

ALBERTO MIGLIO

Autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e risoluzione delle controversie in materia di investimenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'autonomia dell'ordinamento dell'Unione: cenni ricostruttivi. – 3. I limiti derivanti dall'autonomia alla sottoposizione dell'Unione a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie secondo il parere 2/13. – 4. Le ragioni della Corte. – 5. L'autonomia dell'Unione e gli accordi in materia di investimenti: l'approccio dualistico seguito dalla Commissione. – 5.1. *I possibili modelli.* – 5.2. *Diversi meccanismi di risoluzione delle controversie accomunati dalla separazione tra ordinamenti.* – 5.3. *Le garanzie dell'autonomia.* – 6. L'alternativa consistente nel previo coinvolgimento della Corte di giustizia. – 7. Autonomia e determinazione del convenuto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Come è noto, una delle innovazioni più significative che si devono al Trattato di Lisbona consiste nell'attribuzione all'Unione europea, nell'ambito della politica commerciale comune, di competenza esclusiva in materia di investimenti esteri diretti¹. La nuova competenza, che ha immediatamente attratto l'attenzione della dottrina², pone numerosi e delicati problemi giuri-

1 Ai sensi dell'art. 207, par. 1, TFUE, «[l]a politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne [...] gli investimenti esteri diretti [...]. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione».

2 Si vedano, senza pretese di esaustività: M. BURGSTALLER, *European Law and Investment*

dici, dovuti alla natura di organizzazione internazionale *sui generis* dell'Unione e ai rapporti tra questa e gli Stati membri: si tratta di questioni che non soltanto risultano di grande attualità in un momento storico nel quale l'elaborazione di una politica dell'Unione in materia di investimenti è in pieno sviluppo³, ma che toccano anche nodi centrali dell'istituto dell'illecito internazionale cui questo volume è dedicato.

In primo luogo, sono evidenti le implicazioni sul piano dell'attribuzione delle condotte e della ripartizione della responsabilità, in particolare alla luce del recente parere 2/15, nel quale la Corte di giustizia ha affermato che gli accordi in materia di investimenti che prevedano meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie azionabili da investitori stranieri dovranno

Treaties, in *JIArb*, 2009, 181 ss.; R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il trattato di Lisbona*, in *DCI*, 2010, 403 ss.; C. HERRMANN, *Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon*, in *EZW*, 2010, 207 ss.; M.R. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *SIE*, 2010, 403 ss.; M. BUNGENBERG, *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics*, in *International Investment Law and EU Law* (a cura di M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hindelang), Berlin-Heidelberg 2011, 29 ss.; J. KLEINHEISTERKAMP, *The Future of the BITs of European Member States after Lisbon*, in *ASA Bull.*, 2011, n. 29, 212 ss.; S. HINDELANG, N. MAYDELL, *The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots*, in *International Investment Law and EU Law cit.*, 1 ss.; C. BROWN, M. ALCOVERLLUBIA, *The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon*, in *YILP*, 2012, 3 ss.; A. DE LUCA, *New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy Under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy* (a cura di K.P. Sauvant), 2010/2011, Oxford 2012, 165 ss.; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford 2012; P. EECKHOUT, F. ORTINO, *Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment*, in *EU law after Lisbon* (a cura di A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley), Oxford 2012, 312 ss.; F. HOFFMEISTER, G. ÜNÜVAR, *From BITS and Pieces towards European Investment Agreements*, in *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (a cura di M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje), Baden-Baden 2013, 57 ss.; F. MARRELLA, *Unione europea ed investimenti esteri diretti*, in *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht, verso nuove regole. XVII Convegno SIDI, Genova, 31 maggio – 1 giugno 2012* (a cura di S.M. Carbone), Napoli 2013, 107 ss.

3 Sulle linee evolutive della politica dell'Unione in materia di investimenti v. N. JANSEN CALAMITA, *The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps*, in *LIEI*, 2012, 301 ss.; A. REINISCH, *The EU on the Investment Path - Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, in *SCJIL*, 2013, 111 ss.; J. MAUPIN, *Where Should Europe's Investment Path Lead? Reflections on August Reinisch, 'Quo Vadis Europe?'*, in *SCJIL*, 2014, 183 ss.; A. HERVÉ, *L'Union européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers: pour le meilleur ou pour le pire?*, in *CDE*, 2015, 178 ss; al tema è inoltre dedicato il volume speciale *The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT* del *Journal of World Investment and Trade* (Volume 15, Special Issue, 2014).

essere conclusi in forma mista⁴.

Il secondo profilo di interesse attiene alla concreta configurazione dei meccanismi giurisdizionali di controllo, la cui effettività incide sulla protezione degli investimenti e contribuisce a istituire un clima di fiducia a essi favorevole. Negli ultimi decenni, la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati relative all'applicazione di trattati bilaterali di investimento è risultata per lo più affidata all'arbitrato internazionale, mediante la previsione di modi di composizione delle controversie attivabili dagli investitori privati nei confronti dello Stato ospite (ISDS, *investor-State dispute settlement*)⁵. L'adattamento del modello a un ente *sui generis* e alla sua peculiare struttura giurisdizionale richiede tuttavia alcune cautele, onde assicurare che la configurazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie sia compatibile con i Trattati istitutivi dell'Unione.

Il presente contributo non ha l'ambizione di proporre una lettura di questi fenomeni nella prospettiva del diritto internazionale o di studiare l'impatto che l'attribuzione all'Unione della competenza in materia di protezione degli investimenti stranieri produce sugli istituti dell'illecito e della responsabilità. L'obiettivo è più modesto: si intende esaminare le implicazioni, per l'elaborazione di meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, dei vincoli che derivano dal principio di autonomia dell'Unione europea. La prospettiva seguita sarà dunque tutta *interna*, ma chi scrive si augura che questo esercizio prospettico possa offrire spunti di riflessione di qualche interesse per gli studiosi del diritto internazionale.

L'assunto di partenza – largamente condiviso in dottrina – è che i problemi fin qui molto sommariamente accennati debbano essere analizzati alla luce della rivendicazione di autonomia dell'ordinamento dell'Unione⁶. Proprio

4 La Corte ha infatti ritenuto che un regime giurisdizionale quale quello previsto, che sottrae le controversie relative all'applicazione dell'accordo alla cognizione delle corti nazionali, non potesse essere istituito senza il consenso degli Stati membri (CGUE, Parere 2/15 del 16 maggio 2017, punto 292).

5 Sulle caratteristiche del modello v., per tutti, A. DE LUCA, *L'arbitrato internazionale treaty-based sugli investimenti esteri*, in CS, 2007, 977 ss.

6 V. A. DIMOPOULOS, *The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law*, in *LIEI*, 2012, 447 ss.; ID., *The Involvement cit.*; K. VON PAPP, *Clash of "Autonomous Legal Orders": Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ*, in *CMLR*, 2013, 1039 ss.; D. GALLO, F.G. NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in *FJIL.*, 2016, 1081 ss., spec. 1117 ss.; F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles of EU Law and International Investment Arbitration*, in *DCI*, 2016, 115 ss., spec. 133 ss.; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the CJEU*, in

dall'affermazione del principio di autonomia, infatti, discendono molte delle difficoltà che si riscontrano nell'applicare all'Unione europea soluzioni consolidate nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, sia in relazione al tema dell'attribuzione delle condotte sia soprattutto in ordine alla disciplina degli strumenti di garanzia.

Peraltro, poiché l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione non opera soltanto rispetto alle relazioni esterne ma anche nei rapporti interni tra l'Unione e gli Stati membri, è opportuno premettere qualche considerazione generale su tale principio, muovendo dall'ipotesi – che il presente lavoro si propone di verificare – che l'insistenza della Corte di giustizia sull'autonomia dell'Unione rispetto a fonti esterne dipenda in larga misura da problemi di natura interna⁷.

La struttura del contributo sarà pertanto la seguente. Si proporrà in primo luogo una ricognizione della giurisprudenza relativa al principio di autonomia, nella sua duplice dimensione interna ed esterna (par. 2); particolare attenzione sarà dedicata al parere 2/13 e ai limiti da esso posti all'attribuzione di poteri a organi giurisdizionali istituiti da accordi internazionali conclusi dall'Unione (par. 3). Saranno successivamente avanzate alcune ipotesi circa le ragioni per le quali la salvaguardia delle competenze della Corte di giustizia assume, nella giurisprudenza, un rilievo del tutto preminente (par. 4). Si passerà poi a considerare le implicazioni del carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione per gli accordi in materia di investimenti: in questa prospettiva sarà esaminato criticamente l'approccio finora seguito dalla Commissione nei negoziati con Stati terzi (par. 5) e si valuterà la praticabilità di opzioni alternative (par. 6). Rammentate in termini estremamente sommarî, e soltanto nella misura in cui rilevino ai fini della costruzione di meccanismi di risoluzione delle controversie, le implicazioni dell'autonomia dell'Unione in tema di attribuzione delle condotte (par. 7), si proporranno infine alcune considerazioni conclusive (art. 8).

2. L'autonomia dell'ordinamento dell'Unione: cenni ricostruttivi

L'affermazione del carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione risale alla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*, nella quale la Corte di giustizia definì la (allora) Comunità come «un ordinamento giuridico di nuo-

JWIT, 2016, 701 ss.; I. GOVAERE, *TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order*, College of Europe Research Paper in Law 01/2016.

⁷ V. *infra*, par. 2.

vo genere nel campo del diritto internazionale»⁸, dotato di caratteristiche peculiari.

La formula venne ripresa nella sentenza *Costa c. Enel* di poco successiva, sebbene con due variazioni, consistenti per un verso nella soppressione del riferimento al diritto internazionale – sicché la Corte si limitò ad affermare che «il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico» – per altro verso nella precisazione che il diritto comunitario, sebbene «integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri», è «scaturito da una fonte autonoma»⁹. L'autonomia si salda così inestricabilmente, in quanto ne costituisce il presupposto, ai caratteri che meglio definiscono l'originalità della costruzione comunitaria: il primato e l'efficacia diretta¹⁰.

A dispetto del suo carattere sfuggente, che rende arduo determinarne in maniera esaustiva e puntuale il significato e la portata¹¹, l'autonomia assurge dunque a principio cardine del sistema, in grado di definire e strutturare i rapporti tra ordinamenti. Ciò è sicuramente vero sul piano interno, nei rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali. Basti pensare, oltre che ai ricordati principi del primato e dell'efficacia diretta, al monopolio rivendicato dalla Corte di giustizia nel controllo sulla validità degli atti dell'Unione¹², oppure alla complessa dinamica dei rapporti tra diritto UE e autonomia processuale degli Stati membri, o ancora all'affermata completezza del sistema di tutela giurisdizionale istituito dai Trattati¹³. La rivendicazione di autonomia opera tuttavia anche rispetto a norme esterne, attecchendosi a criterio ordinante nella costruzione delle relazioni tra diritto dell'Unione e diritto internazionale¹⁴. È anzi proprio nell'ambito delle relazioni esterne che

8 CGUE, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, sentenza 5 febbraio 1963.

9 CGUE, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64, sentenza 16 luglio 1964.

10 Cfr. J.H.H. WEILER, U.R. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass*, in *HILJ*, 1996, 411 ss.

11 Sull'ambiguità semantica del concetto di autonomia v. R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague-London-New York 2004, 245 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *RDI*, 2016, 70 s.

