss. e Thüringer Oberlandesgericht, del 8 agosto 2007.

<sup>11</sup> Cfr., *ex plurimis*, P. MAYER, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, in *Revue de l'arbitrage*, 1994, 615 s.; S.S. BOLLEE, *La place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public*, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 101 s..

<sup>12</sup> Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 24. Per una riflessione complessiva sul rapporto tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria si veda G. ZARRA, *Sull'incerta distinzione tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria*, Napoli, 2022. Più specificamente, sull'applicazione, da parte degli arbitri, delle norme di applicazione necessaria dello Stato di

3. Segue: *l'ordine pubblico internazionale dello Stato di sede. Sue ricadute sulla circolazione del lodo arbitrale internazionale sulla base della Convenzione di New York del 1958 e della normativa italiana*

Come si è detto, vi è una seconda modalità di incidenza dell'OPI sul LAI. Esso, infatti, è considerato anche *motivo di impugnazione per annullamento* del LAI nello stesso Stato di sede dell'arbitrato<sup>13</sup>. In questo caso si tratta, ovviamente, dell'OPI dello Stato di sede.

Il LAI, dunque, è sottoposto a due diversi «ordini pubblici»: quello dello Stato richiesto e quello dello Stato di sede.

Anche questo OPI *finirà col riverberarsi sulla circolazione del LAI*. Infatti, ai sensi dell'art. V.1.e della Convenzione di New York, l'annullamento del LAI nello Stato di sede dà la facoltà, alla «autorità competente» dello Stato richiesto, di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo<sup>14</sup>, in deroga all'obbligo generale, imposto agli Stati parti dall'art. III della medesima Convenzione, di accordare tale riconoscimento e esecuzione ai lodi arbitrali esteri o internazionali<sup>15</sup>.

Nell'ordinamento italiano, il legislatore ha ritenuto di esercitare una volta per tutte e in termini generali e astratti tale facoltà, stabilendo, all'art. 840.3.5 del c.p.c., che «il riconoscimento o l'esecuzione del lodo

sede o dello Stato in cui probabilmente potrà essere richiesto il riconoscimento del lodo, si veda L. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, vol. 23, 2012, 49 ss.; ID., *When, Why and How Must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions? The Problem and a Proposal*, in F. FERRARI (edited by) *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2017, 351 ss.

<sup>13</sup> Si veda al riguardo la Legge modello UNCITRAL, la quale, all'art. 34.2, dispone: «[...] An arbitral award may be set aside by the Court specified in article 6 only if: [...]; (b) the court finds that: [...]; (ii) the award is in conflict with the public policy of this State».

<sup>14</sup> L'art. V.1 della Convenzione di New York dispone: «Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...]; (e) The award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made».

<sup>15</sup> L'art. III della Convenzione di New York dispone: «Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedures of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards».



straniero sono rifiutati [...] se [...] la parte contro la quale il lodo è invocato prova [che] [...] il lodo [...] è stato annullato».

Il legislatore ha così creato una sorta di «cinghia di trasmissione» che lega indissolubilmente le sorti del LAI in Italia a quelle dello stesso lodo nello Stato di sede. Conseguentemente, ove il LAI venga annullato nell'ordinamento dello Stato di sede per contrarietà con l'OPI di quest'ordinamento, esso non potrà essere riconosciuto e eseguito in Italia anche ove in ipotesi fosse compatibile con l'OPI italiano. All'OPI dello Stato di sede viene così riconosciuta un'efficacia *renforcée*.

Si rende, dunque, necessaria una riflessione sulla compatibilità di questa soluzione (italiana) con la reale natura del rapporto intercorrente tra LAI e Stato di sede, con le dinamiche e gli obiettivi attuali dell'arbitrato internazionale e con una corretta lettura della normativa internazionale in materia.

#### 4. La Convenzione di Ginevra del 1961

Occorre prima precisare che questa dinamica non si verificherà ove il LAI ricada nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1961. Infatti, questa Convenzione, che presuppone e integra quella di New York, all'art. IX.2 espressamente stabilisce che, per gli Stati parti di entrambe le convenzioni, l'annullamento del LAI nello Stato di sede potrà giustificare il diniego di riconoscimento e esecuzione, ai sensi dell'art. V.1.e della Convenzione di New York, solo ove sia stato deciso per i motivi tassativamente elencati all'art. IX.1, tra i quali non rientra la contrarietà del LAI all'OPI dello Stato di sede<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Il par. 1 dell'art. IX della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, di Ginevra, del 1961, stabilisce che «L'annullamento in uno Stato contraente di una sentenza arbitrale, retta dalla presente Convenzione, non costituirà ragione per rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione in un altro Stato contraente, a meno che questo annullamento sia stato pronunciato nello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, la sentenza è stata resa e per una delle seguenti ragioni: (a) le Parti della Convenzione di arbitrato erano incapaci ai sensi della legge applicabile nei loro confronti, oppure detta Convenzione non è valida ai sensi della legge alla quale le parti l'hanno sottoposta, oppure, in mancanza di indicazioni al riguardo, ai sensi della legge del paese dove la sentenza è stata resa; oppure (b) la Parte che chiede l'annullamento non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro o non è stata in grado, per un altro motivo, di far valere le sue ragioni; oppure (c) la sentenza verte su una questione non contemplata nel compromesso o non considerata nella clausola compromissoria; oppure contiene delle decisioni che esorbitano dalle condizioni del compromesso o della clausola compromissoria [...]; oppure (d) la costituzione del tribunale arbitrale o della procedura di

Grazie all'art. 840.6 c.p.c., che fa «salve le norme stabilite in convenzioni internazionali», ove il LAI ricada nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, l'annullamento del lodo pronunciato esclusivamente per contrarietà con l'OPI dello Stato di sede non impedirà, dunque, al giudice italiano il riconoscimento e l'esecuzione del LAI. Anzi, in assenza di altri impedimenti, questo giudice avrà l'obbligo (di fonte internazionale) di riconoscere il LAI<sup>17</sup>.

Al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, tuttavia, la “cinghia di trasmissione” creata dal nostro legislatore, con la disposizione di cui all'art. 840.3.5 del c.p.c., produrrà i suoi effetti.

### 5. Le criticità della soluzione italiana (art. 840.3.5 c.p.c.)

Tornando alla questione della compatibilità dell'art. 840.3.5 del c.p.c. con la normativa internazionale e con le dinamiche e gli obiettivi dell'arbitrato internazionale; *prima facie*, la disposizione italiana sembrerebbe compatibile con l'art. V.1.e della Convenzione di New York: il legislatore italiano, creando la “cinghia di trasmissione” di cui si è detto, si sarebbe mantenuto nell'ambito della facoltà riconosciuta da questa Convenzione.

Tuttavia, la disposizione codicistica in oggetto dà luogo a delle conseguenze che suscitano delle perplessità.

In primo luogo, questa soluzione limita fortemente il riconoscimento e l'esecuzione in Italia dei LAI, ponendosi in contrasto con la tendenza generale a favore della circolazione dei LAI. Tale tendenza, che emerge ormai chiaramente dalle normative (nazionali e sovranazionali) e dalla prassi in materia, appare peraltro coerente con gli obiettivi che gli operatori economici normalmente perseguono quando decidono di fare ricorso all'arbitrato per la soluzione delle controversie che sorgono tra di essi.

In secondo luogo, la rilevanza decisiva (conclusiva) che viene riconosciuta all'OPI dello Stato di sede appare sproporzionata se si tiene conto che, ove si prescinda dalla scelta delle parti, molto spesso, da un

arbitrato non è stata conforme all'accordo delle Parti o, in mancanza di accordo, alle disposizioni dell'art. IV della presente Convenzione». Il par. 2 dello stesso art. IX precisa: «Nei rapporti tra gli Stati contraenti, che siano anche Parti della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul Riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, il paragrafo 1 del presente articolo ha l'effetto di limitare alle sole cause di annullamento, che esso specifica, l'applicazione dell'art. 5, paragrafo 1, e) della Convenzione di New York».

<sup>17</sup> Vedi *supra*, nota n. 15.

punto di vista sostanziale, la controversia sottoposta agli arbitri risulta maggiormente collegata allo Stato richiesto che allo Stato di sede<sup>18</sup>.

Infine e soprattutto, la disposizione in oggetto determina una grave disparità di trattamento tra la parte vittoriosa e quella soccombente nel procedimento arbitrale. Infatti, la parte soccombente (e recalcitrante a dare esecuzione al lodo) avrà due possibilità di sfuggire agli obblighi derivanti dal lodo. Essa, infatti, potrà impugnare il lodo nello Stato di sede e, ove ottenga l'annullamento, opporsi al riconoscimento e all'esecuzione in Italia. Ma, anche nell'ipotesi in cui l'impugnazione per annullamento venga respinta, avrà comunque la possibilità di opporsi al riconoscimento e all'esecuzione in Italia, fondando tale opposizione sulla contrarietà del lodo con l'OPI italiano o su una delle altre cause previste dall'art. 840 c.p.c.. La parte vittoriosa, al contrario, ove il lodo sia stato annullato nello Stato di sede, non avrà in Italia alcuna possibilità di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione, anche nel caso in cui il lodo sia stato annullato esclusivamente per contrarietà all'OPI dello Stato di sede e in ipotesi sia compatibile con l'OPI italiano.

#### 6. *La natura del rapporto tra lodo arbitrale internazionale e Stato di sede*

Al fine di una corretta valutazione della questione appare necessaria una riflessione (e una presa di posizione) sulla *vexata quaestio* del rapporto tra LAI e Stato di sede e, conseguentemente, sulle ricadute che l'annullamento del lodo in questo Stato può determinare sulla circolazione del lodo.

Non appaiono certamente condivisibili le posizioni estreme.

Così, da una parte, occorre considerare che il LAI è espressione di una giustizia "privata", non è il prodotto dell'attività degli organi giudiziari nazionali e non costituisce, dunque, esercizio della sovranità (nel suo profilo giudiziario) dello Stato di sede. Non è accettabile, dunque, la soluzione per cui l'annullamento del lodo nell'ordinamento di questo Stato implichi il venir meno di tale lodo e quindi l'impossibilità di rico-

<sup>18</sup> In molti casi, infatti, nello Stato richiesto si trova la residenza della parte contro la quale si chiede il riconoscimento, in questo Stato vi saranno probabilmente beni da aggredire appartenenti a questa parte, lo Stato richiesto potrebbe essere il luogo di esecuzione dell'obbligazione oggetto della controversia sottoposta all'arbitro o, comunque, il luogo di esecuzione degli obblighi derivanti dal LAI.

noscergli effetti e dargli esecuzione in un altro ordinamento<sup>19</sup> (soluzione italiana).

D'altra parte, non appare corrispondente alla realtà e, dunque, accettabile la visione di chi considera l'arbitrato internazionale e il LAI completamente autonomi dall'ordinamento dello Stato di sede. Occorre, infatti, tener presente che sono normalmente le stesse parti del procedimento arbitrale a localizzare l'arbitrato in un dato Stato. L'arbitrato internazionale e il LAI hanno un rapporto formale con lo Stato di sede, che è espressione della volontà delle parti e che non può essere ignorato. L'eventuale annullamento del lodo nello Stato di sede non può, dunque, essere considerato irrilevante ai fini della sua circolazione (soluzione francese)<sup>20</sup>.

L'efficacia del LAI, in altri termini, trova il suo fondamento sostanziale nella volontà delle parti e non nella sovranità dello Stato di sede. La collocazione di uno specifico arbitrato e del relativo lodo, ad opera delle stesse parti, in un dato Stato crea certamente tra l'ordinamento di questo Stato e il LAI un collegamento significativo, che non può essere trascurato, ma che non appare tale da considerare e trattare il LAI alla stregua del prodotto dell'attività degli organi giudiziari di questo Stato.

### 7. *L'interpretazione preferibile della disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York*

Questo particolare tipo di rapporto esistente tra LAI e Stato di sede richiede, dunque, una *soluzione intermedia*, rispetto a quelle esposte nel paragrafo precedente. Tale soluzione può essere individuata tramite una corretta lettura della Convenzione di New York.

Come si è detto, l'art. V.1.e di questa Convenzione riconosce alla «autorità competente» dello Stato richiesto, nel caso in cui il LAI venga

<sup>19</sup> Per una critica alla tesi secondo la quale il lodo annullato cessa per ciò stesso di esistere, si veda L. RADICATI DI BROZOLO, *The Control System of Arbitral Awards: a Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"*, in ICCA, *Congress series*, vol. 16, *Arbitration: the Next Fifty Years*, Kluwer, 2012, 74 ss. Per un'ampia riflessione sul rapporto che può legare un arbitrato ad un dato ordinamento statale, si veda G. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2015, 561-595.

<sup>20</sup> Per un'esposizione sintetica ed efficace della soluzione francese, si veda F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 305-308. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza francese (e ai relativi commenti in dottrina) si veda; T. TAMPIERI, F. EMANUELE, C. SANTORO, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, cit., 1300-1301.

annullato nello Stato di sede, la facoltà di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo, in deroga all'obbligo generale, posto dall'art. III della stessa Convenzione, di accordare tale riconoscimento e esecuzione ai lodi arbitrali esteri o internazionali<sup>21</sup>.

Sulla base delle premesse sopra esposte, riguardo al reale rapporto tra LAI e Stato di sede, si può ritenere che la disposizione in oggetto, non riconosca allo Stato parte complessivamente considerato, dunque, anche al legislatore, la facoltà di decidere, una volta per tutte, in termini generali ed astratti la questione, ma, piuttosto, che essa imponga agli Stati parti di *lasciare alle rispettive autorità giudiziarie la facoltà di valutare*, caso per caso, la questione della riconoscibilità ed eseguibilità del LAI annullato nello Stato di sede<sup>22</sup>.

Ne deriverebbe, a mo' di corollario, una sorta di diritto, per la parte vittoriosa nella procedura arbitrale, a che la riconoscibilità e l'eseguibilità del lodo annullato nello Stato di sede sia valutata dall'autorità giudiziaria dello Stato richiesto.

Questa lettura della disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York, oltre ad essere perfettamente coerente con la formulazione letterale della norma convenzionale<sup>23</sup>, che assegna alla «autorità competente» la facoltà di decidere sul riconoscimento e l'esecuzione del lodo, trova supporto in una serie di considerazioni.

In primo luogo, come si è detto, essa appare come il naturale corollario della reale natura e intensità del rapporto esistente tra LAI e ordinamento dello Stato di sede dell'arbitrato.

In secondo luogo, la lettura proposta, da una parte, risulta coerente con lo scopo principale della Convenzione di New York, che è quello di facilitare, non certo di ostacolare, la circolazione dei lodi arbitrali esteri e internazionali, dall'altra, si pone in sintonia con la logica sottesa alla Convenzione di Ginevra del 1961, per la quale non tutte le pronunce di annullamento permettono di negare il riconoscimento e l'esecuzione del

<sup>21</sup> Vedi *supra*, nota n. 15.

<sup>22</sup> Cfr. A. MOURRE, *À propos des articles V e VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leurs pays d'origine: où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2008, 263 ss.; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2014, 3428; D.F. DONOVAN, *Preclusion and the New York Convention: Article V(1)(e) and Converse – Article V(1)(e)*, in S. BREKOUKAS, *The Evolution and the Future of International Arbitration*, 2016, 232-233.

<sup>23</sup> La versione inglese della Convenzione di New York depone certamente in questo senso («Recognition and enforcement may be refused ...»). Analogamente dispongono le versioni in lingua spagnola, russa e in mandarino. Meno chiara sul punto appare invece la versione francese («La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées [...] que si ...»).

LAI, dando rilievo alle ragioni che hanno motivato il provvedimento di annullamento.

Inoltre, la soluzione proposta trova riscontro nella prassi di quegli Stati che, senza considerare irrilevante l'annullamento del LAI nello Stato di sede, si riservano di valutare, caso per caso, se far dipendere da questa circostanza il diniego o meno del riconoscimento del LAI<sup>24</sup>. Si pensi, ad esempio, a quella parte della giurisprudenza statunitense che, al fine di decidere la questione del riconoscimento del LAI annullato, sottopone talvolta ad un vaglio di compatibilità col proprio OPI il provvedimento straniero di annullamento del lodo<sup>25</sup>.

Infine e soprattutto, essa ristabilisce un sostanziale equilibrio tra le parti della causa decisa dal LAI, dando anche alla parte vittoriosa, il cui lodo sia stato annullato, una seconda *chance*, mediante la possibilità di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione dello stesso lodo in uno Stato diverso da quello di sede.

#### 8. *Il contrasto dell'art. 840.3.5 c.p.c con la disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York. Una possibile soluzione*

Se la lettura proposta dell'art. V.1.e della Convenzione di New York è corretta, la disposizione di cui all'art. 840.3.5 c.p.c. si pone in contrasto con questa Convenzione.

Tale contrasto, invero, sembra escluso dalla nostra Corte di Cassazione (7 settembre 2015, *Corporaseo Total v. AMA*), secondo la quale la «*ratio* della Convenzione [...] è quella di rendere omogenee e facilmente prevedibili le procedure di riconoscimento del lodo nei Paesi contraen-

<sup>24</sup> Per un'esposizione sintetica di quest'orientamento si veda F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 308-313. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza che segue quest'orientamento in vari paesi (e ai relativi commenti in dottrina) si veda; T. TAMPIERI, F. EMANUELE, C. SANTORO, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, cit., 1301-1303.

<sup>25</sup> Invero, questo orientamento è stato seguito non solo da una parte della giurisprudenza degli Stati Uniti, ma anche da una parte della giurisprudenza dei Paesi Bassi. Cfr. T. TAMPIERI, F. EMANUELE, C. SANTORO, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, cit., 1301 e 1302. Questa soluzione, in astratto, sarebbe percorribile anche in Italia, ove il giudice richiesto valutasse la riconoscibilità nell'ordinamento italiano della sentenza straniera che annulla il lodo (sentenza di cui questo giudice dovrebbe prendere cognizione per valutarne gli effetti sul LAI) alla stregua dei requisiti stabiliti dall'art. 64 della l. n. 218 del 1995, che, al punto (g), considera non riconoscibile la sentenza straniera contrastante con l'OPI italiano. Su questa ipotesi si veda F. EMANUELE, M. MOLFA, *Selected Issues on International Arbitration: the Italian Perspective*, London, 2014, 211 ss.

ti»<sup>26</sup>. La Suprema Corte, tuttavia, omette di rilevare che, prima ancora degli obiettivi da Essa indicati, la Convenzione di New York persegue l'obiettivo prioritario, rispetto al quale gli altri eventuali obiettivi appaiono recessivi, di facilitare la circolazione dei lodi esteri e internazionali, mentre la disposizione codicistica in oggetto va esattamente nella direzione opposta.

Una possibile soluzione per superare, sulla base del diritto vigente, il contrasto in oggetto può essere quella di *applicare direttamente la disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York*, col significato sopra precisato, in luogo di quella posta dall'art. 840.3.5 c.p.c..

Ciò appare possibile se si tiene conto di una serie di circostanze.

In primo luogo, la Convenzione di New York fa salve le norme interne (o di altri trattati) in materia, solo nella misura in cui siano più favorevoli al riconoscimento e all'esecuzione del LAI<sup>27</sup> e, certamente, non è questo il caso della norma di cui art. 840.3.5 c.p.c.

In secondo luogo, come già detto, lo stesso art. 840 c.p.c., al comma 6°, fa «salve le norme stabilite in convenzioni internazionali».

Infine e soprattutto, la disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione di New York è pienamente idonea ad essere applicata nell'ordinamento italiano. Infatti, sul piano formale, la Convenzione è stata recepita nel nostro ordinamento con ordine di esecuzione dato con legge n. 62/1968. Sul piano sostanziale, la disposizione di cui all'art. V.1.e della Convenzione ha le caratteristiche di una norma *self-executing*, poiché essa (nella lettura proposta) è sufficientemente precisa nell'attribuire alle autorità competenti degli Stati parti il potere di valutare caso per caso se riconoscere o meno il LAI annullato nell'ordinamento dello Stato di sede. L'unica parte della disposizione convenzionale che necessita di un intervento che ne precisi la portata precettiva è quella relativa all'individuazione della «autorità competente». Nell'ordinamento italiano a ciò provvedono gli artt. 839 e 840 c.p.c., che indicano come competenti, nei vari gradi di giudizio, il Presidente della Corte d'appello della circo-

<sup>26</sup> Corte di Cassazione, civile, sezione I, sentenza n. 17712, del 7 settembre 2015, *Corporaseo Total c. AMA*.

<sup>27</sup> Cfr. l'art. VII.1 della Convenzione di New York, il quale dispone: «The provision of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or treaties of the country where such award is sought to be relied upon».

scrizione di residenza della parte contro la quale si chiede il riconoscimento, la stessa Corte d'appello e la Corte di Cassazione<sup>28</sup>.

La soluzione proposta, peraltro, determinerebbe delle significative conseguenze virtuose. Infatti, in applicazione dell'art. V.1.e della Convenzione, si svilupperebbe una giurisprudenza interna sul punto, che, da una parte, per la flessibilità che la giurisprudenza può avere rispetto alla normativa, potrebbe facilitare l'omogeneizzazione delle soluzioni italiane con l'evoluzione degli *standard* internazionali in materia, dall'altra, individuerebbe i criteri in base ai quali attribuire o meno rilievo all'annullamento del LAI nello Stato di sede, venendo così incontro a entrambe le esigenze, di omogeneizzazione e di prevedibilità delle soluzioni, segnalate dalla Suprema Corte nella succitata sentenza.

Sotto quest'ultimo aspetto, alla luce delle considerazioni sopra esposte, sarebbe auspicabile che si affermasse il principio per cui l'annullamento del LAI nell'ordinamento dello Stato di sede, pronunciato esclusivamente per contrasto con l'OPI di quest'ordinamento, non possa in sé stesso, in assenza di altre circostanze ostative, costituire motivo di diniego del riconoscimento e dell'eventuale esecuzione del lodo in Italia. Si tratterebbe, cioè, di elevare a criterio giurisprudenziale generale la soluzione adottata dalla Convenzione di Ginevra del 1961<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Ai sensi degli articoli 839 e 840 c.p.c., il Presidente della Corte d'appello della circoscrizione di residenza della parte contro la quale si chiede il riconoscimento deciderà con decreto ("immediatamente esecutivo", a seguito dell'emendamento apportato all'art. 839 c.p.c. dal d. leg. n. 49, del 10 ottobre 2022), contro il quale è ammessa opposizione da proporsi con citazione dinanzi alla stessa Corte d'appello, la quale si pronuncerà con sentenza impugnabile per cassazione.

<sup>29</sup> Vedi *supra*, par. 4.



# L'ARBITRABILITÀ DELLA LITE TRA RICHIAMO E "PRESA IN CONSIDERAZIONE" DEL DIRITTO STRANIERO

Caterina BENINI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'arbitrabilità: nozione autonoma a contenuto nazionale. – 3. La legge applicabile all'arbitrabilità dinanzi alle corti statali e dinanzi agli arbitri. – 4. Il concorso di leggi applicabili all'arbitrabilità e l'impossibilità di risolverlo tramite le tecniche della prevalenza, della distribuzione e del cumulo. – 5. La tecnica della presa in considerazione di norme straniere. – 6. La tecnica della presa in considerazione applicata all'arbitrabilità. – 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La libertà di compromettere una lite in arbitrato non è in genere assoluta. Ogni ordinamento statale stabilisce secondo propri criteri quali controversie possano essere rimesse alla decisione di arbitri e quali, invece, siano riservate alla cognizione dei giudici statali. Si parla di arbitrabilità per designare l'attitudine di una controversia a formare oggetto di un giudizio privato, sostitutivo di quello statale ma egualmente capace di sfociare in una statuizione vincolante per le parti<sup>1</sup>. Di fatto, l'arbitrabilità segnala il ruolo che un ordinamento è disposto a riconoscere agli arbitri nella composizione di determinati interessi. L'ordinamento che qualifica una lite come non arbitrabile non si limita, infatti, a stabilire che nei procedimenti con sede in tale ordinamento gli arbitri debbono astenersi dal decidere il merito della lite stessa; dispone altresì che il potere dei giudici dello Stato in questione non è intaccato dall'accordo arbitrale e che l'eventuale lodo reso dagli arbitri è senza effetto localmente.

\* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

<sup>1</sup> A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. I, Torino, 1999, 18; P. LEVEL, *L'arbitrabilité*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1992, 213.

Varie incertezze circondano la nozione di arbitrabilità e i criteri che la regolano. In qualche misura ciò si deve al fatto che la questione dell'arbitrabilità è suscettibile di sorgere davanti ad istanze differenti, statali ed arbitrali, ciascuna soggetta a regole diverse. In questo scritto interessa indagare il solo punto di vista degli arbitri investiti della lite.

Si procederà come segue: dopo alcune premesse sulla nozione di arbitrabilità (par. 2), verrà dato conto di come gli arbitri, per effetto dei doveri a cui sono sottoposti, siano sollecitati ad affrontare la questione dell'arbitrabilità secondo regole di ordinamenti diversi (par. 3). Ne risulta un concorso di leggi non risolvibile tramite le tecniche più comunemente impiegate per regolare questo genere di situazioni: la prevalenza di un parametro sull'altro, l'applicazione distributiva dei diversi parametri pertinenti e il loro impiego cumulativo (par. 4). Può semmai rivelarsi utile la tecnica della presa in considerazione di norme straniere: illustrata tale tecnica in termini generali (par. 5), ne vengono saggiati i vantaggi sul terreno specifico della verifica dell'arbitrabilità della lite (par. 6). Seguiranno brevi note conclusive (par. 7).

## 2. *L'arbitrabilità: nozione autonoma a contenuto nazionale*

Si occupano di arbitrabilità delle controversie tutte le principali convenzioni multilaterali in tema di arbitrato commerciale internazionale: il Protocollo di Ginevra sulle clausole arbitrali<sup>2</sup>, la Convenzione di Ginevra sull'esecuzione di lodi stranieri<sup>3</sup>, la Convenzione di New York sul riconoscimento ed esecuzione di lodi stranieri<sup>4</sup>, la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale di Ginevra<sup>5</sup> e la Convenzione

<sup>2</sup> Protocollo relativo alle clausole d'arbitrato in materia commerciale, concluso a Ginevra il 24 settembre 1923, *League of Nations Treaty Series*, No. 678, Vol. 27, 158 (di seguito, Protocollo di Ginevra).

<sup>3</sup> Convenzione sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, conclusa a Ginevra il 26 settembre 1927, *League of Nations Treaty Series*, No. 2096, Vol. 92, 302 (di seguito, Convenzione di Ginevra).

<sup>4</sup> Convenzione sul riconoscimento ed esecuzione di lodi arbitrali stranieri, conclusa a New York il 10 giugno 1958, *United Nations Treaty Series*, No. 4739, Vol. 330, 38 (di seguito, Convenzione di New York).

