

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Obiettivi del presente studio e struttura del lavoro.

1. *Obiettivi del presente studio e struttura del lavoro.*

Il presente studio si pone l'obiettivo di indagare, allo scopo di individuarne i reali o presunti profili di incompatibilità, i non facili rapporti tra il diritto dell'Unione europea e i trattati bilaterali in materia di investimenti («BITs»), conclusi dagli Stati membri – tra loro («BITs *intra*-UE») o con Stati terzi («BITs *extra*-UE) – prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), che attribuì all'organizzazione europea, nell'ambito della sua politica commerciale comune, una competenza esclusiva espressa (interna ed esterna) con riferimento agli investimenti esteri diretti (artt. 206-207 TFUE).

L'argomento, oltre che di grande attualità, appare di notevole interesse per lo studioso del diritto internazionale ed europeo sotto molteplici profili, che ne definiscono, al contempo, l'elevato grado di complessità, essendo in gioco le interazioni tra ordinamenti giuridici diversi (diritto internazionale, diritto dell'Unione europea, diritti nazionali) e tra fonti del medesimo ordinamento (per quanto riguarda l'Unione europea e i suoi Stati membri, TUE e TFUE, trattati internazionali, diritto derivato, diritto nazionale, mentre per quanto riguarda gli Stati terzi, trattati e diritto interno), così come tra organi di ordinamenti diversi (giudici di Lussemburgo, giudici degli Stati membri, giudici di Stati terzi, arbitri internazionali) e tra organi del medesimo ordinamento, sia politici (nell'Unione europea, Parlamento europeo, Commissione e Consiglio dell'Unione e, negli Stati membri, governi e Parlamenti nazionali) che giudiziari (nell'Unione europea, giudici di Lussemburgo, giudici degli Stati membri). La pluralità di soggetti chiamati nel corso del tempo, in base alla loro funzione, a prendere posizione in merito, ha dato vita, come si vedrà, ad uno «spettacolo a più voci», tra loro non coordinate, in quanto ciascun «attore» ha seguito (e segue) un «copione» scritto secondo le regole dell'ordina-

mento di riferimento, talvolta senza rispettarne integralmente la «grammatica», nel perseguimento di considerazioni di ordine più sistemico che giuridico in senso stretto.

D'altra parte, la presente analisi non potrà – e non vuole – restare confinata ai rapporti tra il diritto dell'Unione europea e i BITs, in quanto questi ultimi, nonostante abbiano ancora oggi notevole importanza, non sono più da tempo gli unici strumenti cui gli Stati si affidano per disciplinare gli investimenti transfrontalieri, essendo ormai sempre più numerose in questo settore altre fonti di «hard law» (si pensi ai trattati regionali e macroregionali) e «soft law» (si pensi, ad esempio, alle Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment della World Bank). E proprio il carattere di questa «rete» di norme costituisce uno dei limiti insiti nella presente ricerca, considerate le difficoltà di trattare questa molteplicità di fonti, cercando di individuarne elementi comuni, oltre che di accertarne i rapporti, così come la loro applicazione concreta, in un contesto spesso caratterizzato da un'intrinseca riservatezza.

Dai risultati dell'analisi del contenuto dei BITs e degli altri strumenti in materia di investimenti, così come delle competenze dell'Unione europea *pre* e *post* Lisbona rilevanti per gli investimenti transfrontalieri e dei trattati stipulati dall'organizzazione europea nel corso del tempo aventi ad oggetto (anche) tali investimenti, si cercherà di identificare, senza alcuna pretesa di esaustività, i principali «punti fermi» di cui – allo stato – deve tenere conto l'Unione europea nell'esercizio della nuova competenza creata dal trattato di Lisbona.