12 CGUE, *Foto-Frost*, causa 315/85, sentenza del 17 dicembre 1987, punto 17.

13 V. CGUE, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986, punto 23; CGUE, *Unión de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, punto 40.

14 È opportuno rilevare che il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione nei termini indicati dalla giurisprudenza di Lussemburgo non comporta necessariamente l'adesione alla tesi secondo la quale l'Unione avrebbe perduto il proprio radicamento nel diritto internazionale: in proposito si veda l'attenta analisi di B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous Is Its Legal Order?*, in *ZÖR*, 2010, 141 ss., spec. 144 ss. Un

la Corte è tornata, oltre un quarto di secolo dopo la sentenza *Costa c. Enel*, a richiamare espressamente tale principio. In questo contesto, il carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione rappresenta infatti la logica premessa dell'obbligo di rispettarne, nell'esercizio della competenza esterna, le caratteristiche essenziali.

Nel parere 1/91, la Corte di giustizia ha affermato che, se in linea di principio l'Unione può concludere un accordo internazionale che istituisca una corte competente a dirimere le controversie tra le parti contraenti e a interpretare le disposizioni dell'accordo¹⁵, occorre tuttavia che tale sistema giurisdizionale non comprometta il sistema delle competenze definito dai Trattati¹⁶ e «l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario nel perseguimento delle finalità che gli sono proprie»¹⁷. Il parere 1/91 riguardava il progetto di accordo istitutivo dello Spazio economico europeo (SEE), inteso a estendere parte consistente dell'*acquis* comunitario a taluni Stati terzi. Poiché l'accordo, al fine di conseguire tale obiettivo di omogeneità¹⁸, conteneva disposizioni in parte identiche al Trattato CEE, vi era il rischio che il sistema giurisdizionale da esso istituito vincolasse la Corte di giustizia, pregiudicandone la competenza a interpretare il diritto comunitario secondo principi e criteri autonomi¹⁹. Merita osservare come, in questa costruzione, la garanzia dell'autonomia dell'ordinamento comunitario sia risultata saldamente ancorata alla «competenza esclusiva della Corte di giustizia» nell'assicurarne il rispetto, ricavabile dal combinato disposto dell'art. 164 del Trattato CEE – ora sostituito, con modifiche, dall'art. 19, par. 1, TUE – e dall'art. 219 del Trattato (ora art. 344 TFUE)²⁰. Esaminate le caratteristiche dell'architettura giurisdizionale prevista dall'Accordo SEE, la Corte ha ritenuto che essa non

esame di questo complesso problema teorico esulerebbe peraltro dall'oggetto e dalla finalità del presente lavoro: per interessanti considerazioni al riguardo, v. S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 80 s.

15 CGUE, Parere 1/91 del 14 dicembre 1991, punto 40.

16 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 35.

17 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 30.

18 V. il preambolo e l'art. 1, par. 1, dell'accordo SEE. Sulle difficoltà connesse all'ambizioso obiettivo di assicurare l'omogeneità tra la disciplina del mercato interno e la sua riproduzione sul piano internazionale nell'accordo SEE, v. B. BRANDTNER, *The 'Drama' of the EEA: Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *EJIL*, 1992, 300 ss.; I. GOVAERE, *External Competence: What's in a Name? The Difficult Conciliation between Dynamism of the ECJ and Dynamics of European Integration*, in *European Legal Dynamics* (a cura di P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf), College of Europe Studies, Bruxelles 2007, 467 ss.

19 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punti 30 ss., spec. 35 e 46.

20 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 35.

offrisse garanzie sufficienti a scongiurare il rischio evidenziato²¹.

Dalla prima applicazione del principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione nel settore delle relazioni esterne emerge dunque il collegamento strettissimo con le competenze della Corte, ribadito costantemente dalla giurisprudenza successiva, che ha altresì precisato la portata dei limiti individuati dal parere 1/91.

In primo luogo, la giurisprudenza ha confermato che un accordo internazionale può incidere sulle competenze della Corte²², nonché attribuirle funzioni ulteriori²³, a condizione che siano rispettati «i requisiti essenziali affinché sia lasciata inalterata la natura delle sue competenze»²⁴.

In secondo luogo, essa ha chiarito che un pregiudizio per l'autonomia dell'Unione può verificarsi in contesti molto diversi e non soltanto in presenza di accordi che riproducano il contenuto di disposizioni dei Trattati istitutivi.

Per un verso, nella sentenza *Commissione c. Irlanda* del 30 maggio 2006, il Giudice dell'Unione ha interpretato rigorosamente il monopolio della Corte a statuire sulle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati previsto dall'art. 344 TFUE. Muovendo dalla premessa secondo cui tale competenza si estende a ogni norma dell'ordinamento dell'Unione, che comprende, come è noto, gli accordi internazionali da essa conclusi, la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con l'art. 344 TFUE la sottoposizione a un tribunale arbitrale di una controversia tra Stati membri relativa all'applicazione di disposizioni della Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino, che disciplina una materia parzialmente rientrante nella competenza dell'Unione e della quale quest'ultima è parte²⁵.

Per altro verso, la conclusione di accordi internazionali non può neppure pregiudicare la competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione. Nel parere 1/09, la Corte ha dichiarato incompatibile con i Trattati il progetto di accordo istitutivo di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario: in questo caso il pregiudizio per l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione non sarebbe derivato dall'erosione della giurisdizione della Corte in relazione alle controversie

21 Nel successivo parere 1/92, la Corte ha invece giudicato compatibile con i trattati una nuova versione dell'accordo SEE, ritenendo che presentasse garanzie sufficienti a soddisfare le condizioni indicate nel parere 1/91 (CGUE, Parere 1/92 del 10 aprile 1992).

22 CGUE, Parere 1/00 del 18 aprile 2002, punto 21.

23 CGUE, Parere 1/92 *cit.*, punto 32.

24 CGUE, Parere 1/00 *cit.*, punto 23. La formula impiegata nel parere 1/92 è molto simile («a condizione che tale attribuzione non alteri la funzione della Corte, qual essa è concepita nel Trattato CEE»). Cfr. anche CGUE, Parere 1/09 dell'8 marzo 2011, punti 75-76.

25 CGUE, *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza 30 maggio 2006, spec. punti 126-129.

tra Stati membri, o tra Stati membri e Unione, bensì dall'elusione della competenza delle corti nazionali. Istituito un tribunale internazionale dotato di competenza esclusiva in relazione a numerose azioni in materia di brevetto comunitario²⁶, l'accordo avrebbe infatti sottratto tali materie alla cognizione dei giudici comuni, precludendo in tal modo il dialogo che tra questi e la Corte di giustizia si instaura per mezzo del rinvio pregiudiziale. Insistendo sul ruolo essenziale dei giudici nazionali nel sistema giurisdizionale dell'Unione²⁷, la Corte ha giudicato l'accordo proposto lesivo dell'autonomia dell'Unione²⁸.

La salvaguardia dell'autonomia rispetto all'ordinamento internazionale – c.d. autonomia “esterna” – non si esaurisce peraltro nell'esclusione dell'interferenza di altre corti. Essa si rende necessaria anche nella situazione, per certi versi opposta²⁹, nella quale, in assenza di strumenti di tutela offerti dall'ordinamento internazionale, l'ottemperanza a obblighi internazionali richiede il sacrificio di principi essenziali dell'ordinamento dell'Unione attinenti alla protezione dei diritti fondamentali, incluso il diritto alla tutela giurisdizionale. Questa prospettiva, la Corte ha individuato nella sentenza *Kadi*, seguendo un approccio essenzialmente dualista³⁰, taluni «principi costituzionali» dell'ordinamento dell'Unione insuscettibili di cedere di fronte a obblighi internazionali consuetudinari o pattizi³¹.

26 Per una ricostruzione dei caratteri essenziali dell'accordo, anche alla luce di precedenti modelli, v. T. JAEGER, *The EU Patent: cui bono et quo vadit*, in *CMLR*, 2010, 63 ss. Come è noto, a seguito del parere 1/09 il progetto di istituzione di una giurisdizione specializzata in materia brevettuale è stato perseguito mediante un accordo internazionale tra Stati membri, istitutivo un Tribunale unificato dei brevetti qualificandolo come una giurisdizione comune agli Stati contraenti (v. R. BARATTA, *The Unified Patent Court – What is the 'common' trait about?*, in *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale* (a cura di C. Honorati), Torino 2014, 101 ss.).

27 Insistono sull'importanza costituzionale del riconoscimento del ruolo essenziale dei giudici nazionali contenuto nel parere 1/09, in particolare, R. BARATTA, *National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *LIEI*, 2011, 297 ss., spec. 306; A. ROSAS, *The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09*, in *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh* (a cura di P. Cardonnel, A. Rosas, N. Wahl), Oxford-Portland 2012, 105 ss.

28 CGUE, Parere 1/09 *cit.*, punti 80 ss.

29 Cfr. J.W. VAN ROSSEM, *The Autonomy of European Law: More Is Less?*, in *Between Autonomy and Dependence* (a cura di R.A. Wessel, S. Blockmans), The Hague 2013, 17: «*Had there been an international body capable of reviewing the international measure that was at the roots of the contested regulation in Kadi [...] the ECJ might have refrained from exercising its power of judicial review*».

30 V. G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *HILJ*, 2010, 2.

31 CGUE, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e

3. I limiti derivanti dall'autonomia alla sottoposizione dell'Unione a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie secondo il parere 2/13

Da ultimo, il principio di autonomia è stato ampiamente richiamato dal parere 2/13 relativo alla proposta di accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³². Poiché al parere si deve la formulazione più recente e completa degli ostacoli di natura costituzionale all'istituzione di un controllo esterno su obblighi internazionali dell'Unione, pare opportuno rammentarne sinteticamente i punti salienti.

Muovendo dalla premessa secondo la quale l'autonomia dell'Unione esige che la tutela dei diritti fondamentali «venga garantita nell'ambito della

C415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, punto 285.

32 CGUE, Parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Il parere è stato ampiamente commentato in dottrina: v., senza pretese di esaustività, I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano 2015, 273 ss.; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *DUE*, 2015, 623 ss.; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *SIE*, 2015, 243 ss.; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *FILJ*, 2015, 955 ss.; P. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and the Accession of the EU to the ECHR*, in *EYHR*, 2015, 31 ss.; D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *GLJ*, 2015, 105 ss.; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, in *GLJ*, 2015, 147 ss.; S.Ø. JOHANSEN, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, in *GLJ*, 2015, 169 ss.; A. ŁAZOWSKI, R.A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, 2015, 179 ss.; N. LAZZERINI, *"Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *OF*, 2015, 26 ss.; T. LOCK, *The future of EU accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *ECLR*, 2015, 239 ss.; S. PEERS, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GLJ*, 2015, 213 ss.; I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *CDE*, 2015, 47 ss.; E. SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL* 2015, 38 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 68 ss., spec. 97 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *DUDI*, 2015, 1 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *SIE*, 2015, 33 ss.

struttura e degli obiettivi»³³ di tale ordinamento, la Corte ha individuato diversi profili di incompatibilità del progetto di accordo con i Trattati.

