



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto e Innovazione

CICLO XXXVI

TITOLO DELLA TESI

*La crisi del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore
e la costituzione di una Corte multilaterale in materia di investimenti: il prototipo CETA*

SUPERVISORE DI TESI

Chiar.mo Prof. *Fabrizio Marongiu Buonaiuti*

DOTTORANDO

Dott. *Francesco D'Amario*

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. *Massimo Meccarelli*

ANNO 2024



LA CRISI DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE STATO-
INVESTITORE E LA COSTITUZIONE DI UNA CORTE MULTILATERALE IN MATERIA
DI INVESTIMENTI: IL PROTOTIPO CETA

	Introduzione	1
i	Notazioni introduttive al tema di ricerca	1
ii	Problemi di legittimità, trasparenza e di contraddittorietà della prassi arbitrale	2
iii	Diritto internazionale degli investimenti e sovranità statale	3
iv	Profili di ricerca	5
	Capitolo primo: la dimensione sostanziale della tutela dell'investitore straniero alla prova della crisi del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore	7
I.i	Cenni introduttivi al capitolo primo	7
I.ii	La frammentazione dei profili sostanziali di tutela dell'investitore ed i limiti della c.d. <i>jurisprudence constante</i>	10
I.iii	Il capitolo 8 del CETA: cenni introduttivi	18
I.iv	Il trattamento giusto ed equo e l'articolo 8.10 del CETA	21
I.v	L'esproprio e l'articolo 8.12 del CETA	28
I.vi	Il trattamento nazionale, il principio della nazione più favorita e gli articoli 8.6 ed 8.7 del CETA	38
I.vii	Il <i>right to regulate</i> negli articoli 8.4, 8.5, 8.9 ed 8.15 del CETA	50
	Capitolo secondo: il Tribunale CETA quale modello di superamento del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore ed i suoi limiti	63
II.i	Cenni introduttivi al capitolo secondo	63
II.ii	La questione della natura giuridica del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore quale chiave di lettura delle istanze riformatrici in materia	66
II.iii	La determinazione della giurisdizione e l'articolo 8.18 del CETA	71
II.iv	La costituzione del Tribunale arbitrale e l'articolo 8.27 del CETA	79
II.v	Il profilo etico degli arbitri e l'articolo 8.30 del CETA	87
II.vi	L'istituto dell' <i>amicus curiae</i> e l'articolo 8.38 del CETA	96
II.vii	L'introduzione di un meccanismo d'appello alla luce dei limiti dell'annullamento ICSID e l'articolo 8.28 del CETA	103
II.viii	Il diritto applicabile alla controversia Stato-investitore e gli articoli 8.31 del CETA alla luce del Parere n. 1/17 della Corte di giustizia	113
II.ix	Il lodo arbitrale, la sua esecuzione e l'articolo 8.39 ed 8.41 del CETA	123

	Capitolo terzo: La costituzione di una Corte multilaterale permanente in materia di investimenti	132
III.i	Cenni introduttivi al capitolo terzo	132
III.ii	Il prototipo multilaterale eurocanadese emergente dal Modello “giurisdizionalizzato” CETA: suggestioni e profili critici	134
III.iii	Coerenza materiale e legittimità istituzionale: un meccanismo multilaterale d’appello ovvero a due gradi di giudizio?	141
III.iv	L’orizzonte futuribile del <i>Draft Statute of the Multilateral Investment Court</i> alla luce dei profili critici del modello “giurisdizionalizzato” CETA	149
	Conclusioni	158
	Bibliografia	163

INTRODUZIONE

i Notazioni introduttive al tema di ricerca

Nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti e, dunque, della protezione e disciplina degli investimenti stranieri diretti, ruolo cardine è ricoperto dal sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Si tratta di un meccanismo complesso, incardinato sul consenso tanto dello Stato ospite, prestato anticipatamente e generalmente cristallizzato in una clausola compromissoria contenuta in un trattato d'investimento, quanto dell'investitore, nelle cui mani riposa il potere d'azione. La natura di arbitrato "without privity" ne ha indubbiamente favorito il successo, segnando il tramonto dell'impiego della protezione diplomatica quale strumento di risoluzione, prevalentemente interstatale e politica, delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite. Ciò poiché, la tutela effettiva e quanto più immediata degli interessi dell'investitore straniero, assunto ad attore nell'ordinamento internazionale, risulta pienamente coerente e funzionale all'evoluzione neoliberale e globalizzata dell'economia internazionale, al netto delle tensioni emerse, sotto il profilo delle tutele sostanziali garantite all'investitore, nel periodo immediatamente postcoloniale.

Non è un caso, infatti, che il diritto internazionale degli investimenti, a cavallo tra la fine degli anni Novanta del XX secolo ed i primi anni Duemila, abbia vissuto un periodo di indubbia espansione, in seguito allo sfaldarsi dell'Unione sovietica e all'apertura di nuovi mercati ed economie nello scenario globale. In quest'ottica deve inquadrarsi il crescente numero di trattati bilaterali d'investimento, attualmente oltre tremila, negoziati proprio a partire da quel periodo. Tali trattati tessono, infatti, la fitta trama della protezione internazionale degli investimenti, attraverso la definizione di *standard* di tutela garantiti agli investitori stranieri da ciascun Stato parte dell'accordo. Una trama che, data la natura prevalentemente bilaterale di tali trattati, è inevitabilmente foriera di una tendenziale frammentazione dell'insieme delle protezioni accordate, accresciuta dall'impiego, nella stesura delle clausole di tutela, di un linguaggio spesso eccessivamente generico ed atecnico. Una frammentazione galvanizzata proprio dal sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore che, nella sua natura di arbitrato *ad hoc*, risulta scevro di qualsivoglia vincolatività del precedente arbitrale, con riferimento a fattispecie analoghe e già decise.

D'altro canto, come si darà conto, in dottrina non sono mancate autorevoli opinioni circa possibili profili di armonizzazione delle diverse forme di regolamentazione del diritto internazionale degli investimenti emergenti dalla prassi arbitrale. In particolare, si è discusso in ordine all'affiorare di una *jurisprudence constante*, fondata proprio sul continuo riferimento a precedenti arbitrali relativi a situazioni giuridiche

sovrapponibili, onde sostanziare ulteriormente la decisione nel singolo caso, e da cui discenderebbe l'affermarsi, progressivamente, di livelli di protezione degli investimenti stranieri sostanzialmente omogenei nella galassia dei trattati di investimento. La contraddittorietà della prassi arbitrale sotto taluni aspetti di tutela materiale si accompagna, infatti, ad una certa continuità interpretativa di taluni *standard*, quali ad esempio il trattamento giusto ed equo, tanto con consuetudini di diritto internazionale antecedenti all'era dei trattati bilaterali di investimento, quanto con i numerosi, e sfortunati, tentativi di disciplina multilaterale delle tutele sostanziali in materia di investimenti stranieri.

A questi fallimenti, infatti, fa da contraltare il grande successo della Convenzione di Washington del 1965, ovvero della Convenzione istitutrice dell'ICSID, il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*). Con ben 163 stati parte, la Convenzione di Washington è la principale cornice procedurale per la risoluzione delle controversie Stato-investitore, il meccanismo cui rinviano la quasi totalità delle clausole compromissorie in materia d'investimenti e, di conseguenza, il sistema arbitrale da cui discende la gran parte della casistica in materia. Sebbene la prassi annoveri non pochi casi decisi mediante arbitrato UNCITRAL, ai quali ben inteso si farà altresì riferimento nel corso della trattazione, è indubbio che, anche in ragione della diretta esecutività dei lodi ICSID, qualsivoglia analisi del sistema ISDS non possa scindersi dalla trattazione della Convenzione di Washington, dato il suo ampio impiego.

ii *Problemi di legittimità, trasparenza e di contraddittorietà della prassi arbitrale*

Nell'attuale fase di deglobalizzazione dell'economia internazionale, affacciata su un futuro multipolare e non più egemonizzata dalla tradizionale relazione nord-sud, il sistema ISDS appare in crisi. Una crisi che investe sia i profili eminentemente giuridici che politico-ideologici, i quali sembrerebbero anzi saldarsi tra loro, in una dinamica di interdipendenza che non risulta più in grado di rispecchiare appieno le istanze e degli stati e delle rispettive opinioni pubbliche.

Si pensi, ad esempio, alla frammentazione del diritto internazionale degli investimenti. Sebbene, infatti, si possa rintracciare una *jurisprudence constante* in numerosi segmenti della disciplina, restano gli ineludibili scogli sia della natura bilaterale dell'insieme di tutele che, di volta in volta, gli stati parte di un trattato di investimento accordano ai rispettivi investitori, da cui può discendere una differenziazione anche significativa sul piano delle tutele materiali, sia della specialità di ciascun tribunale arbitrale che, di volta in volta, anche con riferimento al medesimo trattato e ad analoghe circostanze di fatto, può produrre ed ha prodotto decisioni arbitrali tra loro discordi. In

altre parole, la misura della coerenza della prassi arbitrale e la conseguente prevedibilità delle decisioni risulta un profilo ancora oggi critico e da cui discendono ulteriori problematiche, formando un nodo gordiano di non facile soluzione.

Nella contraddittorietà della giurisprudenza arbitrale e nella natura *ad hoc* dell'arbitrato, infatti, possono rintracciarsi, sia pure solo parzialmente, le ragioni di ripetute accuse di scarsa trasparenza, indipendenza e terzietà degli arbitri stessi. Il difetto di trasparenza insito nel sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore emerge, infatti, dal carattere talvolta riservato delle procedure arbitrali. Nelle procedure fondate sulla Convenzione di Washington, ad esempio, l'applicabilità delle norme di trasparenza UNCITRAL (*UNCITRAL Rules on Transparency*) è rimessa alla volontà delle parti caso per caso, laddove queste non abbiano ratificato la Convenzione ONU delle Mauritius del 2014 in materia. Parimenti, l'applicabilità delle norme di trasparenza ICSID (*ICSID Rules on Transparency*), le quali prevedono la pubblicazione del lodo arbitrale pronunciato all'esito della controversia, rimane soggetta all'eventuale dissenso di una delle parti alla pubblicazione medesima.

Quanto, invece, alla terzietà degli arbitri, la questione risulta inevitabilmente intrecciata con la natura *ad hoc* dell'arbitrato in sé. L'individuazione degli arbitri risulta in netta antitesi con lo iato che, tradizionalmente, separa le parti dal giudice. Sebbene, infatti, l'articolo 14 capoverso 1 della Convenzione di Washington individui nell'indipendenza degli arbitri un requisito essenziale per la loro stessa designazione, sì da qualificarne l'assenza quale motivo di ricusazione ai sensi dell'articolo 57 della medesima Convenzione, non sembra che ciò si traduca in un'attuale indipendenza percepita degli arbitri. Si tratta, invero, di valutazioni forse più politiche che giuridiche, le quali hanno tuttavia un rilievo in questa trattazione poiché, come si dirà, hanno orientato l'elaborazione di modelli alternativi al sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

Su un piano analogo, va posta altresì la questione della natura *pro-investor* tipica di tale sistema. La questione è stata dibattuta, in dottrina, tanto sotto un profilo empirico, valutando cioè se ed in che misura vi sarebbe, da parte degli arbitri, un pregiudizio in favore degli investitori stranieri, tale da investire l'esito dell'arbitrato stesso e, dall'altra, nell'effettivo squilibrio in sede di giudizio tra l'investitore, solo depositario del potere d'azione, e lo Stato ospite, cui residua tuttavia la possibilità di allegare *counterclaim*, purché strettamente connessi alla causa principale.

iii *Diritto internazionale degli investimenti e sovranità statale*

La natura *sui generis* del sinallagma tra Stato ospite ed investitore è connaturata al sistema tradizionale di risoluzione delle controversie, riconducibile all'idea di promozione dello sviluppo economico attraverso

l'esclusiva protezione degli investimenti stranieri. Di questo squilibrio se ne possono osservare ulteriori declinazioni anche sul piano del diritto interno degli Stati ospite, tantopiù laddove quest'ultimi abbiano un ordinamento relativamente giovane o in via di formazione. In questi casi, parte della dottrina ha osservato una tendenziale rinuncia a disciplinare materie, seppure d'interesse generale, quali ad esempio la tutela della salute o dell'ambiente, onde evitare d'incorrere in potenziali controversie arbitrali con investitori stranieri operanti nel proprio territorio. Il fenomeno in questione, il cosiddetto *regulatory chill*, si pone quale compressione dell'esercizio della sovranità interna degli stati, al fine di preservare gli investimenti esteri già in essere ovvero mantenere un'elevata attrattività per i capitali esteri.

Contraltare di questo fenomeno è la recente tendenza, ancora embrionale, a negoziare trattati d'investimento che siano espressione di una rinnovata centralità della protezione dell'interesse pubblico. Ci si riferisce, qui al diritto di legiferare, il *right to regulate*, ossia l'introduzione di eccezioni ovvero di clausole di salvaguardia, volte a preservare lo spazio regolamentare e normativo degli Stati. Si tratta di disposizioni che, ad esempio, riducono il rischio che una misura statale possa ascrivere ad un esproprio indiretto, laddove questa miri piuttosto a proteggere una delle declinazioni dell'interesse pubblico. Questo genere di prescrizioni, codificate nei trattati di investimento, sono invero espressione di una reazione allo squilibrio dei rapporti Stato-investitore cui si è appena accennato.

È per queste ragioni che, negli ultimi anni, si è assistito a un crescente dibattito circa la riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, sotto varie forme. Alcuni paesi hanno cercato di rinegoziare i rispettivi trattati d'investimento, altri hanno abbandonato la Convenzione di Washington, mentre altri ancora hanno proposto modifiche per aumentarne la trasparenza, le quali hanno trovato solo un parziale accoglimento, con tutti i limiti di cui si riferirà poi.

Parallelamente a questi tentativi sparsi, si è posta l'azione dell'Unione europea, la quale non ha fatto mistero di voler addivenire all'istituzione di una Corte multilaterale permanente in materia di investimenti. Un proposito indubbiamente ambizioso, alla cui realizzazione parrebbe tuttavia essere sistematicamente orientata l'attività di negoziazione di trattati di investimento portata avanti proprio dall'Unione europea nel corso degli ultimi dieci anni. Si tratta di un'azione che ha assunto una sua centralità sia per l'evidente concentrazione di Stati tradizionalmente esportatori di capitali nel territorio europeo, ed il relativo peso in termini di relazioni internazionali, sia per l'approccio sistematico adottato dall'Unione europea stessa.

Si pensi ad esempio al *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) negoziato da Canada e UE. Il trattato in questione ha l'ambizione, accanto ad una fitta regolamentazione dei rapporti commerciali, di disciplinare, al Capitolo 8, non soltanto la protezione sostanziale degli investimenti stranieri, ma anche un diverso meccanismo di risoluzione delle

controversie Stato-investitore: un Tribunale permanente con due gradi di giudizio e costituito secondo canoni analoghi a quelli propri degli organi giudiziari nazionali. Se ed in che misura il modello elaborato dall'accordo eurocanadese si discosti sino in fondo dal sistema di risoluzione delle controversie tradizionale nella materia considerata, sarà questione di cui si darà conto nel prosieguo del lavoro; ciò che qui appare importante evidenziare è che si tratta del primo meccanismo alternativo e "giurisdizionalizzato" cristallizzato in un trattato, sebbene ancora non operante, stante la necessaria ratifica del CETA da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea¹, sulla cui scorta si svilupperà qualsiasi futura Corte multilaterale permanente in materia di investimenti. Inoltre, è proprio in questo trattato che si rintracciano le risposte politico-giuridiche alla generalizzata avversione dell'opinione pubblica nei confronti del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Non è un caso, dunque, che nel capitolo 8 del CETA abbiano trovato spazio numerose disposizioni, tra loro connesse, volte a preservare lo spazio regolamentare delle rispettive parti; che vi siano disposizioni relative all'intervento del terzo in giudizio, onde garantire un maggior coinvolgimento della società civile nelle controversie Stato-investitore, laddove vi siano interessi generali e diffusi, e che si introduca una disciplina decisamente dettagliata dei profili etici degli arbitri.

iv Profili di ricerca

Dalle criticità sin qui evidenziate, è emersa la necessità di articolare l'attività di ricerca ponendo in comunicazione il piano dell'evoluzione delle tutele sostanziali garantite agli investitori stranieri ed il meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore. I due aspetti risultano, infatti, tra loro interconnessi: se, ad esempio, è nel dettare eccezioni e clausole di salvaguardia che gli Stati sostanziano il proprio *right to regulate*, allora è nell'emersione di un modello alternativo al tradizionale ISDS che se ne garantisce un adeguato ed effettivo presidio. A tale scopo, il Capitolo 8 del CETA offre indubbiamente le prospettive di ricerca maggiormente significative, ponendosi quale sintesi delle spinte evolutive che hanno investito l'intero campo del diritto internazionale degli investimenti, tanto sotto il profilo procedurale quanto sostanziale.

Per tale ragione, la prima parte di questo lavoro ha ad oggetto il quadro evolutivo dei principali livelli di tutela materiale garantiti agli investitori stranieri, analizzato nell'ottica del CETA: il trattamento giusto ed equo, l'esproprio, il principio della nazione più favorita ed il trattamento nazionale, nonché l'insieme di disposizioni, peculiari del trattato eurocanadese, volte a

¹ Infatti, benché il CETA sia stato reso applicabile in via provvisoria il 21 settembre 2017, il regime di applicazione provvisoria non opera per alcuni settori del trattato, tra cui quello relativo al sistema di risoluzione delle controversie

garantire il perimetro di esercizio della sovranità statale interna. È attraverso queste disposizioni che è infatti possibile rintracciare i principali profili di riforma, sotto il profilo sostanziale, emergenti dalle tensioni del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. La contraddittorietà della prassi e le differenti interpretazioni delle singole clausole, ora in senso restrittivo, ora in senso espansivo, hanno inevitabilmente giocato un ruolo di primaria importanza nell'elaborazione delle tutele garantite agli investitori stranieri nel CETA.

Nella seconda parte del lavoro, invece, lo studio investe i profili eminentemente procedurali del Tribunale CETA in materia di investimenti, onde osservare quanto questo superi le criticità insite nel sistema tradizionale di risoluzione delle controversie. Poiché quest'ultimo, come si è accennato, risulta inscindibile dalla Convenzione di Washington, intesa quale principale quadro di riferimento per la disciplina della risoluzione delle controversie Stato-investitore, le disposizioni procedurali contenute nel CETA vengono tendenzialmente poste in comunicazione con le relative disposizioni della Convenzione di Washington. Del resto, è lo stesso trattato eurocanadese ad integrare alcuni elementi di detta Convenzione, proprio allo scopo di disciplinare taluni aspetti procedurali del Tribunale CETA, con tutte le possibili discrasie che ne conseguono. Accanto alla determinazione della giurisdizione, l'attenzione è focalizzata sulle modalità di costituzione del Tribunale, sulle differenze tra l'annullamento ICSID ed appello CETA; inoltre, assumono un ruolo centrale le disposizioni relative all'etica arbitrale e all'intervento del terzo. Ciascuna di queste disposizioni si pone in stretta relazione con i concetti di terzietà, indipendenza e trasparenza arbitrale e, dunque, tende alla legittimazione del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA. Ulteriori profili d'analisi sono dedicati alle questioni relative al diritto applicabile, con evidenti ricadute sul piano dell'autonomia dell'ordinamento europeo, nonché all'esecuzione delle sentenze del Tribunale CETA.

La terza parte del lavoro, infine, sposta l'obiettivo dall'analisi dei caratteri innovativi del Capitolo 8 del CETA alla loro capacità di concretizzare un effettivo "prototipo" materiale e procedurale, prodromico alla costituzione di una Corte multilaterale permanente in materia di investimenti internazionali. Quest'ultima, quale risposta alle criticità croniche del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, non è del resto l'unica opzione di riforma discussa a livello internazionale. In particolare, lo studio cerca di individuare i limiti ed i profili di convergenza tra l'ipotesi, da un lato, di una corte d'appello multilaterale e, dall'altro, di una giurisdizione a due gradi di giudizio. Infine, si pongono in comunicazione i profili di riforma maggiormente significativi del modello "giurisdizionalizzato" eurocanadese, con il Progetto di Statuto della Corte multilaterale in materia d'investimenti (*Draft Statute of the Multilateral Investment Court*) avanzato in dottrina da Marc Bungenberg e August Reinisch, inteso quale sintesi del dibattito accademico internazionale circa le ipotesi di riforma in materia.

CAPITOLO I

LA DIMENSIONE SOSTANZIALE DELLA TUTELA DELL'INVESTITORE STRANIERO ALLA PROVA DELLA CRISI DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE STATO-INVESTITORE

SOMMARIO: i. Cenni introduttivi al capitolo primo. – ii. La frammentazione dei profili sostanziali di tutela dell'investitore ed i limiti della c.d. *jurisprudence constante*. – iii. Il Capitolo 8 del CETA: cenni introduttivi. – iv. Il trattamento giusto ed equo e l'articolo 8.10 del CETA. – v. L'esproprio e l'articolo 8.12 del CETA. – vi. Il trattamento nazionale, il principio della nazione più favorita e gli articoli 8.6 ed 8.7 del CETA. – vii. Il *right to regulate* negli articoli 8.4, 8.5, 8.9 ed 8.15 del CETA.

I.i Cenni introduttivi al capitolo primo

Nel procedere ad analizzare i profili critici delle tutele materiali nel diritto internazionale degli investimenti, quale riflesso della crisi del tradizionale sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, occorre anzitutto inquadrare il ruolo svolto dalla prassi arbitrale. Non può tacersi, infatti, che l'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti è stata animata grandemente dall'emersione di una *jurisprudence constante* nella prassi arbitrale in materia di investimenti stranieri. Si tratta di un fenomeno complesso, caratterizzato da riferimenti incrociati limitati non soltanto a pronunce antecedenti, ma anche a singole disposizioni di trattati d'investimento ed espressione dell'interrelazione che caratterizzerebbe il complesso tessuto della trama di accordi bilaterali sorta a partire dagli anni Novanta. Tuttavia, sarebbero proprio le caratteristiche intrinseche all'evoluzione storica del diritto internazionale degli investimenti a rivelare i limiti della sua asserita unitarietà, così come concretizzatasi nella fenomenologia della *jurisprudence constante* descritta in dottrina. Invero, il diritto internazionale degli investimenti si rivela irrimediabilmente segmentato e contraddittorio, tanto sotto il profilo materiale quanto sotto quello procedurale. In questa dinamica, la prassi arbitrale ha certamente favorito lo sviluppo della materia, ma non può che rivestire una funzione ancillare, rispetto al primato del carattere volontaristico tipico dell'ordinamento di diritto internazionale. Semmai, la prassi arbitrale potrebbe intendersi piuttosto quale espressione della *koinè* giuridica dei tribunali arbitrali in materia d'investimenti, la cui natura *ad hoc* ne è, in ogni caso, il limite caratterizzante: è la specialità dell'arbitrato ad impedire che i precedenti abbiano carattere vincolante ed è proprio tale specialità che rimarca la primazia della volontà statale. Di conseguenza, non può prescindere dal considerare che, in materia d'investimenti internazionali, la

vincolatività della *jurisprudence constante*, sia pure *de facto*, rischi di comprimere l'esercizio della sovranità interna degli Stati.

Sulla scorta di queste considerazioni, lo studio volge lo sguardo all'attivismo, in materia di diritto internazionale degli investimenti, dell'Unione europea, cristallizzato nei cosiddetti "accordi di terza generazione". In particolare, il caso di studio è il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) negoziato con il Canada ed il Capitolo 8, relativo appunto agli investimenti. Il profilo delle tutele materiali è quello osservato in questa prima parte del lavoro, con un'attenzione peculiare a quelle disposizioni che mirano a ricercare un equilibrio tra la protezione e promozione degli investimenti stranieri, da un lato, e la tutela della dimensione regolamentare delle parti del trattato, dall'altro. Allo scopo di inquadrare coerentemente tali profili, la trattazione di ciascun *standard* di tutela prende le mosse dai profili evolutivi emergenti dalla prassi arbitrale, anche in ragione della tendenziale continuità tra le tutele garantite nel CETA e tali orientamenti.

Il trattamento giusto ed equo è la prima tutela analizzata, in quanto cardine della protezione contemporanea degli investimenti stranieri e, al contempo, emblema dell'evoluzione interpretativa degli *standard* di tutela nella prassi. In particolare, nella sua concretizzazione nel trattato eurocanadese, emerge nettamente la continuità con le vicende interpretative emerse nella prassi relativa all'art. 1105 del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA); queste sarebbero, invero, riconducibili sia al tema del livello minimo di protezione, quale limite all'interpretazione dello *standard* ovvero viatico per interpretazioni, tanto evolutive quanto espansive, del trattamento giusto ed equo e, conseguentemente, alla successiva tendenza alla codificazione di questo trattamento nei trattati posteriori. Emergerebbe, dunque, una inclinazione verso la ricerca di un contenuto materiale prescrittivo maggiormente puntuale, funzionale ad un'accresciuta prevedibilità delle pronunce relative alla violazione dello *standard* e all'esercizio della sovranità interna dello Stato ospite.

Segue lo studio dei profili caratterizzanti le tutele, garantite agli investitori stranieri, connesse al diritto di proprietà e, dunque, relative alle misure espropriative dirette ed indirette. Si tratta di un aspetto tipico del diritto internazionale degli investimenti, assai risalente, e che rappresenta uno degli ambiti d'elezione privilegiati delle tensioni tra esercizio della sovranità statale interna e tutela degli investimenti stranieri; ciò è tanto più vero nella misura in cui si consideri la centralità della caratterizzazione di una misura regolamentare quale esproprio indiretto, poiché è proprio in tale dinamica che va a porsi il difficile confine tra la legittima protezione dell'interesse pubblico e la compressione del diritto di proprietà dello straniero: ciascuno degli orientamenti sul punto, della prassi e dottrinale, parrebbe, in definitiva, esprimere un certo *favor* nei confronti del primato della sovranità interna dello Stato ospite ovvero della tutela della stabilità delle attività economiche

degli investitori stranieri. L'approccio del CETA sul punto sembrerebbe, invece, cercare di contemperare le due posizioni, individuando un correttivo nel criterio del "carattere della misura", quale elemento capace di orientare l'attività interpretativa verso la valutazione della proporzionalità della misura espropriativa rispetto i suoi fini pubblici. Al contempo, il CETA parrebbe, di nuovo, operare un'attenta attività codificatrice, attraverso l'esclusione, dall'ambito d'applicazione della tutela, della proprietà intellettuale, e l'individuazione di una clausola di salvaguardia in ordine al potere regolamentare dello Stato ospite, così da circoscrivere significativamente i margini entro cui una misura regolamentare possa avere carattere espropriativo.

Anche il divieto di trattamenti discriminatori nei confronti degli investitori stranieri e, dunque, la garanzia di condizioni paritarie ai fini dell'esercizio dell'attività economica nel territorio dello Stato ospite, è un campo d'elezione privilegiato per le tensioni tra potere regolamentare statale ed investimenti internazionali. Di conseguenza, l'attenzione è rivolta altresì all'osservazione dei profili evolutivi e del trattamento nazionale e del principio della nazione più favorita. Tradizionalmente intesi quali argini all'adozione di misure protezionistiche da parte degli Stati ospite, questi *standard* parrebbero aver trovato, nel CETA, una compiuta codificazione delle principali linee interpretative affermatesi nella prassi arbitrale. Quanto al trattamento nazionale, appare di particolare interesse che se ne disponga l'ambito di applicazione anche alle fasi antecedenti allo stabilimento effettivo dell'investimento straniero, temperandone tuttavia il portato ove si consideri il particolare equilibrio di eccezioni e riserve che caratterizza il trattato eurocanadese. Quanto al principio della nazione più favorita, anche in questo caso il CETA sembrerebbe consentire di individuare una continuità con gli orientamenti emersi nella prassi arbitrale, in special modo quella relativa all'art. 1103 del NAFTA. Tuttavia, il trattamento è qui codificato in una forma significativamente più restrittiva, soprattutto se comparato alle clausole tradizionali in materia: l'incorporazione dei vantaggi, tanto sostanziali quanto procedurali, è esclusa; inoltre, l'ambito di applicazione del principio è ulteriormente limitato sia da eccezioni specifiche relative al mercato dei servizi, sia dalla previsione della possibilità, per le parti del trattato, di indicare, negli allegati al CETA, particolari riserve rispetto all'applicazione, tra l'altro, del trattamento della nazione più favorita. La particolare natura di alcune delle attività economiche così escluse, unitamente alla più generale articolazione di questi due *standard*, confermerebbe l'idea che l'approccio eurocanadese al diritto internazionale degli investimenti sarebbe orientato alla più rigida codificazione dei livelli di tutela degli investimenti, onde garantirne tanto la prevedibilità, interpretativa ed applicativa, quanto preservare i margini dell'esercizio della sovranità.

Da queste considerazioni discende la scelta di approfondire il tema, più generale, del cosiddetto *right to regulate*, cioè il diritto, posto in capo allo

Stato ospite, di derogare internamente agli obblighi materiali assunti mediante accordi internazionali in materia d'investimenti, senza che ciò determini un pregiudizio risarcibile per l'investitore straniero. In particolare, l'osservazione è stata rivolta non soltanto alla più generale clausola in materia posta nel CETA, quale chiave di volta interpretativa dell'intero Capitolo 8 del trattato, ma anche alle sue peculiari declinazioni in materia di accesso al mercato, relativamente al divieto di requisiti prestazionali obbligatori ovvero facoltativi, di diritto di stabilimento nonché nelle eccezioni e riserve, trasversalmente poste a presidio della sovranità interna. Si tratta di ambiti nei quali il confine tra tutela dell'interesse pubblico e protezionismo può farsi labile e dove trattati multilaterali quali il *General Agreement on Trade in Services* (GATS) hanno offerto un modello dal quale non può prescindere. Il CETA sembrerebbe offrire spunti innovativi, superando l'approccio del GATS, centrato sull'articolazione di una serie di obblighi negativi, teso ad una liberalizzazione progressiva; piuttosto, il trattato eurocanadese parrebbe mirare ad una più piena liberalizzazione dei mercati. Si tratterebbe, invero, di un riflesso dell'evidente omogeneità delle economie canadese ed europea, tale da consentire di bilanciare adeguatamente l'interconnessione di questi con la tutela di interessi generali e diffusi. Ciò emergerebbe altresì nella ricerca di contemperare gli equilibri macroeconomici caratterizzanti i rapporti tra le parti del trattato e, al contempo, il potere regolamentare, che traspare sottotraccia anche dallo studio degli *standard* di protezione degli investimenti stranieri di cui si è detto. Del resto, sarebbe proprio la presenza di una specifica clausola in materia di *right to regulate* a garantire equilibrio tra la rigidità di specifiche eccezioni nel trattato che, per loro natura, rischierebbero di comprimere la flessibilità normativa delle parti, e l'esercizio della sovranità statale interna.

I.ii *La frammentazione dei profili sostanziali di tutela dell'investitore ed i limiti della c.d. jurisprudence constante*

Il gran numero di controversie Stato-investitore, sorte successivamente alla proliferazione di trattati bilaterali in materia di investimenti², ha indubbiamente consentito lo sviluppo di un *corpus* di pronunce arbitrali considerevole. Non si tratta di una mole disordinata e sconnessa di lodi tra loro isolati, bensì di decisioni via via sempre più ricche di citazioni e riferimenti incrociati a pronunce antecedenti: una fitta trama di richiami giurisprudenziali, fondata sulla persuasività dell'elaborazione giuridica alla base dell'orientamento, piuttosto che sulla vincolatività del precedente. Tale dinamica è stata assimilata, in dottrina, alla cosiddetta *jurisprudence constante*, di matrice continentale, proprio in ragione della

² S. FRANCK, *Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration*, in *North Carolina Law Review*, 2007, pp. 46-47.

portata dei precedenti nel diritto internazionale degli investimenti, che non può essere ascritta allo *stare decisis*; non vi è, infatti, alcun obbligo, per gli arbitri, di conformarsi ai precedenti rilevanti nel caso oggetto di controversia, e tuttavia si è osservato l'affermarsi di orientamenti consolidati nella risoluzione di alcune fattispecie controverse, proprio in virtù della persuasività di siffatti orientamenti³.

Che lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti si fondi anche attraverso il progressivo addensarsi degli orientamenti arbitrali emergenti dalla prassi, è del resto idea affatto nuova⁴. L'attestarsi di una *jurisprudence constante* potrebbe, infatti, condurre ad una progressiva elisione degli orientamenti contrastanti, rafforzando la coerenza del diritto internazionale degli investimenti, così da assicurare maggior certezza del diritto nel lungo termine⁵.

D'altro canto, autorevole dottrina ritiene che l'affermarsi di una *jurisprudence constante* negli arbitrati Stato-investitore sarebbe la manifestazione giurisprudenziale dell'unitarietà del diritto internazionale degli investimenti. Sebbene, infatti, siano la costellazione di migliaia di trattati bilaterali d'investimento, nonché taluni accordi multilaterali, le fonti di questo diritto, il particolarismo di questo sistema, *ictu oculi* frammentato, sarebbe soltanto apparente. Vi sarebbe, infatti, una multilateralizzazione del diritto internazionale degli investimenti, espressione della sua sostanziale uniformità. A sostegno di questa tesi, si sono osservati alcuni fenomeni caratterizzanti una certa parte della prassi arbitrale. Si pensi, ad esempio, alla tendenza ad interpretare certe disposizioni di un trattato d'investimenti ricorrendo ad analoghe disposizioni contenute in ulteriori accordi d'investimento negoziati da una sola delle parti ovvero terzi⁶, allo scopo di

³ C. KESSEDIAN, *To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards*, in C. A. ROGERS, R.P. ALFORD (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 49; E. DE BRABANDERE, *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, in T. GAZZINI, E. DE BRABANDERE (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012, pp. 245, 247, 255. Circa l'impiego dei concetti di *jurisprudence constante* e *stare decisis* nell'arbitrato internazionale, si veda: G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, 2006, pp. 358-361.

⁴ J.P. COMMISSION, *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 129 e ss.

⁵ Tribunale arbitrale ICSID, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, n. ARB/05/7, Lodo del 30 giugno 2009, par. 90; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine, Inc. c. Ecuador*, n. ARB/03/6, Decisione circa l'annullamento del 19 ottobre 2009, par. 25. E. DE BRABANDERE, *Arbitral Decisions cit.*, p. 267.

⁶ Tribunale arbitrale ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, n. ARB/87/3, Lodo del 27 giugno 1990, par. 40; Tribunale arbitrale ICSID, *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, n. ARB/97/7, Decisione circa le obiezioni alla giurisdizione del 25 gennaio 2000, parr. 52, 58, 60; Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 55; Tribunale arbitrale ICSID, *Tokios Tokelés c. Ucraina*, n. ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione del 29 aprile 2004, parr. 21-34; Tribunale arbitrale ICSID, *Plama Consortium*

chiarire, ad esempio, il corretto significato da attribuire ad una determinata disposizione del trattato rilevante nella controversia, ovvero dedurre le intenzioni delle parti. Si tratta di una prospettiva di rafforzamento dell'uniformità interpretativa delle fonti del diritto internazionale degli investimenti che, oltre a consentire di superarne la tradizionale dimensione bilaterale, ne manifesterebbe l'unitarietà di fondo⁷. Da questa prospettiva, la *jurisprudence constante* consentirebbe proprio di rafforzare ulteriormente l'interrelazione tra i trattati d'investimento, in quanto gli orientamenti emersi dall'applicazione di differenti accordi determinerebbero interpretazioni convergenti delle differenti tutele materiali in materia di investimenti internazionali.

In quest'ottica, la portata della *jurisprudence constante* non andrebbe affatto circoscritta alla mera persuasività dei precedenti arbitrali. Poiché espressione della cornice entro cui si articola il diritto internazionale degli investimenti, eventuali contraddizioni tra gli orientamenti arbitrali sarebbero del tutto residuali e, in ogni caso, funzionali alla sua evoluzione. Piuttosto, il costante riannodarsi tra interpretazioni risalenti e nuove pronunce testimonierebbe la natura unitaria del diritto internazionale degli investimenti. Proprio ove i lodi arbitrali esprimono orientamenti coerenti, lì si espliciterebbe la funzione *de facto* vincolante dei precedenti in materia⁸. Le occasionali dissonanze tra orientamenti arbitrali⁹, invero, sarebbero da

Limited c. Bulgaria, n. ARB/03/24, Decisione sulla giurisdizione dell'8 febbraio 2005, par. 203-204; Tribunale arbitrale ICSID, *Aguas del Tunari, SA c. Bolivia*, n. ARB/02/3, Decisione sulla giurisdizione del 21 ottobre 2005, par. 291, 312; Tribunale arbitrale ICSID, *L.E.S.I. S.p.A. e ASTALDI S.p.A. c. Algeria*, n. ARB/05/3, Decisione del 12 luglio 2006, par. 84.

⁷ S.W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 305-312.

⁸ *Ibid*, pp. 330-331.

⁹ Si pensi, ad esempio, alle interpretazioni divergenti delle cosiddette *umbrella clause*. Circa l'approccio più restrittivo, si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, n. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 163-174; Tribunale arbitrale ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, n. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006, par. 71-88; Tribunale arbitrale ICSID, *Pan American Energy LLC e BP Argentina Exploration Company c. Argentina*, n. ARB/03/13, Decisione sulle obiezioni preliminari del 27 luglio 2006, par. 100-116. Inoltre, si veda: T.W. WÄLDE, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, pp. 183 ss. Circa, invece, l'interpretazione più elastica, si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filippine*, n. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 113-129; Tribunale arbitrale UNCITRAL *ad hoc*, *Eureko B.V. c. Polonia*, Lodo parziale del 19 agosto 2005, par. 244-260; Tribunale arbitrale ICSID, *Noble Ventures, Inc. c. Romania*, n. ARB/01/11, Lodo finale del 12 ottobre 2005, par. 46-62; Tribunale arbitrale ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, n. ARB/02/1, Decisione sulla responsabilità del 3 ottobre 2006, par. 169-175; Tribunale arbitrale ICSID, *Siemens A.G. c. Argentina*, n. ARB/02/8, Lodo del 6 febbraio 2007, par. 204-206. Inoltre, si veda: S.W. SCHILL, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in*

inquadarsi quali contrasti tra modalità applicative del medesimo livello di tutela, piuttosto che come divergenze attinenti all'esistenza di una data tutela nel *corpus* del diritto internazionale degli investimenti. Per questo, proprio i contrasti nella giurisprudenza arbitrale, così inquadrati, sarebbero purtuttavia riconducibili alla dimensione unitaria della materia, in quanto funzionali all'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti¹⁰.

La fenomenologia della *jurisprudence constante* sin qui descritta sembrerebbe, tuttavia, non considerare appieno la portata di alcune peculiarità caratterizzanti il diritto internazionale degli investimenti che, a parere di chi scrive, potrebbero consentire di meglio inquadrare i limiti della giurisprudenza arbitrale e, di conseguenza, comprendere alcune delle criticità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Si pensi, ad esempio, all'unitarietà del *corpus* del diritto internazionale degli investimenti, così come rappresentata attraverso l'evoluzione della prassi arbitrale in materia. Ebbene, siffatta unitarietà è radicata forse più nelle vicende storiche del diritto internazionale degli investimenti, che si riverberano ancora oggi negli sviluppi delle tutele materiali e procedurali, piuttosto che nel carattere effettivamente generale della protezione degli investimenti internazionali. Senza avere la pretesa di ricostruire analiticamente l'evoluzione storica del diritto internazionale degli investimenti, dalle sue origini sino alla proliferazione dei trattati bilaterali d'investimento negli anni Novanta¹¹, vi sono tuttavia alcuni eventi cardine che possono forse offrire indizi in tal senso. Si pensi, ad esempio, al mutato atteggiamento degli Stati importatori di capitali, dall'era della Decolonizzazione ai primordi della Globalizzazione, rispetto all'indennizzo da garantire all'investitore straniero espropriato. Originariamente rigettata, poiché ritenuta suscettibile di comprimere il pieno esercizio della sovranità statale, la "formula Hull" è stata poi trasposta, nel suo contenuto effettivo, nelle disposizioni concernenti l'indennizzo espropriativo. Ebbene, la dottrina è divisa nell'inferire che, se in una prima fase gli Stati importatori di capitali negarono la natura consuetudinaria della "formula Hull", cercando di stabilire piuttosto un "Nuovo Ordine Economico Internazionale"¹², questi ne abbiano infine riconosciuto il carattere di

International Investment Treaties, in *Minnesota Journal of International Law*, 2009, pp. 35-58.

¹⁰ S.W. SCHILL, *The Multilateralization of cit.*, pp. 346-357.

¹¹ Circa le vicende storiche alla base della nascita e dello sviluppo del diritto internazionale degli investimenti, dal Colonialismo sino alla Globalizzazione, si veda: K.J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 19-74.

¹² *Dichiarazione circa l'instaurazione di un Nuovo Ordine Economico Internazionale*, Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3201/S-VI, del 1 maggio 1974; *Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati*, Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3281/29, del 12 dicembre 1974. Si veda: C.W.R. DIETRICH, *Oil Revolution. Anticolonial Elites, Sovereign Rights, and the Economic Culture of Decolonization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

consuetudine internazionale per il solo fatto che, a partire dagli anni Novanta, gli elementi cardine sono stati incorporati nei trattati bilaterali d'investimento negoziati¹³. Vi sono, purtuttavia, ragioni economiche e storiche che hanno orientato la volontà degli Stati post-coloniali¹⁴. Ragioni e dinamiche almeno in parte coincidenti a quelle che condussero al fallimento dei differenti tentativi di negoziazione di trattati multilaterali in materia di protezione degli investimenti stranieri¹⁵, poi riaffiorati, in varie declinazioni, nelle tutele fissate bilateralmente¹⁶.

Se è, dunque, possibile rintracciare in queste dinamiche le cause alla base di un'apparente unitarietà del diritto internazionale degli investimenti, vi sono altresì ragioni storiche ed economiche che hanno condotto ad una segmentazione localizzata di alcune tutele garantite agli investitori stranieri. Come in biologia si osserva il fenomeno della cosiddetta "speciazione", similmente si sono sviluppate, anche in ragione di dette dinamiche locali, oltre che storiche ed economiche, specifiche modalità di tutela del medesimo fenomeno giuridico che, sebbene poste sul piano internazionale mediante accordi plurilaterali, sono ciascuna un'articolazione del medesimo principio, e tuttavia differenti. Si pensi, ad esempio, alle differenti definizioni di investimento: le definizioni "asset-based", di matrice europea, maggiormente flessibili poiché tese ad includere, nel concetto d'investimento, qualsiasi

¹³ Parte della dottrina ritiene tale tendenza un emblematico "dilemma del prigioniero": il vantaggio competitivo individuale di negoziare, bilateralmente, le disposizioni in materia di determinazione dell'indennizzo espropriativo secondo criteri analoghi alla "formula Hull", ovvero il vantaggio collettivo di rigettare l'allora supposta natura consuetudinaria di quest'ultima. Si veda: A.T. GUZMAN, *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 1997, pp. 666-667. *Contra*, altra dottrina ha inteso riconoscere, in questa tendenza, la volontà degli Stati importatori di capitali di aderire, infine, alle cosiddette "regole tradizionali di protezione degli investitori stranieri", rifiutate precedentemente. Si veda: J.E. ALVAREZ, *A BIT on Custom*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2009, p. 40.

¹⁴ Segnatamente, la caduta dell'Unione Sovietica, la minor crescita economica degli stati sudamericani, l'opposto sviluppo di talune nazioni del Sudest asiatico. Si veda: A.F. LOWENFELD, *Investment Agreements and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 126-127.

¹⁵ *Final Act of The United Nations Conference on Trade and Employment* (Conferenza de L'Avana), del 1948; *Progetto di Convenzione circa gli investimenti all'estero* (Progetto di Convenzione Abs-Shawcross) del 1959; *Progetto di Convenzione circa la protezione della proprietà straniera* del 1967. J.P. GAFFNEY, Z. AKÇAY, *Chapter 4 – II.A. European Bilateral Approaches*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law*, Baden, Nomos, 2015, pp. 187-189.

¹⁶ R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Den Haag, Nijhoff, 1995, p. 2; J.W. SALACUSE, *Towards a global treaty on foreign investment: the search for a grand bargain*, in N. HORN, S. KROLL (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, l'Aja, Kluwer Law, 2004, p. 61.

tipologia di attività economica di proprietà dell'investitore straniero¹⁷, ovvero le definizioni cosiddette “*closed-list*”, di matrice nordamericana, che adottano un approccio restrittivo mediante un'elencazione rigida ed esaustiva delle attività qualificate come investimento¹⁸.

È per queste ragioni che appare difficile scorgere, nella tendenza degli arbitri ad utilizzare disposizioni, contenute in altri trattati d'investimento, onde interpretare le disposizioni del trattato rilevante nella controversia oggetto d'arbitrato, l'unitarietà del diritto internazionale degli investimenti. Certo, non può negarsi che i trattati manifestino, di per sé, la prassi degli Stati¹⁹, sicché, limitatamente, ad esempio, all'induzione della volontà dello Stato ospite, i trattati d'investimento negoziati con Stati terzi potrebbero adiuvarne il lavoro dell'interprete riguardo un dato *standard* di protezione. D'altra parte, vi sono numerosi segmenti delle tutele materiali, garantite agli investitori stranieri, che differiscono grandemente tra loro, proprio in ragione della disomogeneità dei trattati bilaterali d'investimento²⁰. Non a caso, questa è tra le considerazioni che ha spinto autorevole dottrina a ritenere che i trattati bilaterali d'investimento non contribuiscano affatto alla formazione di norme a carattere consuetudinario nel diritto internazionale degli investimenti²¹. Parimenti, il ruolo delle consuetudini internazionali nel diritto internazionale degli investimenti è ridimensionato proprio da quella dottrina che, nella tendenza arbitrale di richiamare trattati d'investimento estranei alla

¹⁷ *Energy Charter Treaty* (ECT), art. 1.6. J.A. BISCHOFF, R. HAPP, *Chapter 6 - II.A. The Notion of Investment*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International cit.*, pp. 500-501.

¹⁸ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), art. 1131. J. A. BISCHOFF, R. HAPP, *Chapter 6 - II.A. cit.*, pp. 501-502. Occorre qui segnalare come, nel successivo *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), all'art. 14.1, la definizione di investimento assuma una forma ibrida: indubbiamente più vicina all'“*asset-based*” di matrice europea, ma comprensiva di una lista negativa di attività economiche escluse dalla definizione stessa. Si veda: C.E. CÔTÉ, H. ALI, *The USMCA and Investment: A New North American Approach?*, in G. GAGNÉ, M. RIOUX (eds.), *NAFTA 2.0*, Montreal, Palgrave Macmillan, 2022, p. 89.

¹⁹ A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, London, Cornell University Press, 1971, p. 104.

²⁰ Vi sono, in dottrina, numerosi contributi che affrontano il tema della disomogeneità delle tutele materiali e procedurali nei trattati bilaterali d'investimento, in un'ottica di indagine circa la possibile emersione di norme a carattere consuetudinario. Si vedano: B. KISHOYIAN, *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1993, pp. 343-346, 363-372; A. AL FARUQUE, *Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal*, in *Indian Journal of International Law*, 2004, pp. 306-310; P. DUMBERRY, *The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?*, in *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, 2010, pp. 365-372.

²¹ P. DUMBERRY, *Are BITs Representing the “New” Customary International Law in International Law?*, in *Penn State International Law Review*, 2010, pp. 686-690; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 209.

controversia Stato-investitore, rintraccia uno degli elementi caratterizzanti l'unitarietà della materia: nel diritto internazionale degli investimenti, sarebbe la costante prassi arbitrale a svolgere la funzione tradizionalmente rivestita dalle consuetudini²².

Certamente, non può contestarsi l'apporto esiziale della prassi arbitrale nell'evoluzione dei principi e delle tutele che caratterizzano la materia. D'altro canto, la funzione svolta dalla prassi, nella formazione del diritto internazionale, è da ritenersi tradizionalmente sussidiaria²³, in ragione del carattere volontaristico che caratterizza il sistema delle fonti nell'ordinamento internazionale²⁴. Ciò non è di poco conto, poiché consente di comprendere come il monopolio statale nella creazione del diritto internazionale si leghi saldamente all'assenza di vincolatività dei precedenti. Se, dunque, l'incidenza della *jurisprudence constante* sulla formazione del diritto internazionale degli investimenti dev'essere opportunamente soppesata, occorre altresì chiedersi su quali basi si fondi il costante richiamo alla prassi arbitrale antecedente. La persuasività dei precedenti, negli ordinamenti continentali, si innesta in un sistema istituzionale che orienta l'elaborazione della giurisprudenza, ad esempio attraverso meccanismi nomofilattici, e che tuttavia è assente nella risoluzione arbitrale delle controversie Stato-investitore²⁵.

Un ruolo fondamentale è, forse, rivestito dall'appartenenza degli arbitri alla medesima *koinè* giuridica. Solitamente, infatti, si tratta di avvocati di particolare fama nel settore, i quali tendono a rivestire ricorrentemente il ruolo di arbitri, sovente migrando tra i differenti meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Da ciò dipenderebbero la reciproca stima, il rispetto e la considerazione vicendevoli che consentirebbero l'elaborazione di una giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti internazionali²⁶. Che l'esigenza di garantire maggior coerenza e prevedibilità negli arbitrati Stato-investitore sia connaturata al diritto internazionale degli investimenti e, pertanto, conduca progressivamente all'adozione di soluzioni convergenti, mediante l'impiego dei precedenti, è di tutta evidenza²⁷. Ciò parrebbe tuttavia confermare come l'arbitrato Stato-investitore, di per sé *ad hoc*, sembrerebbe difettare, alla radice, della legittimità intrinsecamente necessaria per la produzione di precedenti vincolanti²⁸. Senza voler qui affrontare le questioni

²² S.W. SCHILL, *From Sources to Discourse: Investment Treaty Jurisprudence as the New Custom?*, in *BIICL*, 2011, pp. 1-2.

²³ *Statuto della Corte Internazionale di Giustizia*, art. 38, par. 1, lett. d).

²⁴ R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 14-16.

²⁵ G. GUILLAUME, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, pp. 5-7.

²⁶ J. P. COMMISSION, *Precedent in Investment cit.*, pp. 129, 158.

²⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent cit.*, p. 376.

²⁸ W.M.C. WEIDEMAIER, *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*, in *William & Mary Law Review*, 2010, p. 1934.

relative alle criticità procedurali del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, oggetto di trattazione nella seconda parte del lavoro, occorre tuttavia evidenziare i limiti della *jurisprudence constante* arbitrale. Tra questi, la già citata contraddittorietà e scarsa prevedibilità delle decisioni arbitrali²⁹, appare solo parzialmente giustificata dalla capacità della prassi di “addensarsi” in orientamenti più o meno condivisi, suscettibili di indirizzare la formulazione delle disposizioni materiali nei trattati d’investimento, non certo di creare norme consuetudinarie di diritto internazionale.

Così inquadrata, la *jurisprudence constante* pare adombrata dai limiti della sua legittimità. Non soltanto per ciò che attiene alla formazione di detta prassi, ma anche per le sue ricadute sull’esercizio della sovranità degli Stati. Se, infatti, la formazione del diritto internazionale, ivi inclusa la sua declinazione nell’ambito degli investimenti, è monopolio degli Stati, può individuarsi nella prassi arbitrale, emergente dalle controversie Stato-investitore, una delle fonti di erosione di tale monopolio e, dunque, della sovranità statale. Come emergerà nella seconda parte di questo lavoro, il potere d’azione, in tali controversie, risiede per intero in capo all’investitore straniero e la stessa composizione dei *panels* arbitrali è sovente ragione di perplessità in ordine alla trasparenza dei procedimenti arbitrali. Ciò, unitamente alla tradizionale funzione di promozione, oltre che di protezione, degli investimenti, tipica dei trattati in materia, rischia di determinare un severo sbilanciamento, nella dinamica del diritto internazionale degli investimenti, in favore degli investitori: la prassi arbitrale, tenderebbe ad articolarsi sulla scorta del solo impulso privato e, quanto più *de facto* vincolante, sarebbe altresì scevra da qualsivoglia limite positivo derivante dalla lettera del trattato rilevante nella controversia, giacché questo sarebbe pur sempre da inquadrarsi nella cornice delineata dalla *jurisprudence constante*. In altre parole, la prassi arbitrale in materia d’investimenti, se vista quale motore della formazione del diritto internazionale degli investimenti, rischia di compromettere l’esercizio della sovranità statale.

È questa la chiave di lettura che si è scelto di adottare nell’indagine delle criticità relative ai profili materiali del diritto internazionale degli investimenti, ovvero la compressione della sovranità, in special modo nella sua dimensione interna. In questa prospettiva, la prassi arbitrale svolge, al contempo, sia il ruolo di sottolineare le reali criticità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, che la funzione sussidiaria di meglio

²⁹ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 164-167. Invero, parte della dottrina ritiene per certi versi fisiologica tale contraddittorietà, nella misura in cui il richiamo del precedente si inquadri piuttosto nella tecnica decisoria cosiddetta del “*taking into account*”, che anzi favorirebbe l’elaborazione di soluzioni condivise nella prassi. Si veda: F.M. PALOMBINO, G. MINERVINI, *Il Ruolo del Precedente*, in D. MANTUCCI (ed.), *L’arbitrato negli Investimenti Internazionali - Trattato di Diritto dell’Arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021, p. 967.

evidenziare, in chiave positivista, i profili evolutivi del diritto internazionale degli investimenti rintracciabili nel *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA).

I.iii Il Capitolo 8 del CETA: cenni introduttivi

Il rafforzamento delle relazioni economiche tra Canada ed Unione europea, mediante la negoziazione di un trattato di libero scambio, è un'idea piuttosto risalente. Tralasciando il progetto di un accordo che coinvolgesse tutte le economie delle due sponde dell'Atlantico, il *Transatlantic Free Trade Agreement*³⁰, intrapreso nel corso degli anni Novanta, è a partire dal biennio 2006-2007 che, tanto l'Unione europea, quanto il Canada, hanno avviato fitti negoziati³¹, volti alla realizzazione di un cosiddetto "accordo di terza generazione" ovvero *deep trade agreement*. Si tratta di accordi internazionali a carattere non meramente commerciale, in quanto volti non soltanto alla rimozione di barriere tariffarie e regolamentari al commercio, poiché caratterizzati da specifiche disposizioni materiali concernenti la disciplina della concorrenza, il movimento dei capitali, la protezione della proprietà intellettuale e la tutela e promozione degli investimenti³². Sul piano europeo, detti accordi sono altresì definiti "*post-Lisbona*", in ragione della competenza esclusiva dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 207 TFUE, circa la negoziazione e conclusione di accordi commerciali e tariffari, tra l'altro, anche in materia di investimenti stranieri diretti, successivamente al Trattato di Lisbona³³. Nel caso del CETA, tuttavia, la presenza di disposizioni relative alla risoluzione delle controversie Stato-investitore, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, relativa all'Accordo di libero scambio UE-Singapore³⁴, ne determina il carattere di accordo misto e, dunque, ne vincola l'entrata in vigore soltanto successivamente alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea³⁵. Conseguentemente, il CETA è

³⁰ Si veda: D. CARDOSO, P. MTHEMBU, M. VENHAUS, M. VERDE GARRIDO (eds.), *The Transatlantic Colossus*, Berlin, BFGP, 2013.