<sup>5</sup> Convenzione europea relativa all'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Ginevra il 21 aprile 1961, *United Nations Treaty Series*, No 7041, Vol. 484, 364 (di seguito, Convenzione di Ginevra del 1961).

interamericana sull'arbitrato commerciale internazionale di Panama<sup>6</sup>. Emerge dai testi appena evocati che il giudice adito in violazione di un accordo arbitrale è tenuto a rimettere le parti in arbitrato, salvo che la lite non sia arbitrabile<sup>7</sup>. Stabiliscono inoltre che i giudici statali sono esentati dall'obbligo (ivi previsto) di riconoscere ed eseguire un lodo straniero quando quest'ultimo abbia deciso una controversia non arbitrabile<sup>8</sup>. Dal canto suo, la legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale<sup>9</sup>, nel regolare l'impugnazione del lodo, dispone che questo può essere annullato nella sede dell'arbitrato se reso su controversia non arbitrabile<sup>10</sup>.

Nell'elevare l'arbitrabilità a condizione di efficacia dell'accordo arbitrale e del lodo e a condizione di validità di quest'ultimo, gli strumenti citati stabiliscono quali conseguenze discendano per ciascuno di tali aspetti dall'inarbitrabilità della lite. Tale disciplina, oltre che comune a un'ampia varietà di Stati, è esclusiva, nel senso che, negli Stati vincolati, l'incidenza dell'inarbitrabilità della lite sugli effetti dell'accordo arbitrale e del lodo non può essere apprezzata in base a regole diverse.

L'arbitrabilità, così intesa, rappresenta una nozione propria degli strumenti internazionali in parola: designa l'insieme delle situazioni che, per le regole uniformi in questione, giustificano il diniego di efficacia dell'accordo arbitrale e del lodo così come l'annullamento del lodo. Non si può dunque ricostruire la nozione di arbitrabilità partendo dal modo in cui tale espressione è intesa nei sistemi interni<sup>11</sup>. Occorre semmai intenderla – in partenza, e nei suoi tratti generali – in modo autonomo<sup>12</sup>,

<sup>6</sup> Convenzione interamericana relativa all'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Panama il 30 gennaio 1975, *United Nations Treaty Series*, No. 24384, Vol. 1438, 249 (di seguito, Convenzione di Panama).

<sup>7</sup> Art. 4 Protocollo di Ginevra; Art. II, par. 3, della Convenzione di New York; Art. VI, par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1961.

<sup>8</sup> Art. V, par. 2, lett. a), Convenzione di New York; Art. 5, par. 2, lett. a), Convenzione di Panama.

<sup>9</sup> Legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, adottata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale il 21 giugno 1985, *United Nations Document A/40/17*, Annex I (di seguito, "legge modello"). La legge modello è stata adottata con l'obiettivo di favorire l'armonizzazione delle leggi nazionali in materia di arbitrato commerciale internazionale: *Explanatory note by UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations Document A/40/17*, Annex I, 15.

<sup>10</sup> Art. 34, par. 2, lett. a), della legge modello.

<sup>11</sup> *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention. A Handbook for Judges*, The Hague, 2011, 13-14.

<sup>12</sup> Così G. CARELLA, A. LEANDRO, *Le fonti dell'arbitrato*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto*

avendo riguardo all'oggetto e allo scopo dei testi uniformi in discussione<sup>13</sup>.

Scopo della Convenzione di New York e degli altri strumenti citati è quello di promuovere il commercio internazionale facilitando, tramite regole uniformi, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri<sup>14</sup>. Tali regole, comprese quelle che parlano di arbitrabilità, vanno dunque interpretate in funzione di tale obiettivo, adottando, tra le diverse letture possibili, quella che ne favorisca il raggiungimento<sup>15</sup>.

Seguendo tale approccio, e adottando quindi un'interpretazione che limiti al minimo gli ostacoli alla circolazione dei lodi, il concetto di (in)arbitrabilità deve essere inteso come facente riferimento al nocciolo duro di interessi che gli Stati riservano ai propri organi per il carattere sensibile degli stessi. Detto altrimenti, una lite può, in generale, dirsi inarbitrabile solo se investe degli interessi che lo Stato reputa assolutamente insuscettibili di essere composti, in caso di lite, ad opera di giudici privati<sup>16</sup>.

Esulano invece dal concetto di arbitrabilità tutte le questioni che ineriscono all'origine contrattuale dell'arbitrato, quale la capacità delle parti di stipulare un accordo arbitrale, l'ambito oggettivo dell'accordo arbitrale e la validità sostanziale dell'accordo arbitrale<sup>17</sup>. Nonostante la presenza di alcune voci contrarie<sup>18</sup>, è un dato di fatto che tali questioni trovano

*dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 564. Di opinione contraria, con riguardo alla nozione di arbitrabilità, è M. V. BENEDETTELLI, "Harmonization" vs. "Pluralism" in the 1958 New York Convention: Balancing Party Autonomy with State Sovereignty, in C. BENICKE, S. HUBER (eds.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2020, 1333.

<sup>13</sup> Così impone l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, *United Nations Treaty Series*, No. 18232, Vol. 1155, 331.

<sup>14</sup> Così A. JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, 4; UNCITRAL, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, Vienna, 2015, 1 (parte introduttiva).

<sup>15</sup> In questi termini, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention* cit., 15.

<sup>16</sup> In termini simili, T.E. CARBONNEAU, F. JANSON, *Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, 193.

<sup>17</sup> Così anche D. QUINKE in R. WOLFF (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary*, München, 2019, 393-394.

<sup>18</sup> Per l'approccio prevalente negli Stati Uniti, si veda, per tutti, J.T. MCLAUGHLIN, *Arbitrability: Current Trends in the United States*, in *Albany Law Review*, 1996, 905 ss.

risposta nelle norme di diritto dei contratti di volta in volta applicabili, anziché in divieti di arbitrato posti a presidio di interessi generali.

Di fronte alla questione dell'arbitrabilità, l'interprete deve identificare il diritto statale applicabile, ovvero quello che, indicando quali interessi possono essere composti dagli arbitri e quali invece siano riservati agli organi statali, riempia di contenuto il concetto di arbitrabilità. Ciò è quanto stabiliscono gli strumenti internazionali in questione, i quali, dopo aver indicato che l'inarbitrabilità della controversia integra i motivi (tassativi) di diniego di efficacia dell'accordo arbitrale e del lodo e di annullamento di quest'ultimo, si servono del diritto statale per identificare gli interessi in nome dei quali una lite deve reputarsi, eventualmente, inarbitrabile<sup>19</sup>.

A ben vedere, non potrebbe essere altrimenti. Se l'arbitrabilità misura il grado di fiducia di uno Stato verso l'arbitrato, la sua fisionomia non può che dipendere dalle valutazioni dello Stato in questione, quali si ricavano dalle norme ivi in vigore. La natura autonoma della nozione di arbitrabilità ai fini delle norme uniformi che ne trattano non contraddice questa conclusione: un conto è la natura della nozione, che, come visto, definisce il ruolo e l'incidenza che le situazioni ricomprese nella "nozione-contenitore" di arbitrabilità possono avere sugli obblighi convenzionali; un altro è l'identificazione delle specifiche situazioni ricadenti in tale "nozione-contenitore" di arbitrabilità, a cui conseguano gli effetti indicati dalla convenzione.

L'arbitrabilità non è l'unica nozione autonoma per determinare il cui contenuto occorre attingere, nei termini visti, al diritto nazionale. Un altro esempio è costituito dal limite dell'ordine pubblico. Le convenzioni in parola stabiliscono che le autorità a cui viene chiesto di riconoscere efficacia al lodo straniero possono rifiutarne il riconoscimento e l'esecuzione se ritengono che il lodo sia contrario all'ordine pubblico del loro paese<sup>20</sup>. Pertanto, se, da un lato, le convenzioni stabiliscono che i giudici degli Stati contraenti sono esonerati dall'obbligo di attribuire efficacia ai

<sup>19</sup> Come osserva F. MARONGIU BUONAIUTI, *The Formal Requirements for Enforcing an Arbitral Award under the 1958 New York Convention, Between Autonomous Interpretation and References to Domestic Legal Systems*, in F. FERRARI, F.J. ROSENFELD (eds.), *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, 2021, 109, più la questione di cui tratta una convenzione internazionale è soggetta, a livello nazionale, a discipline significativamente divergenti, più i redattori della convenzione internazionale preferiscono lasciare una lacuna nella disciplina convenzionale e rimettere la disciplina agli Stati contraenti.

<sup>20</sup> Art. 1, lett. e), Convenzione di Ginevra; art. V, par. 2, lett. b), Convenzione di New York; art. 5, par. 2, lett. b), Convenzione di Panama.

lodi stranieri nel caso in cui questi siano contrari all'ordine pubblico, dall'altro, rimettono al diritto del giudice richiesto del riconoscimento ed esecuzione l'individuazione dei principi e delle norme che rientrino nell'ordine pubblico di tale Stato<sup>21</sup>.

Del resto, le convenzioni in materia di arbitrato internazionale sono chiamate non solo a promuovere la circolazione di lodi stranieri, ma anche a garantire agli Stati contraenti la possibilità di rifiutare il riconoscimento di tali lodi se lo stesso si ponga in contrasto con interessi nazionali di primaria importanza<sup>22</sup>. È infatti proprio attraverso regole di rimando al diritto statale che vengono soddisfatte le esigenze del secondo tipo: nella misura in cui la convenzione internazionale contiene “nozioni-contenitori” la cui incidenza sugli obblighi convenzionali è interamente disciplinata dalla convenzione, ma il cui contenuto può essere definito solo dagli ordinamenti statali, essa sta volutamente lasciando uno spazio di manovra agli ordinamenti statali, in modo tale che questi, nel riempire di contenuto tali “nozioni-contenitori”, possano far prevalere interessi e valori nazionali ed esentarsi così dagli obblighi di riconoscimento<sup>23</sup>.

Assodato dunque che la disciplina materiale dell'arbitrabilità viene fornita dagli ordinamenti statali, è riscontrabile una certa diversità di soluzioni sul punto. In alcuni casi, per esempio, l'arbitrabilità dipende dalla disponibilità dei diritti in contesa<sup>24</sup>, in altri, da disposizioni che stabiliscono l'ambito di competenza inderogabile degli organi statali<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> In questi termini, A. BONOMI, *The Concept of Public Policy under the 1958 New York Convention: An Autonomous Interpretation?*, in F. FERRARI, F.J. ROSENFELD (eds.), *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, cit., 315 ss.

<sup>22</sup> M.V. BENEDETTELLI, “*Harmonization*” vs. “*Pluralism*” in the 1958 New York Convention, cit., 1337.

<sup>23</sup> Osservazioni non dissimili sono state fatte in relazione al Protocollo e alla Convenzione di Ginevra da U.M. IACCARINO, *La legge applicabile per la determinazione dell'«arbitrabilità» delle controversie, secondo il Protocollo di Ginevra del 1923 e la successiva Convenzione del 1927*, in *Il Foro Padano*, 1961, 1056, il quale argomenta che i limiti positivi e negativi del conferimento di efficacia ad accordi e lodi arbitrali sono disciplinati, nel contenuto, dalle norme nazionali dei singoli Stati aderenti.

<sup>24</sup> Questo è l'approccio seguito da Italia (art. 806, comma 1) Codice procedura civile), Francia (artt. 2059 e 2060 *Code civile* francese), Svezia (art. 1(1) *Arbitration Act* svedese), Paesi Bassi (Art. 1020(3) *Arbitration Act* olandese), ed in parte dalla Germania (art.1030(2) *Zivilprozessordnung* tedesco).

<sup>25</sup> Questo è l'approccio seguito dal Regno Unito. Ad esempio, la Section 996 del Companies Act 1996 reca la giurisdizione esclusiva delle corti inglesi su liti inerenti a questioni imperative di diritto societario. Per un commento vedasi L. V.P. DE OLIVEIRA, *The English Law Approach to Arbitrability of Disputes*, in *International Arbitration Law Review*, 2016, 166.

### 3. La legge applicabile all'arbitrabilità dinanzi alle corti statali e dinanzi agli arbitri

Come detto, la questione dell'arbitrabilità può sorgere davanti ad istanze diverse. Sebbene il presente contributo si concentri sulla prospettiva degli arbitri, per meglio comprendere l'approccio seguito da quest'ultimi, conviene riferire brevemente di come i giudici statali risolvano tale questione.

Sono tre le situazioni nelle quali il giudice statale può dover decidere dell'arbitrabilità della lite.

In primo luogo, può accadere che la giurisdizione del giudice adito sia contestata dal convenuto sulla base di un accordo arbitrale. In questa situazione, il giudice adito, per potersi pronunciare sulla sua giurisdizione, deve verificare se l'accordo arbitrale oggetto di eccezione sia efficace. Tra i vari requisiti di efficacia dell'accordo arbitrale l'art. II, par. 1, della Convenzione di New York contempla l'arbitrabilità della lite. Tale disposizione, tuttavia, non chiarisce in base a quale diritto il giudice a cui venga opposta eccezione di accordo arbitrale debba valutare l'arbitrabilità della lite. Tale lacuna può essere sopperita in due modi.

Da un lato, si può far leva su una lettura sistematica delle disposizioni della Convenzione di New York che trattano dell'arbitrabilità, quindi dell'art. II, par. 1, e dell'art. V, par. 2, lett. a). Se, ai sensi di quest'ultima disposizione, il giudice richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo valuta l'arbitrabilità della lite in base alla *lex fori*, è ragionevole ritenere che anche il giudice a cui venga opposta eccezione di accordo arbitrale la valuti in base alla (sua) *lex fori*<sup>26</sup>. In questo modo, si favorisce identità di soluzione al problema della legge applicabile all'arbitrabilità tanto nella fase precedente quanto in quella successiva alla pronuncia del lodo<sup>27</sup>. Dall'altro lato, si può valorizzare il fatto che la Convenzione di Ginevra del 1961 è chiara sul punto, disponendo, all'art. VI, par. 2, che «[i]l giudice investito potrà non riconoscere la convenzio-

<sup>26</sup> A favore di questa soluzione A. JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, cit., 153; A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 140; G. GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, 127-131.

<sup>27</sup> Così ICCA's *Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention*, cit., 63-64; R. WOLFF, R. WOLFF (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary*, cit., 149.

ne d'arbitrato qualora *secondo la legge del foro* la controversia in questione non possa essere sottoposta all'arbitrato»<sup>28</sup>.

In secondo luogo, una volta che sia stato pronunciato il lodo, una delle parti potrebbe impugnarlo dinanzi alle corti dello Stato della sede dell'arbitrato facendo valere un vizio in grado di provocarne l'annullamento. In seno al procedimento di impugnazione del lodo, il giudice valuterà se sussiste uno dei motivi di nullità dei lodi arbitrali indicati dalla propria *lex fori*, la quale potrebbe aver adottato, sul punto, le indicazioni della legge modello. Quest'ultima, all'art. 34, par. 2, lett. a), indica come motivo di nullità del lodo l'inarbitrabilità della controversia. Tale disposizione specifica altresì che il giudice dell'impugnazione deve valutare l'arbitrabilità della lite in base al proprio diritto.

Un possibile controllo sull'arbitrabilità della controversia può essere effettuato, infine, dal giudice chiamato a pronunciarsi sull'efficacia del lodo straniero. Come dispongono l'art. V, par. 2, lett. a), della Convenzione di New York e l'art. 5, par. 2, lett. a), della Convenzione di Panama, il giudice può, *ex officio*, negare effetti al lodo se questo abbia deciso di una controversia non arbitrabile secondo il diritto dello Stato del giudice, quello cioè in cui il lodo dovrebbe produrre i suoi effetti.

Si consideri ora lo scenario che si verifica quando l'arbitrabilità della lite debba essere apprezzata dagli arbitri. Si registrano opinioni diverse circa il diritto in base a quale la questione debba essere decisa<sup>29</sup>. Invero, non essendo gli arbitri organi di uno Stato, gli stessi non sono tenuti a seguire (ancorché possano farlo, se così ritengono<sup>30</sup>) le regole di conflitto contenute in convenzioni internazionali, essendo queste vincolanti solo per gli organi degli Stati che ne sono parte. Secondo l'opinione maggioritaria<sup>31</sup>, gli arbitri devono valutare l'arbitrabilità della lite in base al di-

<sup>28</sup> Enfasi aggiunta.

<sup>29</sup> Non vi è uniformità di vedute neppure sulla possibilità per gli arbitri di sollevare la questione dell'arbitrabilità *proprio motu*. In senso positivo E.A. SCHWARTZ, *The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC*, in *ICSID Review*, 1994, 23; *contra* I. BANTEKAS, *The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2008, 194; M. BLESSING, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, in *Arbitration International*, 1996, 194.

<sup>30</sup> Sui meccanismi che permettono agli arbitri di applicare le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme, A. GIARDINA, *Le Convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, 192 ss.

<sup>31</sup> C. BOOG, B. MOSS, *Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award*, in *ASA Bulletin*, 2013, 647; L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di*



ritto della sede dell'arbitrato. Non sono tuttavia sporadiche le voci che sostengono che l'arbitrabilità vada regolata dal diritto applicabile alla convenzione arbitrale, dal diritto applicabile al merito della controversia o dal diritto dello Stato di futura esecuzione del lodo. Infine, vi è chi avanza l'opinione secondo cui vadano applicati più diritti, in combinazione tra di loro<sup>32</sup>.

La varietà delle soluzioni appena esposte mette in luce come l'operato degli arbitri è privo della dimensione istituzionale propria dei giudici, che impone a quest'ultimi di adottare il punto di vista dello Stato nel cui nome pronunciano le decisioni. Ciò consente agli arbitri di risolvere il problema dell'arbitrabilità attingendo risposte talvolta da un ordinamento talvolta da un altro, a seconda delle caratteristiche del caso concreto e delle conseguenze dell'applicazione dell'uno o dell'altro diritto.

Tra i fattori che gli arbitri prendono in considerazione nell'affrontare il problema dell'arbitrabilità vi sono, di regola, gli obblighi che discendono dal contratto di arbitrato che li lega alle parti<sup>33</sup>. Da tale contratto discendono una serie di diritti e obblighi reciproci. Quello che rileva in questa sede è l'obbligo degli arbitri di decidere della lite, ovvero di esprimere un giudizio sulla situazione prospettata<sup>34</sup>. Tale obbligo, che impone agli arbitri di risolvere in modo effettivo la controversia<sup>35</sup>, può, a ben vedere, dirsi assolto solo se gli arbitri rendono un lodo che sia al contempo valido nell'ordinamento dello Stato della sede dell'arbitrato (ordinamento di cui il lodo prende la nazionalità, nel senso di essere con-

*soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 15.

<sup>32</sup> Tale soluzione (denominata *composite approach*) è stata seguita di recente dalla Corte d'appello di Singapore con sentenza del 6 gennaio 2023 nel caso *Anupam Mittal v. Westbridge Ventures II Investment Holdings* ([2023] SGCA 1, § 55).

<sup>33</sup> Sulla natura del contratto di arbitrato e sugli effetti dallo stesso scaturenti, P. FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, in *ICC Bulletin*, 1995, 12 ss. Si noti che, sebbene in passato alcuni autori hanno contestato la natura contrattuale del rapporto, facendo leva sulla natura quasi giudiziale della funzione svolta dagli arbitri e sulla conseguente origine legale dei doveri su di questi gravanti, la qualificazione contrattuale del rapporto tra arbitro o arbitri e parti non è più in dubbio: M.L. SMITH, *Contractual Obligations Owed By and To Arbitrators: Model Terms of Appointment*, in *Arbitration International*, 1992, 17 ss.

<sup>34</sup> Questa è l'espressione impiegata da G. MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1990, 9.

<sup>35</sup> Così dispone l'art. 1 delle IBA Rules of Ethics for International Arbitration del 1987: «Arbitrators shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes [...]» (enfasi aggiunta).

siderato prodotto in tale Stato<sup>36</sup>) e suscettibile di produrre effetti nello Stato di futura esecuzione<sup>37</sup>. In fondo, solo se il lodo reso è valido ed eseguibile, si può dire che l'arbitro abbia assolto il suo obbligo di risolvere in modo effettivo la controversia<sup>38</sup>. Non così se il lodo venisse annullato o se ne venisse rifiutato il riconoscimento e l'esecuzione, circostanze che renderebbero la decisione arbitrale del tutto inidonea a regolare il rapporto giuridico controverso.

Anche a ritenere che dall'obbligo degli arbitri di decidere la controversia non scaturiscono gli obblighi accessori di assicurare che la decisione arbitrale sia valida ed eseguibile, detti obblighi potrebbero imporsi agli arbitri per effetto di aspettative sociali dovute alla loro appartenenza alla comunità arbitrale<sup>39</sup> e alla loro sottoposizione all'insieme di regole, anche non statali, che regolano la vita di tale comunità<sup>40</sup>. Se l'arbitrato internazionale vuole affermarsi come metodo affidabile ed effettivo di risoluzione delle controversie, ciò richiede uno sforzo da parte di tutti i membri della comunità arbitrale (istituzionali arbitrali, arbitri, avvocati) affinché le condizioni imposte dagli ordinamenti statali per il riconoscimento di effetti alle decisioni arbitrali, perlopiù condensate negli stru-

<sup>36</sup> Così L. RADICATI DI BROZOLO, *International Commercial Arbitration*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, 90.

<sup>37</sup> Tale dovere è esplicitato all'art. 42 delle ICC Arbitration Rules del 1 gennaio 2021, il quale prevede che «In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law» (enfasi aggiunta). *Contra* C. BOOG, B. MOSS, *Arbitrability, Foreign Mandatory Law*, cit., 655 i quali, facendo leva sulla complessità dei problemi che la fase di riconoscimento ed esecuzione pone, ritengono che gli arbitri non dovrebbero fare dell'esecutività del lodo una loro preoccupazione, essendo un'altra l'autorità competente ad assumere decisioni vincolanti sul punto.

<sup>38</sup> Così anche D. ALESSI, *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability*, in *Journal of International Arbitration*, 2014, 759 ss.

<sup>39</sup> A questo proposito è significativo che nel *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, predisposto dalla American Arbitration Association nel 1977, poi modificato nel 2003, sia stabilito che gli arbitri hanno responsabilità non solo verso le parti, ma anche verso l'arbitrato in quanto tale («process of arbitration itself») (Canon I.A), espressione che potrebbe intendersi come riferita sia al procedimento arbitrale singolarmente inteso, sia all'arbitrato come ambientale sociale.

<sup>40</sup> Come indicato da A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4<sup>a</sup> ed., London, 2004, 238, sugli arbitri gravano obblighi di origine contrattuale, di origine legale e di origine etica.

menti internazionali sopra richiamati, siano rispettate<sup>41</sup>. Tra queste condizioni rientrano quelle che presiedono alla verifica del riconoscimento di effetti alla decisione arbitrale e al conferimento alla stessa di efficacia esecutiva. Pertanto, in ossequio a tali regole, gli arbitri devono operare animati da uno «spirito di conservazione del lodo»<sup>42</sup>, spirito che deve condurli a verificare che il loro lodo rispetti le regole imperative dal cui rispetto discende la validità e la riconoscibilità ed eseguibilità dello stesso.

Se così stanno le cose, per rendere un lodo valido ed eseguibile, gli arbitri dovrebbero poter abbracciare la prospettiva di più Stati, essendo i requisiti previsti per la validità del lodo e per la sua riconoscibilità ed eseguibilità disposti, rispettivamente, dallo Stato della sede dell'arbitrato e dallo Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione. Quanto all'arbitrabilità, che è condizione tanto di validità quanto di riconoscibilità ed eseguibilità del lodo, tanto le regole dello Stato della sede dell'arbitrato quanto le regole dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione si candidano come parametri di giudizio. Invero, solo se l'arbitrabilità della lite viene decisa in base al diritto della sede dell'arbitrato, gli arbitri si assicurano di rendere un lodo valido; al contempo, solo se l'arbitrabilità viene valutata in base al diritto dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione, gli arbitri si assicurano che il loro lodo produca effetti nello Stato dove questi dovranno in futuro trovare attuazione.

#### *4. Il concorso di leggi applicabili all'arbitrabilità e l'impossibilità di risolverlo tramite le tecniche della prevalenza, della distribuzione e del cumulo*

Il problema appena descritto costituisce un tipico esempio di con-

<sup>41</sup> Considerazioni simili sono svolte da L. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules and International Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 2012, 68 il quale argomenta che gli arbitri sono tenuti ad applicare le norme imperative (tra cui segnatamente quelle dello Stato di futura esecuzione del lodo) perché questo è quanto richiede il tacito accordo concluso tra gli Stati (che legittimano il ricorso all'arbitrato internazionale) e la comunità arbitrale. Si considerino altresì A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* cit., 378, i quali argomentano che gli arbitri, ancorché non ne siano contrattualmente obbligati, fanno del loro meglio, per ragione di appartenenza alla categoria («as a matter of professional pride»), per assicurarsi che il loro lodo sia eseguibile.

<sup>42</sup> Questa espressione è di L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie* cit., 25.

corso di leggi<sup>43</sup>. Per le ragioni sopra descritte, tanto la legge della sede dell'arbitrato quanto la legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione si candidano a regolare l'arbitrabilità della lite. Se il concorso di leggi che ne deriva non costituisce di per sé un problema, non essendo inconcepibile un giudizio basato su più parametri normativi, risulta fondamentale, in presenza di più parametri di giudizio, trovarne una forma di coordinamento che ne consenta un impiego ordinato.

Idealmente, dinanzi al concorso di leggi applicabili all'arbitrabilità, gli arbitri potrebbero coordinare i parametri di giudizio tratti dalla legge della sede dell'arbitrato e dalla legge dello Stato di futura esecuzione i) applicando le regole sull'arbitrabilità tratte da una legge ad esclusione dell'altra o ii) applicando le regole di entrambe le leggi in modo distributivo o iii) applicando le regole di entrambe le leggi in modo cumulativo. A parere di chi scrive, nessuna di queste opzioni appare idonea, per le ragioni di seguito esposte, ad affrontare in modo soddisfacente il concorso di leggi in punto di arbitrabilità.

Quanto alla prima opzione, per poter applicare le regole sull'arbitrabilità tratte da una sola legge, occorre una ragione che giustifichi la prevalenza della legge in questione su quella concorrente. Tale giustificazione non può ricavarsi dagli interessi tutelati dalle regole in concorso. Visto che le regole che si contendono il campo – le regole sull'arbitrabilità della legge della sede dell'arbitrato e le regole sull'arbitrabilità della legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione – tutelano interessi omogenei di cui si è dato conto sopra, non è possibile, in nome di tali interessi, stabilire alcun tipo di rapporto gerarchico tra le due leggi in concorso. Neppure ragioni esterne alle leggi in concorso appaiono idonee a giustificare la prevalenza dell'una o dell'altra legge. Come detto, l'esigenza di garantire la stabilità del lodo, ovvero la sua idoneità a non essere annullato per l'inarbitrabilità della lite, impone agli arbitri di valutare l'arbitrabilità in base alle regole dello Stato della sede dell'arbitrato. Dall'altro lato, l'esigenza di rendere un lodo suscettibile di produrre effetti nello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione impone agli arbitri di valutare l'arbitrabilità in base al diritto di quest'ultimo Stato. Visto che secondo l'impostazione tradizionale un lodo annul-

<sup>43</sup> Il concorso di leggi si manifesta quando parametri di giudizio provenienti da ordinamenti diversi si candidano a regolare la stessa fattispecie o questioni diverse della medesima. Per una trattazione di insieme, sia pure risalente, si veda, nella dottrina italiana, G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate: studio di diritto internazionale privato*, Torino, 1939; nella dottrina francese, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I – Partie générale*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, 2017, 27 ss.

lato è *tamquam non esset*<sup>44</sup> e un lodo non riconosciuto o non eseguito è privo di effetti nell'ordinamento dove il riconoscimento o l'esecuzione sono stati negati, non è possibile, in virtù di tali ragioni, giustificare la prevalenza delle regole sull'arbitrabilità della legge della sede dell'arbitrato su quelle della legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione o viceversa.