Malgrado tali profili attengano pressoché tutti, in ultima analisi, alla salvaguardia dell'autonomia dell'Unione³⁴, un primo gruppo di censure affronta tale questione in modo più dettagliato. La Corte ha innanzitutto osservato che, mentre per effetto dell'adesione l'interpretazione della Convenzione europea data dai giudici di Strasburgo avrebbe necessariamente vincolato l'Unione e le sue istituzioni, la Corte europea non sarebbe per contro risultata vincolata all'interpretazione del diritto dell'Unione offerta dalla Corte di giustizia. Ciò sarebbe tuttavia equivalso a mettere in discussione «le valutazioni della Corte [UE] relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione»³⁵. Inoltre, l'accordo non avrebbe assicurato il necessario coordinamento tra la facoltà, riconosciuta dalla CEDU alle parti contraenti, di prevedere un livello di protezione dei diritti fondamentali superiore a quello disciplinato dalla Convenzione, e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*³⁶. Il progetto non avrebbe altresì previsto garanzie idonee a escludere l'interferenza del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo con gli obblighi gravanti sugli Stati membri in forza del principio della fiducia reciproca e, conseguentemente, un pregiudizio per «l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda»³⁷. Infine, la procedura di parere consultivo introdotta dal Protocollo n. 16 alla CEDU avrebbe potuto essere utilizzata dalle corti supreme nazionali – a giudizio della Corte – per eludere l'obbligo di sollevare domande di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE³⁸.

Un ulteriore profilo di incompatibilità ha riguardato la salvaguardia della competenza esclusiva della Corte protetta dall'art. 344 TFUE³⁹. Poiché l'a-

33 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 170.

34 V. D. HALBERSTAM, “*It's the Autonomy, Stupid!*” *cit.*; S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 98.

35 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 186.

36 Nella sentenza *Melloni*, la Corte ha affermato che la facoltà degli Stati membri di invocare l'art. 53 della Carta incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare il primato, l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione, non potendosi permettere a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di norme di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta sulla base del rilievo che esse non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla costituzione dello Stato (CGUE, *Melloni*, causa C-399/11, sentenza del 26 febbraio 2013, spec. punto 58).

37 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 194.

38 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 196-199.

39 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 203-214.

desione avrebbe reso la Convenzione parte del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia avrebbe acquisito competenza esclusiva a conoscere delle controversie tra Stati membri, come pure tra questi e l'Unione, relative alla sua interpretazione e applicazione. Tale esclusività della competenza della Corte sarebbe tuttavia stata pregiudicata dall'esistenza, all'interno del sistema della Convenzione europea, di una procedura di composizione delle controversie tra le parti contraenti.

È stato parimenti ritenuto lesivo dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione il meccanismo del convenuto aggiunto, poiché, attribuendo alla Corte di Strasburgo il potere di decidere sull'ammissibilità della richiesta dell'Unione o di uno Stato membro di intervenire quale *co-respondent*, esso non sarebbe stato idoneo a escluderne l'interferenza nella ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri⁴⁰. Per analoghe ragioni è stata giudicata incompatibile con il diritto dell'Unione la facoltà lasciata alla Corte europea di attribuire la responsabilità per una violazione della Convenzione soltanto al convenuto o al convenuto aggiunto, in deroga alla regola generale che ne stabilisce la responsabilità congiunta⁴¹.

Simili censure hanno riguardato la procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia⁴². Secondo il parere 2/13, la salvaguardia delle attribuzioni della Corte avrebbe richiesto che in ciascuna controversia le istituzioni dell'Unione fossero messe «in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura»⁴³. La proposta di accordo non avrebbe tuttavia previsto una simile garanzia. Inoltre, la procedura di previo coinvolgimento non avrebbe garantito a sufficienza le attribuzioni della Corte poiché avrebbe permesso a quest'ultima di pronunciarsi in via preventiva sulla validità ma non sull'interpretazione di norme di diritto derivato⁴⁴.

Infine, il progetto di accordo è stato ritenuto incompatibile con i Trattati in quanto avrebbe consentito ai giudici di Strasburgo di esercitare un controllo giurisdizionale sugli atti adottati nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, allorché la Corte di giustizia dispone invece di competenze limitate in tale settore⁴⁵.

40 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 215-225.

41 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 229-230.

42 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 236-248.

43 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 241.

44 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 242-246.

45 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 255-256.

4. Le ragioni della Corte

Dalla sommaria rassegna della giurisprudenza che si è effettuata e, in particolare, dal parere 2/13 emerge con chiarezza che l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione è solitamente invocata a tutela delle competenze della Corte di giustizia. Questa constatazione sollecita alcune riflessioni in ordine alla funzione del principio di autonomia.

Stando alla giurisprudenza, la competenza giurisdizionale esclusiva della Corte di giustizia costituisce «un mezzo per garantire l'autonomia dell'ordinamento giuridico» dell'Unione⁴⁶. In realtà, come ha osservato la dottrina più attenta, sembrerebbe piuttosto vero l'inverso: l'autonomia dell'Unione appare un artificio retorico invocato a difesa della giurisdizione della Corte⁴⁷.

Questa impressione trova conforto nell'esame della giurisprudenza relativa alla preservazione delle funzioni attribuite dai Trattati ad altre istituzioni.

Come è noto, nella prassi recente si è assistito al conferimento a istituzioni dell'Unione, per mezzo di accordi internazionali conclusi tra Stati membri, di compiti ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione⁴⁸. Applicando il criterio enunciato nel parere 1/91, nella sentenza *Pringle* la Corte di giustizia ha ritenuto in linea di principio legittima tale prassi, a condizione che essa non snaturi le attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati fondativi⁴⁹.

Se si considera la concreta applicazione di tale *test*, si ricava tuttavia l'impressione che, malgrado la protezione dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione comporti il rispetto dei caratteri essenziali e delle competenze di tutte le istituzioni, questo criterio sia applicato con rigore differente a seconda che vengano in rilievo le attribuzioni della Corte di giustizia o di

46 Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiras Maduro del 18 gennaio 2006, causa C-459/03, *Commissione v. Irlanda*, punto 10.

47 Così B. DE WITTE, *European Union Law cit.*, 150.

48 Su questo fenomeno v. P. CRAIG, *Pringle and the Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *ECLR*, 2013, 263 ss.; S. PEERS, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *ECLR*, 2013, 37 ss.; sia inoltre consentito rinviare a A. MIGLIO, *L'assegnazione di compiti alle istituzioni europee nell'ambito di accordi internazionali tra Stati membri*, in *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno* (a cura di O. Porchia), Napoli 2015, 143 ss.

49 La Corte, evocando i precedenti in materia di relazioni esterne (in particolare i pareri 1/92, 1/00 e 1/09), ha applicato anche in questo contesto il *test* elaborato in relazione all'attribuzione di compiti alle istituzioni da parte di accordi conclusi dall'Unione (CGUE, *Pringle*, causa C-370/12, sentenza del 27 novembre 2012, punto 158).

altre istituzioni⁵⁰. Nella vicenda all'esame della Corte nel caso *Pringle*, si trattava di valutare la compatibilità con i Trattati delle funzioni attribuite dall'accordo istitutivo del MES alla Commissione e alla Banca centrale europea⁵¹. Per quanto riguarda quest'ultima, la Corte ha ritenuto soddisfatta tale condizione poiché le funzioni ad essa assegnate dal Trattato MES sarebbero conformi alle attribuzioni conferitele dal diritto dell'Unione: l'art. 282, par. 2, TFUE, difatti, prevede che la BCE sostenga le politiche economiche generali nell'Unione, mentre l'art. 6, par. 2, dello statuto del SEBC e della BCE ne consente la partecipazione a istituzioni monetarie internazionali e l'art. 23 dello statuto la autorizza a stabilire relazioni con organizzazioni internazionali⁵². Quanto alla Commissione, il suo coinvolgimento risulterebbe funzionale all'esercizio di una delle funzioni tipiche di tale istituzione, ossia la promozione dell'interesse generale dell'Unione, cui corrisponde l'obiettivo del trattato MES. Inoltre, la Corte ha osservato che l'accordo consente alla Commissione di verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa conclusi dal MES, permettendo un più efficace coordinamento tra le fonti e, indirettamente, un controllo sul rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, a sua volta attribuzione propria della Commissione ai sensi dell'art. 17 TUE⁵³.

50 V., più diffusamente, A. MIGLIO, *L'assegnazione cit.*, p. 156.

51 Il trattato MES prevede che, qualora uno Stato contraente abbia presentato domanda di sostegno alla stabilità, la Commissione, su incarico del Consiglio dei governatori, valuti l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso o dei suoi Stati membri, la sostenibilità del debito pubblico e le esigenze finanziarie del membro del MES che ha presentato la richiesta (art. 13, par. 1). Se il Consiglio dei governatori decide di concedere l'assistenza finanziaria richiesta, spetta poi alla Commissione e alla BCE (e, ove possibile, al Fondo monetario internazionale) negoziare un protocollo d'intesa con lo Stato interessato (art. 13, par. 2), che sarà firmato dalla Commissione in nome e per conto del MES (art. 13, par. 4). Nell'ambito della politica di condizionalità cui è subordinata la concessione dell'assistenza finanziaria, alla Commissione e alla BCE è altresì affidato il compito di verificare il rispetto delle condizioni concordate (art. 13, par. 7). La relazione della Commissione prevista da quest'ultima disposizione è presa in considerazione dal Consiglio di amministrazione ai fini della decisione sul versamento delle rate successive alla prima nell'ambito dei diversi programmi di assistenza ai sensi degli artt. 15, 16 e 17 del trattato; a una valutazione condotta dalla Commissione di concerto con la BCE è del pari subordinata la concessione di ulteriori fondi agli Stati che abbiano ottenuto assistenza finanziaria precauzionale (art. 14). Infine, nell'ambito del meccanismo di sostegno al mercato secondario, gli interventi del MES finalizzati a evitare il contagio finanziario sono decisi sulla base di una analisi della BCE che riconosca l'esistenza di circostanze eccezionali sui mercati finanziari e di rischi che minacciano la stabilità finanziaria (art. 18, par. 2).