³¹ P. LEBLOND, *The Canada-Eu Comprehensive Economic and Trade Agreement: More To It Than Meets The Eye*, in *Policy Options*, 2010, pp. 74-75; P.M. JOHNSON, P. MUZZI, V. BASTIEN, *Le Québec et l'AECEG*, in C. DEBLOCK, J. LEBULLENGER, S. PAQUIN (eds.), *Un Nouveau Pont Sur l'Atlantique. L'Accord Économique et Commercial Global Entre l'Union européenne et Le Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, pp. 45-47.

³² W. KOETH, *The 'Deep and Comprehensive Free Trade Agreements': an Appropriate Response by the EU to the Challenges in its Neighbourhood?*, in *EIPASCOPE*, 2014, p. 25; C. HOFMANN, A. OSNAGO, M. RUTA, *The Content of Preferential Trade Agreements*, in *World Trade Review*, 2018, pp. 365-398; M. RIOUX, C. DEBLOCK, G.P. WELLS, *CETA, an Innovative Agreement with Many Unsettled Trajectories*, in *Open Journal of Political Science*, 2020, p. 52.

³³ G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'Economia*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 152.

³⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Parere 2/15* del 16 maggio 2017, par. 285-293.

³⁵ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2020, pp. 253-256.

provvisoriamente in vigore dal 21 settembre 2017, limitatamente alle parti dell'accordo rientranti nella competenza esclusiva dell'Unione europea³⁶.

Tanto le disposizioni materiali concernenti la tutela degli investimenti stranieri diretti, quanto quelle procedurali, che attengono alla risoluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite, sono contenute nel Capitolo 8 del CETA, rubricato "Investimenti" e diviso in sei sezioni. La Sezione A, "Definizioni e ambito di applicazione", individua le definizioni funzionali all'applicazione del trattato, ivi inclusa quella di investimento. La Sezione B, "Stabilimento degli investimenti", disciplina l'accesso al mercato ed i requisiti prestazionali. La Sezione C, "Trattamento non discriminatorio", include le tutele afferenti alla dimensione interna ed esterna della non discriminazione tra investitori. La Sezione D, "Protezione degli investimenti", definisce la dimensione dello spazio regolamentare statale, quale matrice interpretativa delle tutele garantite agli investitori stranieri, articola i principali *standard* di protezione. La Sezione E, "Riserve ed eccezioni", individua le riserve ed eccezioni alle protezioni garantite. Infine, la Sezione F, "Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti", pone il meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

Occorre qui ribadire che le questioni attinenti all'istituzione di un "*Investment Court System*" saranno affrontate nella seconda parte del lavoro, mentre in questa prima parte lo studio si focalizzerà piuttosto sulla disciplina sostanziale; quest'ultima, infatti, può essere ritenuta l'esemplificazione delle risposte, poste nel trattato, alle criticità che caratterizzano, radicalmente, il sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Non è un caso, infatti, che le disposizioni materiali del Capitolo 8 del CETA riflettano in larga misura l'esito delle consultazioni pubbliche, svoltesi *online*, riguardo la protezione degli investimenti nell'ambito del *Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement* (TTIP). Sebbene i negoziati di quest'ultimo accordo siano ormai "obsoleti"³⁷, i principi ispiratori alla base del Capitolo 8 del CETA risultano in tutto coincidenti con i *desiderata* emersi

³⁶ In particolare, per ciò che attiene al Capitolo 8, in materia di investimenti stranieri diretti, sono provvisoriamente in vigore gli articoli dall'8.1 all'8.8, l'articolo 8.13, l'articolo 8.15, fatto salvo il terzo paragrafo, e l'articolo 8.16. Si vedano: Decisione del Consiglio, n. 2017/38, *relativa all'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra* del 28 ottobre 2016; Avviso concernente l'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, *dall'altra*, del 16 settembre 2017, GUUE, L 238/9.

³⁷ Decisione del Consiglio n. 6052/19, *che autorizza l'apertura di negoziati con gli Stati Uniti d'America per un accordo sull'eliminazione di tariffe su beni industriali*, del 9 aprile 2019. L'articolo 3 statuisce che "*The negotiating directives for the Transatlantic Trade and Investment Partnership have become obsolete.*".

dalla citata consultazione pubblica³⁸. Appare opportuno osservare che le tematiche in questione incidono tanto sulle tutele materiali degli investimenti quanto sull'articolazione del già citato *Investment Court System*. Questioni quali la salvaguardia dell'esercizio della potestà regolamentare degli Stati ovvero del *right to regulate*, ad esempio, hanno ricadute sia sulla formulazione degli *standard* di protezione degli investimenti quanto sulle procedure per la risoluzione delle controversie Stato-investitore. Nel Capitolo 8 del CETA, infatti, i livelli di trattamento, come si vedrà di seguito, sono stati codificati cercando di contemperare, anche mediante eccezioni e riserve specifiche, la tutela degli investimenti, tradizionalmente intesa, con le finalità d'interesse pubblico. Anche le disposizioni in materia di trasparenza ed etica giurisdizionale, dettate per i componenti dell'*Investment Court System*, nonché la creazione di un organo di seconda istanza, sono ispirate dagli esiti della consultazione del 2015. Come emergerà nella seconda parte del lavoro, queste disposizioni, se riusciranno a rafforzare la legittimità delle pronunce in materia d'investimenti esteri diretti, determineranno altresì delle ricadute sulla coerenza, e persuasività, della prassi.

Si può cogliere, dunque, uno spirito riformista trasparire dal Capitolo 8 del CETA, volto a cercare di ricomporre gli squilibri tra tutela dell'investitore straniero e perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico da parte dello Stato³⁹. Questo spirito non si arresta alla sola dimensione procedurale del diritto internazionale degli investimenti, tradizionalmente ritenuta la più critica, in quanto ritenuta foriera degli sbilanciamenti nel rapporto Stato-investitore, ma abbraccia altresì la dimensione delle tutele sostanziali. Quest'ultime, come si dirà, proprio in quanto poste con la finalità ultima di promuovere gli investimenti stranieri diretti, riflettono le medesime disfunzionalità che emergono dai meccanismi arbitrari di *enforcement*. Ciò ha spinto parte della dottrina a giudicare le tutele materiali, di cui al Capitolo 8 del CETA, largamente insufficienti, poiché sin troppo incardinate nel solco degli obblighi per gli Stati ospite ed i diritti degli investitori esteri tradizionalmente intesi. Addirittura, la limitata portata riformatrice degli *standard* di tutela limiterebbe l'operatività dell'*Investment Court System*, depotenziandone l'innovatività⁴⁰.

Sulla questione, è opinione di chi scrive che le tutele sostanziali codificate nel CETA si pongano in evidente continuità con la prassi arbitrale in materia. Ciò, almeno, nella misura in cui gli orientamenti emersi siano

³⁸ Commissione europea, *Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, del 13 gennaio 2015.

³⁹ A. ROBERTS, *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*, in *EJIL: Talk!*, 2017 (<https://www.ejiltalk.org/>).

⁴⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, H. MANN, *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019, pp. 339-361.

riusciti ad offrire soluzioni interpretative funzionali al riequilibrio dei rapporti Stato-investitore. Quest'aspetto, lungi dal larvare finalità di conservazione dei profili generali del diritto internazionale degli investimenti, consente piuttosto di contribuire al consolidamento della materia, tra le cause radicali delle criticità che la caratterizzano, adottando una prospettiva tesa a coniugare l'interconnessione dei mercati globali con il rafforzamento dello spazio regolamentare statale. Piuttosto, come emergerà con chiarezza nella seconda parte di questo lavoro, vi sono alcuni profili specifici del meccanismo di risoluzione delle controversie nel CETA che rischiano di minarne l'effettività, poiché saldamente connessi alla natura arbitrale dell'attuale sistema.

I.iv *Il trattamento giusto ed equo e l'articolo 8.10 del CETA*

Tra i profili di tutela sostanziale nel diritto internazionale degli investimenti, il trattamento giusto ed equo è posto quale pilastro della protezione degli investimenti stranieri. Ciò in quanto, pur articolato con un linguaggio non del tutto uniforme e ritenuto talvolta vago nel suo contenuto prescrittivo, tale livello di tutela è tradizionalmente garantito nella gran parte dei trattati internazionali d'investimento⁴¹. Del resto, il trattamento giusto ed equo accordato all'investitore rappresenta uno degli esempi dell'emersione progressiva degli *standard* di protezione nel diritto internazionale degli investimenti.

Naturalmente, l'evoluzione di tale trattamento ed il suo largo impiego nella maggioranza dei trattati d'investimento non presuppone una concordanza, nella prassi arbitrale, circa il suo esatto contenuto prescrittivo. Piuttosto, si è spesso assistito ad un incremento degli elementi caratterizzanti l'obbligo al trattamento giusto ed equo⁴². Né può ritenersi che il trattamento in questione sia stato progressivamente armonizzato attraverso il crescente riferimento, nell'articolazione delle clausole in materia, al livello minimo di protezione, nonostante la natura di consuetudine internazionale di

⁴¹ S. VASCANNIE, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *The British Yearbook of International Law*, 1999, pp. 99-164; C. YANNACA-SMALL, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, pp. 1 ss.; I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 23. Inoltre, anche laddove il trattamento giusto ed equo non sia incluso tra le tutele sostanziali incluse nel trattato internazionale d'investimento rilevante, esso può tuttavia trovare applicazione mediante il principio della nazione più favorita. A tal proposito, si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Giordania*, caso n. ARB/08/2, Lodo del 18 maggio 2010, par. 125.

⁴² N. RUBINS, T. N. PAPANASTASIOU, N. S. KINSELLA, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 212; J.R. PICHERACK, *The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 271.

quest'ultimo⁴³. Si può piuttosto considerare che il tentativo di riannodare le fila tra il trattamento giusto ed equo e il livello minimo di protezione abbia semmai rafforzato la tendenza, nella prassi arbitrale, ad un'interpretazione espansiva del contenuto del primo, fondata proprio sul carattere evolutivo tipico del secondo⁴⁴. La dinamica, a cui si fa qui riferimento, è incarnata dalle alterne vicende relative all'interpretazione dell'art. 1105 del NAFTA resa dalla *Free Trade Commission* nel 2001 a seguito dei casi *Metalclad, S.D. Myers e Pope e Talbot*⁴⁵. Infatti, la *Notes of Interpretation of Certain Chapter II Provisions*⁴⁶ pareva limitare la portata del trattamento giusto ed equo, riconnettendolo al solo livello minimo di protezione consuetudinario; tuttavia, la prassi arbitrale successiva ha eluso l'apparente tenore restrittivo dell'interpretazione resa dell'art. 1105 NAFTA, ancorandosi proprio alla natura di consuetudine internazionale del livello minimo di protezione e, in quanto tale, in evoluzione⁴⁷.

Ciò nonostante, la volontà di circoscrivere la portata del trattamento giusto ed equo, attraverso il livello minimo di protezione, è tendenza confermata sin dall'adozione, nel 2004, da parte degli Stati Uniti d'America e del Canada, nei rispettivi modelli di trattato bilaterale d'investimento, di

⁴³ F. JADEAU, F. GÉLINAS, *Ceta's Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation*, in *Transnational Dispute Management*, 2016, p. 11; G. ÜNÜVAR, *The Vague Meaning of Fair and Equitable Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications*, in *iCourts Working Paper Series No. 55*, 2016, p. 22; E. BOONE BARRERA, *The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA*, in *CIGI Papers*, 2017, p. 9.

⁴⁴ P. DUMBERRY, *Moving the Goal Post! How Some NAFTA Tribunals Have Challenged the FTC Note Interpretation on the Fair and Equitable Treatment Standard Under NAFTA Article 1105*, in *World Arbitration and Mediation Review*, 2014, p. 251.

⁴⁵ Tribunale arbitrale ICSID, *Metalclad Corporation c. Messico*, n. ARB(AF)/97/1, Lodo del 30 agosto 2000; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, primo Lodo parziale del 13 Novembre 2000; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II del 10 aprile 2001. Si vedano: E.M.A. KWAW, *Bonafide regulation or expropriation. The continuing debate. Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, in *Canadian Journal of International Business Law*, 2001; T. WEILER, *A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001; D.A. GANTZ, *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, in *American Journal of International Law*, 2003.

⁴⁶ NAFTA (North American Free Trade Agreement), *Notes of Interpretation of Certain Chapter II Provisions*, del 31 luglio 2001.

⁴⁷ Tribunale arbitrale ICSID, *Mondev International Ltd. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/99/2, Lodo dell'11 ottobre 2002, par. 125; Tribunale arbitrale ICSID, *ADF Group Inc. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/00/1, Lodo del 9 gennaio 2003, par. 179. *A fortiori*, si vedano: Trascrizione dell'udienza orale, del 16 aprile 2002, pp. 492-493; Seconda allegazione del Canada circa l'art. 1128, del 19 luglio 2002, par. 33; Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, Lodo del 31 marzo 2010, par. 213; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton e Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, caso n. 2009-04, Lodo sulla giurisdizione e responsabilità del 17 marzo 2015, parr. 435-439.

espliciti riferimenti al diritto internazionale consuetudinario nelle clausole relative al trattamento giusto ed equo⁴⁸; successivi trattati d'investimento negoziati dagli Stati dell'area nordamericana hanno ulteriormente confermato la ricerca di una formulazione restrittiva del trattamento giusto ed equo⁴⁹. Ciascuna di queste clausole risulta in continuità con l'interpretazione chiarificatrice della *Free Trade Commission Note*, adottando al contempo un linguaggio puntuale, volto a ridurre il margine di possibili interpretazioni estensive del trattamento giusto ed equo.

Su quest'ultimo aspetto, vale la pena di notare che il mutato approccio nella formulazione delle clausole sul trattamento giusto ed equo non è da circoscriversi al solo linguaggio adoperato, bensì si estende alla stessa tecnica giuridica adottata, mediante l'elencazione degli elementi costitutivi dell'obbligo internazionale dello Stato ospitante nei confronti dell'investitore straniero⁵⁰. Si tratta di tentativi volti a fornire strumenti interpretativi all'operatore giuridico affinché il contenuto prescrittivo del trattamento giusto ed equo, poiché più puntuale, ne risulti di conseguenza maggiormente prevedibile⁵¹, nell'ottica di restituire centralità alla volontà degli stati nella definizione degli obblighi derivanti dai trattati d'investimento⁵².

Il quadro evolutivo del trattamento giusto ed equo, così definito, consente allora di comprendere le peculiarità uniche dell'art. 8.10 del CETA, da intendersi quali risultato di un percorso di mutamento dello *standard* di protezione già da tempo in moto, tanto nella pratica negoziale internazionale quanto nella prassi arbitrale, e ulteriormente affinosi proprio in ragione delle criticità del sistema ISDS. La norma in questione, rubricata "Trattamento degli investitori e degli investimenti disciplinati", enuncia una lista chiusa degli elementi costitutivi dell'obbligo al trattamento giusto ed

⁴⁸ 2004 USA Model BIT, articolo 5; 2004 Canada Model BIT, articolo 5.

⁴⁹ Trattato bilaterale d'investimento USA-Uruguay (2006), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento USA-Ruanda (2012), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Perù (2006), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Repubblica Ceca (2009), art. 3; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Romania (2009), art. 2; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Giordania (2009), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Lituania (2009), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento Canada-Slovacchia (2010); Accordo di libero scambio Canada-Colombia (2011), art. 805; Trattato bilaterale d'investimento Messico-Australia (2005) Protocollo clausola 1; Trattato bilaterale d'investimento Trinidad e Tobago-Messico (2006), art. 5; Trattato bilaterale d'investimento Messico-Regno Unito (2006), art. 3; Trattato bilaterale d'investimento Messico-India (2007), art. 5.

⁵⁰ *Investment Agreement for COMESA* (2007), art. 11; *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (2009), art. 11; *USMCA* (2020), art. 14.6.

⁵¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment (2012)*, in *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, pp. 13, 29-30.

⁵² Fenomeno, questo, già presagito in dottrina affatto recente. Si vedano: G.A. ALVAREZ, W.W. PARK, *The New Face of Investment Arbitration*, in *Yale Journal of International Law*, 2003, p. 365 e ss; J.E. ALVAREZ, *The Return of the State*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2011, p. 228.

equo da parte dello Stato ospitante. Ciascun elemento esemplifica la cristallizzazione degli sviluppi giurisprudenziali sul tema emersi innanzi i tribunali NAFTA⁵³, contribuendo complessivamente ad articolare dettagliatamente il contenuto dello standard medesimo, onde restringerne e l'interpretazione e lo scopo⁵⁴. Tale obiettivo è conseguito seguendo le due direttrici principali della giurisprudenza NAFTA in materia di trattamento giusto ed equo⁵⁵: per un verso, la necessità che vi sia una violazione significativa dell'elemento costitutivo dello standard di protezione⁵⁶, per altro verso, che il trattamento giusto ed equo accordato all'investitore si componga di una serie di elementi, tradizionalmente elencati dalla prassi arbitrale⁵⁷.

E ciò, si badi, a dispetto del fatto che l'art. 8.10 del CETA rifugge qualsiasi riferimento esplicito al livello minimo di protezione. Questo potrebbe forse intendersi non tanto come un ritorno ad una concezione del trattamento antecedente alla *Free Trade Commission Note* del 2001, quanto piuttosto come un tentativo di ridurre ulteriormente il margine di interpretazione estensiva della disposizione: reciso il legame diretto con le

⁵³ Ragionevolezza, non discriminazione, coerenza, trasparenza e principio del giusto processo sarebbero gli elementi cardine del trattamento giusto ed equo, così come emersi dalla prassi arbitrale. Si veda K.J. VANDEVELDE, *Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. International Law and Politics*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, pp. 104-105.

⁵⁴ F. JADEAU, F. GÉLINAS, *Ceta's Definition cit.*, pp. 2 ss.; G. ÜNÜVAR, *The Vague Meaning of cit.*, p. 22; G. ÜNÜVAR, *Is CETA the Promised Breakthrough? Interpretation and Evolution of Fair and Equitable Treatment and Indirect Expropriation Provisions*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARESE (eds.), *EU External Action in International Economic Law*, L'Aja, Springer, 2020, pp. 208-215.

⁵⁵ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen Aan Den Rijn, Kluwer Law International, 2013, pp. 44 ss.

⁵⁶ *ADF Group Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 190; Tribunale arbitrale ICSID, *Waste Management, Inc. c. Messico*, caso n. ARB(AF)/OO/1, Lodo del 30 aprile 2004, par. 115; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, Lodo del 26 gennaio 2006, par. 194; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, Lodo dell'8 giugno 2009, par. 627; Tribunale arbitrale ICSID, *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/12/1, Lodo del 25 agosto 2014, parte IX, par. 9.47-9.49; Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, n. 2021-17, Lodo del 24 marzo 2016, par. 504, 512; Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Eli Lilly and Company c. Canada*, n. UNCT/14/2, Lodo finale del 16 marzo 2017, par. 222-223. *Contra*, si veda: *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, caso n. 2009-04 (PCA), Lodo sulla giurisdizione e responsabilità del 17 marzo 2015, par. 440-444.

⁵⁷ *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 627; Tribunale arbitrale ICSID, *Cargill, Incorporated c. Messico*, caso n. ARB(AF)/05/02, Lodo del 18 settembre 2009, par. 296; Tribunale arbitrale ICSID, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, n. ARB(AF)/07/4, Decisione sulla responsabilità e sui principi del quantum del 22 maggio 2012, par. 152; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, par. 442; *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, par. 502; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 222. *Contra*, si veda: Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Windstream Energy Llc. C. Canada*, caso n. 2013-22, Lodo del 27 settembre 2016, par. 347-362.

consuetudini internazionali sul tema, gli elementi costitutivi del trattamento giusto ed equo restano tuttavia i medesimi del livello minimo di protezione⁵⁸.

Nel dettaglio, l'art. 8.10 qualifica, quale violazione del trattamento giusto ed equo accordato all'investitore straniero, le misure che costituiscano un diniego di giustizia, ovvero una violazione fondamentale del principio del giusto processo, ivi inclusa la violazione fondamentale dell'obbligo di trasparenza, ovvero le condotte manifestamente arbitrarie, ovvero le discriminazioni ascrivibili al genere, razza o credo religioso, ovvero il trattamento abusivo dell'investitore, ovvero eventuali altre misure statuali in contrasto con ulteriori elementi costitutivi del trattamento giusto ed equo così come individuate mediante la procedura di cui all'art. 8.10 paragrafo 3.

Sin da una rapida lettura della lista qui riportata, si evince chiaramente quanto ciascuno di questi elementi possa essere letto, prevalentemente, alla luce della giurisprudenza NAFTA. Si pensi, ad esempio, alle misure che determinino un diniego di giustizia o che violino il principio del giusto processo, di cui all'art. 8.10 paragrafo 2 lettere a) e b). Si tratta di elementi che, anche laddove riconosciuti unitariamente, sono generalmente ritenuti, dalla prassi arbitrale, essenziali del trattamento giusto ed equo⁵⁹. Si noti che, nella giurisprudenza NAFTA, il diniego di giustizia possa essere lamentato a condizione che siano stati previamente esauriti i rimedi interni, attesa la possibilità che questi garantiscano un'adeguata ed effettiva tutela dei diritti dell'investitore e che siano ragionevolmente disponibili⁶⁰, stante il carattere di violazione significativa⁶¹.

Analogamente, vi è una tendenziale concordanza della prassi arbitrale circa la severità della violazione del principio del giusto processo⁶². Non è di

⁵⁸ P. DUMBERRY, *The 'Minimum Standard of Treatment' in International Investment Law: The Fascinating Story of the Emergence, the Decline and the Recent Resurrection of a Concept*, in L. PASQUET, K. POLACKOVA VAN DER PLOEG, L. CASTELLANOS-JANKIEWICZ (eds.), *International Law and Time: Narratives and Techniques*, 2022, pp. 381-404.

⁵⁹ Tribunale arbitrale ICSID, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Messico*, caso n. ARB(AF)/97/2, Lodo dell'1 novembre 1999, par. 102. *Metalclad Corporation c. Messico*, par. 91, 93; *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II del 10 aprile 2001, par. 181; Tribunale arbitrale ICSID, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/98/3, Lodo del 26 giugno 2003, par. 54 ss., 87, 119, 122, 124-137; *Waste Management, Inc. c. Messico*, Lodo del 30 aprile 2004, par. 94, 97; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 22; *International Thunderbird International Gaming Corporation c. Messico*, par. 194; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, par. 152; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Jan Oostergetel e Theodora Laurentius c. Repubblica Slovacca*, Lodo finale del 23 aprile 2012, par. 272-287; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 9.16.

⁶⁰ *Loewen Group, Inc. e Raymond L. Loewen c. Stati Uniti d'America*, par. 167-168.

⁶¹ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, par. 194; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 22, 24, 614, 616, 625, 627; *Cargill, Incorporated c. Messico*, par. 296; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 224.

⁶² *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Stati Uniti d'America*, par. 132; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 627; *Cargill, Incorporated c. Messico*, par. 296; *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, par. 502; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 222. *Contra*

poco conto, dunque, la menzione di una violazione significativa degli obblighi di trasparenza, intesa nell'art. 8.10 del CETA paragrafo 2 lettera b) come ulteriore declinazione del principio del giusto processo, secondo un orientamento, anch'esso frutto della prassi arbitrale NAFTA, in virtù del quale la trasparenza sia da intendersi quale segmento del principio del giusto processo, non già come un elemento autonomo caratterizzante il trattamento giusto ed equo⁶³.

Anche il divieto di condotte manifestamente arbitrarie, così come disciplinato all'art. 8.10 paragrafo 2 lettera c) del CETA, esprime la cristallizzazione degli sviluppi nella prassi arbitrale in materia d'investimenti. Tuttavia, la giurisprudenza, cui qui la norma fa eco, ha sovente individuato nel divieto di condotte arbitrarie un elemento del livello minimo di protezione garantito all'investitore straniero⁶⁴. Ciò ad ulteriore riprova di una tendenziale sovrapposizione dei due standard di tutela, tale da condurre le parti del CETA ad includere implicitamente le determinazioni della prassi arbitrale in materia di livello minimo di protezione nell'alveo degli elementi costitutivi del trattamento giusto ed equo. Di nuovo, conformemente alla giurisprudenza NAFTA in materia ⁶⁵, le condotte arbitrarie qui vietate debbono necessariamente connotarsi di un alto grado di severità, espresso nel carattere della "manifesta arbitrarietà".

Circa, invece, l'elemento delle discriminazioni fondate su genere, razza o credo religioso, l'art. 8.10 del CETA paragrafo 2 lettera d) pare rispecchiare l'idea, di nuovo, emersa nella prassi NAFTA ⁶⁶, che le

e, dunque, individuando anche in condotte non significativamente contrarie al giusto processo una violazione del trattamento giusto ed equo, si veda: *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, parr. 590 e ss.

⁶³ *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 561; *Cargill, Incorporated c. Messico*, par. 294. *Contra*, si veda: *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 231.

⁶⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 263; *Waste Management, Inc. c. Messico*, par. 98; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. c. Messico*, Lodo del 15 novembre 2004, parr. 98, 103; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, par. 194; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 626; *Cargill, Incorporated c. Messico*, parr. 292, 293; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 208; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, par. 152; *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, par. 502; *Eli Lilly and Company c. Canada*, parr. 122, 416. P. DUMBERRY, *The Prohibition Against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard Under NAFTA Article 1105*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2014, pp. 117 e ss.

⁶⁵ *Waste Management, Inc. c. Messico*, par. 115; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, parr. 617, 626; *Cargill, Incorporated c. Messico*, par. 296; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 222.

⁶⁶ *Waste Management, Inc. c. Messico*, par. 98; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Methanex Corporation c. Stati Uniti d'America*, Lodo del 3 agosto 2005, parr. 14-27; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, parr. 542, 1087; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, Lodo del 12 gennaio 2011, par. 208; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, par. 152; *Mesa*

discriminazioni ascrivibili ad una violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo non riguardino tanto l'uniformità di trattamento degli investitori indipendentemente dalla rispettiva nazionalità, bensì discriminazioni peculiari. In altri termini, il divieto di discriminazioni di cui all'art. 8.10 del CETA confermerebbe l'idea che tanto il livello minimo di protezione quanto il trattamento giusto ed equo non pongano un divieto generale di discriminazione in capo allo Stato ospitante, bensì che le discriminazioni che violino il trattamento giusto ed equo siano da individuarsi in quelle condotte discriminatorie fondate su elementi altri dalla nazionalità dell'investitore.

Infine, quanto al trattamento abusivo dell'investitore straniero, quest'elemento risulta essere forse l'unico, tra quelli individuati all'art. 8.10 del CETA paragrafo 2 lettera e), estraneo al solco della giurisprudenza NAFTA in materia di trattamento giusto ed equo. Si tratta di condotte quali "coercizione, costrizione e vessazioni" che, seppur astrattamente ascrivibili ad altri elementi costitutivi dell'obbligo in questione già individuati nel trattato, trovano qui una individuazione specifica. Potrebbe forse intendersi questa scelta degli stati parte come un ulteriore tentativo di restringere l'ambito di discrezionalità interpretativa del trattamento giusto ed equo, concedendo al contempo un ulteriore grado di tutela agli investitori mediante l'elevazione di specifiche condotte deteriori ad elemento costitutivo dell'obbligo in questione.

L'intenzione di circoscrivere e limitare qualsivoglia afflato espansivo circa l'interpretazione del trattamento giusto ed equo si può ulteriormente rintracciare nell'ultimo elemento di quelli elencati all'art. 8.10 del CETA paragrafo 2, ovvero alla lettera f), ove si fa riferimento a "qualunque altro elemento dell'obbligo [...] assunto dalle parti in conformità del paragrafo 3 del presente articolo". Ebbene, ciò su cui si fa perno, in chiusura dell'elencazione degli elementi del trattamento giusto ed equo, è la possibilità che le parti definiscano ulteriori aspetti costitutivi dell'obbligo in questione. Come un vero e proprio meccanismo di cerniera tra gli elementi dell'obbligo, la procedura in questione prevede, infatti, che vi sia un riesame regolare, anche su impulso di uno degli stati parte del trattato, in ordine al contenuto del trattamento giusto ed equo, anche sulla base di raccomandazioni formulate dai comitati specializzati, di cui all'art. 26.2 del CETA, su cui si pronuncerà in seguito il comitato misto CETA. Tale meccanismo può senz'altro consentire di adeguare progressivamente il contenuto dell'obbligo sulla scorta dell'ulteriore evoluzione che il trattamento giusto ed equo avrà nella prassi arbitrale, ma anche per restringere significativamente il margine

Power Group, LLC c. Canada, par. 502; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 416, 431. *Contra*, si veda: *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 208.

di eventuali future interpretazioni espansive dell'obbligo medesimo, come del resto chiarito esplicitamente dalle parti⁶⁷.

È in quest'ottica che può allora intendersi l'esclusione delle legittime aspettative dell'investitore straniero dagli elementi costitutivi del trattamento giusto ed equo, stante la portata decisamente elastica del concetto; ai sensi dell'art. 8.10 paragrafo 4 del CETA, infatti, tali aspettative hanno sì una rilevanza, ma quale mero elemento valutativo di ulteriori condotte ascrivibili all'elenco di cui al paragrafo 2 della norma⁶⁸, e limitatamente ad "eventuali dichiarazioni specifiche", successivamente disattese, volte a determinare la realizzazione di un investimento.

Si tratta, dunque, di un'effettiva codificazione del trattamento giusto ed equo, capace di stabilizzare l'evoluzione della prassi arbitrale in materia e, al contempo, sterilizzarla attraverso una redazione precisa e dettagliata, onde garantirne la prevedibilità applicativa e l'uniformità interpretativa⁶⁹. Non è una prospettiva di poco conto, ove si consideri che altra dottrina suggerisce, piuttosto, di sciogliere il nodo gordiano rimuovendo il trattamento giusto ed equo dal novero delle tutele garantite agli investitori stranieri, stante la sopravvivenza del trattamento minimo quale consuetudine internazionale⁷⁰. E tuttavia, nell'approccio adottato dalle parti del CETA, può intravedersi la volontà di restituire centralità all'esercizio della sovranità dello Stato ospite⁷¹.

I.v L'esproprio e l'articolo 8.12 del CETA

Gli investimenti stranieri diretti, pur potendo assumere differenti configurazioni nelle modalità di esercizio dell'attività economica all'estero, presuppongono necessariamente il diritto di proprietà da parte dell'investitore. Naturalmente, tale diritto viene declinato conformemente all'ordinamento dello Stato ospite, ivi inclusa la possibilità che la proprietà sia soggetta non soltanto a limitazioni, ma anche a misure di esproprio ovvero nazionalizzazione. Del resto, viste le finalità di protezione e promozione degli

⁶⁷ Dichiarazione interpretativa comune sull'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri, del 13 ottobre 2016, p. 5.

⁶⁸ *Waste Management, Inc. c. Messico*, par. 98; *Cargill, Incorporated c. Messico*, par. 296; *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, par. 502. Sul punto, si veda: F. DUPUY, P.-M. DUPUY, *What to Expect From Legitimate Expectations? A Critical Appraisal and Look Into the Future of the "Legitimate Expectations" Doctrine in International Investment Law*, in M. ABDEL-RAOULF, P. LÉBOULANGER, N. G. ZIADEL (eds.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Koshery: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, L'Aja, Kluwer Law, 2015, pp. 273 ss. *Contra*, si vedano: *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 627; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, par. 444, 445, 448, 449, 455; *Eli Lilly and Company c. Canada*, par. 381.

⁶⁹ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive cit.*, pp. 120-123.

⁷⁰ E. BOONE BARRERA, *The Case cit.*, pp. 1-22.

⁷¹ P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment cit.*, p. 123.

investimenti alla base di qualsivoglia accordo internazionale in materia d'investimenti, non stupisce che, tradizionalmente, la protezione della proprietà degli stranieri sia inclusa tra i livelli di tutela accordati agli investitori esteri nel diritto internazionale degli investimenti, generalmente mediante clausole relative alle misure di esproprio, siano queste dirette ovvero indirette. Si tratta di una tendenza affermata nel pieno della proliferazione dei trattati d'investimento, ma che trae origine dalle norme di diritto internazionale consuetudinario relative al trattamento dello straniero e, dunque, della sua proprietà, nonché dai più risalenti trattati di amicizia, commercio e navigazione del XVIII secolo⁷².

Il nucleo fondamentale di tali disposizioni, pur nelle alterne vicende successive alla decolonizzazione⁷³, ruota tutt'ora attorno alla legittimità delle misure di esproprio: queste debbono necessariamente riflettere una finalità pubblica, rispettare i principi di non discriminazione e giusto processo, nonché garantire un indennizzo adeguato dell'investitore. Chiarito che l'ambito di applicazione delle clausole a tutela del diritto di proprietà dell'investitore straniero debba necessariamente comprendere il diritto eventualmente leso dallo Stato ospite⁷⁴, in dottrina si è opportunamente osservato che, in definitiva, ciò che rileva sia la qualificazione espropriativa

⁷² Si vedano: R.B. LILICH, *The Current Status of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens*, in R. B. LILICH (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983; W. D. VERWEY, N. J. SCHRIJVER, *The taking of foreign property under international law: a new legal perspective?*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984.

⁷³ Si vuol qui accennare all'incidenza relativa delle rivoluzioni socialiste, prima, e del tramonto del Colonialismo occidentale, poi, sui criteri di determinazione dell'indennizzo da corrispondere in caso di esproprio, più che sulla legittimità della misura espropriativa. In particolare, tanto gli Stati in via di sviluppo quanto quelli comunisti, successivamente alla nazionalizzazione di significativi investimenti esteri, contestarono la natura consuetudinaria della cosiddetta "formula Hull" e, dunque, che l'esproprio di un investimento straniero dovesse essere indennizzato in maniera congrua, effettiva e tempestiva. Il fallimento del tentativo di limitare l'indennizzo ad una misura sì appropriata, ma non piena, è cristallizzato nell'adozione della Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati del 12 dicembre 1974: la Carta, infatti, prevedeva che a governare la quantificazione dell'indennizzo fosse la legge dello Stato ospite e non trovò il favore dei paesi tradizionalmente esportatori di capitali. La messa in discussione della quantificazione dell'indennizzo espropriativo sembra essere stata definitivamente accantonata in seguito all'avvento dei numerosissimi trattati bilaterali d'investimento, iniziata negli anni Novanta: questi trattati, infatti, ricalcano, nella determinazione del quantum dell'indennizzo, i medesimi criteri della formula Hull. Si veda: T. W. WAELDE, *A Requiem for the "New International Economic Order". the Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-mortem With Timeless Significance*, in A. REST, G. HAFNER, G. LOIBL, K. ZEMANEK, L. SUCHARIPA-BEHRMANN (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, L'Aja, Kluwer Law International, 1998.

⁷⁴ C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in S. BREITENMOSER, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, W. STOFFEL, B. WAGNER PFEIFER (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, Nomos, 2007, pp. 743-762.

della misura adottata dallo Stato ospite, affinché ne discenda il corrispettivo diritto dell'investitore straniero ad un indennizzo adeguato⁷⁵.

Se il carattere espropriativo di una misura non risulta particolarmente controverso laddove questa produca direttamente i suoi effetti e, dunque, si traduca in una privazione diretta della proprietà dell'attività economica dell'investitore, la questione risulta più complessa laddove la misura espropriativa produca i medesimi effetti ma indirettamente.

Ci si riferisce, qui, alla cosiddetta espropriazione indiretta, cioè a quella categoria di misure statali che, anziché operare una privazione diretta del diritto di proprietà dell'investitore straniero, ne comprimano l'esercizio. Si tratta di misure, infatti, che determinano l'effetto di sterilizzare l'utilità dell'investimento, pur lasciandone formalmente la proprietà in capo all'investitore straniero⁷⁶. Si pone, dunque, il problema di quali siano le misure qualificabili come esproprio indiretto⁷⁷; a tale scopo, prassi e dottrina hanno offerto differenti soluzioni, ciascuna delle quali, come si dirà, emblematica delle tensioni tra sovranità interna e promozione degli investimenti stranieri diretti. La teoria dei soli effetti (*sole effects doctrine*), ad esempio, esprime un evidente *favor* nei confronti della protezione della posizione dell'investitore straniero: ai fini della qualificazione quale esproprio indiretto, eliso ogni legame tra l'intento espropriativo dello Stato e la misura da questi adottata, rileverebbe esclusivamente l'intensità delle conseguenze negative di quest'ultima sull'esercizio del diritto di proprietà⁷⁸.

⁷⁵ R. DOLZER, *Indirect Expropriations: New Developments?*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2003, p. 65; U. KRIEBAUM, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, pp. 719 e ss. È inoltre opportuno distinguere come l'illegalità ovvero illegittimità della misura espropriativa determinino in capo all'investitore straniero il diritto al risarcimento del danno. Si veda: I. MARBOE, *Compensation and Damages in International Law. The Limits of "Fair Market Value"*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2006, pp. 723-759.

⁷⁶ UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Law. Taking of Property*, New York e Ginevra, UN, 2000, p. 20.

⁷⁷ Si vedano: V. LOWE, *Regulation or Expropriation?*, in *Current Legal Problems*, 2002, pp. 447 e ss.; R. DOLZER, *Indirect Expropriations cit.*, pp. 64 e ss.; R. D. SLOANE, W. M. REISMAN, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, in *British Yearbook of International Law*, 2004, pp. 115 e ss.; J. PAULSSON, Z. DOUGLAS, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, in N. HORN, S. KRÖLL (eds.), *Arbitrating Foreign cit.*, pp. 145 e ss.; L. Y. FORTIER, S. L. DRYMER, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I See It, or Caveat Investor*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2004, pp. 293 e ss.; A. NEWCOMBE, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2005, pp. 1 e ss.; U. KRIEBAUM, *Regulatory Takings cit.*, pp. 717 e ss.; S.S. RATNER, *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, in *The American Journal of International Law*, 2008, pp. 487 e ss.; J.M. COX, *Expropriation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 99-276.

⁷⁸ Tribunale IUSCT, *Phillips Petroleum Co. Iran c. Iran*, lodo n. 425-39-2 del 29 giugno 1982, par. 97-98; Tribunale IUSCT, *Starrett Housing Corporation c. Iran*, lodo interlocutorio n. ITL 32-24-1 del 19 dicembre 1983, par. 66; Tribunale IUSCT, *Sea-Land Service c. Iran*, lodo

Ciò che qui vale la pena evidenziare, è che l'irrilevanza delle intenzioni espropriative si fonda sull'evidenza che una misura di esproprio indiretto, per sua natura larvata, difficilmente sarebbe corredata di una manifestazione dell'intenzione soggiacente; né il diniego dell'intento espropriativo potrebbe, per converso, far venir meno la natura di esproprio indiretto della misura statale, vista l'esclusiva rilevanza della severità dei suoi effetti sulla proprietà dell'investimento⁷⁹.

Tuttavia, non può negarsi che le finalità di una misura d'esproprio indiretto appaiano rilevanti ove osservate alla luce dell'esercizio della sovranità interna dello Stato ospite. Spesso, infatti, è attraverso il potere regolamentare che lo Stato può perseguire finalità di pubblico interesse, sebbene ciò possa determinare una compressione del diritto di proprietà dell'investitore straniero e, pertanto, tradursi in un'espropriazione indiretta. Come si è detto, tradizionalmente le finalità dell'esproprio, anche indiretto, incidono sulla sua legittimità, non sul diritto all'indennizzo dell'investitore. D'altro canto, l'eventualità che dall'esercizio del potere regolamentare dello Stato ospite derivi, in ultima istanza, l'obbligo per questi di indennizzare l'investitore straniero, si pone quale ostacolo all'esercizio pieno ed effettivo della sovranità interna.

Parte della prassi arbitrale ha tentato di allentare tale tensione, ritenendo che l'investitore straniero sia titolato ad un indennizzo solo nel caso in cui vi sia un suo affidamento derivante da specifici impegni assunti dallo Stato ospite affinché non si verifichi alcun mutamento del quadro normativo di riferimento⁸⁰. Del resto, già in precedenza l'affidamento dell'investitore straniero era stato occasionalmente ritenuto tra gli elementi da considerare nella qualificazione di una misura regolamentare quale esproprio indiretto⁸¹.

n. 135-33-1 del 20 maggio 1984, par. 50; Tribunale IUSCT, *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, lodo n. 141-7-2 del 29 giugno 1984, pp. 4-5; Tribunale IUSCT, *Phelps Dodge Corp. c. Iran*, lodo n. 217-99-2 del 19 marzo 1986, par. 22; Tribunale arbitrale *ad hoc*, *Biloune e Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana*, lodo sulla giurisdizione e la responsabilità del 27 ottobre 1989, par. 85; Tribunale arbitrale ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egitto*, caso n. ARB/84/3, lodo del 20 maggio 1992, parr. 158, 163-172; *Metalclad Corporation c. Messico*, parr. 102-104; Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, caso n. ARB/96/1, lodo del 17 febbraio 2000, parr. 71-72; Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, caso n. ARB/97/3, Lodo del 20 agosto 2007, parr. 7.5.20-7.5.21; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 143. R. DOLZER, F. BLOCH, *Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?*, in *International Law FORUM du droit international*, 2003, pp. 155-165; R. DOLZER, *Indirect Expropriations cit.*, pp. 65, 79-80.

⁷⁹ G.C. CHRISTIE, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, in *British Yearbook of International Law*, 1962, pp. 310-311; R. D. SLOANE, W. M. REISMAN, *Indirect Expropriation cit.*, pp. 130-131.

⁸⁰ *Methanex Corporation c. Stati Uniti d'America*, par. 7.

⁸¹ *Metalclad Corporation c. Messico*, par. 107; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *CME c. Repubblica Ceca*, Lodo parziale del 13 settembre 2001, parr. 529, 606.

L'idea al cuore di tale orientamento è che i requisiti su cui si basa la legittimità di una misura espropriativa, ovvero che questa sia strumentale ad una finalità pubblica e venga adottata nel rispetto dei principi di non discriminazione e giusto processo, siano invero manifestazioni di un intrinseco diritto dello Stato ospite a regolamentare, avente natura di consuetudine di diritto internazionale (*police powers doctrine*): pertanto, ove questi criteri siano rispettati, il superiore esercizio della sovranità interna statale farebbe venir meno il diritto dell'investitore straniero all'indennizzo⁸². Tuttavia, a ben vedere quest'orientamento implicherebbe una tendenziale esclusione della configurabilità stessa di qualsiasi forma di esproprio indiretto⁸³, data anche l'indeterminatezza dell'ambito di applicazione della *police powers doctrine* e l'impossibilità di individuare puntualmente le categorie di regolamentazioni il cui scopo ne escluda il carattere espropriativo⁸⁴; è forse per questa ragione che, isolatamente, la prassi ha riconosciuto che il diritto dello Stato ospite a regolamentare non possa essere illimitato e che proprio gli obblighi derivanti dai trattati internazionali d'investimento siano tra i limiti posti all'esercizio di questo diritto⁸⁵.

Altra prassi ha tentato di individuare una prospettiva intermedia, cercando di contemperare tanto il libero esercizio della sovranità interna dello Stato ospite quanto il diritto di proprietà dell'investitore straniero eventualmente leso e, dunque, le finalità della regolamentazione con i suoi effetti sull'investimento estero. A questo scopo, si è cercato di dare rilevanza, nel tratteggiare il carattere indirettamente espropriativo di una misura regolamentare, alla proporzionalità della regolamentazione in questione con

⁸² Tribunale IUSCT, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, lodo interlocutorio n. ITL 55-129-3 del 17 settembre 1985, par. 90; Tribunale IUSCT, *Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates*, lodo n. 460-880-2 del 29 dicembre 1989, par. 26; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Saluka Investments B.V. c. Repubblica Ceca*, lodo parziale del 17 marzo 2006, par. 262; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Chemtura Corporation c. Canada*, lodo del 2 agosto 2010, par. 266; Tribunale arbitrale ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, caso n. ARB/96/1, lodo del 31 ottobre 2011, par. 240. G.H. ALDRICH, *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran United States Claims Tribunal*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 609; M. BRUNETTI, *L'expropriation Indirecte en Droit International*, in *International Law FORUM du droit international*, 2003, pp. 150-154; L.Y. FORTIER, S.L. DRYMER, *Indirect Expropriation cit.*, p. 298; J. E. VIÑUALES, *Sovereignty in Foreign Investment Law*, in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J.E. VIÑUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 326-328.

⁸³ B. MOSTAFA, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, in *Australian International Law Journal*, 2008, p. 274.

⁸⁴ P. RANJAN, P. ANAND, *Determination of Indirect Expropriation and Doctrine of Police Power in International Investment Law*, in L.D. CHOUKROUNE (ed.), *Judging the State in International Trade and Investment Law*, Singapore, Springer Singapore, 2016, pp. 139-141.

⁸⁵ Tribunale arbitrale ICSID, *ADC Affiliate Limited e ADC & ADMC Management Limited c. Ungheria*, caso n. ARB/03/16, lodo del 2 ottobre 2006, par. 423-424. Si veda: A. RAJPUT, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018, p. 156.

il fine pubblico cui essa risponderebbe. Proporzionalità valutata secondo i criteri della ragionevolezza del contenuto regolamentare rispetto gli obiettivi perseguiti, dell'incidenza della regolamentazione sui diritti economici dipendenti dall'investimento, nonché delle aspettative legittimamente maturate dall'investitore straniero⁸⁶.

Parte della dottrina ritiene che le difficoltà, incontrate dalla prassi arbitrale, nell'inquadrare coerentemente i criteri di determinazione di un esproprio indiretto, ed i diversi orientamenti che ne sono emersi, evidenzerebbero i limiti obiettivi intrinseci all'elaborazione di condizioni univoche per la qualificazione di una misura quale indirettamente espropriativa, sicché sarebbe più opportuna l'adozione di un approccio caso per caso⁸⁷. In quest'ottica, l'art. 8.12 del CETA presenta dei caratteri innovativi che è senz'altro opportuno prendere in considerazione.

La norma sembra, almeno parzialmente, far tesoro di tale prospettiva⁸⁸, prevedendo l'interpretazione della disposizione conformemente a quanto disposto all'Allegato 8-A, che, oltre a distinguere esproprio diretto ed indiretto, prevede una lista di criteri che definiscono i limiti entro cui si possa qualificare una misura regolamentare quale esproprio indiretto.

Quanto alla definizione di esproprio diretto ed indiretto, si qualifica il primo in funzione della nazionalizzazione ovvero trasferimento formale ovvero confisca dell'investimento straniero. L'esproprio indiretto, invece, è definito adottando una prospettiva che cerchi di superare l'esclusiva attenzione ai soli effetti che la misura abbia determinato sul godimento economico dell'investimento straniero. Naturalmente, si prevede che la misura abbia un effetto equivalente a quello che un esproprio diretto determinerebbe, ovvero lo spoglio sostanziale degli attributi propri della proprietà di un investimento, ivi inclusi il diritto all'uso, godimento e disposizione del medesimo, indipendentemente che sia occorso o meno un trasferimento ovvero confisca della proprietà.

⁸⁶ Tribunale arbitrale ICSID, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB (AF)/00/2, lodo del 29 maggio 2003, parr. 114-151; Tribunale arbitrale ICSID, *Azurix Corp. c. Argentina*, caso n. ARB/01/12, lodo del 14 luglio 2006, parr. 311-312; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, parr. 189-195; *El Paso Energy International Company c. Argentina*, par. 241; Tribunale arbitrale SCC, *PL Holdings S.à.r.l. c. Polonia*, caso n. V 2014/163, lodo parziale del 28 giugno 2017, parr. 354-355; Tribunale arbitrale ICSID, *Marfin Investment Group c. Cipro*, caso n. ARB/13/27, lodo del 26 luglio 2018, parr. 826-829, 901.

⁸⁷ G.C. CHRISTIE, *What Constitutes cit.*, p. 338; R.D. SLOANE, W.M. REISMAN, *Indirect Expropriation cit.*, p. 122; R. DOLZER, *Indirect Expropriations cit.*, p. 76; L.Y. FORTIER, *Caveat Investor: the Meaning of "Expropriation" and the Protection Afforded Investors Under NAFTA*, in *News From ICSID*, 2003, pp. 10-11; C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 389.

⁸⁸ Nonché dell'esperienza nordamericana sul tema. Si vedano: 2004 Canada Model BIT, allegato B.13(1); 2012 USA Model BIT, allegato B; più recentemente, nell'esperienza canadese: Canada Model FIPA (2021), articolo 9 par. 3.

Al contempo, l'Allegato 8-A cristallizza in quattro criteri i limiti entro cui si possa qualificare una misura quale esproprio indiretto, in funzione, appunto, di un approccio caso per caso: l'impatto economico della misura indirettamente espropriativa, alla sua durata, al ragionevole affidamento dell'investitore, nonché il carattere della misura medesima.

Circa l'impatto economico della misura, è possibile rintracciare una forte continuità con la prassi arbitrale, laddove si ritiene insufficiente, ai fini della qualificazione della misura, l'effetto avverso di questa sul valore economico dell'investimento⁸⁹; si tratta di una prospettiva di non poco conto, ove si consideri che lesioni significative al valore economico dell'investimento straniero, tali da privare l'investitore dal godimento dei benefici che ne dipenderebbero, coincidono, tendenzialmente, con misure regolamentari illegittime⁹⁰. Quest'aspetto si riconnette direttamente al secondo criterio di

⁸⁹ Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo provvisorio del 26 giugno 2000, par. 102; *Metalclad Corporation c. Messico*, par. 103; Tribunale arbitrale ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, n. ARB/01/8, Lodo del 12 maggio 2005, par. 262; Tribunale arbitrale ICSID, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Ungheria*, n. ARB/04/15, Lodo del 13 settembre 2006, parr. 64-65; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, parr. 7.5.11, 7.5.17, 7.5.24-7.5.30; Tribunale arbitrale ICSID, *Sempra Energy International c. Argentina*, n. ARB/02/16, Lodo del 28 settembre 2007, par. 284; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 145; Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione sulla responsabilità del 30 luglio 2010, parr. 132-134; *Chemtura Corporation c. Canada*, par. 244-249; Tribunale arbitrale ICSID, *AES Summit Generation Limited E AES-Tisza Erőmű Kft C. Ungheria*, n. ARB/07/22, Lodo del 23 settembre 2010, par. 408; Tribunale arbitrale ICSID, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucraina*, n. ARB/07/16, Lodo dell'8 novembre 2010; Tribunale arbitrale ICSID, *Total S.A. c. Argentina*, n. ARB/04/01, Decisione sulla responsabilità del 27 dicembre 2010, par. 195; *El Paso Energy International Company c. Argentina*, parr. 233, 244-256; Tribunale arbitrale ICSID, *Spyridon Roussalis c. Romania*, n. ARB/06/1, Lodo del 7 dicembre 2011, parr. 328, 354.

⁹⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, parr. 283-288; *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, parr. 96, 102; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, par. 262-263; *Azurix Corp. c. Argentina*, par. 322; *Telenor Mobile Communications A.S. c. Ungheria*, par. 79; *LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, parr. 189-191, 198-200; Tribunale arbitrale ICSID, *PSEG Global, Inc. e altri c. Turchia*, n. ARB/02/5, Lodo del 19 gennaio 2007, parr. 278-280; Tribunale arbitrale ICSID, *Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, n. ARB/01/3, Lodo del 22 maggio 2007, parr. 245-256; Tribunale arbitrale ICSID, *Tokios Tokeles c. Ucraina*, n. ARB/02/18, Lodo del 26 luglio 2007, parr. 120-122; *Sempra Energy International c. Argentina*, parr. 285-286; Tribunale arbitrale ICSID, *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, n. ARB (AF)/04/5, Lodo del 21 novembre 2007, parr. 204, 244-252; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *BG Group Plc. C. Argentina*, Lodo del 24 dicembre 2007, parr. 268-272; Tribunale arbitrale ICSID, *Corn Products International, Inc. c. Messico*, n. ARB (AF)/04/1, Decisione sulla responsabilità del 15 gennaio 2008, parr. 82, 87, 91-94; Tribunale arbitrale ICSID, *Metalpar S.A. e Buen Aire S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/5, Lodo sul merito del 6 giugno 2008, parr. 173-174; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Lodo del 3 novembre 2008, par. 154; *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 536; Tribunale arbitrale ICSID, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano*, n. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11

individuazione dell'esproprio indiretto, ovvero la durata della misura, in quanto è proprio il dispiegarsi dei suoi effetti deteriori sull'investimento e, dunque, la dimensione sostanziale della regolamentazione, a determinarne il carattere espropriativo⁹¹; naturalmente, non si può ignorare che l'incidenza della durata di una misura indirettamente espropriativa resta, in ogni caso, soggetta all'apprezzamento dell'organo giudicante nel caso concreto⁹², in linea con l'approccio caso per caso cui si è fatto cenno.

Riguardo il ragionevole affidamento dell'investitore, quale criterio che concorra a delineare il carattere indirettamente espropriativo di una misura, va riconosciuto che quest'aspetto sia comune tanto a quella parte della dottrina che privilegia la valutazione degli effetti sostanziali sull'investimento straniero dell'investitore, quanto a quella che, invece, osserva la questione dalla prospettiva del pieno esercizio della sovranità interna dello Stato ospite, nonché alla prassi che ha adottato un approccio intermedio⁹³. Posto che non sia, evidentemente, l'affidamento dell'investitore straniero ad essere il diritto oggetto di protezione⁹⁴, va qui osservato che è la condotta dello Stato ospite a determinare la legittimità dell'affidamento, non rilevando le modalità attraverso le quali tale condotta si espliciti⁹⁵.