D'altronde, l'analisi del tema oggetto del presente lavoro non può che partire dalla constatazione della differenza genetica e ontologica del diritto internazionale degli investimenti rispetto al diritto dell'Unione europea, oltre che dell'assenza nel primo (come del resto, nell'ordinamento internazionale in genere, pur senza trascurare il ruolo primario – ma non esclusivo – assegnato alla Corte internazionale di giustizia) di un organo di ultima istanza, qual è, invece, la Corte di giustizia all'interno del sistema unionale, in grado di interpretare il diritto dell'Unione in modo vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri. A ciò si aggiunga che i due sistemi (anche se il termine «sistema» riferito ai BITs e al diritto degli investimenti in generale è certamente improprio, trattandosi di migliaia di accordi internazionali, che trovano un loro sistema di riferimento soltanto nel diritto internazionale in quanto tale, come codificato, per quanto qui rileva, dalla convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969) hanno vissuto in parallelo per oltre cinquant'anni, prima di scontrarsi per effetto dell'attribuzione all'Unione europea della predetta competenza in materia di investimenti. Uno scontro, peraltro, non certamente presagito nella sua *vis destruens* dagli Stati membri al tempo della firma del

trattato di Lisbona e neppure temperato dalla previsione di un periodo transitorio di adattamento com'era stato, invece, proprio in relazione alla politica commerciale comune alle origini della costruzione europea.

A ben vedere, non è neppure vero che, prima del trattato di Lisbona, gli investimenti transfrontalieri sfuggissero integralmente all'azione dell'allora Comunità europea, in quanto le singole previsioni dei BITs potevano, in qualche misura, rientrare nell'ambito di applicazione di specifiche disposizioni del TCE, come evidenziato dalla Commissione nei procedimenti di infrazione promossi nei confronti di Austria, Finlandia e Svezia (cause C-205/06, C-249/06 e C-118/07, 2009), per incompatibilità delle disposizioni sul libero trasferimento dei capitali contenute in numerosi BITs *extra*-UE di cui le stesse erano parti rispetto alle norme sulla circolazione dei capitali del TCE. Si trattava, però, di una competenza frammentata che la stessa Commissione non aveva mai voluto esercitare in modo così incisivo da entrare anche solo in parte in conflitto con la prassi dei BITs, lasciando agli Stati membri ogni più ampio spazio di manovra in materia. D'altra parte, i medesimi trattati conclusi dall'organizzazione europea e dai suoi Stati membri con Stati terzi prima del trattato di Lisbona contengono soltanto generiche e programmatiche clausole concernenti gli investimenti internazionali.

Se i possibili «attriti» tra il diritto dell'Unione europea e i BITs *extra*-UE possono essere evitati con modifiche degli accordi esistenti e con particolare attenzione alla negoziazione di quelli nuovi, previa autorizzazione della Commissione, trattandosi di una competenza esclusiva, come previsto dal regolamento (UE) n. 1219/2012, la contrapposizione tra diritto dell'Unione europea e BITs *intra*-UE non è stata ritenuta, al contrario, sanabile dalle istituzioni europee e ciò nonostante il diverso approccio alla questione dei tribunali arbitrali istituiti sulla base di tali accordi. Sin dal lodo *Eastern Sugar* (2007), infatti, i tribunali arbitrali dinanzi ai quali sono state sollevate eccezioni volte a neutralizzare l'applicazione di BITs conclusi tra Stati membri (e, *in primis*, della stessa clausola arbitrale ritenuta non compatibile con il sistema di soluzione delle controversie di cui agli artt. 267 e 344 TFUE) hanno costantemente confermato la propria competenza, rilevando, in particolare, che, ai sensi della convenzione di Vienna del 1969, il mutamento del diritto dell'Unione successivo all'entrata in vigore di tali trattati non può pregiudicarne l'applicabilità. Posizione questa che appare, del resto, del tutto coerente con la stessa *ratio* sottesa ai BITs, i quali si pongono «al di fuori» delle giurisdizioni nazionali (e, quindi, anche della giurisdizione dell'Unione che ne è parte integrante), le quali, essendo asseritamente responsabili delle violazioni lamentate dagli investitori, non possono «autovalutarne» le istanze.

