

Stefano Battini

**LA GRANDE AVVENTURA DELLA
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA,
OLTRE LO STATO: IL CASO
DELL'ARBITRATO
INTERNAZIONALE IN MATERIA DI
INVESTIMENTI**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LA GRANDE AVVENTURA DELLA GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA, OLTRE LO STATO:
IL CASO DELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE
IN MATERIA DI INVESTIMENTI

STEFANO BATTINI

SOMMARIO: 1. Mantellini, la globalizzazione e le controversie transnazionali di diritto pubblico. — 2. La prospettiva neo-liberale: la giustizia privata. — 3. La prospettiva neo-statalista: la giustizia domestica. — 4. La prospettiva sovranazionale: la giustizia amministrativa globale. — 4.1. L'abbandono degli arbitrati sugli investimenti intra/UE. — 4.2. L'abbandono dell'arbitrato sugli investimenti negli accordi fra singoli Stati UE e paesi terzi. — 4.3. La sostituzione della giustizia privata con la giustizia amministrativa. — 5. Conclusioni.

1. «Il governo, come governo o potere, non può tradursi in giudizio a rendere conto dei suoi atti o delle sue omissioni, a rispondere di quanto fa o non fa, *jure imperii* [...] Contro il provvedimento o l'omissione di provvedere da parte del governo, come potere politico, le leggi consentono al governato il ricorso alle superiori autorità [...] mentre il codice civile è muto di regole, delle quali possa chiedersi in giudizio l'applicazione».

Queste parole risalgono al 1878 e appartengono al primo avvocato generale del Regno d'Italia, Giuseppe Mantellini ⁽¹⁾. Una buona parte della storia del diritto amministrativo nazionale, quello cioè legato alla dimensione dello Stato, racconta del progressivo superamento di simili tesi, attraverso un percorso che ha condotto a sottoporre al diritto e al giudice anche quelle che Mantellini definiva controversie politiche, che oggi si chiamano *regulatory disputes* e che, in generale, sono le controversie di diritto pubblico. Il criterio stesso del diritto amministrativo

⁽¹⁾ G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878, 49.

è andato, come noto, costruendosi intorno al trattamento giuridico di tali controversie. La formazione di un diritto speciale per i rapporti di diritto pubblico e di un giudice speciale per le controversie di diritto pubblico; la misura di questa specialità e la sua giustificazione; la possibile applicazione del diritto comune all'esercizio dello *jus imperii*; i criteri di assegnazione delle controversie di diritto pubblico al giudice speciale o al giudice ordinario; la misura della deferenza o interferenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa; l'alternativa fra dualismo o monismo giurisdizionale, o il superamento dell'alternativa stessa ⁽²⁾. Tutto ciò ha rappresentato e rappresenta il filo conduttore del dibattito scientifico e culturale del diritto amministrativo all'interno dello Stato nazionale.

La scienza giuspubblicistica tende però a sottovalutare l'importanza di quegli stessi temi oltre i confini dello Stato. Quando le controversie di diritto pubblico insorgono fuori dello Stato, infatti, non vi è sempre piena consapevolezza della loro natura. Non è sempre chiara la percezione che il trattamento giuridico di esse è parte integrante della vicenda generale del diritto amministrativo. Eppure tale vicenda prosegue, con tratti diversi, anche in un mutato contesto spazio-temporale, caratterizzato dall'interdipendenza degli Stati nazionali e dall'impatto extraterritoriale del loro *jus imperii*, come lo chiamava Mantellini, oppure del loro *right to regulate*, come viene invece comunemente definito oggi.

Ai tempi di Mantellini, il conflitto fra il polo dell'autorità — lo *jus imperii* o il *right to regulate* — e quello della libertà individuale era difatti essenzialmente circoscritto entro i confini dello Stato. Una autorità espressione della comunità politica nazionale, da una parte, si confrontava con la libertà di singole componenti di quella medesima comunità, dall'altra. Nel 1895, Otto Mayer scriveva che lo Stato non

⁽²⁾ Sulla concezione di un giudice amministrativo che concorre con altri giudici all'esercizio di una funzione giurisdizionale unitaria e che applica un diritto sempre più ricco di principi generali (quali la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento e della buona fede), che sarebbe faticoso assegnare all'uno o all'altro campo della tradizionale dicotomia fra diritto pubblico e privato, si vedano le recenti riflessioni di F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, 12 Febbraio 2019 (ove in particolare si osserva, sulla scorta di una «lettura unificante delle varie norme costituzionali in materia di giurisdizione», proposta dalla dottrina più avvertita, che «il nostro sistema — pur non prevedendo un unico giudice, preved[e] un'unica funzione giurisdizionale distribuita su più magistrature»).

pretende che eccezionalmente di esercitare la propria autorità nella sfera del territorio straniero ⁽³⁾.

Ai tempi della globalizzazione, invece, il conflitto fra autorità e libertà supera i confini del singolo Stato e presenta molto spesso un elemento di transnazionalità. Ogni Stato amministra il resto del mondo ⁽⁴⁾, nel senso che il suo *jus imperii*, o il suo *right to regulate*, colpisce interessi localizzati, potenzialmente, in ogni territorio, trasformando in regola l'eccezione di Mayer. E poiché l'esercizio del *right to regulate* degli Stati dà luogo a controversie, si moltiplicano le controversie transnazionali di diritto pubblico. Sono transnazionali, e non internazionali, perché non intercorrono fra Stati, ma fra uno Stato e un soggetto privato (straniero). Sono controversie di diritto pubblico, perché non intercorrono fra privati, o fra il privato e uno Stato (straniero) che agisce *jure privatorum*, ma hanno ad oggetto l'esercizio del potere pubblico da parte di uno Stato nel proprio territorio, appunto il *right to regulate*.

Lo sviluppo di controversie transnazionali di diritto pubblico rende insufficiente e incompleto l'edificio della *Rule of Law*, anche nei territori e negli Stati in cui questa è maggiormente consolidata. Si tratta di un *deficit* strutturale, collegato alla dimensione nazionale, in cui le garanzie del diritto amministrativo rischiano di restare imprigionate. In uno spazio integrato, la libertà dei singoli è esposta ad un diritto che varia secondo i contesti nazionali, limitando con maggiore o minore intensità lo *jus imperii* esercitato nei confronti di imprese straniere: donde l'esigenza di *standard* minimi di protezione, che siano almeno tendenzialmente opponibili a qualsiasi regolatore domestico. Inoltre, per le controversie fra Stati e operatori di altri Stati, il requisito dell'indipendenza e terzietà del giudice cambia natura. Se si assume un punto di vista esterno allo Stato, il principio di separazione dei poteri, assicurato solo all'interno dello Stato stesso, è garanzia necessaria, ma non sempre sufficiente. Di qui l'esigenza di una indipendenza qualificata del giudice, di una più effettiva neutralità del foro, che appaia

⁽³⁾ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-1896. Nell'edizione francese (*Le droit administratif allemand*, Paris, Giard-Brière Editeurs, 1906) si cfr. § 62, (*Le droit administratif international*), 354: «notre Etat ne prétend que par exception à exercer son autorité dans la sphère du territoire étranger».

⁽⁴⁾ Per una giustificazione e un approfondimento di questa affermazione, sia consentito il rinvio a S. BATTINI, *Globalizzazione e amministrazione: una trasformazione costituzionale*, in *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, il Mulino, 2016, 55 ss.

terzo anche a coloro che si collocano al di fuori della comunità politica nazionale nel cui apparato istituzionale il giudice stesso è inserito ⁽⁵⁾.

È per colmare queste deficienze e lacune, e adattarsi al mutato contesto di interdipendenza, che il diritto amministrativo, per così dire, si è rivolto al diritto internazionale, per ottenere assistenza attraverso gli strumenti di questo: trattati bilaterali e multilaterali, che proiettano le garanzie amministrative oltre il territorio del singolo Stato; giudici e arbitri internazionali, almeno parzialmente sottratti alla presa dell'ordinamento dello Stato parte della controversia. Si osserva dunque un percorso di globalizzazione del diritto amministrativo, grazie al quale la *Rule of Law* può continuare ad assolvere all'antica funzione, adattandosi però al nuovo contesto. Lo sviluppo di un *Global Administrative Law*, lungi dal rappresentare una minaccia per la *Rule of Law*, è condizione per la sopravvivenza di questa in un contesto di interdipendenza economica e sociale ⁽⁶⁾.

Questo scritto vuole contribuire ad accrescere la consapevolezza della rilevanza della prospettiva del diritto amministrativo nel contesto ultrastatale, muovendo dal settore della protezione degli investimenti ⁽⁷⁾. In particolare, l'arbitrato internazionale sugli investimenti

⁽⁵⁾ Sul collegamento fra interdipendenza (fra Stati) e indipendenza (dagli Stati), ho sviluppato una riflessione più approfondita, cui mi permetto di rinviare, in S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 947 ss.

⁽⁶⁾ Sull'emergere di un diritto amministrativo globale la letteratura di riferimento è ormai troppo cospicua per essere sintetizzata. Si veda almeno *Research Handbook on Global Administrative Law*, a cura di S. Cassese, London, Edward Elgar, 2016.

⁽⁷⁾ Naturalmente tale consapevolezza è già piena nella scienza giuridica più avvertita, che esamina il fenomeno del *judicial review* del potere pubblico nelle diverse dimensioni in cui esso si manifesta, sul piano internazionale come domestico, costituzionale come amministrativo. Si cfr. al riguardo D. LUSTIG e J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world - Retrospective and prospective*, in 16 *International Journal of Constitutional Law* 2 (2018), 315 ss., in particolare 326: «At this international level, the most striking phenomenon of international tribunals' involvement in judicial review of state action — legislative and administrative — may be found in the investment arbitration universe [...] One should not be distracted by the notion of "investment" tribunals. The subject matter of these disputes do not concern only expropriation. At the center of many is the social and regulatory state affecting the environment, water supplies, the interdiction of noxious materials — in other words socially sensitive and intensive cases. [...] And investment tribunals do exercise de facto judicial review over public policies of states; their decisions diminish the local public space and local perceptions of the public interest. It would be hard to explain the very significant current pushback against investor state dispute settlement (ISDS) if this

spesso non è considerato dagli studiosi del diritto amministrativo, pur avveduti, un tema cardine della propria disciplina, come invece è certamente considerato quello dell'ambito della giurisdizione del giudice speciale, oppure quello della profondità del suo sindacato nelle controversie di diritto pubblico. Eppure, l'arbitrato internazionale sugli investimenti solleva esattamente gli stessi problemi, sia pur declinati in un diverso e più ampio contesto. L'istituto vive attualmente una crisi di identità ⁽⁸⁾. Ciò anche per ragioni non dissimili da quelle che spingevano Mantellini ad escludere il sindacato del giudice sulle controversie politiche. Il rischio che la sovranità statale sia minacciata da giudici privati, non legittimati democraticamente, ha innescato proposte di modifica radicale o, addirittura, di rifiuto dell'arbitrato. Si è acceso in proposito un interessante dibattito politico e scientifico. In questo scritto si proverà a ricostruire i termini di tale dibattito, riconducendolo, forse con qualche analogia un poco forzata, alle categorie concettuali, e alle soluzioni istituzionali, affermatesi nel diritto amministrativo interno, come risposta ai medesimi problemi.

2. Si dice che l'arbitrato internazionale in materia di investimenti ⁽⁹⁾ sia nato, nel 1968, da madre internazionalista e padre privatista. Prima della sua nascita, alla funzione di proteggere l'investitore straniero dalle decisioni arbitrarie dello Stato ospite provvedeva la madre, cioè la protezione diplomatica. L'investitore straniero, pregiudicato da una azione illecita dello Stato ospite, aveva due possibilità: rivolgersi ai tribunali interni di quest'ultimo, oppure al proprio Stato, affinché questo ne assumesse la protezione diplomatica, trasferendo così la controversia transnazionale dal piano delle relazioni domestiche a quello delle relazioni internazionali fra Stati. Che sono

were not so. To some extent the proceedings before investment arbitration tribunals mirror the rationale for judicial review: the individual private actor is the powerful actor that enjoys the protection of its home state through the vehicle of the bilateral investment treaty (BIT) while the host state may find itself in a disempowered position».

⁽⁸⁾ Si cfr. G.A. BERMANN, *European Union Law and International Arbitration at a Crossroads*, in 42 *Fordham International Law Journal* (2019), 967 ss., 979: «It is no secret that the international arbitration world, and the international investment arbitration world in particular, is caught up these days in serious soul-searching».

⁽⁹⁾ In generale sul tema R. DOLZER e C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2012; M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

poi gli unici due piani riconosciuti in uno spazio giuridico ricostruito secondo la visione dualistica allora dominante ⁽¹⁰⁾. Tale assetto non è attrattivo per l'investimento estero. I tribunali interni dello Stato ospite non sono una sede sufficientemente neutrale e presentano altri inconvenienti ⁽¹¹⁾. L'esercizio dell'azione diplomatica presuppone il previo esaurimento dei rimedi interni. L'investitore non ha la certezza che il proprio Stato eserciti la protezione in suo favore, essendo tale decisione discrezionale e subordinata a valutazioni di ordine politico. Ove pure lo Stato ottenga un risarcimento, non è tenuto a corrisponderlo interamente all'investitore. Più in generale, la risoluzione di una controversia giuridica fra Stato e singolo viene ad essere subordinata all'assetto delle relazioni politiche fra Stati, su cui la prima influisce e da cui viene condizionata.