Quanto alla seconda opzione, ovvero l'applicazione distributiva delle leggi in concorso, la stessa sarebbe percorribile se vi fossero questioni differenti da sottoporre all'applicazione (esclusiva) di una delle leggi in concorso (es. questione X soggetta alla legge A e questione Y soggetta alla legge B). Ciò, evidentemente, non è possibile rispetto all'arbitrabilità. Essendo l'arbitrabilità una questione concettualmente unica, soggetta ad un'unica valutazione da parte degli arbitri, la stessa non può essere ripartita in due sotto-questioni da far regolare, rispettivamente, dalla legge della sede dell'arbitrato e dalla legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione.

Quanto alla terza opzione, ovvero la risoluzione del concorso di leggi mediante applicazione cumulativa delle regole sull'arbitrabilità tratte dalla legge della sede dell'arbitrato e dalla legge dallo Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione, non sono ragioni concettuali, ma, piuttosto, di sistema ad ostacolarne la percorribilità. Invero, se si optasse per l'applicazione cumulativa dei divieti di arbitrabilità delle due leggi in concorso, la lite dovrebbe definirsi arbitrabile quando né il diritto della sede né il diritto dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione ne vietano il deferimento in arbitrato, e, a contrario, dovrebbe dirsi inarbitrabile quando il diritto di uno solo tra gli Stati in questione ponga divieto di arbitrabilità. Ciò comporterebbe un indebito allargamento della sfera di inarbitrabilità, circostanza che si porrebbe in contrasto con il *favor arbitratus* che sottende gli strumenti internazionali in materia e con l'obiettivo da questi perseguito di favorire la circolazione dei lodi stranieri<sup>45</sup>. Invero, se si ampliasse il novero delle materie non arbitrabili, si

<sup>44</sup> Fanno eccezione i celebri casi Hilmarton I, Chromalloy e Yukos Capital in cui, nonostante l'annullamento da parte della corte della sede, il lodo è stato riconosciuto ed eseguito. Sulla riconoscibilità ed eseguibilità di lodi annullati si veda A.J. VAN DEN BERG, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009*, in *Journal of International Arbitration*, 2010, 179 ss., e, più in generale, H.G. GHARAVI, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, The Hague, 2002.

<sup>45</sup> Si noti che tale osservazione è stata fatta anche dall'esperto nominato dalla Corte d'appello di Singapore come *amicus curiae* nel caso *Anupam Mittal v. Westbridge Ventures II Investment Holdings* citato sopra.

andrebbe a rendere più difficile la formazione di lodi arbitrari, esito che non potrebbe che contrastare, o perlomeno svuotare di contenuto, l'obiettivo di favorire l'agevole riconoscimento ed esecuzione dei medesimi lodi<sup>46</sup>.

### 5. *La tecnica della presa in considerazione di norme straniere*

Preso dunque atto che le tecniche della prevalenza, della distribuzione e del cumulo non permettono di risolvere il concorso tra la legge della sede dell'arbitrato e la legge del paese di futuro riconoscimento ed esecuzione, gli arbitri potrebbero a tal fine servirsi dalla tecnica della presa in considerazione delle norme appartenenti ad un ordinamento diverso rispetto a quello richiamato dalle regole di conflitto.

Tale tecnica, nota alla teoria dei conflitti di leggi, funge da correttivo alle regole bilaterali di conflitto. Infatti, per come sono congegnate, le norme di conflitto svolgono una funzione sia di selezione del diritto preposto alla disciplina della fattispecie<sup>47</sup> sia di soppressione della rilevanza giuridica del legame tra la fattispecie e paesi diversi da quello la cui legge è stata richiamata dalla norma di conflitto<sup>48</sup>. Ciò nonostante, il rapporto rimane, nei fatti, collegato alla vita sociale dei paesi il cui diritto non è stato richiamato e ciò impone di trovare dei meccanismi che permettano di tenere conto, in varia misura, delle regole vigenti in quest'ultimi paesi.

Uno di tali meccanismi è, per l'appunto, la tecnica della presa in considerazione di norme straniere, ovvero di norme non appartenenti

<sup>46</sup> A. MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato nell'ordinamento italiano*, Pisa, 2018, 397; F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'arbitrabilità delle controversie nella riforma del diritto societario, tra arbitrato interno e arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003, 65.

<sup>47</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8<sup>a</sup> ed., Paris, 2004, 5, descrivono la funzione delle regole di conflitto come «un problème d'option».

<sup>48</sup> H.J. HESSLER, *Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts*, in R. SERICK, H. NIEDERLÄNDER, E. JAYME (hrsg.), *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, 139 descrive le norme di conflitto come «Verdrängungsnormen», ovvero norme di soppressione; P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994, 341 sottolinea come le norme di conflitto abbiano una funzione di «éviction», ovvero di eliminazione; M.P. WELLER, *La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, considération*, in *Recueil des Cours*, 2022, 131 indica che l'effetto delle norme di conflitto è quello di sgomberare («écarter») il campo da norme che sarebbero materialmente adatte ad offrire una soluzione soddisfacente al diritto in contesa.

all'ordinamento richiamato dalle norme di conflitto. Tale tecnica permette di dare rilevanza, a determinate condizioni, a specifiche regole dell'ordinamento non richiamato. Pertanto, diversamente che dalle norme di conflitto che rimandano all'insieme delle norme generali e astratte dell'ordinamento richiamato, la tecnica della presa in considerazione porta a valorizzare selettivamente una o più disposizioni dell'ordinamento non richiamato, in base alla loro rilevanza per il caso concreto.

La norma presa in considerazione non ha lo stesso ruolo della norma dell'ordinamento richiamato nel ragionamento dell'interprete. La norma dell'ordinamento richiamato assurge a regola generale e astratta da cui discende la decisione per il caso concreto. La norma considerata, invece, vale come dato di fatto di cui si tiene conto nel percorso decisionale<sup>49</sup>. Più precisamente, la norma presa in considerazione potrebbe inserirsi, all'interno del ragionamento, i) allo stadio della comprensione del modo di essere dei fatti, ii) allo stadio dell'identificazione, all'interno dell'ordinamento richiamato, della norma rilevante per il caso concreto, o iii) allo stadio dell'applicazione della norma rilevante al caso concreto<sup>50</sup>.

Qualunque sia la fase del ragionamento in cui si inserisce, la norma considerata opera alla stregua di un dato di fatto. Non potendo mai sostituirsi alla norma dell'ordinamento richiamato come regola di giudizio, la norma considerata influisce sul processo decisionale mantenendosi all'interno dell'orizzonte normativo imposto dall'ordinamento richiamato. Di conseguenza, i suoi effetti non si producono direttamente sul rapporto controverso, ma sempre per il tramite delle norme dell'ordinamento richiamato<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, cit., 334.

<sup>50</sup> P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, cit., 342.

<sup>51</sup> Di avviso contrario sembra essere Z. CRESPI REGHIZZI, *La «presa in considerazione» di norme straniere di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 301 ss., il quale argomenta che quando la norma considerata funge da parametro di illiceità del rapporto per mezzo di clausole generali contenute nella norma dell'ordinamento richiamato, la norma considerata non si limita a fornire un elemento fattuale per la decisione del caso concreto, ma fornisce indirettamente la decisione al caso concreto. A parere di chi scrive, la norma considerata può ben integrare la regola di giudizio fornita dalle norme dell'ordinamento richiamato. Ciò che tuttavia le è precluso è di sostituirsi alla norma dell'ordinamento richiamato e disciplinare direttamente il rapporto giuridico. In altri termini, la regola di giudizio (es. nullità del contratto illecito) va sempre ricavata dall'ordinamento richiamato, quand'anche la norma considerata contribuisca a determinare la sussistenza della condizione (es. illiceità del contratto) da cui discenda la conseguenza prevista dalla prima (es. nullità del contratto).



La tecnica della presa in considerazione è rinvenibile in diverse regole di conflitto adottate dal legislatore dell'Unione europea<sup>52</sup>. Quella su cui merita soffermarsi in questa sede è l'art. 9, par. 3, del Regolamento Roma I. Tale disposizione consente di «dare efficacia» alle norme di applicazione necessaria del paese in cui le obbligazioni contrattuali devono o sono state eseguite, nella misura in cui tali norme rendono illecito l'adempimento del contratto. Nonostante l'ambiguità dell'espressione impiegata, la disposizione va intesa nel senso che le norme del paese di esecuzione possono, a certe condizioni, essere prese in considerazione come dato di fatto<sup>53</sup>, andando, se del caso, ad escludere la responsabilità di una delle parti o potendo essere valorizzate per interpretare la volontà delle parti.

Un esempio può aiutare a comprendere il modo di funzionare della presa in considerazione. Si pensi al caso, contemplato dalla norma appena menzionata, in cui l'adempimento di un'obbligazione derivante da un contratto (valido secondo la *lex contractus*) sia impedito da una norma vigente nel paese dell'esecuzione. Se l'interprete applicasse unicamente la *lex contractus*, egli dovrebbe dichiarare la responsabilità della parte inadempiente, non vigendo nell'ordinamento la cui legge è applicabile una norma che impedisca l'adempimento. Se, invece, pur applicando la legge regolatrice del contratto, l'interprete desse rilievo al fatto che la legge del paese dell'esecuzione ne impedisce l'adempimento, l'interprete potrebbe dichiarare l'obbligazione in questione estinta, essendo l'obbligazione divenuta fattualmente impossibile per causa non imputabile al debitore. Diverso ancora sarebbe lo scenario se l'interprete applicasse la

<sup>52</sup> Nel regolamento Roma I (Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.*, L. 177 del 4 luglio 2008, 6 ss., oltre all'art. 9, par. 3, su cui vedasi *infra*, vi è anche l'art. 12, par. 2, il quale stabilisce che «per quanto concerne le modalità di esecuzione e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa, si avrà riguardo alla legge del paese in cui ha luogo l'esecuzione». Nel regolamento Roma II (Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *G.U.U.E.*, L. 199 del 31 luglio 2007, 40 ss.) vi è l'art. 17, il quale stabilisce che «nel valutare il comportamento del presunto responsabile del danno prodotto, si tiene conto, quale dato di fatto e ove opportuno, delle norme di sicurezza e di condotta in vigore nel luogo e nel momento in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità».

<sup>53</sup> Si veda, sul punto, la relazione redatta da Giuliano e Lagarde sulla Convenzione di Roma del 1980 in relazione all'art. 7, par. 1 (disposizione a cui è succeduto l'art. 9, par. 3, del Regolamento Roma I), in *G.U.C.E.*, C. 282 del 31 ottobre 1980, 1 ss.; A. BONOMI, *Article 9: Overriding mandatory provisions*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation Commentary*, Köln, 2017, 651 ss.



norma impeditiva dell'adempimento disposta dal paese dell'esecuzione: in quel caso, l'interprete dovrebbe dichiarare il contratto invalido perché avente oggetto impossibile (ovvero un'obbligazione non eseguibile).

La tecnica della presa in considerazione permette, dunque, di tenere conto di più punti di vista, quello dell'ordinamento richiamato e quello del sistema da cui vengono attinte le norme considerate, senza con questo venir meno all'imperativo di applicare la legge dell'ordinamento richiamato. Ciò è consentito, come si è visto, dal fatto che le norme considerate non vengono poste sullo stesso piano delle norme dell'ordinamento richiamato, ma vengono, in un certo senso, degradate a dati di fatto, potenzialmente in grado di incidere sul processo decisionale.

#### 6. La tecnica della presa in considerazione applicata all'arbitralità

Compresene le caratteristiche e il modo di funzionare, occorre ora verificare se la tecnica della presa in considerazione sia a disposizione degli arbitri e, in caso affermativo, se permetta loro di dare una soluzione adeguata al concorso di leggi che vige in punto di arbitralità.

Non vi sono dubbi sul fatto che gli arbitri sono legittimati a fare impiego di tale tecnica<sup>54</sup>. Costituendo la presa in considerazione una tecnica generale di diritto internazionale privato<sup>55</sup>, essa è a disposizione degli arbitri, alla stessa stregua delle norme di conflitto e di altri strumenti internazionalprivatistici<sup>56</sup>.

Quanto all'idoneità di tale tecnica a risolvere il concorso tra la legge della sede dell'arbitrato e la legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione, a parere di chi scrive deve darsi giudizio affermativo. Per effetto di tale tecnica, gli arbitri possono decidere dell'arbitralità applicando il diritto della sede dell'arbitrato – così garantendo la validità della loro decisione – prendendo al contempo in considerazione gli eventuali divieti di arbitrato dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione –

<sup>54</sup> Si noti tuttavia che molti autori, pur suggerendo l'impiego di tale tecnica da parte degli arbitri, non procedono ad un'analisi puntuale del modo di operare e delle implicazioni di tale tecnica. Si veda, per tutti, K.H. BÖCKSTIEGEL, *Public Policy and Arbitrability*, in P. SANDERS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, The Hague, 1987, 186.

<sup>55</sup> P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, cit., 327.

<sup>56</sup> Se e come gli arbitri possano fare uso di strumenti internazionalprivatistici nonostante che non dispongano di un foro è stata oggetto di ampia trattazione. Si veda, per tutti, TH.M. DE BOER, *Choice of Law in Arbitration Proceedings*, in *Recueil des Cours*, 2014, 53 ss.

così assicurandosi di non rendere un lodo che risulterà ivi inefficace<sup>57</sup>. Per effetto di tale tecnica, i divieti di arbitrato dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione opereranno come dati di fatto, potenzialmente in grado di influenzare l'operato dei parametri della legge della sede in base alle aspettative di esecuzione di un altro Stato.

Se così stanno le cose, risulta a prima vista evidente il beneficio derivante agli arbitri dall'impiego della presa in considerazione per apprezzare l'arbitrabilità della lite: essa consente loro di abbracciare la prospettiva sia della legge della sede dell'arbitrato (come regola di giudizio) sia della legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione (come dato di fatto), e di soddisfare, così, il loro dovere di rendere un lodo valido ed eseguibile.

A ben vedere, tuttavia, vi sono dei casi in cui la tecnica in parola non è in grado di propiziare risultati soddisfacenti. Questo perché, per poter influire sulla legge della sede dell'arbitrato, le regole dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione (regole considerate) hanno bisogno che le prime (regole dell'ordinamento richiamato) lascino loro uno spazio in cui possano inserirsi come dati di fatto.

Tale spazio si può ravvisare quando la legge della sede dell'arbitrato i) adotta un approccio liberale in punto di arbitrabilità della lite in questione o ii) disciplina l'arbitrabilità della medesima facendo uso di espressioni elastiche che lascino spazio alla discrezionalità valutativa dell'interprete. In entrambi i casi la legge della sede dell'arbitrato appare in grado di recepire le indicazioni provenienti dalla legge del paese di futuro riconoscimento ed esecuzione. Invero, nella misura in cui la legge della sede non dispone alcun divieto di arbitrabilità o, nella misura in cui, regolando l'arbitrabilità delle medesima, fa impiego di espressioni elastiche, appare possibile, per la stessa, recepire come dati di fatto regole sull'arbitrabilità provenienti dalla legge dello Stato in cui il lodo dovrebbe produrre effetti.

Al contrario, quando la legge della sede dell'arbitrato vieta esplicitamente l'arbitrabilità di una data lite o la regola senza fare impiego di

<sup>57</sup> Che il lodo possa concretamente produrre effetti nello Stato dove questi deve essere riconosciuto ed eseguito è lo scrupolo che ha condotto la High Court of Judicature di Bombay a concedere una *anti-suit injunction* contro la decisione con cui la Corte d'appello di Singapore nel caso *Anupam Mittal v. Westbridge Ventures II Investment Holdings* (su cui vedasi *supra*) aveva dichiarato arbitrabile, in base al diritto di Singapore, una vertenza relativa a presunti atti di oppressione della minoranza di una società indiana e ad atti di cattiva gestione della medesima. Per un commento sulla vicenda K. PURI, *Which Law Governs Subject Matter Arbitrability in International Commercial Disputes?*, in *Conflictolaws.net*, 28 ottobre 2023.

concetti capaci di abbracciare i dati provenienti dalle disposizioni di un terzo ordinamento, neppure la tecnica della presa in considerazione è in grado di far spazio alle indicazioni provenienti da uno Stato diverso da quello la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto. Tale situazione è ravvisabile, ad esempio, quando la legge della sede pone un divieto assoluto di arbitrabilità di certe liti, sancendo per le stesse la competenza inderogabile degli organi statali. Dinanzi a tale divieto, non è possibile dare rilievo, neppure come dato di fatto, all'eventuale soluzione liberale che la legge dello Stato di futuro riconoscimento ed esecuzione dia in punto di arbitrabilità di quella tipologia di liti.

Infine, le difficoltà che talvolta circondano l'identificazione del luogo di futura esecuzione del lodo (perché, ad esempio, al momento della valutazione dell'arbitrabilità, gli arbitri non sono a conoscenza del luogo di situazione dei beni assoggettabili a futura esecuzione, o perché la parte tenuta all'esecuzione detiene beni dislocati in più Stati) non possono che ripercuotersi sulla tecnica in parola, rendendo difficile l'identificazione del sistema da cui prendere in considerazione le regole rilevanti in punto di arbitrabilità.

## *7. Conclusioni*

Nella varietà delle soluzioni di cui potrebbero servirsi gli arbitri per affrontare il concorso di leggi applicabili all'arbitrabilità, la tecnica della presa in considerazione di norme appartenenti ad un ordinamento diverso da quello richiamato dalle norme di conflitto appare particolarmente consona.

Come si è visto, l'impiego di tale tecnica non è esente da problemi, specie se la legge della sede dell'arbitrato non lascia spazi in cui possono inserirsi, come dati di fatto, le indicazioni provenienti dalla legge dello Stato di futura esecuzione. Aldilà di questi casi, i vantaggi del suo impiego appaiono evidenti: tramite tale tecnica gli arbitri possono applicare le regole sull'arbitrabilità dello Stato della sede dell'arbitrato e al contempo dare rilievo alle regole sull'arbitrabilità dello Stato di futura esecuzione, così soddisfacendo l'aspettativa che rendano un lodo valido ed eseguibile.

Più in generale, poi, in un contesto in cui l'arbitrato internazionale è oggetto di crescenti critiche per la sua presunta autonomia dai diritti statali e dallo scrutinio delle corti interne, l'impiego da parte degli arbitri di tecniche di diritto internazionale privato tramite cui applicare e dare rile-

vanza a norme statali di natura imperativa ne costituisce importante strumento di preservazione di legittimità<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> G. CORDERO-MOSS, *Arbitration*, in P. BEAUMONT, J. HOLLIDAY (eds.), *A Guide to Global Private International Law*, Oxford, 2022, 365.

# LA TERZIETÀ DEGLI ARBITRI NELL'ARBITRATO COMMERCIALE E DI INVESTIMENTI

Ludovica CHIUSI CURZI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Indipendenza e imparzialità: tra questioni terminologiche e aspettative realistiche. – 3. Tentativi di armonizzazione degli standard sulla terzietà. – 4. Il ruolo chiave della *disclosure*. – 5. Lo standard applicabile in materia di conflitto di interessi. – 6. L'arbitro di parte. – 7. Patologie procedurali. – 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione

«[I]t is certain that when public judicatories are swayed, either by avarice or partial affections, there must follow a dissolution of justice, the chief sinew of society»<sup>1</sup>.

Poche questioni come l'indipendenza e l'imparzialità di chi è chiamato a dirimere una controversia rivelano l'intrinseca correlazione tra la legalità e legittimità del processo decisionale<sup>2</sup>. D'altronde l'accesso ad un giudice terzo ed imparziale rappresenta un principio cardine dello stato di diritto e un elemento centrale del diritto di accesso alla giustizia, tanto negli ordinamenti interni<sup>3</sup>, quanto in quello internazionale<sup>4</sup>.

\* Ricercatrice di diritto internazionale, Università degli Studi di Bologna Alma Mater Studiorum.

<sup>1</sup> T. MORE, *Utopia*, 1516.

<sup>2</sup> D. TERRIS, C.P.R. ROMANO, L. SWIGART, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Oxford, 2007, 227.

<sup>3</sup> W. PARK, *Arbitrator Bias*, in *Transnational Dispute Management*, 2015, 3; T. BINGHAM, *The Business of Judging: Selected Essays and Speeches: 1985-1999*, Oxford, 2011. Si veda la Raccomandazione del Consiglio d'Europa, *On Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities*, CM/Rec(2010)12.

<sup>4</sup> Art. 10 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948: «Everyone is entitled in a full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him». Formule analoghe si rinvencono nell'art. 14(1) del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, così come nell'art. 6(1) della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, nell'art.

Non sorprende dunque che con il proliferare di corti e tribunali internazionali, l'attenzione della comunità internazionale si sia progressivamente rivolta a chi è preposto ad amministrare la giustizia<sup>5</sup>. La Corte internazionale di giustizia stessa si è più volte sentita chiamata in causa, ribadendo di agire indipendentemente da qualunque influenza esterna<sup>6</sup>.

Simili considerazioni valgono *a fortiori* per l'arbitrato, fondato, come autorevolmente affermato da Emanuel Gaillard, sulla fiducia – o per meglio dire – su un «atto di fede», delle parti<sup>7</sup>. Il fatto che la decisione sia deferita ad arbitri nominati dalle parti stesse della controversia rende l'imparzialità dei componenti del tribunale arbitrale tanto rilevante, quanto complessa<sup>8</sup>. Il delicato rapporto tra l'autonomia delle parti e il rischio di conflitti di interesse ha difatti negli anni alimentato diverse critiche aventi ad oggetto l'eccessiva vicinanza tra gli arbitri e le parti e i relativi difensori, la sovrapposizione di ruoli da parte dello stesso individuo in diversi arbitrati (c.d. «double hatting»)<sup>9</sup>, o i preconcetti

8(1) della *Convenzione americana sui diritti umani del 1969* e nell' art. 7(1) d) della *Carta Africana dei diritti umani e dei popoli del 1981*. Si vedano altresì i *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, ris. AG Nazioni Unite 40/146 (1985). La ris. AG 1994/41 del 1994 ha istituito un Relatore speciale delle Nazioni Unite sull'indipendenza dei giudici. Si veda A. CLOONEY, P. WEBB, *The Right to a Fair Trial in International Law*, Oxford, 2021, 82 ss.

<sup>5</sup> E.A. POSNER, J. C. YOO, *Judicial Independence in International Tribunals*, in *California Law Review*, 2005, 93, 3; J. MALENOVSKÝ, *L'indépendance des juges internationaux*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 349, 2011, 29; Y. SHANY, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford, 2014, 97; H. MOLBAEK-STEENSIG, A. QUEMY, *Judicial Independence and Impartiality: Tenure Changes at the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2023, 34, 581.

<sup>6</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, 16, par. 29. Si vedano M. LACHS, *A Few Thoughts on the Independence of Judges at the International Court of Justice*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986-1987, 25, 599; G. HERNÁNDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, 2014, 126 ss.

<sup>7</sup> E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 2007, 329, 199. Si veda anche J.E. FIGUEROA VALDES, *La etica en el arbitraje internacional*, XXXIX *Conference of the Inter-American Bar Association*, New Orleans, 2003.

<sup>8</sup> S. RATNER, *International Investment Law Through the Lens of Global Justice*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, 20, 768 ss.

<sup>9</sup> G. GRIFFITH, D. KALDAREMIS, 'Pure' Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration, in D. CARON et al. (eds.), *Practicing Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, 2015, 607; K. DAELE, *RSE Holdings AG v Republic of Latvia: When Does Double-Hatting Justify the Disqualification of an Arbitrator?*, in *ICSID Review*, 2023, 38, 541.

dell'arbitro rispetto a determinate questioni giuridiche (c.d. «issue conflict» e i c.d. «repeated appointments»), che vedono arbitri nominati ripetutamente dalle medesime parti o dai medesimi difensori<sup>10</sup>.

Se un tempo si affermava che gli arbitri fossero «meno regolamentati dei barbieri»<sup>11</sup>, vi è oggi un corpus di norme sempre più articolato in materia di imparzialità e indipendenza, sia nell'ambito dell'arbitrato commerciale, che in quello di investimenti. Non vi è dunque una questione di (scontata) applicabilità dei principi di terzietà al procedimento arbitrale, quanto piuttosto una questione di individuazione della portata concreta di tali principi per l'arbitro<sup>12</sup>.

Il presente contributo affronta il tema della terzietà dell'arbitro nell'arbitrato commerciale e di investimenti. L'analisi non ha la pretesa di fornire una disamina esaustiva delle molteplici questioni concernenti i doveri di imparzialità e indipendenza nel procedimento arbitrale, limitandosi a fornire alcune riflessioni sul ruolo della terzietà dell'organo giudicante in un sistema dominato dall'autonomia delle parti. Arbitrato di investimenti e arbitrato commerciale verranno trattati congiuntamente, con la consapevolezza che sebbene numerose considerazioni siano pertinenti a entrambi, vi sono alcune problematiche più strettamente legate alle caratteristiche dell'arbitrato di investimenti. La natura pubblicistica di quest'ultimo, e la maggiore probabilità di controversie aventi ad oggetto questioni giuridiche analoghe tra loro, lo rende infatti maggiormente esposto a distorsioni del processo decisionale. Sarà improbabile (anche se non impossibile), che un arbitro abbia una visione predeterminata rispetto, ad esempio, ad uno specifico contratto oggetto di arbitrato commerciale. È più plausibile invece che nell'arbitrato di investimenti un arbitro possa maturare nel tempo posizioni considerate «simpatizzanti» verso l'investitore o lo Stato, sposando determinate interpretazioni

<sup>10</sup> M. LANGFORD, D. BEHN, *Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?* in *European Journal of International Law*, 2018, 29, 551; C. GIORGETTI et al., *Lack of Independence and Impartiality of Arbitrators*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2020, 21, 441 ss; T. GRANT, F. SCOTT KIEFF, *Appointing Arbitrators: Tenure, Public Confidence, and a Middle Road for ISDS Reform*, in *Michigan Journal of International Law*, 2022, 43, 171.

<sup>11</sup> R.C. REUBEN, *Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, in *University of California Law Review*, 2000, 47, 1013, citato in C. A. ROGERS, *Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct*, in *Stanford Journal of International Law*, 2005, 40, 53.

<sup>12</sup> J. CRAWFORD, J. MCINTYRE, *The Independence and Impartiality of the International Judiciary*, in S. SHETREET, C. FORSYTH (eds.), *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, 2012, 191.

degli standard di protezione contenuti negli accordi in materia di investimenti<sup>13</sup>.