52 CGUE, *Pringle cit.*, punto 165.

53 CGUE, *Pringle cit.*, punto 164. Nella sentenza *Ledra Advertising* la Corte di giustizia

Almeno con riguardo alla BCE, il ragionamento della Corte non è molto persuasivo e pare invero fondato su un presupposto di fatto scorretto. Nell'ambito del MES, la Banca centrale europea svolge funzioni decisive nell'elaborazione dei programmi di assistenza finanziaria e nella vigilanza sul rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri quale condizione per la concessione dell'assistenza⁵⁴. L'operato della BCE nell'ambito del MES appare pertanto assai distante dalle funzioni tipiche assegnate a questa istituzione e non può essere convincentemente sussunto all'interno del generico potere di partecipare a istituzioni monetarie internazionali – quale peraltro il MES certamente non è – e di intrattenere relazioni con altre organizzazioni internazionali. Questa conclusione risulta implicitamente suffragata anche dalle conclusioni presentate nel caso *Gauweiler* dall'Avvocato generale Cruz Villalón, il quale ha rilevato alcune delle contraddizioni prodotte dall'attribuzione alla BCE dei compiti anzidetti. Secondo l'Avvocato generale, infatti, in presenza di misure di politica monetaria soggette – come quelle all'esame della Corte nel caso richiamato – a una rigorosa condizionalità, il “duplice ruolo” della BCE potrebbe dare adito a dubbi sulla coerenza di tali misure con le attribuzioni conferite dai Trattati all'istituzione monetaria dell'Unione⁵⁵.

Alla luce di queste considerazioni, è giocoforza concludere che, a fronte di un *test* molto stringente per quanto riguarda le competenze della Corte di giustizia, la giurisprudenza adotta un criterio di scrutinio assai più tollerante quando vengono in rilievo le attribuzioni di altre istituzioni. Questo approccio asimmetrico non soltanto conferma quanto si è osservato poc'anzi in ordine al rapporto tra autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione e giurisdizione della Corte ma genera inoltre due problemi speculari piuttosto seri: per un verso si limita la facoltà dell'Unione di sottomettersi a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie, condizionandone le modalità di partecipazione alla vita giuridica internazionale⁵⁶; per altro verso, la giurisprudenza non sembra offrire garanzie sufficienti a fronte del rischio che, mediante la conclusione di accordi internazionali, si determini una alterazione delle funzioni essenziali di altre istituzioni e dell'equilibrio istituzionale⁵⁷.

ha ribadito tali conclusioni, ricavandone altresì un argomento in favore della configurabilità della responsabilità extracontrattuale dell'Unione in caso di mancata ottemperanza della Commissione a tale obbligo di vigilanza (CGUE, *Ledra Advertising e altri*, cause riunite da C8/15 P a C10/15, sentenza del 20 settembre 2016, punto 67).

54 V. l'art. 13 del Trattato MES.

55 Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 14 gennaio 2015, causa C62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, punti 142-151.

56 V. J. ODERMATT, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, EUI Working Paper MWP 2016/07, 18.

57 Per una critica al *test* sviluppato nella sentenza *Pringle*, v. P. CRAIG, *Pringle and the Use*

È allora opportuno domandarsi quali siano le ragioni del particolare rigore di cui fa prova la giurisprudenza nel salvaguardare le prerogative della Corte.

L'insistenza sull'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e sui limiti che ne derivano in ordine alla creazione di meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie pare essenzialmente dettata da preoccupazioni di natura interna, relative ai rapporti con le giurisdizioni nazionali e alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri⁵⁸. Negli ordinamenti federali, uno dei compiti essenziali e riconosciuti di una corte suprema consiste nella vigilanza sul rispetto delle competenze che la costituzione attribuisce allo Stato federale e agli enti sub-statali. Nell'Unione europea, sebbene talune caratteristiche del sistema giurisdizionale evocino un modello di tipo federale, il ruolo della Corte di giustizia quale giudice ultimo dei conflitti di competenza tra Unione e Stati membri è viceversa fortemente contestato⁵⁹. Ciò è efficacemente dimostrato dalla giurisprudenza di alcune corti costituzionali nazionali – in particolare del Tribunale costituzionale federale tedesco – sui limiti al primato del diritto dell'Unione⁶⁰, non a caso indicata in

of EU Institutions cit., 275 ss.; A. DIMOPOULOS, *Taming the Conclusion of Inter Se Agreements between EU Member States: The Role of the Duty of Loyalty*, in YEL, 2015, 286 ss.

58 Come osserva un autore in riferimento al parere 2/13, «*the Court [...] do[es] not address what the draft accession agreement regulates but rather what it does not: the fragility of the cooperative relationship between the CJEU and domestic apex courts in the context of the preliminary reference procedure; the issues of overriding EU primacy through domestic human rights and the concept of mutual trust between the Member States; as well as the jurisdiction of the Court in the field of the Common Foreign and Security Policy (CFSP)*» (C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness cit.*, 149).

59 V. C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness cit.*, 153.

60 A partire dalla sentenza relativa al Trattato di Maastricht (BVerfG, 2 BvR 2134/92, c.d. *Maastricht-Urteil*), il *Bundesverfassungsgericht* si è riservato la facoltà di verificare che le istituzioni dell'Unione, inclusa la Corte di giustizia, non travalichino il confine delle competenze attribuite. Questo approccio, ribadito in successive pronunce (BVerfG, 2 BvE 2/08, c.d. *Lissabon-Urteil*; 2 BvR 2661/06, *Honeywell*; ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler*), si pone in aperto contrasto con l'attribuzione alla Corte di giustizia del potere esclusivo di conoscere della validità degli atti dell'Unione, poiché di fatto autorizzerebbe i giudici nazionali a verificare la compatibilità degli atti dell'Unione con i trattati istitutivi (v. F.C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in *Principles of European Constitutional Law* (a cura di A. von Bogdandy, J. Bast), Oxford 2010, 399 ss.; ID., *Rebels without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *GLJ*, 2014, 130). Come risulta dalla giurisprudenza successiva (in particolare il *Lissabon-Urteil* e la decisione di rinvio nel caso *Gauweiler*), a questa modalità di controllo si affianca una ulteriore riserva rappresentata dalla salvaguardia dell'identità costituzionale. Proprio su questo terreno sembra giocarsi oggi molta parte dello "scontro tra corti": ancorché all'esito della vicenda OMT il Tribunale abbia riconosciuto la compatibilità con la Legge fondamen-

dottrina come uno dei fronti più esposti sui quali si gioca il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione⁶¹. Ebbene, proprio l'esperienza ricavata dalle resistenze alla piena affermazione del principio del primato talora opposte dai giudici nazionali contribuisce a spiegare la riluttanza della Corte di giustizia ad accettare la sottoposizione dell'Unione a strumenti internazionali di risoluzione delle controversie che potrebbero essere utilizzati per aggirarne il controllo.

Pare pertanto doversi concludere che a motivare la rivendicazione di autonomia dell'Unione rispetto ad altre corti internazionali non è tanto la mera insofferenza del controllo esterno⁶², quanto piuttosto la consapevolezza della fragilità dei principi – primato, effetto diretto, autonomia – sui quali si fonda il carattere sovranazionale dell'ordinamento dell'Unione, la cui effettività è strettamente dipendente dalla cooperazione delle autorità, in primo luogo

tale tedesca delle misure della BCE (sentenza 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler*) e appaia dunque come il principale “sconfitto” nella contesa per l’“ultima parola” (in questo senso L.F. PACE, *And indeed it was a (failed) nullification crisis: The OMT judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the OMT case*, in *Sidiblog*, 1° settembre 2016, <http://www.sidiblog.org/2016/09/01/and-indeed-it-was-a-failed-nullification-crisis-the-omt-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-and-the-winners-and-losers-of-the-final-showdown-in-the-omt-case/>), una lettura attenta della pronuncia suggerisce una impressione assai più sfumata e conferma, almeno in linea di principio, la persistente validità dei limiti al primato finora ricavati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (cfr. M. STARITA, *Openness towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht OMT Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme*, in *EP*, 2016, 395 ss.). Si tratta peraltro di limiti non soltanto teorici, poiché nel dicembre 2015 il *Bundesverfassungsgericht* ha negato la consegna, in esecuzione di un mandato di arresto europeo, di un individuo condannato in contumacia in Italia in quanto incompatibile con l'identità costituzionale della Germania (decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14).

61 V. I. PERNICE, *The Autonomy cit.*, 3. Recentemente, contestazioni per certi versi simili e similmente intese a salvaguardare l'identità costituzionale degli Stati membri sono giunte da altre corti nazionali, segnatamente dalla Corte costituzionale italiana: v. l'ord. n. 24 del 2017, con la quale la Corte costituzionale ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo a quest'ultima di avallare una interpretazione dell'art. 325 TFUE orientata alla tutela dei diritti fondamentali e prospettando l'eventualità della non applicazione di tale disposizione, come interpretata dai Giudici di Lussemburgo nel caso *Taricco* (sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, EU:C:2015:555), per contrasto i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano. Va tuttavia rilevato come la minacciata applicazione dei “controlimiti” da parte della Corte costituzionale italiana non si traduca in un controllo sulle competenze dell'Unione secondo il modello configurato dal *Maastricht-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco.

62 Propone questa lettura del parere 2/13, in termini particolarmente critici, V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno cit.*

giurisdizionali, degli Stati membri⁶³. Più che essere una manifestazione di forza, l'insistenza sul carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione e sulle conseguenze che ne derivano tradisce le debolezze strutturali insite nei rapporti tra Unione e Stati membri⁶⁴.

5. L'autonomia dell'Unione e gli accordi in materia di investimenti: l'approccio "dualistico" seguito dalla Commissione

5.1. I possibili modelli

I limiti individuati dalla giurisprudenza alla sottoposizione dell'Unione a strumenti di controllo esterno pongono costrizioni severe alla predisposizione di meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi dell'Unione in materia di investimenti. È pertanto necessario interrogarsi sul modo migliore per rispondere a tali preoccupazioni e sull'adeguatezza degli accorgimenti che sono state proposti.

L'obiettivo di preservare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione sarebbe certamente raggiunto se si adottasse la soluzione più radicale, consistente nell'esclusione di meccanismi di ISDS. Questo approccio, che trova un precedente nel trattato di libero scambio in vigore tra gli Stati Uniti e l'Australia⁶⁵ ed è da taluni stato suggerito come modello per la negoziazione di accordi dell'Unione⁶⁶, si presenta in due varianti. Secondo la prima, la giurisdizione sulle violazioni del trattato dovrebbe essere attribuita alle corti nazionali, le quali potrebbero – e dovrebbero, nel caso in cui giudicassero in ultima istanza – domandare alla Corte di giustizia, mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, di pronunciarsi sull'interpretazione di norme dell'Unione. La seconda ipotesi comporterebbe invece l'attribuzione della relativa competenza alla Corte di giustizia stessa⁶⁷, eventualmente me-

63 Cfr. D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!"* cit., spec. 113 ss.

64 Cfr. S. VEZZANI, *L'autonomia* cit., 115.

65 *United States-Australia Free Trade Agreement*, concluso il 18 maggio 2004 e in vigore dal 1° gennaio 2005; il testo dell'accordo è disponibile *on line* all'indirizzo https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf.