L'arbitrato internazionale sugli investimenti è sfuggito a questi inconvenienti grazie al patrimonio genetico del padre, cioè dell'arbitrato commerciale internazionale. Questo riguarda controversie transnazionali di diritto privato e si basa sulla volontà, manifestata dalle parti della controversia stessa, di devolverne la risoluzione ad arbitri indipendenti, nominati sempre dalle parti, su base paritaria ⁽¹²⁾. A partire dal trattato bilaterale di investimento stipulato da Olanda e

⁽¹⁰⁾ T.J. FEIGHERY, *Investor-State Arbitration and Human Rights*, in 21 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 417 (2018), 420: «The diplomatic protection regime was very much a product of its time, when the prevailing view of international law was that it regulated relations between states themselves, not between citizens and states».

⁽¹¹⁾ Si cfr. J. WAINCYMER, *Investor-State Arbitration: Finding the Elusive Balance between Investor Protection and State Police Powers*, in 17 *International Trade & Business Law Review* (2014), 261 ss., 263: «Arbitration provides a more neutral alternative to litigation, which would almost always be conducted within the host State's own court system. Litigation in national courts against a State would run the risk of sovereign immunity or Act of State arguments, at least in some jurisdictions. There are additional questions as to the standing of individuals to challenge host States, the practicality or otherwise of doing so within the host State's own court system, the nature and value of international mechanisms that accord such domestic rights, the effectiveness or otherwise of enforcement mechanisms that will at times need to utilise the courts of the State itself and at times gateway issues, such as exhaustion of local remedies. At the extreme, there may be corruption or undue links between government and judiciary».

⁽¹²⁾ In genere ciascuna parte nomina un arbitro, i quali nominano il Presidente del collegio. Si cfr. J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS e S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 1: «International arbitration is a specially established mechanism for the final and binding resolution of disputes, concerning a contractual or other relationship with an international element, by

Indonesia nel 1968, dunque, si è affermata una nuova forma di arbitrato. Questa si basa su un trattato internazionale, nel quale due o più Stati esprimono anticipatamente il proprio consenso a devolvere ad arbitri le controversie che possano insorgere fra ciascuno degli Stati contraenti e gli investitori della/e controparte/i⁽¹³⁾. L'investitore privato può così chiamare direttamente in giudizio lo Stato ospite, chiedendo la costituzione del collegio arbitrale, con facoltà di nomina degli arbitri paritaria rispetto a quella dello Stato straniero controparte. Una forma ibrida, dunque, rappresentata da una sorta di contratto fra Stati, stipulato però nella forma del trattato di diritto internazionale pubblico, a favore del terzo, cioè dell'investitore privato. A questo sono riconosciute sia garanzie sostanziali, quali il diritto alla compensazione in caso di espropriazione diretta o indiretta e il diritto al trattamento giusto ed equo, sia garanzie processuali, cioè la facoltà di attivare direttamente uno strumento neutrale di risoluzione delle controversie di natura privatistica, alternativo alla giurisdizione statale (interna al singolo Stato, ovvero internazionale, cioè sempre fra Stati).

Il modello ha conosciuto subito un significativo sviluppo, anche grazie alla costruzione di una efficace infrastruttura istituzionale internazionale. Da un lato, nel 1965, è stato istituito l'*International Center*

independent arbitrators in accordance with procedures, structures and substantive legal or nonlegal standards chosen directly or indirectly by the parties».

(13) Si cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, 122: «The earliest known example of ISDS is the BIT between Indonesia and the Netherlands of 1968». Va precisato tuttavia che mentre risale al 1968 il primo trattato internazionale di protezione dell'investimento che prevede l'accesso diretto del privato al meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie, il primo trattato internazionale bilaterale di protezione degli investimenti fu stipulato invece fra Germania e Pakistan nel 1959. Inoltre, la data di nascita dell'arbitrato in materia di investimento può farsi risalire ancora più indietro nel tempo. Almeno a partire dagli anni Trenta dello scorso secolo, infatti, la clausola arbitrale venne introdotta in una serie di *State contracts*, cioè sostanzialmente di concessioni amministrative per lo sfruttamento di risorse naturali, essenzialmente idrocarburi, stipulati fra compagnie multinazionali e Stati in via di sviluppo, specie nell'area medio orientale. Da tali contratti derivarono le prime controversie di investimento deferite ad arbitri e risolte secondo «l'idea della de-nazionalizzazione del contratto, cioè la disapplicazione della legge dello Stato e l'assoggettamento del contratto a principi giuridici a-nazionali, quali i *general principles of law recognized by civilized nations* o i principi comuni agli ordinamenti dello Stato investitore e dello Stato ospite dell'investimento», fra i quali rilevavano in particolare «la buona fede e la regola per cui *pacta sunt servanda*, a sancire l'obbligo di rispettare la forza obbligatoria delle previsioni contrattuali» (si cfr. P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2017, 673 ss.).

for Settlement of Investment Disputes (ICSID), che ha il compito di facilitare e amministrare la costituzione e il funzionamento dei collegi arbitrali in tema di controversie fra Stati e investitori stranieri. Dall'altro lato, qualche anno prima, nel 1958, è stata firmata la *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, che agevola l'esecuzione internazionale, in ciascun paese firmatario, dei lodi arbitrali, cui viene riconosciuta la stessa efficacia delle sentenze dei tribunali domestici.

Nella sua prima fase di sviluppo, il regime di protezione internazionale degli investimenti ha funzionato in modo squilibrato e, forse anche per questa ragione, è stato percepito come una opportunità, non anche come un problema. I c.d. *Bilateral Investment Treaties* (BITs) sono stati in larga prevalenza stipulati fra Stati esportatori e Stati importatori di capitali: gli uni interessati a promuovere l'investimento estero e proteggere le proprie imprese; gli altri interessati ad attrarre investimenti stranieri per finanziare il proprio percorso di sviluppo economico. Gli interessi delle parti convergevano dunque verso la massimizzazione della tutela dell'investitore privato che si stabilisce nello Stato ospite, senza che interessi pubblici contrapposti venissero sufficientemente in evidenza e comunque apparissero meritevoli di tutela da una prospettiva di diritto internazionale. Il presupposto, del resto, è che lo Stato, all'interno dei propri confini, si tutela da sé, mentre l'intervento del diritto internazionale serve a proteggere la parte debole, cioè, almeno teoricamente, il privato, rispetto ad azioni discriminatorie o arbitrarie del potere politico.

In una seconda fase, che approssimativamente inizia negli anni Novanta del secolo scorso, il sistema internazionale di protezione degli investimenti incrocia la globalizzazione e lo straordinario incremento dell'investimento diretto estero (FDI). Il regime di protezione degli investimenti conosce uno sviluppo esponenziale. Esso cambia pelle. Perde il carattere squilibrato originario, perché la differenza fra Stati investitori e Stati ospiti si attenua. In un contesto di concorrenza fra ordinamenti, tutti gli Stati, e non solo quelli in via di sviluppo, competono per attrarre quote significative di investimenti esteri nel proprio territorio. E al tempo stesso tutti gli Stati sono interessati a favorire le proprie imprese nell'accesso ai mercati di altri paesi, non solo di quelli in via di sviluppo. Si moltiplicano così i BITs, anche tra paesi più sviluppati, così come le norme di protezione degli investimenti contenute in accordi commerciali multilaterali, come il NAFTA o l'*Energy Charter Treaty*. Nel complesso, se fino al 1989 erano stati

stipulati solo 404 *International Investment Agreements* (IIAs), fra il 1990 e il 2007 il numero dei nuovi IIAs è stato pari a 2663. La maggior parte di questi accordi prevede un *Investor-State Dispute Settlement* e, di conseguenza, è aumentato anche il numero di controversie arbitrali instaurate: vi era stata una sola controversia fino al 1989, mentre ne sono state proposte 291 fra il 1990 e il 2007 ⁽¹⁴⁾.

L'epoca della globalizzazione, della sua fase ascendente, è stata dominata dalla prospettiva neo-liberale. I liberali dell'Ottocento, sul piano della tutela del privato rispetto all'esercizio del potere pubblico, indicavano la strada monistica, secondo cui le controversie di diritto pubblico vanno sottoposte allo stesso giudice delle controversie di diritto privato: «Le mode le plus simple est donc d'avoir, pour toutes les matières judiciaires, civiles et administratives, la même justice, les mêmes tribunaux, les mêmes magistrats, la même manière de procéder» ⁽¹⁵⁾.

Mutatis mutandis, la prospettiva neo-liberale promuove la sottoposizione delle controversie transnazionali di diritto pubblico allo stesso regime arbitrale cui sono assoggettate le controversie transnazionali di diritto privato. Questo nuovo monismo si nutre di due ingredienti. Sul piano processuale, l'arbitrato sugli investimenti, come detto, si modella sull'arbitrato commerciale. La linea di distinzione è anzi sottile. In entrambi i casi, la volontà delle parti governa il meccanismo di risoluzione della controversia. E si tratta di una volontà paritaria, anche nella scelta degli arbitri, che garantisce quella neutralità del foro, e quella terzietà del giudice, agli occhi del privato che si confronta con lo Stato (straniero), che è sempre stata alla radice del monismo giurisdizionale di marca liberale ⁽¹⁶⁾. Il secondo ingrediente è invece di natura sostanziale. Gli accordi internazionali di investimento proteggono l'investitore facendo uso di formule generali elastiche, che identificano possibili violazioni delle regole di esercizio del potere pubblico e corrispondenti obblighi di risarcimento: si pensi al concetto

⁽¹⁴⁾ Si cfr. UNCTAD, *Unctad's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, 14.

⁽¹⁵⁾ F.-N. BAVOUX, *Des conflits, ou Empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, J.-P. Aillaud, 1828, 58.

⁽¹⁶⁾ M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*², op. cit., 250: «A foreign investor, justifiably in many instances, will not have confidence in the impartiality of the local tribunals and courts in settling any disputes that may arise between him and the host State. Arbitration, in a neutral state before a neutral tribunal, has traditionally been seen as the best method of securing impartial justice for him».

di espropriazione indiretta, o di *creeping expropriation*, oppure al concetto ancor più indeterminato di *fair and equitable treatment*. Ciò significa che la *Rule of Law*, oltre lo Stato, quantomeno in questo campo, è in larga misura frutto di *judge-made law*. Gli arbitri riempiono di contenuto le clausole generali degli accordi, sulla base di principi generali comuni alle tradizioni giuridiche degli Stati. La giurisprudenza arbitrale definisce progressivamente i limiti dell'esercizio del potere pubblico, attingendo però a un patrimonio giuridico che è in larga misura di impronta privatistica, ispirato a una logica paritaria, di equilibrio e bilanciamento fra gli interessi delle parti, attenta al *pacta sunt servanda* e alla correttezza e buona fede nell'esecuzione dell'accordo. Si tratta del resto di una logica e di una prospettiva che è propria sia del diritto internazionale fra Stati⁽¹⁷⁾, sia del diritto commerciale transnazionale fra privati, che sono poi le aree culturali da cui provengono i protagonisti della giustizia privata internazionale⁽¹⁸⁾. In definitiva, secondo l'impostazione neo-liberale, le controversie transnazionali di diritto pubblico, relative all'esercizio dello *jus imperii* dello Stato (straniero) nei confronti del privato, spettano a un giudice privato e non-statale, che applica un diritto denazionalizzato e non codificato, di formazione giurisprudenziale e di ispirazione privatistica e paritaria.

3. L'arbitrato internazionale sugli investimenti è rimasto vittima del proprio successo. Nel 2017, sono stati conclusi solo 18 nuovi accordi internazionali di investimento: la cifra più bassa dal 1983 e, per la prima volta nella storia, un numero inferiore a quello degli accordi che, nello stesso anno, hanno cessato di produrre effetti⁽¹⁹⁾. L'inversione di tendenza dura da circa un decennio e ha diverse spiegazioni.

Vi è certamente una spiegazione generale, rappresentata dalla crisi economica globale e dai suoi effetti di più lungo periodo: il rallentamento della globalizzazione, o, addirittura, più recentemente, l'apertura di una fase di de-globalizzazione, in cui si ripropongono

⁽¹⁷⁾ Sulla matrice privatistica del diritto internazionale ho insistito in diverse occasioni. Sia consentito il rinvio a S. BATTINI, *I "due grandi dualismi" alla prova del diritto (amministrativo) globale*, in *Il declino della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di G.A. Benacchio e M. Graziadei, Napoli, ESI, 2016, 101 ss.

⁽¹⁸⁾ Così la definisce M.R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 60.

⁽¹⁹⁾ UNCTAD, *World Investment Report*, 2018.

barriere commerciali fra gli Stati e si recede dai trattati multilaterali; l'affermazione di movimenti e *leaders* politici di ispirazione sovranista o populista, che tornano a collegare alla dimensione nazionale il concetto di democrazia e quello di *Rule of Law*, denunciando i pregressi tentativi di esportarne i valori oltre i confini dello Stato; perfino, con la c.d. *Brexit*, l'avvio di una fase di contrazione del progetto di integrazione europea, che pare invertire la freccia del tempo nella storia del continente.