Quanto, invece, al carattere della misura, si tratta di un criterio apparentemente innovativo, che parrebbe difficilmente riconducibile alla prassi arbitrale in materia. La disposizione, infatti, definisce il carattere come l'oggetto, contesto ed intento soggiacente la misura. Ebbene, quest'ultimo aspetto risulta difficilmente inquadrabile poiché, come si è detto, un esproprio indiretto si attegga di per sé come una misura larvatamente espropriativa e, cioè, priva di una manifestazione esplicita delle intenzioni obiettive alla base della regolamentazione adottata dallo Stato ospite. Tale interpretazione

settembre 2009, parr. 183-186; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, parr. 145, 152; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, parr. 123-129, 134, 140, 145; *Chemtura Corporation c. Canada*, parr. 244-247, 259, 264-265, 267; *AES Summit Generation Limited E AES-Tisza Erömi Kft C. Ungheria*, parr. 14.3.1-14.3.4; *Total S.A. c. Argentina*, parr. 195-199; *El Paso Energy International Company c. Argentina*, parr. 245-256, 299; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *White Industries Australia c. India*, Lodo finale del 30 novembre 2011, par. 12.3.6; *Spyridon Roussalis c. Romania*, parr. 354-259.

⁹¹ Tribunale arbitrale ICSID, *Consortium RFCC c. Marocco*, n. ARB/00/6, Lodo del 22 dicembre 2003, par. 68; Tribunale arbitrale ICSID, *Marion Unglaube e Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, n. ARB/08/1 e n. ARB/09/20, Lodo del 16 maggio 2012, parr. 226, 227, 234.

⁹² *Azurix Corp. c. Argentina*, par. 313.

⁹³ *Metalclad Corporation c. Messico*, par. 107; *Methanex Corporation c. Stati Uniti d'America*, par. 7.

⁹⁴ Z. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *The British Yearbook of International Law*, 2003, p. 197; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 92-98, 350.

⁹⁵ *Azurix Corp. c. Argentina*, par. 318; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, par. 140.

sterilizzerebbe qualsiasi possibilità, per l'investitore straniero, di agire lamentando un'espropriazione indiretta, in ragione dell'oggettiva impossibilità di provare intenti non esplicitati dallo Stato ospite. Piuttosto, potrebbe ritenersi che il reale contenuto della disposizione cerchi di riprodurre, indirettamente, gli elementi che concorrono alla valutazione di proporzionalità di una misura regolamentare con i suoi fini pubblici, allo scopo di definirne il carattere indirettamente espropriativo. In quest'ottica, si tratterebbe di una disposizione latamente di sintesi tra gli orientamenti che cercano la preservazione dell'esercizio interno della sovranità statale e quelli che, invece, privilegiano un approccio sostanziale, centrato sull'evidenza del pregiudizio economico patito dall'investitore straniero.

D'altro canto, l'Allegato 8-A prevede altresì una clausola di salvaguardia del diritto alla regolamentazione dello Stato ospite che, nella sua articolazione, limita significativamente le possibilità che una norma regolamentare sia qualificabile quale espropriazione indiretta. Infatti, l'Allegato 8-A riconduce la natura non discriminatoria e le finalità di pubblico interesse tipici di una regolamentazione ad elementi che ne escludono il carattere indirettamente espropriativo. Vi sono, naturalmente, due *caveat* a corollario dell'esclusione presuntiva dell'espropriatività della misura: per un verso, occorre che la norma regolamentare persegua legittime finalità di *welfare* pubblico, quali salute, sicurezza e tutela ambientale; per altro verso, si prevede altresì che il carattere indirettamente espropriativo di siffatta regolamentazione non possa escludersi laddove gli effetti che questa determini siano così significativi che, in ragione delle finalità stesse della misura, risulti manifestamente eccessiva. Cardine, dunque, è la finalità che soggiace all'esercizio del potere regolamentare, tanto da consentire, attraverso una valutazione di proporzionalità della misura regolamentare, un restringimento dei margini entro cui questa possa qualificarsi quale indirettamente espropriativa⁹⁶. Si tratta, evidentemente, di un contemperamento della *police power doctrine*, poiché la legittimità dell'interesse pubblico soggiacente alla misura non ne elide di per sé il carattere indirettamente espropriativo⁹⁷. Del resto, la valutazione della proporzionalità di una misura regolamentare rispetto ai suoi obiettivi, onde sussumerne la natura indirettamente espropriativa, è elemento affatto nuovo nella prassi arbitrale⁹⁸.

⁹⁶ C. HENCKELS, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2012, pp. 237-238; P. ACCONCI, *L'Inclusione del "Right to Regulate" Negli Accordi Internazionali in Materia di Investimenti. Considerazioni in Margine alla Posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2019, pp. 96-97.

⁹⁷ A. DE NANTEUIL, *Expropriation*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive cit.*, p. 151.

⁹⁸ Si veda la nota 86 del testo.

Tuttavia, è bene osservare altresì che, in presenza di clausole di salvaguardia del diritto alla regolamentazione dal tenore analogo a quella presente all'art. 8.9 del CETA ovvero all'Allegato 8-A, la prassi ha, sin qui, evitato di applicare il test di proporzionalità rispetto ad una misura indirettamente espropriativa. L'eccezione regolamentare presuppone, infatti, che il carattere espropriativo della misura emerga dalla manifesta sproporzione tra gli obiettivi della misura e gli effetti di questa sull'investimento, che devono essere significativamente negativi. Di conseguenza, in mancanza di conseguenze afflittive per l'investitore straniero che siano significative, si è esclusa la natura indirettamente espropriativa della regolamentazione⁹⁹. Inoltre, certa esperienza negoziale ha mutato lo scopo di alcune condizioni, quali le finalità di interesse pubblico di una misura ovvero il suo carattere non discriminatorio; poiché tradizionalmente funzionali alla determinazione della legalità dell'esproprio, piuttosto che della natura indirettamente espropriativa di una misura regolamentare, in difetto di tali condizioni la prassi arbitrale ha dunque qualificato, quale esproprio indiretto, una regolamentazione adottata in violazione dei principi del giusto processo¹⁰⁰.

Va inoltre osservato che, nonostante l'Allegato 8-A conferisca a tali condizioni una connotazione specifica, proprio ai fini della possibile qualificazione di una regolamentazione quale esproprio indiretto, l'art. 8.12 del CETA indica, ai fini della legalità dell'esproprio, accanto agli ulteriori criteri del rispetto del giusto processo e dell'indennizzo congruo, effettivo e tempestivo, proprio le finalità pubbliche della misura ed il carattere non discriminatorio della medesima.

La ricerca di un bilanciamento tra la protezione dell'investimento straniero e l'esercizio della sovranità interna dello Stato ospite emerge ulteriormente ove si consideri che l'ambito di applicazione dell'art. 8.12 del CETA è ulteriormente limitato con riferimento alla tutela della proprietà intellettuale. I paragrafi 5 e 6 di tale disposizione, infatti, escludono tanto che il rilascio di licenze obbligatorie connesse al diritto di proprietà intellettuale, quanto l'adozione di misure che incidano sul medesimo diritto, revocandolo, limitandolo ovvero creandolo, siano qualificabili quali espropriative. Ciò, si badi, a condizione che tali misure risultino compatibili con gli Accordi sugli aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio, altresì noti quali Accordi TRIPs¹⁰¹. Inoltre, l'art. 8.12 del CETA chiarisce che l'esclusione delle regolamentazioni in materia di proprietà intellettuale siffatte non

⁹⁹ Tribunale arbitrale ICSID, *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, n. ARB/07/23, Lodo del 29 giugno 2012, par. 152.

¹⁰⁰ Tribunale arbitrale ICSID, *Bear Creek Mining Corporation c. Perù*, n. ARB/14/21, Lodo del 30 novembre 2017, par. 381, 383, 395, 446 e ss.

¹⁰¹ Circa gli Accordi TRIPs, si veda: P.K. YU, *The Objectives and Principles of the TRIPs Agreement*, in B.C. MERCURIO, M. KRAJEWSKI (eds.), *The Regulation of Services and Intellectual Property*, Londra, Routledge, 2013.

implica, per converso, che una misura eventualmente in contrasto con gli Accordi TRIPs sia qualificabile, *in re ipsa*, quale esproprio.

Il carattere innovativo dell'art. 8.12 del CETA è indubbiamente la concretizzazione della strategia adottata sin dalla fase negoziale, dall'Unione europea¹⁰²; lo *standard* di tutela in materia d'espropriazione, così come definito nel CETA, è definito in funzione della tutela dello spazio regolamentare statale, prima ancora che del diritto di proprietà dell'investitore straniero. La peculiarità di quest'approccio risiede, a parere di chi scrive, nella circostanza che, diversamente dalla tradizionale tensione tra paesi esportatori di capitali e paesi importatori, il diritto alla regolamentazione sia qui tutelato da soggetti di diritto internazionale che, sul piano dell'economia globale, risultano in posizione paritaria. Ciò consente di superare, proprio relativamente all'esproprio indiretto, che è di per sé una delle sfaccettature del prisma della tutela degli investimenti esteri diretti che si presta a più tensioni, la dinamica sbilanciata con i legittimi interessi pubblici perseguiti dallo Stato ospite. Quest'ultimi sono ora presidiati da una disciplina che, senza rimuovere la tutela espropriativa, cerca altresì di impedire che si traduca in un'inibizione del *right to regulate* statale.

I.vi Il trattamento nazionale, il principio della nazione più favorita e gli articoli 8.6 ed 8.7 del CETA

La predisposizione di condizioni paritarie nell'esercizio dell'attività economica, nel territorio dello Stato ospite, è condizione funzionale alla ricezione di investimenti stranieri e, dunque, allo stesso sviluppo economico. Infatti, occorre che l'investitore estero non subisca un trattamento discriminatorio, rispetto ai propri concorrenti, affinché possa competere, lealmente, nel mercato di riferimento. In quest'ottica, si può ben comprendere come mai le tutele, garantite agli investitori stranieri contro potenziali trattamenti discriminatori, si strutturino, tanto nella tradizione bilaterale che nei trattati multilaterali, secondo un modello che tende ad elidere la possibilità che si istituiscano normative di riferimento più o meno larvamente protezionistiche. Con ciò ci si vuol qui riferire tanto alla possibilità che l'ordinamento nazionale di uno Stato ospite preveda disposizioni di favore, ovvero meno onerose, per le attività economiche dei propri nazionali, quanto all'eventualità che lo Stato ospite stabilisca rapporti economici privilegiati con talune economie anziché altre. Sulla scorta di queste premesse, è allora necessario volgere l'analisi a due *standard* di tutela: il trattamento nazionale ed il trattamento della nazione più favorita. Ciò non soltanto poiché questi

¹⁰² Commissione europea, *Fact sheet - Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*, Novembre 2013, p. 2.

sono espressione delle finalità poc'anzi abbozzate, ma altresì in quanto tra loro complementari¹⁰³.

Procedendo dal trattamento nazionale, appare opportuno fare sin d'ora una premessa affatto ridondante¹⁰⁴: ciò cui tale protezione intende porre rimedio sono precisamente le discriminazioni, ai danni degli investitori stranieri¹⁰⁵, che siano fondate sulla nazionalità¹⁰⁶. Di conseguenza, ne discende, tradizionalmente, l'obbligo positivo, per lo Stato ospite, di accordare all'investitore straniero il medesimo trattamento che riserverebbe ad un nazionale in circostanze analoghe¹⁰⁷, nonché l'obbligo negativo di non normare diversamente l'esercizio dell'attività economica in ragione della nazionalità dell'operatore economico¹⁰⁸. Si badi che, nella prassi arbitrale, l'interpretazione di siffatto trattamento è orientata verso l'effettività della tutela, sicché è l'attualità della discriminazione a rilevare, cioè il trattamento differenziato accordato agli operatori economici, a dispetto di qualunque apparente neutralità, che si traduca in una discriminazione patita dall'investitore straniero¹⁰⁹. In questi termini, come opportunamente

¹⁰³ K.J. VANDELDE, *Bilateral Investment Treaties: cit.*, pp. 337-338; A. REINISCH, C. SCHREUER, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 607.

¹⁰⁴ Ciò in quanto, sul finire dell'Ottocento, parte della dottrina, sulla scorta delle riflessioni del giurista argentino Carlos Calvo, riteneva che il trattamento nazionale esemplificasse l'apice delle tutele che lo Stato ospite potesse accordare all'investitore straniero. Si veda: D.R. SHEA, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, S. Paul, University of Minnesota Press, 1955.

¹⁰⁵ Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, n. UN3467, Lodo del 1 luglio 2004, par. 173; *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, par. 193; *Corn Products International, Inc. c. Messico*, par. 109.

¹⁰⁶ Tribunale arbitrale ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Messico*, n. ARB(AF)/99/1, Lodo del 16 dicembre 2002, par. 181; Tribunale arbitrale ICSID, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. c. Egitto*, n. ARB/02/9, Lodo del 27 ottobre 2006, par. 125; Tribunale arbitrale ICSID, *Casinos Austria International GmbH e Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentina*, n. ARB/14/32, Decisione sulla giurisdizione del 29 giugno 2018, par. 249.

¹⁰⁷ Tribunale arbitrale SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tajikistan*, n. V (064/2008), Lodo parziale sulla giurisdizione e la responsabilità del 2 settembre 2009, par. 271; Tribunale arbitrale ICSID, *Georg Gavrilovic e Gavrilovic d.o.o. c. Croazia*, n. ARB/12/39, Lodo del 25 luglio 2018, par. 1190.

¹⁰⁸ L.D. CHOUKROUNE, *National Treatment in International Investment Law and Arbitration*, in A.K. SANDERS (eds.), *The Principle of National Treatment in International Economic Law. Trade, Investment and Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 184.

¹⁰⁹ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 254; *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II, par. 79; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Messico*, par. 181; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, par. 177; *Georg Gavrilovic e Gavrilovic d.o.o. c. Croazia*, par. 1206.

osservato in dottrina¹¹⁰, l'intento discriminatorio della disposizione è del tutto accessorio, nella misura in cui se ne dimostri l'effettivo carattere discriminatorio sul piano sostanziale.¹¹¹

La prassi arbitrale ha, progressivamente, elaborato un test trifasico ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un trattamento discriminatorio fondato sulla nazionalità dell'investitore; l'applicazione del trattamento nazionale, infatti, è tradizionalmente riconosciuta laddove l'investitore straniero svolga la propria attività economica in circostanze, ovvero situazioni, simili a quelle in cui l'investitore nazionale opera, e sia stato trattato in maniera sfavorevole, senza che tale distinzione sia fondata su una finalità legittima¹¹². Quest'ultimo aspetto, lungi dal contraddire l'irrelevanza dell'assenza degli intenti discriminatori ai fini dell'applicazione del trattamento nazionale, parrebbe piuttosto motivare, *in re ipsa*, la dissimilitudine tra le situazioni o circostanze nelle quali si svolge l'attività economica, rispettivamente, dell'investitore nazionale e straniero, con ciò escludendo radicalmente l'applicazione del trattamento stesso¹¹³. La legittimità di tali finalità si fonda sull'interesse pubblico a tutela del quale è operata una distinzione¹¹⁴; dunque, si richiede un certo grado di ragionevole consequenzialità tra il differente trattamento e lo scopo cui questa tende¹¹⁵.

La determinazione delle circostanze, ovvero situazioni simili, si traduce nell'individuazione di un termine di paragone strettamente

¹¹⁰ B. SABAH, *National Treatment - Is Discriminatory Intent Relevant?*, in T.J. GRIERSON WEILER (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, New York, JurisNet, 2008, pp. 295-297; A.K. BJORKLUND, *The National Treatment Obligation*, in K. YANNACA-SMALL (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 548-552.

¹¹¹ Tribunale arbitrale ICSID, *Cargill, Incorporated c. Polonia*, n. ARB(AF)/04/2, Lodo del 29 febbraio 2008, par. 345; Tribunale arbitrale ICSID, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, n. ARB/03/29, Lodo del 27 agosto 2009, par. 390.

¹¹² *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, par. 196; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, par. 399; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, par. 163; Tribunale arbitrale ICC, *Olin Holdings Ltd c. Libia*, n. 20355/MCP, Lodo del 25 maggio 2018, par. 204.

¹¹³ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 250; *Pope and Talbot Inc. c. Canada, Lodo sul merito della Fase II*, par. 78, 87-88; Tribunale arbitrale ICSID, *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, n. ARB(AF)/12/5, Lodo del 22 agosto 2016, par. 563. Può, tuttavia, ritenersi altresì che l'esistenza di una finalità legittima operi quale causa di esclusione dell'applicazione del trattamento nazionale non in quanto incompatibile con la rassomiglianza delle situazioni ovvero circostanze relative all'investimento straniero, bensì poiché elemento ulteriore, in cui difetto sarebbe fondamentale ai fini della sussistenza di una discriminazione. Si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, n. ARB/05/8, Lodo dell'11 settembre 2007, par. 368.

¹¹⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 250.

¹¹⁵ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 246; *Pope and Talbot Inc. c. Canada, Lodo sul merito della Fase II*, par. 78; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Messico*, par. 170; *Gami Investments, Inc. c. Messico*, par. 114; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, par. 723.

riconducibile al caso di specie, richiedendo dunque un approccio caso per caso¹¹⁶. Da ciò discende una differente gradazione della rassomiglianza tra situazioni o circostanze prese in esame¹¹⁷; nella prassi arbitrale, si è ora cercato, restrittivamente, di individuare l'esatta coincidenza tra attività economiche¹¹⁸, ovvero, più elasticamente, si è ritenuto sufficiente che gli investitori operassero nello stesso mercato di riferimento¹¹⁹, ora l'applicabilità di una medesima normativa di settore¹²⁰. Il difetto di questo elemento, pur nella sua variegata configurazione nella prassi arbitrale, si traduce nell'inapplicabilità, in radice, del trattamento nazionale¹²¹.

Quanto, invece, al trattamento meno favorevole accordato all'investitore straniero, rispetto a quello nazionale, si pone la questione e dell'individuazione di ciò che s'intenda come trattamento e, conseguentemente, di quanto sia o meno favorevole per l'investitore straniero. Tendenzialmente, qualsiasi condotta attribuibile allo Stato ospite può essere qualificata come trattamento. L'interpretazione estensiva di questo criterio, infatti, ha condotto a ritenere "trattamento" tanto l'adozione di atti amministrativi, ovvero pronunce giudiziali, accanto alle tradizionali misure regolamentari ovvero legislative adottate dallo Stato¹²². Atteso che taluni orientamenti hanno individuato nel carattere, direttamente od indirettamente, discriminatorio del trattamento in sé la sua dimensione sfavorevole¹²³, parte della prassi arbitrale ritiene che il trattamento sia da considerarsi meno favorevole laddove questo non corrisponda al migliore che sia generalmente garantito in circostanze simili¹²⁴.

¹¹⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, par. 389; Tribunale arbitrale ICSID, *Renée Rose Levy e Gremcitel S.A. c. Perù*, n. ARB/11/17, Lodo del 9 gennaio 2015, par. 396; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 8.15.

¹¹⁷ *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II, par. 75.

¹¹⁸ *Methanex Corporation c. Stati Uniti d'America*, par. 17-19.

¹¹⁹ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 251; Tribunale arbitrale ICSID, *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, n. UNCT/02/1, Lodo sul merito del 24 maggio 2007, par. 17; *Cargill, Incorporated c. Polonia*, par. 312. *Contra*, si vedano: *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. c. Egitto*, par. 130-156; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, par. 399-411.

¹²⁰ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 89; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, par. 166-167; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 8.24.

¹²¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, par. 411.

¹²² *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 254; *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II, par. 18, 31; *Siemens c. Argentina*, par. 85; *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, par. 85; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, par. 388; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, par. 79.

¹²³ *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, par. 193; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucraina*, par. 426; *Total S.A. c. Argentina*, par. 211.

¹²⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 240; *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II, par. 41-42; *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, par. 196, 205; *Methanex Corporation c. Stati Uniti d'America*, par. 21.

Dal quadro sin qui delineato, l'analisi dell'art. 8.6 del CETA sembra suggerire una significativa continuità tra l'evoluzione degli orientamenti arbitrali e della dottrina in materia e l'approccio adottato da Canada ed Unione europea nel disciplinare il trattamento nazionale. Infatti, la clausola in questione definisce l'ambito di applicazione del trattamento proprio sulla scorta del test trifasico emerso nella prassi arbitrale, chiarendo che il trattamento nazionale consista nell'accordare all'investitore straniero originario dell'altra parte "un trattamento non meno favorevole di quello accordato, in situazioni simili, ai propri investitori e ai loro investimenti". Se, per un verso, ciò pare confermare l'idea che simili disposizioni materiali concretizzino il portato del lavoro di elaborazione interpretativa della prassi, per altro verso tale continuità conserva il forte margine di discrezionalità che ne ha caratterizzato l'applicazione in sede arbitrale¹²⁵.

Sulla scorta del federalismo che caratterizza tanto la forma di Stato canadese quanto quella di taluni Stati membri dell'Unione europea, nonché la struttura di quest'ultima, l'art. 8.6 del CETA si preoccupa altresì di definire come l'obbligo di accordare il trattamento nazionale si traduca, a livello, ad esempio, delle province e dei territori che compongono il Canada, nel dovere di non discriminazione nei confronti degli investitori stranieri; in altri termini, i paragrafi secondo e terzo della clausola in questione mirano esattamente a ribadire il dovere, per gli Stati membri ovvero le province o territori federali canadesi, di garantire agli investitori stranieri un trattamento analogo a quello accordato ai propri nazionali ovvero agli investitori di altri Stati membri ovvero di altre province ovvero territori canadesi¹²⁶.

Tale livello di tutela è garantito, inoltre, tanto nelle fasi antecedenti allo stabilimento dell'investimento, quanto in quelle successive. Ciò a riprova della *ratio* antiprotezionista alla base di siffatto trattamento, in quanto attraverso l'estensione della tutela alle fasi precedenti l'avvio dell'investimento si garantisce, all'investitore straniero, un accesso al mercato dello Stato ospite in condizioni di effettiva parità rispetto agli investitori nazionali già operanti. Tuttavia, l'effettività della liberalizzazione dei rispettivi mercati appare decisamente ridimensionata, ove si prendano in considerazione tanto le eccezioni previste, quanto l'azionabilità delle pretese, fondate sulla violazione dell'art. 8.6 del CETA, limitatamente alle discriminazioni successive allo stabilimento dell'investimento straniero, di cui si darà conto con maggior puntualità nella seconda parte della trattazione.

¹²⁵ C. HENCKELS, *Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, 2016, p. 50.

¹²⁶ A. TZANAKOPOULOS, *National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2014, p. 499. *Contra*, ritenendo, invece, che l'art. 8.6 del CETA offra il fianco a possibili trattamenti differenziati, a livello provinciale ovvero territoriale ovvero degli Stati membri, si veda: A.K. BJORKLUND, *The National Treatment cit.*, pp. 558-559.

Infatti, il trattamento nazionale, come disciplinato nel CETA, dev'essere necessariamente coordinato con alcune eccezioni presenti nel trattato. In virtù dell'art. 8.2 del CETA, sono escluse dall'ambito d'applicazione dell'art. 8.6 le misure adottate dal Canada nel settore dell'industria culturale, nonché le misure adottate dall'Unione europea nel mercato dei servizi audio-visivi. Inoltre, ai sensi dell'art. 8.15, si prevedono una serie di deroghe ed esclusioni, di cui si darà più ampio conto nel prosieguo del lavoro. Qui, è giusto il caso di accennare che tale disposizione, tra le altre cose, prevede che certe misure, elencate nell'Allegato I, in quanto antecedenti alla negoziazione del trattato ed in contrasto col trattamento nazionale, siano escluse dall'ambito d'applicazione dell'art. 8.6 del CETA; inoltre, nei limiti di quanto stabilito dagli accordi TRIPS, l'art. 8.15 del CETA consente ulteriori deroghe al trattamento nazionale con riferimento alla protezione e tutela della proprietà intellettuale.

Alla luce di queste osservazioni, il trattamento nazionale disciplinato nel CETA si rivela in continuità con la prassi arbitrale, raffinandone le modalità di individuazione dell'ambito d'applicazione della tutela ma altresì i margini di discrezionalità interpretativa; al contempo, l'art. 8.6 del CETA si inserisce in un complesso di disposizioni che, mediante eccezioni e riserve tipiche, privilegia la conservazione dello spazio regolamentare dello Stato ospite¹²⁷, smussando il portato antiprotezionista alla base del trattamento stesso.

Come accennato in premessa, la promozione stessa dello sviluppo economico e degli scambi internazionali di capitali presuppone un certo grado di non discriminazione tra gli operatori economici, affinché questi possano operare alla pari in un regime concorrenziale. E ciò, nonostante i livelli di tutela garantiti agli investimenti diretti stranieri possano differire in funzione della volontà degli stati parte del trattato di riferimento, i quali scelgono liberamente la portata ed il contenuto degli *standard* di protezione accordati, nonché la necessità di preservare il più ampio perimetro di esercizio della sovranità statale interna. Di tale conflittualità, che caratterizza la ricerca di un approccio uniforme ed equo rispetto agli investimenti esteri, occorre dar conto anche con riferimento al trattamento della nazione più favorita. Si tratta, infatti, di una tutela generalmente inclusa tra le protezioni garantite agli investitori stranieri nei trattati in materia d'investimenti.

Lo scopo del trattamento della nazione più favorita non è affatto quello di garantire il medesimo trattamento agli investitori stranieri per il solo fatto che questi operino nel mercato dello Stato ospite. Piuttosto, il trattamento in questione si limita a garantire, reciprocamente, che l'investitore straniero, nazionale dello Stato parte del trattato di riferimento, riceva dallo Stato ospite un trattamento che non sia meno sfavorevole rispetto

¹²⁷ A.C. DE MESTRAL, *When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space Under CETA*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 644.

a quello che il medesimo garantisce, in situazioni ovvero circostanze simili, agli investitori nazionali di uno Stato terzo. Come si può intuire, ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione del trattamento della nazione più favorita, *ejusdem generis*, occorre non soltanto che vi sia coincidenza *ratione materiae* tra e il trattato d'investimenti terzo e quello di riferimento, ma altresì *ratione personae* e, dunque, tra le tipologie di operatori economici e le attività economiche che questi esercitino nel territorio dello Stato ospite¹²⁸.

Atteso che non possa dirsi che esista un unico trattamento della nazione più favorita¹²⁹, potendosi rintracciare trattati che contengano eccezioni alla sua applicazione¹³⁰, la prassi arbitrale si è ripetutamente confrontata con la determinazione dell'ambito di applicazione di tale trattamento. In particolare, la sovrapposibilità tra le circostanze ovvero situazioni simili che investono l'attore e quelle in cui opera l'investitore straniero terzo, anche in assenza di un esplicito richiamo nella clausola¹³¹, risultano determinanti per l'applicabilità del trattamento della nazione più favorita¹³².

L'applicazione del trattamento della nazione più favorita implica, *in re ipsa*, che vi sia stato un trattamento maggiormente favorevole garantito ad un investitore straniero terzo¹³³, sicché sorga il dovere, per lo Stato ospite, di garantire all'investitore straniero un trattamento non meno sfavorevole¹³⁴. Analogamente a quanto avvenuto nell'applicazione del trattamento nazionale, anche nella prassi arbitrale relativa al NAFTA tali criteri applicativi sono stati cristallizzati in un test trifasico, funzionale all'inquadramento della fattispecie concreta nel trattamento discriminatorio alla base dell'applicazione della clausola della nazione più favorita. In primo luogo, si richiede che l'investitore straniero versi nelle circostanze ovvero situazioni simili a quelle del terzo investitore straniero; in secondo luogo, occorre individuare l'effettività del trattamento ritenuto sfavorevole; infine, è necessario che non

¹²⁸ P. ACCONCI, *Most-Favoured-Nation Treatment*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.367-369.

¹²⁹ D. ANZILOTTI, *Cours de Droit International*, Paris, Sirey, 1929, p. 438.

¹³⁰ A.A. FATOUROS, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp195-196. *ADF Group Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 196-198.

¹³¹ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, n. ARB/05/8, par. 369.

¹³² *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, par. 377; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, par. 166; Tribunale arbitrale ICSID, *MNSS B.V. e Recupero Credito Acciaio N. V. c. Montenegro*, n. ARB(AF)/12/8, Lodo del 4 maggio 2016, par. 362.

¹³³ *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, n. ARB/87/3, par. 54;

¹³⁴ Tribunale arbitrale ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. c. Cile*, n. ARB/01/7, Lodo del 25 maggio 2004, par. 100-102, 204; Tribunale arbitrale ICSID, *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, n. ARB/05/1, Lodo del 22 agosto 2012, par. 243.

vi sia una giustificazione intrinseca al trattamento meno favorevole, tale cioè di per sé a giustificare la sussistenza¹³⁵

Invero, la prassi arbitrale ha talvolta riconosciuto che il trattamento della nazione più favorita possa determinare non soltanto l'applicazione di livelli di tutela sostanziali fissati in un trattato terzo, rispetto a quello di riferimento, bensì anche di *standard* procedurali¹³⁶. Ciò cui si vuole far riferimento, invero, è la possibilità di applicare disposizioni meno sfavorevoli in ordine all'accesso alla giurisdizione arbitrale in materia d'investimenti¹³⁷. Si tratta, infatti, di un'estensione delle tutele in favore dell'investitore straniero, sul piano procedurale. Tale ipotesi incontra, tuttavia, il limite delle considerazioni di interesse pubblico, che sostanziano la manifestazione del consenso, da parte dello Stato ospite, alla risoluzione in via arbitrale delle controversie Stato-investitore e che non può, dunque, essere sostituito da disposizioni negoziate in un trattato terzo¹³⁸.

Per un verso, autorevole dottrina ritiene che, tanto sul piano sostanziale quanto su quello procedurale, il trattamento della nazione più favorita possa favorire una progressiva uniformità dei livelli di tutela garantiti agli investitori stranieri e della loro effettività, così da superare la frammentazione tipica del diritto internazionale degli investimenti¹³⁹. Per altro verso, tuttavia, si potrebbe osservare che tali obiettivi, nella prassi, non sono affatto favoriti dalla formulazione stessa delle clausole sulla nazione più favorita, la quale parrebbe piuttosto alimentare la scarsa prevedibilità delle controversie Stato-investitore.

Come si è detto, sul piano procedurale, tale trattamento incontra un limite nell'interesse pubblico degli Stati alla risoluzione in via arbitrale delle

¹³⁵ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d'America*, par. 163; *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 8.53.

¹³⁶ Si tratta, invero, di un orientamento risalente, recuperato anche nelle controversie Stato-investitore a partire dagli anni Duemila. Si veda: Commissione arbitrale *ad hoc*, *Grecia c. Regno Unito (Caso Ambatielos)*, Lodo del 6 marzo 1956, in *United Nations' Reports of International Arbitral Awards*, 1963, p. 107.

¹³⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, n. ARB/97/7, parr. 53-56; Tribunale arbitrale ICSID, *Siemens c. Argentina*, n. ARB/02/8, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2004, parr. 80-82, 100-103, 120; Tribunale arbitrale ICSID, *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/10, Decisione del Tribunale sulle questioni preliminari circa la giurisdizione del 17 giugno 2005, parr. 29-30, 41-47; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Decisione sulla giurisdizione del 20 giugno 2006, parr. 88-89, 92; Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2006, parr. 59-62.

¹³⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, par. 63; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Stati Uniti d'America*, par. 69; Tribunale arbitrale ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marocco*, n. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 15 novembre 2004, parr. 114-119; *Plama Consortium Ltd c. Bulgaria*, parr. 219, 221; *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, par. 28, 30; *Telenor Mobile Communications A.S. c. Ungheria*, parr. 91-95.

¹³⁹ S.W. SCHILL, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2009, pp. 496-506.

controversie in materia d'investimenti internazionali. Inoltre, autorevole dottrina ha osservato che l'estensione della giurisdizione arbitrale, mediante il trattamento della nazione più favorita, mal si concilierebbe con l'applicazione dell'art. 31, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, l'oltre a presupporre l'avvio di un arbitrato, la cui giurisdizione non potrebbe espandersi retroattivamente¹⁴⁰. Del resto, vi è altresì chi ritiene siffatte interpretazioni delle clausole sulla nazione più favorita strumentali al cosiddetto *forum shopping*¹⁴¹.

Parimenti, sul piano sostanziale, in dottrina si è obiettato, criticamente, che parte della prassi parrebbe fondare un'interpretazione ampia delle clausole sulla nazione più favorita proprio in virtù di un supposto ruolo potenzialmente uniformatore e multilateralista del trattamento in questione¹⁴²; del resto, la prassi in materia risulta incoerente, anche in ragione della difficile applicazione del principio *ejusdem generis* nell'interpretazione delle clausole in questione¹⁴³.

I limiti e le difficoltà applicative legati al trattamento della nazione più favorita hanno influenzato significativamente la redazione della relativa clausola di cui all'art. 8.7 del CETA. Occorre premettere che vi è, tuttavia, anzitutto una continuità con l'esperienza negoziale internazionale e la prassi arbitrale, in particolare per ciò che concerne l'applicazione del principio *ejusdem generis* nell'applicazione dell'art. 1103 del NAFTA; si individuano anzitutto le attività, legate agli investimenti stranieri, cui il trattamento in questione sia relativo e, dunque, "lo stabilimento, acquisizione, espansione, la conduzione, l'esercizio, la gestione, il mantenimento, l'uso, il godimento, la vendita o l'alienazione". Questa specificazione, oltre a chiarire che il trattamento della nazione più favorita copra altresì le fasi preliminari

¹⁴⁰ Z. DOUGLAS, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, pp. 108-113. *Contra*, nella misura in cui la clausola sulla nazione più favorita sia redatta con un linguaggio scarsamente puntuale: Y. BANIFATEMI, *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration* in A. BJORKLUND, I. LAIRD, S. RIPINSKY (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 241.

¹⁴¹ A. FAYA RODRIGUEZ, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements A Tool for Treaty Shopping?*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, pp. 89-102.

¹⁴² S. BATIFORT, J.B. HEATH, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 909; E. CHALAMISH, *The Future of Bilateral Investment Treaties: A de Facto Multilateral Agreement?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, pp. 304, 323; T. SHARMIN, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals. Implications for the Developing Countries*, Singapore, Springer, 2020, p. 124. *Contra*, ritenendo funzionale tale approccio interpretativo: S.W. SCHILL, *Notes and Comments: MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Batifort and Heath*, in *American Journal of International Law*, 2017, pp. 914-935.

¹⁴³ T. SHARMIN, *Application of cit.*, pp. 142-144.

dell'investimento ¹⁴⁴, risulta funzionale al tradizionale riferimento all'applicabilità della clausola in "situazioni simili", ove l'investitore straniero sia titolato a ricevere "un trattamento non meno favorevole", rispetto a quello che sia stato accordato ad un investitore straniero terzo.

Sul piano dell'attribuzione del trattamento, questo dev'essere garantito dal Canada, dall'Unione europea e dagli Stati membri, nonché dai governi a livello federale; siffatta puntualizzazione ha il pregio di elidere alla radice possibili controversie relative alla funzione istituzionale, in seno a forme di Stato federali, del soggetto che accordi il trattamento¹⁴⁵.

È tuttavia nell'esclusione dell'incorporazione dei vantaggi sostanziali e procedurali, ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 8.7 del CETA, che può riscontrarsi l'influsso delle criticità dell'applicazione delle clausole sulla nazione più favorita. Sotto il primo profilo, la clausola riduce il perimetro degli obblighi qualificabili come trattamento, negando che quelli sostanziali, fissati in un trattato negoziato con uno Stato terzo, possano considerarsi tali. Non si tratta, tuttavia, di un'esclusione assoluta. La clausola prevede, infatti, che, se lo Stato ospite istituisca ovvero mantenga delle misure ai sensi degli *standard* di protezione negoziati in trattati terzi, tali misure possano essere qualificate quali trattamenti ai fini dell'applicazione della clausola sulla nazione più favorita. Parrebbe, dunque, che il fine di questa specificazione sia, per un verso, di ridefinire, restrittivamente, il campo di applicazione del trattamento della nazione più favorita, residuando tuttavia la possibilità, per l'investitore straniero, di ottenere un trattamento fattualmente non discriminatorio. A rilevare, dunque, sarebbe la possibilità in concreto che sussista un trattamento più favorevole, non già la sua mera eventualità sul piano normativo¹⁴⁶.

Parimenti, anche sotto il profilo procedurale, l'art. 8.7 del CETA prevede delle significative limitazioni all'ambito di applicazione della clausola. Se, dal punto di vista delle tutele sostanziali accordate agli investitori stranieri, il trattato riserva uno spazio residuale di operatività al trattamento della nazione più favorita, il paragrafo quarto dell'art. 8.7 del CETA esclude tassativamente la possibilità che, attraverso detta clausola, sia

¹⁴⁴ L'estensione delle tutele, derivanti dal trattamento della nazione più favorita, anche alle fasi cosiddette "pre-stabilimento" dell'investimento straniero, è pratica non nuova nella negoziazione di trattati internazionali d'investimento, ma affatto maggioritaria. Secondo l'*UNCTAD Mapping IIAs Project* (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping>), infatti, solo 192 dei 2584 trattati, attualmente mappati, presentano una clausola sulla nazione più favorita che copra altresì le fasi antecedenti allo stabilimento dell'investimento straniero.

¹⁴⁵ A. TZANAKOPOULOS, *National Treatment and MFN cit.*, p. 498; C.C. DAIGREMENT, *Most Favoured Nation Treatment*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive cit.*, Cham, Springer, 2019, p. 77.

¹⁴⁶ A tal proposito, si veda: A. NEWCOMBE, C. LEVESQUE, *Canada*, in C. BROWN (eds.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

possibile importare obblighi procedurali contenuti in trattati terzi. Tale limitazione esclude, tassativamente, tanto i semplici vantaggi procedurali, quanto la possibilità di utilizzare meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore diversi da quello fissato nel Capitolo 8 del CETA. Non si tratta, invero, di una soluzione affatto nuova nell'esperienza negoziale internazionale¹⁴⁷: l'esclusione dell'importazione di vantaggi procedurali è stata la reazione immediata alle interpretazioni, emerse a partire dagli anni Duemila nella prassi arbitrale, del trattamento della nazione più favorita, nonché dei successivi oscillamenti della prassi medesima.

Rispetto alle tradizionali clausole sulla nazione più favorita, l'art. 8.7 del CETA include inoltre delle peculiari eccezioni relative al mercato dei servizi. Anzitutto, è esplicitamente esclusa, dall'ambito di applicazione della clausola, la stipulazione di accordi relativi al riconoscimento ovvero all'accREDITAMENTO degli operatori economici nell'ambito del mercato dei servizi. Si tratta di un'eccezione ulteriormente ribadita all'art. 9.5, paragrafo 3 del CETA, concernente gli scambi transfrontalieri di servizi. Invero, eccezioni del medesimo tenore sono rintracciabili altresì all'art. 28.7, paragrafo 6 del CETA, laddove si esclude l'applicabilità del trattamento della nazione più favorita agli obblighi, derivanti da un trattato, che costituiscano vantaggi fiscali in favore di servizi, investimenti e servizi finanziari. Analogamente, l'art. 8.15, paragrafo 5 del CETA, esclude l'applicabilità della clausola in questione a specifiche tipologie di sussidi ed appalti governativi.

Un ulteriore restringimento dell'ambito di applicazione dell'art. 8.7 del CETA è rintracciabile all'art. 8.25, paragrafo 2 del medesimo trattato. Quest'ultima disposizione, infatti, riserva alle parti dell'accordo la possibilità di individuare, negli allegati al CETA, specifiche riserve settoriali agli obblighi derivanti dal trattato, ivi incluso il trattamento della nazione più favorita. A tal riguardo, non può non farsi menzione di una peculiare riserva, inserita dall'Unione europea allo scopo di non estendere ai rapporti con gli investitori canadesi gli obblighi derivanti dagli accordi di stabilizzazione, dagli accordi bilaterali UE-Svizzera, nonché, più in generale, dallo spazio economico europeo. Di conseguenza, l'Allegato II prevede che l'Unione europea si riservi il diritto di adottare ovvero mantenere qualsiasi misura che accordi un trattamento differente ad uno Stato in ragione di un accordo che miri all'istituzione di un mercato interno dei servizi e degli investimenti, ovvero garantisca il diritto di stabilimento, ovvero richieda un riavvicinamento legislativo in taluni settori economici. Tale riserva, si badi, risulta applicabile, tanto agli accordi internazionali preesistenti quanto a quelli futuri, tanto bilaterali quanto multilaterali¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Si veda, ad esempio: art. 4.3 del Trattato bilaterale d'investimento Singapore-Emirati Arabi Uniti del 2011.

¹⁴⁸ *Annex II - Reservations applicable in the European Union (applicable in all Member States of the EU unless otherwise indicated)*, 2016/0206 (NLE), Bruxelles, 14 settembre 2016.

In questa evidente limitazione dell'ambito di applicazione del trattamento della nazione più favorita può, dunque, ulteriormente rintracciarsi la volontà delle parti di difendere gli spazi di esercizio della sovranità statale, in questo caso non soltanto interna. Circa quest'ultimo aspetto, è forse emblematica l'ulteriore eccezione di cui all'art. 8.2, paragrafi 2 lettere a) e b), nonché paragrafo 3 del CETA. La disposizione garantisce, infatti, l'esclusione dall'applicazione dell'art. 8.7 del CETA allo stabilimento ovvero all'acquisizione di investimenti concernenti i servizi aerei e le attività svolte nell'esercizio dell'autorità governativa, nonché il settore culturale, relativamente al Canada, ed i servizi audio-visivi, relativamente all'Unione europea. Questa soluzione appare ispirata all'approccio alla tutela della nazione più favorita già emerso nell'esperienza negoziale canadese¹⁴⁹. D'altro canto, si tratta di una serie di settori ritenuti, dalle parti del trattato, strategici e di indubbia sensibilità, la cui esclusione dall'ambito di applicazione del trattamento della nazione più favorita può ritenersi, a parere di chi scrive, quale manifestazione di considerazioni di pubblico interesse.

Nella struttura dell'art. 8.7 del CETA può, pertanto, riconoscersi il portato della prassi arbitrale in materia di trattamento della nazione più favorita e, al contempo, una reazione alle sue criticità. Sebbene la clausola in questione ricalchi, quanto meno nella sua prima parte, il tenore che tradizionalmente si associa a tale *standard* di protezione, le esclusioni ed eccezioni che la caratterizzano sono l'emblematica risposta negoziale agli aspetti più controversi e contraddittori della prassi arbitrale. Per un verso, tali esclusioni preservano il pieno esercizio della sovranità statale, nonostante le limitazioni riconnesse all'estensione del trattamento della nazione più favorita alle fasi che precedono lo stabilimento dell'investimento straniero¹⁵⁰; per altro verso, sono proprio le esclusioni poste nella seconda parte dell'art. 8.7 del CETA a contribuire al pieno funzionamento del sistema di promozione e tutela degli investimenti stranieri delineato nel trattato. È l'Unione europea stessa ad affermare, infatti, la necessità di ridefinire i contorni dell'ambito di applicazione del trattamento della nazione più favorita. Siffatta strategia appare, a parere di chi scrive, pienamente funzionale agli obiettivi che, nel complesso, il CETA vuole porsi. Come emergerà con maggiore evidenza nel

¹⁴⁹ L'Annex III del Modello di BIT canadese prevede, infatti, l'esclusione dall'applicazione del trattamento della nazione più favorita, relativamente agli obblighi derivanti da trattati che istituiscano di aree di libero commercio ovvero doganali, nonché relativi a materie quali pesca, amministrazione marittima ed aviazione. Inoltre, è opportuno dar conto di come l'operatività del trattamento della nazione più favorita sia stata circoscritta ai soli obblighi derivanti da trattati terzi successivamente negoziati. Si veda: J. KURTZ, *The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2004, pp. 883-885.

¹⁵⁰ Circa l'incidenza sull'esercizio della sovranità interna dell'estensione dell'ambito di applicazione della tutela della nazione più favorita anche alle fasi "pre-stabilimento" dell'investimento straniero, si veda: P.T. MUCHLINSKI, *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, in *International Lawyer*, 1999, pp. 1041 e ss.

secondo capitolo, la costituzione di una Corte permanente in materia d'investimenti internazionali non può conciliarsi con un trattamento che lasci aperta, per così dire, una porta sul retro all'accesso a differenti strumenti di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Sono, infatti, le limitazioni al trattamento della nazione più favorita a caratterizzare la disposizione, che appare costruita attorno alla riduzione non soltanto del cosiddetto *forum shopping*, bensì alla costruzione di un sistema di tutele sostanziali tendenzialmente *self contained*. La costruzione di un ordinamento internazionale degli investimenti quanto più possibile coerente e non contraddittorio passa, del resto, anche dalla misura della sua impermeabilità alla frammentazione delle tutele accordate agli investitori stranieri e da un certo grado di centralizzazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie.

I.vii *Il right to regulate negli articoli 8.4, 8.5, 8.9 ed 8.15 del CETA*

Il diritto di accesso al mercato ed il diritto di stabilimento sono indubbiamente tra i campi d'elezione delle tensioni che caratterizzano l'esercizio della sovranità interna statale e la promozione e tutela degli investimenti stranieri. L'attrazione dei capitali stranieri da parte degli Stati, infatti, è incentivata dalla rimozione delle barriere d'ingresso nel mercato e, dunque, dalla regolamentazione delle attività economiche ispirata a criteri concorrenziali. D'altro canto, ciascuno Stato risponde di interessi pubblici particolari, le cui singole specificità si traducono, generalmente, nell'adozione di normative di riferimento a protezione di tali peculiarità. Dall'equilibrio di questa dinamica emergono differenti modelli di tutela del diritto di accesso al mercato e di stabilimento, più o meno restrittivi, la cui fonte normativa è, generalmente, cristallizzata nel diritto interno di ciascun Stato ospite. Si pensi, ad esempio, all'esclusione degli investimenti stranieri in taluni settori economici, in ragione di un carattere eminentemente strategico ovvero di sicurezza nazionale. Oppure, restrizioni circa lo sfruttamento di talune risorse naturali¹⁵¹. Ancora, alla limitazione della partecipazione estera all'attività economica nel mercato, attraverso le cosiddette *joint venture*¹⁵², ovvero attraverso requisiti prestazionali, obbligatori o facoltativi, che disciplinino l'impatto dell'investimento

¹⁵¹ Si vedano, ad esempio: art. 33 sezione 3 della Costituzione indonesiana (1945); artt. 10, 71 e 72 della Costituzione ecuadoregna (2008).

¹⁵² L. VANHONNAEKER, *The Impacts of Local Equity Requirements on Competition*, in K. FACH GÓMEZ, A. GOURGOURINIS, C. TITI (eds.), *International Investment Law and Competition Law (European Yearbook of International Economic Law, Special Issue)*, Cham, Springer, 2020, p. 52.

straniero nell'economia dello Stato ospite nonché le modalità di esercizio dell'attività economica stessa¹⁵³.

Quanto l'adozione di normative specifiche di questo genere risponda effettivamente ad interessi e finalità pubbliche puntuali di ciascun Stato e quanto, invece, queste siano, piuttosto, espressione mediata della volontà di preservare certi settori economici interni e, in special modo, posizioni sul mercato già consolidate, è questione dibattuta¹⁵⁴. Quali che siano le ragioni sottostanti la limitazione ovvero regolamentazione del diritto di accesso al mercato e di stabilimento, vi sono pur sempre delle peculiarità in ordine ai caratteri dell'economia dello Stato ospite che ne orientano il grado di accessibilità del mercato garantito dall'ordinamento interno. Tale considerazione non è affatto in contraddizione con i caratteri generali della globalizzazione, qui intesa quale fenomeno generalizzato di apertura e liberalizzazione dei mercati sul piano internazionale. Infatti, la creazione di un'economia globale ed interconnessa resta purtuttavia entro i confini delle modalità e della gradazione di liberalizzazione dei mercati, dettate dalle peculiarità di ciascuna economia nazionale¹⁵⁵.

Sul piano internazionale, il *General Agreement on Trade in Services* (GATS) offre un modello di disciplina dell'accesso al mercato affatto trascurabile. In particolare, l'art. XVI del GATS si struttura prevedendo una serie di obblighi negativi, in ordine alla regolamentazione dell'accesso al mercato¹⁵⁶. Questi obblighi vengono assunti da ciascuno Stato, tuttavia,

¹⁵³ J.W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 96; A.K. YUERONG, B. T.K. YONG, H. PEREIRA, U.J. SHARMA, *Memorandum: Prohibitions on Performance Requirements in Investment Treaties*, Singapore, National University of Singapore, 2018, pp. 11-13.

¹⁵⁴ L. VANHONNAEKER, *The Impacts of cit.*, p. 52; M. BUNGENBERG, F. BLANDFORD, *Investment Screening – a New Era of European Protectionism?*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (eds.), *Law and practice of the common commercial policy: the first 10 years after the Treaty of Lisbon*, Leiden, Brill, 2020, pp. 176-182; L.M. HINOJOSA MARTINEZ, *Strategic Sectors and the Foreign Investment Screening Mechanism in the European Union*, in *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 2022, p. 424.

¹⁵⁵ I. GÓMEZ-PALACIO, P. MUCHLINSKI, *Admission and Establishment*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook cit.*, p. 228.

¹⁵⁶ “(...) 2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

- (a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;
- (b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;
- (c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;
- (d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular

positivamente e, dunque, soltanto nella misura in cui abbia assunto impegni circa l'accesso al mercato in specifici settori. Ciò si traduce non già in un obbligo generalizzato in ordine alla liberalizzazione dei mercati, bensì in un meccanismo di liberalizzazione progressiva, segmentato in funzione delle valutazioni che ciascun Stato parte del GATS in ordine al grado di accessibilità che il proprio mercato domestico possa garantire e sostenere. Del resto, un modello più stringente, orientato alla piena liberalizzazione dell'accesso al mercato domestico, non avrebbe avuto il medesimo successo in sede negoziale¹⁵⁷.

D'altro canto, la flessibilità nell'assunzione degli impegni, in ordine alla liberalizzazione dell'accesso al mercato, si fonda proprio sulla natura di accordo multilaterale tipica del GATS. Per questa ragione, ben si concilia con la negoziazione bilaterale, come nel caso del CETA, la ricerca di un modello di disciplina della materia più rigido. L'ambito di applicazione limitato e la tendenziale omogeneità delle economie canadese ed europea, infatti, hanno consentito di adottare un sistema di obblighi negativi ad elencazione chiusa. Certo, la struttura stessa dell'art. 8.4 del CETA ricalca quella dell'art. XVI del GATS, offrendo tuttavia un'estensione dell'ambito materiale di applicazione della tutela agli investimenti che esula dal mercato dei servizi. Si tratta di un meccanismo ulteriore, rispetto ai trattati d'investimento tradizionali, che non includono clausole relative all'accesso al mercato¹⁵⁸, ma circoscrivono la tutela degli investitori stranieri da misure discriminatorie all'applicazione del trattamento nazionale e della nazione più favorita.

La volontà delle parti del trattato di assumere impegni negativi in ordine alla liberalizzazione dei rispettivi mercati è temperata da una altrettanto rigida demarcazione del perimetro d'esercizio della sovranità interna in certi settori economici. Ciò avviene per mezzo di due previsioni: anzitutto, l'applicazione delle riserve ed eccezioni ai sensi dell'art. 8.15 del CETA anche agli impegni sull'accesso al mercato posti all'art. 8.4; inoltre, è quest'ultima disposizione a disporre, nella sua seconda parte,

service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and (f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.”

¹⁵⁷ I. GÓMEZ-PALACIO, P. MUCHLINSKI, *Admission cit.*, p. 246; J.A. MARCHETTI, P.C. MAVROIDIS, *The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)*, in *The European Journal of International Law*, 2011, p. 716.

¹⁵⁸ Tuttavia, tanto il Canada quanto l'Unione europea avevano in precedenza già negoziato accordi d'investimento, i quali includevano clausole sull'accesso al mercato di tenore analogo all'articolo 8.4, sebbene meno dettagliate. Si vedano: art. 906 dell'Accordo di libero scambio Canada-Perù del 2008; articolo 8.10 dell'Accordo di libero scambio Unione europea-Singapore del 2018; articolo 8.7 dell'Accordo di libero scambio Unione europea-Giappone del 2019.

l'incompatibilità tra gli obblighi fissati nella prima parte e alcune misure normative ascrivibili a specifiche manifestazioni dell'interesse pubblico, segnatamente l'autonomia energetica, la pianificazione territoriale, i mercati energetico, dei trasporti e delle telecomunicazioni, la concorrenza, le risorse naturali ed ambientali il cui sfruttamento sia subordinato alla titolarità di concessioni.

La volontà di bilanciare la rimozione delle barriere all'ingresso nel mercato domestico per gli investitori stranieri e la conservazione dello spazio regolamentare interno dello Stato ospite si può agevolmente rintracciare altresì nella struttura dell'art. 8.5 del CETA, rubricato "prescrizioni in materia di prestazioni". La disposizione, infatti, proibisce l'applicazione di requisiti prestazionali tassativamente individuati e relativi allo stabilimento, espansione, conduzione, esercizio ovvero gestione d'investimenti stranieri; al contempo, l'art. 8.5 del CETA limita l'ambito d'applicazione del divieto medesimo, individuando specifiche eccezioni. Nel dettaglio, chiarito l'ambito d'applicazione esteso a qualsiasi investimento straniero nel territorio di ciascuna parte del trattato, nonché alle fasi prodromiche all'incardinarsi dell'investimento medesimo, occorre meglio chiarire quali requisiti prestazionali tipici siano vietati. Anzitutto, sono esclusi tanto i requisiti prestazionali cosiddetti obbligatori, quali requisito ineludibile per l'esercizio dell'investimento straniero nel territorio dello Stato ospite, quanto quelli cosiddetti facoltativi. Quest'ultimi, in quanto requisiti prestazionali non obbligatori, sono invece funzionali all'ottenimento di un vantaggio competitivo nel mercato. In quest'ottica, il divieto di requisiti prestazionali facoltativi è posto non già a tutela della posizione concorrenziale dell'investitore straniero, il quale del resto sceglierebbe di rispettare tali requisiti prestazionali in ragione di specifiche valutazioni d'opportunità e, dunque, volontariamente. Piuttosto, questo divieto cerca di preservare l'equilibrio macroeconomico degli scambi commerciali tra le parti del trattato¹⁵⁹.

Chiarita tale distinzione, l'art. 8.5 del CETA stabilisce, in riferimento ai requisiti prestazionali obbligatori, che è proibita l'introduzione di obblighi all'esportazione di determinati livelli o percentuali di beni o servizi, onde garantire una competizione equilibrata tra investitori stranieri e produttori locali e la piena circolazione dei profitti e dei beni¹⁶⁰. Similmente, è proibita l'introduzione di soglie d'impiego di risorse domestiche, il cosiddetto "contenuto locale"¹⁶¹. L'obiettivo, qui, è evitare che l'investimento straniero

¹⁵⁹ A. GENEST, *Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law*, Leiden, Brill, 2019, pp. 116, 126.

