



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

27

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

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*¹, 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-UE².

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.

¹ Corte di giustizia UE, *Republic of Slovakia v. Achmea BV*, 6 marzo 2018, c. 284/16, ECLI:EU:2018:158.

² 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 diretti³.

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 europea⁴.

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-

³ 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.

⁴ 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*⁵.

Il passaggio sul consenso alla procedura arbitrale, divenuto “privo di oggetto”, non è certo un esempio di chiarezza concettuale⁶. 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 UE⁷. 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»⁸.

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-

⁵ 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.

⁶ 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).

⁷ Corte di giustizia UE, *Poland v. contro PL Holdings Sàrl*, 26 ottobre 2021, c.109/20, ECLI:EU:C:2021:875, 48.

⁸ *Ivi*, 50.

UE (pur se inserite in un accordo multilaterale come nel caso dell'art. 26 TCE)⁹, il Tribunale ha concluso per l'assenza di una offerta unilaterale all'arbitrato da parte dello Stato convenuto che l'investitore avrebbe potuto accettare¹⁰.

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 CVDT¹¹. 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 tassative¹². 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

⁹ *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Spain*, SCC (2016/135), lodo del 16 giugno 2022, par. 166-172.

¹⁰ *Ivi*, par. 477.

¹¹ 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.

¹² 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 primato¹³. 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

¹³ 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 interno¹⁴. 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 regola¹⁵. 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 interno¹⁶, 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 costituzionali¹⁷. Vi rientre-

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 seconde¹⁸. Altra parte della dottrina si è invece espressa nel senso di intendere il rinvio come operante tanto per le norme procedurali quanto per quelle sostanziali¹⁹. 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 sovranazionali²⁰. 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, 676th Meeting, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. I, 14.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 effettiva²¹, 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. 46²². 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 internazionali²³. 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'Unione²⁴.

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. 46²⁵. 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 convenzionale²⁶. È vero che, secondo

²¹ In questo senso E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2023, 158-160.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ V. già Corte di giustizia UE, *Saint Gobain v. Finanzamt Aachen-Innerstadt*, c. 307/97, EUCL:EU:C:1999:438, 57; Corte di giustizia UE, *Gottardo v. INPS*, c. 55/00, ECLI:EU:C:2002:16, p.ti 33-34.

²⁵ 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.

²⁶ 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 consenso²⁷. 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 arbitrale²⁸.

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»²⁹.

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 pronunce³⁰. 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».

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ Corte di giustizia UE, *PL Holding*, *cit.*, 47.

³⁰ 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 arbitrali³¹.

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)³². 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-

³¹ 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.

³² 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'Unione³³. 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 arbitrale³⁴.

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 costituzionale³⁵. Più complessi sono, invece, due profili legati applicazione dell'art. 46 rispetto all'offerta arbitrale: la natura manifesta della violazione e il carattere originario del vizio del consenso sottostante.

³³ Potendo persino travolgere gli effetti delle *sunset clauses*, che estendono l'efficacia dell'offerta arbitrale oltre il momento di estinzione del trattato.

³⁴ 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.

³⁵ 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 internazionale³⁶. 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 portata³⁷. 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 diligenza³⁸. 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 statali³⁹. Lo stesso deve dirsi quando i vincoli sulla competenza a stipulare costituiscano fatto notorio⁴⁰.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Cfr. T. RENSMANN, *Article 46, cit.*, p. 791.

³⁹ 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.

⁴⁰ Sul punto v. le considerazioni espresse da S. ROSENNE in CDI, 676th 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 Vienna⁴¹. 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 contraenti⁴². 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»⁴³.

Law Commission, 1963, vol. II, 46, secondo il quale il carattere manifesto della violazione potrebbe emergere anche dalla stessa natura del trattato.

⁴¹ 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.

⁴² Così R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Ginevra, 2000, 245-246.

⁴³ *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 appartenenza⁴⁴. 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'investimento⁴⁵, 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 arbitrare 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»⁴⁶.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ A. ROBERTS, *Triangular treaties: the nature and limits of investment treaty rights*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, 353 ss.

⁴⁶ *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'UE⁴⁷.

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.

⁴⁷ 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 CVDT⁴⁸.

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*⁴⁹. 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 futuri⁵⁰. Questo elemento risulta di assoluta

⁴⁸ T. RENSMANN, *Article 46*, cit., p. 783-784.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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 prestata⁵¹. 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)»⁵².

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 internazionale⁵³.

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).

⁵¹ *Eskosol v. Italia*, cit., par. 57.

⁵² *Ivi*, par. 199.

⁵³ 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 giurisdizione⁵⁴. L'argomento troverebbe sostegno anche nella separabilità delle clausole arbitrali rispetto al trattato nel suo complesso⁵⁵. 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 pattizi⁵⁶.

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

⁵⁴ *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.

⁵⁵ C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, 260.

⁵⁶ 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»⁵⁷. 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 interno⁵⁸. Arrivare a questo risultato richiederebbe una finzione giuridica che, se ancora ammissibile nel contesto dei rapporti intra-

⁵⁷ *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, 265.

⁵⁸ 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-negoziabile; 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 nazionale⁵⁹.

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'Unione⁶⁰. Questa sem-

⁵⁹ 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.

⁶⁰ V. ancora A. MIGLIO, *Integrazione differenziata*, cit., p. 179.

bra essere la strada tracciata dalla Corte in *Komstroy*⁶¹ e, per il momento, seguita nel lodo *Green Power v. Spain*⁶².

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.

⁶¹ 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».

⁶² 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.