Ma vi sono anche ragioni più specifiche, che attengono cioè all'istituto dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti. La sua generalizzata applicazione ha assegnato anche agli Stati più importanti e più sviluppati il ruolo di «parte resistente» dinanzi ai tribunali arbitrali. Le loro decisioni legislative e amministrative in materia ambientale, di tutela del lavoro, di protezione della salute, sono divenute oggetto di contestazione, nella misura in cui esse incidono sugli interessi di investitori stranieri protetti da un accordo di investimento. Gli Stati Uniti e il Canada, ad esempio, sono divenuti bersaglio di numerose controversie arbitrali instaurate ai sensi del *Chapter 11* del NAFTA ⁽²⁰⁾. L'Australia ha dovuto affrontare una lunga controversia arbitrale con *Phillip Morris*, che ha contestato le misure adottate dal governo australiano per la tutela della salute ⁽²¹⁾. Tali Stati si sono dovuti accorgere, è il caso di dire a proprie spese, che i tribunali arbitrali «mordono». Il numero di controversie sollevate dinanzi ai tribunali arbitrali, sulla base dello *stock* esistente degli accordi di protezione degli investimenti, ha continuato a crescere anche in tempi recenti ⁽²²⁾. E sono cresciuti anche gli importi delle pretese risarcitorie degli investitori: ad esempio, l'India, nel 2011, si è vista condannare al risarcimento di più di 4 milioni di dollari per

⁽²⁰⁾ V.C. ADKINS e D. SINGH GREWAL, *Democracy and Legitimacy in Investor-State Arbitration*, in 126 *Yale Law Journal Forum* (2016-2017), 67: «Under the current dispensation, corporations headquartered in stable, liberal democracies bring claims against the regulatory policies of other stable, liberal democracies using the court systems of neither. For instance, either the United States or Canada has been the target in fifty-eight out of eighty-one NAFTA Chapter 11 investment arbitrations in twenty-two years, and the opposing party is usually a U.S. or Canadian corporation». Secondo i dati Unctad, il Canada è parte resistente in 28 procedimenti arbitrali, gli Stati Uniti in 16. Significative le cifre dei giudizi arbitrali pendenti anche nei confronti di alcuni paesi europei come la Spagna (49) e la stessa Italia (11).

⁽²¹⁾ *Phillip Morris Asia Ltd. v. Australia*, Case No. 2012-12.

⁽²²⁾ Se ne contano complessivamente 942, 602 dei quali conclusi e 332 ancora pendenti (Unctad, *Investment Dispute Settlement Navigator*, visitato il 6 aprile 2019).

l'inefficienza del suo sistema giudiziario, che non ha consentito l'esecuzione tempestiva di un lodo arbitrale in favore di un investitore australiano ⁽²³⁾. La Polonia, nel 2016, risultava coinvolta in 11 controversie arbitrali con pretese risarcitorie nei suoi confronti pari a 2,3 miliardi di dollari. Come osserva l'Unctad, «as the number of ISDS cases began to rise sharply, so did the amount of compensation sought by investors in their claims and awarded by arbitral tribunals in a number of high-profile cases» ⁽²⁴⁾. Si è poi accresciuta la consapevolezza che anche gli interessi pubblici, nel perseguimento dei quali gli Stati adottano le misure contestate dagli investitori privati, non hanno una mera rilevanza domestica. Se lo Stato ospite, ad esempio, per timore di incorrere nella condanna di un tribunale arbitrale, rinuncia a misure di tutela dell'ambiente, esso produce danni ambientali che incidono anch'essi sugli interessi degli altri Stati, compreso lo Stato cui appartiene l'investitore protetto dall'accordo internazionale. Se è vero che dietro la tutela dell'investitore privato vi è un interesse globale allo sviluppo economico, vero è anche che dietro alla regolazione dello Stato ospite vi è spesso l'interesse, anch'esso globale, allo sviluppo sostenibile ⁽²⁵⁾. Per quest'ultimo motivo, le stesse organizzazioni internazionali hanno cambiato approccio. Esse hanno iniziato a considerare il regime di protezione degli investimenti con spirito più critico. Hanno guardato ad esso non già dal punto di vista unilaterale dell'obiettivo di tutela dell'investimento estero e della promozione dell'integrazione economica, bensì da quello più complessivo e integrato del bilanciamento fra quell'obiettivo e gli interessi con esso potenzialmente confliggenti, che sono perseguiti, o dovrebbero essere perseguiti, dallo Stato ospite. Insomma, è cresciuta la consapevolezza che non vi è solo un confronto fra l'interesse pubblico dello Stato e l'interesse privato dell'investitore, ma, più al fondo, fra diversi interessi della comunità globale, che devono fra loro contemperarsi. L'UNCTAD, in particolare, si è fatta promotrice di numerose iniziative per incoraggiare gli Stati ad una significativa riforma — ispirata proprio agli

⁽²³⁾ *White Indus. Austl. Ltd. v. Republic of India*, IIC 529 (2011), Final Award.

⁽²⁴⁾ UNCTAD, *World Investment Report*, 2015, 124.

⁽²⁵⁾ Sul collegamento fra arbitrato in tema di protezione degli investimenti e sviluppo sostenibile, si vedano le interessanti osservazioni di F. ORTINO, *Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing*, in 30 *Leiden Journal of International Law* (2017), 71 ss.

obiettivi dello sviluppo sostenibile — del sistema di protezione internazionale degli investimenti ⁽²⁶⁾.

Sotto la lente di ingrandimento è finito soprattutto il meccanismo di risoluzione arbitrale delle controversie. L'*imprinting* privatistico di tale istituto, infatti, ha contribuito ad accentuare la crisi di legittimazione del sistema ⁽²⁷⁾. Crescendo la consapevolezza della natura pubblicistica delle controversie assoggettate ai tribunali arbitrali, quella matrice privatistica ha iniziato ad essere percepita come un limite: «Why should the public in a democratic polity puts its faith on private adjudicators?» ⁽²⁸⁾. Si registra pertanto, nel dibattito contemporaneo sull'arbitrato internazionale sugli investimenti, la difficoltà di adattare uno strumento di tutela alternativo alla giurisdizione, fondato sull'autonomia negoziale delle parti, alla dimensione pubblicistica delle vicende cui esso è chiamato ad applicarsi. Si sono posti problemi analoghi a quelli che, secondo Mantellini, richiedevano di sottrarre al codice civile e al giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto provvedimenti assunti dal governo come potere politico. E le antiche preoccupazioni di Mantellini, riaffiorando nel diritto globale, hanno condotto a contestare in radice, o comunque a suggerire radicali trasformazioni, dell'arbitrato internazionale in tema di investimenti. Si sottolinea l'esigenza di difesa del *public interest*, perseguito da istituzioni legittimate democraticamente e asseritamente minacciato da un sistema di risoluzione delle dispute calibrato sulle esigenze di protezione degli interessi dell'investitore. Si denuncia il fenomeno di «gelo normativo» (*regulatory chill*), cioè l'effetto dissuasivo sul regolatore pubblico derivante dal rischio dei governi di vedere le proprie scelte politiche contestate in sede di arbitrato e di dover conseguentemente pagare gli importi dei risarcimenti. Si richiede di difendere l'autorità pubblica (domestica) dall'invasione della libertà privata (stranie-

⁽²⁶⁾ Una ricapitolazione complessiva in UNCTAD, *Unctad's Reform Package for the International Investment Regime*, op. cit.

⁽²⁷⁾ Si veda fra i molti C.N. BROWER e S.W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in 9 *Chicago Journal of International Law* (2009), 471 ss. (2009); S.D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in 73 *Fordham Law Review* (2005), 1521 ss.; M. JENNINGS, *The International Investment Regime and Investor-State Dispute Settlement: States Bear the Primary Responsibility for Legitimacy*, in 17 *Business Law International* (2016).

⁽²⁸⁾ I. GILNAVOS, *Public Interest, Private Disputes: Investment Arbitration and the Public Good*, in 13 *Manchester Journal of International Economic Law* (2016), 50 ss.

ra) ⁽²⁹⁾. Si vuol tutelare la discrezionalità dell'organo nazionale, legittimato a decidere sul bene pubblico, rispetto alla interferenza dell'arbitro internazionale, che dovrebbe solo giudicare del mio e del tuo. Si lamenta, in particolare, che il sistema attuale conceda agli arbitri *the authority to make what are in essence governmental decisions* ⁽³⁰⁾. Si ripropone quindi, in una versione riveduta e corretta su scala globale, l'antico problema della sostituzione del giudice all'amministrazione, segnalato a suo tempo da Henrion de Pansey: «juger l'administration, c'est encore une fois administrer» ⁽³¹⁾. Quella vecchia questione è oggi aggravata dal fatto che il potere di esercitare il *right to regulate* nell'interesse pubblico viene attribuito non già ad un giudice dello Stato, ma perfino a un arbitro privato straniero.

A fronte di queste critiche, si affacciano numerose e diversificate ipotesi di riforma del sistema internazionale di protezione degli investimenti. L'UNCTAD ha preparato un *menu*, sottoponendolo ai *policy-makers* domestici: «The question is not about whether to reform, but about the what and the how of such reform» ⁽³²⁾. A proposito del sistema di risoluzione delle controversie (ISDs), il *menu* contempla tre alternative di fondo: l'abbandono (*abandon*); la sostituzione (*replace*); la riforma (*keep and reform*) ⁽³³⁾.

La prospettiva neo-statalista preme nella direzione dell'abbandono-

⁽²⁹⁾ Si veda, ad esempio, A. ARCURI e F. MONTANARO, *Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties*, in 59 *Boston College Law Review* (2018), 2791 (secondo cui «in light of the asymmetrical nature of investment disputes, we echo an increasing body of literature, that advocates for reorienting investment dispute towards the protection of public interests. A private mechanism to solve disputes of eminently public nature is a dissonance»).

⁽³⁰⁾ G. VAN HARTEN e M. LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in 17 *European Journal of International Law* (2006), 121 ss.

⁽³¹⁾ H. DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*³, Paris, Th Barrois, 1827.

⁽³²⁾ UNCTAD, *Unctad's Reform Package for the International Investment Regime*, *op. cit.*, 10: «This report takes a holistic approach. It covers, in a single package, all the key aspects of IIA reform (i.e. substantive, procedural and systemic). It identifies reform areas and objectives and provides policy makers with flexible options to adapt and adopt. The options can be combined into individual countries' reform packages that respond to their specific needs and prerogatives».

⁽³³⁾ UNCTAD, *Unctad's Reform Package for the International Investment Regime*, *op. cit.*, 47: «Two broad alternatives exist: to keep and reform ISDS, as some countries have done or to abandon and/or replace». UNCTAD riduce le alternative a due, perché il programma di riforme suggerito si limita alle ipotesi della riforma e della sostituzione del regime internazionale di protezione degli investimenti: ma la terza ipotesi, quella dell'abbandono, esiste e, come si dirà, è ampiamente esplorata dagli Stati.

no, ipotesi che, del resto, rassomiglia a quella indicata a suo tempo da Mantellini. Essa poggia sulla distinzione fra le controversie transnazionali di diritto privato e quelle di diritto pubblico. Si vuole che queste ultime (e non anche le prime) vengano sottratte all'arbitrato internazionale e riservate alla cognizione del giudice interno dell'ordinamento statale il cui *right to regulate* è oggetto di contestazione. La prospettiva statalista dell'abbandono è stata, in effetti, ampiamente coltivata nel periodo più recente, anche se in forme diverse, più o meno radicali ⁽³⁴⁾.

La forma più radicale è naturalmente la denuncia o il recesso dagli accordi bilaterali o multilaterali in materia di protezione degli investimenti. Si tratta di una strategia che ha prevalentemente riguardato i paesi che sono stati più frequentemente chiamati a rispondere dinanzi ai tribunali arbitrali, a cominciare da quelli sudamericani. La Bolivia, il Venezuela e l'Ecuador hanno ad esempio denunciato la Convenzione di Washington istitutiva del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie sugli investimenti esteri (ICSID). La Bolivia ha anche denunciato tutti i 21 accordi bilaterali di investimento di cui era parte, mentre l'Ecuador ne ha denunciati 26. Altri paesi hanno seguito questa strada. L'Indonesia ha denunciato, o lasciato scadere senza rinnovarli, 29 degli 83 accordi bilaterali di investimento di cui era parte. L'India ha denunciato 58 accordi bilaterali di investimento di cui era parte. Nella scelta degli accordi da estinguere, naturalmente, molti Stati adottano comportamenti opportunistici, come nel caso del Sud Africa, che ha denunciato 9 accordi con paesi europei e occidentali, ma ha mantenuto in vigore quelli stipulati con altri paesi africani: come il gatto di Trilussa, socialista a digiuno e conservatore a tavola ⁽³⁵⁾, gli Stati sono liberali con i propri investimenti in casa altrui, ma sovranisti

⁽³⁴⁾ Una sintesi efficace, di recente, in C.N. BROWER e J. AHMAD, *Why the Demolition Derby That Seeks to Destroy Investor-State Arbitration*, in 91 *Southern California Law Review* (2018), 1139. Da tale fonte, oltre che dai monitoraggi UNCTAD, sono tratte le informazioni riportate nel testo.

⁽³⁵⁾ «Un gatto, che faceva er socialista solo a lo scopo d'arivà in un posto, se stava lavoranno un pollo arosto ne la cucina d'un capitalista. Quanno da un finestrino su per aria s'affacciò un antro Gatto: - Amico mio, pensa - je disse - che ce so' pur'io ch'appartengo a la classe proletaria! Io che conosco bene l'idee tue so' certo che quer pollo che te magni, se vengo giù, sarà diviso in due: mezzo a te, mezzo a me... Semo compagni! - No, no: - rispose er Gatto senza core io nun divido gnente co' nessuno: fo er socialista quanno sto a diggiuno, ma quanno magno so' conservatore!».

con quelli degli altri in casa propria ⁽³⁶⁾. L'Italia stessa, nel 2015, ha esercitato il diritto di recesso dall'*Energy Charter Treaty*, in larga misura a causa delle preoccupazioni per la contestazione delle proprie decisioni in tema di riduzione degli incentivi al fotovoltaico.