66 J. KLEINHEISTERKAMP, L. POULSEN, *Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals*, Global Economic Governance Programme & Blavatnik School of Government Policy Brief, dicembre 2014, consultabile *on line* sul sito <http://www.globaleconomicgovernance.org>.

67 V. S. HINDELANG, *Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU*

dianche l'istituzione di un tribunale specializzato.

Entrambe le varianti, comportando il sacrificio di un foro neutrale per la definizione delle controversie relative al rispetto degli obblighi previsti dall'accordo, presentano difetti non trascurabili: da un lato risultano difficilmente accettabili dalle controparti nei negoziati commerciali, dall'altro compromettono la tutela degli investitori dell'Unione qualora lo Stato terzo parte dell'accordo non possieda un sistema giurisdizionale efficiente e indipendente dagli altri poteri dello Stato⁶⁸. Queste soluzioni, per poter garantire tutela giurisdizionale agli investitori, presupporrebbero inoltre il riconoscimento dell'efficacia diretta delle disposizioni contenute negli accordi⁶⁹, in contrasto con la prassi volta a escludere tale effetto in tutti i più recenti accordi di libero scambio conclusi dell'Unione⁷⁰. Non vi è pertanto da stupirsi se l'eventualità di abbandonare del tutto il ricorso a meccanismi internazionali di composizione delle controversie non è stata seriamente contemplata dalle istituzioni.

Se dunque si assume che debbano essere previsti meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie azionabili dagli investitori, è necessario che la loro configurazione rispetti l'autonomia e i caratteri essenziali dell'ordinamento dell'Unione.

In particolare, uno dei problemi più delicati posti dalla necessità di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'UE consiste nell'evitare che un tribunale internazionale possa vincolare, anche indirettamente, la Corte di giustizia o le corti nazionali degli Stati membri nell'interpretazione e nell'applicazione di norme di diritto dell'Unione.

Nell'applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza richiamata agli accordi in materia di investimenti il profilo più delicato attiene alla salvaguardia dell'autonomia interpretativa della Corte di giustizia. In altre parole, l'attribuzione a un tribunale internazionale del potere di pronunciarsi sull'interpretazione e sull'applicazione degli accordi conclusi dall'Unione, eventualmente accertando la responsabilità dell'Unione o degli Stati membri per la loro violazione, non deve essere suscettibile di vincolare la Corte a una determinata interpretazione del diritto dell'Unione⁷¹.

Abkommen, WHI Paper 01/11, http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whipaper0111.pdf, 26. L'A. esprime peraltro perplessità nei confronti di questa soluzione.

68 Cfr. D. GALLO, F. NICOLA, *The External Dimension cit.*, 1095.

69 Cfr. D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo Sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero commercio dell'Unione europea*, in *DCI*, 2016, 837.

70 V. A. SEMERTZI, *The Preclusion of Direct Effect in the Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *CMLR*, 2014, 1125 ss.

71 Cfr. A. DIMOPOULOS, *The Compatibility cit.*, 469, nt. 5; F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles cit.*, 137.

Poiché tuttavia tale effetto potrebbe prodursi anche in via indiretta e di fatto in caso di accertata incompatibilità con l'accordo di una misura dell'Unione, ovvero di una misura adottata da uno Stato in esecuzione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, occorre che siano previsti accorgimenti idonei a salvaguardare la giurisdizione della Corte contro il rischio di interferenze esterne.

5.2. Diversi meccanismi di risoluzione delle controversie accomunati dalla separazione tra ordinamenti

Tale obiettivo può essere perseguito secondo due strategie. La prima, che può essere definita dualista⁷², punta alla netta separazione tra l'accordo internazionale e il meccanismo di risoluzione delle controversie da esso istituito, da un lato, e l'ordinamento dell'Unione e il suo sistema di rimedi, dall'altro. La seconda mira invece a istituire un più stretto collegamento tra i due sistemi, mediante la creazione di un foro speciale per la risoluzione delle controversie relative all'accordo funzionalmente connesso alla Corte di giustizia: la connessione potrebbe instaurarsi attraverso il potere di proporre rinvii pregiudiziali ovvero, secondo ipotesi più radicali e di più difficile realizzazione, mediante la previsione dell'appellabilità delle decisioni davanti alla Corte⁷³.

La prassi ricavabile dal contenuto degli accordi finora negoziati con Singapore⁷⁴, con il Vietnam⁷⁵ e con il Canada (*Comprehensive Trade and*

72 V. E. CASTELLARIN, *Enhanced dualism as a solution for the relationship between investment arbitration and the EU legal order*, paper presentato all'ESIL International Economic Law Interest Group, Oslo, 9 settembre 2015.

73 Il coinvolgimento della Corte è ipotizzato come alternativo ad altre modalità di ricorso da M. FRIGO, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea*, in *I negoziati per il Partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti* (a cura di P. Bilancia), San Giuliano Milanese 2015, 213. Secondo l'A. sarebbe opportuno «consent[ire] la scelta alternativa circa il ricorso – in sede di appello – a un nuovo tribunale o alla giurisdizione dello Stato ospite o della Corte di giustizia, nel caso di questioni che comportino responsabilità finanziaria dell'Unione secondo quanto stabilito dal regolamento 912/2014».

74 I negoziati si sono conclusi nell'ottobre 2014. La procedura di approvazione dell'accordo, il cui testo è peraltro stato reso pubblico (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>), è stata tuttavia sospesa in attesa che la Corte di giustizia si pronunciasse sull'estensione della competenza dell'Unione, al fine di determinare se l'accordo potesse essere concluso a livello bilaterale ovvero richiedesse il ricorso alla forma mista. Nel parere 2/15, la Corte ha ritenuto che non rientrassero nella competenza esclusiva dell'Unione segnatamente, le disposizioni dell'accordo in tema di investimenti diversi dagli investimenti diretti e quelle relative alla risoluzione delle controversie.

75 I negoziati sono stati dichiarati conclusi nel dicembre 2015 e il testo della bozza di

Investment Agreement, CETA)⁷⁶, nonché dalle proposte presentate dalla Commissione nel contesto del negoziato finalizzato alla conclusione di un ambizioso accordo di Partenariato transatlantico (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) con gli Stati Uniti⁷⁷, è nettamente orientata in direzione del primo indirizzo descritto.

Vi sono per il vero differenze significative nella costruzione dei meccanismi di risoluzione delle controversie contemplate dagli accordi in discorso. Da un lato, l'accordo di libero scambio negoziato con Singapore conserva il tradizionale meccanismo arbitrale, in sintonia con il modello prevalente nei trattati bilaterali sugli investimenti conclusi dagli Stati membri. Dall'altro lato, con la pubblicazione, nel novembre 2015, delle proposte negoziali dell'Unione per il capitolo del TTIP relativo agli investimenti⁷⁸, le cui linee essenziali hanno successivamente trovato accoglimento negli accordi con il Vietnam e con il Canada, la Commissione parrebbe a prima vista essersi orientata verso un modello ibrido tra la soluzione monistica e quella dualistica. Questa conclusione – che, come si vedrà, non è corretta – potrebbe essere suggerita dalla previsione, in luogo del tradizionale meccanismo di risoluzione delle controversie mutuato dall'arbitrato commerciale, dell'istituzione di un tribunale permanente di impronta pubblicistica⁷⁹.

accordo è consultabile *on line* all'indirizzo <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

76 La firma dell'accordo è stata autorizzata con decisione (UE) 2017/37 del Consiglio, del 28 ottobre 2016, *relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra* (in *GU L* 11 del 14 gennaio 2017, p. 1).

77 Ancorché i negoziati siano sospesi da gennaio 2017 e la conclusione di un accordo non appaia verosimile nel prossimo futuro, sia per le posizioni dell'Amministrazione Trump sia per la diffusa opposizione al progetto in numerosi Stati membri, il negoziato transatlantico ha rappresentato un importante banco di prova per l'elaborazione di una politica dell'Unione in materia di investimenti, anche con riguardo ai meccanismi di risoluzione delle controversie.

78 Il testo della proposta è consultabile *on line* all'indirizzo http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

79 Per una ricostruzione globale delle caratteristiche del modello, i cui tratti essenziali risultano comuni ai diversi accordi nonostante alcune differenze minori, v. S. SCHILL, *Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?*, in *Verfassungsblog*, 25 novembre 2015; ID., *The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?*, in *Verfassungsblog*, 29 settembre 2015; C. TITI, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, in www.transnational-dispute-management.com; D. GALLO, *Portata, estensione e limiti*, *cit.*, 827 ss.; H. LENK, *An Investment Court System for the New Generation of EU*

Un importante elemento di novità degli accordi più recenti – peraltro già prefigurato, sebbene nella prospettiva di una multilateralizzazione del sistema, dalla Commissione⁸⁰ – è infatti rappresentato dalla scelta in favore di un organo giurisdizionale a carattere permanente, composto da un Tribunale di primo grado e da un Tribunale di appello. Rappresenta altresì una caratteristica distintiva del modello la previsione di un secondo grado di giudizio a cognizione piena: le sentenze emesse dal Tribunale di prima istanza possono essere impugnate per errore nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto, ma anche per errore manifesto di valutazione dei fatti nonché, in via sussidiaria, per i motivi indicati dall'art. 52 della Convenzione ICSID. In caso di fondatezza dell'impugnazione, si prevede che il Tribunale di appello possa, oltre che annullare la decisione di primo grado, modificarla in tutto o in parte, con effetto sostitutivo del lodo pronunciato in primo grado⁸¹.

Se questi elementi, al pari della previsione di rigorosi requisiti di trasparenza⁸², evocano un modello di tipo marcatamente pubblicistico⁸³, il sistema conserva nondimeno taluni tratti caratteristici dei più tradizionali meccanismi arbitrali. In particolare, sebbene l'istituzione di una giurisdizione permanente escluda l'intervento delle parti nella nomina del tribunale, l'autonomia delle parti rimane decisiva nella determinazione delle regole applicabili al procedimento, stante l'assenza di un regolamento di procedura del Tribunale⁸⁴.

Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, in EP, 2016, 665 ss.; L. PANTALEO, *Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System*, CLEER Papers 2016/1; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court cit.*

80 *Concept paper "Investment in TTIP and beyond – the path for reform" cit.*, 11.

81 V. l'art. 8.28, par. 2, CETA.

82 L'art. 8.3.20 dell'accordo UE-Vietnam e l'art. 8.36 CETA rinviano alle regole sulla trasparenza adottate dall'UNCITRAL, alle quali si aggiungono obblighi di trasparenza supplementari.