Lo scontro, dunque, tra il diritto dell'Unione europea e i BITs (e non solo i BITs) – che il presente lavoro intende indagare – è, in linea di principio, uno scontro tra sistemi (diritto internazionale pubblico-diritto dell'Unione europea), nel senso sopra indicato, e tra i loro rispettivi «sacerdoti».

Non stupisce, pertanto, che chiamata a pronunciarsi dal Bundesgerichtshof nel caso *Achmea* (causa C-284/16, 2018), la Corte di giustizia abbia sancito l'incompatibilità dei BITS *intra*-UE con i predetti artt. 267 e 344 TFUE, posizione poi ribadita nel caso *PL Holdings* (causa C-109/20, 2021) ed estesa con la sentenza *Komstroy* (causa C-741/19, 2022) – peraltro, in una fattispecie del tutto estranea, se non per il giudice del rinvio, al contesto unionale – anche al trattato sulla Carta dell'energia («ECT»), il più importante accordo multilaterale settoriale sulla promozione e la protezione degli investimenti, sul quale il presente lavoro si soffermerà in modo particolare.

Del resto, a ben vedere, *Achmea* rappresenta una declinazione – pur in diverso ambito – dell'atteggiamento di chiusura verso altri organi giudiziari o quasi-giudiziari, a protezione del «sistema» europeo, che ha sino ad oggi impedito l'adesione dell'Unione alla convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali del 1950 («CEDU»), pur espressamente prevista dall'art. 6 TUE, come riformato dal trattato di Amsterdam. Com'è noto, infatti, nel parere 2/13 (2014), i giudici di Lussemburgo ribadirono che un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni europee, compresa la stessa Corte, non è in linea di principio incompatibile con il diritto dell'Unione, purché in tal modo non vengano pregiudicate l'autonomia dell'ordinamento giuridico della stessa, ossia, in particolare non si imponga alla Corte un'interpretazione determinata di tale diritto. Dall'altra parte, non può essere consentito agli Stati membri di mettere in dubbio, tramite un accordo internazionale, la reciproca fiducia circa la corretta applicazione da parte degli stessi del diritto dell'Unione, né di risolvere eventuali controversie attinenti all'ambito di applicazione di quest'ultimo in una sede diversa da quelle previste dai trattati istitutivi, in violazione dell'art. 344 TFUE.

Come si vede, già nel parere 2/13 si trovano *in nuce* i principi che i giudici di Lussemburgo avrebbero applicato anni più tardi in *Achmea* e *Komstroy*, sentenze queste che – nonostante la costante opposizione al ragionamento nelle stesse contenuto da parte dei tribunali arbitrali (con poche eccezioni, la più nota delle quali è legata al caso *Green Power*, 2022) e dei giudici degli Stati terzi, chiamati, rispettivamente, a decidere nuovi contenziosi *intra*-UE e a riconoscere e dare esecuzione ai lodi pronunciati in controversie tra Stati membri dell'Unione – hanno avuto l'effetto dirompente di spingere tutti gli Stati mem-

bri a decidere l'estinzione dei propri BITs *intra*-UE con apposito accordo multilaterale (2020) e molti Stati membri, assieme all'UE e alla CEEA, a recedere dall'ECT (2024), oltre che un'influenza determinante sul progressivo abbandono, da parte della stessa Unione e dei suoi Stati membri, del consolidato modello di soluzione delle controversie previsto dai BITs a favore di corti in grado di assicurare il rispetto del diritto europeo, in attesa della creazione della futura (auspicata) Corte multilaterale degli investimenti.

Tenuto conto che, come si è detto in precedenza, oggetto della presente indagine sono due sistemi normativi in conflitto e che il suo obiettivo è di comprendere quali siano le principali ragioni di attrito tra gli stessi e come queste possano essere (eventualmente) risolte, si è ritenuto opportuno suddividere il lavoro in due Parti, la prima dedicata al diritto internazionale degli investimenti e la seconda al diritto dell'Unione europea, all'interno e in base al quale il conflitto si è generato. Ciascuna delle due Parti è, a sua volta, suddivisa in due Capitoli.