Una forma di «abbandono» meno radicale consiste nella estromissione, dal testo degli accordi di investimento, delle previsioni normative sull'arbitrato tra investitore e Stato ospite (*Investor-State Dispute Settlement* — ISDS), con l'effetto di lasciare all'investitore privato la vecchia alternativa fra protezione diplomatica e rimedi interni. In questo modo, il regime della protezione degli investimenti viene privato di ciò che maggiormente lo caratterizza. Ad esempio, nel 2017, Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, in quanto membri del Mercosur, hanno approvato un Protocollo per la protezione degli investimenti, privo di previsioni ISDS. L'Australia non ha inserito previsioni ISDS nei *Free Trade Agreements* (FTAs) recentemente stipulati con gli USA (2004), Malesia (2012) e Giappone (2014). L'Ecuador ha addirittura inserito nella propria Costituzione una norma che proibisce accordi internazionali che prevedano un arbitrato internazionale fra Stato e soggetti privati. Nel 2018, il Brasile ha stipulato tre nuovi accordi di protezione degli investimenti, tutti senza ISDS.

Infine, una terza strategia di abbandono, ancora meno radicale, consiste nell'inserire negli accordi di investimento varie forme di limitazione del ricorso degli investitori privati al sistema ISDS, come, ad esempio, previsioni che subordinano il ricorso ai tribunali arbitrali al consenso, concesso discrezionalmente e caso per caso, dello Stato ospite; oppure disposizioni che escludono l'accesso al sistema ISDS per determinate materie o misure ritenute sensibili. Non mancano tecniche più sofisticate, che hanno l'effetto di scoraggiare l'accesso al sistema

⁽³⁶⁾ C.N. BROWER e J. AHMAD, *Why the Demolition Derby That Seeks to Destroy Investor-State Arbitration*, *op. cit.*, 1151: «Because South Africa is a heavy capital-exporter to neighboring countries, its Government may conclude that its investors in the African region should have the right to investor-State arbitration. These considerations may not be the same with respect to the Western European treaties it terminated because it may have feared being on the receiving end of an investment treaty claim. In this regard, the South African Government's behavior does not differ from some of the historically strongest capital-exporting States that have made an "about-face" and are now abandoning the investment legal system they always supported prior to themselves becoming respondents in investor-State arbitrations. This shift exemplifies a larger Zeitgeist with States across the macroeconomic spectrum now adopting a "bunker" mentality and denouncing the entire notion of international dispute resolution solely to ward off potential liability».

ISDS, o comunque di sospendere l'investitore stesso verso il tradizionale sistema SSDS, oppure verso i rimedi interni allo Stato ospite. Una prima tecnica che si va diffondendo è rappresentata dall'inserimento di una sorta di rinvio pregiudiziale obbligatorio ad organi intergovernativi, che assumono decisioni vincolanti per i tribunali arbitrali, così trasformando la controversia transnazionale in controversia internazionale ⁽³⁷⁾. Una seconda tecnica tende invece a contenere la controversia entro i confini dell'ordinamento dello Stato ospitante. Essa è peraltro ben nota agli amministratori, che ricordano quella fase di sviluppo dello Stato di diritto domestico nella quale il ricorso giurisdizionale (esterno) era subordinato al previo esperimento del ricorso amministrativo (interno). Analogamente, si diffondono negli accordi di investimento disposizioni che subordinano l'accesso al tribunale arbitrale al previo esaurimento dei rimedi interni allo Stato ospite, oppure all'esito infruttuoso di tali rimedi per un periodo di tempo prolungato ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ UNCTAD, *Unctad's Reform Package for the International Investment Regime*, op. cit., 51. Secondo il Rapporto, «This reform option [Using filters for channelling sensitive cases to SSDS] provides for SSDS if a joint committee fails to resolve a case. While maintaining the overall structure of today's ISDS mechanism, this constitutes a "renvoi" of disputes on sensitive issues to SSDS; e.g. whether a measure is a "prudential" measure aimed at safeguarding the integrity and stability of the financial system or whether a taxation measure constitutes an expropriation. In this case, the ISDS proceeding is suspended until the State-State tribunal renders its decision. The latter is binding on the ISDS tribunal. This approach has been adopted in the BIT concluded between Canada and China in 2012 and in NAFTA (for investment disputes in financial services)». Si tratta peraltro di un approccio destinato ad una applicazione più generale, perché previsto dal nuovo modello statunitense di accordi di investimento, riformulato nel 2012 (Office of the U.S. Trade Representative, *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*). Ad esempio, come notano C.N. BROWER e J. AHMAD (*Why the Demolition Derby That Seeks to Destroy Investor-State Arbitration*, op. cit., 1153), «while Article 21(2) titled, "Taxation," provides that "Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures," claimants alleging that a taxation measure constitutes expropriation are barred from arbitrating their claim unless they first submit the dispute to the two State parties' respective "competent authorities" (in the case of the United States, the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)), and those authorities fail to "agree that the taxation measure is not an expropriation" within 180 days.⁹⁰ In other words, if the two States agree within 180 days that the claimant has not been subject to expropriation, that is the end of the claim and the claimant is wholly deprived of impartial and independent third-party arbitration of its claim».

⁽³⁸⁾ Secondo il più volte citato Rapporto Unctad, «This reform option aims to promote recourse by foreign investors to domestic courts while retaining the option for investor-State arbitration, as a remedy of last resort. [...] Two options could be

Con la crisi economica, e con la fase di rallentamento della globalizzazione, hanno quindi conquistato la scena visioni neo-stataliste e sovraniste. Gli statalisti dell'Ottocento, in ordine alla tutela del privato rispetto all'esercizio del potere pubblico, distinguevano la persona politica dalla persona giuridica dello Stato. Questo si sdoppiava. Asinello negli atti di gestione, sottoposti al diritto privato e contestabili dinanzi al giudice comune, lo Stato era leone negli atti di impero, sottratti al sistema giurisdizionale e impugnabili soltanto all'interno della sfera stessa del potere esecutivo, mediante rimedi amministrativi, per non essere il giudice legittimato ad apprezzare l'interesse pubblico cui quegli atti sono rivolti.

Mutatis mutandis, la prospettiva neo-statalista, che percorre le ipotesi di riforma ispirate alla strategia dell'abbandono del sistema ISDS, nega, o comunque scoraggia, l'assoggettamento delle controversie transnazionali di diritto pubblico ad un giudice esterno rispetto alla sfera dello Stato che esercita il *right to regulate* oggetto di contestazione. Tale prospettiva, in ogni caso, esclude che le controversie transnazionali di diritto pubblico siano sottoposte a quello stesso sistema di giustizia ultrastatale privata, competente per le controversie transnazionali di natura commerciale. Quando la controversia transnazionale coinvolge l'esercizio del *right to regulate* dello Stato, essa deve essere decisa da un giudice statale e interno, che solo può cogliere la dimensione dell'interesse collettivo perseguito con le misure oggetto di contestazione. Oppure, in alternativa, la controversia deve perdere il proprio carattere transnazionale (*Investor-State*), per trasformarsi in controversia inter-statale (*State-State*).

4. Nel panorama delle reazioni degli Stati rispetto alla crisi di legittimazione dell'arbitrato internazionale sugli investimenti, un ruolo

considered to foster the use of domestic courts, without foreclosing investors' resort to ISDS: a) The IIA could require investors to exhaust local remedies before accessing international arbitration; b) The IIA could set out a "local litigation requirement", i.e. specify that the recourse to international investment arbitration becomes possible only after a certain period of time (e.g. 18 months) of litigating the dispute in domestic courts». Seguendo questo approccio, ad esempio, l'India ha proposto di recente a 25 Stati, controparti in altrettanti accordi bilaterali di investimento, di approvare una *joint interpretation* volta a conformare tali accordi al nuovo *Model BIT*, riformulato dall'India nel 2015. Tale modello permette il ricorso al sistema ISDS solo in caso di esaurimento dei rimedi interni, oppure di infruttuoso esperimento degli stessi per un periodo di ben 5 anni.

di primo piano è esercitato dall'Unione europea, sia attraverso le sue istituzioni politiche, sia attraverso le decisioni dei suoi organi giurisdizionali. L'Unione, peraltro, si trova in una posizione delicata, perché deve individuare una non facile linea di coerenza fra l'atteggiamento che essa mantiene all'interno, rispetto agli accordi di investimento stipulati fra gli Stati membri, e l'approccio che assume all'esterno, rispetto agli accordi di investimento con paesi terzi.

In termini molto generali — e per adoperare la schematizzazione UCTAD — l'Unione europea sviluppa una strategia di «abbandono» sia rispetto agli accordi intra-UE, sia rispetto agli accordi extra-UE stipulati dai singoli Stati membri con paesi terzi. L'Unione, invece, adotta una strategia di sostituzione (*replace*) in ordine agli accordi di investimento da essa stessa stipulati con paesi terzi: al regime privatistico e arbitrale di risoluzione delle controversie transnazionali di diritto pubblico, l'Unione mira a sostituire un sistema imperniato su una giurisdizione pubblica e più deferente rispetto al *right to regulate* degli Stati. Il tema merita una trattazione meno sintetica.

4.1. Gli accordi bilaterali di investimento intra/UE costituiscono naturalmente un problema per l'Unione. Essi istituiscono regimi parziali di protezione di privati e imprese rispetto a decisioni di altri Stati membri, che si pongono in competizione con il regime generale dell'ordinamento europeo, quando non in conflitto con esso⁽³⁹⁾. Il conflitto non è affatto una ipotesi teorica. Nel caso *Micula*⁽⁴⁰⁾, ad esempio, uno Stato membro della UE, la Romania, è stato condannato da un tribunale arbitrale, costituito in base ad un accordo di investimento Romania/Svezia, ad una condotta (il risarcimento in favore di una impresa cui erano stati revocati degli incentivi) che la Commissione europea qualifica espressamente come contraria al diritto dell'Unione (in quanto aiuto di Stato illegittimo)⁽⁴¹⁾. Al di là di queste

⁽³⁹⁾ In generale, sulla relazione conflittuale fra l'ordinamento dell'Unione e il regime dell'arbitrato internazionale, si vedano le considerazioni di G.A. BERMANN, *European Union Law and International Arbitration at a Crossroads*, op. cit., secondo cui «It is no exaggeration to describe the relationship between the European Union and international arbitration as the most dramatic confrontation between two international legal regimes seen in a great many years» (967).

⁽⁴⁰⁾ Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I) (ICSID Case No. ARB/05/20) - Final Award 11 December 2013.

⁽⁴¹⁾ Sul caso *Micula* si veda il simposio pubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2017, 325-369, con contributi di S. BATTINI (*Diritto amministrativo e "entanglement"*

ipotesi di conflitto esplicito, gli accordi bilaterali di investimento intra/UE, e soprattutto i sistemi ISDS che essi contemplano, entrano in tensione con il principio della coerenza e uniforme applicazione e interpretazione del diritto europeo. Tale tensione si è di recente manifestata nel modo più evidente con la sentenza *Achmea* della Corte di giustizia, la quale ha concluso nel senso della incompatibilità con il diritto europeo delle previsioni sull'arbitrato internazionale in materia di investimenti, contenute in accordi internazionali conclusi fra Stati membri dell'Unione ⁽⁴²⁾. La Corte ha osservato che i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale, composto dai giudici nazionali e dalla Corte di giustizia, che trova la propria «chiave di volta» nel «procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione [... e] la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto». Tali principi sono messi a rischio dalla clausola compromissoria contenuta nell'accordo bilaterale di investimento, in quanto essa rimette ad un collegio arbitrale il compito di pronunciarsi sul rispetto dell'accordo internazionale, anche «tenendo conto» del diritto della parte contraente, che comprende il diritto dell'Unione. L'interpretazione del diritto europeo viene così affidata — secondo la Corte — ad un organismo che non può essere considerato come una «giurisdizione di uno degli Stati membri», non è abilitato ad adire la Corte in via pregiudiziale, e adotta pronunce sottoposte solo ad un controllo limitato da parte di giudici abilitati ad

globale), M. MACCHIA (*Il labirinto amministrativo tra discrezionalità e regole*) e M. DE BELLIS (*Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*).

⁽⁴²⁾ C. giust. Ue (Grande sezione), sentenza 6 marzo 2018, in causa 284/16. Il caso nasce da un rinvio pregiudiziale del giudice tedesco che, chiamato a valutare l'eventuale annullamento di un lodo arbitrale che condannava la Repubblica Slovacca a pagare un risarcimento in favore di una impresa di assicurazioni (*Achmea*), ha posto il problema della compatibilità della clausola compromissoria, prevista dall'accordo bilaterale di investimento intra/UE, con gli artt. 344 e 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. La Corte ha deciso che tali articoli «devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare».

esperire il rinvio. L'arbitrato sugli investimenti, negli accordi intra/UE, pertanto, pregiudica il principio di unità, coerenza e autonomia dell'ordinamento giuridico europeo ed è incompatibile con esso.

Tale conclusione si espone tuttavia a possibili critiche.

Rileva, in primo luogo, il diverso trattamento riservato all'arbitrato in materia di investimenti e all'arbitrato commerciale. Il ragionamento sviluppato dalla Corte in *Achmea*, infatti, potrebbe investire anche il secondo tipo di arbitrato. Anche in quel caso, infatti, un collegio arbitrale può essere chiamato a interpretare il diritto nazionale ed europeo senza poter esperire il rinvio pregiudiziale ed emettendo lodi soggetti a un controllo giurisdizionale limitato. Ma la Corte aveva in passato considerato quel controllo giurisdizionale, pur limitato, sufficiente a rendere l'arbitrato commerciale compatibile con il diritto dell'Unione⁽⁴³⁾. Perché ciò non dovrebbe valere anche per l'arbitrato in materia di investimenti? In *Achmea*, la Corte fornisce una risposta apodittica. In sostanza, essa afferma che ciò che vale per gli arbitrati commerciali non vale per gli arbitrati in materia di investimento, perché i due istituti hanno fondamenti giuridici diversi: il contratto l'uno, il trattato l'altro⁽⁴⁴⁾. Ma non si spiega perché questa differente natura giustifichi una così radicale diversità di trattamento: l'uno compatibile, l'altro incompatibile con il diritto UE.