¹⁶⁰ D. COLLINS, *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 12.

¹⁶¹ Tribunale arbitrale ICSID, *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, n. ARB/06/18, Decisione sulla giurisdizione e la responsabilità del 14 gennaio 2010, parr. 510-511; *Merrill & Ring*

perda di profittabilità, nella misura in cui lo Stato ospite non abbia a disposizione quantità adeguate, del contenuto locale, al fabbisogno dell'attività economica, ovvero l'impiego del contenuto locale si apprezzi significativamente, rendendo l'investimento più oneroso¹⁶². Seguendo un'analogia *ratio*, anche l'acquisto e l'utilizzo di beni e servizi prodotti nello Stato ospite non può essere imposto all'investitore straniero. Sul versante più tecnicamente prestazionale, si proibisce l'applicazione di requisiti specifici che "in relazione il volume o il valore delle importazioni con il volume o il valore delle esportazioni o degli afflussi di valuta estera associati" all'investimento¹⁶³. Corollario di quest'esclusione è il divieto di limitazioni alla vendita, di beni o servizi prodotti dall'investitore straniero, nel territorio dello Stato ospite, sempre messe in relazione "con il volume o il valore delle loro esportazioni o delle loro entrate in valuta estera". Sono proibiti altresì requisiti prestazionali riferiti ad obblighi di trasferimento di tecnologie produttive, *know-how* e competenze tecniche, fatte salve le eccezioni, di cui poi si dirà, nonché la fornitura dei beni prodotti a specifici mercati o regioni indicate dallo Stato ospite.

Quanto, invece, ai requisiti prestazionali facoltativi proibiti dall'art. 8.5 del CETA, emerge con evidenza quanto certe misure vietate si atteggiino quale corrispettivo, sul piano tuttavia macroeconomico, di analoghe proibizioni relative ai requisiti prestazionali obbligatori. Ad esempio, il "raggiungere un determinato livello o una data percentuale di contenuto locale", ovvero l'utilizzo di prodotti e beni provenienti dal territorio dello Stato ospite, sono requisiti prestazionali facoltativi la cui proibizione ricalca quella relativa a requisiti prestazionali obbligatori connessi al bilanciamento commerciale ovvero all'offerta domestica. Ancor più evidente è la continuità tra il divieto di requisiti prestazionali obbligatori e facoltativi relativamente al volume e valore di esportazioni ed importazioni, nonché le limitazioni alle "vendite nel proprio territorio di beni o servizi prodotti o prestati mediante l'investimento (...) mettendo in relazione tali vendite con il volume o il valore delle loro esportazioni o delle loro entrate in valuta estera".

Sin qui, si può agevolmente osservare come il divieto di requisiti prestazionali, di cui all'art. 8.5 del CETA, si inserisca pienamente nel solco della tradizione nordamericana, poiché il contenuto della norma in questione ricalca piuttosto fedelmente il dettato dell'art. 1106 del NAFTA¹⁶⁴. D'altro

Forestry L.P. c. Canada, parr. 113, 115, 121; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, par. 246.

¹⁶² D. COLLINS, *Performance Requirements cit.*, pp. 23-24.

¹⁶³ A. GENEST, *Performance Requirement cit.*, p. 94.

¹⁶⁴ "1. No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non Party in its territory:

- (a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;

canto, l'adesione al modello nordamericano non può certo dirsi parziale, ove si consideri che lo stesso NAFTA, all'art. 1108, prevede alcune riserve ed eccezioni al divieto di cui al citato art. 1106: similmente, la seconda parte dell'art. 8.5 del CETA meglio circoscrive l'ambito d'applicazione del divieto di requisiti prestazionali.

A tal proposito, il potere regolamentare delle parti è preservato interamente solo nella sfera degli appalti pubblici, limitatamente a beni e servizi acquistati a fini pubblici, poiché esclusa dall'ambito d'applicazione del divieto di requisiti prestazionali¹⁶⁵. Le eccezioni e riserve dettate all'art. 8.5 del CETA risultano, di volta in volta, attentamente delineate, allo scopo di circoscriverne la portata. Si conserva, ad esempio, il potere per le parti di disporre specifiche misure, potenzialmente continuative, a vantaggio dell'investitore straniero, condizionate all'obbligo prestazionale di assumere e formare lavoratori locali, di radicare l'investimento in un determinato territorio localizzato, di investire in ricerca e sviluppo, ovvero di costruire od ampliare specifiche infrastrutture. In altre parole, la norma prefigura un

-
- (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;
 - (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
 - (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
 - (f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its territory, except when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority to remedy an alleged violation of competition laws or to act in a manner not inconsistent with other provisions of this Agreement; or
 - (g) to act as the exclusive supplier of the goods it produces or services it provides to a specific region or world market.
2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1(f). For greater certainty, Articles 1102 and 1103 apply to the measure.
3. No Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:
- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;
 - (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
 - (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings. (...)"

¹⁶⁵ Invero, la lettura coordinata dell'art. 8.5 del CETA con l'art. 8.2 del medesimo trattato consente di ricavare ulteriori settori specificamente esclusi dall'ambito d'applicazione del divieto in questione, quali le attività condotte nell'esercizio dell'autorità governativa, i servizi audio-visivi europei ovvero le industrie culturali canadesi, nonché i servizi aerei.

ambito residuale nel quale tanto il Canada quanto l'Unione europea possano delineare specifici requisiti prestazionali facoltativi. Similmente, residua la possibilità di imporre, quale requisito prestazionale, il trasferimento di specifiche tecnologie, nella misura in cui tale trasferimento sia disposto giudizialmente, dunque sia necessitato, in ragione di una violazione accertata delle disposizioni domestiche in materia di tutela della concorrenza.

Ulteriore limitazione del divieto di requisiti prestazionali è posta con riferimento alla promozione di programmi di aiuto e sostegno esteri, nonché per finalità di promozione delle esportazioni, riguardo cui residua il potere regolamentare di disporre requisiti obbligatori ovvero facoltativi. Ben più significativa è la piena esclusione, dall'ambito di applicazione del divieto, dei requisiti che lo Stato importatore disponga al fine di applicare "un trattamento tariffario preferenziale o contingenti preferenziali" a talune merci.

Quel che emerge, dall'analisi dell'art. 8.5 del CETA, è l'indubbia omogeneità delle economie delle parti del trattato, tale da favorire agevolmente la maggior liberalizzazione dei rispettivi mercati alla concorrenza straniera e, al contempo, consentire di preservare compiutamente spazi regolamentari eminentemente espressione dell'interesse pubblico. Ciò sembrerebbe trovare conferma nella chiusura della disposizione, che preserva gli obblighi discendenti dall'adesione all'Organizzazione mondiale del commercio. E, in effetti, come osservato in dottrina, tra questi vi sono doveri, quali quelli dipendenti dal *WTO Agreement on Trade related Investment Measures* (TRIMs), che sono già in larga parte riprodotti dalla norma stessa, ad ulteriore conferma del rafforzato impegno nell'assunzione di specifici doveri rispetto gli investitori¹⁶⁶.

Nel complesso bilanciamento tra conservazione dello spazio di esercizio della sovranità interna e liberalizzazione degli investimenti stranieri nei rispettivi mercati domestici, invitato di pietra del capitolo 8 del CETA è senza dubbio l'art. 8.15, rubricato "riserve ed eccezioni". Si tratta di una disposizione che individua le specifiche eccezioni concordate dalle parti e tese ad escludere, in negativo, l'ambito di applicazione di certe tutele¹⁶⁷, oltre a delineare una cornice applicativa generale delle riserve. Quest'ultime, infatti, concernono le disposizioni relative all'accesso al mercato, ai requisiti prestazionali, al trattamento nazionale ovvero della nazione più favorita. Inoltre, pur potendo ciascuna parte individuare specifiche riserve, tanto rispetto a misure antecedenti al trattato ed incompatibili con le tutele ivi definite, di cui all'Allegato I, quanto relative all'adozione di misure successive e purtuttavia incompatibili, di cui all'Allegato II, le stesse sono diversamente regolate in funzione della preservazione del potere regolamentare delle parti, in un sistema di liberalizzazione dei mercati

¹⁶⁶ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, H. MANN, *CETA and Investment: cit.*, pp. 353-354.

¹⁶⁷ J.A. VAN DUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, London, Commonwealth Secretariat, 2013, p. 117.

domestici. Se le riserve concernenti le misure successive sono poste quale presidio della sovranità interna su talune specifiche materie, in quanto tali suscettibili di ulteriori irrigidimenti poiché *ab origine* avulse dal consenso delle parti, differente è la disciplina concernente le riserve relative a misure antecedenti ed incompatibili. Queste sono poste, piuttosto, quale diaframma tra il regime di protezione degli investimenti eurocanadese e le peculiarità, antecedenti, dei rispettivi ordinamenti interni. Pur isolando le singole specificità degli ordinamenti, e delle economie, canadese ed europeo, quest'ultima categoria di riserve è suscettibile di venir meno, qualora la parte che l'abbia individuata adotti, successivamente, una disciplina specifica in linea con le tutele degli investimenti stranieri dettate nel CETA: una volta liberalizzato un settore soggetto a riserva, in quanto preesistente ed incompatibile, non residua alcuna possibilità di adottare, successivamente, alcuna misura più restrittiva¹⁶⁸.

L'apposizione di riserve, ai sensi dell'art. 8.15 del CETA, opera diversamente in ragione della tipologia di riserva e, dunque, se riferita a misure antecedenti e incompatibili con il trattato, ovvero relativa a misure future. Quanto alla prima ipotesi, le riserve di cui all'Allegato I riguardano tanto le misure individuate a livello nazionale, che quelle poste da amministrazioni provinciali, territoriali o regionali. Sul piano europeo, ciò si riconduce all'inclusione di misure adottate dalle istituzioni dell'Unione europea, normative nazionali degli Stati membri, nonché dalle singole regioni, mentre, circa l'ordinamento canadese, le misure incluse nell'Allegato I sono quelle adottate e mantenute dal governo federale, provinciale ed infine territoriale. Ciascuna riserva ha un contenuto obbligatorio, dev'essere cioè apposta previa puntuale indicazione di taluni elementi che ne descrivano il contenuto materiale, quali il settore, sottosettore, la classificazione dell'industria di riferimento, lo *standard* di protezione nei cui confronti opera la riserva, il livello di governo della misura, nonché l'indicazione della misura ed una sua descrizione.

Circa, invece, le riserve concernenti misure future, l'art. 8.15 del CETA dispone che la loro apposizione all'Allegato II del trattato segua il criterio della materia di cui ciascuna parte preveda l'esclusione dall'ambito di applicazione delle tutele individuate dalla norma stessa. Di conseguenza, sono l'Unione europea ed il Canada a determinare quali settori debbano essere sottratti alla generale liberalizzazione dei rispettivi mercati domestici, indicando inoltre eventuali misure preesistenti. Sebbene le riserve così apposte delimitino rigidamente lo spazio regolamentare residuale di ciascuna parte del trattato, questo non consente interventi normativi retroattivi, che travolgano investimenti stabiliti in settori oggetto di riserva e tuttavia non ancora disciplinati dallo Stato ospite, a condizione che si tratti di misure che

¹⁶⁸ L. PUCCIO, G. SABBATI, W. SCHÖLLMANN, *CETA and public services*, Strasburgo, European Parliamentary Research Service, 2017, p. 6.

determinino “direttamente o indirettamente, ad un investitore dell'altra parte, per motivi di nazionalità, di vendere o di disporre in qualunque altro modo di un investimento”.

Quanto alle eccezioni, l'art. 8.15 del CETA si preoccupa anzitutto di preservare la compatibilità delle tutele accordate agli investimenti stranieri con gli impegni assunti conformemente agli accordi TRIPS in materia di protezione della proprietà intellettuale. A tale scopo, si consente alle parti di adottare misure che, sebbene derogano a specifiche tutele previste nel CETA, segnatamente il trattamento della nazione più favorita, il trattamento nazionale ovvero il divieto di requisiti prestazionali concernenti il trasferimento di tecnologie, diano seguito agli impegni discendenti dagli accordi TRIPS¹⁶⁹. Un'ulteriore eccezione all'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di accesso al mercato, trattamento nazionale ovvero della nazione più favorita è posta relativamente alle misure in materia di appalti pubblici disposti per “beni e servizi acquistati a fini pubblici e non di rivendita commerciale o di uso nella fornitura di beni e servizi a scopo di vendita commerciale”. Quest'eccezione riproduce, *verbatim*, quanto disposto in merito, circa i requisiti prestazionali, all'art. 8.5 del CETA. Pertanto, anche qui le parti del trattato hanno chiarito che l'eccezione in questione opera indipendentemente dalla definizione di “appalto disciplinato” di cui all'art. 19.2 del CETA, con ciò evitando di limitare significativamente la portata dell'eccezione stessa. Infine, sono altresì oggetto d'eccezione le misure concernenti il sostegno al commercio di servizi, tanto sotto forma di aiuti pubblici quanto di sovvenzioni: anche tali misure sono, pertanto, sottratte dall'ambito di applicazione del trattamento nazionale, della nazione più favorita e delle disposizioni in materia di accesso al mercato.

Considerando la portata rigida e restrittiva delle eccezioni descritte, si potrebbe ritenere che queste sacrificino la flessibilità normativa delle parti del CETA, allo scopo di favorire la prevedibilità del quadro normativo entro cui operano gli investitori stranieri¹⁷⁰. Tuttavia, eccezioni quali quella relativa alla protezione della proprietà intellettuale rischiano di generare una significativa compressione dell'esercizio della sovranità interna dello Stato ospite. Certamente, le disposizioni contenute nell'accordo TRIPS sono orientate alla flessibilità, onde conservare il potere regolamentare degli Stati parte¹⁷¹; tuttavia, non si può ignorare il dibattito che, in dottrina, ha investito i cosiddetti accordi “TRIPS-plus”, ovvero quei trattati in materia d'investimenti che, fissando *standard* di protezione della proprietà intellettuale ulteriori, rispetto a quelli negoziati nel TRIPS, limiterebbero lo

¹⁶⁹ H. GROSSE RUSE-KHAN, *The International Law Relation Between TRIPS and Subsequent TRIPS-Plus Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS Flexibilities?*, in *Journal of Intellectual Property Law*, 2011, pp. 363-364.

¹⁷⁰ J. A. VAN DUZER, P. SIMONS, G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development cit.*, p. 235.

¹⁷¹ H. GROSSE RUSE-KHAN, *The International Law Relation Between cit.*, p. 329.

spazio normativo in materie d'interesse pubblico e generale, quali ad esempio la sicurezza alimentare o la salute pubblica¹⁷².

La questione non è affatto di poco conto, poiché evoca il tema che, sottotraccia, si è più volte lambito in questo lavoro, ovvero il cosiddetto *right to regulate*. Qui, la questione si pone quale fenomenologia del complesso bilanciamento tra l'esercizio della sovranità interna statale in materie d'interesse pubblico e la protezione e tutela degli investimenti¹⁷³; bilanciamento che determina il superamento della tradizionale primazia della promozione degli investimenti e, dunque, l'applicazione dei trattamenti materiali del trattato *in favorem* dell'investitore straniero¹⁷⁴. Il contenuto prescrittivo del *right to regulate*, in dottrina, è individuato nel diritto, in capo allo Stato ospite, di derogare, in via legislativa, agli obblighi materiali assunti mediante accordi internazionali, senza che ciò determini un pregiudizio risarcibile per l'investitore straniero¹⁷⁵. Cardine non è tanto che sia consentito allo Stato ospite di normare alcune materie d'interesse pubblico, atteso che la sovranità statale non presuppone autorizzazione di sorta¹⁷⁶, quanto la rimozione delle conseguenze, sul piano risarcitorio, in favore dell'investitore straniero, poiché suscettibili di determinare una compressione *de facto* dell'esercizio della sovranità stessa¹⁷⁷. Ciò è emerso distintamente nella prassi arbitrale, laddove il riconoscimento del potere regolamentare in capo allo Stato ospite non abbia di per sé escluso la violazione di *standard* di tutela fissati nel trattato d'investimenti di riferimento¹⁷⁸. Per siffatte ragioni, è attraverso l'introduzione, nei trattati d'investimento, di disposizioni

¹⁷² B. MERCURIO, *Trips-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, in L. BARTELS, F. ORTINO (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 230-235; C.T. COLLINS-CHASE, *The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing Aids Epidemics*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008, pp. 778-780, 785-790; H. GROSSE RUSE-KHAN, *Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?*, in C. BROWN, K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 496.

¹⁷³ L. MARKERT, *The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2011, pp. 149-151.

¹⁷⁴ S. ROBERT-CUENDET, *Protection of the environment and international investment law*, in M. KRAJEWSKI, R. TAMARA (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 602.

¹⁷⁵ C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)*, Mosca, International and Comparative Law Research Center, 2022, p. 17.

¹⁷⁶ Si pensi, ad esempio, alla sovranità permanente sulle risorse naturali. Si veda: N. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

¹⁷⁷ S.W. SCHILL, *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, in *Virginia Journal of International Law*, 2011, p. 66.

¹⁷⁸ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, parr. 261, 263, 268; *BG Group Plc. C. Argentina*, par. 303; *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, parr. 272-273, 285, 513.

esplicitamente a presidio del *right to regulate*, che gli Stati possono garantire effettività a tale diritto, così da preservare gli obiettivi d'interesse pubblico alla base dell'esercizio della potestà regolamentare. È in quest'ottica che vanno osservate le riserve ed eccezioni fissate nel CETA¹⁷⁹, conformemente alla definizione resa, tanto dal Canada quanto dall'Unione europea, nello "Strumento interpretativo comune sull'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri"¹⁸⁰. Quanto alla portata rigida e restrittiva di queste, la prassi arbitrale può forse offrire indicazioni: innanzi ad eccezioni di portata generale, infatti, si è temuta la destabilizzazione stessa dell'impianto generale della protezione degli investimenti stranieri¹⁸¹.

La rigidità intrinseca alle eccezioni e riserve del CETA, cui si è accennato, è temperata dall'art. 8.9 del trattato. Rubricato "Investimenti e misure di regolamentazione", questo articolo cristallizza il *right to regulate*, quale chiave di volta della tutela e promozione degli investimenti, così come disegnate dalle parti. Nella sua formulazione, Canada ed Unione europea intendono il *right to regulate* quale manifestazione della sovranità statale, che investe l'intero Capitolo 8 e, dunque, la disciplina degli investimenti nel suo complesso. Tale attributo della sovranità interna è esercitato allo scopo di perseguire, *verbatim*, "obiettivi politici legittimi come la tutela della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori nonché la promozione e la tutela della diversità culturale". Si tratta di una disposizione che, nella volontà delle parti, afferma il *right to regulate* quale diritto effettivamente applicabile, suscettibile, cioè, e di informare l'interpretazione del trattato e di preservare effettivamente il potere regolamentare¹⁸². Del resto, come già osservato, il perimetro d'esercizio della sovranità interna è presidiato, con differenti modalità, in larga parte delle disposizioni materiali più rilevanti: nel trattamento della nazione più favorita, mediante l'esclusione di assimilare alla nozione di "trattamento" l'accesso a differenti meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore; nel trattamento giusto ed equo, elidendo le legittime aspettative, ingenerate nell'investitore straniero, dalle cause di

¹⁷⁹ P. ACCONCI, *Investimenti Stranieri Sostenibili. Diritto e Governance Internazionale e dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 113-114.

¹⁸⁰ "Il CETA preserva la capacità dell'Unione europea e dei suoi Stati membri e del Canada di adottare e applicare le rispettive disposizioni legislative e regolamentari che disciplinano l'attività economica nell'interesse pubblico, al fine di conseguire obiettivi legittimi di politica pubblica quali la protezione e la promozione della sanità pubblica, dei servizi sociali, dell'istruzione pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori, la protezione dei dati e della vita privata nonché la promozione e la tutela della diversità culturale." *Strumento interpretativo comune sull'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri*, L 11/3, del 14 gennaio 2017, punto 2.

¹⁸¹ *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo provvisorio, par. 99.

¹⁸² C. TITI, *The Right to Regulate in International cit.*, pp. 38-39.

violazione dello *standard*, si da evitare che il trattamento giusto ed equo generi un obbligo di stabilizzazione in favore dell'investitore; nell'esproprio, limitando la determinazione dell'esproprio indiretto attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità, oltre l'esplicita esclusione della concessione di licenze conformemente agli obblighi derivanti dall'accordo TRIPS¹⁸³.

Il dato letterale della disposizione spinge a ritenere che, se per un verso le parti abbiano inteso meglio definire gli obiettivi politici, soggiacenti misure in contrasto con le tutele di cui al Capitolo 8 e tuttavia legittimi, per altro verso non si tratti certo di un elenco esaustivo. Semmai, si può rintracciare nella norma il carattere fondamentale di tali obiettivi, cioè il perseguimento dell'interesse pubblico. Se, sul piano del diritto internazionale, difficilmente si può individuare una definizione univoca d'interesse pubblico¹⁸⁴, è d'altro canto possibile ritenere che l'art. 8.9 del CETA alluda, piuttosto, alla definizione d'interesse legittimo così come individuato negli ordinamenti interni delle parti del trattato. Pertanto, la disposizione chiarisce che gli *standard* a protezione degli investimenti stranieri non sono di per sé violate, laddove un intervento legislativo dello Stato ospite incida negativamente sull'investimento ovvero sulle aspettative, anche di profitto, dell'investitore medesimo. Ciò cui qui si rimanda, nell'evocare e l'affidamento dell'investitore e il pregiudizio patito in conseguenza all'adozione di una misura regolamentare, sono le disposizioni in materia di esproprio indiretto e di trattamento giusto ed equo¹⁸⁵. Come accennato, infatti, l'art. 8.9 del CETA informa l'interpretazione delle disposizioni in materia di protezione degli investimenti, di cui al Capitolo 8 del trattato, sicché è anche in virtù di tale funzione interpretativa della disposizione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto il trattato euro-canadese compatibile con il principio d'autonomia dell'ordinamento europeo. In particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto che disposizioni quali l'art. 8.9 del CETA presidino i livelli di tutela degli interessi pubblici legittimi, così come fissati dall'Unione europea e quali frutto di procedimenti democratici costituzionalmente garantiti¹⁸⁶. Si tratta, pertanto, di una disposizione che non ha un mero carattere dichiarativo, diversamente da analoghe norme emerse nella pratica negoziale internazionale¹⁸⁷.

¹⁸³ C. TITI, *The Right to Regulate*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive cit.*, pp. 172-176; A. DE NANTEUIL, *Expropriation cit.*, pp. 150-153.

¹⁸⁴ P.J. MARTÍNEZ FRAGA, C.R. REETZ, *Public Purpose in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 126.

¹⁸⁵C. HENCKELS, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate cit.*, p. 223; C. TITI, *The Right to cit.*, p. 171.

¹⁸⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/17*, del 30 aprile 2019, parr. 154, 156 e 160.

¹⁸⁷ Si veda, ad esempio: articolo 12 del Modello di BIT norvegese del 2015. C. TITI, *The Right to cit.*, pp. 162-163.

Quanto alle misure che, sul piano materiale, concretizzano l'esercizio del *right to regulate*, la norma pare non distinguere tra misure specifiche e misure a carattere generale. Tuttavia, l'art. 8.9 del CETA fornisce indicazioni peculiari riguardo decisioni concernenti la concessione, il mantenimento ed il rinnovo di sovvenzioni, escludendo che da queste discenda una violazione delle disposizioni di cui al Capitolo 8 del trattato. Siffatta esclusione è però condizionata, per un verso, all'assenza di specifici impegni, assunti dallo Stato ospite in via legislativa ovvero contrattualmente con l'investitore straniero, in ordine al rinnovo, la concessione od il mantenimento del sussidio; per altro verso, al rispetto del principio di legalità e, dunque, delle condizioni che disciplinano il rinnovo, la concessione od il mantenimento del sussidio. *A fortiori*, l'art. 8.9 del CETA chiarisce che l'illegalità di un sussidio, tanto secondo l'ordinamento internazionale quanto quello europeo, ne determina l'esclusione dall'ambito d'applicazione delle tutele fissate dal trattato al Capitolo 8. Si tratta di una puntualizzazione di assoluta rilevanza, in ragione degli impegni derivanti dall'accordo SCM dell'Organizzazione mondiale del commercio, relativi alla proibizione dei sussidi alle esportazioni e dei sussidi a carattere locale¹⁸⁸, ovvero dal cosiddetto Accordo di Parigi del 2015 in materia di sussidi ai combustibili fossili¹⁸⁹, nonché ai fini della compatibilità del CETA con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, sussunti dall'art. 8.9 del trattato nella categoria dei "sussidi". Sotto questo profilo, in dottrina si è osservata l'evidente influenza delle numerose controversie Stato-investitore sorte, anche a livello intra-europeo, proprio in materia di sussidi¹⁹⁰.

¹⁸⁸ D. COPPENS, *How Special is the Special and Differential Treatment Under the SCM Agreement? A Legal and Normative Analysis of WTO Subsidy Disciplines on Developing Countries*, in *World Trade Review*, 2013, Pp. 82-90.

¹⁸⁹ Sebbene l'Accordo di Parigi del 2015 non preveda specifici obblighi relativi alla rimozione dei sussidi ai combustibili fossili, si tratta tuttavia di misure compatibili con la strategia di mitigazione del cambiamento climatico prevista nel trattato, già suggerite da taluni Stati durante i negoziati. Si veda: H. VAN ASSELT, L. MERRILL, K. KULOVESI, *Fossil Fuel Subsidies and the Global Climate Regime*, in J. SKOVGAARD, H. VAN ASSELT (eds.), *The Politics of Fossil Fuel Subsidies and Their Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 145-146.

¹⁹⁰ Tribunale arbitrale ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. E S.C. Multipack S.R.L. C. Romania*, n. ARB/05/20; Tribunale arbitrale ICSID, *NextEra Energy Global Holdings B.V. e NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Spagna*, n. ARB/14/11; Tribunale arbitrale SCC, *Alten Renewable Energy Developments BV c. Spagna*, n. 2015/036; Tribunale arbitrale ICSID, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH e BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Spagna*, n. ARB/15/16; Tribunale arbitrale SCC, *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, e NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italia*, n. 2015/095; Tribunale arbitrale ICSID, *Hydro Energy 1 S.à r.l. e Hydroxana Sweden AB c. Spagna*, n. ARB/15/42. C. TITI, *The Right to cit.*, p. 169.

CAPITOLO II

IL MECCANISMO “GIURISDIZIONALIZZATO” CETA QUALE MODELLO DI SUPERAMENTO DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE STATO-INVESTITORE ED I SUOI LIMITI

SOMMARIO: i. Cenni introduttivi al capitolo secondo. – ii. La questione della natura giuridica del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore quale chiave di lettura delle istanze riformatrici in materia. - iii. La determinazione della giurisdizione e l’articolo 8.18 del CETA. - iv. La costituzione del Tribunale ai sensi dell’art. 8.27 del CETA. - v. Il profilo etico degli arbitri e l’articolo 8.30 del CETA. – vi. L’istituto dell’*amicus curiae* e gli articoli 8.38 ed 8.36 del CETA. - vii. L’introduzione di un meccanismo d’appello alla luce dei limiti dell’annullamento ICSID e l’articolo 8.28 del CETA. – viii. Il diritto applicabile alla controversia Stato-investitore e gli articoli 8.23 ed 8.31 del CETA alla luce del Parere n. 1/17 della Corte di giustizia - ix Il lodo arbitrale, la sua esecuzione e gli articoli 8.39 ed 8.41 del CETA

II.i Cenni introduttivi al capitolo secondo

La trattazione delle innovazioni poste dal CETA, in tema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, prende le mosse dall’inquadramento più generale della natura giuridica di tale sistema. Si tratta di una questione che, postulato il carattere egemonico della procedura arbitrale posta dalla Convenzione di Washington, informa più o meno tacitamente gli approcci alle criticità del meccanismo. Dall’inquadramento pubblicistico del sistema, infatti, discenderebbero alcune conseguenze sul piano normativo. In particolare, ciò motiverebbe la rinnovata centralità dello Stato, già trattata sotto il profilo materiale, nel diritto internazionale degli investimenti. Questa si attergerebbe quale correttivo del rapporto sinallagmatico, tradizionalmente sbilanciato, caratterizzante l’arbitrato internazionale in materia d’investimenti. L’idea di un meccanismo “giurisdizionalizzato”, quale quello tratteggiato nel CETA, promana infatti dall’obiettivo di riequilibrare il rapporto Stato-investitore. Si potrebbe, invero, ritenere che il Tribunale CETA ed il Tribunale d’appello siano la chiave di volta per la piena effettività dell’assetto materiale complessivamente riformato dall’Unione europea e dal Canada.

Di conseguenza, il primo profilo d’innovazione che viene affrontato è quello della determinazione della competenza. Si tratta di un aspetto solo apparentemente superficiale: oltre ad incidere direttamente sul fenomeno del *treaty shopping* e dei procedimenti paralleli, la contraddittorietà della prassi arbitrale sul tema ha altresì evidenziato come il grado di indeterminatezza delle clausole sulla competenza abbia ricadute rilevanti in ordine al novero di

azioni nei confronti dello Stato ospite. L'intenzione delle parti del CETA è, quindi, la stretta codificazione della competenza giurisdizionale del Tribunale. Ciò, si badi, senza elidere del tutto l'incidenza degli orientamenti della prassi, specialmente riguardo taluni profili *ratione personae*. Altri aspetti, quali quelli relativi ai requisiti di legalità e conformità all'ordinamento interno dell'investimento, ovvero all'esclusione della giurisdizione rispetto alle pretese dipendenti da misure di ristrutturazione del debito pubblico, sembrerebbero confermare la tendenziale centralità del riequilibrio del sinallagma Stato-investitore.

Volgendo lo sguardo alle modalità di costituzione del Tribunale CETA, il carattere "giurisdizionalizzato" del meccanismo di risoluzione delle controversie eurocanadese discende precisamente dal superamento del carattere tradizionalmente *ad hoc* dell'arbitrato internazionale in materia d'investimenti. La tutela dell'interesse pubblico generale, dunque il carattere pubblicistico sotteso al meccanismo, emerge dalla natura permanente del Tribunale CETA. Quest'ultimo si svincola dall'impostazione arbitrale classica, intrinsecamente riconducibile alla rappresentazione degli interessi delle parti controverse e, quindi, anche dell'investitore straniero. L'idea di fondo, attraverso la quale nutrire la legittimità del meccanismo medesimo, sarebbe quella di garantire la terzietà dei membri che lo compongono. Se, per un verso, il CETA recide i legami tra le parti ed i membri del Tribunale, per altro verso pone la loro selezione interamente nelle mani del Comitato misto CETA che, in quanto organo intergovernativo, rimarca la netta primazia statale nella dinamica del diritto internazionale degli investimenti, così come inteso nell'ottica europea e canadese. Ciò è ulteriormente evidenziato dalle specifiche competenze richieste, per poter sedere nel tribunale, in materia di diritto internazionale pubblico, piuttosto che di diritto internazionale degli investimenti, così da rafforzare una voluta discontinuità rispetto all'*ethos* da cui sono sin qui emersi i coloro che hanno animato l'emersione della materia.

Quest'ultimo profilo si ricollega direttamente alla questione dei profili etici caratterizzanti l'esercizio dei poteri arbitrari. La legittimità dei meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore, infatti, procede anche dal grado di imparzialità ed indipendenza che caratterizza gli individui che, concretamente, danno vita a tali istituzioni. Ciò vale non soltanto nella dimensione intrinseca delle parti controverse, bensì anche in quella estrinseca e, dunque, della collettività, tantopiù laddove si riconoscano le ricadute sull'interesse pubblico tipiche delle controversie Stato-investitore. Il tema è trattato osservando le evidenze in ordine alla rigida omogeneità socioculturale della comunità arbitrale. Si tratterebbe, difatti, di un indicatore importante circa la terzietà dell'attività arbitrale, normalmente soggetta a limitatissimi vincoli sotto questo profilo, soprattutto riguardo la divulgazione di possibili incompatibilità e la scarsa rilevanza dell'istituto della ricasazione nella prassi. Per converso, il CETA costruisce una complessa architettura in ordine ai doveri etici dei membri del Tribunale, che si compone, da un lato,

di un Codice di condotta e, dall'altro, delle linee guida dell'*International Bar Association* (IBA), nonché un meccanismo specifico per la riconsiliazione del membro eventualmente in conflitto d'interesse. Si tratta di un profilo particolarmente innovativo, poiché svincola la decisione sull'istanza di riconsiliazione dalla discrezionalità dell'organo giudicante, assoggettandola ad un'istituzione terza: il Presidente della Corte internazionale di giustizia.

Accanto alla disciplina specifica dei profili etici riferiti agli arbitri, l'introduzione di correttivi tesi al rafforzamento della partecipazione pubblica è altresì funzionale alla legittimazione del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA. Tanto attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*, inteso quale intervento nel giudizio di un soggetto terzo alla controversia e portatore d'interessi generali e diffusi, quanto l'intervento della parte non coinvolta, intesa come parte del trattato d'investimento di riferimento, sono strumenti che rafforzano la capacità complessiva del sistema di ricomprendere la rappresentazione di istanze escluse dal dualismo Stato-investitore. Nell'impianto del CETA, i due istituti svolgono funzioni complementari: il primo, anche in ragione dell'incorporazione delle norme di trasparenza UNCITRAL, restituisce centralità ad istanze d'interesse pubblico. Il secondo, si pone quale presidio dell'interpretazione dei trattamenti relativi agli investimenti posti dal trattato eurocanadese.

Gli aspetti critici relativi all'interpretazione del Capitolo 8 richiamano la successiva analisi del meccanismo d'appello CETA. Si tratta, infatti, di uno dei profili afferenti alla coerenza degli orientamenti in materia d'investimenti internazionali e, dunque, alla prevedibilità delle pronunce rese. Nel sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, il *framework* posto dalla Convenzione di Washington prevede, infatti, soltanto una limitata annullabilità dei lodi arbitrali. Sebbene i confini dei motivi d'annullamento si siano talvolta espansi, sino a ricomprendere, in una certa misura, dei profili latamente d'annullamento, è la Convenzione stessa a non prevedere la possibilità d'istituire un simile meccanismo. Al contrario, l'appello CETA incorpora i motivi d'annullamento previsti nel sistema ICSID, estendendo tuttavia l'impugnabilità delle pronunce del Tribunale di prima istanza anche a motivi di fatto e di diritto.

Ciò conduce alla trattazione delle questioni inerenti al diritto applicabile alle controversie Stato-investitore. Si tratta di un tema che, per certi versi, riecheggia la dicotomia *contract claims* e *treaty claims*, in quanto il piano del diritto interno è stato sovente confuso con quello del diritto internazionale. Sul punto, la Convenzione di Washington profila la piena autonomia delle parti. Per converso, il meccanismo "giurisdizionalizzato" eurocanadese scinde questo profilo: se, per un verso, preserva l'autonomia delle parti, limitatamente all'individuazione della disciplina procedurale, per altro verso inquadra rigidamente il diritto materiale applicabile nelle disposizioni in materia di protezione degli investimenti fissate al Capitolo 8. Affatto trascurabile è la questione del possibile conflitto di ordinamenti tra il

piano del diritto internazionale degli investimenti e quello del diritto dell'Unione europea. Il tema della compatibilità della giurisdizione CETA con il principio dell'autonomia dell'ordinamento europeo, infatti, è tra i profili cardine del Parere n. 1/17 della Corte di giustizia. Si tratta di una questione che, seppur risolta positivamente dalla giurisprudenza europea, non manca di porre profili critici, in special modo se inquadrata nel solco dei precedenti orientamenti della Corte stessa.

Infine, l'analisi si rivolge alle questioni concernenti il lodo arbitrale, quale pronuncia definitiva, e la sua esecuzione, nel contesto delle Convenzioni di Washington e di New York. Questi due aspetti, infatti, sono tra loro complementari e segnano i limiti connaturati alla giurisdizione CETA. Dall'individuazione di parte del regolamento arbitrale applicabile alla procedura di risoluzione della controversia, discendono infatti importanti conseguenze, tanto in ordine alla qualificazione delle "sentenze definitive" rese dal Tribunale CETA ovvero d'appello, quanto circa la loro esecuzione. Pur nell'innovatività dei criteri in ordine alla determinazione del *quantum* risarcitorio, nonché delle spese di giudizio, il trattato eurocanadese fa tuttavia perno, sotto il profilo dell'effettività delle tutele garantite, sul sistema tradizionale. Ciò pone, tra l'altro, evidenti limiti all'esecuzione delle pronunce CETA al di fuori del territorio delle parti, in virtù della natura di accordo modificativo *inter se* che caratterizza le disposizioni del trattato, tese alla "giurisdizionalizzazione" del sistema, rispetto al sistema ICSID ovvero di New York.

II.ii *La questione della natura giuridica del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore quale chiave di lettura delle istanze riformatrici in materia*

Le criticità emergenti sul piano materiale del diritto internazionale degli investimenti possono ricondursi alle medesime problematiche che ne attraversano il sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Si tratta di questioni che, infatti, si riflettono altresì nella dimensione procedurale delle tutele degli investimenti stranieri, cioè nelle modalità attraverso le quali la lesione dei livelli di tutela, garantiti pattiziamente, sono risolte una volta azionate. Se è senz'altro vero che la Convenzione di Washington, quale *framework* procedurale maggiormente impiegato, si ponga come ineludibile termine di paragone, laddove si vogliano osservare i profili evolutivi del modello "giurisdizionalizzato" del CETA, è altrettanto vero che le problematiche insite nel sistema promanino dalla questione della sua natura giuridica.

In dottrina, si è affrontata la questione sotto differenti profili, ponendo particolarmente l'accento sulla possibile natura pubblicistica del diritto internazionale degli investimenti. Degli orientamenti espressi al riguardo, alcuni appaiono maggiormente persuasivi. Certamente, il sistema delle fonti

del diritto internazionale degli investimenti si fonda sul fitto reticolo di trattati d'investimento, principalmente bilaterali, che regolano la protezione degli investimenti stranieri e la cui interpretazione è assoggettata ai criteri codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁹¹. Difatti, è anche dall'applicazione del diritto internazionale pubblico nel sistema di risoluzione delle controversie Stato-investigatore che emergerebbe la natura pubblicistica della materia¹⁹². Inoltre, bisogna considerare che le controversie in materia di diritto internazionale degli investimenti investono sì la violazione di obblighi posti in capo allo Stato ospite ed in favore dell'investitore straniero, ma proprio per questo tangono altresì l'interesse pubblico, presidiato dal potere normativo interno di ciascun Stato ospite¹⁹³.

Pur senza necessariamente aderire alla teoria del cosiddetto "diritto amministrativo globale"¹⁹⁴, i profili di riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investigatore si radicano profondamente nel carattere pubblicistico a questo connaturato. Se, infatti, il diritto internazionale degli investimenti, ivi inclusi i suoi profili procedurali, ha natura pubblicistica, allora si può intendere più chiaramente il monopolio statale in ordine alla formazione di tale diritto. È in questi termini che potrebbe inquadrarsi, dunque, la primazia interpretativa statale, ad esempio mediante la previsione di meccanismi interpretativi sotto il controllo delle parti del trattato, ovvero il ridimensionamento dello spazio di interpretazione delle tutele pattizie in tema di investimenti stranieri, tanto nella rigida codificazione dei profili materiali quanto nelle eccezioni agli *standard* di tutela, poste a presidio dell'esercizio della sovranità statale interna¹⁹⁵. È dalla caratterizzazione pubblicistica che discenderebbero, pertanto, anche le istanze in ordine all'impugnabilità delle pronunce, ovvero ai profili di maggiore partecipazione e trasparenza, in una prospettiva di rafforzata legittimazione del sistema¹⁹⁶.

I prodromi di questo fenomeno apparivano già chiari nell'analisi di autorevole dottrina, che li interpretava quali sintomatici di un crescente "ritorno dello Stato" nella dimensione, tradizionalmente "privatizzata" ed

¹⁹¹ A. ROBERTS, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, in *American Journal of International Law*, 2013, pp. 50-52.

¹⁹² Seppur critico circa la natura pubblicistica del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investigatore, si veda: J.E. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, L'Aja, The Hague Academy of International Law, 2011, pp. 406-457.

¹⁹³ A. ROBERTS, *Clash of Paradigms cit.*, pp. 45-46, 78.

¹⁹⁴ Si vedano: S. CASSESE, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, pp. 663-694; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, pp. 15-61.

¹⁹⁵ A. ROBERTS, *Clash of Paradigms cit.*, pp. 81-83.

¹⁹⁶ B. KINGSBURY, S. SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, in *New York University School of Law - Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2009, pp. 41-50.

ordoliberal tipica della tutela degli investimenti stranieri - il cosiddetto “Washington consensus” - teso a rafforzare il potere di esercizio della sovranità interna degli Stati ospite¹⁹⁷. Che vi sia un recesso statunitense dalla *leadership* globale¹⁹⁸, è un’evidenza che si inserisce nella dinamica più generale del fenomeno socioeconomico della cosiddetta “deglobalizzazione”¹⁹⁹. Non a caso, il tema delle esternalità negative ingenerate dai flussi di investimenti stranieri, perlomeno nella prospettiva degli Stati tradizionalmente importatori di capitali, insiste da tempo nel dibattito dottrinale²⁰⁰, riflettendosi sulla dimensione di interesse pubblico caratterizzante il diritto internazionale degli investimenti.

In tale quadro globale, il carattere pubblicistico del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, piuttosto che “ibrido” ed assimilabile a quello tipico del commercio internazionale, non è tuttavia unanimemente riconosciuto. In particolare, autorevole dottrina, pur riconoscendo la persuasività di taluni aspetti della sua fenomenologia, a maggior conforto di una sua qualificazione pubblicistica, non ritiene che vi sarebbe un’adesione diffusa ai modelli di riforma del sistema a carattere, appunto, pubblicistico, quantomeno nella sua configurazione resa dalla dottrina del “diritto amministrativo globale”²⁰¹. Di per sé, tali obiettivi non sarebbero necessariamente desiderabili, né aprioristicamente funzionali al perseguimento degli obiettivi di legittimazione e tutela dell’interesse

¹⁹⁷ J.E. ALVAREZ, *The Return of cit.*, 2011, pp. 235-252.

¹⁹⁸ Si pensi, ad esempio, all’interruzione statunitense dei negoziati del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) con l’Unione europea.

¹⁹⁹ Ci si riferisce alla complessiva riduzione dell’integrazione ed interdipendenza economica delle economie nazionali, divenuta maggiormente rilevante attorno alla metà degli anni 2010, descritta nella letteratura economica. Sebbene inizialmente la globalizzazione dei mercati abbia prodotto un incremento della varietà e quantità dei beni prodotti, incidendo positivamente sul benessere dei consumatori e sull’efficienza delle economie promotrici della globalizzazione, il globalizzarsi delle economie nazionali si è accompagnato all’incremento dei costi della redistribuzione della ricchezza e dei relativi aggiustamenti, effettuati anche mediante misure fiscali, riducendo di conseguenza i benefici marginali della globalizzazione per le economie più sviluppate. Sarebbe proprio la progressiva riduzione dei vantaggi derivanti dalla globalizzazione ad aver determinato un arretramento delle potenze egemoni dal proprio ruolo guida del fenomeno, generando una crisi di *leadership* globale. Si veda: P.A.G. VAN BERGEIJK, *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the great recession*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020. *Contra*, ritenendo la flessione del flusso di scambi commerciali una mera riduzione fisiologica della crescita globale, piuttosto che la fine di un ciclo economico, si veda: M.D. BORDO, *The Second Era Of Globalization is not Yet Over: An Historical Perspective*, in *Federal Reserve Bank of Dallas, Globalization and Monetary Policy Institute Working Papers*, 2017.

²⁰⁰ J.E. ALVAREZ, *The NAFTA’s Investment Chapter and Mexico*, in R. DOLZER, M. HERDEGEN, B. VOGEL (eds.), *Foreign Investment. Its Significance in Relation to the Fight Against Poverty, Economic Growth and Legal Culture*, Singapore, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp.

²⁰¹ J.E. ALVAREZ, *Is Investor-State Arbitration ‘Public’?*, in *Institute for International Law and Justice Working Paper*, 2016, pp. 22-25.

pubblico ad essi sottesi. Ciò in quanto tale approccio eliderebbe, tra l'altro, l'evidente ruolo svolto dagli attori privati nello sviluppo del diritto internazionale degli investimenti e, dunque, la sua natura ibrida e non puramente di diritto internazionale pubblico²⁰².

Posto che, invero, il sistema tradizionale, come esemplificato da quello posto dalla Convenzione di Washington, in quanto multilaterale, sottenderebbe una visione tendenzialmente condivisa della dimensione pubblicistica del diritto internazionale degli investimenti²⁰³, la frammentazione tipica della galassia di trattati d'investimento, come discusso nel Capitolo primo²⁰⁴, depone a sfavore dell'unitarietà della materia, più che della sua natura giuridica pubblicistica. Vi sarebbero, infatti, ragioni storiche ed economiche alla base di tale segmentazione, da cui promanerebbe la "speciazione" della disciplina. Sicché, il sorgere di differenti regimi di tutela, pur profilando il carattere pulviscolare della disciplina, non ne smentirebbe tuttavia l'origine comune afferente, ciascuna, al medesimo principio.

Procedendo dalla prospettiva della "speciazione" della disciplina, si può allora comprendere come i profili di riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, tanto quanto quelli di tutela materiale, siano a loro volta emanazioni di differenti sostrati storici ed economici. Non è un caso che l'autorevole dottrina, cui si è fatto cenno, si trovi costretta a riconoscere, anche solo parzialmente, il portato di diritto internazionale pubblico della materia²⁰⁵. Da ciò discende, dunque, che è l'esercizio della sovranità statale a determinare l'estensione delle tutele degli investitori stranieri, tanto sotto il profilo materiale quanto procedurale. Indubbiamente, il "ritorno dello Stato" non si qualifica, aprioristicamente, quale intervento teso a contemperare la protezione dell'investimento estero con l'interesse pubblico, tanto nell'ottica delle tutele sostanziali che della risoluzione delle controversie Stato-investitore. Si pensi, ad esempio, alla restaurazione di previsioni risalenti, quali il previo esaurimento dei ricorsi interni, ai fini

²⁰² *Ibid*, pp. 38-41.

²⁰³ Alla base della Convenzione di Washington, infatti, vi è l'intento di garantire la più ampia protezione possibile agli investimenti privati stranieri soggetti a controversia, indipendentemente dai livelli di protezione che gli Stati intendano garantire pattiziamente agli investitori. In particolare, la prospettiva ultima sarebbe quella di facilitare, proprio attraverso siffatto meccanismo arbitrale, il progressivo addensarsi della disciplina materiale, in conseguenza di quella procedurale. Si veda: A.R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 17 e ss.

²⁰⁴ Si veda: Capitolo I, sezione ii.

²⁰⁵ "(...) The claim that the investment regime or ISDS is 'public' is not equivalent to the proposition that either or both are governed by public international law. No one doubts that ISDS is the product of treaty or that unless a specific BIT or FTA were to indicate otherwise, investor-state arbitrators are charged with interpreting these agreements in accord with the VCLT. There is also no doubt that as a regime governed by public international law, the international investment regime shares many common challenges and points of intersection with other public international legal regimes. (...)" Si veda: J.E. ALVAREZ, *Is Investor-State cit.*, p. 39.

dell'azionabilità delle pretese dell'investitore estero innanzi un tribunale arbitrale²⁰⁶. Tuttavia, occorre altresì prendere in considerazione la natura “*without privity*”, tipica dell'arbitrato in materia d'investimenti internazionali tradizionalmente inteso, quale difetto di sinallagmaticità del rapporto tra Stato ospite ed investitore²⁰⁷. È proprio lo squilibrio di tali rapporti a minare le fondamenta stesse del sistema in questione²⁰⁸.

Solo comprendendo il portato di tale *vulnus*²⁰⁹, dunque, è possibile inquadrare l'elaborazione di modelli alternativi di risoluzione delle controversie Stato-investitore. L'afflato verso una ridefinizione degli equilibri procedurali è, infatti, insito nelle proposte di riforma del sistema, poiché tese a cercare un temperamento complessivo degli interessi coinvolti, procedendo dall'affrontare lo squilibrio originario in favore dell'investitore straniero. Non si può negare, inoltre, come il crescente novero di controversie Stato-investitore investa proprio materie ascrivibili all'interesse pubblico²¹⁰. Rispetto alla tradizionale dicotomia tra protezione degli investimenti stranieri, da un lato, e sovranità statale interna, dall'altro, l'esercizio di quest'ultima si salda, ora, alla prospettiva globale tesa verso uno sviluppo sostenibile²¹¹. L'introduzione di modelli di riforma del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie Stato-investitore appare quindi funzionale alla promozione di investimenti internazionali sostenibili, come anche prospettato dall'UNCTAD nel 2015: attraverso la legittimazione istituzionale di un meccanismo “giurisdizionalizzato”, incentrato all'indipendenza, terzietà e trasparenza, nonché alla coerenza degli orientamenti giurisprudenziali, si consentirebbe la maggior tutela dell'interesse pubblico²¹².

Da queste considerazioni si può intendere come, nella prospettiva eurocanadese, la questione della natura pubblicistica ovvero ibrida del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, appaia risolta.

²⁰⁶ Si veda: 2015 India Model BIT, articolo 14.3.

²⁰⁷ J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232–257.

²⁰⁸ M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 139.

²⁰⁹ Si pensi, ad esempio, alle ricadute che il cosiddetto “arbitrato diretto” ha avuto anche sulla dimensione delle tutele materiali garantite all'investitore straniero. Ciò consentirebbe di comprendere il mutato approccio degli Stati nella codificazione pattizia di tali *standard*. Si veda: P. ACCONCI, *Investimenti Stranieri Sostenibili cit.*, pp. 42–46.

²¹⁰ Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Ethyl Corporation c. Canada*; Tribunale arbitrale ICSID, *Vattenfall AB e altri c. Germania*, n. ARB/12/12; Tribunale arbitrale ICSID, *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, n. UNCT/15/2; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Philip Morris Asia Limited c. Australia*, n. 2012-12; Tribunale arbitrale ICSID, *Gabriel Resources Ltd. e Gabriel Resources (Jersey) c. Romania*, n. ARB/15/31; Tribunale arbitrale ICSID, *TransCanada Corporation e TransCanada PipeLines Limited c. Stati Uniti d'America*, n. ARB/16/21.

²¹¹ P. ACCONCI, *Investimenti Stranieri Sostenibili cit.*, pp. 55–58.

²¹² UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, pp. 107–108.

L'approccio adottato nel CETA, infatti, è informato all'adesione alle principali implicazioni normative intrinsecamente sottese alla natura pubblicistica del sistema, in particolare quelle a carattere riformatore. Nell'architettura del meccanismo "giurisdizionalizzato" del CETA si rintracciano le istanze sottese alla necessità di introdurre strumenti volti alla legittimazione del sistema. Questi temi si saldano direttamente con il perseguimento di obiettivi, sistemici, di sviluppo sostenibile; obiettivi che, però, sono lontani dall'informare la sola definizione pattizia dei livelli di tutela degli investimenti. Al contrario, l'impianto dei due gradi di giudizio CETA è teso a rafforzare, anche nella dimensione dell'*enforcement*, la tutela dell'interesse pubblico generale. È questo profilo che pone il trattato in discontinuità con il sistema tradizionale, in quanto sottrae la disciplina materiale dal rischio che, in sede applicativa, si trovi diluita nei suoi obiettivi ultimi. I quali, come si intuisce, non sono alternativi alla promozione degli investimenti, bensì complementari.

II.iii *La determinazione della giurisdizione e l'articolo 8.18 del CETA*

La determinazione della giurisdizione arbitrale è l'elemento cardine dei meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Attraverso la definizione dei limiti della giurisdizione arbitrale, infatti, le parti di un trattato d'investimento mirano precisamente a garantire la piena effettività delle tutele materiali poste in favore dell'investitore straniero, acconsentendo, preventivamente, all'azionabilità delle pretese di quest'ultimo²¹³. D'altra parte, è di tutta evidenza che l'individuazione delle materie soggette alla giurisdizione arbitrale determina l'esclusione di tutte quelle pretese che non sono state ricomprese nel novero delle tutele azionabili. Si tratta di considerazioni solo all'apparenza superficiali, ove si rifletta sull'incidenza che una clausola sulla determinazione della giurisdizione arbitrale eccessivamente vaga possa avere sulla risoluzione delle controversie Stato-investitore. Si pensi, ad esempio, alle clausole arbitrali che circoscrivono la giurisdizione alle sole pretese dell'investitore straniero emergenti dalla violazione di disposizioni sostanziali contenute nel trattato d'investimento, le cosiddette *treaty claims*, ovvero alle clausole che estendono la giurisdizione anche alle pretese riconducibili alla violazione di obblighi contrattuali da parte dello Stato ospite, le cosiddette *contract claims*, sussunte a violazione di *standard* fissati nel trattato²¹⁴. Quest'ultime, in particolare, sono

²¹³ Circa la dimensione del consenso preventivo degli Stati parte alla risoluzione arbitrale delle controversie con un investitore straniero, si vedano: J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, pp. 232 ss.; C. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook op. cit.*, pp. 830 ss.

²¹⁴ J. REINISCH, *The Scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreements*, in *Asia Pacific Law Review*, 2013, pp. 8-9.

inerentemente caratterizzate da una relativa indeterminatezza dell'estensione della giurisdizione esercitabile, così da ricondurre tutte le controversie Stato-investitore nell'alveo della risoluzione arbitrale²¹⁵. Si tratta delle già citate *umbrella clause*, le cui alterne vicende interpretative sono già state menzionate nel primo capitolo di questo lavoro quale esempio del potenziale centrifugo della prassi arbitrale²¹⁶.