Alla luce di queste premesse, il presente capitolo affronterà dapprima la portata dei requisiti di imparzialità e indipendenza, per poi esaminare i tentativi di armonizzazione nell'applicazione concreta di tali requisiti nell'arbitrato commerciale e di investimenti. Successivamente, si esaminerà il ruolo chiave della *disclosure* e i diversi standard applicabili ai fini della valutazione dell'esistenza di un conflitto di interessi. Infine, si affronteranno due aspetti ritenuti spesso patologici ai fini della terzietà dell'organo arbitrale, ovvero la figura dell'arbitro di parte e la procedura di ricasazione nell'arbitrato ICSID.

## 2. Indipendenza e imparzialità: tra questioni terminologiche e aspettative realistiche

Nonostante imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante rappresentino il naturale contraltare del conflitto di interessi<sup>14</sup>, tali requisiti non compaiono in maniera uniforme all'interno delle diverse regole arbitrali<sup>15</sup>. I due criteri a volte si intersecano, altre convergono<sup>16</sup>. Le regole PCA e UNCITRAL richiedono generalmente che gli arbitri siano imparziali e indipendenti<sup>17</sup>, così come le regole ICC, SCC, LCIA, e SIAC<sup>18</sup>. Anche l'UNCITRAL Model Law si riferisce ai canoni di imparzialità e indipendenza degli arbitri<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> J.J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF, *Impartiality and Independence: Fundamental and Fluid*, in *Arbitration International*, 2021, 37, 606.

<sup>14</sup> L. TRAKMAN, *The Impartiality and Independence of Arbitrators Revisited*, in *International Arbitration Law Review*, 2007, 10, 127.

<sup>15</sup> C. KASSEDJIAN, *Le tiers impartial et indépendant en droit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2020, 403, 357.

<sup>16</sup> A. REINISCH, C. KNAHR, *Conflict of Interest in International Investment Arbitration*, in A. PETERS e L. HANDSCHIN (eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge, 2012, 103.

<sup>17</sup> *Permanent Court of Arbitration Rules*, 2012, art. 11; *UNCITRAL Arbitration Rules*, 2021, artt. 11, 12.

<sup>18</sup> *International Chamber of Commerce (ICC) Rules of Arbitration*, 2012, art. 11(1); *Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*, 2017, art. 18(1); *London Court of Arbitration Rules (LCIA)*, art. 5.5.; *Singapore International Arbitration Rules (SIAC)*, 2016, art. 13(2); *American Arbitration Association International Arbitration Rules*, 2014, art. 13(1); *Dubai International Arbitration Rules*, 2022, art. 14.1.

<sup>19</sup> *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2006, art. 12.; P. ORTOLANI, *Article 12 – Grounds for Challenge*, in I. BANTEKAS et. al (eds.), *UN-*



La sezione 24 dell'*Arbitration Act* inglese, invece, menziona unicamente il dovere di imparzialità. La recente giurisprudenza ha riconosciuto che l'indipendenza può costituire un fattore rilevante ai fini dell'imparzialità<sup>20</sup>. E tuttavia la *Law Commission*, nelle sue recenti raccomandazioni per la riforma dell'*Arbitration Act*, non ha ritenuto opportuno includere un obbligo di indipendenza autonomo<sup>21</sup>. Secondo la *Law Commission*, l'imparzialità dell'arbitro non risulta necessariamente compromessa laddove vi siano preesistenti rapporti con le parti coinvolte nel contenzioso. La questione dirimente non risiederebbe tanto nella natura del rapporto tra arbitro e le parti in causa, quanto nel rischio che tale rapporto possa generare una percezione di parzialità. In ogni caso, la *Law Commission* ha concluso che una indipendenza «assoluta» sarebbe impraticabile alla luce del ristretto numero di specialisti in determinate materie, e dell'intensificarsi delle interazioni professionali nel corso del tempo<sup>22</sup>.

In base all'art. 14 della Convenzione ICSID, «arbitrators shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment»<sup>23</sup>. La questione dell'indipendenza non era stata affrontata nella fase iniziale dei negoziati della Convenzione. Il criterio è comparso successivamente, a seguito delle preoccupazioni espresse da alcune delegazioni circa i rischi di conflitto di interessi per la legittimità del sistema<sup>24</sup>. Curiosamente, mentre la versione inglese della Convenzione fa riferimento a «*independence*», quella spagnola utilizza il termine «*imparcialidad*». Poiché sulla base delle Regole ICSID, la ver-

*CITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Cambridge, 2020, 206 ss.

<sup>20</sup> Come sottolineato dalla Corte suprema inglese, «the 1996 Act contains no provision which directly addresses the arbitrator's independence and prior knowledge, but it imposes the centrally important obligations of fairness and impartiality. Therefore, an arbitrator would be in breach of the requirements of the 1996 Act if his or her lack of independence compromised the duties of fairness and impartiality. », *Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd)* [2020] UKSC 48, par. 126.

<sup>21</sup> Law Commission of England and Wales, *Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill*, 5 September 2023, par. 3.7, <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>.

<sup>22</sup> *Ivi*, par. 3.9, 3.10.

<sup>23</sup> Si veda L. MALINTOPPI, *Article 14*, in S. SCHILL et al. (eds.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, Cambridge, 2022, 45 ss.

<sup>24</sup> M.N. CLEIS, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*, Boston-Leiden, 2017, 12 ss.

sione spagnola è ugualmente autentica, si può presumere che gli arbitri, sulla base dell'art. 14, abbiano un obbligo di imparzialità, oltre che di indipendenza<sup>25</sup>. Questo è confermato dall'obbligo per l'arbitro, una volta accettata la nomina, di firmare una dichiarazione che confermi sia la propria indipendenza che la propria imparzialità<sup>26</sup>.

L'indipendenza si riferisce alla necessità che l'arbitro non abbia legami economici, professionali o personali con le parti, assicurando così che la propria posizione non sia influenzata da interessi esterni o pressioni. L'imparzialità, invece, comporta che l'arbitro debba trattare le parti in modo equo, indipendentemente da qualsiasi predisposizione personale.

Nelle parole del Tribunale arbitrale in *Suez*, «independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand concerns the absence of bias or predisposition toward one of the parties»<sup>27</sup>. La valutazione fattuale circa l'indipendenza ha dunque ad oggetto eventuali relazioni tra l'arbitro e le parti, tali da minare l'equidistanza che il primo deve mantenere rispetto alle seconde<sup>28</sup>. A questa dimensione più individuale, che concerne i legami personali, professionali o economici con le parti, si affianca una dimensione più istituzionale, che guarda all'indipendenza dell'organo giudicante nel suo complesso<sup>29</sup>. Sebbene questa seconda dimensione, an-

<sup>25</sup> *BSG Resources et al. v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, Decision on the Proposal to Disqualify All Members of the Arbitral Tribunal, 28 dicembre 2016, par. 56.

<sup>26</sup> ICSID Rules 2022, Rule 19.

<sup>27</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/03/19, *AWG Group Limited v. Argentine Republic*, UNCITRAL Arbitration, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 12 maggio 2008, par. 28.

<sup>28</sup> A. SHEPPARD, *Arbitrator Independence in ICSID Arbitration*, in C. BINDER et al., (eds.), *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of C. Schreuer*, Oxford, 2009, 133; W. M. TUPMAN, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 38, 49 ss.

<sup>29</sup> R. GULATI, *Judicial Independence at International Courts and Tribunals: Lessons Drawn from the Experiences of the International Court of Justice and the Appellate Body of the World Trade Organization*, in E. DE BRABANDERE (eds.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach*, Cambridge, 2021, 55-57.

corata al principio di separazione dei poteri<sup>30</sup>, rilevi anche per le istituzioni arbitrali, è soprattutto l'indipendenza individuale ad occupare un ruolo centrale in meccanismi giurisdizionali *ad hoc* come l'arbitrato.

Il requisito dell'imparzialità concerne d'altro canto lo «*state of mind*» dell'arbitro. Implica l'assenza di un «*bias*», ovvero una predisposizione preconstituita a favore di una delle parti, in grado di alterare il processo decisionale<sup>31</sup>. Data l'impossibilità di valutare oggettivamente uno stato intrinsecamente soggettivo, la constatazione circa l'esistenza o l'inesistenza dell'imparzialità non può che basarsi su una valutazione soggettiva dei comportamenti che riflettono lo stato d'animo dell'arbitro. La mancanza di imparzialità può essere dedotta dalla mancanza di indipendenza, ma è altresì possibile che l'arbitro risulti parziale alla luce di sue proprie personali opinioni, in assenza di una particolare relazione con le parti.

Le Linee guida dell'*International Bar Association* (IBA) sui conflitti di interesse, indirizzate sia all'arbitrato d'investimenti che all'arbitrato commerciale<sup>32</sup>, specificano che la parzialità dipende da un pregiudizio dell'arbitro rispetto all'oggetto della controversia, mentre la mancanza di indipendenza scaturisce dalle relazioni esistenti tra l'arbitro e le parti, o tra l'arbitro e chiunque abbia una relazione stretta con le parti. Un arbitro imparziale sarà totalmente ricettivo degli argomenti delle parti, senza preferenze preconstituite rispetto all'esito della controversia<sup>33</sup>.

Qui il problema può porsi in caso di «*issue conflict*», laddove il soggetto abbia già preso pubblicamente posizione su analoghe questioni giuridiche nell'ambito in un altro procedimento o ad esempio nel contesto di una pubblicazione scientifica<sup>34</sup>. La tensione rispetto al requisito di esperienza dell'arbitro appare evidente. La Convenzione ICSID richiede che gli arbitri abbiano riconosciute competenze giuridiche ed economiche<sup>35</sup>. Il CETA richiede che gli arbitri abbiano comprovata conoscenza

<sup>30</sup> F. GÉLINAS, *The Independence of International Arbitrators and Judges: Tamed with or Well-Tempered?*, in *New York International Law Review*, 24, 2011, 8 ss.

<sup>31</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *L'Indépendance et l'impartialité du juge et de l'arbitre dans le règlement des différends entre investisseurs et États (Leçon inaugurale)*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 2022, 427, 24.

<sup>32</sup> International Bar Association (IBA) *Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*, 2014.

<sup>33</sup> S. LUTTRELL, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a 'Real Danger Test'*, Alphen aan den Rijn, 2009, 15.

<sup>34</sup> M. KINNEAR, F. NITSCHÉ, *Disqualification of Arbitrators Under the ICSID Convention and Rules*, in C. GIORGETTI (ed.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Boston-Leiden, 2015, 55 ss.

<sup>35</sup> Convenzione ICSID, art. 14.

del diritto internazionale, e preferibilmente del diritto degli investimenti<sup>36</sup>.

Sarà dunque ragionevole (se non addirittura auspicabile) che un arbitro forte di una solida *expertise* accademica e professionale abbia in precedenza avuto occasione di riflettere ed esprimersi su questioni analoghe a quelle oggetto della controversia. Ciò non deve necessariamente implicare una l'incapacità di riconsiderare le questioni da una nuova prospettiva, alla luce degli specifici fatti di causa e degli argomenti presentati dalle parti. Come sostenuto dal Tribunale arbitrale in *Urbaser*, «the requirement of independent and impartial judgment means that an arbitrator's previously adopted opinion, whether published or not, shall not be of such force as to prevent the arbitrator from taking full account of the facts, circumstances, and arguments presented by the parties in the particular case»<sup>37</sup>.

Il medesimo approccio è applicabile anche in presenza di opinioni degli arbitri su questioni che coinvolgono le parti in causa, ma che non sono inerenti all'oggetto del contendere. Nel rigettare il tentativo della Russia di ricusare due arbitri, in due casi UNCITRAL amministrati dalla PCA, alla luce delle posizioni espresse da questi in pubblicazioni scientifiche e nella risoluzione dell'*Institut de droit international* sull'aggressione russa all'Ucraina, l'*appointing authority* ha confermato che l'arbitro deve mantenere un approccio aperto agli argomenti e ai fatti di causa, ma che questo «does not stretch to the point of requiring the arbitrator's mind to be a blank slate»<sup>38</sup>.

Certamente, la libertà di espressione dell'arbitro può incontrare dei limiti laddove le proprie opinioni personali rischiano di pregiudicare la sua oggettiva ricettività rispetto ai fatti di causa e agli argomenti presentati dalle parti. Ne è un esempio il caso *Sun Yang* dinanzi alla *Court of Arbitration for Sport*, avente ad oggetto l'utilizzo di sostanze dopanti da parte dell'atleta cinese Sun Yang. Il Tribunale supremo svizzero ha revocato il lodo a seguito della scoperta di alcuni *tweets* pubblicati dal Pre-

<sup>36</sup> *Accordo Economico e commerciale globale tra Canada, l'Unione Europea e i suoi Stati Membri, adottato il 30 ottobre 2016*, art. 8.27.

<sup>37</sup> *Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, 12 agosto 2010, par. 16.

<sup>38</sup> *Kolomoisky and Airport Belbek v. Russia*, PCA Case No. 2015-07; *Privatbank and Finilon v. Russia*, PCA Case No. 2015-21, Decision on the Challenge of PM Dupuy and Vaclav Mikulka, 31 gennaio 2024. Alla data di redazione del presente lavoro, la decisione sulla ricazione non è stata pubblicata. Per un riassunto si veda <<https://www.iareporter-com.ezproxy.unibo.it/articles/appointing-authority-dismisses-russias-challenge-to-pierre-marie-dupuy-and-vaclav-mikulka-in-two-crimea-cases>>.

sidente del collegio arbitrale, Franco Frattini, il quale aveva espresso considerazioni fortemente negative verso la popolazione cinese<sup>39</sup>.

Similmente, nel caso ICC *Crescent v. Nioc*, l'arbitro è stato ricusato per alcune dichiarazioni pubbliche riguardo la comunità musulmana<sup>40</sup>. Pur non essendo state pubblicate le motivazioni alla base della decisione della Corte ICC, si può supporre che il fulcro della questione non fosse tanto la mancata equidistanza dalle parti (entrambe facenti parti di Stati dove la religione ufficiale è l'Islam), quanto l'esistenza di un pregiudizio così marcato, ed espresso così veementemente, da rischiare di «inquinare» il ragionamento dell'arbitro.

Analoghe questioni di imparzialità e indipendenza possono porsi laddove l'arbitro sia nominato molteplici volte dalla stessa parte<sup>41</sup>. La semplice circostanza delle nomine ripetute non mina di per sé l'imparzialità dell'arbitro, proprio come non minerebbe quella del giudice<sup>42</sup>. In *Tidewater*, il Tribunale ha affermato che «multiple appointments as arbitrator by the same party in unrelated cases are neutral, since in each case the arbitrator exercises the same independent function»<sup>43</sup>. Parallelamente, «the mere exposure of an arbitrator to the same legal issue in multiple arbitrations is insufficient to disqualify that arbitrator». There must be an

<sup>39</sup> *World Anti-Doping Agency v. Sun Yang and Fédération Internationale de Natation (FINA)*, CAS 2019/A/6148, Decision of the Swiss Federal Tribunal 4A\_318/2020, 22 dicembre 2020.

<sup>40</sup> *Crescent v. National Iranian Oil Company (NOC 2)*, PCA Case No. 2019-03, Disqualification of Charles Poncet, 8 novembre 2023. In una trasmissione televisiva francese, Charles Poncet aveva espresso posizioni fortemente critiche rispetto all'utilizzo del velo da parte di donne di religione islamica nelle piscine pubbliche svizzere. La *National Iranian Oil Company*, nel ricusare Poncet, aveva sostenuto che affermazioni di quest'ultimo rivelavano un'apparenza di *bias* tale da comprometterne l'imparzialità. Si veda S. PERRY, *Poncet Disqualified from Iranian-Mega Case After Burkini Remarks*, *Global Arbitration Review*, 30 novembre 2023, <<https://globalarbitrationreview.com/article/poncet-disqualified-iranian-mega-case-after-burkini-remarks>>.

<sup>41</sup> D. BEHN et al., *Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?* in *Journal of World Investment & Trade*, 2020, 242 ss; W. WILSON KOH, *Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges*, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 34, 719 ss; F. SLAOUI, *The Rising Issue of Repeat Arbitrators: A Call for Clarification*, in *Arbitration International*, 2009, 25, 103 ss.

<sup>42</sup> W.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, 2001, 13.05.

<sup>43</sup> *Tidewater Inc. et al. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 23 marzo 2010, par. 60.

additional – significant – overlap of facts that are specific to the merits and the parties involved»<sup>44</sup>.

A indipendenza e imparzialità si affianca talvolta il concetto di neutralità, intesa come adeguata distanza che l'arbitro deve mantenere dagli interessi in gioco<sup>45</sup>. Sebbene in parte sussunta nei requisiti di indipendenza e imparzialità, la neutralità può interpretarsi in senso più generale come equidistanza dell'arbitro rispetto ai valori giuridici, culturali, sociali e politici delle parti<sup>46</sup>. C'è da chiedersi se, alla luce delle caratteristiche dell'arbitrato come sistema generalmente fondato sulle nomine di parte, la neutralità così intesa non si possa applicare esclusivamente al presidente del tribunale<sup>47</sup>. I presidenti dei collegi arbitrali del Tribunale Iran-Stati Uniti venivano spesso appellati «*neutrals*», ad indicare che dal *Chair* ci si possa aspettare un livello di equidistanza superiore rispetto a quello degli arbitri di parte<sup>48</sup>.

In conclusione, la «legitimacy anxiety» che da un decennio caratterizza l'arbitrato d'investimenti ha portato alla ricerca di un'imparzialità e indipendenza talvolta irrealistiche, forse non del tutto desiderabili<sup>49</sup>. Come autorevolmente affermato da Cardozo, «we may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own»<sup>50</sup>. Appare dunque complesso armonizzare il criterio di comprovata esperienza nel settore degli investimenti, con il concetto di una imparzialità assoluta. E infatti la tensione non consiste tanto nell'aver già affrontato quesiti giuridici analoghi a quelli presentati nella nuova causa, quanto semmai nel fatto che spesso è proprio alla luce delle posizioni espresse che l'arbitro viene scelto dalla parte<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> *Raiffeisen Bank International AG et Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia*, CSID Case No. ARB/17/34, Decision on the Proposal to Disqualify Stanimir Alexandrov, 17 maggio 2018, par. 91.

<sup>45</sup> C. KASSEDJIAN, *Le tiers*, cit., 454.

<sup>46</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2021, 119. Anche in questo caso, non vi è una uniformità terminologica. Il *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes dell'American Arbitration Association*, ad esempio, definisce la neutralità come un più ampio requisito che ricomprende indipendenza e imparzialità.

<sup>47</sup> W.L. CRAIG et al., *International Chamber*, cit., 209.

<sup>48</sup> J. CRAWFORD, *The Ideal Arbitrator: Does One Size Fits All?* in *American University International Law Review*, 2018, 32, 1010.

<sup>49</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *L'Independence*, cit., 27.

<sup>50</sup> B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale, 1921, 12.

<sup>51</sup> G. KAUFMANN-KHOLER, *L'Independence*, cit., 41.

### 3. Tentativi di armonizzazione degli standard sulla terzietà

Nella proliferazione, talvolta disarmonica, delle norme arbitrali su imparzialità e indipendenza, le Linee Guida IBA sui conflitti di interesse hanno costituito un primo fondamentale strumento di armonizzazione<sup>52</sup>. Adottate nel 2004 e aggiornate nel 2014, le Linee Guida costituiscono un punto di riferimento in materia di imparzialità, indipendenza, e *disclosure* nell'arbitrato commerciale e di investimenti<sup>53</sup>. La loro efficacia è data dalla combinazione di principi generali e scenari fattuali concreti, attraverso un sistema basato su liste. La lista «rossa», divisa in «waivable list» e «non waivable list», contiene esempi pratici rispetto alle circostanze nelle quali il potenziale arbitro deve astenersi del tutto dall'accettare la nomina (ad esempio laddove lui o il proprio studio legale assistano regolarmente una delle parti, o una società affiliata, dalla quale ricavino un ingente compenso economico), e quando invece la nomina può essere accettata, ma solo previa *disclosure* e accettazione delle parti (ad esempio laddove l'arbitro e l'avvocato di una delle parti appartengano al medesimo studio legale)<sup>54</sup>.

La lista «arancione» prevede che l'arbitro possa accettare la nomina, previa *disclosure* e salva tempestiva obiezione delle parti. È questo il caso che si verifica, ad esempio, quando l'arbitro nei tre anni precedenti ha lavorato come avvocato di una delle parti o contro una delle parti, in una questione non correlata, o quando nei tre anni precedenti è stato nominato arbitro per più di due volte da una delle parti.

La lista «verde» identifica situazioni in cui non è necessaria alcuna divulgazione. Sono questi i casi in cui l'arbitro ha partecipato a una conferenza in cui erano presenti anche rappresentanti di una delle parti, senza interagire in modo significativo, o in cui l'arbitro ha espresso la propria posizione in lavori accademici o durante conferenze, purché tali opinioni non siano direttamente correlate al caso in questione. La versione del 2014 delle Linee Guida specifica che le connessioni sui *social media* tra arbitri e le parti non richiedono di essere rilevate. Nemmeno

<sup>52</sup> C. ROGERS, I. TUMER, *Arbitrator Challenges: Too Many or Not Enough?* in A.W. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden-Boston, 2014, 128 ss.

<sup>53</sup> E. ZULETA, P. FRIEDLAND, *The 2014 Revisions to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, in *Dispute Resolution International*, 2015, 9, 55; C. MARTINETTI, *Le linee guida dell'International Bar Association sui conflitti di interesse nell'arbitrato internazionale*, in *Giurisprudenza Arbitrale*, 2019, 83 ss.

<sup>54</sup> IBA Rules, Part II, par. 1(4) e par. 2.3.3. Si veda A. MOURRE, *Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond*, in S.L. BREKOULAKIS et al. (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2016, par. 23.1.



l'appartenenza alla medesima facoltà o la partecipazione a eventi professionali con altri arbitri o difensori delle parti comportano un obbligo di rivelazione.

Nonostante la distinzione tripartita delle Linee Guida risulti a tratti artificiosa e non sia stata immune da critiche<sup>55</sup>, a queste è riconosciuto un ruolo centrale nella promozione della trasparenza e della prevedibilità nel processo arbitrale<sup>56</sup>. La natura non vincolante delle Linee Guida non ne ha impedito un ampio utilizzo da parte di corti e tribunali internazionali chiamati a pronunciarsi su potenziali conflitti di interesse<sup>57</sup>. Ad esempio, nel caso *Sierra Fishing Company v. Farran*, il giudice inglese si è affidato alle Linee Guida per giungere alla conclusione che vi fosse un effettivo rischio di *bias* dell'arbitro che aveva precedentemente agito come consulente legale per una delle parti<sup>58</sup>. Nel caso *Cofely Ltd v. Anthony Bingham and Knowles*, dove il 25% del reddito dell'arbitro proveniva da casi che coinvolgevano gli avvocati di una delle due parti, il giudice ha ritenuto che tali elementi richiedessero una *disclosure* da parte dell'arbitro ai sensi della Lista arancione delle Linee Guida, per poi concludere che vi fosse un *bias* apparente dell'arbitro<sup>59</sup>.

Un secondo e altrettanto importante tentativo di armonizzazione, relativamente all'arbitrato di investimenti, è costituito dal recentissimo UNCITRAL *Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution*, frutto del lavoro congiunto di UNCITRAL e ICSID<sup>60</sup>.

L'idea di sviluppare un codice di condotta per gli arbitri in materia era stata proposta per la prima volta dall'Algeria nel 2015, e accolta nel 2020 dal Working Group III dell'UNCITRAL, istituito con il mandato di

<sup>55</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 3<sup>a</sup> ed., 2021, 90.

<sup>56</sup> H. RUIZ-FABRI, *Conflicts of Interests: Navigating in the Fog*, in *American Journal of International Law*, 2019, 113, 310.

<sup>57</sup> T. STIPANOWICH, *Soft Law in the Organization and General Conduct of Commercial Arbitration Proceedings*, in L.W. NEWMAN, M.J. RADINE (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, Huntington, 2014, 73 ss.

<sup>58</sup> *Sierra Fishing Company and others v. Hasan Said Farran and others*, EWHC, 2015, 140 (Comm).

<sup>59</sup> *Cofely Limited v. Anthony Bingham et al.*, EWHC, 2016, 240 (Comm).

<sup>60</sup> UNCITRAL Code of Conduct of Arbitrators in International Investment Dispute Resolution, 7 dicembre 2023, consultabile presso <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>.



lavorare ad una riforma del sistema di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato<sup>61</sup>.

Il Codice non impone semplicemente agli arbitri di rispettare i propri doveri di indipendenza e imparzialità, ma richiede che questi si astengano dal porre in essere condotte che creino una apparente mancanza di tali requisiti<sup>62</sup>. Il Codice disciplina anche la delicata questione del c.d. «*double hatting*», ossia la pratica che vede gli arbitri operare contemporaneamente come avvocati o esperti in diversi arbitrati di investimento<sup>63</sup>. Il Codice non vieta il doppio mandato, ma dispone che, a meno che le parti non concordino diversamente, gli arbitri non possano agire contemporaneamente come avvocati o esperti in due casi aventi ad oggetto le stesse misure, le stesse parti o parti correlate, o disposizioni della medesima convenzione arbitrale. A colui o colei che ha svolto il ruolo di arbitro, per tre anni sarà fatto divieto agire come difensore o esperto in un arbitrato avente ad oggetto le stesse misure o le stesse parti, nuovamente salva diversa decisione delle parti. Il divieto avrà durata di un anno nel caso di arbitrato basato sulla medesima convenzione arbitrale.

Come si vedrà più avanti, l'arbitro ha l'obbligo di *disclosure* rispetto a qualunque circostanza che possa dare luogo a ragionevoli dubbi circa la propria indipendenza e imparzialità<sup>64</sup>.

Sebbene l'applicazione del Codice e la sua efficacia giuridica restino tutt'ora incerte, si tratta indubbiamente di un passo significativo nell'armonizzazione degli standard in questione. Questo processo di standardizzazione contribuisce a prevenire interpretazioni eccessivamente soggettive degli standard di comportamento, fornendo un riferimento solido sia per gli arbitri che per le parti coinvolte e facilitando il compito dei tribunali arbitrali nell'assicurare la trasparenza e la prevedibilità del procedimento.

#### 4. Il ruolo chiave della disclosure

Il processo di selezione e nomina degli arbitri procede di pari passo con la necessaria dichiarazione di accettazione e l'obbligo di *disclosure* dell'arbitro. Per *disclosure* si intende la rivelazione alle parti di informa-

<sup>61</sup> Si veda C. GIORGETTI, *The Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement: A Low-hanging Fruit in the ISDS Reform Process*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 14, 176.

<sup>62</sup> UNCITRAL Code of Conduct of Arbitrators, *cit.*, art. 3.

<sup>63</sup> *Ivi*, art. 4.

<sup>64</sup> *Ivi*, art. 11.

zioni, fatti e circostanze che possono mettere in discussione l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro.