La sentenza *Achmea* si espone, inoltre, ad una seconda possibile critica, che riguarda la differenza di trattamento fra accordi di investi-

⁽⁴³⁾ Si cfr. C. giust. Ue (Grande sezione), sentenza 6 marzo 2018 (*Achmea*), punto 54: «Vero è che, per quanto riguarda l'arbitrato commerciale, la Corte ha dichiarato che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali da parte dei giudici degli Stati membri abbia un carattere limitato, purché le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo e, se del caso, essere oggetto di un rinvio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte (si v., in tal senso, sentenze del 10 giugno 1999, *Eco Swiss*, C 126/97, EU:C:1999:269, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C 168/05, EU:C:2006:675, punti da 34 a 39)».

⁽⁴⁴⁾ Si cfr. C. giust. Ue (Grande sezione), sentenza 6 marzo 2018 (*Achmea*), punto 55: «Tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali [...] controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del TBI».

mento — con sistema ISDS — stipulati dagli Stati membri e accordi di investimento dello stesso tipo stipulati direttamente dall'Unione con Stati terzi. In teoria, il ragionamento sviluppato in *Achmea* a proposito dei primi potrebbe applicarsi anche ai secondi. Anche in base agli accordi di investimento con sistema ISDS stipulati dalla UE con paesi terzi, infatti, un collegio arbitrale potrebbe essere chiamato a interpretare il diritto europeo senza essere parte del sistema giurisdizionale dell'Unione, né soggetto a un controllo giurisdizionale pieno in relazione alle proprie pronunce. Ma la Corte ha sempre ammesso, ovviamente, la compatibilità con il diritto dell'Unione di accordi internazionali stipulati dall'Unione stessa, che deferiscono la risoluzione di controversie fra le parti a collegi arbitrali, i quali possono conoscere e interpretare il diritto europeo, non diversamente da quanto i collegi arbitrali previsti dai BRTs possano conoscere del diritto interno dello Stato ospite. Come si giustifica la radicale diversità di trattamento fra accordi di investimento stipulati dalla UE con paesi terzi e accordi stipulati fra Stati membri? Anche in questo caso, la risposta della Corte nella sentenza *Achmea* è stata apodittica: in sostanza, il trattamento è diverso perché il soggetto che stipula l'accordo è diverso ⁽⁴⁵⁾. Tale risposta non ha però convinto, ad esempio, il governo belga, che, in una domanda di parere alla Corte, ha dubitato della compatibilità con il diritto europeo dell'accordo stipulato fra UE e Canada (c.d.

⁽⁴⁵⁾ Si cfr. C. giust. Ue (Grande sezione), sentenza 6 marzo 2018 (*Achmea*), punti 57-58: «Vero è che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico [...]. Tuttavia, nella specie, oltre al fatto che le controversie che rientrano nella competenza del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione tanto di detto accordo quanto del diritto dell'Unione, la possibilità di sottoporre tali controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione è prevista da un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri. Orbene, il suddetto articolo 8 è tale da rimettere in discussione, oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione ricordato al punto 34 della presente sentenza».

CETA), nella parte relativa agli investimenti, fra l'altro, proprio per le ragioni indicate da *Achmea* in riferimento agli accordi intra/UE⁽⁴⁶⁾.

Il parere reso dalla Corte⁽⁴⁷⁾ ha affermato che il sistema ISDS istituito dall'accordo CETA non è incompatibile con il diritto europeo, sulla base di un duplice ragionamento. In primo luogo, seguendo sul punto le conclusioni dell'avvocato generale, la Corte ha sostenuto che il tribunale CETA, a differenza del collegio arbitrale previsto dall'accordo bilaterale di investimento oggetto della sentenza *Achmea*, non è chiamato a interpretare il diritto europeo, che rileva semmai solo come questione di fatto⁽⁴⁸⁾. Ma la Corte non si è limitata a questo più

⁽⁴⁶⁾ Nella domanda di parere, come riassunta dall'avvocato generale Yves Bot nelle proprie Conclusioni presentate il 29 gennaio 2019 (Parere 1/17), il Regno del Belgio osserva «che il regime ISDS previsto dal CETA non prevede né l'obbligo né persino la facoltà per il tribunale di investire la Corte di una questione preliminare sull'interpretazione del diritto dell'Unione (mancanza di procedura di previo coinvolgimento)». Su tale presupposto, «il Regno del Belgio si chiede se il regime in questione [...] sia compatibile con il principio della competenza esclusiva della Corte quanto all'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione» e «auspica, più in particolare, che la Corte chiarisca se [...], tenuto conto del carattere vincolante della sentenza, ai sensi dell'articolo 8.41, paragrafo 1, di detto accordo, si debba constatare una violazione di tale obbligo di interpretazione uniforme di cui la Corte è garante».

⁽⁴⁷⁾ C. giust. Ue, Parere 1/17, del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341).

⁽⁴⁸⁾ Si cfr. C. giust. Ue, parere 1/17, in particolare par. 120 e ss. La Corte osserva, in particolare, che il tribunale CETA «applicherà, ai sensi dell'articolo 8.31, paragrafo 1, del CETA, «il presente accordo interpretandolo in conformità [alla Convenzione di Vienna], e alle altre regole e agli altri principi del diritto internazionale applicabili tra le parti». Viceversa, detto tribunale non sarà competente, come precisa l'articolo 8.31, paragrafo 2, prima frase, di detto accordo, «a statuire sulla legittimità di una misura che costituisca una presunta violazione del presente accordo ai sensi del diritto interno di una parte». Da ciò discende, sempre secondo la Corte, «che la competenza a interpretare e applicare attribuita a detto tribunale si limita alle disposizioni del CETA e che una siffatta interpretazione o applicazione dev'essere effettuata conformemente alle norme e ai principi di diritto internazionale applicabili tra le parti». Sotto tale profilo, la Corte rileva che «Il capo otto, sezione F, del CETA si distingue [...] dall'accordo sugli investimenti, oggetto della causa che ha portato alla sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea*, dal momento che, come la Corte ha rilevato nei punti 42, 55 e 56 di tale sentenza, detto accordo istituiva un tribunale chiamato a risolvere controversie che potevano riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione». La Corte aggiunge, infine, che la mancata competenza del tribunale CETA ad interpretare ed applicare il diritto dell'Unione europea non è smentita dalla possibilità che il tribunale stesso, nel determinare la compatibilità di una misura con l'accordo CETA, possa, ove opportuno, «considerare il diritto interno di una parte come una questione di fatto». Difatti, la Corte precisa che ciò significa solo che «il tribunale del CETA, quando sarà condotto a esaminare la conformità con il CETA del provvedimento

debole argomento⁽⁴⁹⁾. Essa ha indicato la ragione di fondo della differenza di trattamento fra accordi intra/UE e accordi extra/UE, rinvenuta in quel principio di «fiducia reciproca» fra gli Stati membri⁽⁵⁰⁾, già menzionato nella sentenza *Achmea*. Secondo la Corte, infatti, in base a tale principio di fiducia reciproca, ciascuno Stato membro della UE deve «ritenere, salvo circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino l'ordinamento dell'Unione, ivi compresi i diritti fondamentali, quali il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, enunciato dall'articolo 47 della Carta». «Ebbene — prosegue la Corte — questo principio della fiducia

contestato dall'investitore e che è stato adottato dallo Stato che ospita l'investimento o dall'Unione, dovrà inevitabilmente procedere [...] a un esame della portata della citata misura [...] che] può rendere necessario, eventualmente, di prendere in considerazione il diritto interno della parte convenuta». Ma — prosegue la Corte — «come l'articolo 8.31, paragrafo 2, del CETA evidenzia senza ambiguità, detto esame non può essere assimilato a un'interpretazione, da parte del tribunale del CETA, di tale diritto interno, bensì consiste, al contrario, in una considerazione del diritto di cui trattasi in quanto questione di fatto, posto che, a tal riguardo, il citato tribunale è tenuto a seguire l'interpretazione dominante di detto diritto fornita dai giudici e dalle autorità della parte interessata, e questi giudici nonché queste autorità, del resto, non sono vincolati dal significato che sarà dato al loro diritto interno da detto tribunale».

⁽⁴⁹⁾ Il ragionamento non pare pienamente convincente perché in larga misura anche i c.d. Brrs attribuiscono ai collegi arbitrali il compito di risolvere controversie relative al rispetto, da parte dello Stato ospite, delle sole disposizioni contenute nell'accordo internazionale e, anche in quei casi, la violazione del diritto interno dello Stato ospite rileva come questione di fatto o, al più, come indicatore della violazione di principi generali riconducibili al principio di *fair and equitable treatment*. Sono rari, e denunciati come abusivi, i casi in cui il tribunale arbitrale considera la violazione del diritto interno dello Stato ospite come automatica violazione dell'accordo. Le affermazioni dell'Avvocato generale sarebbero fondate se la sentenza *Achmea* avesse dichiarato incompatibili con il diritto dell'Unione i soli Brrs che prevedono un sistema Isds in cui il collegio arbitrale può applicare e interpretare il diritto europeo, considerato come parametro della legittimità delle misure adottate dallo Stato ospite. Ma così non sembra, perché *Achmea* ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto UE, in termini generali, di tutte le clausole compromissorie Isds previste da accordi intra/UE, come risulta dal dispositivo della sentenza: «Gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare».

⁽⁵⁰⁾ C. giust. Ue, parere 1/17, in particolare par. 128 e 129.

reciproca, in particolare relativamente al rispetto del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, non si applica nelle relazioni tra l'Unione e uno Stato terzo». Il principio della necessaria fiducia, all'interno dell'Unione, nella indipendenza dei giudici degli altri Stati membri esclude in certo senso a monte la ragione stessa del sistema Isds, che nasce proprio come rimedio alla sfiducia, nutrita dall'investitore, circa la neutralità del giudice straniero. Sfiducia consentita dall'ordinamento U_E solo rispetto a giurisdizioni extra/U_E, in ordine alle quali soltanto il sistema Isds è dunque utile e permesso. In altre parole, all'interno dell'Unione europea, le controversie fra individui o imprese e altri Stati membri non possono (più) considerarsi vere controversie transnazionali. Il principio di fiducia reciproca fra gli Stati membri impone di non farlo. Tali controversie sono controversie interne, affidate a giudici che, in quanto inseriti in un unico e unitario sistema giurisdizionale, devono intendersi e presumersi indipendenti e neutrali rispetto alle parti in causa.

La coerenza della posizione della Corte di giustizia si rinviene dunque nelle stesse premesse istituzionali che percorrono l'approccio complessivo dell'Unione nella materia in questione. La posizione della Corte è coerente con la traiettoria istituzionale dell'Unione, la quale, pur tra ambiguità e incertezze, mai come oggi significative, tende all'integrazione politica. E se l'Unione tende a divenire una comunità politica, cioè in certa misura tende a farsi Stato, allora le controversie fra gli investitori di uno Stato membro e altri Stati membri, in effetti, non possono più concepirsi come controversie transnazionali. Esse, come detto, divengono controversie interne. La competenza del giudice dello Stato ospite non è più, per l'investitore privato, una giurisdizione straniera, bensì una giurisdizione che è tanto europea quanto è europeo l'investitore stesso.

Ciò costituisce la risposta più convincente anche rispetto alla prima critica più sopra indicata, relativa cioè alla differenza di trattamento fra arbitrato in materia di investimenti, incompatibile con il diritto U_E, e arbitrato commerciale, compatibile con esso. Difatti, una volta che le controversie fra Stato membro e investitori privati di altro Stato membro vengano a considerarsi controversie «interne», lo spazio che in un ordinamento domestico è assegnato all'arbitrato, come strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione interna, inevitabilmente, varia a seconda della natura delle controversie stesse. In genere, negli ordinamenti statali, l'arbitrato è consentito per le controversie privatistiche, ma precluso, o comunque limitato

o sottoposto a regolazione speciale, per le controversie di diritto pubblico ⁽⁵¹⁾, in ragione di una reale o pretesa indisponibilità del potere pubblico ⁽⁵²⁾. Ciò dunque spiega la ragione di fondo della differenza di trattamento, affermata apoditticamente dalla Corte in *Achmea*: l'arbitrato commerciale, fondato sul contratto, è compatibile con il diritto europeo perché relativo a controversie privatistiche, mentre l'arbitrato sugli investimenti, fondato sul trattato, è incompatibile con il diritto europeo perché relativo a controversie di diritto pubblico. La distinzione, come vedremo, condiziona forse anche la posizione dell'Unione in riferimento al trattamento normativo da riservare alle «vere» controversie transnazionali di diritto pubblico, regolate da accordi di investimento conclusi dall'Unione stessa con paesi terzi. Ma di ciò più oltre (si cfr. *infra* par. 4.3.).

4.2. Tutto ciò spiega la differenza di trattamento giuridico fra accordi di protezione degli investimenti intra/UE e accordi di prote-

⁽⁵¹⁾ Ad esempio, nell'ordinamento italiano, il principio è oggi parzialmente codificato dall'art. 12 del codice del processo amministrativo, secondo cui le sole controversie concernenti diritti soggettivi, devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile.