83 V. S. SCHILL, *Das TTIP-Gericht cit.*

84 Ad esempio, l'art. 8.23, par. 2, CETA consente la proposizione di una domanda al Tribunale «*under the following rules:*

(a) *the ICSID Convention and Rules of Procedure for Arbitration Proceedings;*

(b) *the ICSID Additional Facility Rules if the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply;*

(c) *the UNCITRAL Arbitration Rules; or*

(d) *any other rules on agreement of the disputing parties*». Va tuttavia ricordato che il Tribunale dispone del potere di definire proprie «*working procedures*» (art. 9, par. 10, e art. 10, par. 10) e che il Committee on Services and Investment istituito dall'accordo ha il potere di «*adopt and amend rules supplementing the applicable dispute settlement rules*»

In questo senso si può dunque parlare di un modello ibrido⁸⁵, che propone talune scelte innovative pur preservando caratteristiche degli strumenti di risoluzione delle controversie attualmente prevalenti. La valorizzazione del carattere pubblicistico del sistema non è però indice di un mutamento di indirizzo in ordine ai rapporti tra l'accordo e i rimedi da esso previsti e il diritto dell'Unione. Al pari del dell'accordo UE-Singapore, la proposta europea relativa al TTIP e gli accordi UE-Canada e UE-Vietnam sono difatti improntati alla netta separazione tra ordinamento dell'Unione e ordinamento internazionale. Come dimostra un confronto tra i testi in esame, l'approccio dualistico vi è anzi perseguito con maggiore coerenza.

5.3. *Le garanzie dell'autonomia*

Un primo requisito essenziale, al fine di garantire la separazione dei due sistemi, è l'esclusione dell'efficacia diretta delle disposizioni dell'accordo. Questa soluzione è chiaramente espressa in tutti gli accordi considerati⁸⁶, che non presentano quindi, sotto questo profilo, alcun elemento di incompatibilità con i Trattati istitutivi. L'espressa esclusione dell'efficacia diretta, peraltro, risulta in piena continuità con una prassi consolidata ormai da diversi anni e comune pressoché a tutti gli accordi di libero scambio di ultima generazione – inclusi gli accordi di associazione conclusi con la Georgia, la Moldavia e l'Ucraina⁸⁷. Ancorché questo orientamento sia stato oggetto di critiche dottrinali, sia in ragione del sacrificio che comporta per la tutela dei diritti individuali sia per la lamentata inadeguatezza a garantire l'efficacia degli accordi stessi⁸⁸, l'esclusione di effetto diretto degli accordi internazionali appare funzionale a proteggere l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, limitando le interferenze giudiziarie nell'esercizio del potere legislativo e pertanto preservando l'equilibrio istituzionale⁸⁹.

(art. 8.44, par. 3, lett. b).

85 In questo senso C. TITI, *The European Union's Proposal cit.*, 24 ss.

86 V. art. 17.15 dell'accordo UE-Singapore; art. X.19 del capitolo 17 dell'accordo UE-Vietnam; art. 30.6 CETA.

87 V. A. SEMERTZI, *The Preclusion cit.*

88 V. M. CREMONA, *Guest Editorial: Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in *CMLR*, 2015, 358 s.; D. THYM, *The Missing Link: Direct Effect, CETA/TTIP and Investor-State Dispute Settlement*, in *EU Law Analysis*, 7 gennaio 2015, <http://verfassungsblog.de/en-verhinderte-rechtsanwendung-deutsche-gerichte-cetatiip-und-investor-staat-streitigkeiten-2/>.

89 V. A. TANCREDI, *On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order*, in *International Law as Law of the European Union* (a cura di E. Cannizzaro, P. Palchetti, R.A. Wessel), Leiden-Boston 2012, 249 ss., spec. 260; A. SEMERTZI, *The Preclusion cit.*, 1158.

Al fine di prevenire un pregiudizio per l'autonomia dell'Unione, oltre all'efficacia diretta delle norme dell'accordo è altresì necessario – ma non sufficiente – escludere che il diritto dell'Unione sia parte del diritto applicabile. In caso contrario, si consentirebbe a un organo estraneo alla struttura giurisdizionale dell'Unione di applicare disposizioni di diritto UE senza che la Corte di giustizia possa pronunciarsi in via pregiudiziale sulla loro interpretazione, violando così un presidio essenziale dell'autonomia secondo quanto stabilito nel parere 1/09 e nel parere 2/13.

In questo caso il raffronto tra i testi esaminati rivela soluzioni divergenti e non tutte egualmente idonee a conseguire l'obiettivo perseguito.

L'art. 9.19, par. 2, della bozza di accordo UE-Singapore prescrive che il tribunale arbitrale debba applicare l'accordo «*in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties*». Nulla si dice, invece, circa il potere dei tribunali arbitrali di interpretare e applicare il diritto dell'Unione europea, evidentemente sulla base dell'implicito presupposto che questo sia considerato, alla stregua del diritto interno, quale mero fatto⁹⁰. Si tratta però di una soluzione tutt'altro che scontata, come dimostra la prassi arbitrale relativa al Trattato sulla Carta dell'Energia, concluso in forma mista dall'Unione e dagli Stati membri. Nel caso *AES c. Ungheria*, il tribunale ha assimilato il diritto dell'Unione al diritto interno, che, a differenza di «*rules and principles of international law*» richiamati dall'art. 26, par. 6, del Trattato, rileva esclusivamente come elemento di fatto: ciò, tuttavia, sul solo presupposto dell'accordo delle parti nel qualificare il diritto dell'Unione in tal senso⁹¹. All'opposto, nel caso *Electrabel c. Ungheria*, il tribunale, argomentando estensivamente sul punto, ha ritenuto di potere interpretare e applicare il diritto dell'Unione in quanto parte del diritto internazionale⁹².

90 Si tratta peraltro della soluzione suggerita dalla Commissione nel *concept paper Investment in TTIP and beyond - the path for reform* del 5 maggio 2015, consultabile all'indirizzo *web* http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, p. 10.

91 *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, par. 7.6.6: «*Regarding the Community competition law, it has a dual nature: on the one hand, it is an international law regime, on the other hand, once introduced in the national legal orders, it is part of these legal orders. It is common ground that in an international arbitration, national laws are to be considered as facts. Both parties having pleading [sic] that the Community competition law regime should be considered as a fact, it will be considered by this Tribunal as a fact*».

92 *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable law and Liability, 30 novembre 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>, par. 4.122: «*the Tribunal considers that EU law as a whole is part of the international legal order [...]. In the Tribunal's view, all EU legal rules are part of a regional system of international law and therefore have an*

In *Eureko c. Repubblica slovacca*⁹³ e in *Blusun c. Italia*⁹⁴, i tribunali hanno seguito un approccio sostanzialmente analogo.

Inoltre, ove non sia espressamente escluso dall'accordo, il potere del tribunale di applicare il diritto dell'Unione può derivare dalla discrezionalità concessa dalle regole di procedura applicabili. Alcuni dei regolamenti che possono essere scelti per disciplinare il procedimento concedono infatti al tribunale un margine di discrezionalità molto ampio nella determinazione del diritto applicabile al merito della controversia. Ad esempio, l'art. 33, par. 1 delle *Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties (1996)* della Corte permanente di arbitrato stabilisce che, in mancanza di scelta delle parti, qualora il caso veda coinvolti una parte privata e una organizzazione internazionale, il tribunale arbitrale debba prendere in considerazione sia le regole dell'organizzazione sia il diritto applicabile all'accordo o al rapporto al quale la controversia accede, nonché, ove appropriato, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto delle organizzazioni internazionali⁹⁵.

Alla luce di queste considerazioni, deve concludersi che la soluzione offerta dal progetto di accordo UE-Singapore è suscettibile di interpretazioni divergenti e non è pertanto idonea a tutelare l'autonomia del diritto dell'Unione.

L'approccio seguito nei negoziati con il Vietnam⁹⁶ e con il Canada⁹⁷ rivela, per contro, maggiore attenzione al profilo in esame. A integrazione della regola che richiede l'applicazione delle disposizioni dell'accordo e di «*other rules and principles of international law applicable between the Parties*», si esclude il potere del Tribunale di accertare la validità di una misura sulla base di norme di diritto interno di una delle parti e si precisa che tali norme interne debbano essere considerate alla stregua di elementi di fatto. Poiché il diritto dell'Unione indubbiamente costituisce il diritto interno di una delle parti contraenti, questa regola è destinata ad applicarsi a esso. Al fine di evitare che il

international legal character».

93 *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 ottobre 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>, par. 283: «*The Tribunal can consider and apply EU law, if required, both as a matter of international law and as a matter of German law*», in quanto *lex loci arbitri*.

94 *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 dicembre 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8967.pdf>, par. 278.

95 *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, art. 53, par. 1.

96 Art. 8.3.16, par. 2.

97 Art. 8.31, par. 2.

Tribunale, pur potendo conoscere del diritto interno delle parti soltanto quale elemento di fatto, aderisca a una interpretazione differente da quella seguita dalle corti interne, si introduce inoltre un obbligo di interpretazione conforme, in forza del quale il Tribunale dovrà seguire l'interpretazione – o l'interpretazione prevalente, secondo quanto prevede l'accordo UE-Canada – data dalle corti o dalle autorità competenti della parte contraente in questione. Infine, si precisa che il significato attribuito dal Tribunale a una norma di diritto interno non possa vincolare corti e autorità nazionali.

Accanto alla determinazione del diritto applicabile, un aspetto decisivo per garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, strettamente collegato alla già ricordata esclusione di effetto diretto delle disposizioni dell'accordo, attiene all'individuazione dei rimedi che possono essere disposti dal Tribunale. Al riguardo, occorre escludere che all'accertamento di una violazione dell'accordo possa conseguire l'imposizione in capo al convenuto soccombente di un obbligo di riparazione in forma specifica, in tal modo prevenendo il rischio che uno Stato membro, per conformarsi a un obbligo internazionale, sia tenuto a disapplicare una norma di diritto dell'Unione.

Per rispondere a questa preoccupazione, la soluzione che ha trovato accoglimento nei negoziati consiste nella drastica limitazione dei rimedi che possono essere concessi qualora il Tribunale riscontri che la parte convenuta ha violato una disposizione del trattato. Negli accordi UE-Canada⁹⁸ e UE-Singapore⁹⁹ si prevede che l'unica misura che il Tribunale possa sempre concedere sia il risarcimento del danno, mentre un rimedio di tipo restitutorio («*restitution of property*») è ammesso soltanto in caso di espropriazione e sempre che il convenuto non decida di optare invece per il risarcimento per equivalente. Questa soluzione appare generalmente idonea a fare salva l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, scongiurando il pericolo che la misura imposta dal Tribunale quale conseguenza dell'accertamento di un illecito confligga con un obbligo derivante dall'ordinamento dell'Unione.

Gli accorgimenti indicati – qualificazione del diritto dell'Unione quale mero fatto ed esclusione della riparazione in forma specifica – non escludono tuttavia ogni possibile contrasto tra la decisione di un tribunale arbitrale (o di una corte specializzata) che giudichi sul rispetto dell'accordo in materia di investimenti e una norma di diritto dell'Unione. L'esistenza di una “zona grigia” è comprovata dal noto caso *Micula*, nel quale il risarcimento del danno concesso dal tribunale arbitrale sulla base del trattato bilaterale sugli investimenti in vigore tra Svezia e Romania¹⁰⁰ è stato qualificato dalla

98 Art. 8.39, par. 1.

99 Art. 8.3.27, par. 1.

100 *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, *Final Award*, 11 dicembre 2013,

Commissione come aiuto di Stato illegittimo, sul presupposto che esso servisse a compensare l'investitore per la perdita di un beneficio contrastante con l'art. 107 TFUE¹⁰¹. In una fattispecie di questo genere, lo Stato membro interessato da un lato è tenuto, in forza del diritto internazionale, a dare esecuzione alla decisione del tribunale arbitrale, rimediando in tal modo alla violazione di una norma posta a tutela dell'investimento; dall'altro, se dà esecuzione al lodo, viola un divieto imposto dal diritto primario dell'Unione. L'insorgere di questo indesiderabile conflitto di obblighi a carico dello Stato non sembra tuttavia evitabile mediante una attenta formulazione dell'accordo, poiché ad essere incompatibile con il diritto dell'Unione è in tal caso l'ottemperanza stessa all'obbligo risarcitorio¹⁰².