La maggior parte delle regole arbitrali internazionali e delle normative arbitrali interne prevede l'obbligo per l'arbitro, prima di accettare l'incarico, e durante tutta la sua durata, di dichiarare qualsiasi circostanza che possa dar luogo a «giustificati dubbi» sulla propria indipendenza e imparzialità. Lo scopo della *disclosure* è assicurare la trasparenza del procedimento e la fiducia delle parti nel processo decisionale, rendendo noti gli elementi che potrebbero avere un impatto sulla decisione<sup>65</sup>.

L'estensione e la specificità della *disclosure* variano in base alle diverse regole arbitrali. L'art. 12 delle Regole UNCITRAL, ad esempio, prevede che il potenziale arbitro «shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence». L'utilizzo del termine «likely» sembrerebbe indicare che l'arbitro debba dichiarare anche le informazioni e le circostanze che potrebbero ipoteticamente sollevare ragionevoli dubbi sulla propria indipendenza e imparzialità. Le Regole ICSID richiedendo la *disclosure* di ogni relazione professionale, economica, finanziaria o comunque ogni relazione rilevante con le parti, i loro difensori, i co-arbitri ed enti terzi finanziatori<sup>66</sup>. Anche il nuovo Codice di Condotta UNCITRAL opta per un obbligo di rivelazione esteso, ma avente ad oggetto unicamente le circostanze relativo al quinquennio precedente alla nomina<sup>67</sup>.

La regola generale è che, nel dubbio, sia sempre preferibile optare per la *disclosure*<sup>68</sup>. E infatti, una informazione innocua in fase di *disclosure* può, laddove non dichiarata, far sorgere problemi di sospetta non imparzialità o indipendenza<sup>69</sup>. Come sottolineato nelle *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators del 1987*, la mancata *disclosure* di informazioni rilevanti può creare una «appearance of bias»<sup>70</sup>.

Tra i numerosi messaggi per commemorare la repentina scomparsa

<sup>65</sup> C.A. ROGERS, *The Ethics of International Arbitrators*, in L.W. NEWMAN, R.D. HILL (eds.), *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Huntington, 2014, 3<sup>a</sup> ed., 175 ss.

<sup>66</sup> ICSID Rules, cit., Rule 19. La versione del 2022 delle Regole ha introdotto un termine di cinque anni per la divulgazione, ritenendo un obbligo di rivelazione senza limiti di tempo troppo gravoso.

<sup>67</sup> UNCITRAL Code of Conduct of Arbitrators, cit., art. 3.

<sup>68</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Obbligo di disclosure e imparzialità dell'arbitro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, 76, 1047; N. KAPLAN, C. BAO, *So, Now You are an Arbitrator: The Arbitrator's Toolkit*, Alphaen aan den Rijn, 2022, 141.

<sup>69</sup> K. DAELE, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Alphaen aan den Rijn, 2011, 18.

<sup>70</sup> *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*, 1987, Rule 4.

di Emmanuel Gaillard nel 2021, vi era quello di Thomas Clay, Presidente di un tribunale arbitrale ICC davanti al quale Gaillard era difensore di una delle parti. Nel suo tributo, Clay rievocava gli incontri frequenti con Gaillard, membro della sua commissione di dottorato vent'anni addietro, riferendo di un'amicizia profonda, nella quale Clay si affidava ai consigli di Gaillard ogni qualvolta dovesse prendere una decisione importante. «I admired him, I loved him», concludeva il tributo di Clay. Poco dopo, Clay veniva ricusato per aver omesso di dichiarare l'esistenza di un rapporto di stretta familiarità con il difensore di una delle parti coinvolte nella causa.

In fase di richiesta di revocazione del lodo davanti al giudice francese, quest'ultimo ha sostenuto che, ai sensi dell'articolo 1456-2 del Codice di procedura, l'arbitro ha il dovere di rivelare qualsiasi circostanza che possa influenzare la sua indipendenza o imparzialità<sup>71</sup>. Nell'interpretare tale obbligo, il giudice ha fatto riferimento all'art. 11 delle Regole ICC, le quali richiedono la rivelazione di rapporti personali tra arbitro e avvocati delle parti. Sebbene la Corte d'Appello di Parigi abbia contestualizzato molte delle affermazioni di Clay su Gaillard, interpretandole come un tributo a una delle più importanti figure nel mondo dell'arbitrato, il fatto che Gaillard venisse consultato dall'amico per ogni decisione importante, poteva far pensare alla parte che aveva proposto la ricusazione che il Presidente del Tribunale non fosse indipendente dall'intenso rapporto di amicizia e stima con l'avvocato di parte, e dunque non completamente libero nell'esprimere il proprio giudizio nella causa in questione<sup>72</sup>.

### 5. Lo standard applicabile in materia di conflitto di interessi

Un'altra questione chiave nel valutare imparzialità e indipendenza è determinare se sia necessario provare un «actual bias», ovvero una parzialità effettiva, oppure se sia sufficiente fornire prove che indichino dubbi circa l'esistenza di un *bias* dell'arbitro. In base alle regole UNCITRAL, alle parti è permesso contestare la nomina di un arbitro quando esistono circostanze che danno luogo a «justifiable doubts as to that arbitrator's impartiality or independence»<sup>73</sup>. Lo stesso vale per le regole LCIA e SCC.

<sup>71</sup> *Porte autonome de Douala v. Société Douala International Terminal*, Court d'Appel de Paris, 10 gennaio 2023, par. 27.

<sup>72</sup> *Ivi*, par. 70.

<sup>73</sup> D. CARON, L. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2<sup>a</sup> ed., 2013, 208.

Tradizionalmente, specialmente nelle giurisdizioni che hanno basato le proprie disposizioni normative sulla UNCITRAL Model Law, lo standard è dunque quello dell'«appearance of bias». Come affermato dalla Corte Suprema inglese in *Halliburton v. Chubb*, «[t]his objective test of the appearance of bias is similar to the test of «justifiable doubts» [...] It is not necessary to determine whether the tests as to the nature of the doubts in the UNCITRAL Model Law, the IBA Guidelines and the LCIA Rules are precisely the same as those of English law. The important point is that the test in English law, involving the fair-minded and informed observer, requires objectivity and detachment in relation to the appearance of bias»<sup>74</sup>. Le Linee Guida dell'IBA illustrano chiaramente questo punto: lo standard per la squalifica di un arbitro è oggettivo, occorre cioè chiedersi se dal punto di vista di una terza persona esistano circostanze che possano dare origine a dubbi giustificabili riguardo all'imparzialità o all'indipendenza dell'arbitro.

Negli Stati Uniti, nonostante la sezione 10(a)(2) del *Federal Arbitration Act* faccia riferimento ad un «effective bias», le corti hanno generalmente applicato il test del «appearance of bias» rispetto ad un ragionevole osservatore<sup>75</sup>. Lo scopo è constatare se esiste una connessione tra l'arbitro e la parte tale da dare l'impressione di una concreta, e non semplicemente speculativa, predisposizione dell'arbitro rispetto a tale parte<sup>76</sup>. Anche nel contesto arbitrale francese il test è simile, con la differenza che l'apparenza di un *bias* sarà da valutarsi non già sulla base di un terzo osservatore, quanto piuttosto delle parti in causa<sup>77</sup>.

Per quanto riguarda il quadro ICSID, l'art. 57 della Convenzione prevede che la ricusazione possa essere proposta laddove vi sia una «manifesta» mancanza delle qualità previste dall'art. 14. Il termine «manifesto» sembrerebbe indicare la necessità che non vi siano semplicemente dubbi sulla terzietà dell'arbitro, ma che questa sia del tutto evidente<sup>78</sup>. È ben nota la decisione sulla ricusazione in *Suez v. Argentina*, dove il Tri-

<sup>74</sup> *Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd)* [2020] UKSC 48, 1 dicembre 2020, par. 54.

<sup>75</sup> *New Regency Productions v. Nippon Herald Films*, 501 F.3d 1101, 1108 (9th Cir. 2007); *Equicare Health Inc v. Varian Medical Systems, Inc*, ND Cal. 19 aprile 2023.

<sup>76</sup> *Positive Software Solutions Inc v. New Century Mortgage Corporation*, 436 F.3d 495, 282-83 (5th Cir. 2006).

<sup>77</sup> Court of Cassation, Civil Chamber 1, 3 October 2019, 18-15.756, non pubblicato e Cour d'appel de Paris ch. commerciale, 25 February 2020, 19/15817.

<sup>78</sup> *Amco Asia Co v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, citato in *Compañía de Aguas del Aconquija, sa. & Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentina*, ICSID Case No ARB/97/3, parr. 21-22.

bunale ha ribadito che la Convenzione ICSID, «places a heavy burden of proof (...) to establish facts that make it obvious and highly probably, not just possible, that [the challenged arbitrator] is a person who may not be relied upon to exercise independent and impartial judgment»<sup>79</sup>.

In *Amco*, l'Indonesia aveva proposto la ricusazione dell'arbitro nominato dall'investitore, poiché prima della sua nomina aveva fornito consulenza fiscale all'azionista di controllo della società ricorrente. Inoltre, lo studio legale dell'arbitro aveva condiviso gli spazi dell'ufficio con i legali di parte attrice per circa un anno e mezzo durante il procedimento arbitrale<sup>80</sup>. Gli arbitri contestarono l'assenza di fatti che indicavano una mancanza di indipendenza, sostenendo che quest'ultima dovesse essere «manifesta» o «altamente probabile», non solo «possibile». L'approccio restrittivo in materia di ricusabilità rigido seguito in *Amco* è stato accompagnato nella giurisprudenza arbitrale sostituito da uno standard sostanzialmente simile a quello basato sui *justiciable doubts*, sebbene con l'avvertenza che le valutazioni circa la mancanza di terzietà dell'arbitro non possano basarsi su «speculative assumptions or arguments», e che «the circumstances actually established [...] must negate or place in clear doubt the appearance of impartiality»<sup>81</sup>.

## 6. L'arbitro di parte

Il beneficio principale delle nomine di parte risiede nella facoltà di ciascuna parte di incidere sulla composizione del collegio arbitrale attraverso la selezione diretta di uno o più dei suoi componenti<sup>82</sup>. Tale possibilità è estremamente valorizzata dai fruitori del meccanismo arbitrale, poiché consente di individuare arbitri con un insieme di caratteristiche percepite come essenziali, quali la specifica *expertise* giuridica, l'esperienza nella materia oggetto del contendere, l'integrità personale, la sensibilità culturale rispetto alla parte, la conoscenza del diritto applicabile

<sup>79</sup> *Suez*, cit., par. 34.

<sup>80</sup> *Amco As ia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator, 24 giugno 1982.

<sup>81</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, 3 ottobre 2001, par. 25. Si veda anche *Caratube International Oil Company LLP & Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of an Arbitrator, 20 marzo 2014, par. 54.

<sup>82</sup> Si veda C. ROGERS, *Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality*, in *Harvard International Law Journal*, 2023, 64, 137.

alla controversia o del sistema normativo che ha ospitato l'investimento. Vi è poi un prevedibile «conforto psicologico»<sup>83</sup> (dai risvolti assai pratici), dato dalla convinzione che l'arbitro così nominato garantisca alla parte che i propri argomenti siano debitamente tenuti in considerazione, una circostanza non trascurabile data la limitata possibilità di ricorso contro una decisione arbitrale sfavorevole. La possibilità per le parti di nominare gli arbitri rafforza dunque la loro fiducia nel procedimento arbitrale e, di conseguenza, promuove l'accettazione e l'esecuzione del lodo<sup>84</sup>.

L'arbitro di parte costituisce un elemento fondante dell'autonomia delle parti e dell'arbitrato stesso<sup>85</sup>, e allo stesso tempo uno degli aspetti più controversi<sup>86</sup>. In dottrina è stato sostenuto come «there are two intrinsic difficulties in selecting an arbitrator which themselves may threaten the integrity of the process. First, the method by which each party chooses one member of a three-member tribunal may cast doubt on the independence and impartiality of the nominee. Further, and paradoxically, the very factors which may most recommend an individual as an appropriate arbitrator (familiarity with a particular industry, or knowledge

<sup>83</sup> G. GRIFFITH, *Constitution of Arbitral Tribunals: The Duty of Impartiality in Tribunals or Choose Your Arbitrator Wisely*, in *ICSID Review*, 1998, 13, 43.

<sup>84</sup> Si vedano Y. SHANY, *Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings*, in *Loyola International and Comparative Law Review*, 2008, 30, 474; S. BREKOULAKIS, A. HOWARD, *Impartiality and the Construction of Trust in Investor-State Dispute Settlement*, in *ICSID Review*, in corso di pubblicazione.

<sup>85</sup> A.A. DE FINA, *The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations – Role and Selection*, in *Arbitration International*, 1999, 15, 381 ss.; G. BERMAN, *Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel*, in F. FERRARI (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Huntington, 2016, 83 ss; V.V. VEEDER, *The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator - From Miami to Geneva*, in D. CARON et al. (eds.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, 2015, 127.

<sup>86</sup> J. PAULSSON, *Ethics, Elitism, Eligibility*, in *Journal of International Arbitration*, 1977, 14, 13; J. PAULSSON, *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, in *ICSID Review*, 2010, 25, 339; A.J. VAN DEN BERG, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in M. ARSANJANI et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2011; Y. DERAINS, *The Arbitrator's Deliberation*, in *American University International Law Review*, 2012, 27, 911; M. SMITH, *Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator*, in *Arbitration International*, 1990, 6, 320; C. GIORGETTI, *Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?* in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2015, 35, 431 ss; M.L. MARCEDDU, P. ORTOLANI, *What is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments*, in *European Journal of International Law*, 2020, 31, 422.

of a specialist legal or technical area) may also leave him most vulnerable to a suspicion of bias»<sup>87</sup>.

Peraltro, imparzialità e indipendenza sono requisiti essenziali dell'arbitro, a prescindere dal fatto di essere stato nominato da una parte<sup>88</sup>. È plausibile che un arbitro, scelto dalla parte proprio alla luce delle proprie qualità e posizioni, e che deve il proprio incarico (o più incarichi) a quella parte, rimanga completamente imparziale rispetto a quest'ultima? Lungi da essere un dibattito puramente teorico, vi sono nuovi accordi in materia di investimenti che alla risposta negativa a tale domanda hanno fatto seguire l'eliminazione della nomina di parte<sup>89</sup>.

In questo senso, occorre tenere presente che «[t]he appointment of each arbitrator is not a unilateral act, even when initiated by one party alone. [It] results from the common intention of the parties, who take into account the qualities of the person whom they call upon to judge their dispute»<sup>90</sup>. La struttura tripartita del collegio arbitrale è fondamentale nel ridurre i rischi di imparzialità: «[t]here is no doubt that each party, by naming his arbitrator, expects him to consider in particular the aspects of the case which are favourable to the party and accepts that the arbitrator named by the other party will act in a similar way. This supposes a very real relationship of trust between the party and the arbitrator, counterbalanced by a similar relationship between the other arbitrator and the other party, so there will not be a detrimental effect on the final result of the proceedings»<sup>91</sup>.

Nel valutare gli effetti delle nomine di parte, si trascura spesso che la struttura tripartita dei collegi arbitrali funge da sistema di bilanciamento interno. Posizioni eccessivamente parziali o irragionevoli raramente saranno in grado di influenzare l'esito complessivo del procedimento,

<sup>87</sup> G. EASTWOOD, *A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators*, in *Arbitration International*, 2001, 17, 292.

<sup>88</sup> B. RUBINS, B. LAUTERBURG, *Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration*, in C. KNAHR et al. (eds.), *Investment and Commercial Arbitration—Similarities And Divergences*, The Hague, 2009, 154

<sup>89</sup> Dutch Model BIT, 22 marzo 2019, art. 20. Il Modello BIT olandese affida la nomina degli arbitri al Segretario Generale della PCA, o al Segretario Generale ICSID.

<sup>90</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 2, 13 aprile 1972, 70-12.774, in D. HASCHER, *Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues*, in *American University International Law Review*, 2012, 27, 790.

<sup>91</sup> E. MINOLI, *Relations entre parties et arbitres*, *Revue de l'Arbitrage*, 1970, 223, citato in M. BEDJAOUÏ, *The Arbitrator: One Man-Three Roles*, in *International Arbitration*, 1988, 5, 15.



poiché è improbabile che tali posizioni vengano accolte dai co-arbitri<sup>92</sup>. L'arbitro tenderà generalmente a evitare di adottare posizioni irragionevolmente sbilanciate a favore della parte che lo ha nominato, per non compromettere così la propria credibilità.

Sebbene possa apparire una soluzione promettente per rafforzare la legittimità del processo arbitrale, l'eliminazione delle nomine di parte nell'arbitrato non garantisce necessariamente la risoluzione di tutti i problemi inerenti all'imparzialità. Come sostenuto da James Crawford, nell'analizzare la proposta dell'Unione Europea di istituire una corte permanente per la soluzione delle controversie sugli investimenti: «l'errore sta nel pensare che gli Stati dispongano di cinque arbitri ideali»<sup>93</sup>.

In effetti, anche rimuovendo le nomine di parte, i problemi relativi all'indipendenza potrebbero comunque persistere sotto altre forme, dando vita a nuove problematiche di indipendenza istituzionale e rischi di politicizzazione del sistema<sup>94</sup>. Semmai, sarebbe urgente esaminare e, ove necessario, riformare i meccanismi di nomina e ricusazione, affinché il sistema arbitrale possa bilanciare al meglio l'autonomia delle parti e un adeguato livello di *fairness* procedurale.

## 7. Patologie procedurali

Come emerso dalle pagine precedenti, indipendenza e imparzialità costituiscono elementi fondamentali e non negoziabili per consolidare la fiducia delle parti nel meccanismo arbitrale. La procedura di ricusazione serve precisamente a preservare tali valori, permettendo alle parti di sollevare dubbi sulla presenza di tali requisiti.

L'arbitrato in base alle regole UNCITRAL, ICC, LCIA, e SCC prevede che la decisione finale sulla ricusazione degli arbitri spetti rispettivamente all'*appointing authority*, alla Corte ICC, alla Corte LCIA e dal Consiglio di Amministrazione dell'Istituto di Arbitrato della SCC<sup>95</sup>. In base alle regole UNCITRAL e ICC, sarà possibile comunque rivolgersi

<sup>92</sup> B. LEGUM, C. MOTIN, *The Essential Qualities for an Arbitrator*, in *ICSID Review*, 2023, 38, 443.

<sup>93</sup> *Ivi*, 1022.

<sup>94</sup> M. POTESTÀ, *Appointment of Arbitrators in the Changing ISDS Landscape*, in *Swiss Review of International and European Law*, 2021, 31, 235.

<sup>95</sup> UNCITRAL Rules, art. 13; LCIA Rules, art. 10, ICC Rules, art. 14; SCC Rules, art. 19.



al giudice nazionale qualora la decisione sulla richiesta di ricsuzione sia ritenuta dalle parti non corretta.

Come è noto, la procedura è diversa nel caso della Convenzione IC-SID. La mancanza delle qualità richieste dall'art. 14(1) della Convenzione può portare a una proposta di ricsuzione sulla quale, ai sensi dell'art. 58 della Convenzione, decideranno gli altri due membri del tribunale. Qualora i due co-arbitri siano in disaccordo, o nell'ipotesi in cui la ricsuzione riguardi la maggioranza del tribunale o il presidente, la decisione finale è demandata al presidente della Banca Mondiale.

Tale meccanismo è stato comprensibilmente oggetto di critiche. Laddove sono gli stessi co-arbitri a valutare le proposte di ricsuzione, vi è il rischio di compromettere la capacità di esercitare un giudizio effettivamente obiettivo sulle circostanze che potrebbero portare un collega ad essere estromesso dal collegio arbitrale. I co-arbitri potrebbero infatti essere riluttanti a sostenere la ricsuzione di un collega, per una pluralità di motivi: solidarietà professionale, il desiderio di evitare ritardi nel procedimento o la preoccupazione che la ricsuzione possa creare pericolosi precedenti per le future controversie. Purtroppo, le proposte di riforma volte a conferire ai co-arbitri la possibilità di rimettere la decisione sulla ricsuzione al Presidente della Banca Mondiale non sono ad oggi state accolte.

Tale impostazione rischia di contribuire ad una immagine dell'arbitrato «members only»<sup>96</sup>, minando la legittimità del sistema. Una riforma efficace in questo senso potrebbe includere l'introduzione di un comitato di ricsuzione esterno e indipendente, composto da arbitri nominati dall'ICSID, come avviene nel caso delle procedure di annullamento.

## 8. Conclusioni

Una consistente parte della crisi di legittimità dell'arbitrato è dovuta alla percezione di chi dirime le controversie<sup>97</sup>. Originariamente ideato come mezzo per eludere i rischi di *bias* nelle giurisdizioni nazionali, l'arbitrato si ritrova paradossalmente a dover fronteggiare critiche di parzialità, anche alla luce delle nomine di parte.

L'incessante enfasi posta sulla legittimità degli arbitrati internazio-

<sup>96</sup> L. MALINTOPPI, *Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2008, 7, 356.

<sup>97</sup> J. PAUWELYN, *The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus*, in *American Journal of International Law*, 2015, 109, 764.

nali ha talvolta condotto a una ricerca di standard di imparzialità e indipendenza non realistici. Come autorevolmente affermato da Jan Paulsson, «a litigant will be certain to address perfectly open minds only if he is prepared to be judged by very young children»<sup>98</sup>.

La categoria degli arbitri comprende una vastissima gamma di professionisti, per molti dei quali il ruolo di arbitro costituisce parte di una più ampia carriera accademica e professionale<sup>99</sup>. Ogni individuo porta con sé una serie di esperienze, opinioni e, inevitabilmente, posizioni che influenzano il processo decisionale. Se l'obiettivo è arrivare ad una imparzialità assoluta, ogni tentativo di riforma non può che essere fallimentare<sup>100</sup>.

Un'attenzione eccessiva, talvolta esasperata sulla terzietà degli arbitri rischia di distogliere l'attenzione da riforme meno strutturali, ma potenzialmente utili. In questo senso, una maggiore armonizzazione degli standard di imparzialità e indipendenza costituisce un'esigenza imprescindibile per la coerenza e l'efficacia del sistema arbitrale. Analoghe considerazioni si possono fare sull'esigenza di una *disclosure* omogenea e sufficientemente dettagliata da rivelare eventuali conflitti di interesse. La trasparenza rispetto ai rapporti tra arbitri e parti e procedimenti di recusazione efficaci costituiscono elementi essenziali per salvaguardare l'integrità dell'arbitrato e per consolidare la fiducia nel sistema, preservandone nel contempo un elemento chiave come l'arbitro di parte.

Infine, non meno importante è l'impegno delle istituzioni arbitrali nel vigilare sull'adempimento degli arbitri ai requisiti di imparzialità e indipendenza<sup>101</sup> e nel promuovere una cultura di *accountability*<sup>102</sup> di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, comprese le parti e i rispettivi difensori<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> J. PAULSSON, *Ethics*, cit., 15.

<sup>99</sup> A. SEIBERT-FOHR, *International Judicial Ethics*, in C. ROMANO et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, 757 ss.

<sup>100</sup> G. CORDERO-MOSS, *Independence and Impartiality: Myths and Reality*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 23 gennaio 2023.

<sup>101</sup> A. MOURRE, *La légitimité de l'arbitrage*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 2022, 427, 286.

<sup>102</sup> H. RUIZ FABRI, *Conflicts*, cit., 311.

<sup>103</sup> P. SANDS, *Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel*, in A. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Leiden, 2012, 28 ss.

# “DISCLOSURE OF EVIDENCE” NEL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE

Gian Maria FARNELLI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fonti dell’obbligo di *disclosure*. – 3. Presupposti. – 4. Difese da una richiesta di *disclosure*. – 5. Contenuto dell’obbligo di *disclosure* e conseguenze della mancata collaborazione. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Nel contenzioso internazionale come nel contenzioso interno, il principio fondamentale in ambito probatorio è quello dell’onere della prova. Come è noto, tale principio richiede che sia «the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it»<sup>1</sup>. Pertanto, spetta all’attore l’onere di provare la fondatezza della propria azione (*actori incumbit probatio*) e al convenuto quello di provare le proprie difese (*reus in excipiendo fit actor*)<sup>2</sup>.

In dottrina si è evidenziato come una rigorosa applicazione del principio in oggetto possa portare a risultati in contrasto con i canoni del giusto processo<sup>3</sup>. Ciò accade quando la prova relativa all’azione dell’attore o alla difesa del convenuto si trovi nella disponibilità della controparte.

Al fine di prevenire il rischio che una simile situazione incida negativamente sull’equità del processo, le giurisdizioni interne adottano meccanismi quali la *discovery* negli ordinamenti di *common law*<sup>4</sup> e i poteri

\* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Bologna Alma Mater Studiorum.

<sup>1</sup> Corte internazionale di giustizia, *Affare delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua, Nicaragua c. Stati Uniti*, 26.11.1984, *I.C.J. Reports*, 1984, 392, 437, par. 101.

<sup>2</sup> Si veda per una chiara espressione di questo principio il lodo in *Gallo c. Canada* (Corte permanente d’arbitrato, 15.11.2011, caso n. 55798, par. 277). Più in generale, si veda C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, Leiden, 2005, 61 ss.

<sup>3</sup> In questo senso, M. KAZAZI, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, The Hague/Boston, 1996, 119-120.

<sup>4</sup> In dottrina è stato rilevato che: «[d]isclosure of facts, deeds, documents, or other things in the exclusive knowledge or possession of one party, which are necessary to the

ispettivi del giudice in quelli di *civil law*<sup>5</sup>. Tali meccanismi non possono tuttavia essere trasposti all'interno del processo internazionale<sup>6</sup>, dove l'esigenza è comunemente percepita<sup>7</sup>.

party seeking discovery as a part of a cause of action or defense in an action pending, or to be brought in another court, or as evidence of his rights or title in such proceedings» (M. KAZAZI, *Burden of proof and related issues*, cit., 138, nota 53, citando il *Corpus Juris Secundum of American Law*). Si vedano inoltre M. BÜHLER, T.H. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration Commentary, Precedents, Materials*, London, 2014, 375 ss.; J. D.M. LEW, *Document Disclosure, Evidentiary Value and Burden of Evidence*, in D. T. GIOVANNINI, A. MOURRE (eds.), *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 21.

<sup>5</sup> Tali poteri sono codificati, *inter alia*, all'art. 11 del codice di procedura civile francese; all'art. 210 del codice di procedura civile italiano; all'art. 256 del codice di procedura civile spagnola; e all'art. 815 del codice di procedura civile panamense. Si veda G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, 2005, 165-166; A. GALIČ, *Disclosure of Evidence: Privilege against Self-Incrimination or a Quest for Procedural Fairness and Substantive Justice*, in C.H. VAN RHEE, A. UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2015, 33.