⁽⁵²⁾ Si cfr. di recente B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423. Secondo tale autore, «Le controversie tra pubblica amministrazione e cittadino mettono in gioco il potere pubblico degli Stati, e questo elemento ha implicazioni decisive sul tipo di rimedi o di meccanismi di soluzione delle liti non giurisdizionale. Un primo effetto è per esempio la tendenziale inammissibilità delle a.d.r. classiche quali strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale. [...] le tecniche di tutela alternativa alla giurisdizione fondate sulla paritarietà e negoziabilità del rapporto incontrano un chiaro ostacolo nella indisponibilità (o quantomeno nella ridotta disponibilità) del potere pubblico. Se dunque la mediazione, la transazione e l'arbitrato possono applicarsi a controversie con la pubblica amministrazione relative a posizioni di diritto soggettivo, disponibili per le parti, resta difficile pensare ad una loro applicazione de plano a liti in cui la posizione controversa è l'interesse legittimo. In tale ipotesi, infatti, le parti non possono autodeterminare regole di condotta che si sostituiscono all'assetto giusto e secondo legge degli interessi in gioco. [...] Ciò spiega perché nel nostro sistema amministrativo, come del resto in molti dei sistemi europei, le a.d.r. classiche restano inconciliabili con la sfera delle controversie pubblicistiche». Si veda sul tema, di recente, M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arbitrato*, 521 ss.. Sul tema generale dell'arbitrato nel diritto amministrativo, S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 311; A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. Giur., ad vocem*; A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205 ss.

zione degli investimenti stipulati dalla UE con paesi terzi. Resta però da giustificare la differenza di trattamento, nell'ambito degli accordi di investimento extra/UE, fra quelli stipulati dall'Unione e quelli stipulati da singoli Stati membri. Rileva ancora, in proposito, la traiettoria istituzionale dell'Unione. Se l'Unione tende a farsi Stato federale, è naturale che essa miri a conquistare il monopolio delle relazioni esterne, cosa che è abbastanza riuscita sul piano delle relazioni commerciali, in questa sede rilevante. A partire dal 2009, con il Trattato di Lisbona, ai sensi dell'articolo 207.1 TFUE, la materia degli «investimenti esteri diretti» rientra nella «politica commerciale comune» e, quindi, l'Unione dispone della «competenza esclusiva», ai sensi dell'art. 3.1, lettera e), TFUE, per la stipula di accordi di protezione degli investimenti, con l'eccezione tuttavia proprio delle disposizioni in materia di arbitrato, che la Corte di giustizia ha assegnato alla competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri⁽⁵³⁾. Ciò implica che gli accordi di investimento con i paesi terzi non possono più essere stipulati da singoli Stati membri, ma solo dall'Unione, o da questa insieme agli Stati membri. E i precedenti accordi bilaterali di investimento stipulati da singoli Stati possono restare in vigore, su autorizzazione concessa dall'Unione, solo fino al momento in cui l'Unione non eserciti la propria competenza, stipulando un nuovo accordo con il paese in questione⁽⁵⁴⁾. Naturalmente, conquistato il potere, esclu-

⁽⁵³⁾ C. giust. Ue, parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017 (EU:C:2017:376), paragrafi 292-293. La Corte ha chiarito che l'arbitrato sugli investimenti (Isds), in quanto regime «che sottrae delle controversie alla competenza giurisdizionale degli Stati membri, [...] non può essere istituito senza il consenso di detti Stati», con la conseguenza che l'approvazione delle disposizioni di accordi internazionali che prevedano un simile regime «non rientra nella competenza esclusiva dell'Unione, bensì in una competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri».

⁽⁵⁴⁾ C. giust. Ue, parere 2/15, cit., paragrafi 249-250: «Ne consegue che, a partire dal 1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato FUE, che attribuisce una competenza esclusiva all'Unione in materia di investimenti esteri diretti, l'Unione è competente ad approvare, da sola, una disposizione di un accordo da essa concluso con uno Stato terzo, la quale stabilisca che gli impegni in materia di investimenti diretti contenuti in accordi bilaterali precedentemente conclusi tra Stati membri dell'Unione e detto Stato terzo devono, a partire dall'entrata in vigore di tale accordo concluso dall'Unione, considerarsi sostituiti da quest'ultimo. A questo proposito occorre ricordare che, a norma dell'articolo 2, paragrafo 1, TFUE, agli Stati membri è vietato, salvo autorizzazione concessa dall'Unione, adottare atti che producano effetti giuridici nei settori rientranti in una competenza esclusiva dell'Unione. Orbene, il 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

sivo o concorrente, di condurre la politica commerciale comune, l'Unione deve essere libera di assumere tutti i tipi di impegni che assumono gli altri protagonisti delle relazioni internazionali, inclusi accordi di protezione degli investimenti con sistema ISDS di risoluzione delle dispute. Anche per tali ragioni, dunque, i limiti imposti agli Stati membri dalla sentenza *Achmea* non si possono applicare agli accordi di investimento stipulati dalla UE con paesi terzi, la cui compatibilità con il diritto europeo risponde alla «necessità di preservare la capacità dell'Unione di contribuire alla realizzazione dei principi e degli obiettivi della sua azione esterna»⁽⁵⁵⁾.

4.3. Posto che l'Unione europea ha sgombrato il campo, o tende a sgombrare il campo, da accordi di protezione degli investimenti intra/UE, o fra singoli Stati membri e paesi terzi, che contengano sistemi ISDS di risoluzione delle dispute, riservando però a sé stessa il potere di stipulare simili accordi, senza limitazioni, ci si deve chiedere allora come l'Unione abbia fatto uso, o intenda fare uso, di tale potere.

Al riguardo, l'Unione europea intende evitare sia la posizione neo-liberale, sia quella neo-statalista. Sulla scena internazionale,

paesi terzi in materia di investimenti [...], certo autorizza gli Stati membri, a condizioni rigorose, a mantenere in vigore, o persino a concludere, accordi bilaterali in materia di investimenti diretti con uno Stato terzo fintantoché non esista un accordo in materia di investimenti diretti tra l'Unione e tale Stato terzo. Per contro, una volta che un accordo siffatto tra l'Unione e il citato Stato terzo sia entrato in vigore, detta autorizzazione viene meno».

⁽⁵⁵⁾ In tal senso, si cfr. conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., paragrafo 173. Secondo l'avvocato generale, «la Corte dovrebbe attribuire al principio di autonomia del diritto dell'Unione un contenuto che consenta non solo il mantenimento delle caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione, ma anche la partecipazione dell'Unione allo sviluppo del diritto internazionale e di un ordinamento giuridico internazionale basato su norme. [...] A mio avviso, le disposizioni contenute nel capo 8 del CETA consentono di raggiungere un equilibrio tra la salvaguardia della struttura costituzionale specifica dell'Unione e lo sviluppo della sua azione esterna. Conformemente all'articolo 207, paragrafo 1, TFUE «[l]a politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione». [...]. Il capo 8 del CETA si inserisce, a mio avviso, pienamente in tali obiettivi attraverso una combinazione di norme sulla protezione degli investimenti, che contribuiscono alla certezza del diritto degli investitori e allo sviluppo degli scambi commerciali tra l'Unione e il Canada (142), e una procedura specifica di risoluzione delle controversie con l'affermazione espressa del diritto per le parti contraenti di adottare la legislazione necessaria a conseguire obiettivi legittimi di interesse pubblico, come ad esempio la sanità pubblica, la sicurezza, l'ambiente o la protezione sociale».

L'Unione europea è l'attore che sta approfondendo i maggiori sforzi per applicare e promuovere una terza via: né *abandon*, né *keep and reform*; bensì *replace*. Per adoperare ancora una volta le parole dell'avvocato generale Bot, l'Unione europea è impegnata nel tentativo di definire, e di proporre nelle proprie relazioni commerciali, bilaterali e multilaterali, un «modello caratterizzato da taluni tratti originali che gli conferiscono un carattere ibrido, una forma di compromesso fra un tribunale arbitrale e una corte internazionale»⁽⁵⁶⁾. Per un verso, l'Unione europea sposa la prospettiva neo-liberale, conservando, della forma tradizionale di arbitrato sugli investimenti, il diritto dell'investitore privato di adire direttamente, cioè senza ricorso alla protezione diplomatica, un tribunale posto all'esterno dell'ordinamento dello Stato ospite e, in quanto tale, più neutrale. Per altro verso, l'Unione europea è sensibile agli argomenti che sorreggono la prospettiva neo-statalista, alle critiche rivolte alla forma classica di arbitrato internazionale, alle preoccupazioni di coloro che ritengono il sistema sbilanciato sul versante della protezione dell'investitore rispetto a quello della tutela del *right to regulate* dello Stato ospite. Per questa ragione, l'Unione ha proposto una significativa trasformazione del modello di risoluzione delle dispute ISDs⁽⁵⁷⁾.

Il nuovo modello è stato recepito nei più recenti accordi commerciali stipulati dall'Unione europea con il Canada e il Vietnam; era previsto nell'accordo commerciale con gli Stati Uniti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* - TTIP), poi abbandonato per volontà del Presidente Trump; forma oggetto di recenti proposte avanzate dalla UE in sedi negoziali multilaterali, fra cui principalmente

⁽⁵⁶⁾ Si cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, *op. cit.*, paragrafo 17: «l'approccio scelto dall'Unione nell'ambito del CETA è quello di un'istituzionalizzazione e di un processo di giurisdizionalizzazione della procedura di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, che riflette un equilibrio fra tradizione e innovazione in materia di arbitrato di investimento. La dimensione sperimentale va qui sottolineata, in quanto l'Unione si pone all'avanguardia di un movimento di cui il futuro dirà se sia giuridicamente destinato ad essere perpetuato».

⁽⁵⁷⁾ Il modello europeo nasce da una proposta della Commissione (*EU's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*) del 12 Novembre 2015, approvata dal Parlamento europeo (*European Parliament Resolution*, approvata dalla sezione plenaria dell'8 luglio 2015, contenente le raccomandazioni del Parlamento Europeo alla Commissione Europea (CE) sul negoziato del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) (2014/2228(INI)).

l'UNCITRAL⁽⁵⁸⁾. La trasformazione si coglie in modo chiaro dall'esame dell'accordo con il Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* - CETA). Essa investe sia gli aspetti processuali, sia gli aspetti sostanziali del sistema.

Sotto il profilo processuale, il principale elemento di cambiamento riguarda la sostituzione del tribunale arbitrale, nominato dalle parti della controversia, con un sistema giurisdizionale internazionale permanente, articolato in un tribunale e in un tribunale di appello. Sia i membri del tribunale di primo grado, sia quelli dell'organo di appello, sono nominati da un organo intergovernativo, cioè un «Comitato misto», comprendente rappresentanti dell'Unione europea e del Canada e co-presieduto dal ministro del Commercio internazionale del Canada e dal membro della Commissione europea responsabile del Commercio, o dai rispettivi delegati⁽⁵⁹⁾. L'introduzione di un tale sistema risponderebbe, nelle intenzioni delle parti del CETA, alle preoccupazioni generate dal modello basato su tribunali arbitrali istituiti *ad hoc*. Fra queste, spiccano le critiche relative alla insufficiente indipendenza e terzietà degli arbitri. Si osserva, infatti, che essi svolgono altre attività professionali e, sovente, operano come consulenti e avvocati delle stesse imprese che li nominano nei collegi arbitrali. Si sostiene che essi facciano parte di una cerchia ristretta di professionisti, nel suo complesso più incline a sostenere gli interessi e le ragioni del privato investitore in luogo di quelli degli Stati che esercitano nell'interesse collettivo il proprio *right to regulate*. Ci si duole, in sostanza, di un *pro-investor bias*. Per rimediare a questi inconvenienti, si è optato allora per tribunali composti da giudici intergovernativi, in quanto nominati dai governi degli Stati contraenti, professionali e relativamente stabili⁽⁶⁰⁾, provvisti di adeguati requisiti di indipendenza e

⁽⁵⁸⁾ Si cfr. *Submission of the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III* - 18 January 2019 - *Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes*.

⁽⁵⁹⁾ Secondo l'art. 8.27, paragrafo 2, della sezione F del CETA, il comitato misto nomina 15 membri del tribunale: cinque sono cittadini nazionali di uno Stato membro dell'Unione europea, cinque del Canada e cinque di paesi terzi.

⁽⁶⁰⁾ Ad esempio, il CETA prevede che essi debbano possedere le qualifiche richieste nei loro rispettivi paesi per la nomina all'esercizio della funzione giurisdizionale o essere giuristi di riconosciuta competenza; che hanno un mandato di cinque anni rinnovabile una sola volta, che percepiscono un onorario mensile determinato sempre dal comitato misto che li nomina.

incompatibilità ⁽⁶¹⁾. Riaffiora qui l'idea della superiorità della giustizia statale rispetto a quella arbitrale, nonché della già segnalata resistenza culturale rispetto alla applicazione dell'istituto privatistico dell'arbitrato alle controversie di diritto pubblico.