Infine, un ultimo profilo che potrebbe incidere sul rispetto dell'autonomia dell'Unione attiene alla disciplina dei procedimenti paralleli, che devono essere evitati non soltanto per scongiurare il rischio di doppia compensazione degli investitori, ma anche per assicurare l'indipendenza del sistema di risoluzione delle controversie istituito dall'accordo rispetto al diritto interno – incluso il diritto dell'Unione – e ai rimedi che esso offre. Il problema è affrontato in modo simile da tutti i testi richiamati, i quali, pur con alcune differenze nella formulazione delle norme rilevanti, richiedono che l'investitore rinunci a eventuali azioni parallele promosse davanti a una corte nazionale in relazione a misure oggetto di contestazione dinanzi al tribunale internazionale per asserito contrasto con il trattato¹⁰³. Anche sotto questo profilo, peraltro, l'accordo

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>.

101 Con decisione C(2014) 6848 def. del 1° ottobre 2014 la Commissione ha aperto una indagine formale ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE, e ingiunto alla Romania di non dare esecuzione al lodo arbitrale in applicazione dell'art. 108, par. 3, TFUE. L'indagine si è conclusa con l'adozione della decisione (UE) 2015/1470 del 30 marzo 2015, con la quale la Commissione ha ordinato il recupero dell'aiuto di Stato e contro la quale sono attualmente pendenti due ricorsi davanti al Tribunale (causa T-694/15, *Ioan Micula e a. c. Commissione*; causa T-704/15, *Viorel Micula e a. c. Commissione*); i ricorrenti hanno invece rinunciato all'azione proposta avverso la decisione C(2014) 3192 def., del 26 maggio 2014, con la quale la Commissione ha ordinato alla Romania di sospendere qualsiasi azione comportante l'esecuzione o l'applicazione del lodo (ordinanza del Tribunale del 29 febbraio 2016, causa T-646/14, *Micula e a. c. Commissione*, EU:T:2016:135).

102 Cfr. F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles cit.*, 136.

103 Secondo quanto stabilisce l'art. 8.3.8 dell'accordo UE-Vietnam, «*A claimant may not submit a claim to the Tribunal if the claimant has a pending claim before any other domestic or international court or tribunal concerning the same measure as that alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) (Scope) and the same loss or damage, unless the claimant withdraws such pending claim*»). L'art. 9.17, par. 1, dell'accordo UE-Singapore contiene una regola simile, prevedendo che «*A claim may be submitted to arbitration under this Section only if [...]the claimant: (i) withdraws any pending*

negoziato con il Vietnam appare frutto di riflessioni più attente e mature rispetto all'accordo UE-Singapore. Esso estende infatti l'applicabilità del citato meccanismo di prevenzione dei procedimenti paralleli, oltre che all'investitore, a «*any person who, directly or indirectly, has an ownership interest in or is controlled by the claimant*»¹⁰⁴, onde evitarne l'elusione mediante il ricorso allo schermo societario.

6. L'alternativa consistente nel previo coinvolgimento della Corte di giustizia

Resta da domandarsi se le precauzioni fin qui esaminate siano sufficienti ad assicurare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione o se, invece, il perseguimento di un approccio dualistico quale quello adottato dalla Commissione, pur presentando indubbi vantaggi in termini di efficienza del sistema, non incontri limiti insormontabili.

È invero assai arduo offrire una risposta sulla base delle informazioni desumibili dalla giurisprudenza. Per un verso, l'approccio particolarmente rigoroso seguito dalla Corte di giustizia, in particolare nel parere 1/09 e nel parere 2/13, può giustificare un certo scetticismo e suggerire il ripiegamento su altre soluzioni. Per altro verso, è certamente vero che il contesto della protezione internazionale degli investimenti è diverso rispetto alle fattispecie in relazione alle quali la Corte si è pronunciata in passato. Si può quindi immaginare che una forma di coesistenza tra i due sistemi possa essere più agevolmente raggiunta, in modo non dissimile da quanto avviene per i rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, ossia in un contesto nel quale l'esistenza di un meccanismo internazionale di accertamento della responsabilità e di sanzione non lede l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione perché l'esclusione di efficacia diretta delle norme OMC e la competenza interpretativa della Corte di giustizia consentono di preservare la separazione tra i sistemi¹⁰⁵ e assicurano che il diritto dell'Unione, anche qualora sia in contrasto con obblighi inter-

claim submitted to a domestic court or tribunal concerning the same treatment as alleged to breach the provisions of Section A (Investment Protection); and (ii) declares that it will not submit such a claim before a final award has been rendered pursuant to this Section». Pressoché identico nel contenuto, ancorché con qualche variazione semantica, è l'art. 8.22, par. 1, CETA.

104 Art. 8.3.8, par. 2.

105 Cfr. F. SNYDER, *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in *CMLR*, 2003, 313 ss.

nazionali, possa continuare a dispiegare i suoi effetti, sebbene al prezzo di incorrere in responsabilità internazionale.

Poiché tuttavia permangono incertezze in merito all'adeguatezza delle soluzioni considerate a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, come riconosce anche chi è maggiormente convinto che sia possibile assicurare la compatibilità di meccanismi di ISDS con il diritto dell'Unione mediante la separazione dei sistemi¹⁰⁶, si potrebbe ipotizzare, seguendo un orientamento che sembra riscuotere crescente consenso in dottrina¹⁰⁷, un parziale temperamento del modello dualistico finora seguito. Pur mantenendo la separazione tra l'accordo e il diritto dell'Unione nei termini che si sono visti, potrebbe essere introdotto un meccanismo modellato sul rinvio pregiudiziale, mediante il quale il tribunale istituito sulla base dell'accordo potrebbe richiedere alla Corte di giustizia di risolvere eventuali dubbi relativi all'interpretazione di norme dell'Unione¹⁰⁸.

La previsione di un meccanismo siffatto potrebbe apparire contraddittoria rispetto alla qualificazione del diritto dell'Unione come elemento di fatto anziché come parte del diritto applicabile. Una delle condizioni di ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale è infatti la rilevanza del

106 V. S. SCHILL, *Editorial cit.*, 379 ss., spec. 387 ss.

107 V. D. GALLO, F.G. NICOLA, *The External Dimension cit.*, 1128 ss.; D. GALLO, *Portata estensione e limiti cit.*; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court cit.*

108 Più incerto è se un potere – o eventualmente un obbligo – di rinvio pregiudiziale possa essere ricavato in via interpretativa, qualificando i tribunali internazionali in materia di investimenti come «organ[i] giurisdizional[i] di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 267 TFUE: ancorché sostenuta da una parte consistente della dottrina (v. K. VON PAPP, *Clash of "Autonomous Legal Orders" cit.*; J. BASEDOW, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *JIArb.*, 2015, 367 ss.; H. LENK, *An Investment Court System cit.*, 676) e avallata, sia pure in riferimento ai soli tribunali ICSID, dall'Avvocato generale Wathelet nelle conclusioni relative al caso *Genentech* (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 17 marzo 2016, causa C-567/14, *Genentech*, nt. 34), questa ricostruzione incontra un limite nella difficoltà di qualificare come giurisdizioni di uno Stato membro tribunali istituiti in forza di accordi internazionali conclusi con Stati terzi (si veda, in proposito, il parere 1/09 *cit.*, punto 71; cfr. anche, *mutatis mutandis*, CGUE, *Miles*, causa C-169/09, sentenza del 14 giugno 2011, nella quale la Corte di giustizia ha rifiutato di riconoscere come giurisdizione abilitata al rinvio pregiudiziale la Camera di ricorso delle scuole europee, costituita sulla base di un accordo internazionale). Di contro, come argomentato dall'Avvocato generale Wathelet nelle recenti conclusioni relative al caso *Achmea*, dovrebbe riconoscersi la facoltà di proporre un rinvio pregiudiziale ai tribunali istituiti sulla base di accordi bilaterali di investimento fra Stati membri, in quanto costituirebbero organi giurisdizionali "comuni" agli Stati membri interessati (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 16 settembre 2017, causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, punti 84-131).

quesito proposto ai fini della decisione della controversia, che presuppone evidentemente l'applicabilità della norma oggetto del rinvio al caso di specie. A ben vedere, si tratta tuttavia di una obiezione facilmente superabile. In primo luogo, ancorché ispirato al rinvio pregiudiziale, il meccanismo di previo coinvolgimento della Corte di giustizia previsto dall'accordo avrebbe diversa natura e la sua operatività non sarebbe condizionata alla sussistenza dei medesimi requisiti di ricevibilità applicabili alle domande di pronuncia pregiudiziale. In secondo luogo, tale strumento di dialogo risponderebbe a una evidente finalità pratica. Ancorché il tribunale competente a pronunciarsi sul rispetto dell'accordo non sia autorizzato a fondare la propria decisione su norme di diritto dell'Unione, poiché esse non fanno parte del diritto applicabile, è ben possibile che nel corso della controversia si renda necessario accertarne la portata e il significato, sia pure soltanto quale elemento di fatto. Può allora essere opportuno, qualora l'interpretazione di una norma dell'Unione sia controversa, che il dubbio interpretativo sia risolto dalla Corte di giustizia. Questa soluzione sarebbe inoltre coerente con il già ricordato obbligo di interpretazione conforme del diritto interno delle parti contraenti, imponendo al Tribunale di adeguarsi all'orientamento prevalente delle corti interne, inclusa evidentemente la Corte di giustizia. Non si tratterebbe del resto di un espediente inedito¹⁰⁹: basti pensare che l'istituto del previo coinvolgimento della Corte contemplato dal proposto accordo di adesione dell'Unione alla CEDU avrebbe dovuto operare in un contesto simile, poiché anche per la Corte europea il diritto interno delle parti contraenti rileva non in quanto parte del diritto applicabile, bensì in quanto elemento fattuale¹¹⁰.

7. Autonomia e determinazione del convenuto

Si è fatto cenno, in apertura di questo lavoro, ai problemi sollevati dalla partecipazione dell'Unione, accanto agli Stati membri, ad accordi internazionali in tema di investimenti e alle conseguenze che ne derivano in termini di attribuzione delle condotte e della responsabilità internazionale. Si tratta di questioni di vasta portata, che attengono a uno dei profili più delicati dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto internazionale e sollecitano rifles-

109 Per un esame dei precedenti, invero piuttosto numerosi, v. C. CONTARTESE, *The Procedures for Prior Involvement and Referral to the CJEU as Means of Judicial Dialogue between the CJEU and International Jurisdictions*, Geneva Jean Monnet Working Paper 27/16, <http://www.ceje.ch/files/3914/8094/2575/contartese-27-final.pdf>.