Ciò che insegna l'evidente contraddittorietà della *jurisprudence* arbitrale in materia di clausole sulla giurisdizione è che, nella misura in cui tali clausole si caratterizzano per un significativo grado d'indeterminatezza, gli Stati parte del trattato d'investimento si espongono alla possibilità di essere coinvolti in controversie astrattamente escluse dalla giurisdizione arbitrale; ovvero, si rischia di incorrere nell'ipotesi di segno inverso, cioè che la vaghezza della clausola sulla giurisdizione sia intesa restrittivamente, allo scopo di ricomprendere nelle materie azionabili in via arbitrale un novero di pretese astrattamente indeterminato. Se, dunque, lo spirito, tanto dell'Unione europea quanto del Canada, è il rafforzamento della dimensione della sovranità statale nel diritto internazionale degli investimenti, non può certamente stupire che l'art. 8.18 del CETA, relativo alla definizione della giurisdizione in materia d'investimenti esteri diretti, e rubricato "ambito di applicazione", sia una norma scarsamente indeterminata. La *ratio*, infatti, è la maggior prevedibilità della tutela giuridica garantita dal CETA, perseguita proprio attraverso il restringimento dei margini interpretativi della clausola sulla giurisdizione. La scelta delle parti, pertanto, è stata di escludere dalle pretese azionabili quelle di natura contrattuale, limitando la giurisdizione arbitrale alle sole pretese riconducibili a violazioni dei livelli di tutela materiale fissati nel trattato²¹⁷. Ciò risulta evidente osservando la prima parte dell'articolo 8.18 del CETA, che individua, *ratione personae* e *ratione materiae*, l'ambito di esercizio della giurisdizione. Circa il primo aspetto, la norma si riferisce all'investitore, con ciò implicando necessariamente un coordinamento con la definizione di cui all'art. 8.1 del CETA: "una parte, una persona fisica o un'impresa di una parte, diversa da una succursale o da un ufficio di rappresentanza, che intenda realizzare, realizzi o abbia realizzato un investimento nel territorio dell'altra parte". Si pone, naturalmente, la questione della determinazione, se persona fisica²¹⁸, della nazionalità

²¹⁵ *Ibid*, pp. 14-15.

²¹⁶ Si veda Capitolo I, sezione i.

²¹⁷ J. REINISCH, L. STIFTER, *European Investment Policy and ISDS*, in *ELTE Law Journal*, 2015, pp. 12-13.

²¹⁸ L.F. REED, J.E. DAVIS, *Chapter 6 – III.A. Ratione Personae: Who Is a Protected Investor?*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law cit.*, p. 619. Si noti che tale determinazione ha, tuttavia, natura meramente dichiarativa, essendo l'accertamento della nazionalità deferente al diritto interno dello Stato d'appartenenza, nonché alla sua applicazione da parte degli organi di quest'ultimo. Si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, n. ARB/02/7, Lodo del 7 luglio 2004, par. 55. *Contra*, affermando la natura *prime facie* dei provvedimenti

dell'investitore²¹⁹, ovvero della costituzione, del controllo ovvero del territorio di esercizio dell'attività economica dell'impresa, così come disciplinate dall'ordinamento interno delle parti²²⁰. In particolare, con riguardo all'impresa, l'art. 8.1 del CETA prosegue nel definire cosa si debba intendere per "impresa di una parte", ponendo due criteri, rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 8.18: la costituzione ai sensi del diritto interno della parte e lo svolgimento di "attività commerciali rilevanti" nel territorio di questa²²¹; ovvero, in via alternativa, il controllo diretto od indiretto, ovvero la proprietà dell'impresa, esercitati da "una persona fisica di tale parte o da un'impresa". In quest'ultima ipotesi, l'impresa dovrà, a sua volta, essere costituita secondo il diritto interno della parte e svolgere "attività commerciali rilevanti" nel territorio di questa. Com'è evidente, la necessaria compresenza di questi criteri trova la sua giustificazione nell'obiettivo di limitare il rischio di *treaty shopping* da parte degli investitori, attraverso l'impiego di imprese fantasma, formalmente costituite conformemente alle norme interne di una delle parti e tuttavia sostanzialmente avulse dal tessuto economico di questa²²². Del resto, il fenomeno della strutturazione societaria, pianificata al precipuo scopo di garantire all'investitore l'accesso alle tutele fissate in un trattato d'investimento, è una pratica generalmente consentita nella prassi arbitrale, fatta salva l'eventualità che il trattato di riferimento vi ponga dei limiti espliciti²²³. Pertanto, l'inclusione di requisiti sostanziali *ratione*

delle autorità domestiche materia di nazionalità, ovvero della possibilità di non tenere conto del diritto interno dello Stato d'appartenenza, ad esempio in assenza di un legame effettivo (il cosiddetto *genuine link*), si vedano, rispettivamente: Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, n. ARB/02/7, Decisione sull'istanza di annullamento del 5 giugno 2007, par. 76; Tribunale arbitrale ICSID, *Waguih Elie George Siag e Clorinda Vecchi c. Egitto*, n. ARB/05/15, Decisione sulla giurisdizione dell'11 aprile 2007, par. 145.

²¹⁹ In presenza di doppia nazionalità, l'art. 8.1 del CETA, nel definire la "persona fisica", chiarisce che "è considerata esclusivamente persona fisica della parte di cui abbia la nazionalità dominante ed effettiva". La norma tuttavia nulla statuisce, *ratione temporis*, circa l'ottenimento della nazionalità dominante ed effettiva ai fini dell'azionabilità delle pretese ai sensi dell'art. 8.18 del CETA.

²²⁰ Si tratta, del resto, di una considerazione generale affatto dissimile da quella posta, nell'ottica della Convenzione di Washington, dalla prassi. Si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Valores Mundiales, S.L. e Consorcio Andino S.L. c. Venezuela*, n. ARB/13/11, Lodo del 25 luglio 2017, par. 274-283.

²²¹ Parrebbe ritrovarsi, in questo criterio, una certa rassomiglianza con criteri quali la sede d'esercizio della reale attività economica (*real economic activity*). Si veda: M. PERKAMS, *Chapter 6 – III.B. Ratione Personae: Protection of Legal Persons*, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law op. cit.*, p. 638 ss.

²²² J. BAUMGARTNER, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 11, 13.

²²³ *Aguas del Tunari, SA c. Bolivia*, par. 184; Tribunale arbitrale ICSID, *Venezuela Holdings, B.V., e altri c. Venezuela*, n. ARB/07/27, Decisione sulla giurisdizione del 10 giugno 2010, par. 204; Tribunale arbitrale ICSID, *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, n. ARB/09/12, Decisione sulle obiezioni giurisdizionali del 1 giugno 2012, par. 2.47; Tribunale arbitrale ICSID, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., e altri c.*

personae, ai fini della giurisdizione, appare una scelta funzionale, quantomeno sul piano delle intenzioni delle parti, al contenimento di possibili abusi da parte degli investitori stranieri, *a fortiori* ove si intenda rafforzare la legittimità del meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore²²⁴.

Per altro verso, il contenuto effettivo di questi criteri aggiuntivi è limitato, almeno parzialmente, da un certo grado d'indeterminatezza, che espone tanto a possibili interpretazioni contraddittorie²²⁵, quanto all'apporto suppletivo degli orientamenti emersi nella prassi arbitrale. Sotto quest'ultimo aspetto, dunque, vale la pena di sottolineare che, relativamente a concetti quali il controllo ovvero la proprietà diretta od indiretta dell'impresa, vi è una *jurisprudence* di riferimento²²⁶, che parrebbe ritenersi tendenzialmente accolta dalle parti del trattato, proprio in virtù della scelta di non codificare puntualmente tali requisiti. D'altro canto, non può ignorarsi che il restringimento della giurisdizione, mediante il criterio del controllo sostanziale, cioè dell'esercizio, da parte dell'impresa, di una "attività commerciale rilevante" nel territorio dello Stato di origine, consenta un effettivo contrasto all'impiego di società fantasma. L'accertamento nel giudizio dell'effettivo collegamento dell'attività economica al territorio dello Stato di origine preclude, infatti, la possibilità di accedere alla giurisdizione mediante il mero rispetto di criteri formali dettati dal diritto interno²²⁷.

L'intenzione delle parti del trattato di circoscrivere la giurisdizione alle sole controversie relative alla violazione dei trattamenti fissati nel Capitolo 8 è altresì rintracciabile all'art. 8.22, paragrafo 2, lettere f) e g), del CETA. Questa norma, che pone prescrizioni procedurali ai fini dell'azione innanzi il Tribunale, tra le altre cose, intende sterilizzare ogni possibilità di

Venezuela, n. ARB/10/5, Decisione sulla giurisdizione dell'8 febbraio 2013, par. 184; *Renée Rose Levy e Gremcitel S.A. c. Perù*, par. 184; *Tokios Tokelés c. Ucraina*, par. 52. Si veda: C. SCHREUER, *Nationality Planning*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, pp. 17, 19.

²²⁴ J. GARCIA OLMEDO, *Recalibrating the International Investment Regime through Narrowed Jurisdiction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, pp. 322-334.

²²⁵ Si pensi alla parziale difformità della prassi arbitrale circa la rilevanza dell'attività commerciale: Tribunale arbitrale SCC, *Limited Liability Company Amtto c. Ucraina*, n. 080/2005, Lodo del 26 marzo 2008, par. 69; *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, parr. 4.65-4.68; Tribunale arbitrale ICSID, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, n. ARB/14/1, Lodo del 16 maggio 2018, parr. 253-255; Tribunale arbitrale ICSID, *NextEra Energy Global Holdings B.V. e NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Spagna*, n. ARB/14/11, Decisione sulla giurisdizione, la responsabilità ed i principi sul quantum del 12 marzo 2019, par. 260.

²²⁶ Circa la titolarità effettiva ovvero giuridica della proprietà dell'investimento, si veda: *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, par. 170; circa, invece, il controllo *de facto* dell'investimento, si veda: *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, par. 106.

²²⁷ B. BÖHME, *Recent Efforts to Curb Investment Treaty Shopping: How Effective Are They?*, in *Journal of International Arbitration*, 2021, p. 517.

domande parallele. Ciò cui si fa qui riferimento, in particolare, è l'eventuale incardinarsi di procedimenti paralleli²²⁸, tanto innanzi al foro interno dello Stato ospite, ovvero ad un'altra giurisdizione internazionale, quanto presso il Tribunale CETA. A tale scopo, la norma in questione subordina l'azionabilità della pretesa violazione del trattato tanto alla rinuncia al diritto d'agire quanto al ritiro ovvero alla sospensione di azioni già avviate, appunto, presso il foro domestico dello Stato ospite ovvero un altro foro internazionale diverso dal Tribunale CETA. Si può ritenere che, attraverso siffatto requisito procedurale, Canada ed Unione europea abbiano, per un verso, inteso rafforzare la centralità dell'*Investment Court System*, quale meccanismo privilegiato di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti internazionali, poiché *electa una via, non datur recursus ad alteram*, anziché stabilire una primazia del foro domestico mediante, ad esempio, il previo esaurimento dei ricorsi interni. Per altro verso, si può considerare che le parti abbiano voluto superare il modello delle cosiddette clausole *fork-in-the-road* e le divergenze interpretative ed applicative della prassi in materia²²⁹, elaborando, piuttosto, una *waiver clause*, larvata tuttavia da requisito procedurale; ciò in quanto la norma individua, nella misura dello Stato ospite, l'elemento che accomuna le azioni parallele e che, dunque, costituirebbe l'asserita violazione, prescindendo dalla *causa petendi*²³⁰. A corollario di quanto disposto all'art. 8.22 del CETA in materia di procedimenti paralleli, il trattato prevede, all'art. 8.24, lettere a) e b), la sospensione del procedimento pendente, laddove sia stata azionata un'altra domanda, ai sensi di un accordo internazionale: che generi il rischio di un doppio risarcimento, ovvero che “possa avere ripercussioni significative sulla risoluzione della domanda presentata” innanzi al Tribunale CETA, ovvero l'adozione di provvedimenti affinché si tenga conto, nel *decisum*, dell'altro procedimento internazionale in corso. Si tratta di una disposizione esplicitamente votata al coordinamento tra

²²⁸ Circa la natura abusiva e centrifuga dei procedimenti paralleli, si veda: E. GAILLARD, *Abuse of Process in International Arbitration*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, pp. 6-7.

²²⁹ In merito alla dicotomia che caratterizza l'interpretazione ed applicazione arbitrali delle clausole *fork-in-the-road*, si veda: M.A. PETSCHKE, *The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2019, pp. 391-428. Nella prassi arbitrale, si individuano solo tre casi nei quali l'eccezione dell'operatività di una clausola *fork-in-the-road* sia stata sollevata con successo. Si vedano: Tribunale ICSID, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania*, n. ARB/07/21, Lodo del 30 luglio 2009, par. 67; Tribunale arbitrale ICSID, *H&H Enterprises Investments Inc c. Egitto*, ICSID n. ARB/09/15, Lodo del 6 maggio 2014, parr. 376-382; Tribunale UNCITRAL (PCA), *Iberdrola Energia SA c. Guatemala*, n. 2017-41, Lodo del 24 agosto 2020, parr. 334-37.

²³⁰ In merito alla definizione di *waiver clause*, si veda: C. ANNACKER, *Fragmentation and Integration in International Investment Law: Plus Ça Change*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2023, p. 3.

procedimenti internazionali²³¹, tesa tanto all'ulteriore riduzione del rischio di procedimenti paralleli, quanto alla riduzione della frammentazione del diritto internazionale degli investimenti e al rafforzamento della sua coerenza²³².

Tali requisiti non sono tuttavia sufficienti, di per sé, a fondare la giurisdizione nelle controversie fondate sulla violazione delle disposizioni di cui al Capitolo 8 del CETA, ed è forse questa la ragione che ha spinto le parti del trattato a conservare un certo margine d'indeterminatezza apprezzabile in via interpretativa. Ciò in quanto, ai fini dell'ammissibilità dell'azione dell'investitore, ai sensi dell'art. 8.18 del CETA, si richiede, inoltre, che la pretesa azionata non si basi sull'illegalità dell'investimento. In particolare, la norma chiarisce che “inganno, occultamento, corruzione o comportamenti che costituiscono uno sviamento di procedura”, quali mezzi per la realizzazione dell'investimento, precludono l'azionabilità delle pretese dell'investitore. L'elencazione delle condotte *contra legem* che sterilizzano ogni possibilità di agire contro lo Stato ospite parrebbe, per un verso, reiterare quanto già posto dalle parti all'art. 8.1 del CETA, ove la definizione di “investimento disciplinato” individua, tra gli elementi essenziali, la realizzazione dell'investimento “in conformità della legislazione applicabile al momento in cui è effettuato l'investimento”. Si tratterebbe, dunque, di un'ulteriore precisazione del requisito di legalità e conformità all'ordinamento interno dello Stato ospite ai fini della giurisdizione nelle controversie Stato-investitore. D'altro canto, i requisiti di legalità, di cui all'art. 8.18 del CETA, potrebbero altresì intendersi come una codificazione, sia pure parziale, di uno degli elementi essenziali di un “investimento disciplinato”, secondo canoni ascrivibili alla più generale *clean hands doctrine*, cioè al principio *ex delicto non oritur actio*²³³. Si tratta di una dottrina che ha trovato discreta applicazione nella prassi arbitrale, poiché la legalità di un investimento²³⁴, e dunque la sua conformità al diritto interno

²³¹ E. SARDINHA, *Towards a New Horizon in Investor–State Dispute Settlement? Reflections on the Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, in *Canadian Yearbook of international Law*, 2017, p. 347.

²³² L. PANTALEO, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, L'Aja, Springer, 2019, pp. 93-96.

²³³ Fondata sui principi di buona fede ed equità, la *clean hands doctrine*, ovvero “dottrina delle mani pulite”, di derivazione romana e largamente accolta negli ordinamenti di *common law*, prevede che una condotta illegale, sulla cui base si fondi la pretesa azionata, precluda la procedibilità dell'azione. Si veda: P. DUMBERRY, *State of Confusion: The Doctrine of 'Clean Hands' in Investment Arbitration After the Yukos Award*, in *The Journal of World Investments and Trade*, 2016, p. 230.

²³⁴ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, parr. 139, 143, 146; Tribunale arbitrale ICSID, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, n. ARB/03/26, Lodo del 2 agosto 2006, par. 242; Tribunale arbitrale ICSID, *World Duty Free Company c. Kenya*, n. ARB/00/7, Lodo del 4 ottobre 2006, parr. 123, 157; Tribunale arbitrale ICSID, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, n. ARB/07/24, Lodo del 18 giugno 2010, par. 123; Tribunale arbitrale ICSID, *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, n. ARB/10/3, Lodo del 4 ottobre 2013, par. 127; Tribunale

dello Stato ospite, può intendersi come una manifestazione della *clean hands doctrine*²³⁵; quest'ultima qui intesa, sul piano del diritto internazionale, come fondata su principi di proporzionalità e reciprocità tra le parti²³⁶. In questa prospettiva, l'individuazione delle condotte illegali sembra orientata alla codificazione del contenuto dell'obbligo di *clean hands* in capo all'investitore straniero, onde ridurre il margine interpretativo che altrimenti discenderebbe dall'elemento essenziale fissato genericamente all'art. 8.1 del CETA, piuttosto che esserne una mera reiterazione ricorsiva. Ciò parrebbe tanto più vero, *a fortiori*, ove si consideri che la qualificazione della *clean hands doctrine* quale principio generale di diritto internazionale riconosciuto dalle nazioni civili, ai sensi dell'art. 38, paragrafo 1, lettera c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, è questione ancora dibattuta²³⁷.

Tuttavia, ciò che l'art. 8.18 del CETA non sembra chiarire, è se ed in che misura l'investimento "realizzato" *contra legem* sia da intendersi, quale requisito escludente la giurisdizione, limitatamente al momento in cui l'investimento è stato avviato o se, viceversa, ricomprenda altresì condotte illegali successive alla sua realizzazione²³⁸. In ogni caso, l'individuazione di specifiche condotte, contrarie al diritto interno degli Stati parte del trattato, parrebbe ulteriormente confermare l'intenzione, tanto del Canada quanto dell'Unione europea, di rafforzare la posizione statutale nel rapporto con gli investitori stranieri; sotto questo profilo, l'obiettivo è perseguito mediante un obbligo indiretto di conformazione al diritto dello Stato ospite, in capo all'investitore, quale requisito essenziale per l'azionabilità di qualsivoglia pretesa fondata sulla violazione delle tutele garantite dal CETA.

arbitrale ICSID, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippine*, ICSID n. ARB/11/12, Lodo del 10 dicembre 2014, par. 328.

²³⁵ P. DUMBERRY, *State of Confusion op. cit.*, pp. 253-258.

²³⁶ A. LLAMZON, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation. The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2015, pp. 323-325; A. LLAMZON, A. SINCLAIR, *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, in A.J. VAN DEN BERG (ed.) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, L'Aja, Kluwer Law International, 2015, pp. 451, 508-509.

²³⁷ Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Russia*, n. 2005-03/AA226, Lodo finale del 18 luglio 2014, parr. 108, 1326, 1330, 1358, 1359. Si vedano: O. POMSON, *The Clean Hands Doctrine in the Yukos Awards: A Response to Patrick Dumberry*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, pp. 712-734; P. DUMBERRY, *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2020, pp. 489-527.

²³⁸ Circa la possibilità di estendere la cosiddetta *clean hands doctrine* anche alle fasi successive lo stabilimento dell'investimento, la prassi arbitrale è discordante. *Pro*, si veda: Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Hesham T. M. Al Warraq c. Indonesia*, Lodo finale del 15 dicembre 2014, parr. 641-646; *contra*, si veda: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Russia*, parr. 1354-1355. Si veda, inoltre: A. NEWCOMBE, J.M. MARCOUX, *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia. Imposing International Obligations on Foreign Investors*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2015, pp. 526-531.

A riprova di siffatta finalità vi è, al paragrafo 4 dell'art. 8.18 del trattato, l'ulteriore esclusione della giurisdizione, relativamente alle pretese fondate su violazioni degli *standard* di trattamento determinate dalla ristrutturazione del debito pubblico, fatte salve le violazioni del trattamento nazionale ovvero della nazione più favorita. La norma, infatti, rimanda all'Allegato 8-B del CETA che, oltre a fornire una definizione puntuale di "ristrutturazione negoziata"²³⁹, esclude l'azionabilità di domande tese "a stabilire che la ristrutturazione del debito di una parte costituisca violazione di un obbligo (...) salvo il caso in cui la domanda verta su una ristrutturazione in violazione dell'articolo 8.6 o 8.7"²⁴⁰. Quel che sembrerebbe emergere dalla generale esclusione dalla giurisdizione sulle pretese fondate sulla ristrutturazione del debito pubblico è l'ulteriore rafforzamento della dimensione effettiva della sovranità statale interna, nella dinamica dei rapporti tra Stato ospite ed investitore. Del resto, la prassi arbitrale emersa successivamente alla crisi economica argentina del 2001 ha segnato profondamente il rapporto tra ristrutturazione del debito pubblico ed investitori stranieri. Si consideri, infatti, come le azioni generalmente adottate da uno Stato, al fine di contenere la crisi del debito pubblico, insistono precisamente su obbligazioni e titoli di Stato, i quali possono essere qualificati come *asset* ascrivibili ad un investimento straniero²⁴¹; la ridotta redditività in conseguenza della ristrutturazione del debito pubblico, poiché determinata dall'esercizio della sovranità dello Stato ospite, ben può qualificarsi quale violazione degli *standard* di protezione fissati nel trattato d'investimento rilevante²⁴². Si potrebbe ritenere, ad esempio, che la diminuzione della redditività in questione sia ascrivibile ad un esproprio indiretto, ovvero ad una violazione del trattamento giusto ed equo.

Giova osservare, inoltre, che l'esclusione della giurisdizione sin qui descritta appare ulteriormente giustificata laddove si consideri che,

²³⁹ Allegato 8-B, par. 1, CETA: "per ristrutturazione negoziata si intende la ristrutturazione o il consolidamento di un debito di una parte effettuati tramite:

a) una modifica di strumenti di debito, come previsto dalle loro condizioni, compresa la legge applicabile; o

b) una conversione del debito o altro processo analogo cui abbiano acconsentito i detentori di una quota non inferiore al 75 % del valore totale del debito residuo soggetto a ristrutturazione;"

²⁴⁰ Allegato 8-B, par. 2, CETA.

²⁴¹ Tribunale arbitrale ICSID, *Abaclat e altri c. Argentina*, n. ARB/07/5, Decisione sulla giurisdizione ed ammissibilità del 4 agosto 2011, parr. 356, 367; Tribunale arbitrale ICSID, *Ambiente Ufficio S.p.A. e altri c. Argentina*, n. ARB/08/9, Decisione sulla giurisdizione ed ammissibilità dell'8 febbraio 2013, parr. 490-495; Tribunale arbitrale ICSID, *Giovanni Alemanni e altri c. Argentina*, n. ARB/07/8, Decisione sulla giurisdizione ed ammissibilità del 17 novembre 2014, parr. 296-297. *Contra*, in ragione della differente definizione di investimento contenuta nel trattato d'investimento rilevante, si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Poštová banka, a.s. e ISTROKAPITAL SE c. Grecia*, ICSID n. ARB/13/8, Lodo del 9 aprile 2015, parr. 298-308, 333, 335, 352, 379.

²⁴² *Abaclat e altri c. Argentina*, parr. 320-326.

nell'eventualità di una crisi finanziaria, la prassi arbitrale induce a ritenere che lo Stato ospite difficilmente potrebbe invocare lo stato di necessità, ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato²⁴³. L'eventuale crisi finanziaria, infatti, non potrebbe essere considerata causa di esclusione dell'illiceità di un atto contrario agli obblighi posti dal CETA, quale appunto sarebbe la ristrutturazione del debito pubblico.

Non si può, del resto, ignorare che l'esperienza europea sia già stata segnata, nel 2011, da una crisi del debito pubblico²⁴⁴, culminata con l'esperienza greca della ristrutturazione volontaria del debito²⁴⁵. Vi è, infatti, una dimensione strutturale del debito pubblico nell'economia degli Stati membri dell'Unione europea²⁴⁶, tale da far intendere ancor meglio la scelta di un'esclusione, quale quella codificata all'art. 8.18 del CETA, allo scopo di preservare pienamente la sovranità interna delle parti del trattato²⁴⁷.

II.iv La costituzione del Tribunale ai sensi dell'art. 8.27 del CETA

²⁴³ La prassi arbitrale relativa all'invocazione dello stato di necessità quale causa di esclusione della responsabilità di uno Stato ospite per la violazione degli obblighi posti da un trattato d'investimento, è assai ricca; in dottrina, l'inefficacia dello stato di necessità, come codificato all'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato ed interpretato nelle controversie Stato-investitore, è oggetto di critiche. In particolare, sono controverse la sua valutazione tendenzialmente *a posteriori*, nonché le difficoltà probatorie in ordine sia alla sussistenza di un pericolo grave ed imminente sia al carattere di unico mezzo per porre rimedio allo stato di necessità dell'atto statale illecito. Si veda: F. PADDEU, M. WAIBEL, *Necessity 20 Years On: The Limits of Article 25*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2022, pp. 160-191. Limitatamente all'impossibilità di qualificare una crisi economica quale stato di necessità, è opportuno precisare alcuni aspetti. Circa il mancato collasso dello Stato e, di conseguenza, il difetto di un pericolo grave ed imminente per un interesse essenziale, si vedano: *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, par. 322, 354; *Sempra Energy International c. Argentina*, par. 348; *contra*, si veda: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, par. 231-237. Circa il contributo al verificarsi dello stato di necessità da parte dello Stato, che ne preclude l'invocazione quale causa di esclusione dell'illiceità, si veda: *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, par. 329. Si veda, inoltre: M. WAIBEL, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 643.

²⁴⁴ M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1777-1805.

²⁴⁵ J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: an Autopsy*, in *Economic Policy*, 2013, pp. 513-563; M. XAFA, *Sovereign Debt Crisis Management Lessons from The 2012 Greek Debt Restructuring*, in *CIGI Papers*, 2014, pp. 4-22; J. AERTS, G. OLARIU, E. SOFOS, *Voluntary Debt Restructuring: the 2017 Greek €29.6 Billion Bond Exchange Explained*, in *ESM Discussion Paper Series*, 2021, pp. 4-27.

²⁴⁶ Si vedano: Commissione europea, *Government finance statistics*, in *Eurostat Statistics Explained*, 2023; M.D. MARIETA, *Analysis of public debt in the European Union - issues related to its sustainability*, in *Journal of International Studies*, 2014, pp. 25-32.

²⁴⁷ Una soluzione, invero, già paventata in dottrina. Si vedano: S.K. PARK, T.R. SAMPLES, *Tribunalizing Sovereign Debt: Argentina's Experience with Investor-State Dispute Settlement*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2017, p. 1055; F. PADDEU, M. WAIBEL, *Necessity 20 Years On op. cit.*, p. 185.

Il Tribunale CETA rappresenta una tra le più significative innovazioni dell'intero trattato eurocanadese. Ciò in quanto, a differenza dei tradizionali meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore, si tratta del primo organo giurisdizionale a carattere permanente per la risoluzione di dette controversie. Nella prospettiva di addivenire alla costituzione di una Corte multilaterale in materia d'investimenti stranieri, il Capitolo 8 del CETA offre un modello di meccanismo giurisdizionale, a carattere permanente, articolato in un Tribunale di prima istanza, di cui all'art. 8.27, ed un Tribunale d'appello, ai sensi dell'art. 8.28.

Volgendo l'analisi anzitutto al Tribunale, occorre tuttavia premettere la netta divaricazione, rispetto al modello tradizionale *ad hoc* dei tribunali arbitrali internazionali in materia d'investimenti, che rende il Tribunale CETA un *unicum* nel panorama del diritto internazionale degli investimenti. La stessa "giurisdizionalizzazione" della risoluzione delle controversie Stato-investitore, infatti, si pone quale alternativa alla piena egemonia delle parti controverse sulla disputa, di cui la nomina degli arbitri è un'evidente manifestazione. Se, tradizionalmente, l'arbitrato internazionale in materia d'investimenti dev'essere inteso quale *arbitrage transnational unilatéral*, in ragione del consenso prestato unilateralmente ed anticipatamente dallo Stato ospite alla risoluzione arbitrale delle controversie con l'investitore straniero, l'idea stessa di costituire un Tribunale a carattere permanente parrebbe superarne le criticità. Il carattere di organo giurisdizionale del Tribunale CETA, infatti, elide alla radice l'inerte natura *ad hoc* dei tribunali arbitrali in materia d'investimenti, offrendo piuttosto stabilità e continuità alla risoluzione delle controversie Stato-investitore. La scelta delle parti del trattato di istituire siffatto Tribunale, poggia su un'idea di discontinuità con il modello tradizionale: è il riconoscimento del carattere eminentemente pubblicistico degli interessi soggiacenti alle controversie in materia d'investimenti internazionali ad aver orientato l'istituzione di un organo giurisdizionale a carattere permanente. Si pensi, infatti, a come tradizionalmente siano i principi cardine dello stato di diritto a trovare maggior compiutezza proprio laddove si siano costituite corti per la tutela, individuale, dei diritti umani. Ebbene, la realizzazione di meccanismi, a carattere permanente, anche nel contesto delle libertà e dei diritti economici, rappresenta l'emancipazione della loro tutela da una dimensione d'interesse esclusivamente privato, quella dell'investitore straniero, verso un piano di tutela che contemperi altresì l'interesse pubblico, sul quale insistono le libertà ed i diritti economici²⁴⁸. Non è un caso, del resto, che la realizzazione di un siffatto organo giurisdizionale permanente sia emersa sulla scorta del dibattito

²⁴⁸ A. VON WALTER, M.L. ANDRISANI, *Resolution of Investment Disputes*, in M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive cit.*, pp. 186-187.

dottrinale in materia di protezione degli investimenti stranieri²⁴⁹, e delle susseguenti consultazioni pubbliche²⁵⁰.

A questo riguardo, in dottrina, la stessa funzione arbitrale è stata ritenuta foriera di un “rischio morale” intrinseco²⁵¹, connaturato cioè alle modalità di nomina degli arbitri²⁵², sicché l’operato arbitrale tenderebbe ad essere viziato dagli interessi della parte e, di conseguenza, parziale²⁵³. Il difetto di terzietà che caratterizzerebbe, *ab origine*, la funzione arbitrale, costituirebbe, inoltre, una delle cause principali della sfiducia generalizzata dell’opinione pubblica nei confronti dell’arbitrato internazionale in materia d’investimenti²⁵⁴.

Certamente, non si tratta di un coro unanime²⁵⁵: se, per un verso, vi è chi ha riconosciuto che un arbitro debba essere “*someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of*

²⁴⁹ Si pensi, ad esempio, all’opinione di eminente dottrina circa la funzione arbitrale nelle controversie Stato-investigatore: gli arbitri sarebbero depositari di un dovere di imparzialità ed indipendenza, ulteriore rispetto a quello dovuto nei confronti delle parti controverse, che promanerebbe dalla funzione pubblica dell’attività arbitrale e di cui la coerenza della prassi sarebbe il portato finale. Si veda: S.W. SCHILL, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its Significance for the Roles of the Arbitrator*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, pp. 418-419.

²⁵⁰ Commissione europea, *Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, del 13 gennaio 2015.

²⁵¹ J. PAULSSON, *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2010, pp. 339-355.

²⁵² A.J. VAN DEN BERG, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in M.H. ARSANJANI, J.K. COGAN, R.D. SLOANE, S. WIESSNER, (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2011, pp. 824-825.

²⁵³ Y. DERAINS, *The Arbitrator’s Deliberation*, in *American University International Law Review*, 2012, p. 915; G. VAN HARTEN, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2012, p. 219. In particolare, circa la correlazione tra nomina di parte soccombente ed opinione dissidente, si vedano: A. REDFERN, *The 2003 Freshfields – Lecture Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, in *Arbitration International*, 2003, pp. 223-242; E. SILVA ROMERO, *Brèves Observations sur l’Opinion Dissidente*, in J. ROSSEL (ed.), *Les Arbitres Internationaux: Colloque du 4 Février 2005*, Parigi, Société de Législation Comparée, 2005, pp. 179-186; A.J. VAN DEN BERG, *Dissenting Opinions op. cit.*, p. 824; A.J. VAN DEN BERG, *Charles Brower’s problem with 100 per cent—dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration*, in *Arbitration International*, 2015, p. 5.

²⁵⁴ M.L. MARCEDDU, P. ORTOLANI, *What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments*, in *The European Journal of International Law*, 2020, pp. 422-427.

²⁵⁵ C.N. BROWER, C.B. ROSENBERG, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, in *Arbitration International*, 2013, pp. 7-44.

bias”²⁵⁶, altra parte della dottrina ritiene, per altro verso, che la stretta relazione tra le parti controverse e gli arbitri, da queste nominati, sia l’elemento cardine dell’operatività del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, poiché ne fonderebbe l’affidabilità²⁵⁷.

Vi è, inoltre, chi nega in radice che vi sia financo un “rischio morale” insito nell’arbitrato, poiché la questione atterrebbe, semmai, alla parzialità percepita degli arbitri, che non ad un’effettiva condotta in difetto di terzietà²⁵⁸. Per ciò che attiene, nello specifico, all’arbitrato in materia d’investimenti, senza voler cedere all’aneddotica²⁵⁹, occorre tuttavia dare atto all’incidenza che la questione dei limiti della terzietà arbitrale ha avuto sulla legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore nel suo complesso.

Prendendo in esame l’art. 8.27 del trattato eurocanadese, ove si confrontino le modalità di individuazione dei membri che concorrono a comporre il Tribunale CETA, da un lato, e la costituzione di un Tribunale arbitrale ICSID ai sensi della Convenzione di Washington, dall’altro, si può chiaramente evincere che le parti del trattato abbiano inteso aderire alle opinioni più critiche in ordine alla risoluzione arbitrale delle controversie Stato-investitore.

La costituzione di un Tribunale ICSID, infatti, è ispirata ai principi della libertà di scelta delle parti controverse, sotteso all’idea stessa di arbitrato *ad hoc*, e di non frustrazione della volontà di queste; si può, dunque, riconoscere che, ai sensi della Convenzione di Washington, e in particolare dell’art. 37, si sia riconosciuto un ampio margine di flessibilità in ordine alla costituzione di un Tribunale ICSID, tanto rispetto alla sua composizione quanto alle modalità di nomina degli arbitri che lo compongono²⁶⁰. Al contrario, ai sensi dell’art. 8.27 del CETA, si prevede che il Tribunale sia composto da cinque cittadini del Canada, cinque di uno Stato membro

²⁵⁶ M. HUNTER, *Ethics of International Arbitrator*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 1987, p. 223.

²⁵⁷ Y. SHANY, *Squaring the Circle? Independent and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 2008, pp. 473-474; V.V. VEEDER, *The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator – From Miami to Geneva*, in D.D. CARON, S.W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY, E. TRIANTAFILOU (eds.) *Practicing Virtue Inside International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 402.

²⁵⁸ J. CRAWFORD, *The Ideal Arbitrator*, in *American University International Law Review*, 2018, p. 1004.

²⁵⁹ Si pensi, ad esempio, al caso *Loewen* (Tribunale arbitrale ICSID, *The Loewen Group Inc. e RayLoewen c. Stati Uniti d’America*, n. ARB(AF)/98/3): D. SCHNEIDERMAN, *Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2010, p. 405.

²⁶⁰ C. SCHEREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A.C. SINCLAIR, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 476.

dell'Unione europea e cinque cittadini provenienti da uno Stato terzo, per un totale di quindici membri²⁶¹.

È bene sottolineare come i membri del Tribunale siano nominati dal Comitato misto CETA, di cui all'art. 26.1 del trattato. Quest'ultimo è un organo latamente intergovernativo, poiché composto da rappresentanti e del Canada e dell'Unione europea, co-presieduto dal Commissario UE responsabile per il commercio e dal Ministro canadese del commercio internazionale, ovvero dai rispettivi delegati, che svolge funzioni d'esecuzione ed interpretazione delle disposizioni del trattato in materia di commercio ed investimenti. Nel designare il Comitato misto CETA quale organo responsabile per la nomina dei membri del Tribunale, le parti hanno inteso rimarcare il netto scarto rispetto ai tradizionali meccanismi di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti: l'investitore è privato, infatti, della possibilità di designare alcun componente del Tribunale; questo potere è, invece, posto interamente nella disponibilità di un organo terzo e tuttavia intergovernativo, il Comitato misto CETA, che, ai sensi dell'art. 26.3 del trattato, adotta ogni decisione e raccomandazione "di comune accordo", ivi inclusa anche la nomina dei membri del Tribunale. Inoltre, il Comitato misto ha altresì il potere di "aumentare o diminuire il numero dei membri del tribunale in base a multipli di tre". Si tratta di una disposizione che cristallizza la flessibilità e l'adattabilità del Tribunale, la cui operatività dovrà essere necessariamente modellata dal Comitato misto in funzione del carico di controversie pendenti.

Volgendo l'attenzione ai requisiti posti in ordine alla nomina a membro del Tribunale CETA, l'art. 8.27 del trattato, al paragrafo 4, rimarca *a fortiori* la distanza tra il meccanismo che Canada ed Unione europea hanno inteso istituire e la tradizione in materia di controversie Stato-investitore. La volontà delle parti parrebbe, invero, più protesa ad imitare il modello posto dalle corti internazionali permanenti²⁶². La norma, infatti, richiede che i membri del Tribunale possiedano "le qualifiche richieste nei loro rispettivi paesi per la nomina all'esercizio della funzione giurisdizionale o sono giuristi di riconosciuta competenza". Inoltre, si prevede che questi siano esperti d'indubbia esperienza in materia di diritto internazionale pubblico. A tal proposito, la norma chiarisce come l'esperienza specifica in materia di diritto internazionale degli investimenti, ovvero del commercio internazionale ovvero concernente la risoluzione di controversie fondate su accordi

²⁶¹ Attesa, come si dirà nel prosieguo del paragrafo, la specificità dei requisiti posti dal trattato per la nomina a membro del Tribunale CETA e, pertanto, la possibilità che vi sia un bacino piuttosto ristretto di individui in possesso di siffatti requisiti, l'art. 8.27, in nota, chiarisce che le parti possano "proporre di nominare un massimo di cinque membri del tribunale di qualunque nazionalità. In tal caso, ai fini del presente articolo tali membri del tribunale si considerano cittadini nazionali della parte che ne ha proposto la nomina".

²⁶² Statuto della Corte internazionale di giustizia, art. 2; Statuto della Corte penale internazionale, art. 36, paragrafo 3, lett. a) e b); Convenzione EUROPEA dei diritti dell'uomo, art. 21.

internazionali a carattere commerciale o d'investimento sia un requisito meramente eventuale ed "auspicabile", piuttosto che fondamentale. Ebbene, non può ignorarsi che il *favor* nei confronti della formazione internazionalpubblicistica serva a un tempo due scopi: allargare il bacino di individui elegibili per la funzione di membro del Tribunale CETA, da un lato, e, dall'altro, garantire la primazia della corretta interpretazione delle norme del trattato, rispetto alla continuità con gli orientamenti arbitrari in materia. Quest'ultimo aspetto parrebbe forse suggerire che, nelle intenzioni delle parti, sia ben chiara l'eventualità che la prassi emergente dal Tribunale CETA possa discostarsi dal sostrato della *jurisprudence constante* in materia d'investimenti internazionali. Inoltre, ciò parrebbe voler segnare uno scarto ulteriore rispetto all'*ethos* arbitrale nelle controversie Stato-investigatore²⁶³, nell'ottica di un rafforzamento della legittimità del Tribunale medesimo.

La norma si preoccupa di dettagliare non soltanto la durata dell'incarico, in qualità di membro del Tribunale, che è di cinque anni, rinnovabile per una sola volta, ma dispone specificamente in ordine alle ipotesi di sostituzione di uno dei membri e di eventuale proroga delle funzioni connesse all'incarico. Quanto alla prima ipotesi, il paragrafo cinque dell'art. 8.27 del CETA stabilisce che, ove un membro del Tribunale sia sostituito, il mandato del nuovo membro nominato perduri per il resto dell'incarico che residuava al suo predecessore, laddove questi sia stato sostituito prima del termine del suo mandato. Con ciò, la norma parrebbe voler assicurare la sincronia della nomina dei membri del Tribunale CETA. D'altro canto, il medesimo paragrafo cinque prevede altresì che un membro del Tribunale, nell'ipotesi eccezionale che questi stia giudicando una controversia riguardo cui non sia stata ancora pronunciata una sentenza definitiva. In questa ipotesi, pur essendo decorso il termine di cinque anni del mandato, il membro del Tribunale prosegue ad esercitare la funzione giudicante onde garantire la continuità del procedimento e, di conseguenza, il diritto ad un giusto processo e la maggior qualità della giustizia erogata dal Tribunale.

Quanto all'organizzazione interna del Tribunale CETA, occorre osservare come l'art. 8.27 del trattato ricalchi, al contempo, talune disposizioni relative all'organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio²⁶⁴, nonché la struttura tipica della gran parte dei fori nazionali. Anzitutto, onde garantire la terzietà del Tribunale medesimo, si dispone che il Presidente ed il Vicepresidente siano sorteggiati, dal Presidente del Comitato misto CETA, tra i membri del Tribunale che siano nazionali di paesi terzi. La durata dei rispettivi mandati è di due anni e svolgono le rispettive funzioni "secondo un sistema di rotazione". Analoghi principi sono seguiti per la composizione della divisione incaricata di istruire la domanda, ovvero "secondo un sistema di rotazione, in modo da garantire che la composizione

²⁶³ Sul punto, si veda Capitolo II, sezione v.

²⁶⁴ Procedure operative dell'organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio art. 6, paragrafo 2.

della divisione sia aleatoria e non prevedibile e da dare a tutti i membri del tribunale pari opportunità di svolgere le proprie funzioni”. Appare opportuno osservare che la composizione di ciascuna divisione ricalca, tendenzialmente, la struttura classica dei tribunali arbitrali in materia d’investimenti; ciascuna divisione, infatti, è composta da tre membri, ognuno dei quali è rappresentativo dei tre gruppi nazionali - europeo, canadese ovvero di paesi terzi - che caratterizzano il bacino di membri nominati dal Comitato misto. Ognuna divisione è poi presieduta dal membro cittadino nazionale di uno Stato terzo, così da garantire la terzietà della stessa. In via alternativa, al paragrafo nove dell’art. 8.27 del CETA, si prevede la possibilità che il Tribunale giudichi la controversia in composizione monocratica: si tratta di un’eccezione al criterio generale in ordine alla composizione in divisioni a cui si è fatto riferimento, tesa alla riduzione degli oneri economici relativi all’incardinamento di una domanda innanzi al Tribunale CETA. Non a caso, la composizione monocratica può essere richiesta, prima che si costituisca la divisione del Tribunale, esclusivamente da parte attrice ed è, in ogni caso, soggetta al consenso di parte convenuta; quest’ultima, *verbatim*, “considera con la debita attenzione la richiesta del ricorrente di sottoporre la causa ad un tribunale in composizione monocratica, in particolare quando il ricorrente è una piccola o media impresa o quando l’importo dell’indennizzo o del risarcimento danni richiesto è relativamente ridotto”. Non vi è, pertanto, che un dovere latamente morale, in capo alla parte convenuta, affinché prenda in considerazione l’opportunità di una composizione monocratica del Tribunale CETA.

La questione relativa agli oneri economici connessi al giudizio è, del resto, oggetto di ulteriori disposizioni relative ai compensi dei membri del Tribunale. L’art. 8.27 del CETA, infatti, dispone anzitutto che ciascuno riceva un onorario mensile, a titolo di pagamento, stabilito dal Comitato misto. Inoltre, i costi e le spese relativi alla divisione costituita per la specifica controversia, sono attribuiti alle parti controverse nel dispositivo all’esito del giudizio e determinati secondo quanto previsto dalla regola 14, paragrafo primo, dei Regolamenti amministrativi e finanziari della Convenzione di Washington.

Non si tratta, invero, dell’unico rimando alla Convenzione di Washington che può rintracciarsi all’art. 8.27 del trattato. Quanto agli aspetti meramente amministrativi, si prevede che le funzioni di segretariato, per il Tribunale CETA, siano assunte dal Segretariato dell’ICSID. Inoltre, si prevede una funzione residuale, e tuttavia affatto secondaria, in capo al Segretario generale dell’ICSID. Quest’ultimo è infatti incaricato, ai sensi del paragrafo 17 dell’art. 8.27 del trattato, di sopperire all’eventualità che il Comitato misto CETA difetti nel nominare i membri del Tribunale. Qualora ciò avvenga, si prevede che questi, nei novanta giorni successivi alla presentazione di una domanda al Tribunale, su istanza di una delle parti controverse, nomini una divisione del Tribunale per la risoluzione della causa:

i componenti della medesima dovranno essere sorteggiati dal novero di candidati individuati, ma non nominati, dal Comitato misto CETA. A differenza delle divisioni costituite a norma dell'art. 8.27, paragrafo 7, del trattato, tale divisione così individuata può non essere presieduta da un membro nazionale di un paese terzo, laddove a ciò acconsentano le parti controverse.

Quel che parrebbe emergere dal Tribunale di prima istanza, proposto nel CETA, è un modello di giurisdizionalizzato di risoluzione delle controversie Stato-investitore che si svincoli dal tradizionale equilibrio d'interessi emergente dall'arbitrato in materia d'investimenti. Ciò in ragione dell'intrinseca limitatezza della terzietà arbitrale, a cui si tenterebbe di sopperire attraverso il monopolio dell'individuazione dei membri del Tribunale in capo alle parti del trattato. Un monopolio a tutti gli effetti statale, che esclude in radice la partecipazione dell'investitore e che ha come cardine i requisiti posti dal trattato riguardo l'incarico a membro del Tribunale – in tutto simili a quelli tradizionalmente intesi per i componenti degli organi giurisdizionali, accompagnati da una primazia della formazione internazionalpubblicistica. La stessa operatività del Tribunale, pur appoggiandosi, in via residuale, alle strutture organizzative dell'ICSID, tende, ciò nonostante, alla ricerca di una maggior terzietà dell'organo, anche attraverso meccanismi di “randomizzazione” dell'individuazione dei singoli membri delle divisioni specificamente incaricate di un caso, e alla continuità delle funzioni giurisdizionali. In dottrina, non mancano tuttavia voci critiche riguardo il discostamento dal modello arbitrale della risoluzione delle controversie Stato-investitore; vi sarebbe, nel Tribunale CETA, uno squilibrio in favore degli Stati, a discapito dell'investitore, atteso che i membri dell'organo giurisdizionale potrebbero, inoltre, difettare della formazione specifica in materia d'investimenti internazionali²⁶⁵. Si tratta, a parere di chi scrive, di un'interpretazione del modello giurisdizionale del CETA che procede da una prospettiva viziata in favore del meccanismo arbitrale tradizionale. L'idea, infatti, che la semplice individuazione statale dei componenti del Tribunale CETA possa determinare uno squilibrio, in favore degli Stati parte, procede dal presupposto che, al fine di garantire parità di trattamento in sede di risoluzione della controversia, non possa che procedersi attraverso la nomina di parte degli arbitri. Ciò sembrerebbe, per certi versi, riecheggiare la questione, tanto risalente quanto superata, della terzietà del giudice amministrativo nell'ordinamento italiano²⁶⁶. Sarebbe difatti miope considerare che i membri del Tribunale CETA, in quanto espressione delle parti del trattato, difetterebbero di terzietà. Una simile considerazione, infatti, parrebbe ignorare, la provenienza da Stati terzi di cinque dei quindici

²⁶⁵ E. SARDINHA, *Party-Appointed Arbitrators No More: The EU-Led Investment Tribunal System as an (Imperfect) Response to Certain Legitimacy Concerns in Investor-State Arbitration*, in *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, p. 131.

²⁶⁶ Corte costituzionale italiana, Sentenza del 6 dicembre 1973, n. 177.

componenti del Tribunale, le modalità di nomina di tali membri e quelle di individuazione delle sue divisioni: tutte disposizioni che disciplinano lo svolgimento della funzione giurisdizionale che, unitamente a quelle che regolano lo svolgimento della controversia, determinano l'effettiva terzietà del giudizio.

II.v *Il profilo etico degli arbitri e l'articolo 8.30 del CETA*

La legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore procede, necessariamente, anche attraverso la legittimità stessa dell'arbitrato. Ciò che qui s'intende con legittimità è la capacità del sistema, e degli individui che concretamente lo animano, di rendere giustizia secondo canoni di terzietà, responsabilità e trasparenza. Si tratta di caratteristiche che hanno tanto una dimensione concreta, che insiste sul funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, quanto percepita, cioè che attiene alla capacità del sistema medesimo di ingenerare fiducia tanto nei soggetti che vi si assoggettano per risolvere la disputa, quanto nell'opinione pubblica coinvolta dalle ricadute delle controversie in materia d'investimenti²⁶⁷. Di conseguenza, la dimensione etica nell'esercizio delle funzioni arbitrali appare quale elemento affatto secondario, nella costruzione della legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore²⁶⁸. La questione si pone soprattutto in ragione delle criticità che il sistema ha rivelato nel tempo: in questa prospettiva, l'analisi si rivolge necessariamente alla limitata capacità della Convenzione di Washington di offrire adeguate garanzie di terzietà, responsabilità e trasparenza circa l'attività arbitrale. Tanto sul piano della composizione dell'elenco dal quale si attinge ai fini della nomina del tribunale arbitrale, infatti, quanto sul piano dell'*enforcement* dell'indipendenza degli arbitri, il meccanismo ICSID, come si vedrà, si è rivelato carente.

L'omogeneità sociale e culturale degli arbitri è un aspetto affatto trascurabile, ove se ne considerino le ricadute tanto sul piano strettamente etico, quanto più in generale della legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Tradizionalmente, gli arbitri nominati nelle controversie in materia d'investimenti internazionali hanno una formazione eminentemente accademico-professionale, nella quale la dimensione reputazionale e la caratura del successo personale influenzano in maniera

²⁶⁷ R. MACKENZIE, P. SANDS, *International Courts and the Independence of the International Judge*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 171.

²⁶⁸ L. MALINTOPPI, A. YAP, *Challenges Of Arbitrators In Investment Arbitration. Still Work in Progress?*, in K. YANNACA-SMALL (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements A Guide to the Key Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 154.

determinante le sorti individuali²⁶⁹. Gli arbitri emergono da un *ethos* comune, fondato su un'uniformità culturale, esemplificabile nell'adagio *pale, male and stale*. Siffatta uniformità risulterebbe talmente radicata da metterne in discussione la genuinità delle decisioni, in quanto espressione di un segmento sociale teso all'autoconservazione ed impermeabile al pluralismo e alla rappresentatività, poiché autoriferito²⁷⁰. Si pensi, ad esempio, al pregiudizio in favore della parte che abbia nominato l'arbitro²⁷¹, ovvero alla tendenza a modulare i costi del lodo in funzione delle risorse economiche delle parti controverse²⁷²; ciò, si badi, non necessariamente in favore della parte economicamente più forte: è stato riscontrato, ad esempio, uno squilibrio nel risarcire la parte economicamente debole della controversia, teso a rafforzare positivamente l'adesione al sistema di risoluzione arbitrale delle controversie Stato-investitore²⁷³.

Sul piano empirico, si è osservato che i venticinque arbitri maggiormente nominati, pur rappresentando circa il 4% degli arbitri in materia d'investimenti, siano stati scelti quali membri di un tribunale arbitrale per circa un terzo delle controversie, nel periodo di riferimento che va dal 1972 al 2016. DI questi, solo due di loro sono donne e soltanto quattro non provengono da nazioni occidentali²⁷⁴. Nel tentativo di ricostruire la fitta rete di rapporti sociali e professionali intessuta nel panorama arbitrale, si è rilevato come vi sia un nucleo duro di arbitri, significativamente influente, ed una cerchia, più ampia, di arbitri relativamente meno influenti in quanto nominati prevalentemente dalla parte attrice ovvero dal convenuto²⁷⁵. Se ciò può far ritenere che la funzione arbitrale, nelle controversie Stato-investitore, sia egemonizzata da una ristretta cerchia di individui, ciò non descrive, invero, che una frazione del problema. Dinamiche non dissimili, infatti, investono altresì l'attività di consulenza legale in materia di investimenti internazionali. Anche in quest'ambito, è possibile individuare una sparuta minoranza di studi legali con sede in nazioni occidentali, circa l'1%, attiva in poco più della metà delle controversie. Curiosamente, gli studi legali extra-occidentali che hanno svolto attività di consulenza giuridica in materia hanno assistito

²⁶⁹ J. PAUWELYN, *The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 781.

²⁷⁰ T. SCHULTZ, *The Ethos of Arbitration*, in T. SCHULTZ, F. ORTINO (eds.) *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 254-259.

²⁷¹ S. PUIG, A. STREZHNEV, *Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach*, in *The Journal of Legal Studies*, 2017, pp. 371-398.

²⁷² S. PUIG, A. STREZHNEV, *Testing Cognitive Bias: Experimental Approaches and Investment Arbitration*, in D. BEHN, O.K. FAUCHALD, M. LANGFORD (eds.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 96-98.

²⁷³ S. PUIG, A. STREZHNEV, *The David Effect and ISDS*, in *The European Journal of International Law*, 2017, p. 759.

²⁷⁴ M. LANGFORD, D. BEHN, R.H. LIE, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 309-310.

²⁷⁵ *Ibid*, pp. 312-313.

esclusivamente Stati ospiti. Specularmente, del ristretto gruppo di studi legali egemoni nell'attività di consulenza, solo una piccola frazione ha assistito, anche solo occasionalmente, uno Stato convenuto²⁷⁶. Dinamiche del tutto sovrapponibili sono riscontrabili altresì nell'attività di consulenza tecnica, con uno squilibrio di genere in sfavore delle donne particolarmente marcato²⁷⁷. D'altro canto, lo studio statistico della diversità geografica relativa alla composizione dei tribunali arbitrali non ha evidenziato un'incidenza significativa sulla qualità e l'indirizzo dei lodi pronunciati²⁷⁸.

Chiarito, dunque, il sostrato da cui emerge la maggior parte degli individui nominati arbitri, occorre ora volgere l'attenzione al quadro convenzionale che l'ICSID pone a tutela della legittimità della funzione arbitrale. Nella Convenzione di Washington, questa è cristallizzata all'art. 14, che pone, quali requisiti per rivestire l'incarico di arbitro ai sensi del meccanismo ICSID, l'indipendenza di giudizio e la reputazione morale, accanto, naturalmente, alle competenze tecniche specifiche, non necessariamente esclusivamente giuridiche. Si tratta, ai sensi dell'art. 40, di requisiti fissati non solo per gli arbitri inseriti negli elenchi stesi dall'ICSID, di cui alla Sezione 4 della Convenzione, bensì anche per coloro che, pur non individuati in tali elenchi, siano nondimeno nominati arbitri. La Convenzione di Washington garantisce effettività all'applicazione di siffatti requisiti quali, in particolare, quello dell'indipendenza degli arbitri, mediante il meccanismo di ricusazione arbitrale, ai sensi dell'art. 57, nonché prevedendo la possibilità che il difetto di indipendenza arbitrale fondi il ricorso per annullamento del lodo arbitrale, ai sensi dell'art. 52²⁷⁹.