Sotto il profilo sostanziale, il modello europeo di ISDS è basato sul contenimento della discrezionalità del tribunale, e della conseguente ampiezza e profondità del suo sindacato, a protezione del *right to regulate* degli Stati. Innanzitutto, a differenza dei BITS o IIAS tradizionali, la sezione D del CETA, pur se intitolata alla «protezione degli investimenti», parte invece dalla protezione degli Stati. Si ribadisce «il loro diritto di legiferare nei rispettivi territori al fine di conseguire obiettivi politici legittimi come la tutela della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori nonché la promozione e la tutela della diversità culturale» ⁽⁶²⁾. Si difende il diritto degli Stati di modificare la legislazione in vigore al momento dell'investimento, senza che ciò costituisca lesione del legittimo affidamento dell'investitore ⁽⁶³⁾. Si protegge il potere discrezionale degli Stati in ordine alla concessione di sovvenzioni ⁽⁶⁴⁾ e si dettano specifiche disposizioni «anti-Micula» ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ Ad esempio, il CETA prevede che essi non sono collegati ad alcun governo (ma si chiarisce che il fatto che una persona riceva una retribuzione da un governo non è di per sé motivo di incompatibilità), non ricevono istruzioni da organizzazioni o governi in relazione a questioni attinenti alla controversia né partecipano all'esame di controversie suscettibili di creare conflitti di interesse diretti o indiretti. Inoltre, essi si astengono dall'agire in qualità di consulenti o di esperti o testimoni di parte in qualunque controversia in materia di investimenti, sia essa nuova o in corso, insorta nel quadro del presente accordo o di qualsiasi altro accordo internazionale.

⁽⁶²⁾ Si cfr. CETA sez. D, art. 8.9, par. 1.

⁽⁶³⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.9, par. 2: «Si precisa che il semplice fatto che una parte legiferi, anche modificando la propria legislazione, in modo tale da incidere negativamente su un investimento [...], non costituisce una violazione di un obbligo a norma della presente sezione».

⁽⁶⁴⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.9, par. 3: «Si precisa che la decisione di una parte di non concedere, rinnovare o mantenere una sovvenzione: a) in mancanza di un impegno specifico, previsto dalla legge o da un contratto, alla concessione, al rinnovo o al mantenimento di tale sovvenzione; oppure b) in conformità delle condizioni che regolano la concessione, il rinnovo o il mantenimento di tale sovvenzione, non costituisce una violazione delle disposizioni della presente sezione».

⁽⁶⁵⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.9, par. 4: «Si precisa che nessuna disposizione della presente sezione può essere interpretata nel senso di impedire a una parte di interrompere la concessione di una sovvenzione o di richiederne il rimborso qualora tale misura sia necessaria al fine di conformarsi agli obblighi internazionali tra le parti o sia

In secondo luogo, sempre per tutelare il perseguimento dell'interesse pubblico rispetto alla eccessiva interferenza del *judicial review* del sistema giurisdizionale creato dall'accordo CETA, quest'ultimo precisa e circoscrive il significato di quelle clausole generali che, nei BITS e IIAS tradizionali, assegnano ai collegi arbitrali ampia discrezionalità, non solo nell'interpretazione, ma nella individuazione stessa del diritto applicabile. Si tratta, principalmente, come noto, del *fair and equitable treatment* e della *indirect expropriation*. Quanto alla prima clausola, il CETA agisce in quattro direzioni: indica una lista esaustiva di obblighi più specifici riconducibili al *fair and equitable treatment* ⁽⁶⁶⁾; prevede un diritto delle parti contraenti di adottare raccomandazioni sul significato della clausola, vincolanti per i giudici ⁽⁶⁷⁾; circoscrive l'ipotesi della violazione del legittimo affidamento, spesso ricondotta dai tribunali arbitrali al trattamento giusto ed equo, ai casi in cui vi siano dichiarazioni specifiche dello Stato ospite che abbiano indotto il privato a realizzare l'investimento ⁽⁶⁸⁾; esclude che la violazione del diritto interno dello Stato ospite rappresenti, di per sé, una violazione

stata ordinata dal tribunale ordinario o amministrativo competente o da altra autorità competente¹⁰, oppure nel senso di imporre a tale parte di compensare l'investitore per l'applicazione di tale misura».

⁽⁶⁶⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.10, par. 2: «Le parti violano l'obbligo di trattamento giusto ed equo di cui al paragrafo 1 nei casi in cui una misura o una serie di misure costituisca: a) un diniego di giustizia nei procedimenti penali, civili o amministrativi; b) una violazione fondamentale del principio del giusto processo, compresa una violazione fondamentale dell'obbligo di trasparenza, nei procedimenti giudiziari e amministrativi; c) un comportamento manifestamente arbitrario; d) una discriminazione mirata per motivi manifestamente illeciti quali genere, razza o credo religioso; e) un trattamento abusivo degli investitori, come coercizione, costrizione e vessazioni; oppure f) una violazione di qualunque altro elemento dell'obbligo di trattamento giusto ed equo assunto dalle parti in conformità del paragrafo 3 del presente articolo».

⁽⁶⁷⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.10, par. 3: «Le parti riesaminano regolarmente, anche su richiesta di una parte, il contenuto dell'obbligo di trattamento giusto ed equo. Il comitato per i servizi e gli investimenti istituito a norma dell'articolo 26.2 (Comitati specializzati), paragrafo 1, lettera b), può a tale proposito formulare raccomandazioni da sottoporre alla decisione del comitato misto CETA».

⁽⁶⁸⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.10, par. 4: «Nell'applicare il suddetto obbligo di trattamento giusto ed equo il tribunale può tener conto di eventuali dichiarazioni specifiche effettuate da una parte ad un investitore per indurlo a realizzare un investimento disciplinato, tali da ingenerare legittime aspettative successivamente deluse da tale parte, e sulle quali l'investitore abbia fatto affidamento nel decidere se realizzare o mantenere detto investimento disciplinato».

del trattamento giusto ed equo ⁽⁶⁹⁾. Quanto alla seconda clausola, il problema, come è noto, è rappresentato dalla labile linea di confine fra legittimo esercizio del *right to regulate*, che può produrre effetti negativi sull'investimento senza obbligo di indennizzo per l'investitore, da un lato, e, dall'altro lato, l'espropriazione indiretta, che invece implica l'obbligo di indennizzo, nei casi in cui lo Stato «adotta una misura o una serie di misure con effetto equivalente all'espropriazione diretta» ⁽⁷⁰⁾. In proposito, l'accordo CETA, per un verso, detta alcuni criteri in base ai quali il tribunale è tenuto a identificare, nei casi concreti, quella linea di confine, chiarendo in particolare che il semplice fatto che la misura statale incide negativamente sul valore economico dell'investimento non integra in sé una espropriazione indiretta ⁽⁷¹⁾. Per altro verso, l'accordo CETA precisa che, in ogni caso, «le misure non discriminatorie concepite e applicate per tutelare interessi pubblici legittimi come la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente, non costituiscono espropriazioni indirette», «ad eccezione dei rari casi in cui l'impatto di una misura o di una serie di misure sia talmente grave da farle apparire manifestamente eccessive rispetto all'obiettivo perseguito» ⁽⁷²⁾.

Tale più intensa protezione dell'interesse pubblico e del *right to*

⁽⁶⁹⁾ Si cfr. CETA, sez. D, art. 8.10, par. 7: «Si precisa che il fatto che una misura violi il diritto interno non costituisce di per sé una violazione del presente articolo».

⁽⁷⁰⁾ La definizione di espropriazione indiretta, sempre per esigenze di contenimento della discrezionalità interpretativa dei tribunali arbitrali, è contenuta nel CETA (v Allegato 8-A). Vi è espropriazione indiretta quando lo Stato «adotta una misura o una serie di misure con effetto equivalente all'espropriazione diretta, in quanto l'investitore si vede sostanzialmente privato delle facoltà essenziali connesse al diritto di proprietà in relazione all'investimento, compreso il diritto di usare, godere e disporre del proprio investimento, senza che abbiano luogo un trasferimento formale del titolo di proprietà né una vera e propria confisca».

⁽⁷¹⁾ Si cfr. CETA, Allegato 8-A, par. 2: «per stabilire se una misura o una serie di misure adottate da una parte in una determinata situazione di fatto configuri un'espropriazione indiretta occorre un'indagine fattuale, caso per caso, che tenga conto, fra l'altro, di fattori quali: a) l'impatto economico della misura o della serie di misure, anche se la mera constatazione che una misura o una serie di misure adottate da una parte incidono negativamente sul valore economico di un investimento non basta a dimostrare che si è verificata un'espropriazione indiretta; b) la durata della misura o della serie di misure adottate da una parte; c) il grado in cui la misura o la serie di misure interferiscono con precise e ragionevoli aspettative di remunerazione del capitale investito; e d) le caratteristiche della misura o della serie di misure, in particolare l'oggetto, il contesto e la causa».

⁽⁷²⁾ Si cfr. CETA, Allegato 8-A, par. 3.

regulate dell'Unione e degli Stati membri è inoltre stata identificata dalla Corte di giustizia come precisa condizione di legittimità del sistema ISDS. Se queste garanzie di tutela dell'interesse pubblico non fossero presenti, ad avviso della Corte, risulterebbe lesa l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Infatti, «se il tribunale e il tribunale d'appello del CETA fossero competenti a pronunciare sentenze le quali accertassero che il trattamento di un investitore canadese sia incompatibile con il CETA a causa del livello di tutela di un interesse pubblico stabilito dalle istituzioni dell'Unione, quest'ultima rischierebbe di essere indotta, a pena di essere ripetutamente costretta dal tribunale del CETA a versare risarcimenti all'investitore ricorrente, a rinunciare a conseguire detto livello di tutela». E, «qualora l'Unione concludesse un accordo internazionale in grado di produrre l'effetto che l'Unione — o uno Stato membro, in sede di esecuzione del diritto dell'Unione — dovesse modificare o ritirare una normativa a causa di una valutazione, effettuata da un giudice esterno al suo sistema giurisdizionale, del livello di tutela dell'interesse pubblico stabilito, conformemente al quadro costituzionale dell'Unione, dalle istituzioni di quest'ultima, sarebbe giocoforza concludere che un siffatto accordo compromette la capacità dell'Unione di funzionare autonomamente nell'ambito del suo specifico quadro costituzionale». Solo in virtù delle disposizioni di tutela del *right to regulate* in precedenza evidenziate, la Corte conclude «che il potere di valutazione del tribunale e del tribunale d'appello del CETA non si spinge sino a consentire loro di rimettere in discussione il livello di tutela di un interesse pubblico, definito dall'Unione in esito a un processo democratico» ⁽⁷³⁾.

Negli ordinamenti statali, come è noto, la giustizia amministrativa si è affermata come soluzione istituzionale di compromesso. Essa rappresenta una sorta di mediazione fra l'idea liberale, che vuole assegnare le controversie di diritto pubblico alla giurisdizione unica, competente anche per quelle di diritto privato, e la concezione autoritativa, figlia dello «stato amministrativo», che vuole sottrarre le controversie di diritto pubblico a un giudice pienamente indipendente dal potere esecutivo parte della controversia ⁽⁷⁴⁾. La concezione più radicalmente sta-

⁽⁷³⁾ C. giust. Ue, parere 1/17, cit., paragrafi 137 ss.

⁽⁷⁴⁾ Forse nessuno lo ha spiegato più chiaramente di Mario Nigro (*Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1976): «Nessuno nega il profondo valore liberale degli istituti di giustizia amministrativa, ma esso non esaurisce il senso di tali istituti: v'è alla base di questi anche una forte componente autoritativa, e, entro certi limiti, si può

talista viene superata, a condizione che il giudice sia «speciale», diverso dal giudice comune, distinto ma non completamente separato dal potere esecutivo, in modo da poter cogliere la dimensione pubblicistica della lite. E la specialità del giudice si rispecchia nel tipo di sindacato che esso esercita, attraverso la tecnica dell'eccesso di potere, nel quale la pretesa del privato trova soddisfazione con la necessaria intermediazione del giudizio sulla conformità della decisione pregiudizievole rispetto all'interesse pubblico con essa perseguito ⁽⁷⁵⁾.

Mutatis mutandis, anche la soluzione proposta dalla UE e dal Canada ha carattere di compromesso e si risolve nella istituzione di un sistema che potremmo definire di giustizia amministrativa globale. Il compromesso, come accennato, interviene fra l'idea neo-liberale di affidare allo stesso schema di giustizia privata arbitrale le controversie transnazionali di diritto pubblico e di diritto privato, da una parte, e, dall'altra, la concezione neo-statalista che riserva le controversie transnazionali di diritto pubblico alla giurisdizione interna dello Stato ospite. Il sistema giurisdizionale permanente, proposto dalla UE, supera in senso liberale la prospettiva neo-statalista, consentendo l'accesso diretto dell'investitore privato ad un giudice esterno all'ordinamento dello Stato ospite. Ma corregge in senso autoritativo la prospettiva della giustizia privata globale. Il giudice esterno è accettabile purché speciale, diverso dai tribunali arbitrali scelti paritariamente dalla parte pubblica e dalla parte privata, nominato invece dai governi, cioè dalle parti pubbliche, che resistono ai

dire addirittura illiberale [...]. Questo profilo non può essere trascurato. Per rendersi conto di esso, occorre considerare che gli istituti di giustizia amministrativa [...] sono il prodotto di un ambiente politico e giuridico di cui l'ideologia e le realizzazioni dello stato di diritto costituiscono un aspetto, mentre l'altro aspetto, non sempre valorizzato, sono l'ideologia e le strutture del c.d. stato amministrativo. [...] Cosicché possiamo vederli come figli dello stato di diritto, ma dello stato di diritto in quanto anche stato amministrativo» (si cita dalla terza edizione, del 1983, 27).