<sup>6</sup> C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 110-111; J.C. WITENBERG, *Onus Probandi devant les juridictions arbitrales*, *Revue générale de droit int. public*, 1951, 55, 332-333; T.E. CARBONNEAU, *Darkness and Light in the Shadow of International Arbitral Adjudication*, in R.B. LILLICH (ed.), *Fact-finding before international tribunals: 11th Sokol Colloquium*, Ardsley-on-Hudson, NY, 1992, 154-155; N. O'MALLEY, *The Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration—As Applied in Practice*, *The Law and Practice of Int. Courts and Tribunals*, 2009, 8, 27 e 40. Anche l'*International Bar Association* ritiene che: «[e]xpansive American-or English-style discovery is generally inappropriate in international arbitration» (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Commentary on the Revised Text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2021, disponibile a: <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>>, 8. La mancanza di un simile strumento è stata più volte criticata dalla letteratura. Si veda A.W. ROVINE, *Remarks*, in AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (ed.) *Proceedings of the 79th Annual Meeting*, 1987, 333, citato da M. KAZAZI, *Burden of Proof and Related Issues*, cit., 144.

<sup>7</sup> Tale esigenza è stata avvertita per la prima volta all'inizio del XX secolo nel caso *Parker* di fronte alla *Mexican-United States General Claim Commission (William A. Parker – Stati Uniti v. Stati Uniti Messicani*, lodo, 31.03.1926, *Reports of International Arbitral Awards*, 4, 35, 39, par. 6). Successivamente, la Commissione ha reiterato più volte il medesimo principio (*Georges Pinson – Francia v. Messico*, lodo, 19.10.1928.; *Lillie S. Kling – Stati Uniti v. Messico*, lodo, 08.10.1930, *Reports of International Arbitral Awards*, 4, 575, 582; *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited – Stati Uniti c. Germania*, 16.10.1930, *Reports of International Arbitral Awards*, 8, 84, 85). Più di recente, il punto è stato reiterato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso delle *Cartiere (Affare delle cartiere sul fiume Uruguay, Argentina v. Uruguay*, 20.04.2010, *I.C.J. Reports*, 2010, par. 163, 14, 71).

Tale esigenza viene soddisfatta attraverso l’istituto della esibizione degli strumenti di prova (*disclosure of evidence*; d’ora in poi, «disclosure»). Tale strumento, che rappresenta attuazione del dovere delle parti in lite di comportarsi secondo buona fede<sup>8</sup>, consiste nell’obbligo di produrre prove che possano assistere controparte ad assolvere il proprio onere probatorio.

Il presente studio mira ad analizzare la giurisprudenza internazionale in materia di *disclosure* al fine di evidenziare la omogeneità di trattazione del tema di fronte alle differenti giurisdizioni internazionali che favorisce lo sviluppo di un «common law of international adjudication»<sup>9</sup>. L’analisi prende in considerazione il contenzioso interstatale e quello degli investimenti, in quanto accomunati da una funzione «akin to the resolution of private disputes by civil litigation within domestic legal systems»<sup>10</sup>.

Il contributo si compone di quattro sezioni, oltre ad alcune considerazioni introduttive e conclusive. In primo luogo, saranno analizzate le regole di procedura che fanno riferimento all’obbligo di *disclosure*. In secondo luogo, verranno indicati i requisiti per invocare tale obbligo e la relativa giurisprudenza. Verranno quindi separatamente considerate le eventuali difese rispetto a una richiesta di *disclosure*. Infine, il contributo analizzerà il contenuto dell’obbligo di esibizione e l’istituto della cosiddetta «deduzione negativa» (*adverse inference*) come conseguenza del mancato ottemperamento a una richiesta di *disclosure*.

Sull’esistenza di un obbligo generale di esibizione di tutti gli strumenti di prova, anche quelli avversi alla propria posizione, si veda A. PIETROBON, *Il giudizio nell’arbitrato fra Stati*, Napoli, 2016, 137.

<sup>8</sup> C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 96-97. Secondo Kolb, tale dovere deriva dal consenso espresso dagli Stati nell’accettazione della giurisdizione di un tribunale internazionale (R. KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013, 679).

<sup>9</sup> Per il dibattito in materia, si veda C. BROWN, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, 2007; F.G. SOURGENS, *A Nascent Common Law. The Process of Decision making in International Legal Disputes between States and Foreign Investors*, Leiden-Boston, 2015.

<sup>10</sup> D. SHELTON, *Form, Function, and the Power of International Courts*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, 558. L’autrice successivamente distingue l’arbitrato degli investimenti e il contenzioso interstatale dal contenzioso in tema di diritti umani e di diritto penale internazionale, evidenziando come lo scopo precipuo di questi ultimi sia l’accertamento della verità (*ivi*, 562 e 566).

## 2. Fonti dell'obbligo di disclosure

La possibilità che una parte sia tenuta a produrre in giudizio tutte le prove in suo possesso, comprese quelle a sostegno delle pretese di controparte, ha trovato cittadinanza in statuti e regole di procedura degli organismi giurisdizionali internazionali nella misura in cui si prevede il potere dell'organo giudicante di esortare (*call upon*) una parte ad esibire documenti nel procedimento. Basti ricordare in tal senso, oltre all'art. 49 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale e dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>11</sup> («CIG»), quanto previsto all'art. 62 delle Regole di procedura della CIG. Si può ulteriormente fare riferimento all'art. 6 dell'Allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, secondo cui «[t]he parties to the dispute shall facilitate the work of the arbitral tribunal and [...] shall: (a) provide it with all relevant documents, facilities and information»<sup>12</sup>.

Nell'ambito dell'arbitrato degli investimenti, si possono richiamare nel medesimo senso l'art. 24(2) delle Regole arbitrali UNCITRAL del 1976, l'art. 27(3) delle Regole arbitrali UNCITRAL del 2010<sup>13</sup>, l'art. 24(2) comune a tutte le Regole opzionali di procedura della Corte permanente di arbitrato («Optional Rules»)<sup>14</sup> e la Regola 36(3) delle Regole arbitrali ICSID.

Gli strumenti appena citati fanno riferimento al potere dei giudici o degli arbitri di ordinare la *disclosure*. Gli strumenti di *soft law* procedurale<sup>15</sup> adottano un approccio leggermente diverso.

<sup>11</sup> Per un commento alla disposizione, si veda C.J. TAMS, J. DEVANEY, *Article 49*, in A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS, K. OLLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, 1374.

<sup>12</sup> Tale disposizione viene ulteriormente specificata nelle regole di procedura dei singoli tribunali ex Allegato VII. Si vedano, a titolo di esempio, Corte permanente di arbitrato, *Arctic Sunrise, Paesi Bassi c. Russia*, caso n. 2014-02, regolamento di procedura, 17.03.2014, art. 6(4); Corte permanente di arbitrato, *ARA Libertad, Argentina c. Ghana*, caso n. 2013-11, regolamento di procedura, 31.10.2013, art. 15(3).

<sup>13</sup> Per un'analisi di questa disposizione, di veda D.D. CARON, L.M. CAPLAN (eds.), *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2010, 555 ss.

<sup>14</sup> *Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is a State (1993)* e *Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties (1996)*. La stessa disposizione si trova nelle *Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States (1992)* e nelle *Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and States (1996)*.

<sup>15</sup> Su tale definizione si veda A. MOURRE, *About Procedural Soft Law, the IBA Guidelines on Party Representation and the Future of Arbitration*, in P. SHAUGHNESSY, S. TUNG, P.A. KARRER (eds.), *The Powers and duties of an arbitrator: liber amicorum Pierre A. Karrer*, Alphen aan den Rijn, 2017, 239.

Si può fare in particolare riferimento alle *IBA Rules on the Taking of Evidence* («IBA Rules»)<sup>16</sup>, frutto di un *consensus* fra i giuristi delle diverse tradizioni di *civil law* e *common law*, a cui si fa generalmente ricorso nell’arbitrato in materia di investimenti<sup>17</sup> e che stanno acquisendo un ruolo sempre più significativo anche nel contenzioso interstate<sup>18</sup>. L’art. 3(2) di tali regole, basato sul principio condiviso secondo cui «some level of document production is appropriate in international arbitration»<sup>19</sup>, dispone che una richiesta di produzione documentale debba essere indirizzata sia al tribunale che alla controparte. Ciò comporta che quest’ultima sia messa nelle condizioni di adempiere autonomamente l’obbligo di collaborazione effettuando una *disclosure* ben prima che l’organo giudicante le intimi di produrre gli elementi di prova a favore di controparte.

<sup>16</sup> Su tale strumento, si veda R. KHODYKIN, C. MULCAHY, N. FLETCHER (eds.), *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford, 2019. Le *IBA Rules on the Taking of Evidence* non sono l’unico strumento di *soft law* a fare riferimento alla *disclosure*. Si vedano anche gli artt. 9 e 10 della *Risoluzione sull’eguaglianza delle parti di fronte a tribunali internazionali degli investimenti* dell’Istituto di diritto internazionale, riprodotta in C. MCLACHLAN, *The Institute of International Law’s Resolution on the Equality of Parties Before International Investment Tribunals*, Cambridge, 2021, 13 ss.

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, ICSID, *Pildegovics e SIA North Star v. Norvegia*, n. ARB/20/11, ordinanza n. 1 (12.10.2020), par. 15.1, ai sensi del quale: «[w]ithout prejudice to Article 43(a) of the Convention, the International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2 010) (the “IBA Rules”) may guide the Tribunal and the Parties regarding document production in this case, albeit the IBA Rules shall not be regarded as being strictly legally binding on the Tribunal or the Parties». Si veda anche, più in generale, F.G. SOURGENS, K. DUGGAL, I.A. LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford, 2018, 183-185.

<sup>18</sup> Il giudice Donoghue ha fatto riferimento alle *IBA Rules* nella sua dichiarazione allegata alla sentenza di merito sul genocidio croato (*Affare dell’applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, Croazia c. Serbia*, dichiarazione del giudice Donoghue, 03.02.2015, *I.C.J. Reports*, 2015, 390, 391, par. 4-5). Alle *IBA Rules* ha fatto altresì riferimento l’Italia nella propria eccezione alla richiesta di produzione documentale da parte di Panama nel caso *Norstar* (Tribunale internazionale del diritto del mare, *Affare M/V “Norstar”, Panama c. Italia*, lettera dell’Italia dell’11.10.2017, nella disponibilità dell’autore). Sulla rilevanza delle *IBA Rules* rispetto alla produzione documentale, di veda M. MCNEILL, M.C. RYAN, *Meeting the Requirements of Article 3(3) of the IBA Rules: Recommendations for Successful Requests for Document Production*, in J.C. BETANCOURT (ed.), *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford, 2016, 174.

<sup>19</sup> INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Commentary on the Revised Text of the 2020 IBA Rules*, cit., 7.



### 3. Presupposti

La prassi suggerisce che gli organi giudicanti accolgano le richieste di *disclosure* e, quindi, ordinino l'esibizione degli elementi di prova solo in presenza di alcune condizioni tra cui, primariamente, che la parte interessata abbia svolto un tentativo in buona fede di raccolta degli elementi di prova mediante una richiesta diretta a controparte. In tal senso, la CIG ha evidenziato come la *disclosure* possa essere ordinata solo dopo che la parte interessata «seek such information [...] and] demonstrate both that this was done and that the [other party] declined or failed to respond»<sup>20</sup>.

Tale requisito è stato ben esemplificato nella controversia *Norstar* tra Panama e Italia<sup>21</sup>. Panama chiese al Tribunale internazionale del diritto del mare («TIDM») di ordinare all'Italia la produzione della documentazione relativa ai procedimenti interni che avevano portato al sequestro di una nave<sup>22</sup>. Al fine di valutare tale richiesta, il Tribunale domandò se Panama avesse già richiesto tale documentazione all'Italia attraverso canali diplomatici<sup>23</sup>, decidendo infine di non accogliere la richiesta anche per la mancanza di tale passaggio<sup>24</sup>.

Inoltre, al fine di evitare che l'intero onere probatorio gravi sulla parte resistente e, quindi, evitare un abuso di tale strumento<sup>25</sup>, la *disclosure* non potrà essere richiesta fino a che la parte attrice non abbia prodotto i propri mezzi di prova<sup>26</sup>, in modo da dimostrare almeno *prima fa-*

<sup>20</sup> *Affare Avena e altri cittadini messicani, Messico c. Stati Uniti*, 31.03.2004, I.C.J. Reports, 2004, 12, 41-42, par. 57. Si veda inoltre *Croazia c. Serbia*, cit., par. 13.

<sup>21</sup> Per un commento alla controversia, si veda C. MILES, *The MV "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, in *American Journal of International Law*, 2020, 116 ss.

<sup>22</sup> *Panama c. Italia*, cit., Memoria di Panama (11.04.2017), Parte IV (nella disponibilità dell'autore).

<sup>23</sup> *Panama c. Italia*, cit., ITLOS Report, 2018-2019, 10, 19-20, par. 27.

<sup>24</sup> *Ivi*, 38-39, parr. 95-96.

<sup>25</sup> C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 109. Sull'abuso dello strumento processuale, si vedano, *inter alia*, Y. FUKUNAGA, *Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration*, in *ICSID Review*, 2018, 181 ss.; L. TATTERSALL, A.A. KHAN, *Taking Stock: Abuse of Process within the International Court of Justice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2020, 229 ss.; C. CERTELLI, *Abuse of Process: An Impossible Dialogue Between ICJ and ICSID Tribunals?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, 47 ss.; M. LEMEY, *Incidental Proceedings before the International Court of Justice: The Fine Line between "Litigation Strategy" and "Abuse of Process"*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2021, 5 ss.

<sup>26</sup> *Argentina c. Uruguay*, cit., par. 163. Si veda anche quanto indicato da Amerasinghe, secondo cui «if the claimant does not provide any evidence at all, there is no



cie il *fumus boni iuris* della propria pretesa<sup>27</sup>. Ciò deriva dalle considerazioni secondo cui «mere suspicion never can be a basic element of juridical findings»<sup>28</sup> e sarebbe altresì in linea con l’interesse del convenuto «in having a judgment on sufficiently solidly [evidentiary] foundations»<sup>29</sup>.

Soddisfatte tali condizioni, la richiesta all’organo giudicante di ordinare la *disclosure* dovrà fornire dimostrazione che i mezzi di prova richiesti siano nella disponibilità della controparte, identificare gli stessi in modo sufficientemente dettagliato ed evidenziare la rilevanza di tali mezzi di prova per la controversia<sup>30</sup>.

Il primo requisito della richiesta deriva dall’ovvia considerazione che controparte possa fornire solo gli elementi di prova materialmente nella sua disponibilità, come già indicato nella decisione della Commissione di conciliazione italo-francese nella controversia *Société de Filature et de Tissage de Jute*<sup>31</sup> e dal regolamento di procedura del Tribunale

duty for the other party to do so» (C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 109).

<sup>27</sup> T. STIRNER, *The Procedural Law Governing Facts and Evidence in International Human Rights Proceedings*, Leiden-Boston, 2021, 398-400. *Contra*, C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 109.

<sup>28</sup> *Lehigh Valley Railroad*, cit., 419.

<sup>29</sup> R. KOLB, *The International Court of Justice*, cit., 678.

<sup>30</sup> Il requisito della rilevanza è articolato nei concetti di «relevance» e «materiality». La distinzione, pure sostenuta in dottrina (P. ASHFORD, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge, 2013, 71), non trova particolare supporto nella prassi arbitrale. Molte ordinanze sulle regole di procedura prevedono infatti che «the term “relevance” encompasses both the term “relevance” and “materiality”» (ICSID, *Churchill Mining e Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, n. ARB/12/14 e 12/40, ordinanza n. 5, 19.03.2013, par. 8. Similmente, ICSID, *United Utilities (Tallinn) BV e Aktsiaselts Tallina Vesi v. Republic of Estonia*, n. ARB/14/24, ordinanza n. 3, decisione sulla richiesta delle parti di produzione documentale, 03.05.2016, par. 14; ICSID, *BSG Resources Limited et al. v. Guinea*, caso n. ARB/14/22, ordinanza n. 7 sulle richieste di produzione documentale, 05.09.2016, par. 16; ICSID, *Lighthouse Corporation Proprietary Limited e Lighthouse Corporation Limited IBC v. Timor Est*, ordinanza n. 4, decisione sulla produzione documentale, 21.10.2016, par. 7). *Contra*, il Tribunale in A11Y ha rigettato la richiesta di produzione documentale per carenza di «materiality» (ICSID, *A11Y Ltd v. Czech Republic*, caso n. UNCT/15/1, ordinanza n. 5, decisione sulle richieste di produzione documentale del convenuto, 18.02.2016, p. 7, richiesta n. 2, e p. 9).

<sup>31</sup> Nella controversia in oggetto, la Francia aveva chiesto al Tribunale di ordinare l’esibizione di una sentenza del Tribunale di Fiume, di cui l’Italia non era in possesso poiché gli archivi di Fiume dove la decisione era depositata erano sotto il controllo della Jugoslavia (*Différend Société de Filature et de Tissage de Jute*, 03.07.1958, *Reports of International Arbitral Awards*, 13, 812). La Commissione ha accolto l’eccezione italiana

arbitrale *Rann of Kutch*<sup>32</sup>. Nello stesso senso la CIG, nel caso *El.Si.*, ha ordinato agli Stati Uniti di esibire una relazione finanziaria su richiesta dell'Italia dopo che questa aveva fornito elementi sufficienti a far ritenere che il documento fosse nella disponibilità del ricorrente<sup>33</sup>. Più recentemente, la Corte ha statuito in *Avena* che il principio dell'onere della prova «does not [...] mean that the Respondent should not co-operate in the provision of such evidence as may be in its possession»<sup>34</sup>.

Il requisito in parola è anche ampiamente applicato nella giurisprudenza arbitrale di investimenti<sup>35</sup>, dove esso può essere soddisfatto mediante presunzione. A tal fine, si è infatti ritenuto sufficiente che un documento sia «inherent to ordinary operations of government functions, and kept in the regular course of business»<sup>36</sup> per poter stabilire che esso dovrebbe essere nella disponibilità di controparte.

Il secondo requisito, relativo alla specificità della richiesta, si riferisce all'identificazione delle prove di cui si chiede l'esibizione. Esso mira a evitare che una richiesta di *disclosure* diventi una «broad “fishing expedition”»<sup>37</sup>.

L'applicazione di tale condizione trova supporto nella giurisprudenza interstatale. Nella controversia *El.Si.*, la CIG ha ordinato l'esibizione di un documento che l'Italia aveva specificamente identificato<sup>38</sup>. In *Avena*, la Corte ha ritenuto che gli Stati Uniti, per poter richiedere la collaborazione del Messico nella produzione delle prove, avrebbero dovuto «seek such information, with sufficient specificity»<sup>39</sup>. Nella già citata controversia *Norstar*, il TIDM ha ritenuto ragionevole la disponibilità

e, sul presupposto che la sentenza richiesta costituisse un elemento necessario per decidere la controversia e che il Governo francese non fosse in grado di produrre autonomamente la stessa, ha rigettato la domanda giudiziale francese (*ivi*, 813).

<sup>32</sup> *The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan (India, Pakistan)* (1968), *Reports of International Arbitral Awards*, 17, 9.

<sup>33</sup> *Affare Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), United States of America c. Italy*, Pleadings Oral Arguments, Documents, 3, 131.

<sup>34</sup> *Argentina c. Uruguay*, cit., 71, par. 163. Si veda inoltre l'*Affare del confine tra il Belgio e i Paesi Bassi, Belgio c. Paesi Bassi*, opinione dissenziente del giudice Armand-Ugon, 20.06.1959, *I.C.J. Reports*, 233, 235.

<sup>35</sup> Si veda la giurisprudenza citata in J. WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2012, 863.

<sup>36</sup> ICSID, *Grace et al. v. United Mexican States*, n. UNCT/18/4, ordinanza n. 8: decisione sulle richieste delle parti di produzione documentale, 9 ottobre 2020, *Redfern Schedule*.

<sup>37</sup> *Ivi*, 8.

<sup>38</sup> *Elettronica Sicula*, cit., 131.

<sup>39</sup> *Mexico v. United States of America*, cit., cit., 41-42, par. 57 (corsivo aggiunto).

italiana a produrre documentazione in base a una richiesta «specific and qualified»<sup>40</sup>.

Tale requisito trova altresì ampia applicazione nella prassi arbitrale degli investimenti. In *International Thunderbird Gaming*, il Tribunale ha evidenziato come il requisito della specificità debba essere «interpret[ed] narrowly, i.e., reasonably limited in time and subject-matter in view of the nature of the claims and defences advanced in the case»<sup>41</sup>. In *South American Silver*, il Tribunale ha affermato che «the Parties have the obligation to provide the information necessary to identify the documents or the specific categories of documents», escludendo che una «general description of the category of documents» fosse sufficiente a tal scopo<sup>42</sup>. In *Interocean Oil Development Company*, il Tribunale ha rigettato la richiesta di esibizione di tutta la corrispondenza rilevante per il caso<sup>43</sup> sul presupposto che tale richiesta fosse «overly broad»<sup>44</sup>. In *Nelson*, la parte convenuta ha domandato al Tribunale di ordinare all’attore di esibire «[t]he competitive tandem services model applied in the United States (in its original format) referred to at 35, of Dr. Dippon’s second expert report»<sup>45</sup>, richiesta che non è stata accolta dal Tribunale per mancanza di specificità<sup>46</sup>. Nella controversia *Glencore Finance*, la richiesta da parte del convenuto di esibire tutti i documenti interni di *Glencore* relativi ai beni oggetto della lite è stata negata sempre per mancanza di specificità<sup>47</sup>.

Il terzo e ultimo requisito, relativo alla rilevanza delle prove, attiene a una «substantive inquiry into whether the documents requested are relevant to, and in that sense necessary for, the purposes

<sup>40</sup> *Panama v. Italy*, cit., 39, par. 96.

<sup>41</sup> UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, ordinanza n. 2, 31.07.2003, par. 2(ii).

<sup>42</sup> Corte permanente di arbitrato, *South American Silver Limited c. Bolivia*, caso n. 2013-15, ordinanza n. 7 sulla produzione documentale, 21.07.2015, par. 9.

<sup>43</sup> ICSID, *Interocean Oil Development Company e Interocean Oil Exploration Company v. Nigeria*, caso n. ARB/13/20, ordine procedurale n. 3, 17.02.2016, richieste nn. 2, 6 e 8.

<sup>44</sup> *Ivi*, par. 1. Lo stesso Tribunale ha successivamente accolto una richiesta rivista in virtù del suo maggior dettaglio (ICSID, *Interocean Oil Development Company e Inter-ocean Oil Exploration Company v. Nigeria*, caso n. ARB/13/20, ordinanza n. 4, 20.04.2016, par. 3(3)).

<sup>45</sup> ICSID, *Joshua Dean Nelson v. Mexico*, caso n. UNCT/17/1, ordinanza n. 8, 09.08.2018, richiesta di produzione documentale n. 18.

<sup>46</sup> *Ivi*, par. 12.

<sup>47</sup> Corte permanente di arbitrato, *Glencore Finance (Bermuda) Limited v. State of Bolivia*, n. 2016-39, ordinanza n. 4, 27.03.2018, p. 12, richiesta n. 3, e p. 26, richiesta n. 5.

of the proceedings»<sup>48</sup> Tale analisi «must be performed on a case-by-case basis, *considering the information available at [the] early stage [of proceedings]*»<sup>49</sup>.

L'applicazione del requisito in oggetto al contenzioso interstate è desumibile dalla decisione della CIG di ordinare la produzione del documento richiesto dall'Italia nel caso *El.Si.* a seguito dell'attenta indicazione italiana della conferenza del documento alla dimostrazione dei fatti di causa<sup>50</sup>.

Esso è stato inoltre ampiamente oggetto di analisi da parte dei tribunali degli investimenti, con particolare riguardo all'applicazione di uno standard di rilevanza *prima facie*. In *United Utilities*, il Tribunale ha ordinato l'esibizione di alcuni documenti sul presupposto che fosse «in a position to assess the prima facie relevance of the documents requested»<sup>51</sup>. Allo stesso modo, in *Azurix*, il Comitato di annullamento ha confermato la decisione del Tribunale di non ordinare l'esibizione a causa dell'assenza di rilevanza<sup>52</sup>, in quanto lo stesso «[was] not satisfied that there is any justification for concluding that it was *reasonably likely* that the documents requested by Argentina» avrebbero potuto provare alcuna circostanza di fatto rilevante per la controversia<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> ICSID, *ADF Group Inc v. United State of America*, n. ARB(AF)/00/1, ordinanza n. 3 relativa alla produzione documentale, 4 ottobre 2001, par. 3. Similmente, ICSID, *Gabriel Resources Limited e Gabriel Resources (Jersey) Limited c. Romania*, caso n. ARB/15/31, ordinanza n. 10, 08.06.2018 (*Gabriel Resources*), par. 33.

<sup>49</sup> *Nelson*, cit., par. 11 (corsivo aggiunto).

<sup>50</sup> La CIG nel caso di specie concordò infatti con la considerazione del Prof. Ferrari Bravo secondo cui «it is *essential* for the Court to have before it the complete financial reports concerning ELSI as at 30 September 1967» (*Stati Uniti c. Italia*, 131; corsivo aggiunto).

<sup>51</sup> *United Utilities*, cit., 4, nota 2. Analogamente, si veda UNCITRAL, *Aven et al. c. Costa Rica*, caso n. UNCT/15/3, ordinanza n. 4, decisione sulla richiesta delle parti di produzione documentale, 01.07.2016, par. 10; *BSG Resources*, cit., par. 16; ICSID, *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, n. ARB/12/14 e ARB/12/40, ordinanza n. 18 relativa alla richiesta di produzione documentale del convenuto, 06.07.2015, par. 7; ICSID, *Lighthouse Corporation Proprietary Limited e Lighthouse Corporation Limited IBC v. Timor Est*, caso n. ARB/15/2, ordinanza n. 4: decisione sulla produzione documentale, 21.10.2016, par. 7. ICSID, *Churchill Mining Plc v., Republic of Indonesia*, n. ARB/12/14 e ARB/12/40, ordinanza n. 17 relativa alla seconda richiesta di produzione documentale dell'attore, 02.06.2015, par. 7.

<sup>52</sup> ICSID, *Azurix Corporation v. The Argentine Republic*, n. ARB/01/12, decisione sulla richiesta di annullamento, 01.10.2009, par. 198 ss.

<sup>53</sup> *Ivi*, par. 236 e 238. Similmente, ICSID, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe CA, Twenty Grand Offshore LLC, Point Marine LLC, Twenty Grand Marine Service LLC, Jackson Marine LLC, Zapata Gulf Marine Operators LLC v.*

#### 4. Difese da una richiesta di disclosure

A fronte della richiesta di parte, rivolta all’organismo giudicante, di ordinare l’esibizione di strumenti di prova a controparte, i regolamenti internazionali di procedura dispongono che le parti vengano sentite in contraddittorio<sup>54</sup>. Durante tale contraddittorio, la prassi indica l’ammissibilità di due difese.

La prima difesa è quella di eccessiva onerosità della *disclosure*. Essa è stata accolta dal TIDM nella già citata controversia *Norstar*. Nella propria reazione alla richiesta panamense di produrre tutta la documentazione dei procedimenti interni a carico dell’armatore della *Norstar*, l’Italia ne aveva lamentato l’eccessiva onerosità derivante, *inter alia*, dai molti anni trascorsi tra i fatti di causa e la decisione di Panama di iniziare il procedimento<sup>55</sup>. Il Tribunale ha implicitamente accolto tale difesa nella misura in cui ha considerato ragionevole la disponibilità italiana a dare seguito a una richiesta di produzione documentale «specific and qualified»<sup>56</sup> e ha evidenziato che le difficoltà di Panama nell’acquisizione degli strumenti probatori derivanti dal lungo periodo trascorso prima di iniziare il procedimento fossero ad essa imputabili<sup>57</sup>.