Alla base della ricusazione arbitrale, che può essere generalmente richiesta tanto all'atto di nomina degli arbitri quanto nelle more del procedimento arbitrale, si richiede un difetto d'indipendenza manifesto²⁸⁰,

²⁷⁶ *Ibid*, pp. 314-316.

²⁷⁷ *Ibid*, pp. 316-317.

²⁷⁸ M. LANGFORD, D. BEHN, M. USYNIN, *The West and the Rest: Geographic Diversity and the Role of Arbitrator Nationality in Investment Arbitration*, in D. BEHN, O.K. FAUCHALD, M. LANGFORD (eds.), *The Legitimacy of op. cit.*, pp. 283-314.

²⁷⁹ Come si vedrà meglio nel Capitolo II, sezione vii, il ricorso per annullamento fondato sul difetto di indipendenza arbitrale presuppone che siffatto difetto sia già stato sollevato. Si veda: S. LUTTRELL, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*, Alphen van den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 219.

²⁸⁰ Circa l'onere probatorio in ordine al difetto d'indipendenza e, dunque, l'interpretazione del suo carattere manifesto, la prassi arbitrale non è pienamente uniforme. In senso obiettivo, di alta probabilità ed evidenza, si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione del 3 ottobre 2001, par. 20; Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione del 22 ottobre 2007, par. 28, 34; Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione del 12 maggio 2008, par. 29; Tribunale arbitrale ICSID, *EDF International S.A., SAUR International S.A. e León Participaciones Argentinas S.A. c.*

qui intesa quale uno dei requisiti di cui all'art. 14. Quanto alla procedura di ricusazione, la cornice normativa di riferimento è fissata all'art. 58 della Convenzione di Washington, che dispone che siano gli altri membri del tribunale arbitrale a pronunciarsi, purché la domanda di ricusazione non investa un tribunale arbitrale monocratico ovvero la maggioranza dei membri del tribunale arbitrale: in siffatte ipotesi, a pronunciarsi sarà, piuttosto, il Presidente dell'ICSID che, in conseguenza dell'eventuale pronunciata ricusazione, dispone la sostituzione del ricusato. Quanto, invece, al dettaglio della procedura di ricusazione, la disciplina è dettagliata al Capitolo terzo delle *ICSID Arbitration Rules*; ai sensi della regola 22, la domanda di ricusazione, contenente le allegazioni in punto di fatto e di diritto e gli elementi su cui si fonda, dev'essere avanzata entro ventuno giorni dalla data in cui il tribunale arbitrale si è costituito, ovvero dal momento in cui la parte che agisce per la ricusazione ha avuto cognizione, per la prima volta, dei fatti alla base della domanda. Analogamente, parte convenuta può presentare le proprie allegazioni, riguardo la ricusazione richiesta, nel termine di ventuno giorni dalla ricezione della domanda. Quanto all'arbitro ricusato, la regola 22 stabilisce un limitato esercizio di difesa, circoscritto al solo deposito di memorie concernenti informazioni di fatto inerenti alla domanda di ricusazione, nel termine di cinque giorni dal deposito di questa ovvero delle allegazioni di parte convenuta. Si prevede, infine, la possibilità di repliche scritte per le parti. Quanto alla pronuncia in ordine alla domanda di ricusazione, la regola 23 stabilisce un termine ordinario di trenta giorni decorrente dal deposito delle repliche scritte, ovvero dalla notifica al Segretario generale, laddove gli arbitri del Tribunale si riconoscano impossibilitati a decidere sulla ricusazione.

Argentina, n. ARB/03/23, Decisione del 25 giugno 2008, par. 68; Tribunale arbitrale ICSID, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., e Jamie Jurado c. Panama*, n. ARB/06/19, Decisione del 7 settembre 2011, par. 65; Tribunale arbitrale ICSID, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. e ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, ICSID n. ARB/07/30, Decisione del 27 febbraio 2012, par. 56. Sempre in senso obiettivo, inteso qui quale prospettiva ragionevolmente valutabile da un soggetto terzo, purtuttavia apparente e non effettivo, si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela*, n. ARB 12/20, Decisione del 12 novembre 2013, parr. 59-60; Tribunale arbitrale ICSID, *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, n. ARB/08/5, Decisione del 13 dicembre 2013, parr. 79-80. Su una posizione intermedia, riconoscendo per un verso la prospettiva ragionevolmente valutabile da un terzo e, al contempo, il tenore evidente ed obiettivo del difetto, si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Caratube International Oil Company LLP e Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan*, n. ARB/13/13, Decisione del 20 marzo 2014, parr. 57, 89-93. Sul punto, si vedano: J. CRAWFORD, *Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, in D.D. CARON, S.W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY, E. TRIANTAFILOU (eds.) *Practicing op. cit.*, pp. 597-604; B.S. VASANI, S.A. PALMER, *Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2015, pp. 198-207; C. GIORGETTI, *Between Legitimacy and Control: Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, in *George Washington International Law Review*, 2016, pp. 251-252; L. MALINTOPPI, A. YAP, *Challenges Of Arbitrators op. cit.*, pp. 156-157.

Chiarito il funzionamento del meccanismo di ricusazione disegnato nella Convenzione di Washington, occorre osservarne l'effettività nella prassi. Invero, il novero di domande di ricusazione accolte è piuttosto limitato. Parte della dottrina ha evidenziato l'incidenza, sull'ineffettività del sistema, dei requisiti posti dalla Convenzione medesima, troppo rigidi e difficili da sostanziare²⁸¹, ovvero della fitta rete di relazioni personali che unisce il ristretto novero di individui generalmente nominati arbitri²⁸².

Indicativo, in quest'ottica, è il tema dell'indipendenza arbitrale. Si tratta, infatti, di un requisito che è stato trattato in numerose pronunce. Talvolta, è stato interpretato quale criterio distinto dall'imparzialità, in quanto quest'ultima andrebbe intesa quale mancanza di pregiudizio o *favor* nei confronti di una delle parti in giudizio, mentre l'indipendenza si caratterizzerebbe per l'assenza di un controllo esterno, dunque un rapporto effettivo, tra una delle parti e l'arbitro²⁸³. Talaltre, i due concetti sono stati sovrapposti, anche in virtù della finalità ultima che tali requisiti presidiano, ovvero assicurare che il convincimento degli arbitri non si fondi su null'altro che l'oggetto della controversia²⁸⁴. È il caso di osservare che, in dottrina, si è sostenuto che il dualismo caratterizzante i requisiti d'indipendenza ed imparzialità degli arbitri si dirima considerando il primo quale elemento oggettivo ed il secondo quale soggettivo²⁸⁵. D'altro canto, si tratta di concetti che risultano inerentemente vaghi, quantomeno nella misura in cui il contenuto effettivo degli obblighi e d'imparzialità e d'indipendenza non siano puntualmente codificati, anche in ragione delle differenti condotte che possono comportarne la violazione²⁸⁶.

Nell'ottica di una rafforzata legittimazione del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, ciò che forse rileva maggiormente è che, tanto l'imparzialità quanto l'indipendenza arbitrale, oltre ad essere tese a garantire un giusto processo e condizioni di parità delle armi tra i litiganti²⁸⁷,

²⁸¹ C. GIORGETTI, *Challenges Of International Investment Arbitrators: How Does It Work, And Does It Work?*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2013, pp. 316-318.

²⁸² N. RUBINS, B. LAUTERBURG, *Independence, Impartiality and Duty Of Disclosure In Investment Arbitration*, in C. KNAHR, C. KOLLER, W. RECHBERGER, A. REINISCH (eds.), *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, p. 163.

²⁸³ Tribunale arbitrale ICSID, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, n. ARB/12/1, Decisione del 27 febbraio 2013, par. 55;

²⁸⁴ Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Decisione del 3 dicembre 2007, par. 76; *Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. e ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, par. 55.

²⁸⁵ M. KINNEAR, F. NITSCHKE, *Disqualification of Arbitrators Under the ICSID Convention and Rules*, in C. GIORGETTI (ed.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Leiden, Brill, 2015, p. 50.

²⁸⁶ M.N. CLEIS, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*, Leiden, Brill, 2017, pp. 21-22.

²⁸⁷ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Judicial Ethics in International Economic Law: What Standards of Independence and Impartiality Apply to Arbitrators and Panelists?*, in J.

siano altresì percepibili esternamente, così da garantire maggior *accountability* dell'arbitrato medesimo²⁸⁸. E ciò, si badi, nonostante il tenore letterale dell'art. 14 della Convenzione di Washington, che allude esclusivamente all'indipendenza del giudizio. Non dovrebbe, allora, destare troppo stupore che l'art. 8.30 del CETA, rubricato "Norme etiche" ponga anzitutto il tema dell'indipendenza dei componenti del tribunale. Ritenere, infatti, che ciò circoscriva la questione, elidendo il tema dell'imparzialità, implicherebbe una lettura miope della disposizione; è la stessa norma. Infatti, richiamare l'art. 8.44, paragrafo 2, del CETA, il quale prevede l'adozione delegata al Comitato per i servizi e gli investimenti, di un Codice di condotta per i membri del Tribunale, che ne fissi, tra l'altro, gli obblighi di indipendenza ed imparzialità.

Il 29 gennaio 2021, il Comitato ha approvato, con la Decisione n. 1 del 2021, l'adozione di un Codice di condotta per i membri del Tribunale, per i membri dell'Organo d'Appello del Tribunale e per i mediatori. Nel Codice di condotta in questione, conformemente all'art. 8.44 del CETA, l'indipendenza ed imparzialità dei membri del Tribunale è non soltanto un obbligo precipuo, fissato all'art. 4, ma informa altresì i doveri di divulgazione in capo a questi, ai sensi dell'art. 3. Quest'ultimi concernono non soltanto le attività svolte sino a cinque anni dall'assunzione dell'incarico in seno al Tribunale, ma riguardano altresì la costanza dell'attività arbitrale, sì da intendersi quale dovere permanente del membro del Tribunale²⁸⁹.

Inoltre, l'imparzialità del Tribunale, coerentemente allo scopo di una maggior *accountability* del meccanismo di risoluzione delle controversie, è il fine a cui tende il dovere di condotta proba posto all'art. 2 del Codice. Si tratta di un obiettivo così rilevante per il buon funzionamento e la legittimità del Tribunale, da investire i membri non solo nell'esercizio delle funzioni giudicanti, ma anche fin dal momento della candidatura, nonché successivamente al termine dell'incarico di membro del Tribunale. Sotto quest'ultimo profilo, il Codice pone, all'art. 5, specifici doveri successivi alla conclusione dell'incarico di membro del Tribunale, prevedendo un periodo di astensione, di tre anni, da incarichi doppi, ed un più generale divieto in relazione al coinvolgimento professionale sia in controversie pendenti nel corso del proprio mandato sia in controversie connesse a procedimenti su cui ci si è pronunciati in veste di membro della Corte.

Chiarita, dunque, l'interrelazione dei requisiti di indipendenza ed imparzialità richiesti ai membri del Tribunale, occorre osservare che l'art.

JEMIELNIAK, L. NIELSEN, H. PALMER OLSEN (eds.), *Establishing Judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 217–218.

²⁸⁸ Tribunale arbitrale ICSID, *Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Spagna*, n. ARB/13/36, Decisione sull'annullamento dell'11 giugno 2020, par. 239.

²⁸⁹ Si tratta di un'innovazione già prefigurata da tempo in dottrina. Si veda: L. MALINTOPPI, *Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators*, in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of cit.*, p. 825.

8.30 del CETA riempie di contenuto tali obblighi non soltanto mediante il rinvio al Codice di condotta cui si è fatto cenno, ma anche specificando ulteriormente i doveri che sostanziano l'indipendenza richiesta ai membri. Anzitutto, si esclude l'affiliazione governativa dei membri del Tribunale, fatta salva la possibilità che questi siano remunerati dallo Stato. Si tratta di un'eccezione che trova la sua *ratio* nella possibilità che a rivestire il ruolo di membro del Tribunale possano essere professori universitari esperti di diritto internazionale degli investimenti. Del resto, l'indipendenza dalle parti del trattato è ulteriormente garantita dal divieto di "istruzioni da organizzazioni o governi in relazione a questioni attinenti alla controversia".

A ciò si riconnette l'ulteriore divieto di conflitti d'interesse, siano essi diretti od indiretti, rafforzato dall'obbligo di conformarsi agli orientamenti in materia fissati dall'*International Bar Association (IBA)*, nonché dalle disposizioni del Codice di condotta per i membri del Tribunale. Di nuovo, come riguardo il requisito dell'imparzialità, il dovere di evitare conflitti d'interesse diretti od indiretti è posto all'art. 4, ma caratterizza altresì i doveri di divulgazione di cui all'art. 3. Ciò che qui è forse importante evidenziare, è la scelta delle parti del trattato di incorporare gli orientamenti dell'IBA e, dunque, delle *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, del 23 ottobre 2014. Attraverso tale rinvio, infatti, si riempie di contenuto il concetto di conflitto d'interesse, in quanto le *Guidelines* dell'IBA dettano tanto degli *standard* generali di condotta, quanto delle disposizioni circa la loro applicazione. Sotto quest'ultimo profilo, vi è una gradazione in ordine alla valutazione delle situazioni di conflitto d'interesse e alle conseguenze che da queste discendono: situazioni che non possono essere sciolte, in ragione della loro gravità, ovvero soggette e al dovere di divulgazione e al consenso delle parti controverse (*Red List*); situazioni in ordine alle quali è posto il solo dovere di divulgazione, fatta salva l'ipotesi di obiezioni, sollevate da una delle parti nei termini, in ordine a possibili dubbi circa l'imparzialità ovvero indipendenza arbitrale discendenti da dette situazioni (*Orange List*); situazioni ritenute insufficientemente significative per l'eventuale ovvero attuale insorgere di conflitti d'interesse e, pertanto, escluse da qualsiasi dovere di divulgazione (*Green List*). In ogni caso, è bene evidenziare che ciascuna di queste liste non sia esaustiva, sicché si può ritenere che le medesime assolvano, inoltre, una funzione orientativa allo scopo di valutare la gravità di situazioni di conflitto d'interesse non elencate nelle *Guidelines*²⁹⁰. Indubbiamente, l'incorporazione degli orientamenti dell'IBA, determinata dall'art. 8.30 del CETA, è un'innovazione di non poco conto nel panorama del diritto internazionale degli investimenti, in quanto ne rende vincolante il contenuto, sin qui limitato dalla loro natura di *soft law*²⁹¹. Resta, tuttavia, il

²⁹⁰ N. VOSER, A.M. PETTI, *The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 2015, pp. 7-34.

²⁹¹ Nella prassi arbitrale, infatti, i riferimenti agli orientamenti IBA in materia di conflitto d'interesse non hanno mai fondato una decisione sulla ricusazione degli arbitri, fungendo

tema del coordinamento effettivo tra le disposizioni dettate nel Codice di condotta per i membri del Tribunale e le *Guidelines* dell'IBA.

A tal riguardo, bisogna considerare altresì come l'art. 8.30 comprenda ulteriori indicazioni riguardo specifiche condotte, anch'esse foriere di conflitti d'interesse. La norma, nel fissare l'obbligo, per i membri del Tribunale, di astenersi "dall'agire in qualità di consulenti o di esperti o testimoni di parte in qualunque controversia in materia di investimenti", tanto antecedente all'accordo quanto successiva ed indipendentemente dal fatto che la controversia riguardi specificamente i trattamenti di protezione fissati dal CETA, articola ulteriormente la questione dell'imparzialità ed indipendenza del Tribunale. Ciò, tuttavia, nei limiti di un'individuazione solo parziale dei possibili doppi incarichi dai quali astenersi, temperata invero dagli obblighi di divulgazione dipendenti tanto dalle *Guidelines* IBA quanto dal Codice di condotta per i membri del Tribunale. La scelta delle parti di intervenire sulla *vexata quaestio* dei doppi incarichi²⁹², in qualità sia di arbitri sia di consulenti di parte, infatti, trova fondamento nelle conseguenze che tale fenomeno determina sulla scarsa legittimità e trasparenza percepite del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Non si tratta, si badi, di una problematica che riguarda esclusivamente la sfera dell'opinione pubblica, bensì di una dinamica ricorrente, nelle controversie Stato-investitore, con un'incidenza tale da non consentire di ritenere marginale il fenomeno²⁹³.

A corollario dei doveri etici posti, l'art. 8.30 del CETA dispone circa la riconsiliazione e la destituzione di un membro del Tribunale. Riguardo la prima, la norma stabilisce, in favore tanto dell'investitore straniero attore

piuttosto come strumento meramente orientativo e non vincolante. Si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. Gabon*, n. ARB/08/17, Decisione del 12 novembre 2009, par. 24; Tribunale arbitrale ICSID, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucraina*, n. ARB/07/16, Decisione del 19 marzo 2010, par. 56; Tribunale arbitrale ICSID, *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, n. ARB/07/26, Decisione del 12 agosto 2010, par. 37; Tribunale arbitrale ICSID, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., e altri c. Venezuela*, n. ARB/10/5, Decisione del 23 dicembre 2010, par. 41; Tribunale arbitrale ICSID, *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. Venezuela*, n. ARB/10/9, Decisione del 20 maggio 2011, par. 74; *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, par. 69; Tribunale arbitrale ICSID, *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. e Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. Venezuela*, n. ARB/12/21, Decisione motivata del 28 marzo 2016, par. 34. Si veda, inoltre: J. NG, *When the Arbitrator Creates the Conflict: Understanding Arbitrator Ethics through the IBA Guidelines on Conflict of Interest and Published Challenges*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2015, pp. 23-42.

²⁹² Sull'inopportunità dei doppi incarichi, si veda: P. SANDS, *Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: Ethical standards for counsel*, in C. BROWN, K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 31-32.

²⁹³ M. LANGFORD, D. BEHN, R.H. LIE, *The Ethics and Empirics of Double Hatting*, in *ESIL Reflections*, 2017, pp. 1-12; D. BEHN, M. LANGFORD, L. LÉTOURNEAU-TREMBLAY, *Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2020, pp. 188-250.

quanto dello Stato ospite convenuto, il diritto di agire per la riconsazione del membro del Tribunale ove ritenuto in una situazione di conflitto d'interesse. La riconsazione si avvia mediante invito da inviare al Presidente della Corte internazionale di giustizia, "entro 15 giorni dalla data in cui la composizione della divisione del tribunale è stata comunicata alla parte della controversia, o entro 15 giorni dalla data in cui tale parte è venuta a conoscenza dei fatti in questione, qualora questi ultimi non potessero ragionevolmente essere conosciuti al momento della composizione". Nei quindici giorni successivi all'avviso della riconsazione, il membro del Tribunale riconsato può dimettersi volontariamente. Ove ciò non avvenga, il Presidente della Corte internazionale di giustizia, sulla base delle comunicazioni in merito depositate dalle parti controverse, nonché delle osservazioni del membro del Tribunale, si pronuncia in ordine alla richiesta di riconsazione, nel termine di quarantacinque giorni dall'avviso.

Si tratta di una procedura piuttosto snella, concepita per una risoluzione rapida delle possibili situazioni di conflitto d'interesse, che tuttavia presenta alcune criticità. Si pensi, ad esempio, alle comunicazioni circa la riconsazione che le parti controverse possono depositare. Assunto che il potere d'iniziativa per la riconsazione risieda in capo a ciascuna parte, si intuisce un dovere d'informazione rispetto alla controparte, su cui tuttavia la norma è silente. Si potrebbe immaginare che possa essere il Presidente della Corte internazionale di giustizia ad informare la controparte ed il membro del Tribunale riconsato, ovvero che tale dovere gravi sulla parte che deposita l'avviso di riconsazione. D'altra parte, l'articolo 8.30 del CETA non chiarisce se il termine fissato per la pronuncia della decisione e relativa notifica, da parte del Presidente della Corte di giustizia internazionale abbia o meno carattere perentorio, sì da invalidarne il contenuto. Si tratta, in ogni caso, di un meccanismo votato a garantire maggior indipendenza e terzietà, in quanto la decisione in ordine alla domanda di riconsazione, contrariamente alla procedura prefigurata nel sistema ICSID, viene demandata ad un soggetto terzo, pertanto scevro di connessioni con i membri del Tribunale²⁹⁴.

Quanto, invece, alla destituzione di un membro del Tribunale, la norma postula, per l'esercizio di tale potere, che questi abbia tenuto condotte incompatibili con gli obblighi di imparzialità ed indipendenza, dunque "con la sua permanenza in qualità di membro del Tribunale". Due sono le ipotesi di destituzione previste: in virtù di una raccomandazione motivata del Presidente del Tribunale, ovvero su iniziativa congiunta delle parti del trattato, esperita attraverso una decisione del Comitato misto CETA.

²⁹⁴ Si tratta di una scelta che incontra le critiche poste al sistema ICSID e non dissimile dalle ipotesi di riforma della riconsazione, ai sensi della Convenzione di Washington, profilate in dottrina. Sul punto, si vedano: B.S. VASANI, S.A. PALMER, *Challenge and Disqualification op. cit.*, pp. 212-213. C. GIORGETTI, *Between Legitimacy and Control op. cit.*, pp. 251-252 245-246.

Vale la pena di notare come si profili uno scarto di effettività con riferimento ad iniziative di riforma analoghe, segnatamente il Progetto di codice di condotta per gli arbitri (*Draft Code of Conduct for Arbitrators*) elaborato dal *Working Group III* dell'UNCITRAL. Sotto il profilo degli obblighi posti in capo agli arbitri, il Progetto di codice di condotta UNCITRAL, approvato nell'aprile 2023, appare piuttosto vicino alle disposizioni emergenti dal combinato disposto del Codice di condotta CETA e le *Guidelines* dell'IBA, soprattutto con riferimento agli obblighi di divulgazione e alla disciplina dei doppi incarichi. Tuttavia, il Progetto di codice di condotta UNCITRAL difetta di un efficace meccanismo di applicazione: questa è, invero, destinata ad essere integrata, su base volontaria, nel contesto delle differenti procedure arbitrali esistenti, con l'evidente rischio di difformi e frammentarie interpretazioni degli obblighi posti dal codice²⁹⁵. Si può dunque ritenere che, complessivamente, l'art. 8.30 del CETA integri non soltanto le istanze emerse nel dibattito in ordine alla riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, orientandolo verso una maggiore terzietà, ma che cerchi altresì di garantire effettività alle innovazioni apportate dall'accordo, sì da rafforzarne nel complesso la legittimità anche sotto un profilo sostanziale.

II.vi *L'istituto dell'amicus curiae e gli articoli 8.38 ed 8.36 del CETA*

Lo stretto collegamento tra tutela dell'interesse pubblico e legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore non si manifesta esclusivamente nell'accresciuto presidio del perimetro regolamentare dello Stato ospite, ma anche nelle forme di partecipazione garantite *lato sensu* alla collettività. Sotto questo profilo, l'istituto dell'*amicus curiae* ha assunto un rilievo significativo. Si tratta, infatti, di un istituto che consente di offrire rappresentanza ad interessi e soggettività che, tradizionalmente, sono posti al di fuori del dualismo tipico dell'arbitrato degli investimenti²⁹⁶. E ciò, nonostante gli alterni esiti delle controversie in materia d'investimenti

²⁹⁵ C. GIORGETTI, *The Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement: A Low-hanging Fruit in the ISDS Reform Process*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, pp. 183-189.

²⁹⁶ B. CHOUDHURY, *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, p. 827; M.E. FOOTER, *Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, in *Michigan State International Law Review*, 2009, pp. 46-47. *Contra*, ritenendo l'istituto dell'*amicus curiae* insufficiente a raggiungere tali obiettivi, perlomeno nella sua concezione tradizionale, si veda: P. WIELAND, *Why the Amicus Curia Institution is Ill-Suited to address Indigenous People's Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the Right of Intervention*, in *Trade, Law and Development*, 2011, pp. 334-366.

internazionali possano riverberarsi su tali interessi e soggettività²⁹⁷. Se, successivamente alle modifiche del 2006, il regolamento per i procedimenti arbitrali ICSID è stato modificato, nel primo luglio del 2022, includendo previsioni specifiche in tema di intervento del terzo²⁹⁸, non può tuttavia trascurarsi come ciò sia il frutto di una sensibilità affermatasi progressivamente nel tempo, legata alla natura pubblicistica delle controversie Stato-investitore²⁹⁹.

I primordi di tali sviluppi sono ormai risalenti, nella prassi arbitrale³⁰⁰, eppure segnano l'evidenza di quanto il tema della partecipazione del terzo, quale strumento di tutela dell'interesse generale, si sia posto in termini sempre più concreti³⁰¹. È prendendo le mosse da tali casi che la questione si è imposta, nella prospettiva sia delle sue ricadute sul piano della riservatezza ovvero delle implicazioni in termini di trasparenza procedimentale, non solo nella prassi³⁰², ma anche in dottrina³⁰³, oltre che di un miglioramento qualitativo dei lodi arbitrali attraverso una presa in considerazione rafforzata

²⁹⁷ Si tratterebbe di un vizio connaturato al diritto internazionale degli investimenti tradizionale. Si veda: S. NAPPERT, N. TUZHELIK, *Politics of Public Participation in Investment Arbitration*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, A. KENT (eds.) *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, pp. 402, 405.

²⁹⁸ Ci si riferisce, qui, alle regole 67 e 68, rispettivamente relative all'intervento di soggetti terzi alla controversia e di parti del trattato d'investimento rilevante non coinvolte nella controversia. Si tratta di una modifica che avvicina l'istituto a quelle che sono le modalità codificate, tra l'altro, proprio nel CETA.

²⁹⁹ T. ISHIKAWA, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 394.

³⁰⁰ Nel contesto del Regolamento UNCITRAL, si vedano: Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Methanex c. Stati Uniti d'America*, Decisione circa le istanze per intervenire quali amici curiae del 15 gennaio 2001, par. 47-52; Tribunale arbitrale ICSID, *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, n. UNCT/02/1, Decisione del Tribunale circa le istanze per l'intervento e partecipazione quali amici curiae del 17 ottobre 2001, par. 59-70. Inoltre, si veda: P. DUMBERRY, *The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investors-States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings*, in *Non-State Actors and International Law*, 2001, pp. 201-214. Nel contesto della Convenzione di Washington, si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Ordinanza in risposta all'istanza per la partecipazione in qualità di amicus curiae del 19 maggio 2005, par. 10-23.

³⁰¹ J.A. VANDUZER, *Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation*, in *McGill Law Journal*, 2007, p. 720.

³⁰² Tribunale arbitrale ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania*, n. ARB/05/22, Ordinanza procedurale del 29 settembre 2006, par. 148 ss.

³⁰³ C. KNAHR, *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2007, pp. 327-356; J. JEMIELNIAK, *Pressure for Transparency and the Use of Arbitration Mechanisms in International Economic Dispute Resolution*, in G.Z. CAPALDO (ed.), *Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence 2015*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 266.

dell'interesse pubblico³⁰⁴. Del resto, non può tacersi che si sia andato addensando³⁰⁵, seppur non univocamente³⁰⁶, un orientamento arbitrale favorevole all'intervento in qualità di *amicus curiae*³⁰⁷. Quest'indirizzo della prassi, quantomeno relativamente a soggetti rappresentativi della cosiddetta società civile³⁰⁸, parrebbe far perno proprio sull'interesse pubblico soggiacente all'intervento, inteso quale interesse altro tanto rispetto a quello statutale quanto rispetto a quello dell'investitore, suscettibile di arricchire la cognizione del tribunale arbitrale³⁰⁹.

L'introduzione delle regole di trasparenza UNCITRAL, nel 2014, che inseriscono la disciplina dell'intervento del terzo, sia esso un soggetto portatore d'interessi generali e diffusi ovvero una parte del trattato di investimento di riferimento non coinvolta nella controversia, cristallizza il portato di questi sviluppi e riflessioni, saldando il tema della partecipazione, in quanto strumento di legittimazione complessiva del sistema³¹⁰, a quello

³⁰⁴ E. LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2011, pp. 217-219. *Contra*, ritenendo la potenziale non terzietà del soggetto, che interviene in qualità di *amicus curiae*, pregiudizievole per l'adeguata cognizione dell'interesse pubblico rilevante nella controversia, si vedano: A.K. BJORKLUND, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, in *Penn State Law Review*, 2009, pp. 1292-1293; L. BASTIN, *Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends*, in *Arbitration International*, 2014, pp. 135-137.

³⁰⁵ A. KENT, T. GAZZINI, E. DE BRABANDERE, *Public Participation in International Investment Law: Setting the Scene*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, A. KENT (eds.) *Third Party Participation cit.*, p. 5.

³⁰⁶ Tribunale arbitrale ICSID, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, n. ARB/02/3, Lettera dal Presidente quale risposta all'istanza per lo status di *amicus* del 29 gennaio 2003; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, n. UNCT/10/2, Ordinanza procedurale n. 2 circa la partecipazione di una parte non coinvolta dell'11 ottobre 2011, par. 14 e ss.

³⁰⁷ Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d'America*, Decisione sull'istanza ed allegazione della Nazione indiana Quechan del 16 dicembre 2005, par. 10-15; Tribunale arbitrale ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli e altri c. Sudafrica*, n. ARB(AF)/07/1, Lodo del 4 agosto 2010; Tribunale arbitrale ICSID, *Pacific Rim Cayman LLC c. El Salvador*, n. ARB/09/12, Ordinanza procedurale n. 8 del 23 marzo 2011; Tribunale arbitrale ICSID, *Electrabel S.A. c. Ungheria*, n. ARB/07/19, Ordinanza procedurale n. 1 del 19 novembre 2008, par. 4.c.

³⁰⁸ Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Resolute Forest Products Inc. c. Canada*, n. 2016-13, Ordinanza procedurale n. 6 del 29 giugno 2017, par. 4.7.

³⁰⁹ E. DE BRABANDERE, *NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, pp. 105-106; S. FACCIO, *Public Participation in Arbitral Proceedings*, in E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, A. KENT (eds.) *Third Party Participation cit.*, pp. 295-299.

³¹⁰ A. TANZI, *Controversial Developments in the Field of Public Participation in the International Environmental Law Process*, in P.M. DUPUY, L. VIERUCCI (eds.), *NGOs in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 137-140; F. ORTINI, *The Impact of Amicus Curiae Briefs in the Settlement of Trade and Investment Disputes*, in K.M. MESSEN (ed.), *Economic Law as an Economic Good*, Monaco, Sellier, 2009, pp. 315-317.

della divulgazione e pubblicità delle informazioni inerenti le controversie in materia d'investimento³¹¹.

Nel CETA, l'intervento del terzo, piuttosto che dell'*amicus curiae*, trova un inquadramento differente in funzione del soggetto titolato ad intervenire nel procedimento. Si tratta, invero, di una distinzione affatto nuova³¹², sebbene di scarso rilievo nella prassi arbitrale³¹³. Il trattato eurocanadese, infatti, riconosce la possibilità d'intervento in qualità di *amicus curiae*, prevedendone tuttavia, ai sensi dell'art. 8.38 del CETA, una modalità privilegiata di intervento, laddove a produrre allegazioni in giudizio sia l'altra parte del trattato non coinvolta nella controversia, dunque lo Stato nazionale dell'investitore straniero che abbia azionato le proprie pretese innanzi il Tribunale.

Procedendo ordinatamente, occorre anzitutto esaminare la disciplina più generale dell'intervento del terzo nel CETA, rintracciabile al paragrafo primo dell'art. 8.36 del trattato. La norma, che disciplina il tema della trasparenza procedimentale, incorpora nel *corpus* dell'accordo le cosiddette norme di trasparenza UNCITRAL, così come emendate dal resto del Capitolo 8 del trattato. Oltre a normare la pubblicità del procedimento, sin dal suo incardinarsi fino alla pubblicazione della sentenza definitiva, prevedendo tra l'altro che le udienze siano pubbliche, le norme di trasparenza UNCITRAL contengono, inoltre, la disciplina relativa all'intervento del terzo, segnatamente agli articoli 4 e 5. Si tratta di due disposizioni tra loro complementari, poiché se l'art. 4 concerne l'intervento di un soggetto alieno alla controversia, l'art. 5 investe invece le allegazioni della parte del trattato che non sia tuttavia parte controversa.

Ebbene, prevedendo l'art. 8.36 del CETA l'applicazione delle norme di trasparenza UNCITRAL come modificate dal capitolo 8 dell'accordo

³¹¹ M. GEHRING, D. EULER, *Public Interest in Investment Arbitration*, in D. EULER, M. GEHRING, M. SCHERER (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 27. In particolare, relativamente i requisiti di maggior indipendenza dell'*amicus curiae*, anche in termini economici, l'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL sembra riflettere talune elaborazioni dottrinali. Si veda: K. FACH GÓMEZ, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, pp. 556 e ss.

³¹² L'intervento del terzo, in quanto parte del trattato d'investimento rilevante e tuttavia non coinvolto nella controversia, ovvero in quanto portatore di un peculiare interesse generale e diffuso, si riscontra nell'esperienza negoziale nordamericana. Si vedano: E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 164; L. MALINTOPPI, H. HAERI, *The Non-Disputing State Party in Investment Arbitration: An Interested Player or the Third Man Out?*, in D.D. CARON, S.W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY, E. TRIANTAFILOU (eds.) *Practicing Virtue cit.*, p. 565.

³¹³ L. CREMA, *Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 94.

stesso, ne consegue che le disposizioni di cui all'art. 5, riguardanti l'intervento della parte del trattato non coinvolta nella controversia, non trovino applicazione, in quanto emendate dall'art. 8.38 del trattato eurocanadese. Per converso, l'intervento dell'*amicus curiae*, inteso quale soggetto estraneo alla controversia Stato-investitore e tuttavia non parte del trattato d'investimenti di riferimento, sia precisamente quella posta all'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL.

Nel dettaglio, l'art. 4 di quest'ultime prevede che l'intervento in qualità di *amicus curiae* sia prodotto in forma scritta, successivamente all'approvazione del Tribunale e previa consultazione con le parti controverse, limitandosi, *ratione materiae*, a concernere necessariamente uno dei segmenti della controversia. A questo fine, il terzo espone la sua posizione, in forma scritta, indicando succintamente: la descrizione del soggetto che intende intervenire nella controversia, con particolare cura circa l'inquadramento giuridico dell'*amicus curiae* laddove si tratti di un'organizzazione, nonché dei suoi fini sociali, delle sue attività e delle eventuali organizzazioni ad essa riconducibili; l'indicazione in ordine a qualsiasi legame, diretto ovvero indiretto, con una delle parti controverse; la divulgazione di ogni eventuale assistenza ricevuta, anche di natura economica, ovvero di ogni "assistenza sostanziale" di cui abbia goduto, nei due anni antecedenti l'intervento; l'indicazione dell'interesse specifico dell'*amicus curiae* relativo alla materia controversa ed i profili, in punto di fatto e di diritto, su cui intende intervenire. Successivamente alla presentazione di istanza di terzo, il Tribunale deve pronunciarsi circa l'autorizzazione dell'intervento, tenendo a tal fine in considerazione sia l'interesse di cui è titolare l'*amicus curiae*, sia la qualità dell'apporto che tale intervento può addurre rispetto alla trattazione dei punti di fatto e di diritto su cui questa insiste, in special modo quale prospettiva terza e rafforzata rispetto a quella delle parti controverse. In ogni caso, il contenuto dell'istanza di intervento del terzo autorizzato si caratterizza per essere necessariamente asciutto e conciso, poiché circoscritto ai temi per i quali è consentita dal Tribunale, atteso che è dovere di quest'ultimo garantire che dall'intervento non discenda una dilazione ovvero un indebito appesantimento del procedimento. La norma prevede, infine, il diritto di replica delle parti controverse sulle allegazioni dell'*amicus curiae*, inteso quale opportunità ragionevole di produrre osservazioni riguardo il contenuto dell'intervento del terzo autorizzato.

L'intervento del terzo, parte del trattato, è invece disciplinato nel dettaglio all'art. 8.38 del CETA, rubricato "parte non coinvolta nella controversia". La disposizione regola tanto l'accesso alle informazioni inerenti alla controversia, quanto le modalità di allegazione in qualità di terzo, limitate *ratione materiae* all'interpretazione del trattato. Sotto il profilo informativo, la norma fissa due ordini di obblighi in capo alla parte convenuta, elencando esaustivamente tutti gli atti che devono essere resi disponibili alla parte non coinvolta. Il primo discende direttamente dall'incardinarsi della

controversia: nel termine di trenta giorni dalla ricezione della domanda ovvero, nell'ipotesi che la materia controversa attenga informazioni riservate o protette, dall'esito del procedimento, il convenuto deve trasmettere alla parte non coinvolta "la richiesta di consultazioni, la richiesta di determinazione del convenuto, l'avviso di determinazione del convenuto, la domanda presentata a norma dell'articolo 8.23, la richiesta di riunione dei procedimenti e qualsiasi altro documento allegato a tali documenti". Si tratta, dunque, di ogni documentazione utile ad inquadrare gli elementi essenziali della controversia³¹⁴.

Accanto a quest'obbligo informativo, l'art. 8.38 del CETA ne pone uno ulteriore, che tuttavia sorge dall'iniziativa della parte non coinvolta. Su richiesta di questa, infatti, il convenuto deve altresì trasmettere gli atti processuali di parte, le allegazioni relative ad eventuali interventi dell'*amicus curiae* ai sensi dell'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL, i verbali ovvero le trascrizioni delle udienze, ogni provvedimento decisorio relativo alla controversia nonché, a spese della parte non coinvolta, gli elementi di prova richiesti che non siano già pubblici.

La natura, come accennato, privilegiata dell'intervento della parte non coinvolta, emerge dunque non solo dal differente tenore degli obblighi informativi prodromici all'esercizio del diritto d'intervenire, ma altresì dall'obbligo, per il Tribunale, di accoglierne le allegazioni, tanto orali quanto scritte. In altri termini, se l'eventuale intervento del terzo, di cui all'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL, è rimesso alle valutazioni di opportunità del Tribunale, che può dunque anche rifiutarsi di accoglierne l'istanza, lo stesso non può dirsi laddove ad intervenire sia la parte non coinvolta. A rafforzare il *favor* eurocanadese nei confronti di quest'ultima forma di intervento è l'ulteriore potere, per il Tribunale, di sollecitare la parte non coinvolta ad intervenire, qualora questa non abbia proceduto in tal senso. Si tratta, in ogni caso, di un'ipotesi limitata alle sole allegazioni utili a chiarire possibili dubbi interpretativi attinenti disposizioni del trattato rilevanti nella controversia. Il tenore potenzialmente dirompente di tale previsione è però stemperato dalla previsione che, laddove la parte non coinvolta non intervenga, anche nell'ipotesi in cui sia stata sollecitata a farlo, ciò non costituisce una condotta utile ad orientare il Tribunale circa la propria decisione sull'interpretazione del trattato. In ogni caso, anche rispetto l'intervento della parte non coinvolta è previsto, ai sensi del paragrafo quarto dell'art.8.38 del CETA, il diritto per le parti controverse di produrre osservazioni in ordine all'intervento.

In linea generale, si tende a considerare che, attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*, tanto la parte non coinvolta, quanto soggetti portatori d'interessi generali e diffusi, possano utilmente orientare l'inquadramento

³¹⁴ Il novero di atti disponibili, senza che vi sia una richiesta della parte non coinvolta, appare, invero, più restrittivo rispetto a quanto previsto all'art. 3 delle norme di trasparenza UNCITRAL.

della singola controversia sotto una luce differente, in un'ottica di rinnovata equità del meccanismo³¹⁵. E ciò, a dispetto del rilievo marginale che le allegazioni del terzo, soprattutto in termini di implicazioni riconducibili alla protezione dei diritti umani, hanno avuto sulle determinazioni arbitrali nella prassi³¹⁶. Questo dipenderebbe, invero, dal diverso apprezzamento arbitrale delle osservazioni del terzo, in funzione della loro connessione o meno ad argomenti già spesi dalle parti: nell'architettura complessiva dei lodi arbitrali, infatti, le allegazioni dell'*amicus curiae* hanno solitamente assunto una funzione suppletiva, a maggior conforto di argomentazioni già utilizzate da una delle parti controverse, restando altrimenti fuori dalle motivazioni della pronuncia³¹⁷. Tuttavia, questo non ridimensiona l'indubbia incidenza che l'istituto ha avuto nel consentire l'emersione di temi connessi alla tutela dei diritti umani nel contesto dell'arbitrato internazionale in materia d'investimenti, a questi tradizionalmente estraneo³¹⁸. Di conseguenza, si può certamente concordare con chi, in dottrina, ritiene che l'approccio eurocanadese all'istituto in questione sia teso alla ricerca di un contemperamento tra l'economia procedurale e la trasparenza, da un lato, e tra la protezione della riservatezza e la tutela dell'interesse pubblico, dall'altro³¹⁹. Si pensi, del resto, a come l'istituto si inserisca in una disciplina della trasparenza che, ai sensi dell'art. 8.36 del CETA, paragrafo quinto, estende quanto disposto all'art. 6 delle norme di trasparenza UNCITRAL, prevedendo la pubblicità delle udienze quale norma generale, fatta salva l'ipotesi in cui il principio di trasparenza sia limitato laddove, in udienza, si trattino informazioni riservate ovvero protette. Anche in quest'evenienza, l'udienza resta pubblica e solo il segmento concernente informazioni non divulgabili dev'essere protetto. Ciò, unitamente alle disposizioni UNCITRAL in materia di pubblicazione dei documenti e delle informazioni all'avvio del

³¹⁵ N. BUTLER, *Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?*, in *Netherlands International Law Review*, 2019, p. 148. Tuttavia, occorre evidenziare che non esistono criteri uniformi circa la determinazione della differente prospettiva offerta dall'*amicus curiae*. Si veda: G. BORN, S. FORREST, *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, pp. 646-648.

³¹⁶ S. SCHADENDORF, *Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations*, in *Transnational Dispute Management*, 2013, pp. 15-23.

³¹⁷ A. KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 258-259, 272-276; G.M. FARNELLI, *Amicus Curiae*, in D. MANTUCCI (ed.), *L'arbitrato negli Investimenti cit.*, pp. 608-609.

³¹⁸ F. FRANCONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 741; H.L. BRAY, *ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014, pp. 474-83.

³¹⁹ J. LAM, G. ÜNÜVAR, *Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, pp. 798-799.

procedimento, così come ampliate dall'art. 8.36 del CETA, realizza un quadro di trasparenza ed accessibilità delle informazioni che consente all'*amicus curiae* di produrre allegazioni qualitativamente migliori³²⁰.

D'altro canto, la mera incorporazione dell'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL, fatta salva l'innovatività dell'art. 8.38 del CETA, se per un verso contribuisce al consolidamento dell'istituto dell'*amicus curiae* quale istituto caratterizzante il diritto internazionale degli investimenti contemporaneo, e dunque della partecipazione della società civile nelle controversie Stato-investitore³²¹, per altro verso non supera l'ostacolo ad una più piena protezione dell'interesse pubblico insito nella discrezionalità del Tribunale circa l'accoglimento dell'istanza d'intervento del terzo³²². In compenso, l'intervento ai sensi dell'art. 8.38 del trattato, in forza della sua dimensione ad un tempo obbligatoria e circoscritta agli aspetti interpretativi del CETA emergenti in una controversia, parrebbe ridimensionarne l'uso strumentale al presidio di interessi sovrani³²³. Piuttosto, sembrerebbe confermare ulteriormente l'intenzione delle parti del trattato di conservare un forte controllo interpretativo sulle disposizioni materiali in tema di protezione degli investimenti stranieri. In altre parole, lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti, nel modello eurocanadese, non può non procedere dalla primazia della volontà delle parti, piuttosto che dall'attività interpretativa del meccanismo "giurisdizionalizzato" di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

II.vii *L'introduzione di un meccanismo d'appello alla luce dei limiti dell'annullamento ICSID e l'articolo 8.28 del CETA*

Anche il dibattito intorno all'idea di costituire un meccanismo d'appello, per la revisione nel merito dei lodi arbitrali in materia d'investimenti internazionali, è ormai risalente. Si inserisce, infatti, tra i possibili correttivi

³²⁰ Il tema della cornice normativa concernente la trasparenza e pubblicità delle informazioni procedurali, ai fini dell'effettività dell'*amicus curiae*, è stato trattato in dottrina. Si è osservato, infatti, che laddove l'intervento del terzo non si inserisca in un contesto di adeguata pubblicità ed informazione, vi sarebbe il rischio di accrescere, piuttosto che ridurre, il difetto di legittimità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Ciò in quanto l'intervento dell'*amicus curiae* finirebbe per avere una limitata incisività, poiché costruito senza un'adeguata informazione circa la materia controversa. Si veda: K. MIKADZE, *Uninvited Guests: NGOs, Amicus Curiae Briefs, and the Environment in Investor-State Dispute Settlement*, in *Journal of International Law and International Relations*, 2016, p. 35 ss.

³²¹ È attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*, infatti, che si è superata la dicotomia tradizionale delle controversie in materia di investimenti internazionali, aprendo le porte alla società civile. Si veda: F. FRANCONI, *Access to Justice cit.*, p. 742.

³²² In termini generali sulla questione, si veda: M.B. AYAD, *The Quest for the Holy Grail of Social Justice: Substantive & Procedural Law Provisions for Amicus Curiae in Investor-State ICSID Arbitration Law & Practice*, in *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, pp. 17-29.

³²³ S. FACCIO, *Public Participation cit.*, pp. 302-303.

alle conriche criticità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, con riferimento, in particolare, al *deficit* di legittimità istituzionale e alla contraddittorietà della *jurisprudence* arbitrale. In dottrina, si è talora evidenziata l'inevitabile necessità, di istituire un meccanismo di questo tipo, oltre all'apparente dicotomia tra l'effettività delle pronunce arbitrali e la loro correttezza giuridica che potrebbe determinare³²⁴, soprattutto al fine di perseguire una maggior coerenza e legittimità delle decisioni³²⁵, anche in virtù della persuasività che gli orientamenti promananti da un meccanismo d'appello avrebbe rispetto alla generalità dei tribunali arbitrali *ad hoc*³²⁶. Talaltra, nella prospettiva regionale americana, si sono evidenziati i limiti da superare al fine della costituzione di un meccanismo d'appello; in particolare, quelli connaturati al sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, segnatamente la necessaria modifica sia degli accordi internazionali bilaterali in materia, sia, in caso di clausole arbitrali che rinviino alla Convenzione di Washington, degli obblighi derivanti da quest'ultima³²⁷.

Del resto, la dottrina si è mostrata piuttosto scettica in ordine alla possibilità di introdurre un meccanismo d'appello nel contesto del sistema ICSID³²⁸. D'altro canto, occorre dare succintamente conto del fatto che lo stesso Segretariato ICSID, già nel 2004, ha elaborato una proposta relativa ad una forma, mitigata, d'appello. Si tratta di una *Appeals Facility* che potrebbe essere istituita attraverso un atto d'adozione specifico da parte del Consiglio amministrativo ICSID, che ne definisca le regole operative, atteso che la possibilità di ricorrere all'*Appeals Facility* sarebbe, in ogni caso, subordinata ad un trattato specifico che preveda questa possibilità, introducendo dunque una modifica, *inter partes*, alla Convenzione di Washington; si tratterebbe, infatti, di derogare a quanto disposto all'art. 53, paragrafo primo, della Convenzione, restando nel solco del dettato dell'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, piuttosto che, ai sensi dell'art. 66 della Convenzione di Washington, ricercare il consenso di tutti gli Stati parte alla modifica multilaterale dell'accordo. Nella proposta del Segretariato ICSID, l'*Appeals Facility* avrebbe cognizione in ordine ai ricorsi relativi a gravi

³²⁴ I. LAIRD, R. ASKEW, *Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, 2005, pp.285-302;

³²⁵ A. BUCHER, *Is There a Need to Establish a Permanent Reviewing Body?*, in *The Review of International Arbitration Awards*, 2008, 285-296.

³²⁶ I.M. TEN CATE, *International Arbitration and The Ends of Appellate Review*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2012, p. 1147.

G. BOTTINI, *Reform of the Investor-State Arbitration Regime: The Appeal Proposal*, in J.E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 467-468.

³²⁷ D.A. GANTZ, *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, pp. 39-76.

³²⁸ C.J. TAMS, *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, in *Essays in Transnational Economic Law*, 2006, pp. 1-47.

errori di fatto e si comporrebbe di quindici membri, individuati dal Segretario Generale e, successivamente, eletti dal Consiglio amministrativo ICSID. Il Tribunale arbitrale d'appello sarebbe costituito, di volta in volta per ciascuna controversia, dal Segretario generale, che incaricherebbe tre dei quindici membri eletti dal Consiglio amministrativo ICSID. Ciò, tuttavia, a condizione che le parti controverse non abbiano diversamente inteso regolare la composizione numerica del Tribunale d'appello³²⁹.

Se, per un verso, l'insuccesso della proposta del Segretariato ICSID segna l'evidenza della rigidità del meccanismo multilaterale istituito dalla Convenzione di Washington³³⁰, per altro verso può ritenersi che il progetto di meccanismo d'appello ICSID abbia consentito di avviare una discussione intorno alla questione, offrendo altresì un primo modello "giurisdizionale", di cui taluni aspetti parrebbero, invero, trasfusi anche nel sistema di risoluzione delle controversie disegnato nel CETA.

Con riguardo al Tribunale d'appello del CETA, similmente a quanto disposto in merito al Tribunale di prima istanza, si tratta di un organo a carattere permanente, in soluzione di continuità rispetto alla tradizionale impostazione arbitrale *ad hoc*³³¹. Allo scopo di individuare i requisiti ai fini della nomina a membro del Tribunale d'appello, l'art. 8.28 del CETA rinvia direttamente sia all'art. 8.27 che all'art. 8.30 dell'accordo stesso. Di conseguenza, la norma prevede i medesimi criteri disposti per i membri del Tribunale CETA, quali il possedere le qualifiche idonee alla funzione giurisdizionale nel proprio paese d'origine, ovvero l'essere giuristi affermati, specificamente competenti nel diritto internazionale pubblico e, solo in second'ordine, altresì esperti nelle procedure di risoluzione delle controversie internazionali a carattere commerciale o d'investimenti, nonché l'aderenza ai profili d'imparzialità ed indipendenza di cui all'art. 8.30 del CETA, nonché a quelli etici emergenti dal combinato disposto del Codice di condotta per i

³²⁹ ICSID SECRETARIAT, *Possible Improvements of The Framework for ICSID Arbitration (Discussion Paper)*, 2004. Inoltre, si veda: G. BOTTINI, *Reform of the Investor-State Arbitration cit.*, pp. 458-462; R. CASTRO DE FIGUEIREDO, *Fragmentation and Harmonization in the ICSID Decision-Making Process*, in J.E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, pp. 519-524.

³³⁰ "(...) There was general agreement that, if international appellate procedures were to be introduced for investment treaty arbitrations, then this might best be done through a single ICSID mechanism rather than by different mechanisms established under each treaty concerned. Most, however, considered that it would be premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage, particularly in view of the difficult technical and policy issues raised in the Discussion Paper. (...)" ICSID SECRETARIAT, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations (Discussion Paper)*, 2005, par. 4.

³³¹ Come osservato dalla dottrina più attenta, più in generale, al tema dell'istituzione di un meccanismo d'impugnazione dei lodi arbitrari in materia d'investimenti internazionali, il carattere permanente del Tribunale d'appello garantirebbe maggiore stabilità degli orientamenti emergenti dalla prassi. Si veda: J. LEE, *Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks*, in J.E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, pp. 481, 492-493.

membri del Tribunale e le *Guidelines* dell'IBA. Valgono, dunque, le medesime considerazioni poste riguardo la specificità delle caratteristiche richieste per i membri del Tribunale CETA: obiettivi principe dell'attività del Tribunale d'Appello sono la corretta interpretazione delle disposizioni del trattato, da un lato, ed il rafforzamento della legittimità, anche esterna, del meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore quale istituzione alternativa al modello arbitrale tradizionale.

Rispetto alla norma relativa alla costituzione del Tribunale CETA, l'art. 8.28 del trattato non definisce nel dettaglio le modalità di nomina dei membri del Tribunale d'Appello, questo potere, tuttavia, rimane prerogativa del Comitato misto CETA³³². È quest'ultimo, inoltre, ad essere investito del potere di disciplinare l'articolazione organizzativa, amministrativa e procedurale del Tribunale d'Appello. La scelta di demandare tali aspetti all'attività di un organo intergovernativo, quale il Comitato misto, parrebbe forse profilare l'intenzione delle parti di voler esercitare un controllo rafforzato sulle funzioni del Tribunale d'Appello, controllo che si rivelerebbe, in ogni caso, maggiormente flessibile, rispetto a quello posto, direttamente nel trattato, relativamente al Tribunale CETA. Si tratta di una scelta tendenzialmente in linea con quanto osservato in dottrina, in particolare, in ordine al timore che, dall'attività di un meccanismo d'appello, derivi una "calcificazione" della prassi non necessariamente in linea con la volontà degli Stati parte del trattato³³³.

Più nello specifico, il contenuto prescrittivo delle decisioni del Comitato misto CETA concerne, *verbatim*: "a) supporto amministrativo; b) procedure per l'avvio e lo svolgimento dell'appello e per il rinvio di questioni al tribunale ai fini della modifica della sentenza, se del caso; c) procedura per occupare un posto vacante in seno al tribunale d'appello e a una divisione del tribunale d'appello costituita per istruire una causa; d) retribuzione dei membri del tribunale d'appello; e) disposizioni relative alle spese del procedimento d'appello; f) numero dei membri del tribunale d'appello; e g) qualunque altra questione che ritenga necessaria per il buon funzionamento del tribunale d'appello". Il dato letterale del paragrafo sette dell'art. 8.28 del trattato sembra delineare, piuttosto chiaramente, come sarà poi il portato obiettivo delle decisioni del Comitato misto CETA a meglio definire gli aspetti essenziali per l'operatività del Tribunale d'appello; ciò risulta tanto più vero ove si consideri che la lettera g) del medesimo paragrafo pone, a

³³² In dottrina, si è tuttavia osservato che, tanto più l'individuazione dei membri di un eventuale meccanismo d'appello sia riconnessa a dinamiche più o meno larvamente politiche, tanto più potrebbe porsi il pericolo di delegittimare l'indipendenza dell'organo medesimo, con importanti ricadute sulla sua legittimità. Si veda: J. PAULSSON, *Avoiding Unintended Consequences*, in K.P. SAUVANT, M. CHISWICK-PATTERSON (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 241, 258-262.