⁽⁷⁵⁾ Si cfr. ancora M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., 33: «Il controllo del rispetto della legalità non può essere esercitato dal giudice ordinario perché non si tratta di salvaguardare direttamente la libertà dei cittadini dall'ingerenza illecita dello stato, ma di stabilire se i vincoli che questo si è dato a garanzia dell'interesse generale e della realizzazione di tale interesse sono stati rispettati. [...]. La tutela del singolo cittadino è perseguita e ordinata, ma non può essere che una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico. O, se si preferisce, mira ad un accertamento unico e bivalente, il quale cadendo sulla legalità del comportamento amministrativo, insieme procura la soddisfazione dell'interesse obiettivo della collettività e quella dell'interesse del singolo. Solo un giudice apposito, il quale si ponga per così dire all'interno del meccanismo di protezione e restaurazione dell'interesse obiettivo, è in grado di compiere, con appagamento di tutte le esigenze, l'accertamento richiesto».

ricorsi presentati dai privati dinanzi a tale giurisdizione. Si tratta dunque di una sorta di giustizia amministrativa globale: amministrativa perché caratterizzata dalla specialità; globale perché attivabile direttamente dai soggetti privati, senza intermediazione del proprio Stato. Tale giudice amministrativo globale è anche invitato a sviluppare tecniche di sindacato che si avvicinano a quelle dei giudici amministrativi interni, e si allontanano invece dagli schemi privatistici dei collegi arbitrali commerciali. Il diritto della parte privata al trattamento giusto ed equo non è leso se la parte pubblica ha assunto la decisione contestata «al fine di conseguire obiettivi politici legittimi». Il diritto all'indennizzo del privato non può essere riconosciuto, se il pregiudizio derivi da una misura diretta a realizzare «interessi pubblici legittimi», e non «manifestamente eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito». Alla valutazione equitativa dell'arbitro, intesa come giusto bilanciamento degli interessi contrapposti delle parti, viene ad anteporsi la questione, in certo senso pregiudiziale, della corrispondenza e proporzione della condotta della parte pubblica rispetto all'interesse collettivo che la giustifica, secondo lo schema tipico del giudizio amministrativo. E, quel che più conta, il livello di tutela dell'interesse collettivo è oggetto di un apprezzamento discrezionale, sottratto alla valutazione del giudice, perché definito, come afferma la Corte di giustizia, in base ad un processo democratico. In termini più precisi, l'affermazione secondo la quale è riservata allo Stato (e sottratta al giudice) la valutazione circa il «livello» di tutela dell'interesse pubblico perseguito esclude che la profondità del sindacato esercitabile dagli arbitri possa estendersi fino allo scrutinio di «stretta proporzionalità» e, quindi, al bilanciamento fra il beneficio arrecato all'interesse pubblico dalla misura oggetto di contestazione, da un lato, e il costo imposto dalla stessa all'investitore privato. Il sindacato del tribunale deve limitarsi al *suitability test* (se la misura contestata contribuisce a realizzare lo specifico livello di protezione dell'interesse pubblico prescelto dallo Stato ospite) e al *necessity test* (se non vi sono misure che raggiungono lo stesso livello di protezione dell'interesse pubblico, implicando un minor sacrificio dell'interesse dell'investitore privato). Il tribunale arbitrale non può invece interferire sulla scelta dello Stato ospite di definire il livello appropriato di protezione dell'interesse pubblico, a prescindere dagli effetti che ciò produce nella sfera dell'investitore privato ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ Per una puntuale analisi di questi profili, si veda di recente F. ORTINO, *Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case*

Naturalmente, la prospettiva della giustizia amministrativa globale è molto contrastata. Dal versante neo-statalista, si osserva che i tribunali internazionali permanenti sono affetti dallo stesso difetto di legittimazione degli arbitri privati, nel momento in cui interferiscono con le scelte delle autorità politiche domestiche dotate di legittimazione democratica: «There is a much simpler solution. This could be the continued promotion of alternative dispute resolution and arbitration in the commercial field, with a simultaneous scaling back of investment arbitration in agreements between developed economies»⁽⁷⁷⁾. Dal versante neoliberale, si contesta invece che il sistema di risoluzione delle controversie imperniato su un giudice intergovernativo sia in grado di elevare il livello di indipendenza e terzietà del giudice stesso. Taluni osservano, invece, che esso ha precisamente l'effetto opposto, almeno agli occhi dell'investitore privato. A questi, infatti, viene ad essere sottratto ogni potere di scelta in ordine alla composizione del collegio arbitrale, la cui nomina resta invece riservata alla propria controparte. L'allontanamento radicale dallo schema dell'arbitrato commerciale, applicabile alle controversie transnazionali di diritto privato, potrebbe avere così l'effetto di attribuire le controversie transnazionali di diritto pubblico ad un giudice meno indipendente, il quale «pende» verso la parte pubblica, dalla quale anzi perfino «dipende»⁽⁷⁸⁾. Per evitare il rischio di un *pro-investor bias*, si affaccia

Against Strict Proportionality Balancing, in 30 *Leiden Journal of International Law* (2017), 71 ss., che in particolare ricollega l'esclusione dello scrutinio di stretta proporzionalità (*strict balancing* o *proportionality stricto sensu*) ad una interpretazione della funzione degli accordi bilaterali di investimento alla luce del principio dello sviluppo sostenibile.

⁽⁷⁷⁾ In questo senso I. GILNAVOS, *Public Interest, Private Disputes: Investment Arbitration and the Public Good*, op. cit., 62: «Inserting an ISDS clause in the TTIP can only have one purpose, restricting sovereign discretion in order to ensure policy consistency, regardless of the effects this can have on democracy, accountability, transparency. There is no reason to reinvent the wheel through an investment court in order to allow tribunals to wade into cross-Atlantic disputes. Our respective court systems (USA and EU) are perfectly capable of doing that, and keep definitions of the public interest within established juridical frontiers».

⁽⁷⁸⁾ Il tema non ha tardato a porsi. Nella già citata domanda di parere alla Corte di giustizia, il Belgio ha avanzato dubbi circa la compatibilità della sezione F del capo 8 dell'accordo CETA con il diritto di accesso ad un giudice indipendente e imparziale, previsto dall'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I dubbi riguardano principalmente tre aspetti. Il primo è quello delle condizioni retributive dei membri del tribunale, che sono affidate alla discrezionalità del comitato misto intergovernativo. Esse dovrebbero essere previamente stabilite dal legislatore e

così quello, opposto, del *pro-State bias*, tipico quest'ultimo del giudice speciale negli ordinamenti interni di diritto amministrativo ⁽⁷⁹⁾.

non dal potere esecutivo. Il secondo aspetto concerne la nomina dei membri del tribunale, che pure spetta al comitato intergovernativo. Ma — osserva il Belgio — la Carta europea sullo statuto dei giudici stabilisce che, quando la nomina dei giudici viene effettuata dal potere esecutivo, questa deve imperativamente avvenire a seguito di una raccomandazione da parte di un'autorità indipendente costituita, per una parte sostanziale, di membri del potere giudiziario. Infine, vi è l'aspetto della rimozione dei membri del tribunale. Secondo l'accordo CETA, su iniziativa congiunta delle parti e senza possibilità di ricorso, i membri del tribunale possono essere destituiti con decisione del comitato misto. Secondo il Belgio, ciò contrasta con la Carta europea sullo statuto dei giudici, secondo cui qualsiasi decisione di destituzione di un giudice deve coinvolgere un organismo indipendente, essere adottata secondo una procedura equa che rispetti i diritti della difesa e poter essere oggetto di ricorso dinanzi a un organo superiore di natura giurisdizionale. In ogni caso, sempre secondo il Belgio, per garantire l'indipendenza dei giudici, non dovrebbe essere possibile la loro destituzione da parte del potere esecutivo.

La Corte di giustizia (Parere 1/17, del 30 aprile 2019, paragrafi 223 e seguenti) ha riconosciuto che la disciplina CETA debba rispettare, in riferimento ai tribunali da essa istituiti, garanzie di indipendenza. Ma tali garanzie, secondo la Corte, «non possono essere assolutamente intese nel senso che esse ostino a che un organo non giurisdizionale, quale il comitato misto CETA, sia competente a nominare [...] i membri [del tribunale del CETA... e] a che «un organo siffatto sia competente a destituire tali membri» nelle ipotesi di condotta non conforme al divieto di seguire istruzioni di terzi o di trovarsi in conflitto di interessi. In particolare, la Corte osserva che «il comitato misto CETA avrà composizione bipartita e che adotterà le sue decisioni di comune accordo»; tali elementi «consentono di ritenere che né la nomina né l'eventuale destituzione di un membro del tribunale o del tribunale d'appello obbediscano a condizioni diverse da quelle enunciate, segnatamente, dall'articolo 8.27, paragrafo 4, e dall'articolo 8.30, paragrafo 1, del CETA». Come può notarsi, la Corte ritiene che l'equidistanza fra gli Stati si rifletta in una equidistanza fra il governo di uno Stato e gli investitori dell'altro Stato. La preoccupazione di un giudice intergovernativo che, come tale, dipende dagli esecutivi, che sono parti del rapporto è sottovalutata dalla Corte, che pare accogliere una concezione internazionale, più che interna, di indipendenza. La Corte, al riguardo, ritiene che la indipendenza rispetto ai governi sia sufficientemente garantita dall'articolo 8.30, paragrafo 1, del CETA, che stabilisce che i membri del tribunale «non sono collegati ad alcun governo», benché siano i proprio i due governi a provvedere alla loro nomina e alla loro destituzione. Né la garanzia di indipendenza sarebbe attenuata per le previsioni dell'accordo che precisano che «il fatto che una persona riceva una retribuzione da un governo non è di per sé motivo di incompatibilità». Secondo la Corte, «occorre considerare che [...] questa precisazione è collegata al fatto che, in un primo tempo, i membri dei tribunali previsti non saranno indubbiamente occupati a tempo pieno e potranno comprendere segnatamente come membri, ad esempio, professori di giurisprudenza, i quali percepiscono la loro retribuzione da parte di uno Stato senza tuttavia essere coinvolti, direttamente o indirettamente, nella determinazione della politica governativa di quest'ultimo».

5. Qual è dunque il regime più appropriato per le controversie transnazionali di diritto pubblico? Il dibattito resta aperto, ma, come si è tentato di dimostrare in questo scritto, esso non è troppo dissimile da quello relativo alle controversie interne di diritto pubblico ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Si veda A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, 133: «Viene così eliminato uno dei tratti tipici, e tra quelli percepiti come maggiormente attraenti, dell'istituto arbitrale, ovvero la possibilità, per entrambi i contendenti, di scegliere arbitri di proprio gradimento, in base a valutazioni attinenti alla particolare natura e complessità della controversia, alla nazionalità delle parti, al diritto applicabile e così via. Tale soluzione, da un lato, comporta il rischio che vengano selezionati come arbitri individui non del tutto insensibili, in prospettiva, alle ragioni ed esigenze dei futuri Stati parti della disputa, dal momento che si tratta, a tutti gli effetti, di soggetti da essi dipendenti e stipendiati; dall'altro, non appare del tutto in linea con i principi che governano il giusto processo, in virtù della disparità delle parti per quanto riguarda un aspetto fondamentale della procedura arbitrale, quale è appunto quello della nomina degli arbitri. Un simile drastico passaggio da un sistema aggiudicatorio fondato sull'autonomia e pari trattamento delle parti ad uno caratterizzato da spiccate *political considerations* non può che ridurre sensibilmente la percezione della *fairness* dell'intero processo, quantomeno agli occhi degli investitori». In senso analogo, a proposito della proposta UE della istituzione di un *International Court System*, osserva P. BERNARDINI (*Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2017, 673) che: «Diversamente dal sistema ISDS, i membri delle due corti in che consiste l'ICS, di cui alla proposta dell'UE, sono tutti nominati a seguito della scelta operata da una commissione composta da rappresentanti degli Stati parti del trattato senza alcuna partecipazione dell'altra parte in lite, l'investitore privato, e sono remunerati con un compenso mensile ("*retainer fee*") stabilito dalla stessa commissione. Solo l'esperienza applicativa potrà confermare quanto questa dipendenza sia per la nomina che economica potrà condizionare l'indipendenza dei membri delle due corti, non solo effettivamente ma in quanto "percepita" come tale. Autorevoli commentatori hanno segnalato come questa dipendenza comporta il rischio che siano scelte personalità *pro-State biased* e che quindi sia messa in dubbio la legittimità della composizione dell'ICS e, quindi, delle sue decisioni».

⁽⁸⁰⁾ Si veda, sia pure in una prospettiva diversa, S. CASSESE, *An European Administrative Justice?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1319 ss., in cui l'autore ricostruisce la collocazione istituzionale, nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale, degli organi di risoluzione delle controversie di recente istituiti nel settore finanziario, secondo schemi che replicano quelli della giustizia amministrativa domestica: «There are three possible future paths for the three European reviewing bodies. One is that they take a step back and become simple internal control bodies, holding a merely advisory role. Another is that they develop into administrative judges, thus introducing a dualist judicial system (like the French and the Italian systems, where there are civil and administrative courts) into the European Union. Finally, they may become an additional court of first instance, alongside the General Court, thus following the example of the British monist system».

Nell'uno e nell'altro, tre sono le soluzioni principali che si contendono il campo. Quella di Mantellini, che negava un giudice per le controversie interne di diritto pubblico, così come oggi molti Stati pretendono di negare un giudice ultrastatale alle controversie transnazionali di diritto pubblico, concedendo solo rimedi domestici. Quella del giudice comune per le controversie di diritto pubblico e di diritto privato, che è il giudice statale ordinario per le controversie domestiche e il collegio arbitrale privato per quelle transnazionali. Infine, il giudice speciale per le controversie di diritto pubblico, che è il giudice amministrativo per le controversie interne e il giudice intergovernativo, nominato dalle parti pubbliche, per le controversie transnazionali.

Giustizia ritenuta, giustizia delegata, giustizia comune. Per effetto della globalizzazione, la grande avventura della giustizia amministrativa prosegue e si rinnova, oltre lo Stato.