La giurisprudenza arbitrale di investimenti evidenzia come i tribunali accolgano tale difesa sulla base di una valutazione costi/benefici, ponderando il tempo e il costo della produzione dei documenti rispetto al valore probatorio atteso di questi ultimi, riservandosi, se del caso, di restringere la richiesta<sup>58</sup>.

In *Waste Management*, il convenuto aveva domandato al Tribunale di ordinare all’attore l’esibizione di «copies of all the invoices issued in

*The Bolivarian Republic Venezuela*, n. ARB/10/15, ordinanza n. 1, 29.03.2011 (*Tidewater*), par. 19. Di analogo tenore, si veda anche ICSID, *PT Ventures SGPS SA v. Capo Verde*, n. ARB/15/12, ordinanza n. 1, 30.11. 2015 (*PT Ventures*), par. 16.1.6.

<sup>54</sup> In tal senso depono l’art. 31 delle Regole di procedura della CIG, l’art. 45 delle Regole di procedura del TIDM, il combinato disposto degli art. 27 e 37 delle Regole di arbitrato ICSID e l’art. 3(5) delle *IBA Rules*.

<sup>55</sup> *Panama c. Italia*, lettera dell’Italia dell’19 settembre 2017 (nella disponibilità dell’autore), citata in *Panama c. Italia*, cit., 20, par. 29.

<sup>56</sup> *Panama c. Italia*, 39, par. 96.

<sup>57</sup> *Ivi*, 39, par. 97.

<sup>58</sup> ICSID, *Gramercy Funds Management LLC e Gramercy Peru Holdings LLC v. Republic of Peru*, n. UNCT/18/2, ordinanza n. 3, 12.07.2018, par. 29. Nello stesso senso, ICSID, *Pawlowski AG e Projekt Sever sro v. Czech Republic*, n. ARB/17/11, ordinanza n. 2, 14.08.2018, par. 27 ; ICSID, *Lion Mexico Consolidated LP v. United Mexican States*, n. ARB(AF)/15/2, ordinanza n. 8, 03.01.2019, par. 26.

the period 1994-1998»<sup>59</sup>. La richiesta è stata rigettata dal Tribunale in quanto eccessivamente onerosa, perché era «likely to include a very large number of documents all or most of which are not in dispute as such»<sup>60</sup>. In *Bilcon*, il Tribunale ha evidenziato come una valutazione relativa alla difesa dell'eccessiva onerosità avrebbe richiesto di «tak[ing] into account both the time and effort required to produce the requested documents and the prospect that these documents will have probative value»<sup>61</sup>. In *BSG Resources*, l'attore ha avanzato un'ampia richiesta di esibizione di documenti, fra i quali le prove di tutti i movimenti in entrata e in uscita dal territorio della Guinea di un amministratore della società fra il 2005 e il 2008. La Guinea ha eccepito che la produzione di tutti i documenti richiesti sarebbe stata eccessivamente onerosa. Il Tribunale ha accolto la richiesta dell'attore, ritenendo tuttavia equo circoscriverla<sup>62</sup>.

La seconda difesa rispetto a una richiesta di *disclosure* deriva da questioni di riservatezza<sup>63</sup>. Essa può scaturire da un particolare rilievo dei documenti richiesti rispetto a tematiche politiche o istituzionali, o ad altri motivi di confidenzialità di natura professionale o tecnica.

La difesa di confidenzialità a causa di un segreto militare o di Stato è stata generalmente accolta nel contenzioso interstate. Nel caso dello *Stretto di Corfù*, il Regno Unito si è opposto alla produzione di un documento invocando il segreto navale. La CIG ha evitato di trarre una deduzione contraria da tale rifiuto, accogliendo di fatto l'eccezione britannica<sup>64</sup>. In modo analogo, nel caso del *Genocidio bosniaco*, la parte attrice aveva chiesto alla Corte di ordinare alla Serbia di produrre la versione integrale di un documento che essa sosteneva essere coperto dal segreto militare<sup>65</sup>. La CIG, pur riconoscendo la propria facoltà di trarre una de-

<sup>59</sup> ICSID, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, caso n. ARB (AF)/00/3, ordinanza relativa alla produzione documentale, 01.10.2002, par. 11.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Corte permanente di arbitrato, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton e Bilcon Delaware Inc. v. Government of Canada*, n. 2009-04, ordinanza n. 8, 25.11.2009, par. 1(d).

<sup>62</sup> *BSG Resources*, cit., richiesta n. 8.

<sup>63</sup> Sul punto, si veda in generale G.A. CORTESI, *Proof and the Burden of Proof in International Investment Law*, Paris, 2022, 113 ss.

<sup>64</sup> *Affare dello Stretto di Corfù, Gran Bretagna c. Albania*, decisione sul merito, 25.03.1948, *I.C.J. Reports*, 1949, 4, 32. Analogamente, si veda l'*Affare Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgio c. Spagna)*, seconda fase, opinione separata del giudice Jessup, 05.02.1970, *I.C.J. Reports*, 1970, 161, 215.

<sup>65</sup> *Affare dell'Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, Bosnia ed Erzegovina c. Serbia e Montenegro*, 26.02.2007, *I.C.J. Reports*, 2007, 43, 128-129, par. 205.

duzione contraria dalla mancata esibizione del documento non oscurato, non ne ha ordinato la produzione<sup>66</sup>, mostrando verosimilmente un certo livello di deferenza rispetto al segreto militare.

Nell’arbitrato degli investimenti, le ragioni addotte per rifiutare l’esibizione di prove includono questioni di riservatezza politica e del c.d. *cabinet privilege*, a tutela di informazioni coperte dal segreto di Stato<sup>67</sup> e «the protection of information falling within deliberative and policy making processes at high levels of government [which] cannot function completely in the open»<sup>68</sup>. La parte che solleva questa eccezione ha l’onere di provare la fondatezza del privilegio su cui la stessa si fonda<sup>69</sup>. Se viene accertata la presenza di un segreto di Stato, la confidenzialità è assoluta e il documento non può quindi essere esibito<sup>70</sup>. In tutti gli altri casi, si tratta di una fonte di cosiddetta «confidenzialità relativa», con la duplice conseguenza che il tribunale dovrà «consider[ing] and weigh[ing] the competing public interest in disclosure [...] for the purposes of the arbitration»<sup>71</sup> e che sarà generalmente preferito un accesso limitato al documento piuttosto che la sua mancata produzione<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> *Ivi*, 129, par. 206.

<sup>67</sup> UNCITRAL, *Pope & Talbot, Inc c. Governo canadese*, decisione del Tribunale, 06.09.2000, par. 1.4.

<sup>68</sup> ICSID, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, n. UNCT/02/1, decisione del Tribunale relativa all’eccezione da parte del Canada del segreto di Stato, 08.10.2004 (*UPS*), par. 11. Si veda inoltre ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, n. ARB/05/22, ordinanza n. 2, 24.05.2006, richiesta n. 10; ICSID, *Merrill e Ring Forestry L.P. v. Canada*, n. UNCT/07/1, lodo, 21.03.2010), par. 11-12.

<sup>69</sup> *Biwater Gauff*, cit., richiesta n. 10; ICSID, *ADF Group Inc v. United States of America*, n. ARB(AF)/00/1, 06.01.2003, par. 38. Si veda inoltre Corte permanente di arbitrato, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton e Bilcon of Delaware Inc c. Governo canadese*, caso n. 2009-04, ordinanza n. 13, 11.07.2012, par. 25.

<sup>70</sup> F.G. SOURGENS, K. DUGGAL, I.A. LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, cit., 245, che rimanda a sua volta a *UPS*, cit., par. 9. In senso opposto, la *Risoluzione sull’uguaglianza delle parti* dell’Istituto di diritto internazionale dispone che «in the case of a plea of State secrecy, the tribunal shall balance the public interest in the administration of justice which supports disclosure against the public interest underlying the confidentiality of governmental communications» (*Risoluzione*, cit., art. 10(3)).

<sup>71</sup> *UPS*, cit., par. 9. Si veda inoltre *Bilcon*, cit., paragrafi 22 e 24. Nello stesso, *Risoluzione*, cit., art. 10(2).

<sup>72</sup> *Biwater Gauff*, cit., richiesta n. 10.



I tribunali arbitrali di investimento si sono spinti fino a tutelare esigenze di riservatezza di natura commerciale<sup>73</sup> e tecnica<sup>74</sup>, anche sulla base della legislazione nazionale<sup>75</sup>. In questo caso, i tribunali esercitano lo stesso bilanciamento di interessi che è proprio delle situazioni di confidenzialità relativa<sup>76</sup>.

### 5. Contenuto dell'obbligo di disclosure e conseguenze della mancata collaborazione

Una volta che l'organo giudicante ha ordinato la *disclosure*, la parte destinataria della richiesta ha l'obbligo di fare tutto ciò che può essere ragionevolmente richiesto per produrre i documenti in questione. Ciò è esemplificato nel caso *Tidewater*, in occasione del quale il Venezuela, a fronte di una richiesta di produzione documentale, ha eccepito di aver condotto alcune ricerche che avevano evidenziato l'inesistenza dei documenti richiesti<sup>77</sup>. Il Tribunale non ha accolto l'argomento venezuelano, statuendo che: «[t]he Respondent should state which sources it has so far checked and undertake a fresh search. If documents within the scope of the Claimants' request are discovered in the course of the Respondent's further investigation, the Respondent must produce copies of those documents<sup>78</sup>».

Come indicato in introduzione al presente contributo, l'inosservanza di un ordine di esibizione documentale può dare origine a una deduzione contraria da parte dell'organo giudicante, con la conseguenza che

<sup>73</sup> *EuroGas Inc*, cit., richiesta del ricorrente n. 10, p. 11; ICSID, *Mobil Investments Canada Inc e Murphy Oil Corp v. Government of Canada*, n. ARB/15/6, ordinanza n. 2, 24.11.2015, par. 1; ICSID, *Lone Pine Resources Inc. v. Government of Canada*, n. UNCT/15/2, ordinanza n. 1, 11.03.2015, par. 1; Corte permanente di arbitrato, *South American Silver Ltd v. Bolivia*, n. 2013-15, ordinanza n. 2, 01.12.2014 (*South American Silver*), par. 23.

<sup>74</sup> *South American Silver*, cit., par. 23 ss.

<sup>75</sup> *United Utilities*, cit., allegato A della decisione relativa alla richiesta del ricorrente n. 11.

<sup>76</sup> Ad esempio, *South American Silver*, cit., par. 23. Per un approfondimento ulteriore, si veda F.G. SOURGENS, K. DUGGAL, I.A. LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, cit., 251-254.

<sup>77</sup> *Tidewater*, cit., par. 17.

<sup>78</sup> *Ivi*, par. 21. In modo analogo, si vedano *BSG Resources*, cit., decisione del Tribunale sulla richiesta n. 8; ICSID, *Lopez-Goyne Family Trust et al. v. Republic of Nicaragua*, n. ARB/17/44, ordinanza n. 2, decisione sulla produzione documentale, 13.11.2020, par. 6 ss.



quest’ultimo sia autorizzato a «presum[ing] that if the [evidence] had been produced, it would have been in the other party’s favour»<sup>79</sup>.

Tale potere viene normalmente ritenuto implicito nel testo dell’art. 49 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, secondo cui «[f]ormal note shall be taken of any refusal» di esibire elementi probatori come ordinato dalla Corte. Un linguaggio simile si trova all’art. 24(3) delle *Optional Rules* della Corte permanente di arbitrato, dei regolamenti di procedura di molti tribunali istituiti in virtù dell’Allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare<sup>80</sup> e degli artt. 9(6)-(7) delle *IBA Rules*.

La *adverse inference* è stata utilizzata, o comunque menzionata, per sanzionare il mancato rispetto dell’obbligo di collaborazione nella produzione documentale anche da parte di tribunali i cui regolamenti di procedura sono silenti sul punto<sup>81</sup>.

Per esempio, il *Claims Tribunal* tra Iran e Stati Uniti ha fatto riferimento al potere di trarre deduzioni negative, nonostante l’art. 28(3) del regolamento di procedura dello stesso non disciplini la materia<sup>82</sup>. In *INA Corporation*, il Tribunale ha ordinato al convenuto di esibire il testo di regolamenti e direttive, nonché i documenti alla base di essi, relativi alle tecniche di valutazione che la *Central Insurance of Iran* aveva richiesto a un esperto di utilizzare nella valutazione del valore dell’attività del ricorrente. La delegazione iraniana non ha adempiuto a tale ordine eccedendo la composità dei documenti. Il Tribunale ha rigettato questa argomentazione, ritenendo di dover «draw[ing] negative inferences from the Respondent’s failure to submit the documents which it was ordered to

<sup>79</sup> M. POLKINGHORNE, C.B. ROSENBERG, *The Adverse Inference in ICSID Practice*, in *ICSID Review*, 2015, 743.

<sup>80</sup> Corte permanente di arbitrato, *Affare dell’incidente dell’‘Enrica Lexie’ (Italia c. India)*, caso n. 2015-28, regolamento di procedura, 19.02.2016, art. 12(4); Corte permanente di arbitrato, *Affare dei diritti degli Stati costieri nel Mar Nero, nel Mar d’Azov e nello Stretto di Kerch (Ucraina c. Federazione Russa)*, caso n. 2017-06, regolamento di procedura, 18 maggio 2017, art. 15(4); Corte permanente di arbitrato, *Affare della detenzione di navi e militari ucraini (Ucraina c. Federazione Russa)*, caso n. 2019-28, regolamento di procedura, 22 novembre 2019, art. 16(5).

<sup>81</sup> *Parker*, cit., 39, par. 7; *Kling*, cit., 581 ss., citando a supporto il caso *Edgar A. Hatton (Stati Uniti) c. Messico* (1928), *Reports of International Arbitral Awards*, 329 e 332-333.

<sup>82</sup> «If one of the parties, duly invited to produce documentary evidence, fails to do so within the established period of time, without showing sufficient cause for such failure, the arbitral tribunal may make the award on the evidence before it».

produce»<sup>83</sup>. In una situazione analoga, nel successivo caso *Fritz*, il Tribunale ha statuito in maniera ancora più chiara che «it is an accepted principle that an adverse inference may be drawn from a party's failure to submit evidence likely to be at its disposal»<sup>84</sup>. La medesima posizione è stata ribadita esplicitamente in *Levitt*<sup>85</sup> e implicitamente in *Arakel Khajetoorians et al.*<sup>86</sup>.

La prassi descritta evidenzia come gli organi giudicanti ritengano di essere titolati a trarre deduzioni negative anche in assenza di specifiche disposizioni in tal senso, sulla base della considerazione per cui «ultimate sanction for non-disclosure [of documents] is the drawing of an adverse inference against the non-disclosing party»<sup>87</sup>. Si ritiene che ciò significhi che essi considerino tale potere come implicito nella loro funzione<sup>88</sup>.

Purtroppo, la prassi relativa alle deduzioni negative è, nella migliore delle ipotesi, scarsa. Come rilevato in dottrina, la Corte permanente di giustizia internazionale non ha mai preso formalmente atto di un rifiuto di produrre elementi di prova<sup>89</sup>. La CIG ha raramente considerato la pos-

<sup>83</sup> Iran-US Claims Tribunal, *INA Corporation c. Governo iraniano*, caso n. 161, lodo n. 184-161-1, 13.08.1985, 14.

<sup>84</sup> Iran-US Claims Tribunal, *Arthur J. Fritz & Co. e Sherkate Tavonie Sherkathaye Sakhtemanie (Cooperative Society of Construction Companies) c. Governo iraniano*, caso n. 276, lodo n. 426-276-3, 30.06.1989, 15, par. 42.

<sup>85</sup> Iran-US Claims Tribunal, *William J. Levitt and Islamic Republic of Iran, Ministry of Agriculture and Natural Resources of The Islamic Republic of Iran, Moghan Agro-Industrial and Livestock Development Corp., and Bank Melli Iran*, caso n. 210, lodo n. 520-210-3, 29.08.1991, 28 ss., par. 65 ss. Il Tribunale ha preso nota del fatto che: «[t]he Respondents agree[d] that a party's failure to submit documents may warrant an adverse inference» (*ivi*, 25, par. 56).

<sup>86</sup> Iran-US Claims Tribunal, *Arakel Khajetoorians, Andranik Khachatourians, Arik Khajetoorians, Asteghik Khajetoorians c. Governo Iraniano, Ministero delle Strade e dei Trasporti, Bank Markazi Iran, Bank Bazargani Iran, Bank Tejerat, e Deutsch-Iranische Handelsbank AG*, caso n. 350, lodo n. 504-350-2, 25.01.1991, 8, par. 18.

<sup>87</sup> *Waste Management*, cit., par. 6. *Contra*, ICSID, *Glencore International AG e CI Prodeco SA v. Republic of Colombia*, n. ARB/16/6, lodo, 27.08.2019, par. 132; ICSID, *Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey*, n. ARB(AF)/07/2, 11.08.2009, par. 53.

<sup>88</sup> Sulla qualificazione di «potere implicito», si veda C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 130-138; A. FLOROU, *Adverse Inferences and Penalty Default Rules in International Investment Arbitration: A Policy Approach to the Production of Evidence*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2019, 423 ss.; J.C. WITENBERG, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, in *Recueil des Cours*, 1936, 56, 48-50.

<sup>89</sup> J.L. SIMPSON, H. FOX, *International Arbitration: Law and Practice*, London, 1959, 202.

sibilità di trarre una deduzione negativa. Si può citare in tal senso caso dello *Stretto di Corfù*, dove la Corte aveva ordinato al Regno Unito di produrre alcuni documenti<sup>90</sup>. Il ricorrente si è opposto invocando il segreto navale. La Corte ha affermato di non poter «draw[ing] from this refusal to produce the [evidence] any conclusions differing from those to which the actual events gave rise»<sup>91</sup>. Nonostante non sia chiaro se la Corte abbia accolto l’eccezione del segreto navale, se abbia deciso di non fare uso del proprio potere di «tak[ing] formal note» del rifiuto, o se abbia effettivamente preso nota di questo, ma abbia considerato che le prove a sua disposizione fossero sufficienti per ritenere provati i fatti di causa<sup>92</sup>, di rilievo è il fatto che la CIG non abbia escluso la possibilità di trarre una deduzione negativa. Similmente, nel caso *Africa sud-occidentale*, la Corte non ha tratto una deduzione negativa dalla mancata risposta da parte della parte convenuta a un quesito posto da un giudice<sup>93</sup>. Inoltre, nel già menzionato caso del *Genocidio bosniaco*, la Corte ha dichiarato che «it ha[d] not failed to note the Applicant’s suggestion that the Court may be free to draw its own conclusions», senza tuttavia trarre deduzioni negative dalla mancata produzione documentale<sup>94</sup>.

Anche nell’ambito dell’arbitrato di investimenti l’applicazione della deduzione negativa è rara<sup>95</sup>, nel senso che la maggior parte dei tribunali si astiene dal trarre deduzioni negative dalla mancata produzione dei documenti richiesti<sup>96</sup>. Ciò viene generalmente giustificato evidenziando come le prove a disposizione del tribunale siano sufficienti per decidere la controversia<sup>97</sup>, che una simile deduzione negativa non sia necessaria a causa di altre conclusioni a cui lo stesso tribunale è pervenuto<sup>98</sup>, che

<sup>90</sup> *Gran Bretagna c. Albania*, cit., 32.

<sup>91</sup> *Ibid.* (corsivo aggiunto).

<sup>92</sup> A supporto di tale ipotesi, si veda la posizione della Corte secondo cui «proof may be drawn from inferences of fact, provided that they leave no room for reasonable doubt» (ivi, 18; corsivo aggiunto).

<sup>93</sup> *Affare dell’Africa sudoccidentale*, Liberia c. Sudafrica, seconda fase, opinione dissenziente del giudice Jessup, 18.07.1966, *I.C.J. Reports*, 1966, 325, 421.

<sup>94</sup> *Bosnia C. Serbia*, cit., 129, par. 206.

<sup>95</sup> F.G. SOURGENS, K. DUGGAL, I.A. LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, cit., 195.

<sup>96</sup> Ad esempio, ICSID, *Transban Investments Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso n. ARB/12/24, 22.11.2017, par. 97-98 e 117.

<sup>97</sup> ICSID, *BayWa re renewable energy GmbH e BayWa re Asset Holding GmbH c. Spagna*, caso n. ARB/15/16, lodo, 25.01.2021, par. 466, in particolare nota 647; ICSID, *Besserglik c. Mozambico*, caso n. ARB(AF)/14/2, lodo, 28.10.2019, par. 377.

<sup>98</sup> ICSID, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited et al. v. Spain*, n. ARB/14/12, 02.08.2019, par. 473; ICSID, *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, n. ARB/11/20, 19.12.2016, par. 419.

l'esistenza dei documenti non prodotti non sia stata sufficientemente provata<sup>99</sup>, o – infine – che la deduzione che si sarebbe potuta trarre non sarebbe stata sufficiente a dimostrare un determinato fatto<sup>100</sup>. I rari casi in cui un tribunale ha effettivamente tratto una deduzione negativa sono quelli in cui tale deduzione si limitasse a corroborare fatti già dimostrati da altre prove<sup>101</sup>. Tuttavia, anche in tali casi, i tribunali fanno limitato riferimento alla possibilità di trarre deduzioni negative<sup>102</sup> e non indicano come tali deduzioni abbiano influito sulla decisione finale<sup>103</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

La prassi analizzata nel presente studio evidenzia come l'istituto della «disclosure of evidence» sia radicato nel diritto processuale internazionale. Il fatto che tale strumento sia subordinato alla dimostrazione, da parte dell'attore, del *fumus boni iuris* della propria pretesa suggerisce che esso sia complementare al principio dell'onere della prova, come strumento atto a evitare che una rigida applicazione di tale principio risulti incompatibile con i canoni del giusto processo. In questo senso, si ritiene utile evidenziare che esso ha infatti trovato statisticamente maggiore applicazione nel contenzioso degli investimenti, caratterizzato da una maggiore asimmetria nella capacità probatoria delle parti<sup>104</sup>.

La struttura della *disclosure* delineata nelle sezioni precedenti esclude inoltre una sovrapposizione di tale obbligo con la regola dell'inversione dell'onere della prova, la cui ammissibilità nel processo internazionale è ancora dibattuta<sup>105</sup>. Infatti, la *disclosure* entra in gioco

<sup>99</sup> *Glencore*, cit., paragrafi 220, 614, 694 e 856 (nota 785); ICSID, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS c. Pakistan*, caso n. ARB/13/1, lodo, 22.08.2017, par. 521; *Rompetrol*, cit., par. 186.

<sup>100</sup> ICSID, *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, n. ARB/10/14, 28.05.2013, parr.145-146 e 178.

<sup>101</sup> *Europe Cement*, cit., par. 163 ss.

<sup>102</sup> ICSID, *Rumeli Telekom AS e Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan*, n. ARB/05/16, , 21 luglio 2008, par. 438). *Contra*, ICSID, *Roussalis v. Romania*, n. ARB/06/1, 07.12.2011, par. 436.

<sup>103</sup> ICSID, *Feldman Karpa v. United Messico States*, n. ARB(AF)/99/1, 16.12.2002, par. 178.

<sup>104</sup> In tal senso, F.G. SOURGENS, K. DUGGAL, I.A. LAIRD, *Evidence in International Investment Arbitration*, cit., 11 ss.

<sup>105</sup> Nonostante la chiara posizione della CIG in materia (*Argentina c. Uruguay*, cit., 71, par. 164), la possibilità di un'inversione dell'onere della prova, almeno come «burden of evidence», è ancora oggetto di dibattito dottrinale. Si veda per tutti C. FOSTER,

quando una delle parti non abbia assolto completamente il proprio onere probatorio per un fatto a lei non imputabile, ed è specificamente finalizzato a fornire un ausilio all’attore in tal senso.

Ciononostante, tale istituto non è correlato esclusivamente al principio dell’onere della prova. Se così fosse, i documenti prodotti durante la *disclosure* integrerebbero il fascicolo processuale solo nel caso in cui venissero allegati alle memorie di una parte. Tuttavia, la prassi evidenzia come i tribunali sembrino ritenere che le prove prodotte durante tale fase processuale possano essere prese in considerazione dall’organo giudicante<sup>106</sup>. Questa circostanza suggerisce che la *disclosure* sia anche finalizzata ad assistere l’organo giudicante nella ricerca e nella determinazione della verità storica del caso<sup>107</sup>.

Su questa seconda e ulteriore valenza della *disclosure* come corollario dell’obbligo di collaborazione delle parti con l’organo giudicante si fonda il potere implicito degli organi giudicanti di trarre deduzioni negative. Questo potere, che non permette di sanzionare condotte volte a sopprimere elementi di prova non scoperti prima della chiusura del procedimento<sup>108</sup>, opera invece come uno strumento a disposizione dell’organo giudicante per aggirare le difficoltà di una parte nel ricostruire le circostanze fattuali del caso.

Gli elementi qui sommariamente riassunti sono stati trattati in maniera simile tanto nel contenzioso interstate che in quello degli investimenti, andando così a creare una certa omogeneità nelle soluzioni adottate nell’ambito di diverse giurisdizioni. Questo favorisce la prevedibilità del processo internazionale, il cui andamento non è governato da

*Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2011, 240 ss.

<sup>106</sup> *Aven*, cit., par. 13 ss.

<sup>107</sup> A supporto di tale ricostruzione, *Argentina v. Uruguay*, cit., p. 71, par. 163; *Croazia v. Serbia*, cit., 73, par. 173.

<sup>108</sup> L’affare relativo all’*Ubicazione di segnali di confine a Taba (Egitto c. Israele)* (1988) (*Reports of International Arbitral Awards*, 20) è un ottimo esempio in tal senso. Uno degli avvocati della controversia ha infatti indicato che nel corso del procedimento una delle parti aveva occultato mezzi di prova e che il tribunale non aveva potuto sanzionare tale condotta (V. SINCLAIR, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 70, 327-328, riportato in C.F. AMERASINGHE, *Evidence in International Litigation*, cit., 111). Sul punto, si vedano anche D.W. BOWETT, *The Taba Award of 29 September 1988*, in *Israel Law Review*, 1989, 429; P. WEIL, *Some Observations on the Arbitral Award in the Taba Case*, in *Israel Law Review*, 1989, 1; E. LAUTERPACHT, *The Taba Case: Some Recollections and Reflections*, in *Israel Law Review*, 1989, 443; M. REISMAN, C. SKINNER, *Fraudulent Evidence Before Public International Tribunals: The Dirty Stories of International Law*, New York, 2014, 127-162.

regole di procedura dettagliate ma da principi applicati similmente dai vari tribunali<sup>109</sup> e supporta la tesi relativa allo sviluppo di un sistema processuale comune nell'ordinamento internazionale<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> A favore di tale approccio, M. LACHS, *The Revised Procedure of the International Court of Justice*, in F. KALSHOVEN et al. (eds.), *Essays on the development of the international legal order: in memory of Haro F. van Panhuys*, Alphen aan den Rijn, 1980, 21, 47.