³³³ J. KUCIK, S. PUIG, *Towards an Effective Appellate Mechanism for ISDS Tribunals*, in *World Trade Review*, 2023, p. 573.

guisa di cerniera, un più ampio, e generico, potere decisorio in capo al Comitato misto. Potendo, infatti, adottare decisioni concernenti, genericamente, misure opportune per il corretto funzionamento del Tribunale d'appello, il Comitato misto si ritrova titolare di un'ampia discrezionalità d'intervento, ben potendo adottare ogni correttivo che ritenga adeguato. Sul punto, si potrebbe desumere che la tecnica normativa scelta, in questo caso caratterizzata dall'utilizzo di un linguaggio volutamente aspecifico, sia tesa proprio a garantire un controllo statale, sia pure mediato, sull'operatività del Tribunale d'appello, affinché non si discosti dalle finalità che le parti hanno inteso perseguire con la sua realizzazione. Tornando al dettaglio profili organizzativi ed amministrativi del Tribunale d'appello, è la Decisione n. 1 del 2021, del Comitato misto CETA, ad averne delineato i caratteri salienti. Si tratta, invero, di una serie di disposizioni che ricalcano, in larga misura, l'organizzazione del Tribunale CETA, seppure con alcune peculiari specificità.

Anzitutto la Decisione stabilisce, ai sensi dell'art. 2, che il Tribunale d'appello dovrà comporsi di sei membri, dei quali un terzo sarà nominato sulla base delle nomine proposte dal Canada, un terzo sulla base delle nomine proposte dall'Unione europea ed un terzo sulla base delle nomine proposte da entrambe le parti del trattato, purché non si tratti di cittadini nazionali canadesi ovvero di uno Stato membro dell'Unione europea. È bene sottolineare che l'individuazione dei sei membri dovrà tener conto dei principi di diversità ed eguaglianza di genere. La durata dell'incarico, non rinnovabile, sarà di nove anni, sebbene tre dei primi sei membri, individuati a sorte da ciascuna delle tre categorie di membri nominati, avrà un incarico più breve, di sei anni.

La tripartizione delle nomine dei membri del Tribunale d'appello è, inoltre, la chiave di volta anche della formazione delle sezioni che, ai sensi del paragrafo quinto dell'art. 8.28 del CETA, si costituiranno per decidere sul ricorso d'appello: la composizione materiale di queste dovrà, in ogni caso, essere determinata, a rotazione, dal Presidente del Tribunale d'appello, onde garantire la casualità e non prevedibilità dei membri che compongono la sezione. Inoltre, è prevista la possibilità che, laddove ciò sia concordato dalle parti controverse ovvero sia ritenuto opportuno dalla maggioranza dei membri del Tribunale d'appello, si disponga una sezione di sei membri, predisposta alla trattazione di impugnazioni che sollevino questioni significativamente rilevanti per l'interpretazione ovvero l'applicazione del Capitolo 8 del CETA.

Quanto al compenso per l'attività di membro del Tribunale d'appello, atteso che i costi debbano essere equamente distribuiti tra le parti del trattato, si è disposto in ordine ad un anticipo di onorario, suscettibile di essere convertito in stipendio; la determinazione delle spese procedurali, invece, è rimessa a successive decisioni del Comitato misto CETA e, in ogni caso, grava sulle parti controverse in giudizio.

Sotto il profilo più strettamente riconducibile al supporto amministrativo all'attività del Tribunale d'appello, le funzioni di segretariato sono affidate, come per il Tribunale CETA, al Segretariato ICSID. In ogni caso, le disposizioni relative all'organizzazione interna sono rimesse all'autonomia del Tribunale d'appello, che ha facoltà di disporre puntuali procedure di lavoro, nella misura in cui queste risultino coerenti con la cornice normativa posta dalle Decisioni del Comitato misto CETA e, più in generale, dagli obblighi di cui all'art. 8.28 del CETA.

Chiarita l'articolazione generale del Tribunale d'appello, occorre ora rivolgere l'attenzione ai motivi di revisione delle pronunce emesse all'esito del giudizio innanzi il Tribunale di prima istanza. Accanto ai motivi di cui al paragrafo 1, lettere a), b), c), d) ed e) dell'art. 52 della Convenzione di Washington, l'art. 8.28 del CETA estende la cognizione d'appello anche a questioni interpretative ovvero concernenti la corretta valutazione dei fatti. In altre parole, la norma prevede la possibilità di impugnare la pronuncia di prima istanza per questioni di diritto applicabile, ovvero relativamente ad "errori manifesti" di fatto, ivi inclusa la valutazione della legislazione dello Stato ospite.

Quanto al diritto applicabile ed alla sua corretta interpretazione ed applicazione, sono opportune alcune precisazioni. Anzitutto, senza voler reiterare ciò che, più nel dettaglio, è approfondito nella sezione viii di questo capitolo, l'art. 8.31 del CETA chiarisce che il diritto applicabile alla materia controversa, nel contesto del Capitolo 8 del CETA, non è circoscritto al solo contenuto prescrittivo delle disposizioni materiali e procedurali del trattato eurocanadese, bensì si estende altresì ai principi e alle norme di diritto internazionale, includendo tanto le consuetudini di diritto internazionale quanto l'eventuale incidenza di obblighi internazionali assunti dalle parti del trattato. Si tratta, invero, di uno degli aspetti cruciali dell'operatività dell'organo d'appello e che parrebbe, a parere di chi scrive, rafforzare ulteriormente la fondatezza dei requisiti, posti dalle parti del trattato, per l'esercizio delle funzioni di membro del Tribunale.

Circa, invece, il sindacato in ordine agli errori manifesti nell'apprezzamento dei fatti, è opportuno rilevare che a rilevare non sia, genericamente, ogni errore di valutazione da parte del Tribunale CETA, bensì solo quelli aventi un carattere, verosimilmente, di particolare evidenza, così da risultare palesi *ictu oculi*. Se, per un verso, possono agevolmente ipotizzarsi esempi di errori di questo tenore, resta tuttavia difficile immaginare se, ed in che termini, possano ritenersi "manifesti" quegli errori che attengono all'impropria assunzione di determinate evidenze tecniche ovvero scientifiche che, per loro natura, risultano suscettibili di mutare rapidamente nel tempo e che, tuttavia, specialmente nell'ambito degli investimenti internazionali, possono incidere significativamente su interessi

generali e diffusi. Inoltre, vale la pena di rinviare a quanto si dirà, più avanti³³⁴, circa la valenza del diritto interno dello Stato ospite quale elemento di fatto.

Riguardo i motivi d'appello riconducibili al tema del giusto processo e cristallizzati nel paragrafo primo dell'art. 52 della Convenzione di Washington, alle lettere dalla a) alla e), si pone la questione della rilevanza che la prassi arbitrale sul punto potrà avere sull'interpretazione degli stessi da parte del Tribunale d'appello³³⁵. Indubbiamente, non può ignorarsi che tali orientamenti avranno un'incidenza affatto trascurabile, perciò si ritiene necessario renderne, pur brevemente, conto. Se, riguardo ai motivi di cui alla lettera c), concernenti l'eventuale ricorso in ragione della corruzione di uno dei membri del Tribunale, si può ritenere che il Tribunale d'Appello eurocanadese potrà, forse, offrire orientamenti pionieristici, in quanto la prassi arbitrale sul punto è carente³³⁶, non può dirsi lo stesso sugli altri motivi di cui al primo paragrafo dell'art. 52 della Convenzione di Washington.

Ai sensi della lettera a), il giudizio d'appello può investire l'accertamento di un vizio in ordine alla costituzione del Tribunale di prima istanza. Da ciò ne consegue la piena effettività delle prescrizioni di cui all'art. 8.27 del CETA concernenti, appunto, la costituzione del Tribunale CETA. A questo riguardo, vale forse la pena osservare come, nella prassi, il procedimento d'annullamento del lodo ICSID, per motivi relativi alla costituzione del tribunale arbitrale, sia stato un grimaldello per consentire di aprire, sia pure limitatamente, al riesame del merito della controversia³³⁷. Si tratta di un orientamento che, nel novero dei motivi d'appello previsti all'art. 8.28 del CETA, tenderebbe ad assumere scarsa rilevanza, attesa la già citata possibilità di un ricorso per motivi di fatto e di diritto.

Ai sensi del rinvio alla lettera b), invece, il Tribunale d'appello è competente in ordine ai ricorsi concernenti l'"abuso manifesto di potere del

³³⁴ Capitolo II, sezione viii.

³³⁵ Occorre sottolineare preliminarmente che, come evidenziato da autorevole dottrina, la prassi arbitrale in materia di annullamento, ai sensi dell'art. 52 della Convenzione di Washington, abbia spesso esteso la sua revisione anche al merito. Il rischio che l'annullamento ICSID muti sempre più in un appello *de facto* dipenderebbero, almeno in parte, dall'erronea applicazione di principi quali *ultra ed infra petita*, *iura novit curia* e *non liquet*. Si veda: A.M. TANZI, *On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, pp. 70-74.

³³⁶ Invero, la violazione dell'art. 52, paragrafo primo, lettera c) della Convenzione di Washington è stata sollevata in un'istanza d'annullamento, senza essere tuttavia coltivata ulteriormente. Si veda: Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sulla richiesta di annullamento del lodo reso il 20 agosto 2007 del 10 agosto 2006, par. 2.

³³⁷ Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *EDF International S.A., SAUR International S.A. e León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/23, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2016, parr. 120, 126-127. Si veda: G. BOTTINI, *Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2016, pp. 719-720.

Tribunale” CETA. Similmente a quanto osservato rispetto alla lettera a), ciò si tradurrebbe, in concreto, nella possibilità di una revisione della decisione di prima istanza limitatamente all’eccesso di potere in tema di esercizio della giurisdizione³³⁸.

Quanto al rispetto delle disposizioni procedurali in giudizio, la lettera d), cui l’art. 8.28 del trattato rinvia, consente l’impugnazione in presenza di una “inosservanza grave” di regole fondamentali della procedura. Il novero di possibili inosservanze di regole di questo tipo può, invero, allargarsi significativamente, in ragione della qualificazione di una disposizione procedurale quale fondamentale, in special modo laddove si sussumano le violazioni di norme procedurali ordinarie in violazioni di *standard* procedurali fondamentali quali, ad esempio, l’autonomia delle parti³³⁹. Ad ogni buon conto, la prassi arbitrale è generalmente orientata nel ritenere che il principio del contraddittorio³⁴⁰, ovvero di non discriminazione delle parti controverse³⁴¹ siano disposizioni cardine del procedimento arbitrale e, dunque, abbiano carattere fondamentale. La lettera e), infine, funge da motivo

³³⁸ Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, n. ARB/02/7, Decisione sull’annullamento del 5 giugno 2007, par. 43; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malesia*, n. ARB/05/10, Decisione sull’annullamento del 16 aprile 2009, par. 80; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sull’annullamento del 10 agosto 2010, par. 251; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *AES Summit Generation Limited e AES-Tisza Erömü Kft c. Ungheria*, n. ARB/07/22, Decisione sull’annullamento del 29 giugno 2012, par. 30; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. e S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, n. ARB/05/20, Decisione sull’annullamento del 26 febbraio 2016, par. 126; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, n. ARB/10/23, Decisione sull’annullamento del 5 aprile 2016, parr. 77-78. e 60. Si veda: L.J.E. TIMMER, *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2013, pp. 785-786. Invero, nella prassi arbitrale si è teorizzata la possibilità che l’abuso di potere possa coincidere con un errore di diritto, laddove quest’ultimo incida sulla determinazione della giurisdizione arbitrale. Si veda: Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Adem Dogan c. Turkmenistan*, n. ARB/09/9, Decisione sull’annullamento del 15 gennaio 2016, par. 105.

³³⁹ Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, n. ARB/01/3, Decisione sull’annullamento del 30 luglio 2010, par. 195.

³⁴⁰ Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Wena Hotels Ltd. c. Egitto*, n. ARB/98/4, Decisione sull’annullamento del 5 febbraio 2002, par. 57; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malicorp Limited c. Egitto*, n. ARB/08/18, Decisione sull’annullamento del 3 luglio 2013, par. 29, 36; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala*, n. ARB/09/5, Decisione sull’annullamento del 13 gennaio 2015, par. 105; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration e Production Company c. Ecuador*, n. ARB/06/11, Decisione sull’annullamento del 2 novembre 2015, par. 60; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turchia*, n. ARB/11/28, Decisione sull’annullamento del 30 dicembre 2015, parr. 80, 145; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Total S.A. c. Argentina*, n. ARB/04/01, Decisione sull’annullamento dell’1 febbraio 2016, par. 314.

³⁴¹ *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala*, par. 105; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turchia*, parr. 72, 84, 145; *Total S.A. c. Argentina*, n. ARB/04/01, par. 314.

di chiusura, poiché attiene alla più generica “infondatezza” della pronuncia di prima istanza. Poiché il ricorso investe la motivazione logico-giuridica della motivazione³⁴², si tratta di un motivo in ordine al quale l’accertamento compiuto in sede d’appello potrebbe esplorare il dettaglio della pronuncia impugnata³⁴³, ovvero limitarsi all’individuazione di vizi macroscopici³⁴⁴.

Dai motivi d’impugnazione sin qui descritti discende il differente contenuto che la pronuncia in esito al ricorso d’appello può presentare. L’art. 8.28 del CETA prevede, infatti, che questa possa “confermare, modificare o respingere” la decisione del Tribunale CETA. Il tenore letterale della norma consente di inferire che, soprattutto nell’eventualità di una pronuncia modificativa rispetto al *decisum* di prima istanza, le parti del trattato eurocanadese abbiano scientemente voluto lasciare un ampio margine di operatività al Tribunale d’appello. L’ampiezza della cognizione in appello, infatti, seppur nei limiti del contenuto effettivo del ricorso, consentirebbe di modificare significativamente il contenuto della decisione di primo grado, conservando tuttavia i segmenti della decisione del Tribunale CETA che risultino coerenti con le disposizioni del trattato. Si tratta di un’eventualità che consentirebbe, invero, di preservare altresì l’efficienza della funzione giurisdizionale del sistema, atteso che, nell’ipotesi che, invece, la decisione di prima istanza sia respinta, il Tribunale d’appello ben potrebbe rimettere la risoluzione della controversia al Tribunale CETA, ovvero pronunciarsi

³⁴² Convenzione di Washington, art. 48, paragrafo tre.

³⁴³ Sulla scorta della prassi arbitrale ICSID, si pensi, ad esempio, all’eventualità che il Tribunale d’appello si profonda nel meglio articolare il ragionamento eventualmente carente del Tribunale CETA, onde chiarirne il contenuto. Si vedano: *Wena Hotels Ltd. c. Egitto*, par. 83; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, par. 24; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, n. ARB/05/16, Decisione sull’annullamento del 25 marzo 2010, par. 83; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, par. 248. Ovvero, si consideri la possibilità di un annullamento parziale in ragione dell’interpretazione carente di una disposizione procedurale del trattato, tale da rendere lacunosa la motivazione. Si veda: Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, n. ARB/01/8, Decisione sull’annullamento del 25 settembre 2007, parr. 92-97.

³⁴⁴ Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e altri c. Camerun*, n. ARB/81/2, Decisione sull’annullamento del 3 maggio 1985, par. 127; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea*, n. ARB/84/4, Decisione sull’annullamento del 22 dicembre 1989, par. 5.09; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malicorp Limited c. Egitto*, par. 45; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan*, n. ARB/08/12, Decisione sull’annullamento del 21 febbraio 2014, parr. 185-186; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, n. ARB/03/15, Decisione sull’annullamento del 22 settembre 2014, par. 221; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Señor Tza Yap Shum c. Perù*, n. ARB/07/6, Decisione sull’annullamento del 12 febbraio 2015, par. 101; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turchia*, parr. 109-112; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Antoine Abou Lahoud e Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. Congo*, n. ARB/10/4, Decisione sull’annullamento del 29 marzo 2016, parr. 133-136

direttamente. Ciò potrebbe ulteriormente confermare l'impressione che certa parte della prassi arbitrale, relativa all'annullamento nella procedura ICSID, tesa ad allentare la restrittività dei motivi d'annullamento ai sensi dell'art. 52 della Convenzione di Washington, avrà, forse, una rilevanza del tutto marginale: si pensi, ad esempio, agli orientamenti relativi all'abuso di potere, quale erronea applicazione od interpretazione del diritto applicabile³⁴⁵. Vale la pena di osservare, sul punto, che la Decisione n. 1 del 2021 del Comitato per i servizi e gli investimenti, all'art. 3 paragrafo 3, prevede che, nell'eventualità di un rinvio al Tribunale CETA, quest'ultimo sarà vincolato ai rilievi, in ordine ai motivi di ricorso azionati, nel riesaminare la controversia. Si prospetterebbe, allora, un'eventuale impugnabilità della pronuncia del Tribunale CETA circoscritta alla sola eventualità che questa non abbia adeguatamente integrato gli orientamenti emersi nella pronuncia del Tribunale d'appello originaria³⁴⁶, con ciò consentendo un ulteriore consolidamento della prassi e, conseguentemente, della prevedibilità delle pronunce³⁴⁷.

Sempre l'art. 3 della Decisione n. 1 del 2021, al paragrafo quarto, prevede un'eventuale procedura accelerata, laddove l'infondatezza del ricorso d'appello risulti evidente. In altri termini, la manifesta irrilevanza dei motivi d'appello potrebbe condurre alla drastica riduzione dei tempi del procedimento attraverso una corsia preferenziale procedimentale che conduca a respingere l'impugnazione; tale esito, tuttavia, riposerebbe sull'apprezzabilità *ictu oculi* dell'infondatezza dell'appello, atteso che il testo dell'art. 3, paragrafo quarto, non specifica ulteriormente gli elementi da cui possa desumersi il carattere manifesto del difetto di fondatezza del ricorso. Piuttosto, la disposizione parrebbe semmai in linea con l'intenzione delle parti del CETA di garantire l'efficienza e speditezza della risoluzione delle controversie Stato-investitore. È in quest'ottica che andrebbero intesi, dunque, i termini posti al paragrafo quinto dell'art. 3 della Decisione n. 1 del 2021, poiché statuiscono che il Tribunale d'appello debba pronunciarsi in ordine al ricorso entro centottanta giorni dall'incardinamento del procedimento, segnatamente la notifica della decisione d'impugnare la pronuncia di prima istanza. Residua, naturalmente, la possibilità che l'organo impieghi un tempo

³⁴⁵ Si veda, ad esempio: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Decisione sull'annullamento del 10 agosto 2010, par. 251.

³⁴⁶ Ciò, unitamente alla puntuale delimitazione dei motivi di ricorso di cui all'art. 8.28 del CETA, parrebbe in linea con i rilievi emersi, in dottrina, in ordine a taluni profili di efficienza della risoluzione delle controversie dipendenti dall'estensione della cognizione del meccanismo d'appello. Si vedano: J. LEE, *Introduction of an Appellate Review cit.*, pp. 487-490; J. KUCIK, S. PUIG, *Towards an Effective Appellate Mechanism cit.*, p. 576.

³⁴⁷ Si tratta di un esito, invero, che restituirebbe effettività al controllo statale rispetto all'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti, come già evidenziato in dottrina relativamente all'introduzione di un meccanismo d'appello in seno al sistema ICSID. Si veda: J. KALB, *Creating an ICSID Appellate Body*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2005, pp. 215-219.

ulteriore per dirimere la controversia; tuttavia, tale eventualità è vincolata, per un verso, da un ulteriore termine, di duecentosettanta giorni dal ricorso, entro il quale il Tribunale d'appello deve pronunciarsi e, per altro verso, dall'obbligo per quest'ultimo di motivare alle parti controverse la necessità di superare il termine ordinario dei centottanta giorni. In ogni caso, dal tenore della norma in questione, parrebbe che non si tratti di termini perentori: ciò potrebbe risultare in una scarsa efficienza del Tribunale, incrementandone altresì i costi³⁴⁸. D'altra parte, non può ignorarsi che il tema della possibile dilazione temporale, determinata dall'impugnazione della pronuncia di prima istanza e l'esecuzione della decisione all'esito del ricorso innanzi il Tribunale d'appello, rischi di risultare latamente capziosa, ove si consideri l'effettiva durata dei procedimenti d'annullamento ICSID. In media, infatti, la durata media di tali procedimenti è di ben oltre due anni³⁴⁹; non a caso, da tempo in dottrina si osserva che la stessa procedura d'annullamento ICSID offrirebbe invero alle parti un efficiente strumento per ritardare artatamente l'esecuzione del lodo arbitrale³⁵⁰.

II.viii *Il diritto applicabile alla controversia Stato-investitore e gli articoli 8.23 ed 8.31 del CETA alla luce del Parere n. 1/17 della Corte di giustizia*

Quando si affronta il tema del diritto applicabile alle controversie in materia d'investimenti internazionali, non può prescindere dal considerare come la questione muti in ragione di quanto previsto dalle fonti sulla cui base s'incardina la giurisdizione circa la controversia e, dunque, dell'autonomia delle parti³⁵¹. Questo è, di nuovo, solo l'ennesimo riflesso del carattere

³⁴⁸ J. KUCIK, S. PUIG, *Towards an Effective Appellate Mechanism cit.*, p. 574-575.

³⁴⁹ A. RITWIK, M. KAHLOON, *Improving Post-award Efficiency: Proposed Reforms to the ICSID Annulment Process*, in A.M. ANDERSON, B. BEAUMONT (eds.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, pp. 417-419.

³⁵⁰ C. SCHREUER, *From ICSID Annulment to Appeal: Halfway Down the Slippery Slope*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2011, p. 214.

³⁵¹ La questione si è posta sin dai primordi dei trattati in materia d'investimenti. Si veda: I.F.I. SHIHATA, A.R. PARRA, *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1994, pp. 183-213. Invero, è ben possibile che si individui, quale diritto applicabile, il diritto interno dello Stato ospite. Si veda: Tribunale arbitrale ICSID, *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, n. ARB/08/6, Decisione del 12 settembre 2014, par. 318. Ovvero, il diritto interno di uno Stato terzo. Si vedano: *World Duty Free Company c. Kenya*, parr. 158-159; Tribunale arbitrale ICSID, *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. e Azpetrol Oil Services Group B.V. c. Azerbaijan*, n. ARB/06/15, Lodo dell'8 settembre 2009, parr. 49-65. Ovvero, ancora, che trovino applicazione il diritto internazionale ed il diritto interno dello Stato ospite. Si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovacchia*, n. ARB/97/4, Lodo del 29 dicembre 2004, parr. 58-63; Tribunale arbitrale ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador*, n. ARB/04/19, Lodo del 18 agosto 2008, parr. 190-197.

frammentario e pulviscolare della protezione degli investimenti internazionali³⁵². Nella prassi arbitrale, l'interconnessione tra il diritto interno e quello internazionale, tipica degli investimenti stranieri, ha talvolta condotto alla loro sovrapposizione interpretativa ed applicativa³⁵³. Nella prospettiva della Convenzione di Washington, l'individuazione del diritto applicabile, al merito della controversia³⁵⁴, è un tema rimesso alla volontà delle parti: l'art. 42, infatti, prevede che siano queste a scegliere il diritto da applicare, ponendo l'eventuale applicazione del diritto interno dello Stato ospite, in quanto parte della Convenzione, e delle norme di diritto internazionale rilevanti, quale ipotesi residuale, laddove cioè l'investitore e lo Stato ospite non abbiano deciso sul punto³⁵⁵. In altre parole, nella prospettiva tradizionale del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, la *lex arbitri* dipende dalla scelta operata dalle parti: questa è il riflesso della natura privata che ne caratterizza l'autonomia³⁵⁶. Il modello della Convenzione di Washington è strutturalmente flessibile e deve parte del suo successo alla sua adattabilità alla volontà delle parti.

D'altro canto, la scelta di queste in ordine al diritto applicabile alla materia controversa non è del tutto scevra di limitazioni; si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il consenso anticipato dello Stato ospite, cristallizzato nella clausola compromissoria di un trattato d'investimento, sia legato all'accettazione della determinazione del diritto applicabile alle controversie Stato-investitore posta nel trattato medesimo. In questa fattispecie, il diritto applicabile risulta allora già determinato *ab origine*, dalle parti del trattato bilaterale d'investimento. Vale la pena evidenziare che, in tal caso, non è raro che il trattato in questione contempa tuttavia differenti fonti quali diritto applicabile, così da limitare, sia pure in parte, la compressione dell'autonomia delle parti³⁵⁷.

³⁵² R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 417-418.

³⁵³ Tribunale arbitrale ICSID, *Antoine Goetz c. Burundi*, n. ARB/95/3, Lodo del 10 febbraio 1999, par. 69; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, par. 116; Tribunale arbitrale UNCITRAL, *EnCana Corporation c. Ecuador*, n. UN3481, Lodo del 3 febbraio 2006, par. 184; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. c. Cile*, n. ARB/01/7, Decisione sull'annullamento del 21 marzo 2007, par. 72; *Total S.A. c. Argentina*, par. 38. *Contra*: Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Venezuela Holdings, B.V., e altri c. Venezuela*, n. ARB/07/27, Decisione sull'annullamento del 9 marzo 2017, par. 181.

³⁵⁴ M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 110.

³⁵⁵ C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. C. SINCLAIR, *The ICSID Convention: cit.*, pp. 557 e ss.

³⁵⁶ S. WITTICH, *The Limits of Party Autonomy in Investment Arbitration*, in C. KNAHR (ed.), *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, pp. 47, 49.

³⁵⁷ C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. C. SINCLAIR, *The ICSID Convention: cit.*, p. 576.

Riguardo, invece, alla scelta del diritto applicabile alla procedura arbitrale, questa è solitamente esplicitata nella clausola compromissoria del trattato bilaterale d'investimento, poiché contenente l'elencazione delle possibili regolamentazioni arbitrali azionabili dall'investitore e a cui lo Stato ospite acconsente preventivamente³⁵⁸.

Da queste considerazioni discende la necessità di distinguere, circa la quesitone del diritto applicabile innanzi alla giurisdizione CETA, i profili procedurali da quelli sostanziali. Nel trattato eurocanadese, i due temi sono diversamente disciplinati: la questione del diritto applicabile alla materia controversa appare rigidamente codificata, secondo uno schema che parrebbe discostarsi nettamente dall'approccio tradizionale, mentre la determinazione del diritto procedurale sembrerebbe cercare piuttosto un'integrazione del sistema "giurisdizionalizzato" di risoluzione delle controversie Stato-investitore con i meccanismi tradizionali in materia.

In merito a quest'ultimo aspetto, la cornice procedurale, nel cui perimetro dovrebbe operare il Tribunale, ai sensi dell'art. 8.23 del CETA, è soggetta alla scelta dell'attore e, dunque, dell'investitore. La norma, infatti, oltre a disciplinare le modalità di presentazione della domanda innanzi al Tribunale, individua una rosa di possibili regole arbitrali tra cui scegliere in ordine al rito: la Convenzione di Washington, ed il rispettivo regolamento per i procedimenti arbitrali ICSID, il Regolamento del meccanismo supplementare ICSID, il Regolamento UNCITRAL, ovvero qualsivoglia regolamento arbitrale, purché concordato tra le parti controverse. Se, per un verso, la scelta delle parti del CETA di consentire all'investitore un significativo grado di flessibilità in ordine all'individuazione del diritto applicabile alla procedura, per altro verso non può ignorarsi che, indipendentemente dalla scelta che questi opererebbe, la cornice procedurale dovrebbe ciononostante coordinarsi con alcune disposizioni specifiche del trattato eurocanadese.

In particolare, nell'eventualità che l'investitore scelga le regole arbitrali dipendenti dalla Convenzione di Washington, queste dovrebbero integrarsi con le disposizioni del CETA, ai sensi degli articoli 8.27 ed 8.28, rispettivamente relativi all'individuazione dei membri del Tribunale ed all'appellabilità delle pronunce di prima istanza. Si porrebbe, infatti, un contrasto con quanto stabilito agli articoli 37 e 52 della Convenzione di Washington in ordine, rispettivamente, alla libera individuazione degli arbitri in capo alle parti controverse e all'annullabilità dei lodi arbitrali. Ebbene, tale contrasto potrebbe, forse, qualificarsi quale accordo modificativo della Convenzione di Washington, dunque valido solo rispetto ai rapporti reciproci tra le parti, ai sensi dell'art. 41, paragrafo primo, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Si tratterebbe, infatti, di una modifica che non

³⁵⁸ Si vedano: Modello di BIT del Regno Unito del 2008, articolo 8; Modello di BIT statunitense del 2012, articolo 24; ECT, articolo 26.

pregiudicherebbe “per le altre parti il godimento dei diritti derivanti dal trattato né l’adempimento dei loro obblighi” e che non investirebbe disposizioni la cui deroga determini l’incompatibilità con l’oggetto e lo scopo della Convenzione di Washington, atteso che questa difetta di disposizioni che regolino la sua eventuale modifica *inter se*.

Di converso, sotto il profilo del diritto applicabile al merito delle controversie Stato-investitore, l’art. 8.31 del CETA parrebbe discostarsi dall’impostazione tradizionale che, come indicato al paragrafo primo dell’art. 42 della Convenzione di Washington, tende a preservare la libera scelta delle parti controverse in ordine al diritto applicabile. In base alla norma in questione, infatti, sono le parti del trattato ad avere, come regola di pozione, preventivamente individuato il diritto applicabile sotto il profilo materiale. Di conseguenza, incardinando una controversia innanzi il Tribunale CETA, l’investitore straniero accetterebbe la scelta *ex ante* delle parti del trattato in ordine al diritto applicabile³⁵⁹. Secondo l’interpretazione resa dalla Corte di Giustizia³⁶⁰, l’art. 8.31 del CETA, al paragrafo primo, procede dall’affermare che, nei procedimenti innanzi il Tribunale CETA, è il contenuto materiale del trattato ad essere applicato e, dunque, le tutele, di cui al Capitolo 8, inerenti alla giurisdizione del Tribunale ai sensi dell’art. 8.18.

Ai fini della loro interpretazione, l’art. 8.31 richiama, per un verso, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, con implicita rilevanza fondamentale dell’art. 31, e, per altro verso, le norme ed i principi di diritto internazionale “applicabili tra le parti”. Ciò potrebbe lasciar intendere che, nelle intenzioni delle parti del trattato, la protezione degli investimenti stranieri si ponga quale sistema *self-contained*; tuttavia, non può ritenersi che il CETA sia una fonte isolata dal resto del diritto internazionale, poiché quest’ultimo assolverebbe in ogni caso una funzione suppletiva in tutte le circostanze in cui il trattato risulti manchevole.

Inoltre, conformemente al paragrafo terzo, lettera c), dell’art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sono proprio le norme di diritto internazionale, applicabili alle parti, ad integrare l’interpretazione delle tutele poste dal CETA³⁶¹. In questa prospettiva, il paragrafo primo dell’art. 8.31 potrebbe forse intendersi non tanto come una mera reiterazione di quello che, invero, è la codificazione di norme consuetudinarie di diritto internazionale, bensì la normazione della prassi operativa che, tanto il Tribunale di prima

³⁵⁹ Si tratterebbe, invero, di una dinamica non dissimile da quella che può caratterizzare, nel contesto della Convenzione di Washington, il consenso all’arbitrato ICSID e, conseguentemente, l’accettazione della determinazione del diritto applicabile, conformemente a quanto stabilito al riguardo nel trattato d’investimento di riferimento. Si veda: *Antoine Goetz c. Burundi*, par. 94.

³⁶⁰ Corte di giustizia dell’Unione europea, *Parere 1/17*, par. 120-122.

³⁶¹ J.M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *Observance, Application and Interpretation of Treaties, s.3 Interpretation of Treaties, Art.31 1969 Vienna Convention*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 829.

istanza quanto quello d'appello, dovrà essere applicata al fine di dirimere le controversie Stato-investitore. Si tratterebbe, dunque, di un più rigido inquadramento del metodo sulla scorta del quale il Tribunale dovrà risolvere le controversie. Quest' approccio si rivela affatto assimilabile a quello adottato da numerosi tribunali arbitrali. Nella prassi, infatti, l'interpretazione dei trattati d'investimento è spesso difforme ai principi posti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che finiscono per essere soltanto formalmente richiamati, se non applicati contraddittoriamente³⁶².

Da quanto osservato sin qui potrebbe ritenersi che, se per un verso le parti del CETA hanno scelto di preservare lo spazio d'autonomia delle parti in ordine ai profili procedurali della risoluzione della controversia, per altro verso hanno inteso rafforzare la stabilità dell'interpretazione ed applicazione dei trattamenti in materia di investimenti internazionali posti nel trattato. Quest'ultime, in particolare, sono le funzioni caratterizzanti di un sistema "giurisdizionalizzato" di risoluzione delle controversie, in grado di garantirne la legittimazione ed effettività.

Del resto, la funzione interpretativa svolta dal Tribunale, tanto d'appello quanto di prima istanza, dovrebbe contribuire al concretizzarsi del reale significato delle disposizioni applicate, chiarendone il contenuto connaturato³⁶³. Tuttavia, tanto il Canada quanto l'Unione europea parrebbero aver implicitamente riconosciuto che il piano dell'attività interpretativa ovvero applicativa del diritto internazionale tenderebbero a confondersi³⁶⁴, perlomeno nella misura in cui l'interpretazione della norma si fonda sull'individuazione, da parte dell'operatore giuridico, di uno specifico significato da attribuire alla norma, scelto tra una rosa di possibili significati³⁶⁵.

³⁶² M. WAIBEL, *International Investment Law and Treaty Interpretation*, in R. HOFMANN, C.J. TAMS (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Baden, Nomos, 2011, p. 29; J. ROMESH WEERAMANTRY, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 157-164; A. SALDARRIAGA, *Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2013, pp. 203-209; J. KARTON, *Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration*, in *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2017, p. 257.

³⁶³ A. GOURGOURINIS, *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, p. 44.

³⁶⁴ G. KAHFUMANN-KHOLER, *Interpretative Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, in E. GAILLARD, F. BACHAND (eds.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Montreal, IAI, 2009, p. 189.

³⁶⁵ T. WEILER, *The Interpretation of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2013, p. 37; E. METHYMAKI, A. TZANAKOPOULOS, *Masters of Puppets? Reassertion of Control Through Joint Investment Treaty Interpretation*, in A. KULICK (ed.), *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 178 e ss.; J. KARTON, *Choice of Law cit.*, p. 263.

Risiede in capo alle parti, del resto, la titolarità ultima circa l'interpretazione del trattato.³⁶⁶ È procedendo da questa prospettiva, infatti, che può comprendersi la scelta di affidare la corretta interpretazione delle disposizioni in materia d'investimenti al Comitato misto CETA, alle quali il Tribunale è vincolato. In particolare, l'art. 8.31 del trattato prevede che a dare impulso all'attività interpretativa sia il Comitato per i servizi e gli investimenti che, laddove si ingenerino "gravi preoccupazioni" in ordine ad interpretazioni problematiche "che possono incidere sugli investimenti", può richiederne l'interpretazione al Comitato misto. Si tratta, com'è evidente, di un ulteriore elemento teso a rafforzare il controllo statale in ordine allo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti e la legittimità del meccanismo di risoluzione delle controversie³⁶⁷, secondo una tendenza già consolidata nei trattati in materia³⁶⁸. Ciò beninteso, nella misura in cui tali interpretazioni rese dal Comitato CETA non siano qualificate come accordi ulteriori relativi all'interpretazione del trattato, ai sensi dell'art. 31, paragrafo terzo, lettera a) della Convenzione di Vienna³⁶⁹; diversamente, non potrebbe riconoscersi a queste interpretazioni alcuna primazia rispetto agli ulteriori elementi di cui al citato art. 31, paragrafo terzo della Convenzione di Vienna³⁷⁰. In ogni caso, l'obiettivo ultimo delle parti del trattato è preservare il controllo statale sulla corretta interpretazione delle disposizioni a tutela degli investimenti previste nel trattato e, di conseguenza, sull'evoluzione delle discipline materiali del diritto internazionale degli investimenti.

Parrebbe forse intendersi che, nella prospettiva eurocanadese, dalla "giurisdizionalizzazione" del meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore possa emergere un ordinamento internazionale degli investimenti di carattere "particolare". Quest'ultimo, dunque, rischierebbe di sovrapporsi con l'autonomia degli ordinamenti interni tanto canadese quanto dell'Unione europea. Di conseguenza, allo scopo di preservare tale autonomia, l'art. 8.31 del CETA prevede, per un verso, che la giurisdizione del Tribunale non investa la "legittimità di una misura che costituisca una presunta violazione" dei trattamenti garantiti agli investitori dal trattato e, per altro verso, che il diritto interno dello Stato ospite, laddove necessario, sia

³⁶⁶ CRAWFORD J., *A Consensualist Interpretation of Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in NOLTE G. (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 29, 31.

³⁶⁷ M. CLIFFORD, C. DOUAIRE DE BONDY, *Determining State Intention when Negotiating and Entering into Investment Treaties – A Canadian Perspective*, in E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Parigi, IAI, 2018, p. 137.

³⁶⁸ USMCA, articolo 14.D.9.2; Si veda: M. EWING-CHOW, J.J. LOSARI, *Which Is to Be the Master? Extra-Arbitral Interpretative Procedures for IIAs*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, p. 99.

³⁶⁹ R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International cit.*, pp. 1268-1269.

³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 1271-1275; T. ISHIKAWA, *Keeping Interpretation in Investment Treaty Arbitration 'on Track': The Role of State Parties*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, p.148.

considerato dal Tribunale quale mero elemento di fatto. Invero, il dettato normativo di cui si riferisce appare nient'altro che la codificazione tra le parti di orientamenti largamente condivisi nella prassi; tradizionalmente, infatti, l'arbitrato internazionale in materia d'investimenti non concerne né il riesame del *decisum* degli organi dello Stato ospite³⁷¹, né si occupa di rendere l'interpretazione del diritto nazionale di questi³⁷². Non stupisce, dunque, che l'art. 8.31 del CETA preveda, inoltre, che sia l'interpretazione "prevalente" del diritto interno, così come resa dagli organi giurisdizionali dello Stato ospite, ad orientarne l'apprezzamento fattuale³⁷³. Si può dunque ritenere che sia attraverso la rigida delimitazione del perimetro della giurisdizione del Tribunale in materia d'investimenti che l'art. 8.31 del CETA miri a preservare la piena autonomia degli ordinamenti delle parti del trattato. Si tratta, in altre parole, di un modello che esclude l'istituzione di un legame organico con la giurisdizione europea, così da preservare il riparto di competenze dell'Unione europea e, di conseguenza, non incidere sull'interpretazione del diritto europeo³⁷⁴. *A fortiori*, è in questa prospettiva che può leggersi l'art. 8.21 del CETA che, in materia di determinazione del convenuto per le controversie avverso l'Unione europea, consente a quest'ultima di indicare come parte convenuta l'Unione stessa ovvero uno Stato membro³⁷⁵.

Il tema della compatibilità della giurisdizione CETA con il principio dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea, cristallizzato agli

³⁷¹ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, par. 261; *Mondev International Ltd. c. Stati Uniti d'America*, par. 136; *ADF Group Inc. c. Stati Uniti d'America*, par. 190; *EnCana Corporation c. Ecuador*, par. 200; Tribunale arbitrale ICSID, *Helnan International Hotels A/S c. Egitto*, n. ARB/05/19, Lodo del 3 luglio 2008, par. 105-106; Tribunale arbitrale ICSID, *Electrabel S.A. c. Ungheria*, n. ARB/07/19, Decisione sulla giurisdizione, diritto applicabile e responsabilità del 30 novembre 2012, par. 4.198; Tribunale arbitrale ICSID, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albania*, n. ARB/11/24, Lodo del 30 marzo 2015, par. 764.

³⁷² Tribunale arbitrale SCC, *Petrobart Limited c. Kirghizistan*, n. 126/2003, Lodo del 29 marzo 2005, par. VII.1.B.7; *AES Summit Generation Limited E AES-Tisza Erömu Kft C. Ungheria*, par. 7.6.6; Tribunale arbitrale ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. e S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, n. ARB/05/20, Lodo dell'11 dicembre 2013, par. 328. E. GAILLARD, *L'affaire Achmea ou les Conflits de Logiques*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2018, pp. 625-626. *Contra*, ritenendo occasionalmente possibile un'interpretazione ovvero applicazione del diritto interno, si veda: J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 18-19, 103 ss.

³⁷³ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, par. 95; Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filippine*, n. ARB/03/25, Decisione del 23 dicembre 2010, par. 236.

³⁷⁴ L. PANTALEO, *The Participation of the EU cit.*, pp. 145-152.

³⁷⁵ . È l'Unione europea ad individuare, in quest'ipotesi, chi sia convenuto e, laddove non adempia a tale obbligo, il convenuto è determinato in funzione della titolarità delle misure che costituiscono una violazione. Si tratterebbe, in buona sostanza, della codificazione dell'orientamento emerso nel caso *Bosphorus*. Si veda: O. QUIRICO, *Investment Governance Between the Energy Charter Treaty and the European Union*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, p. 85.

articoli 267 e 344 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è stato infine affrontato dalla Corte di giustizia, concludendo che l'istituzione del meccanismo "giurisdizionalizzato" di risoluzione delle controversie Stato-investitore CETA non possa potenzialmente arrecare pregiudizio all'autonomia dell'ordinamento europeo.

Nel Parere n. 1/17, la Corte ha argomentato in senso affermativo sulla compatibilità del Tribunale CETA con il principio dell'autonomia dell'ordinamento europeo, seguendo, tra l'altro, un orientamento sovrapponibile alle notazioni generalmente emerse, nella prassi arbitrale, riguardo l'apprezzamento del diritto interno dello Stato ospite quale mero elemento fattuale e di cui si è poc'anzi detto. Nel dirimere la questione, la Corte ha sottolineato come, nell'architettura della giurisdizione CETA, il diritto dell'Unione europea non sia parte del diritto applicabile innanzi il Tribunale; piuttosto, il diritto europeo potrebbe essere apprezzato in giudizio semmai quale mero elemento parte della cornice fattuale in cui s'inserisce la controversia³⁷⁶.

Inoltre, la Corte di giustizia ha sottolineato i profili di indipendenza dell'ordinamento europeo rispetto al regime internazionale del CETA in materia di protezione degli investimenti: si pensi, in particolare, alla non vincolatività, per la giurisdizione della Corte, delle interpretazioni rese dal Tribunale CETA riguardo le disposizioni del trattato eurocanadese³⁷⁷, nonché all'insindacabilità, da parte del Tribunale CETA, tanto della legittimità delle misure interne eventualmente lesive³⁷⁸, quanto dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea resa dalla Corte di giustizia³⁷⁹.

Sebbene si tratti di una compatibilità condizionata al rispetto di criteri piuttosto stringenti³⁸⁰, appare tuttavia necessario evidenziare alcuni profili relativi alla coerenza dalla pronuncia di compatibilità con la giurisprudenza della Corte. L'orientamento emergente dal Parere n. 1/17, parrebbe adottare un'interpretazione del principio di autonomia dell'ordinamento europeo tendenzialmente conforme con i criteri posti riguardo l'incompatibilità

³⁷⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/17*, par. 76. Si vedano: C. TITI, *Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court*, in L. SACHS, L. JOHNSON, J. COLEMAN (eds), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 526-527; A. METAXAS, *Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration*, in *European Papers*, 2021, pp. 636-640;

³⁷⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/17*, par. 71. Un profilo che, tuttavia, appare non privo di criticità, soprattutto laddove si consideri che nulla, nel CETA, chiarisce come identificare la "interpretazione prevalente" del diritto interno, ovvero le "autorità" delle parti che, alternativamente ai tribunali, le rendono. Si veda: C. RAPOPORT, *Balancing on a Tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's Narrow and Tortuous Path for the Compatibility of the EU's Investment Court System (ICS)*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1746-1747.

³⁷⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/17*, par. 72.

³⁷⁹ *Ibid.*, parr. 73, 77.

³⁸⁰ N. LAVRANOS, *CJEU Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2019, pp. 240-259.

dell'adesione europea alla CEDU con l'ordinamento dell'Unione europea³⁸¹, nonché con la giurisprudenza più risalente sul punto³⁸², perlomeno nella misura in cui l'art. 8.31 del CETA rispetti i limiti posti da tali criteri giurisprudenziali. Si può ritenere, invero, che tale conformità ai limiti posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dipenda in larga parte dalla circostanza che il CETA sia il frutto di una negoziazione portata avanti dalla Commissione europea e che dunque, quale istituzione dell'Unione europea, abbia inevitabilmente preso le mosse dagli orientamenti della Corte³⁸³. In tale ottica, il Parere n. 1/17 si atterrebbe quale riconoscimento della possibilità, per l'Unione europea, di costituire un'autorità giurisdizionale altra rispetto la Corte di giustizia e tuttavia compatibile con la giurisdizione di questa³⁸⁴.

Tuttavia, le notazioni della Corte appaiono muovere da una prospettiva interpretativa del principio dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea latamente più elastica. La prospettiva seguita è quella della netta soluzione di continuità tra la dimensione di diritto internazionale pubblico caratterizzante il CETA, da un lato, e l'autonomia costituzionale dell'ordinamento dell'Unione europea³⁸⁵. Si consideri, ad esempio, che la Corte si è espressa circa la compatibilità del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA, ivi incluso il Tribunale d'appello, pur in difetto dell'effettiva disciplina di quest'ultima che, come già osservato alla sezione vii di questo capitolo, è posta dal Comitato misto CETA ai sensi dell'art. 8.28 del trattato³⁸⁶.

Si tratta di una questione non di poco conto, ove si consideri l'eventualità che, nell'appello CETA relativo al merito della pronuncia di prima istanza, l'apprezzamento quale elemento di fatto del diritto dell'Unione europea traccimi in una sua interpretazione³⁸⁷. Inoltre, le considerazioni, di cui si è poc'anzi riferito, circa la valutazione meramente di fatto del diritto dell'Unione europea, a sostegno della compatibilità del Tribunale, appaiono contraddire largamente la giurisprudenza della medesima Corte di giustizia

³⁸¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 2/13*, del 18 dicembre 2014, par. 258. *Contra*, si veda: S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Between Fiction and Reality: The External Autonomy of EU Law as a "Shapeshifter" After Opinion 1/17*, in *European Papers*, 2021, pp. 678-681.

³⁸² Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/91*, del 4 dicembre 1991, parr. 44 e ss.; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/92*, del 10 aprile 1992, parr. 23-24, 28-29; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/09*, del 9 marzo 2011, par. 89.

³⁸³ A. MELIKYAN, *The Legacy of Opinion 1/17: To What Extent Is the Autonomous EU Legal Order Open to New Generation ISDS?*, in *European Papers*, 2021, pp. 651-653.

³⁸⁴ C. RIFFEL, *The CETA Opinion of the European Court of Justice and its Implications—Not that Selfish After All*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, pp. 503-521.

³⁸⁵ E. KASSOTI, J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy and International Investment Arbitration: Reflections on Opinion 1/17*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 17. In dottrina, si è tuttavia discusso circa il carattere meramente formale di tale prospettiva. Si veda: G.C. LEONELLI, *CETA and the External Autonomy of the EU Legal Order: Risk Regulation as a Test*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, pp. 47-50.

³⁸⁶ S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Between Fiction and Reality: cit.*, p. 680.

³⁸⁷ A. METAXAS, *Opinion 1/17: Autonomy of EU cit.*, pp. 639-640.

relativa all'incompatibilità della giurisdizione ICSID, dipendente da trattati bilaterali d'investimento intra-europei, con l'ordinamento dell'Unione. Tale giurisprudenza, infatti, esclude la compatibilità degli accordi intra-europei, contenenti clausole compromissorie, poiché la competenza arbitrale sottrarrebbe alla giurisdizione della Corte di giustizia "controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione" del diritto dell'Unione europea, di conseguenza minandone la piena efficacia³⁸⁸.

Certamente, la Corte di giustizia ha opportunamente inteso distinguersi, piuttosto, dalla più generale giurisprudenza in tema di autonomia dell'ordinamento europeo e trattati d'investimento intra-europei³⁸⁹, distinguendo tautologicamente la fattispecie delle clausole compromissorie contenute in quest'ultimi e la giurisdizione CETA³⁹⁰. Da ciò, inoltre, discenderebbe la natura "relazionale" del principio di autonomia nella giurisprudenza della Corte di giustizia³⁹¹. Solo attraverso tale connotazione del principio di autonomia dell'ordinamento europeo, infatti, può giustificarsi il diverso tenore dei criteri adottati dalla Corte nel valutarne la compatibilità con il Tribunale CETA ed il Tribunale d'appello: diversamente, lo *standard* posto nel caso *Achmea* ne avrebbe determinato l'incompatibilità³⁹².

³⁸⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Polonia c. PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, Sentenza del 26 ottobre 2021, par. 45; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Commissione europea c. European Food SA e altri*, causa C-638/19 P, Sentenza del 25 gennaio 2022, par. 139. Si veda: F. PASCUAL-VIVES, *El Principio de Autonomía y el Arbitraje de Inversión Ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A Propósito de Polonia c. PL Holdings*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 669 ss.

³⁸⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica slovacca c. Achmea*, causa C-284/16, Sentenza del 6 marzo 2018, par. 57-60. Si veda: M.R. CALAMITA, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *DPCE Online*, 2018, pp. 467-473; S. HINDELANG, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJEU's Judgement in Achmea Put in Perspective*, in *European Law Review*, 2019, pp. 387-390.

³⁹⁰ Corte di giustizia, *Parere 1/17*, par. 127-129. Si veda: M. FANOU, *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 123-124. Del resto, nel caso *Achmea*, tra le ragioni cardine dell'incompatibilità dei trattati bilaterali d'investimento intra-europei, e delle rispettive clausole compromissorie, con l'ordinamento dell'Unione europea vi erano la messa in discussione dei principi di leale cooperazione e di fiducia reciproca. Si veda: C. CONTARTESE, *Achmea and Opinion 1/17: Why do Intra and Extra-EU Bilateral Investment Treaties Impact Differently on the EU Legal Order?*, in *ECB Legal Working Paper Series*, 2019, p. 9; D. RESTREPO AMARILES, A. ARDELAN FARHADI, A. VAN WAYENBERGE, *Reconciling International investment law and European Union law in the wake of Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 926; J.W. VAN ROSSEM, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARTESE (eds.), *EU External Action in cit.*, pp.65-66.

³⁹¹ E. KASSOTI, J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy cit.*, pp. 6, 15-19.

³⁹² M. GATTI, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, in *European Papers*, 2019, pp. 114-118.

II.ix Il lodo arbitrale, la sua esecuzione e gli articoli 8.39 ed 8.41 del CETA

Se, come evidenziato nel lavoro sin qui svolto, le parti del CETA paiono aver inteso la codificazione degli *standard* di protezione degli investimenti stranieri quale argine alla compressione dell'esercizio della sovranità interna, in special modo nella sua dimensione regolamentare, non stupisce come anche il contenuto delle pronunce rese dal Tribunale CETA, ovvero dal Tribunale d'appello, sia stato rigidamente individuato. L'art. 8.39 del trattato eurocanadese, rubricato "sentenza definitiva", pone infatti il contenuto prescrittivo della decisione all'esito del giudizio. Ciò risulta evidente sin dal primo paragrafo della norma, ove il contenuto della sentenza definitiva, che riconosca vittoriosa la parte attrice, è individuato, restrittivamente, nelle sole modalità della restituzione ovvero del risarcimento del pregiudizio patrimoniale patito dall'investitore, secondo un'impostazione affatto dissimile da quella emergente dall'esperienza negoziale nordamericana³⁹³.

Le due possibilità non sono tra loro alternative, in quanto l'art. 8.39 del CETA ne prevede altresì l'applicazione congiunta. Tuttavia, l'approccio restrittivo del contenuto decisorio si evince chiaramente dalle limitazioni poste in ordine alla restituzione, in quanto circoscritta ai soli beni dell'investitore e, dunque, al diritto di proprietà. Si tratta di una puntualizzazione affatto trascurabile, a tutela della dimensione regolamentare dello Stato ospite, in quanto elide la possibilità della *restitutio in integrum*³⁹⁴. Di conseguenza, l'eventuale pregiudizio patito dall'investitore straniero in ragione di una misura regolamentare in contrasto con gli obblighi dipendenti dai trattamenti in materia di investimenti stranieri posti dal CETA determinerebbe per l'attore sì il diritto, oltre che ad un possibile risarcimento, alla restituzione dei beni, ma non al ripristino della dimensione normativa conforme al trattamento violato dallo Stato ospite³⁹⁵.

³⁹³ NAFTA, articolo 1135; USMCA, articolo 14.D.13.

³⁹⁴ Invero, che l'obbligo di restituzione, di cui agli articoli 33 e 34 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, incomba altresì rispetto agli investitori stranieri, oltre che nei confronti degli Stati e della comunità internazionale nel suo insieme, laddove il trattato d'investimento taccia, è questione dibattuta. Si veda: U. KRIEBAUM *Restitution in International Investment Law*, in R. HOFMANN (ed.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Baden, Nomos, 2011, pp. 203-205. Si vedano: *Antoine Goetz c. Burundi*, par. 135; *Petrobart Limited c. Kirghizistan*, par. VIII.9.A; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Giordania*, parr. 129-132; Tribunale arbitrale ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. e Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, n. ARB/06/2, Lodo del 16 settembre 2015, par. 555.

³⁹⁵ Notazioni analoghe sono emerse altresì in certa prassi arbitrale, rispetto l'impossibilità di imporre una condotta specifica allo Stato ospite soccombente in quanto compressione della sovranità statale. Si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, n. ARB/02/1, Lodo del 25 luglio 2007, par. 87; Tribunale arbitrale ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental*

Ciò pone, tuttavia, il tema della qualificazione dei “beni” suscettibili di restituzione. Sul punto, la prassi arbitrale potrebbe forse offrire utili indirizzi per orientare la giurisprudenza CETA, in particolar modo rispetto alla restituzione di beni intangibili³⁹⁶, atteso che ciò rischierebbe di consentire un aggiramento di fatto del divieto di *restitutio in integrum* di cui si è detto. Questo profilo troverebbe ulteriore conferma nell’alternativa, rispetto all’ordine di restituzione, del pagamento del “risarcimento dei danni patrimoniali equivalenti al valore equo di mercato che avevano i beni” di cui alla lettera b), paragrafo primo, dell’art. 8.39 del CETA. Si tratta, invero, di una previsione circoscritta alle sole fattispecie espropriative, quale facoltà dello Stato ospite soccombente che ne faccia richiesta.