110 V. R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the CJEU's prior involvement mechanism*, in *CMLR*, 2013, 1325.

sioni più generali in merito alla ricerca di un regime di attribuzione della responsabilità applicabile all'Unione europea, non soltanto nel settore della protezione degli investimenti¹¹¹.

In relazione all'obiettivo di tutelare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il problema centrale consiste nella previsione di strumenti idonei a escludere che un tribunale internazionale possa pronunciarsi sulla divisione delle competenze tra Unione e Stati membri. L'analisi della giurisprudenza compiuta nelle pagine che precedono dimostra che la competenza esclusiva della Corte di giustizia a statuire su questo punto è un presidio irrinunciabile e gelosamente custodito dell'autonomia dell'Unione.

Alla luce di questa premessa, l'unica soluzione in grado di assicurare la compatibilità degli accordi dell'Unione in materia di investimenti con i Trattati istitutivi consiste nell'attribuzione all'Unione del potere esclusivo di stabilire con efficacia vincolante per il tribunale internazionale chi, tra l'Unione e lo Stato membro, debba assumere la qualità di convenuto. Questo approccio è stato seguito nei negoziati con il Canada¹¹², con Singapore¹¹³ e con il Vietnam¹¹⁴ ed è stato proposto dall'Unione nell'ambito dei negoziati con gli Stati Uniti¹¹⁵. La cornice entro la quale dovrebbero essere prese le decisioni indicate è rappresentata dal regolamento (UE) n. 912/2014¹¹⁶, che

111 Sul tema si vedano, in particolare, i contributi raccolti in *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives* (a cura di M. Evans e P. Koutrakos), Oxford 2013, nonché il volume di A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni militari dell'Unione europea*, Napoli 2016, spec. 189 ss., e la dottrina ivi citata.

112 Art. 8.21 CETA.

113 Art. 9.15, par. 2. A differenza degli altri testi, la bozza dell'accordo UE-Singapore non prevede espressamente l'efficacia vincolante della determinazione effettuata dall'Unione per il tribunale arbitrale.

114 Art. 8.3.6, par. 2.

115 Art. II.5 della proposta.

116 Regolamento (UE) n. 912/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, *che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte*, in *GU L 257*, p. 121; tra i commenti al regolamento v. A. HENKE, *L'Unione Europea e il contenzioso arbitrale in materia di investimenti: la proposta di Regolamento sull'allocatione della responsabilità finanziaria tra UE e Stati membri*, in *RA*, 2013, 787 ss.; A. DIMOPOULOS, *The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities*, in *CMLR*, 2014, 1671 ss.; J. KLEINHEISTERKAMP, *Financial Responsibility in European Investment Law and Policy*, in *ICLQ*, 2014, 449 ss.; B. CAPPIELLO, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi*

determina, oltre ai criteri per la ripartizione tra Unione e Stati membri della responsabilità finanziaria derivante dall'accertata violazione di accordi conclusi dall'Unione in materia di investimenti, i criteri e le procedure per l'individuazione della parte convenuta nei relativi procedimenti¹¹⁷.

È comprensibile che questa soluzione appaia insoddisfacente al giurista internazionalista, perché pone in discussione la stessa utilità del tentativo di determinare *a priori* criteri di attribuzione delle condotte e di allocazione della responsabilità validi nei confronti dell'Unione europea¹¹⁸. Tuttavia, ponendosi nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, e a meno di rinunciare a replicare sul piano internazionale la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri a favore dell'introduzione di una regola di doppia attribuzione¹¹⁹, l'opzione seguita appare l'unica realmente idonea ad assicurare il rispetto della divisione delle competenze quale definita dai Trattati istitutivi e, pertanto, la sola che possa sopravvivere allo scrutinio della Corte.

8. Considerazioni conclusive

Dalla ricognizione della giurisprudenza è emerso lo stretto legame tra autonomia dell'ordinamento dell'Unione e preservazione delle competenze della Corte di giustizia.

Al di là dell'effettivo rischio di concorrenza da parte di altre giurisdizioni internazionali, la ragion d'essere più profonda di questo nesso va ricercata negli elementi caratteristici che definiscono l'originalità dell'ordinamento dell'Unione europea e, pertanto, ne giustificano la pretesa di diversità e di

internazionali di investimento, in *DUE*, 2016, 71 ss.

117 A tal fine, l'art. 4, par. 1, del regolamento stabilisce che l'Unione debba assumere la qualità di parte convenuta «quando la controversia riguarda un trattamento messo in atto dalle istituzioni, dagli organi, uffici o dalle agenzie dell'Unione». Negli altri casi sarà di regola lo Stato membro ad agire come convenuto, ma alla Commissione è attribuito il potere di decidere diversamente in alcune ipotesi previste dall'art. 9 del regolamento, in particolare qualora la responsabilità finanziaria gravi sull'Unione ovvero la condotta sia stata messa in atto anche da istituzioni, organi o agenzie dell'Unione.

118 Sul nesso tra determinazione del convenuto, attribuzione delle condotte e allocazione della responsabilità negli accordi dell'Unione in materia di investimenti, v. L. PANTALEO, *Respondent Status and Allocation of International Responsibility under EU Investment Agreements*, in *EP*, 2016, 847 ss., spec. 857.

119 V. E. CANNIZZARO, *Beyond the Either/Or: Dual Attribution to the European Union and to the Member State for Breach of the ECHR*, in *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives* (a cura di M. Evans e P. Koutrakos), Oxford 2013, 295 ss.

autonomia. La costruzione di un sistema di tutela dei singoli fondato sui principi del primato e dell'effetto diretto, la garanzia dell'effettività e dell'uniforme applicazione del diritto per mezzo della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, la responsabilità dello Stato per i danni cagionati a privati in violazione del diritto dell'Unione sono tutti fattori che spiegano il successo e la forza dell'integrazione europea, ma ne rivelano al contempo la fragilità. Si tratta infatti di istituti che poggiano sul sottile e instabile fondamento della leale cooperazione e che presuppongono, per poter funzionare efficacemente, la collaborazione delle autorità nazionali, primi fra tutti i giudici. In tempi di crisi, non soltanto economica ma anche dei valori che si presumono comuni¹²⁰, tutto ciò non è scontato.

Le preoccupazioni – chiaramente leggibili e assai poco dissimulate – sottese alla giurisprudenza della Corte di giustizia che si è presa in esame sono dunque legittime e comprensibili. Non è detto però che siano sempre condivisibili le soluzioni cui esse conducono, specialmente in un settore, quale quello delle relazioni esterne, nel quale per definizione si confrontano, e devono trovare un sia pur precario equilibrio, l'esigenza di preservare la coerenza del sistema e la necessità di apertura verso l'esterno.

L'esercizio della competenza dell'Unione in tema di protezione degli investimenti stranieri rappresenta un banco di prova importante. Prima ancora che per la Corte, però, lo è per le istituzioni politiche che, nei limiti delle rispettive attribuzioni, hanno la responsabilità di contribuire a definire la politica dell'Unione in questo settore.

L'esame della prassi ricavabile dai negoziati finora condotti rivela come non sempre sia stata dedicata sufficiente attenzione alle garanzie dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione.

La soluzione dei problemi che la tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione pone per l'istituzione di strumenti internazionali di controllo, peraltro, non è né certa né agevole. In ultima analisi, la legittimità della creazione di un organo giurisdizionale internazionale demandato a conoscere del rispetto degli obblighi assunti dall'Unione – e dagli Stati membri, nel caso di accordi conclusi in forma mista – nei confronti di investitori stranieri e la sua concreta configurazione finiranno per dipendere dal rigore con il quale troveranno applicazione le condizioni individuate dalla Corte di giustizia, in particolare nel parere 1/09 e nel parere 2/13.

In tale contesto, la richiesta di parere preventivo proposta dalla Commissione ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE in relazione alla proposta di accordo UE-Singapore ha rappresentato una occasione mancata per chiarire molti dei problemi che si è cercato di esporre in questo scritto. La

120 Cfr. F. MUNARI, *Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, in *Governance economica europea cit.*, 33 ss.

domanda di parere ha infatti avuto ad oggetto la sola questione attinente all'estensione della competenza dell'Unione in materia di investimenti, al fine di accertare se l'accordo rientrasse nella competenza esclusiva dell'Unione o dovesse necessariamente essere concluso in forma mista. Sebbene una parte della dottrina abbia interpretato il parere – segnatamente la conclusione della Corte secondo la quale devono essere conclusi in forma mista gli accordi che contemplino meccanismi di risoluzione delle controversie azionabili dagli investitori che si sostituiscano alla giurisdizione delle corti nazionali – come una manifestazione di sfiducia verso i tribunali internazionali¹²¹, la compatibilità del contenuto dell'accordo con il diritto dell'Unione non era in discussione¹²². Nondimeno, la richiesta di parere preventivo recentemente proposta dal Belgio in relazione al meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'accordo Unione-Canada, ammesso che superi il vaglio di ricevibilità, consentirà alla Corte di risolvere alcuni dei nodi critici esaminati¹²³.

Se si considera che i meccanismi di risoluzione delle controversie previsti dagli accordi esaminati, siano essi di natura arbitrale o si rifacciano al modello di una corte permanente, sono progettati per operare in modo autonomo e isolato, riducendo non soltanto le interferenze con il diritto dell'Unione, ma anche le probabilità di coinvolgimento della Corte di giustizia nel loro funzionamento¹²⁴, è evidente che il ricorso al procedimento previsto dall'art. 218, par. 11, TFUE rappresenta la sede più opportuna per verificare se le soluzioni proposte assicurino un efficace bilanciamento tra apertura verso l'esterno e salvaguardia dell'autonomia e della coerenza del sistema¹²⁵.

121 V. D. SARMIENTO, *The Singapore Silver Bullet*, in *Verfassungsblog*, 17 maggio 2017, <http://verfassungsblog.de/the-singapore-silver-bullet/>.

122 CGUE, Parere 2/15 *cit.*, punto 30: «il presente parere della Corte verte soltanto sulla natura della competenza dell'Unione a firmare e concludere l'accordo previsto. Tale parere non pregiudica in alcun modo la questione se il contenuto delle disposizioni di detto accordo sia compatibile con il diritto dell'Unione».

123 La procedura di parere preventivo consente infatti alla Corte di pronunciarsi solo fintanto che il consenso dell'Unione ad essere vincolata dall'accordo sia definitivamente espresso (v. CGUE, Parere 1/94 del 15 novembre 1994, punto 12).

124 Cfr. L. ANKERSMIT, *The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System*, in *JEEPL*, 2016, 62 ss.

125 Cfr. I. GOVAERE, *TTIP and Dispute Settlement cit.*, 17 s.