<sup>110</sup> C. BROWN, *A Common Law of International Adjudication*, cit.; F.G. SOURGENS, *A Nascent Common Law*, cit.

## CONCLUSIONI

Edoardo GREPPI\*

Il Convegno della nostra Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea è stato dedicato all'arbitrato internazionale.

Come ci ha insegnato Benedetto Conforti – che abbiamo ricordato, con affetto e riconoscenza, nella tavola rotonda in sua memoria – la funzione di accertamento giudiziario del diritto internazionale è in prevalenza una funzione di carattere arbitrale. L'arbitrato è, infatti, un istituto tipico dell'ordinamento della comunità internazionale, una società anorganica, orizzontale, nella quale il potere è diffuso.

Il capitolo VI della Carta delle Nazioni Unite, poi, affida all'arbitrato la soluzione con mezzi non diplomatici delle controversie tra Stati. La stessa giurisdizione della Corte internazionale di giustizia ha natura essenzialmente arbitrale, dal momento che – anche quando interviene a titolo di giurisdizione obbligatoria – lo fa in virtù della preventiva accettazione di una “clausola facoltativa di giurisdizione obbligatoria” da parte degli Stati in controversia.

Oltre ad essere oggetto di una nutrita quantità di studi nella letteratura scientifica degli internazionalisti, l'arbitrato è tradizionalmente oggetto di una parte importante dei corsi istituzionali di diritto internazionale nel suo complesso.

In molti manuali, uno spazio particolare è dedicato all'arbitrato degli *Alabama Claims*<sup>1</sup>. Si è trattato di una pietra miliare nella storia dello sviluppo di mezzi per la soluzione pacifica delle controversie internazionali. La vicenda ha visto il neonato Regno d'Italia – in persona del

\* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> *Alabama Claims of the United States of America against Great Britain*, lodo del 14 settembre 1872, in *Reports of International Arbitral Awards*, 39, 125-134. Sulla vicenda, cfr. A. COOK, *The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations*, 1865-1872, in *Cornell University Press*, 1975; T. BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 1 ss.; F. MUNARI, *L'arbitrato internazionale tra Stati Uniti e Regno Unito riguardante i cosiddetti “Alabama Claims” e il ruolo svolto da Federico Sclopis*, in F. SIMONETTI (a cura di), *Gli argenti Tiffany donati a Federico Sclopis*, Genova, 2011, 32 ss.; E. GREPPI, *Sclopis, un arbitro sabauda tra Londra e gli USA*, in *La Stampa*, 23 marzo 2012.

conte Federigo Sclopis di Salerano<sup>2</sup> – giocare un ruolo di primissimo piano. Sclopis era un giurista brillante, e uomo al vertice delle istituzioni. Professore alla Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Torino, fu uno dei padri dello Statuto albertino, ministro per gli affari ecclesiastici e di grazia e giustizia del primo governo costituzionale, deputato e senatore, presidente del Senato del Regno, presidente del contenzioso diplomatico, oltre ad avere ricoperto diversi altri incarichi istituzionali. Uomo di grande cultura storica, politica e giuridica, aveva prodotto alcuni scritti sull'arbitrato, e di questo istituto si era fatto propugnatore in diverse sedi internazionali. In ragione della sua grande autorevolezza, Sclopis fu chiamato a presiedere il tribunale arbitrale. La soluzione arbitrale della controversia tra Stati Uniti e Regno Unito evitò la guerra.

Il 14 settembre 1872 fu pronunciato il lodo, redatto dal conte Sclopis con estrema chiarezza, precisione, e rigore di argomentazione giuridica<sup>3</sup>. Solo l'arbitro inglese si astenne (e non votò contro!), ma con grande garbo e in clima di profondo rispetto per la sua posizione. EspONENTI dei governi americano e britannico ebbero espressioni lusinghiere per il ruolo del conte Sclopis.

Il lodo stabilì essenzialmente i profili della responsabilità britannica per violazione di norme consuetudinarie in materia di neutralità nell'ambito di un conflitto armato internazionale tra uno Stato (gli Stati Uniti d'America) e un governo insorto (il governo confederato del Sud), da considerare come soggetto belligerante, così contribuendo alla formazione e al consolidamento delle norme relative alla soggettività internazionale di enti non Stati. Anche la dimensione finanziaria non fu da poco: il governo di Sua Maestà britannica fu condannato a pagare 15 milioni di dollari oro dell'epoca. Per avere un'idea del valore attualizzato occorre moltiplicare per 400.

La dottrina qualifica questo arbitrato come «*le premier véritable arbitrage des temps modernes*»<sup>4</sup>, «*le premier grand arbitrage de la période contemporaine*», «*le grand précédent*»<sup>5</sup>. Non è un caso, infatti, che a det-

<sup>2</sup> Cfr. G. SAREDO, *Federigo Sclopis*, Torino 1862. Cfr. anche C. BONZO, *La personalità di Federico Sclopis nell'Affaire de l'Alabama*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2016, 273 ss. e la scheda Federigo Sclopis di Salerano nel sito web del Senato.

<sup>3</sup> United Nations, *Reports of International Arbitral Awards, Alabama claims of the United States of America against Great Britain, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871*, in *UN Reports of International Arbitral Awards*, 39, pp. 125-134, 2011.

<sup>4</sup> P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, 2009, 304.

<sup>5</sup> D. CARREAU, D. HAMANN, F. MARRELLA, *Droit international*, Paris, 2022, 56 e 709.



ta di Ian Brownlie «*[t]he salience of arbitration increased considerably after the successful Alabama Claims arbitration of 1872 between the United States and Great Britain*»<sup>6</sup>.

Si deve al successo conosciuto dall'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie se questo istituto si misura oggi con una pluralità di sistemi normativi. Proprio l'interazione tra ordinamenti diversi e le relative difficoltà di coordinamento hanno costituito l'angolo prospettico prescelto per questo Convegno. Il tema della varietà di regimi giuridici applicabili all'arbitrato ne ha caratterizzato tutte le sessioni, a partire dal *keynote speech* di Giuditta Cordero-Moss, che lo ha efficacemente introdotto evocando l'immagine pirandelliana di centomila regimi autonomi: non un'unica forma, non un unico modello di arbitrato, ma forme e soluzioni diverse che riflettono la varietà di contesti normativi in cui i meccanismi arbitrali si trovano ad operare.

La prima sessione del Convegno, presieduta da Attila Tanzi, è stata dedicata all'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie tra Stati.

Le relazioni – tutte ricche di spunti di riflessione, seppure eterogenee – avevano in comune la capacità di mettere in luce il contributo dell'arbitrato allo sviluppo del diritto internazionale. E questo contributo è stato analizzato sia con riferimento all'attuale fase dell'ordinamento, sia con uno sguardo prospettico, nell'ottica dello sviluppo progressivo dell'istituto e dei valori di cui è espressione.

La prima relazione ha offerto una panoramica delle origini e degli sviluppi dell'istituto dell'arbitrato. A fronte di una rappresentazione dell'arbitrato in termini di ascesa e declino, Maria Irene Papa ha sottolineato come l'affermarsi della giurisdizione internazionale (da intendersi come permanente) abbia portato invece a un'espansione del ricorso all'arbitrato interstatale.

Una fase di declino è stata conseguenza della sostituzione dell'arbitrato con forme più evolute di giurisdizione. È opportuno, tuttavia, guardare ai due meccanismi in una logica di complementarità, piuttosto che di competizione. Si tratta di due binari paralleli, che non sempre hanno viaggiato alla stessa velocità. E ciò è dimostrato dal fatto che, nelle fasi di minor ricorso all'arbitrato, non si è assistito a un incremento di casi sottoposti a giurisdizioni internazionali.

Abbiamo anche assistito alla proliferazione dei fori giurisdizionali, contestualmente mantenendo se non potenziando l'arbitrato. Del resto, la

<sup>6</sup> J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2019, 693.

flessibilità propria dell'arbitrato resta un fattore apprezzabile, e ha comportato una considerevole estensione degli ambiti materiali. Questo è il caso, ad esempio, dell'arbitrato di investimenti, cui è dedicata, giustamente, la seconda sessione di questo Convegno. La conclusione di Maria Irene Papa è che il ricorso all'arbitrato offre alle parti una grande possibilità di adattamento, e non l'imposizione di procedimenti rigidi.

Va poi osservato che, in contesti di pluralità di interessi storici, politici, di sicurezza, la strategia migliore non è sempre quella di un vincitore e di un soccombente. L'arbitrato permette la valorizzazione delle differenze, e di coniugare diritto e diplomazia (come ancora *Alabama* insegna). Ciò spiega anche la ragione per cui, in molti collegi arbitrali, gli arbitri appaiano più come rappresentanti dei governi che veri e propri giudici. In questo senso, le considerazioni di Gaetano Arangio Ruiz sono ancora attuali<sup>7</sup>: è bene che l'arbitrato conservi una connotazione volontaria.

Una seconda relazione ha affrontato il rapporto tra la Corte internazionale di giustizia e le corti interne, constatando che è abbastanza logico che i giudici interni guardino alla Corte in cerca di guida nell'interpretazione del diritto internazionale. Daniele Amoroso ha dato una risposta positiva all'interrogativo circa la possibilità di parlare di funzione nomofilattica della Corte, seppure con caratteri alquanto diversi da quelli relativi agli ordinamenti interni. Essenzialmente, la funzione va intesa come garanzia dell'interpretazione uniforme delle norme internazionali e delle convenzioni aperte alla partecipazione universale, avendo i giudici nazionali come destinatari principali, in un atteggiamento di dialogo e di «fertilizzazione incrociata». Si viene così a produrre, secondo Amoroso, una forma di *soft power* della Corte.

Anche Deborah Russo constata che l'istituzione della Corte internazionale di giustizia non ha condotto a un declino dell'istituto dell'arbitrato interstatale, e anzi ne ha segnato una rinnovata vitalità. In una prospettiva parzialmente diversa dalla nostra, Russo suggerisce come possa essere ridimensionata la concezione dell'arbitro come servo degli Stati: ridimensionata, senz'altro, seppur non del tutto superata. Il rapporto tra giurisdizione e diritto applicabile riflette la tensione tra le due anime dell'arbitrato interstatale moderno: quella privatistica, che riflette la concezione più antica dell'arbitrato come scelta delle parti, e quella pubblicistica, che fa emergere l'incidenza dell'arbitrato su una sfera più ampia di interessi, anche collettivi e generali della comunità internazionale. In

<sup>7</sup> G. ARANGIO-RUIZ, *Arbitrato (diritto internazionale pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 2, 975 ss.

questa prospettiva, secondo Deborah Russo, si potrebbe realizzare un'evoluzione della prassi in una direzione di maggiore sensibilità alla tutela e al perseguimento dei valori pubblici.

Marco Pertile ha affrontato i contributi della prassi arbitrale alla teoria della soggettività e, in particolare, la questione del rapporto tra governo in carica e gruppi insurrezionali nei conflitti armati non-internazionali. Si tratta delle conseguenze delle forme di controllo del territorio da parte dei gruppi insurrezionali sulle transazioni economiche che interessano gli individui residenti. Le guerre recenti vedono i gruppi insurrezionali svolgere attività amministrative che interessano stranieri o Stati terzi: basti pensare ai conflitti in Yemen, Siria e Libia. La dottrina contemporanea tende a negare che gli insorti possano svolgere attività amministrative opponibili ai terzi, ma questo atteggiamento è gravido di conseguenze nei casi in cui il governo riprenda il controllo del territorio, e ignori contratti o attività commerciali. Pertile apre alla possibilità di riconoscere agli insorti alcuni poteri temporanei di amministrazione opponibili ai terzi.

Infine, Anna Chiara Amato ha declinato il tema del contributo dell'arbitrato allo sviluppo del diritto internazionale guardando alla circolazione di regole e principi tra contenzioso interstatale e arbitrato commerciale. La sua relazione ha mostrato il carattere reciproco di questa contaminazione, illustrando la penetrazione, nell'ambito del contenzioso tra Stati, di diverse soluzioni elaborate nel contesto dell'arbitrato commerciale.

Se l'arbitrato è, *in primis*, lo strumento per la soluzione delle controversie tra Stati, nell'ordinamento internazionale ha avuto significativi sviluppi in due altri ambiti, acquisendo un ruolo di primo piano nella soluzione delle controversie in materia di investimenti e nel contenzioso transnazionale tra imprese.

La seconda sessione – presieduta da Luca Radicati di Brozolo – è stata incentrata sull'arbitrato tra Stato e individuo, nello specifico contesto dell'arbitrato in materia di investimenti. Si tratta di un settore che ha conosciuto una progressiva specializzazione, ma che ha interessato alcuni istituti fondamentali dell'ordinamento internazionale, quali i criteri di imputabilità di una condotta, le cause di esclusione dell'illecito e la quantificazione del danno in tema di responsabilità internazionale dello Stato, il trattamento («internazionale minimo») dello straniero, nonché l'incompatibilità tra i trattati, il loro campo di applicazione *ratione temporis* e l'estinzione degli stessi. Di pari passo, a seguito dell'attribuzione all'Unione di una competenza esclusiva in tema di investimenti esteri, con il Trattato di Lisbona del 2007, l'arbitrato in materia di investimenti si è confrontato con alcuni istituti e principi propri dell'ordinamento europeo.

In tal senso, basti pensare ai principi di autonomia e del primato del diritto dell'Unione europea, alla possibilità (preclusa ai tribunali arbitrali) di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, al divieto di aiuti di Stato e al diritto alla libera circolazione delle merci originarie degli Stati membri. In questo senso, l'arbitrato di investimento, con le sue peculiarità e le sue criticità, è anche la sede in cui si manifestano alcune tensioni di fondo: quelle sulle posizioni soggettive, innanzitutto, e quelle derivanti dai rapporti interordinamentali.

Queste due componenti sono in realtà strettamente correlate nelle relazioni della seconda sessione e dimostrano che l'arbitrato di investimenti costituisce un vero e proprio banco di prova in cui, alla dimensione puramente interstatale, si aggiungono le istanze di un terzo soggetto, l'investitore privato.

L'intervento di Zeno Crespi Reghizzi ha illustrato chiaramente questa duplice dimensione, segnalando l'incidenza che il diritto comunitario può assumere rispetto alla posizione soggettiva dell'investitore e, in particolare, ai suoi diritti procedurali. Ulteriori e diversi profili attinenti alle posizioni soggettive sono stati affrontati da Saverio Di Benedetto, che ha messo in luce le difficoltà di conciliare la tutela degli investimenti stranieri e le esigenze di tutela ambientale, soffermandosi sugli strumenti individuati a questo fine nella più recente prassi arbitrale.

Il tema dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e arbitrato di investimento ha costituito inevitabilmente il fattore comune degli altri interventi. Del resto, ci troviamo di fronte ad un ordinamento, quello dell'Unione europea, che della «peculiarità» ha fatto un suo tratto distintivo e che ha spesso richiesto la necessità di un coordinamento con l'ordinamento internazionale. È proprio in relazione all'arbitrato di investimento che riemergono, con nuove caratteristiche, le importanti esigenze di autonomia dell'ordinamento comunitario e di tutela delle competenze della Corte di giustizia dell'Unione. Una visione critica su queste esigenze è stata offerta dalla relazione di Antonio Crivellaro, mentre l'intervento di Chiara Cellerino ha efficacemente messo a fuoco la prospettiva seguita dalla Corte di giustizia nei casi *Achmea*<sup>8</sup> e *Komstroy*<sup>9</sup> e le ricadute sull'arbitrato intra-UE. L'incidenza del diritto dell'Unione sui rapporti internazionali instauratisi tra Stati membri si dimostra così sempre maggiore, fino a costituire un limite potenziale al *treaty-making power* degli

<sup>8</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slovacchia v. Achmea BV*.

<sup>9</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 2 settembre 2021, causa C-741/19, *Moldavia v. Komstroy LLC*.

Stati nei rapporti *inter se*, come ben evidenziato dall'intervento di Stefano Saluzzo. Nella stessa relazione, è poi emerso un ulteriore elemento di assoluto interesse, che è stato il *fil rouge* della sessione relativa all'arbitrato interstatale: mi riferisco al contributo dell'arbitrato internazionale e, segnatamente, dell'arbitrato in materia di investimenti al consolidamento e allo sviluppo di alcuni istituti del diritto internazionale generale. In tal senso, Saluzzo ha giustamente fatto riferimento all'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Appare sempre più evidente la necessità di affrontare tali questioni in una prospettiva integrata tra diritto internazionale e diritto dell'Unione, confermando un modello che ha da sempre connotato la dottrina italiana e che anche gli organizzatori del Convegno hanno voluto enfatizzare in questa sede. L'autore di queste brevi note conclusive del Convegno ha sempre – nei sei anni come membro del Consiglio Direttivo e, soprattutto, nei tre anni come Segretario Generale della nostra SIDI – sottolineato l'importanza e la necessità che questa Società scientifica si facesse portatrice, con coerenza e forza, di questo messaggio, e dei valori di cui è espressione.

In questo scenario rimane comunque un ruolo per gli Stati membri, i quali tuttavia dovranno muoversi nel perimetro del riparto di competenze tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. La relazione di Cecilia Carrara ha dimostrato che anche l'ordinamento italiano è profondamente interessato dall'arbitrato di investimenti e che la prassi italiana può certamente contribuire a fissare nuovi modelli di protezione e a individuare soluzioni per i problemi legati all'esecuzione dei lodi e al recesso dai trattati.

In un convegno dedicato all'arbitrato non poteva mancare un ampio spazio riservato all'arbitrato commerciale internazionale, che costituisce, ormai da decenni e in misura sempre crescente, lo strumento principe per la risoluzione delle controversie transnazionali tra imprese.

Se la seconda sessione è stata intitolata all'arbitrato nei rapporti tra Stato e individuo, per la terza sessione, presieduta da Ilaria Viarengo, gli organizzatori hanno scelto il titolo «L'arbitrato e i rapporti interindividuali». E tuttavia le relazioni non hanno trattato soltanto di rapporti tra privati, ma si sono anche misurate con il rapporto, talvolta complesso, tra giustizia arbitrale e ordinamenti statali.

L'effettiva autonomia dell'arbitrato internazionale dagli ordinamenti degli Stati è del resto un tema classico nelle riflessioni della dottrina e, a dispetto delle tesi più estreme, sono molteplici le occasioni di interazione tra arbitrato e giurisdizioni nazionali. La relazione di Chiara Tuo ne ha disegnato una mappa dettagliata, mostrandoci come distinte intersezioni

possano comportare un diverso atteggiarsi in concreto dei rapporti tra arbitrato e giudizi interni.

La pluralità di ordinamenti statali con i quali il procedimento arbitrale presenta connessioni, e le cui corti potrebbero essere chiamate a pronunciarsi sulla validità e sull'efficacia della clausola compromissoria, sulla validità del lodo o sul riconoscimento e sull'esecuzione dello stesso, arricchisce la complessità del quadro, spesso ponendo l'arbitro e il giudice di fronte a scelte delicate. Si pensi al tema dell'arbitrabilità, affrontato nella relazione di Caterina Benini, che può essere disciplinato in modo difforme dalla legge dello Stato di sede dell'arbitrato e dalla legge dello Stato (o degli Stati) di possibile esecuzione del lodo. Oppure si pensi alla sorte, di fronte al giudice dello Stato nel quale è richiesta l'esecuzione, del lodo annullato dalle corti dello Stato di sede, sulla quale si è soffermata, con ampie considerazioni critiche rispetto alla soluzione accolta dal legislatore italiano, la relazione di Pasquale Pirrone. E ancora, le interazioni tra giustizia arbitrale e (plurimi) ordinamenti statali analizzate da Nerina Boschiero esplorando la possibilità di ricorrere all'arbitrato per garantire l'*enforcement* degli standard di tutela dei diritti umani applicabili alle imprese transnazionali; la sua relazione ha messo in luce, tra i molti ostacoli di cui è irta la via per assicurare l'effettività di tali diritti, i rischi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni arbitrali.

Un ulteriore elemento di complessità, accanto alla pluralità degli ordinamenti statali, è dato dalla compresenza di fonti statali, internazionali e, talora, sovranazionali nella disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizioni nazionali. Diverse relazioni ne hanno dato conto, soffermandosi sul rilievo che le principali convenzioni in materia, a partire dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi, rivestono per il giudice e per l'arbitro. In una simile prospettiva, Ludovica Chiussi Curzi ha esaminato l'incidenza degli standard transnazionali di *soft law* in materia di indipendenza e imparzialità degli arbitri, ricostruendone i rapporti con le regole di diritto nazionale che disciplinano il procedimento arbitrale.

Nello spazio giudiziario europeo, infine, le interazioni tra arbitrato e giudizi interni soffrono della difficoltà di tracciare un confine netto tra procedimenti arbitrali e disciplina armonizzata dal regolamento Bruxelles I-bis, come ha ben mostrato Alberto Malatesta nella sua relazione, soffermandosi in particolare sulle incertezze conseguenti alla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La presenza di temi sottesi a molte relazioni e ricorrenti in più sessioni è segno di un programma concepito sapientemente e di un con-

vegno ben riuscito, nel quale diverse voci e prospettive hanno saputo combinarsi in modo armonico. È anche segno di un convegno felicemente riuscito, nella migliore tradizione della SIDI, che in questi due giorni, discutendo un tema specifico, si sia trattato di istituti classici e di problemi attuali del diritto internazionale, pubblico e privato, nonché del diritto dell'Unione: la soggettività, l'interpretazione e l'efficacia dei trattati internazionali, i rapporti tra ordinamenti, la funzione nomofilattica nell'ordinamento internazionale, l'autonomia dell'ordinamento dell'UE, il ruolo della Corte di giustizia, l'ordine pubblico, la presa in considerazione del diritto straniero, l'accesso alla giustizia e la tutela effettiva dei diritti umani.

Ho aperto queste mie conclusioni con un riferimento al caso degli *Alabama Claims*. Mi permetto di tornarvi in chiusura. L'arbitrato è, dunque, anzitutto lo strumento per la soluzione pacifica delle controversie internazionali, la cui finalità principale è di evitare che una disputa porti a un conflitto armato, a una guerra.

A Torino c'è un monumento al conte Sclopis, che sul basamento richiama lo storico arbitrato. E a Palazzo Madama sono esposti i grandi oggetti d'argento (di Tiffany) che i due governi, britannico e americano, avevano donato allo Sclopis e che egli consegnò subito al Museo Civico.

Nelle carte donate dalla contessa Isabella Sclopis nata Avogadro di Collobiano all'Accademia delle Scienze si trova la lettera che il 22 settembre 1872 Vittorio Emanuele II aveva scritto a Federigo, firmandosi "cugino" come era tradizione nel protocollo con i collari dell'Annunziata. Con una felice intuizione, il sovrano fa riferimento al «componimento pacifico di una causa che resterà celebre nella storia del diritto delle genti» e che «le Nazioni salutano come esempio di civiltà».

Commentando il suo ruolo nell'arbitrato *Alabama*, Federigo Sclopis si limitò a affermare: «Nell'arbitrato di Ginevra io non ebbi veruna parte preminente. Fui eletto presidente perché ero stato delegato da S.M. il Re d'Italia, che era stato il primo nominato tra i Sovrani esteri richiesti dal Trattato di Washington di nominare Arbitri. Ho lavorato di buona voglia, sì, e coscientemente, insieme con colleghi più di me valenti in un'opera di pacificazione. Dio ha voluto che si compisse felicemente; *ed ecco tutto*».

Il tribunale arbitrale presieduto da Sclopis nel 1872 aveva *soltanto* evitato una guerra potenzialmente devastante. «*Ecco tutto*», appunto!





## APPENDICE



# **SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

## **ORGANI DIRETTIVI**

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

**Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma  
del 12 aprile 1996**

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza  
Prof. Bruno Nascimbene  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesauro  
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7  
giugno 1997**

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja  
Prof. Umberto Leanza  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Giuseppe Tesauro  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998**

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase

Prof. Francesco Francioni

Prof. Giorgio Gaja

Prof. Andrea Giardina

Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

**Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999**

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase

Prof. Francesco Francioni

Prof. Andrea Giardina

Prof. Giuseppe Nesi

Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000\***

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

\* Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase  
Prof. Francesco Francioni  
Prof. Andrea Giardina  
Prof. Giuseppe Nesi  
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003**

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof. Massimo Iovane  
Prof. Giorgio Sacerdoti  
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006**

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero  
Prof. Sergio Maria Carbone  
Prof. Paola Gaeta  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009**

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Edoardo Greppi  
Prof. Laura Pineschi  
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

**Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012**

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta  
Dott. Francesco Costamagna  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Roberto Mastroianni  
Prof.ssa Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

**Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015**

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof.ssa Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma del 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento dell'8 giugno 2017

Componenti:

Prof.ssa Marina Castellaneta  
Prof. Federico Casolari  
Prof.ssa Angela Di Stasi  
Prof.ssa Alessandra Gianelli  
Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

**Consiglio direttivo per il 2018-2021 eletto dall'Assemblea di Ferrara del 6 giugno 2018**

Presidente: Prof. Fausto Pocar

Vicepresidente per il 2018-2019: Prof. Giuseppe Palmisano, eletto dall'Assemblea di Ferrara il 6 giugno 2018

Vicepresidente per il 2019-2020: Prof.ssa Susanna Cafaro, eletta dall'Assemblea di Roma il 5 giugno 2019

Componenti:

Prof.ssa Angela Di Stasi  
Prof. Pietro Gargiulo  
Prof. Francesco Munari  
Dott. Andrea Spagnolo  
Prof.ssa Francesca Clara Villata

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

**Consiglio direttivo per il 2021-2024 eletto dall'Assemblea telematica del 18 giugno 2021**

Presidente: Prof. Pasquale De Sena

Vicepresidente Prof.ssa Micaela Frulli eletta dall'Assemblea di Lecce del 24 settembre 2021

Vicepresidente: Prof. Fulvio Maria Palombino, eletto dall'Assemblea di Firenze il 9 giugno 2022

Vicepresidente: Prof. Massimo Starita, eletto dall'Assemblea di Napoli l'8 giugno 2023

Componenti:

Prof.ssa Serena Forlati  
Prof. Ivan Ingravallo  
Prof. Francesco Munari  
Prof.ssa Francesca Clara Villata  
Prof. Giovanni Zarra

Segretario Generale: Prof.ssa Angela Di Stasi



## *Pubblicazioni*

### *Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea*

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019
24. *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, (XXIV Convegno – Roma 2019), Napoli, 2020
25. *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, (XXV Convegno –

Lecce 2021), Napoli, 2022

26. *L'interesse delle generazioni future e nel Diritto internazionale e dell'Unione europea*, (XXVI Convegno – Firenze 2022), Napoli, 2023

## *Pubblicazioni*

### *SIDI Interinale*

1. Boschiero N., Bertoli P., *Verso un "ordine comunitario" del processo civile*, 2008
2. Fragola M., *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, 2012
3. De Cesari P., Frigessi di Rattalma M., *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea*, 2013
4. Di Stasi A., *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, 2018



EURO 60,00