La rigida individuazione del contenuto prescrittivo delle sentenze definitive è perseguita, inoltre, attraverso l’enunciazione dei criteri in ordine ai quali determinare il *quantum* risarcitorio. Il limite è posto anzitutto verticalmente, poiché l’art. 8.39 del CETA stabilisce che la somma dovuta, a titolo risarcitorio, non possa superare le perdite patite dall’attore. Di conseguenza, è la quantificazione del pregiudizio economico sofferto dall’investitore straniero a determinare il riferimento massimo rispetto alla quantificazione risarcitoria³⁹⁷. Inoltre, la norma prevede che siano espunte, ai fini della determinazione della misura risarcitoria, tanto le somme preventivamente rese dallo Stato ospite a titolo compensativo, quanto le restituzioni, ivi incluse quelle che abbiano inteso ripristinare la dimensione normativa ovvero regolamentare suscettibile di ledere l’investimento. Sotto quest’ultimo profilo, l’art. 8.39 del CETA tace riguardo come tale genere di restituzione dovrà essere economicamente valutata.

D’altra parte, la norma dettaglia puntualmente il riparto dei costi di giudizio tra le parti controverse. Posto il criterio dell’allocazione delle spese in termini analoghi a quello, interno, della soccombenza, quale principio generale, a corollario del quale si prevede, in caso di accoglimento solo parziale della domanda di parte attrice, una ripartizione delle spese “proporzionale al numero o alla portata delle parti della domanda (...) accolte”, l’art. 8.39 del CETA opera una distinzione tra costi di giudizio e altre spese ragionevoli. Si tratta di una distinzione utile, tra l’altro, alla maggior chiarezza della determinazione delle spese di giudizio, atteso che anche tali

Exploration e Production Company c. Ecuador, n. ARB/06/11, Decisione del 17 agosto 2007, par. 79.

³⁹⁶ Tribunale arbitrale ICSID, *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, n. ARB/97/7, Lodo del 13 novembre 2000, par. 95 ss; Tribunale arbitrale ICSID, *Société d’Exploitation des Mines d’Or de Sadiola S.A. c. Mali*, n. ARB/01/5, Lodo del 25 febbraio 2003, par. 99; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, par. 208-209; Si veda: U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in S. BREITENMOSER (ed.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, Nomos, 2007, p. 744.

³⁹⁷ Corte permanente di giustizia internazionale, *Germania c. Polonia*, Sentenza del 13 settembre 1928, pag. 47.

costi sono allocati secondo i principi di cui si è detto. Si tratta di una previsione particolarmente rilevante laddove si consideri, ai sensi dell'art. 8.23 del CETA, che la domanda di parte attrice sia stata presentata, conformemente alla Convenzione di Washington, e al relativo regolamento per i procedimenti arbitrali ICSID, ovvero al regolamento arbitrale UNCITRAL, poiché entrambe le fonti includono una disciplina relativa alla ripartizione tra le parti delle spese di giudizio. Tuttavia, se a tal riguardo l'art. 42 del regolamento arbitrale UNCITRAL appare latamente più vicino al dettato dell'art. 8.39 del CETA³⁹⁸, lo stesso non può dirsi rispetto all'art. 61, paragrafo secondo, della Convenzione di Washington³⁹⁹, nonché alla regola 52 del regolamento per i procedimenti arbitrali ICSID⁴⁰⁰: quest'ultimi, infatti, seguono piuttosto il principio della discrezionalità arbitrale circa la ripartizione dei costi di giudizio⁴⁰¹.

In ogni caso, nella dinamica più generale del diritto internazionale degli investimenti, l'adozione di criteri rigidi in ordine alla quantificazione e del risarcimento e dei costi di giudizio è un aspetto di grande rilevanza, poiché

³⁹⁸ “The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case. The arbitral tribunal shall in the final award or, if it deems appropriate, in any other award, determine any amount that a party may have to pay to another party as a result of the decision on allocation of costs.”

³⁹⁹ “(...) In the case of arbitration proceedings, the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.”

⁴⁰⁰ “In allocating the costs of the proceeding, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including: (a) the outcome of the proceeding or any part of it; (b) the conduct of the parties during the proceeding, including the extent to which they acted in an expeditious and cost-effective manner and complied with these Rules and the orders and decisions of the Tribunal; (c) the complexity of the issues; and (d) the reasonableness of the costs claimed.(...)”

⁴⁰¹ Da ciò è disceso lo sviluppo, nella prassi arbitrale, di principi specifici in ordine all'attribuzione delle spese arbitrali. Circa il cosiddetto “*rule of equal sharing*”, relativo alla ripartizione dei rispettivi costi tra le parti, si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malesia*, n. ARB/05/10, Lodo del 17 maggio 2007, par. 150; *Tokios Tokelos c. Ucraina*, par. 146; Tribunale arbitrale ICSID, *M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine, Inc. c. Ecuador*, n. ARB/03/6, Lodo del 31 luglio 2007, pr. 372; *Sempra Energy International c. Argentina*, par. 5, dispositivo; Tribunale arbitrale ICSID, *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, n. ARB/10/12, Lodo del 2 novembre 2012, par. 276; Tribunale arbitrale ICSID, *OPIC Karimum Corporation c. Venezuela*, n. ARB/10/14, Lodo del 28 maggio 2013, par. 180. Circa il cosiddetto “*cost-follow-the-event*”, assimilabile al criterio della soccombenza, si vedano: Tribunale arbitrale ICSID, *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, n. ARB/06/18, Lodo del 28 marzo 2011, par. 380; Tribunale arbitrale ICSID, *OI European Group B.V. c. Venezuela*, n. ARB/11/25, Lodo del 10 marzo 2015, par. 964; Tribunale arbitrale ICSID, *Marco Gavazzi e Stefano Gavazzi c. Romania*, n. ARB/12/25, Lodo del 18 aprile 2017, par. 311.

il timore di dover corrispondere risarcimenti eccessivamente onerosi, specialmente sentito dalle nazioni importatrici di capitali, è tra le cause di limitazione dell'esercizio della sovranità interna statale⁴⁰². Inoltre, nella prospettiva degli Stati ospiti, la tendenziale prevedibilità del risarcimento, attraverso criteri specifici in ordine alla sua determinazione, appare coerente con gli obiettivi di interesse pubblico.

Chiariti i criteri posti per la determinazione del contenuto prescrittivo di una sentenza definitiva pronunciata dal Tribunale di prima istanza ovvero d'appello del CETA, occorre volgere l'attenzione alle modalità di produzione di effetti giuridici, sul piano dell'ordinamento interno, previste dal trattato. Il tema dell'esecuzione delle sentenze CETA è, come si dirà, tra i profili maggiormente critici dell'intero impianto "giurisdizionalizzato" del meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore eurocanadese. Come emergerà dall'analisi dell'art. 8.41 del CETA, infatti, l'effettività dell'esecuzione, anche nei confronti di paesi terzi rispetto al trattato, è garantita attraverso il rinvio alla Convenzione di New York del 1958 e alla Convenzione di Washington: ciò determina specifiche ricadute sul piano della natura giuridica delle sentenze definitive CETA, nella misura in cui queste siano qualificate come lodi arbitrali.

Si tratta, invero, di problematicità che sembrerebbero, in una certa misura, ridurre il portato di uno degli aspetti più innovativi del meccanismo CETA, la sua struttura a due gradi di giudizio. Sin nel primo paragrafo, l'art. 8.41 del trattato, nel chiarire la natura vincolante per le parti controverse della sentenza definitiva resa, specifica che detti effetti si dispiegano esclusivamente "in relazione al caso specifico oggetto della pronuncia". Ebbene, da ciò parrebbe evincersi un'affatto larvata intenzione di elidere ogni possibile vincolatività dei precedenti nel meccanismo, pur "giurisdizionalizzato", del CETA. Si tratterebbe di un limite non di poco conto ad una delle finalità più rilevanti del sistema, ovvero la prevedibilità delle pronunce perseguita attraverso la coerenza della prassi.

Sebbene l'adozione della Decisione n. 1 del 2021, da parte del Comitato misto CETA⁴⁰³, abbia risolto, ai sensi dell'art. 8.28, paragrafo nove, lettera e) del CETA, le problematiche emergenti dal coordinamento tra l'art. 8.41 del CETA e le differenti disposizioni in materia di revisione ovvero annullamento della sentenza, dipendenti dalla scelta della procedura arbitrale di cui all'art. 8.23 del trattato⁴⁰⁴, il tema della qualificazione giuridica della

⁴⁰² La prassi arbitrale non è nuova, del resto, a disporre risarcimenti significativamente gravosi. Si vedano: Tribunale arbitrale UNCITRAL, *CME c. Repubblica Ceca*, Lodo finale del 14 marzo 2003, par. 620; Tribunale arbitrale ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration e Production Company c. Ecuador*, n. ARB/06/11, Lodo del 5 ottobre 2012, par. 824-825.

⁴⁰³ Si veda Capitolo II, sezione vii.

⁴⁰⁴ L'adozione della Decisione n. 1 del 2021 del Comitato misto CETA, infatti, ha determinato la disapplicazione del paragrafo terzo dell'art. 8.41 del CETA. Quest'ultimo disciplinava le differenti condizioni per l'esecuzione di una sentenza definitiva, eventualmente soggetta a

sentenza definitiva resta ancora controverso. La chiave di volta dell'esecuzione delle pronunce CETA è posta dalla natura arbitrale che l'art. 8.41 del trattato attribuisce alle sentenze definitive. Questa è infatti funzionale all'applicazione tanto della Convenzione di New York del 1958 quanto della Convenzione di Washington. Se l'esecuzione ai sensi degli articoli dal 53 al 55 di quest'ultima, è consentita limitatamente alle sentenze definitive all'esito di un'azione incardinata secondo la procedura arbitrale ICSID, l'esecuzione ai sensi dell'art. I della Convenzione di New York del 1958 è possibile, invece, rispetto a tutte le sentenze definitive CETA. In ciascuna di queste eventualità, tuttavia, l'art. 8.41 del CETA riconosce la natura arbitrale delle sentenze definitive. Inoltre, onde consentire l'esecuzione anche negli Stati membri dell'Unione europea che abbiano apposto riserva ai sensi del paragrafo terzo della Convenzione di New York del 1958, l'art. 8.41 del CETA insiste ulteriormente sulla natura giuridica delle sentenze definitive, prevedendo che le stesse afferiscano "a domande derivanti da una relazione o da una transazione commerciale". Attraverso la qualificazione ad un tempo e arbitrale e commerciale delle sentenze definitive rese, la norma salvaguarda, quantomeno nella dimensione interna alle parti del CETA, l'esecuzione ai sensi della Convenzione di New York.

Infatti, l'eventuale esecuzione in Stati terzi appare problematica. Anzitutto, ove si consideri che la natura arbitrale delle sentenze definitive, sebbene funzionale all'esecuzione ai sensi della Convenzione di New York del 1958, è una qualificazione giuridica che vincola esclusivamente le parti del CETA. In altre parole, se è senz'altro vero che le corti nazionali delle parti del trattato eurocanadese non potrebbero negare, ai fini dell'esecuzione secondo predetta Convenzione, che le sentenze definitive abbiano natura arbitrale, ciò non è altrettanto vero per le corti interne di Stati terze⁴⁰⁵. Sebbene in dottrina la problematica risulterebbe piuttosto evidente⁴⁰⁶, non

revisione ovvero annullamento ai sensi della Convenzione di Washington, e del rispettivo regolamento per i procedimenti arbitrali ICSID, ovvero "del regolamento del meccanismo supplementare ICSID, del regolamento arbitrale UNCITRAL o di qualunque altro regolamento applicabile". La norma poneva appariva particolarmente problematica tanto sotto il profilo della determinazione del *dies a quo*, specialmente nel contesto della Convenzione di Washington, visto il dettato dell'articolo 49, paragrafo primo, nonché degli articoli 51 e 52 di detta Convenzione, quanto sotto il profilo, nelle altre ipotesi, del coordinamento con l'art. VI della Convenzione di New York del 1958.

⁴⁰⁵ R. HAPP, S. WUSCHKA, *From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma*, in *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017, p. 124; R. HAPP, *The CETA-Tribunal: is it a Court? Is it an Arbitration Tribunal? Is it Something Else? An Analysis of a Legal Chimera*, in M. GEBAUER, T. KLÖTZEL, R.A. SCHÜTZE (eds.), *Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23.10.2020*, Berlino, De Gruyter, 2020, p. 31.

⁴⁰⁶ Invero, come emergerà con maggior evidenza oltre, più che il tema della natura arbitrale delle sentenze definitive CETA, il "peccato originale" dell'art. 8.41 del trattato, che osta all'esecuzione in uno Stato terzo, risiederebbe nella natura di *inter alios acta* delle previsioni relative, tanto rispetto la Convenzione di New York, quanto la Convenzione di Washington.

mancono voci che ritengono, invece, la natura arbitrale ininfluente, di per sé, ai fini dell'applicazione della Convenzione di New York⁴⁰⁷. Si potrebbe, invero, discutere circa gli elementi che caratterizzino la natura di una pronuncia arbitrale. In dottrina, si è argomentato circa alcune peculiarità caratterizzanti la procedura, onde definirne la natura arbitrale, quali il carattere di giurisdizione volontaria, capace di rendere pronunce definitive e vincolanti tra le parti, all'esito di una procedura non assoggettata al controllo dello Stato, da un organo i cui membri siano individuati dalle parti⁴⁰⁸. Ebbene, di questi profili, i temi del carattere non statale del meccanismo di risoluzione della controversia e l'individuazione dei suoi componenti da parte delle parti controverse appare, forse, problematica. In quale misura il foro di uno Stato terzo potrebbe riconoscere che il Tribunale CETA, ovvero d'appello, si componga di membri nominati dalle parti controverse, attesa la disciplina di composizione di detti organi ai sensi degli articoli 8.27 ed 8.28 del CETA che pone il monopolio della loro designazione in capo alla volontà delle parti del trattato⁴⁰⁹? D'altro canto, l'esperienza internazionale conosce esempi di tribunali arbitrali la cui composizione non è affatto determinata dalle parti⁴¹⁰. Quali che siano gli elementi essenziali che consentano di definire la natura arbitrale di una pronuncia, che l'inquadramento di tale aspetto sia rimesso, ai fini dell'esecuzione, alle valutazioni del foro interno di uno Stato terzo rischia di minare significativamente l'effettività del meccanismo eurocanadese.

Quanto, poi, alla specifica previsione relativa alla qualificazione, quale lodo ICSID, delle sentenze definitive rese all'esito di azioni incardinate secondo la procedura arbitrale della Convenzione di Washington cui si è fatto cenno, anch'essa pone alcune problematiche. Occorre nuovamente chiedersi se i caratteri tipici del meccanismo "giurisdizionalizzato" del trattato eurocanadese e, in particolare, il paragrafo sesto dell'art. 8.41 del CETA, che qualifica come lodi ICSID le sentenze definitive, siano ascrivibili ad un accordo modificativo della Convenzione di Washington, ai sensi dell'art. 41, paragrafo primo, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Come argomentato in tema di diritto applicabile⁴¹¹, appare difficile ritenere che da ciò discendano conseguenze negative per le altre parti della

Si veda: C. TITI, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, in *Transnational Dispute Management*, 2017, pp. 33-34.

⁴⁰⁷ G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 378.

⁴⁰⁸ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, Berlino, Springer, 2018 p. 161.

⁴⁰⁹ ; R. HAPP, *The CETA-Tribunal: is it a Court? cit.*, p. 308.

⁴¹⁰ Si pensi, ad esempio, alle regole di arbitrato del *Tribunal arbitral du sport*, ovvero al *Basketball Arbitral Tribunal*. Si veda: M. POTESTÀ, *Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2018, p. 167.

⁴¹¹ Si veda Capitolo II, sezione viii.

Convenzione di Washington, né sotto il profilo dei rispettivi diritti né sotto quello dei reciproci obblighi da adempiere. Anche la struttura stessa dell'appello CETA, seppure apparentemente contrastante con il divieto di cui all'art. 53 della Convenzione di Washington e, pertanto, astrattamente rientrante nell'ipotesi di una modifica relativa ad “una disposizione dalla quale non si possa derogare senza che vi sia una incompatibilità con l'effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato” ai sensi dell'art. 41, paragrafo primo, lettera b), numero ii) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴¹², andrebbe diversamente considerata. Come discusso in precedenza⁴¹³, i motivi d'appello previsti dall'art. 8.28 del CETA includono quelli previsti ai fini dell'annullamento dei lodi arbitrali ICSID ai sensi dell'art. 52 della Convenzione di Washington. Appare difficile ritenere che un meccanismo siffatto possa risultare incompatibile con l'oggetto e lo scopo della Convenzione medesima. Nonostante queste considerazioni, si pongono tuttavia dei limiti circa la possibile esecuzione di una sentenza definitiva qualificata come pronuncia ICSID in uno Stato terzo. In dottrina, si è argomentato circa l'eventualità che la corte di uno Stato terzo possa ritenere il meccanismo “giurisdizionalizzato” CETA scarsamente connesso all'arbitrato ICSID e, pertanto, le sentenze pronunciate da questo non eseguibili come un lodo ICSID, sicché il paragrafo sesto dell'art. 8.41 del CETA non vincolerebbe altri che le parti del trattato⁴¹⁴. Certamente, residuerebbe in quest'ipotesi la possibilità di qualificare la sentenza definitiva quale “arbitrale”, al fine dell'esecuzione ai sensi dell'art. I della Convenzione di New York, pur con tutti i limiti di cui si è discusso.

Indubbiamente, in termini di effettività, l'esecuzione ai sensi della Convenzione di Washington offre vantaggi cristallini: ai sensi dell'art. 54, gli obblighi pecuniari devono essere eseguiti dagli Stati parte della Convenzione, riconoscendo il lodo arbitrale ICSID come una decisione definitiva emessa dai propri organi giudiziari interni, come tale insuscettibile di revisione, neppure per ragioni di ordine pubblico⁴¹⁵, fatto salvo il limite dell'immunità

⁴¹² N.J. CALAMITA, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, p. 609.

⁴¹³ Si veda Capitolo II, sezione vii.

⁴¹⁴ N.J. CALAMITA, *The (In)Compatibility of Appellate cit.*, p. 615. *Contra*, si veda: F. HOFFMEISTER, *The EU Contribution to the Progressive Development of Institutional Aspects in International Investment Law*, in *Revue Belge de Droit International*, 2017, p. 584. Su una posizione intermedia, ritenendo invece dirimente la qualificazione di una sentenza, resa dal Tribunale d'appello CETA, quale “definitiva” ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Washington, al fine dell'esecuzione in uno Stato terzo, si veda: A.J. VAN DEN BERG, *Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions*, in *ICSID review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, p. 171.

⁴¹⁵ C. SCHEREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. C. SINCLAIR, *The ICSID Convention: cit.*, pp. 1136-1143. M. BURGSTALLER, *Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union*, in C. BALTAG (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016, pp. 402-426.

statale⁴¹⁶, limite il quale, beninteso, si rivela di non poco conto⁴¹⁷. Inoltre, non può ignorarsi che gli obblighi discendenti dal CETA si riverberino anche nell'ordinamento dell'Unione europea, ponendosi al tempo stesso, in capo agli Stati membri⁴¹⁸. Ciò potrebbe lasciar intendere che, forse, la scelta di garantire l'effettività dell'esecuzione attraverso una modifica *inter se* della Convenzione di Washington, pur con le possibili criticità circa l'esecuzione delle sentenze definitive in uno Stato terzo, garantirebbe un'efficace protezione degli investimenti sul piano bilaterale. Si tratterebbe, dunque, di una scelta dettata dalla consapevolezza degli obblighi rafforzati che il trattato eurocanadese pone nell'ordinamento europeo. Infatti, se dalla mancata esecuzione, da parte di uno Stato membro dell'Unione, può discendere, ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, l'avvio di una procedura d'infrazione e, al contempo, l'*enforcement* in uno Stato terzo risulta limitato dalla natura di accordo modificativo caratterizzante il paragrafo sesto dell'art. 8.41 del CETA, si potrebbe allora ipotizzare un'effettività "rafforzata", sul piano europeo, delle sentenze definitive CETA. In altri termini, le limitate possibilità di ottenere l'esecuzione della sentenza definitiva, al di fuori del contesto eurocanadese, non sarebbero, forse, una criticità del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA, quanto piuttosto un consapevole ridimensionamento, in termini di *enforceability*, utile a garantire, per converso, un controllo rafforzato sull'esecuzione. Questa sarebbe certamente più effettiva, in virtù delle peculiarità tipiche della Convenzione di Washington, sebbene circoscritta alla dimensione eurocanadese.

Vale tuttavia la pena di dar conto che, sul piano nazionale, questa non parrebbe essere affatto la prospettiva adottata. La Corte Suprema irlandese, infatti, ha ritenuto la ratifica del CETA, in ragione delle disposizioni relative all'esecuzione della sentenza definitiva, contraria al dettato dell'art. 29 della Costituzione d'Irlanda⁴¹⁹. In particolare, la Corte ha posto il tema dell'incidenza dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di

⁴¹⁶ C. SCHEREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. C. SINCLAIR, *The ICSID Convention: cit.*, pp. 1152 ss.

⁴¹⁷ Il limite dell'immunità statale all'esecuzione è tutt'altro che trascurabile, nella prospettiva concreta dell'investitore straniero. Sovente, il creditore incorre in limiti obiettivi all'effettività, restando alla mercè della volontà dello Stato di dare esecuzione o meno al lodo arbitrale, poiché se per un verso i beni *jure gestionis* eventualmente aggrediti ben possono essere ritenuti al di fuori della titolarità dello Stato, per altro verso i beni ascrivibili ad attività *jure imperii* risultano schermati dall'esecuzione in ragione dell'immunità statale. Si veda: E. GAILLARD, *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities: Three Incompatible Principles*, in E. GAILLARD, J. YOUNAN (eds.), *State Entities in International Arbitration*, New York, Juris Publishing, 2008, p. 183.

⁴¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *R. & V. HAEGEMAN S.R.L., Bruxelles c. Belgio*, causa C-181-73, Sentenza del 30 aprile 1974, par. 3/5; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Meryem Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, Sentenza del 30 settembre 1987, par. 7.

⁴¹⁹ Corte Suprema irlandese, *Patrick Costello c. Governo irlandese, Irlanda, e altri*, Sentenza del 11 novembre 2022.

Washington, sulla sovranità giurisdizionale irlandese. Nella sua pronuncia, la Corte ha ritenuto che la ratifica del CETA fosse incompatibile con il dettato costituzionale irlandese, in ragione dell'impossibilità, per gli organi giurisdizionali interni, di rigettare l'esecuzione delle sentenze definitive laddove queste compromettano materialmente i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale irlandese o la sua identità costituzionale, ovvero impediscano di garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea o la sua coerenza ed integrità⁴²⁰.

Ebbene, non vi è dubbio che l'orientamento irlandese confligga nettamente con quanto affermato dalla Corte di giustizia nel parere n. 1/17, proprio in tema di compatibilità delle sentenze definitive CETA con il principio dell'autonomia dell'ordinamento europeo; quest'ultimo, come osservato⁴²¹, sarebbe difatti presidiato adeguatamente, nell'ottica della Corte, dalla previsione, ai sensi dell'art. 8.31 del trattato eurocanadese, che il diritto materiale applicabile dal Tribunale CETA sia costituito esclusivamente dalle tutele sostanziali di cui al Capitolo 8 del trattato medesimo, interpretate secondo il dettato della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Al contrario, il diritto dell'Unione europea sarebbe relegato ad un apprezzamento meramente fattuale, conformemente all'interpretazione resane dalla giurisprudenza europea. Inoltre, la pronuncia della Corte Suprema irlandese parrebbe profilare, neanche troppo implicitamente, un'eccezione di ordine pubblico all'esecuzione delle sentenze CETA. Eccezione che, com'è noto, non ha margini di compatibilità con il dettato dell'art. 54 della Convenzione di Washington⁴²².

⁴²⁰ P. LEONARD, *Patrick Costello v the Government of Ireland, Ireland and the Attorney General: Obstacles to the Ratification of CETA in the Irish Constitutional Context*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2023, p. 291.

⁴²¹ Si veda Capitolo II, sezione viii.

⁴²² P. LEONARD, *Patrick Costello v the Government of Ireland cit.*, pp. 291-292.

CAPITOLO III

LA COSTITUZIONE DI UNA CORTE MULTILATERALE PERMANENTE IN MATERIA DI INVESTIMENTI

SOMMARIO: i. Cenni introduttivi al capitolo terzo. – ii. Il prototipo multilaterale eurocanadese emergente dal modello “giurisdizionalizzato” CETA: suggestioni e profili critici. – iii. Coerenza materiale e legittimità istituzionale: un meccanismo multilaterale d’appello ovvero a due gradi di giudizio? – iv. L’orizzonte futuribile del Draft Statute of the Multilateral Investment Court alla luce dei profili critici del modello “giurisdizionalizzato” CETA

III.i *Cenni introduttivi al capitolo terzo*

Lo studio dei profili più innovativi del Capitolo 8 del CETA permette di comprendere quanto, tanto l’Unione europea quanto il Canada, si siano spese per realizzare un prototipo olistico di trattato internazionale sugli investimenti, teso alla sintesi dei profili riformatori della materia sul piano tanto sostanziale quanto procedurale. Tale sintesi può essere incardinata nella prospettiva di una possibile unitarietà del diritto internazionale degli investimenti in chiave pubblicistica. La tutela dell’interesse pubblico, di cui la promozione degli investimenti internazionali è un segmento, è la declinazione imposta dalle parti alla disciplina della materia. Si tratta di un profilo, quello dell’interesse pubblico, che informa tutto l’impianto della protezione degli investimenti eurocanadese e che determina la coerenza di fondo del meccanismo “giurisdizionalizzato” con la rigida codificazione dei diritti garantiti agli investitori. Il prototipo del CETA è, inoltre, completato dalla previsione di obblighi precipui per le parti volti alla costituzione di Corte multilaterale a due gradi di giudizio in materia di investimenti. Pur nella sua innovatività, il trattato eurocanadese non è privo di criticità. Si tratta di limiti connaturati alla necessità, per un verso, di non isolare la giurisdizione CETA dall’alveo del diritto internazionale degli investimenti contemporaneo, e, per altro verso, di disseminare nella comunità internazionale le istanze riformatrici del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore che la caratterizzano. Questo consentirebbe di spiegare, oltre all’attivismo dell’Unione europea in seno all’*UNCITRAL Working Group III*, anche l’integrazione del meccanismo “giurisdizionalizzato” CETA nella cornice procedurale delle Convenzioni di Washington e di New York. Ciò, si badi, pur con i limiti che implicherebbe in tema di esecuzione.

Sono proprio i lavori svolti in seno all’*UNCITRAL Working Group III*, e le differenti posizioni della comunità internazionale in ordine all’introduzione di una giurisdizione a carattere permanente in materia di

investimenti, ad orientare lo studio verso due possibili modelli multilaterali: un meccanismo d'appello ovvero una giurisdizione a due gradi di giudizio. Le due soluzioni, diversamente articolate, cercano di rispondere, rispettivamente, tanto al tema della contraddittorietà della prassi quanto quello della legittimità istituzionale della risoluzione delle controversie.

Quanto al meccanismo multilaterale d'appello, si tratterebbe di una soluzione capace di temperare la sopravvivenza dei tribunali arbitrali internazionali di investimento con la ricerca di una maggiore uniformità delle tutele materiali. Pur potendosi astrattamente modificare la Convenzione di Washington introducendo nel *framework* procedurale un *Appeals Facility*, si tratterebbe tuttavia di una via difficilmente percorribile, come del resto provato da precedenti storici di inizio millennio tesi proprio a quest'obiettivo. Di conseguenza, si volge il lavoro all'ipotesi di una Convenzione specifica per l'introduzione di un'istanza di appello multilaterale, la quale includa la previsione di un'adesione progressiva degli Stati. Di conseguenza, il meccanismo multilaterale d'appello si fonderebbe sulla convivenza non solo con il sistema di *enforcement* tanto della Convenzione di New York quanto della Convenzione di Washington, con tutte le predette ricadute che si determinerebbero sul piano dell'effettività dell'esecuzione, ma altresì con la nebulosa di trattati in materia di investimenti.

Quanto all'alternativa di una giurisdizione multilaterale a due gradi di giudizio, occorre prendere in considerazione anzitutto le posizioni in dottrina più critiche al riguardo. In special modo, infatti, è necessario confrontarsi con gli orientamenti dottrinali che non ritengono la "giurisdizionalizzazione" suscettibile di condurre ad un'armonizzazione del diritto internazionale degli investimenti; questo, nonostante la prospettiva da cui questo genere di riforme muove, e cioè il riequilibrio del sinallagma Stato-investitore. Circa le modalità di istituzione di un meccanismo a due gradi di giudizio, invece, bisogna considerare la possibilità di un'adesione *à la carte*, onde favorire la flessibilità complessiva del sistema, quale alternativa alla risoluzione tradizionale delle controversie, al netto dei possibili profili di conflitto di giurisdizione che potrebbero porsi e che, invero, ben potrebbero riguardare anche l'ipotesi di un appello multilaterale. Del resto, un meccanismo a due gradi di giudizio così congegnato rischierebbe cionondimeno di incorrere nei medesimi ostacoli in ordine all'esecuzione. Si tratta, in ultima analisi, di due ipotesi di riforma che riposano su differenti priorità, quali la coerenza degli orientamenti ovvero la legittimità istituzionale, e la cui obiettiva realizzabilità, come emerge dai lavori dell'*UNCITRAL Working Group III*, è rimessa alla composizione di interessi politici ed economici internazionali.

Ciononostante, il fermento intorno alle ipotesi di modelli alternativi al sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore ha prodotto, oltre al prototipo "giurisdizionalizzato" CETA, anche l'elaborazione, ad opera di

autorevole dottrina⁴²³, di un Progetto di statuto per una Corte multilaterale in materia di investimenti. Si tratta delle due soluzioni di riforma più avanzate sul tema: quella eurocanadese, da un lato, in ragione della discontinuità ed effettiva realizzazione, sul piano negoziale, di un prototipo concreto; quella di matrice dottrinale, dall'altro, poiché maggiormente articolata ed in discontinuità con la tradizione. Di conseguenza, si pone la necessità di compararne i profili più salienti. Riguardo al Progetto di statuto, questo si pone quale sintesi delle istanze di riforma. Si prevede, anzitutto, che la costituenda Corte multilaterale sia un'organizzazione internazionale indipendente, dotata di organi anche rappresentativi. Le problematiche afferenti alla legittimità del sistema sarebbero risolte attraverso una "giurisdizionalizzazione" piena, tesa, ad esempio, alla creazione di una comunità giuridica composita, sotto il profilo delle differenti competenze, non limitate al solo diritto internazionale, oltre che della matrice giuridico-culturale d'origine. Si prevede di integrare nel *corpus* di norme etiche, vincolanti per i giudici, un codice di condotta che ricomprenda le regole di trasparenza UNCITRAL e si codifica un sistema di intervento del terzo. Il principio dello stato di diritto e la stessa salvaguardia della potestà normativa statale sono ricompresi tra i principi cardine, che informano i doveri della Corte. Significative sono, inoltre, le innovazioni volte alla armonizzazione delle tutele materiali e dell'effettività delle sentenze. Riguardo al primo aspetto, il Progetto di statuto opererebbe quale strumento di raccordo, non solo delle differenti giurisdizioni, poste nei trattati di investimento di cui siano parte gli Stati membri, ma altresì dei differenti livelli di tutela ivi ricompresi. Circa l'esecuzione, il Progetto di statuto si discosta significativamente dalle cornici procedurali esistenti, introducendo un sistema interno ed istituendo un Fondo a garanzia dell'immediatezza dell'esecuzione.

III.ii *Il prototipo multilaterale eurocanadese emergente dal modello "giurisdizionalizzato" CETA: suggestioni e profili critici*

Che il Capitolo 8 del CETA sia il prototipo di trattato in materia di investimenti sul versante europeo è di tutta evidenza⁴²⁴. Le innovazioni introdotte dal trattato eurocanadese sono il frutto maturo, ad un tempo, delle elaborazioni, a carattere pubblicistico, riguardo le annose criticità del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investigatore, quanto relative alle tensioni tra i livelli di protezione tradizionalmente garantiti agli investimenti stranieri e la tutela della sovranità statale interna. L'esito del lavoro sin qui

⁴²³ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

⁴²⁴ A. REINISCH, *Putting the Pieces Together ... an EU Model Bit?*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, pp. 679-704; M.C. MALAGUTI, *Prospettive dell'Arbitrato degli Investimenti*, in D. MANTUCCI (ed.), *L'arbitrato negli Investimenti cit.*, pp. 1257-1259, 1264-1266. Vale giusto la pena osservare che l'Unione europea non abbia mai adottato un modello di trattato d'investimento.

svolto ha cercato, invero, di rintracciare i profili comuni a queste due tematiche. Si tratterebbe, infatti, di questioni solo apparentemente disgiunte. Contrariamente alla tradizionale separazione tra tutele sostanziali e procedurali, in virtù della quale il bilateralismo dei livelli di protezione sarebbe funzionale alla multilateralizzazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie⁴²⁵, la disciplina materiale del Capitolo 8 è indissolubilmente saldata all'impianto del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA⁴²⁶. Nel codificare i livelli di tutela offerti all'investitore, le modalità di accesso al mercato, nonché l'ambito d'applicazione stesso delle protezioni, le parti del trattato hanno restituito centralità alla funzione creatrice del diritto internazionale degli investimenti da parte degli Stati, limitando obiettivamente la discrezionalità applicativa ed interpretativa; al contempo, quest'approccio ha permesso alle parti di ridisegnare i confini di pieno esercizio della potestà regolamentare. Contestualmente, il riordino della disciplina materiale in materia di investimenti internazionali ha trovato maggiore compiutezza ed effettività, quantomeno nelle previsioni poste pattizamente dalle parti, attraverso la definizione dei caratteri principali dei due gradi di giudizio CETA. La determinazione della giurisdizione e l'inquadramento rigido dell'attività di interpretazione ed applicazione degli *standard* di protezione da parte del Tribunale, da un lato, e l'introduzione di correttivi all'interpretazione del trattato posti sotto il controllo delle parti, dall'altro, segnano distintamente il grado di scostamento dalla dinamica d'emersione del diritto internazionale degli investimenti classica, segnata dal cristallizzarsi di orientamenti più o meno costanti della prassi arbitrale.

⁴²⁵ Del resto, i primi tentativi di multilateralizzazione del diritto internazionale degli investimenti, che prevedevano disposizioni materiali e procedurali, sono tutti naufragati, mentre la cornice esclusivamente procedurale fornita dalla Convenzione di Washington ha visto, nel tempo, ampissima adesione da parte degli Stati. Si veda: J. SCHEU, *The Idea of a Multilateral Investment Court: in the Rise, Crisis and Reform of International Investment Law*, in J. SCHEU (ed.), *Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court*, Baden, Nomos, 2022, pp. 31-32, 35-36.

⁴²⁶ Ciò si può intuire agilmente dalle considerazioni della giurisprudenza europea in ordine alla protezione del potere regolamentare delle parti del trattato mediante la delimitazione della giurisdizione del Tribunale: "It is accordingly apparent from all those provisions, contained in the CETA, that, by expressly restricting the scope of Sections C and D of Chapter Eight of that agreement, which are the only sections that can be relied upon in claims before the envisaged tribunals by means of Section F of that Chapter, the Parties have taken care to ensure that those tribunals have no jurisdiction to call into question the choices democratically made within a Party relating to, inter alia, the level of protection of public order or public safety, the protection of public morals, the protection of health and life of humans and animals, the preservation of food safety, protection of plants and the environment, welfare at work, product safety, consumer protection or, equally, fundamental rights." Corte di giustizia, *Parere 1/17*, par. 160. Criticamente, sul punto, ritenendo che residui un margine di compressione dell'esercizio della sovranità interna, si veda: W.T. DOUMA, *Investor-State Dispute Settlement in EU Trade Agreements in the Light of EU Policy and Law*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARTESE (eds.), *EU External Action in cit.*, pp.238-241.

La formazione del diritto internazionale degli investimenti eurocanadese pare rigettare l'illusione che possa davvero emergere una *jurisprudence constante* dalla solitaria attività dei tribunali arbitrali. Ciò non può accadere non soltanto, come potrebbe intuirsi in prima battuta, in ragione della natura *ad hoc* intrinseca all'arbitrato. Come si è già discusso⁴²⁷, tale natura non sarebbe un limite, perlomeno nella concezione di chi identifichi la prassi arbitrale con la manifestazione dell'unitarietà del diritto internazionale, così da ritenere che la *jurisprudence constante* possa emergere ben oltre la mera persuasività del precedente arbitrale in sé⁴²⁸.

Bensi, perché è l'addensarsi di un diritto internazionale degli investimenti capace di tutelare compiutamente l'interesse pubblico ad essere minato in radice dallo squilibrio primigenio connaturato al sistema tradizionale, teso a preservare anzitutto la promozione dei flussi di investimenti. In altre parole, la prospettiva eurocanadese al diritto internazionale degli investimenti non pone più il primato dell'interesse dell'investitore straniero al centro, di cui la fenomenologia della *jurisprudence constante* tradizionale sarebbe un'emanazione, ma tenta di ricondurlo nell'alveo del più ampio interesse pubblico: lo sviluppo economico, al quale tende la protezione degli investimenti stranieri, è da intendersi come faccia del prisma dell'interesse pubblico, non già come elemento antitetico a questa. Osservando la cornice procedurale del CETA da quest'angolazione, l'inclusione di disposizioni precipue in materia di etica dei membri del Tribunale⁴²⁹, ovvero di rafforzamento della partecipazione pubblica alle controversie Stato-investitore, ovvero in ordine ai criteri di determinazione delle misure risarcitorie nella sentenza definitiva, appare organica al riassetto complessivo delle finalità intrinseche al diritto internazionale degli investimenti, tanto quanto la ridefinizione delle tutele materiali⁴³⁰.

Se il modello di protezione degli investimenti CETA è, dunque, un prototipo, non può ignorarsi la funzione promozionale e programmatica dell'art. 8.29 del trattato. Tale disposizione, infatti, concreta le intenzioni delle parti in ordine alla "Costituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti e istituzione di un meccanismo d'appello". Il carattere eminentemente promozionale emerge ove si consideri la previsione dell'obbligo per le parti di spendersi, coi rispettivi partner commerciali, al fine di addivenire alla costituzione della Corte multilaterale e di un

⁴²⁷ Si veda Capitolo I, sezione ii.

⁴²⁸ S.W. SCHILL, *The Multilateralization of cit.*, pp. 305-312.

⁴²⁹ Riconducibili, come già argomentato, ad un accrescimento della legittimità del meccanismo "giurisdizionalizzato", secondo direttrici di responsabilità e trasparenza. Si veda: K.F. GÓMEZ, *Key Duties of International Investment Arbitrators: a Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas*, Berlino, Springer, 2019, p. 191.

⁴³⁰ Si tratta di una tendenza più generale che, come osservato da autorevole dottrina, si colloca nel quadro del cosiddetto "sviluppo sostenibile". Si veda: P. ACCONCI, *Investimenti Stranieri Sostenibili cit.*, pp. 109-119.

meccanismo d'appello. Da ciò, tra l'altro, s'intuisce evidentemente il *favor* delle parti circa l'istituzione, piuttosto che di un meccanismo d'appello, di un sistema a due gradi di giudizio multilaterale. Il carattere programmatico della norma, d'altra parte, è evidente: oltre a porre positivamente la volontà in ordine alla realizzazione di una giurisdizione multilaterale in materia d'investimenti, infatti, prevede, *pro futuro*, che sia il Comitato misto CETA, una volta costituito tale meccanismo, ad adottare "una decisione che stabilisce che le controversie in materia di investimenti insorte nel quadro della presente sezione saranno risolte mediante ricorso a tale meccanismo multilaterale e adotta le misure transitorie appropriate". Nel trattato si pone pertanto l'obbligo di stabilire una continuità tra l'operatività del "prototipo" giurisdizionale CETA e la costituenda Corte multilaterale in materia d'investimenti⁴³¹. Continuità che, si badi, insiste sull'*enforcement* delle tutele materiali poste dal trattato eurocanadese, orientate alla tutela dell'interesse pubblico. Pertanto, si può ritenere che il meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA si atteggi quale passaggio intermedio sul cammino che conduce alla costituzione di una Corte multilaterale in materia d'investimenti, ponendone le fondamenta⁴³². Non si può allora eludere, dopo aver diffusamente enucleato gli elementi più innovativi dell'istituzione, peraltro già approfonditi, l'esame degli aspetti che rischiano di minare la piena innovatività della giurisdizione CETA rispetto al sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

Il tallone d'Achille del meccanismo CETA risiede, infatti, nella sua natura evidentemente integrata con le regolamentazioni arbitrali tradizionali, conformemente a quanto disposto dall'art. 8.23 del trattato. Inoltre, vi sono delle ricadute affatto trascurabili in tema di esecuzione delle sentenze definitive CETA, laddove l'effettività dell'intero meccanismo riposa sulla sua compatibilità con il *framework* procedurale posto dalla Convenzione di Washington, ovvero con la Convenzione di New York del 1958⁴³³. Indubbiamente, si può concordare con chi, in dottrina, ha intravisto nell'ambiguità del meccanismo CETA, che ricerca l'effettività nell'integrazione con le Convenzioni predette, mentre si struttura secondo un modello con due gradi di giudizio, l'esemplificazione delle tensioni circa l'autentica natura "giurisdizionale", ovvero "arbitrale", di qualsiasi futuribile

⁴³¹ A.E. ALVARADO GARZÓN, *Designing a Multilateral Investment Court: Blueprints for a New Route in Investor-State Dispute Settlement*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2019, pp. 478-502.

⁴³² *Contra*, ritenendo che il modello "giurisdizionalizzato" CETA sia una forma ancora ibrida, si veda: S. DOTHAN, J. LAM, *A Paradigm Shift? Arbitration and Court-Like Mechanisms in Investors' Disputes*, in G. ÜNÜVAR, J. LAM, S. DOTHAN (eds.), *Permanent Investment Court. The European Experiment*, Cham, Springer, 2020, pp. 14-15.

⁴³³ M. BUNGENBERG, A.M. HOLZER, *Potential Enforcement Mechanisms for Decisions of a Multilateral Investment Court*, in G. ÜNÜVAR, J. LAM, S. DOTHAN (eds.), *Permanent Investment Court cit.*, pp. 78, 82.

Corte permanente in materia d'investimenti s'intenda costituire⁴³⁴. Sarebbe proprio la cercata continuità con il sistema tradizionale di *enforcement* dei lodi arbitrali in materia d'investimenti internazionali a smussare il portato innovativo di un impianto giurisdizionale in materia.

Relativamente alle problematiche inerenti alla compatibilità del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA con la Convenzione di Washington, vale la pena ribadire le considerazioni profuse in precedenza: si tratterebbe, al più, di un accordo modificativo ai sensi dell'art. 41, paragrafo primo, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴³⁵; in ogni caso, tale aspetto rischierebbe di minare significativamente le possibilità di estendere l'esecuzione delle sentenze nel territorio di Stati estranei a siffatto accordo.

Con riguardo all'esecuzione ai sensi della Convenzione di New York, si pone anzitutto il problema, già evidenziato, concernente la discrezionalità in ordine alla qualificazione della sentenza quale pronuncia "arbitrale" in caso di esecuzione in uno Stato terzo⁴³⁶. Ebbene, laddove si consideri che taluni elementi, ad esempio in tema di doveri etici posti in capo ai membri del Tribunale, concorrerebbero a sostanziarne il carattere "giurisdizionale"⁴³⁷, si porrebbe l'evidente contraddizione di qualificare come "arbitrali" le "sentenze definitive" rese da questi, secondo la *fictio juris* posta al paragrafo quinto dell'art. 8.41 del CETA. In ogni caso, sebbene il tema dei caratteri tipici dell'arbitrato sia piuttosto dibattuto⁴³⁸, ciò rischia di porre l'analisi fuori fuoco, rispetto alla questione cruciale che emerge dalle scelte normative del CETA al riguardo: quale che sia l'orientamento sul punto che si ritenga più persuasivo, la *vexata quaestio* della natura arbitrale delle pronunce rese dal meccanismo "giurisdizionalizzato" eurocanadese ne espone l'effettività al rischio di sostanziali limitazioni.

⁴³⁴ In particolare, la questione della caratterizzazione del sistema avrebbe, secondo l'autorevole dottrina, delle significative ricadute pratiche in termini, oltre che di esecuzione delle pronunce rese, anche relativamente in tema di litispendenza ovvero *res iudicata*. Si veda: G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?*, in *CIDIS*, 2016, pp. 34-35.

⁴³⁵ *Contra*, ritenendo dubbio che non si tratti di una modifica incompatibile ai sensi dell'art. 41, paragrafo primo, lettera b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si veda: M. BUNGENBERG, A.M. HOLZER, *Potential Enforcement Mechanisms cit.*, p. 82.

⁴³⁶ Si veda Capitolo II, sezione ix.

⁴³⁷ G. ÜNÜVAR, T. KREFT, *Impossible Ethics? A Critical Analysis of the Rules on Qualifications and Conduct of Adjudicators in the New EU Investment Treaties*, in G. ÜNÜVAR, J. LAM, S. DOTHAN (eds.), *Permanent Investment Court cit.*, pp. 142-143.

⁴³⁸ In special modo, circa la rilevanza della nomina di parte dei membri del tribunale, ai fini della determinazione della natura "arbitrale", si veda: G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1637-1639. *Contra*, si veda: J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 162. Più nel dettaglio, nel cercare di sciogliere il nodo gordiano evidenziando la centralità della natura volontaria della giurisdizione arbitrale, si veda: G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention cit.*, pp. 35-41.

In ogni caso, il tema rischierebbe inoltre di minare, in una certa misura, anche la coerenza complessiva degli orientamenti resi, poiché, come osservato con riguardo al dettato dell'art. 8.41 del CETA, difetterebbe una piena adesione al principio dello *stare decisis*⁴³⁹. Accanto a questo profilo critico, si aggiunge l'ulteriore margine di discrezionalità che il giudice dello Stato terzo potrebbe esercitare, ai sensi dell'art. V della Convenzione di New York, circa l'apprezzamento del limite dell'ordine pubblico⁴⁴⁰.

Se da queste considerazioni pare emergere come le criticità di cui qui si è detto siano connaturate al meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA, potrebbe allora ritenersi che "*the purpose of a system is what it does*"⁴⁴¹: ovvero che, in una certa misura, sia proprio nella volontà delle parti del trattato l'idea di creare un sistema di risoluzione delle controversie e di esecuzione delle pronunce rese che risulti, di fatto, chiuso all'esterno. Questo potrebbe porsi in linea con una prospettiva di esecuzione "rafforzata" delle sentenze definitive CETA, quantomeno sul piano europeo. Ciò in conseguenza degli obblighi ulteriori, sul piano del diritto dell'Unione europea, che discenderebbero per gli Stati membri dal trattato eurocanadese, nonché dal maggior controllo sull'esecuzione che, seppur limitata nella dimensione bilaterale dell'accordo, ne discenderebbe per le parti. Tuttavia, questo scopo va necessariamente interpolato con l'approccio europeo ai temi di riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

Preliminarmente, occorre considerare come l'Unione europea tenda ad agire, nel contesto internazionale, muovendosi su più piani, così da diffondere i propri orientamenti normativi⁴⁴², secondo un modello di influenza diretta ed indiretta⁴⁴³. Non a caso, la negoziazione e finalizzazione del CETA, quale "prototipo" di riforma normativa sul piano materiale e procedurale del diritto internazionale degli investimenti, non è affatto un modello isolato dell'attivismo bilaterale dell'Unione europea sul tema⁴⁴⁴, quanto piuttosto l'esempio maggiormente compiuto di quest'approccio⁴⁴⁵. Sotto questo punto di vista bisogna dunque inquadrare l'iniziativa

⁴³⁹ Si veda Capitolo II, sezione ix.

⁴⁴⁰ D.M. HOWARD, *Creating consistency through a World Investment Court*, in *Fordham International Law Journal*, 2017, p. 16; M. BUNGENBERG, A.M. HOLZER, *Potential Enforcement Mechanisms cit.*, p. 81.

⁴⁴¹ A.S. BEER, *What is Cybernetics?*, in *Kybernetes*, 2001, pp. 209-219.

⁴⁴² M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 553-573.

⁴⁴³ Si veda: A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles*, Milano, Angeli, 2021.

⁴⁴⁴ A mero titolo esemplificativo dell'attivismo sul tema, vale la pena qui segnalare come, bilateralmente, l'Unione europea abbia negoziato disposizioni tendenzialmente sovrapponibili all'art. 8.29 del CETA. Si vedano: Accordo sulla protezione degli investimenti Unione europea-Singapore (2018), articolo 3.12; Accordo sulla protezione degli investimenti Unione europea-Vietnam (2019), articolo 3.41.

⁴⁴⁵ N. NEUWAHL, *Emerging Principles of European Investment Protection – After the Example of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARTESE (eds.), *EU External Action in cit.*, pp. 20-21.

dell'Unione europea di aderire ai lavori⁴⁴⁶, in quanto sede ideale per la costruzione di una Corte multilaterale in materia di investimenti⁴⁴⁷.

Non si può tuttavia ignorare come, nel conteso dell'*UNCITRAL Working Group III*, il consenso in ordine all'esistenza di criticità conclamate del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie Stato-investitore, in larga parte sovrapponibili a quelle evidenziate dalla dottrina fautrice del carattere "pubblicistico" del diritto internazionale degli investimenti, non si accompagni all'emersione di un supporto diffuso rispetto alla desiderabilità stessa di riforme in senso giurisdizionale e multilaterale⁴⁴⁸. Se, per un verso, l'Unione europea è riuscita ad assicurarsi la costituzione di un *workingstream* specifico che si preoccupi di lavorare per la realizzazione di una Corte multilaterale in materia d'investimenti⁴⁴⁹, così da preservare il prosieguo dei lavori rispetto ai propri obiettivi, per altro verso i differenti indirizzi politico-economici internazionali sulla questione sembrano cristallizzarsi in maniera sempre più evidente, ponendo dei limiti obiettivi alla futura istituzione di un simile meccanismo "giurisdizionalizzato"⁴⁵⁰. Si può, infine, rintracciare una posizione mediana emersa nel corso dei lavori dell'*UNCITRAL Working Group III*, quale possibile punto d'incontro tra l'approccio eurocanadese alla questione e quello del segmento di comunità internazionale restia a qualsiasi forma "giurisdizionalizzata": l'istituzione, in luogo di un meccanismo a due

⁴⁴⁶ "The Commission entrusted Working Group III with a broad mandate to work on the possible reform of investor-State dispute settlement. In line with the Uncitral process, Working Group III would, in discharging that mandate, ensure that the deliberations, while benefiting from the widest possible breadth of available expertise from all stakeholders, would be Government-led, with high-level input from all Governments, consensus-based and fully transparent. The Working Group would proceed to: (a) first, identify and consider concerns regarding investor-State dispute settlement; (b) second, consider whether reform was desirable in the light of any identified concerns; and (c) third, if the Working Group were to conclude that reform was desirable, develop any relevant solutions to be recommended to the Commission." UNCITRAL, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law*, 3-21 luglio 2017.

⁴⁴⁷ In particolare: "Negotiations, based on preliminary analysis and discussions, should be conducted under the auspices of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). In the event of a vote, the Member States which are Members of the United Nations Commission on International Trade Law shall exercise their voting rights in accordance with these directives and previously agreed EU positions." Consiglio dell'Unione europea, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, del 20 marzo 2018.

⁴⁴⁸ O. SVOBODA, *UNCITRAL Working Group III and Multilateral Investment Court – Troubled Waters for EU Normative Power*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2021, pp. 113-116. Per una diffusa prospettiva asiatica circa l'approccio dell'Unione europea alla questione, si veda: C. LI, *The EU's Proposal Regarding the Establishment of the Investment Court System and the Response from Asia*, in *Journal of World Trade*, 2018, pp. 943-966.

⁴⁴⁹ *Ibid*, p. 120.

⁴⁵⁰ *Ibid*, p. 121.

gradi di giudizio, di una corte d'appello multilaterale⁴⁵¹. Se di quest'ultimo aspetto si dirà di seguito, si potrebbe ciononostante concludere, rispetto all'attivismo europeo (e canadese) riguardo alla realizzazione di una Corte multilaterale, che l'incorporazione del meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA nel sistema tradizionale, segnatamente le Convenzioni di Washington e di New York, potrebbe forse incarnare un'ulteriore finalità: manifestare, ad un tempo, e la realizzabilità di un meccanismo non puramente arbitrale e la sua attrattività, poiché non in netta soluzione di continuità con il sistema tradizionale. D'altra parte, l'approccio, bilaterale, al tema della costituenda Corte multilaterale in materia d'investimenti rischia di non superare gli ostacoli insiti nella competizione tra giurisdizioni, segnatamente la coerenza degli orientamenti emergenti in materia ed il pericolo di *forum shopping*⁴⁵².

III.iii *Coerenza materiale e legittimità istituzionale: un meccanismo multilaterale d'appello ovvero a due gradi di giudizio?*

L'idea di introdurre un meccanismo d'appello multilaterale non emerge, invero, dalla sola necessità di adattare la strategia per la costituzione di un meccanismo "giurisdizionalizzato" alle prospettive di politica economica segmentate della comunità internazionale⁴⁵³. Si tratta, infatti, di una delle possibili risposte alle criticità connaturate al sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. L'idea di costituire un meccanismo multilaterale d'appello, tuttavia, riposa sulla centralità assunta dal tema della coerenza della prassi. In altre parole, si tratterebbe della risposta, più immediata e diretta, alla questione della contraddittorietà degli orientamenti emersi nella *jurisprudence* degli investimenti internazionali. Ciò pone però la necessità di osservare in che misura un meccanismo multilaterale d'appello possa conseguire l'obiettivo della coerenza materiale e, in secondo luogo, se da ciò derivi un effetto positivo rispetto alla legittimità istituzionale del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie.

Procedendo dalla coerenza degli orientamenti, non può eludersi la problematicità di introdurre un meccanismo d'appello senza, conseguentemente, interrogarsi in ordine alla sua capacità di introdurre una prassi sufficientemente persuasiva. Invero, laddove vi fosse la possibilità di ricondurre tutte le pronunce arbitrali alla revisione ultima di un meccanismo multilaterale d'appello, ciò consentirebbe di superare la natura intrinsecamente pulviscolare del diritto internazionale degli investimenti,

⁴⁵¹ C. GIORGETTI, *The Transformation of International Organizations—Specialization, New Initiatives, and Working Methods - Some Observations on the Work of UNCITRAL Working Group III*, in *Journal of International Economic Law*, 2023, pp. 46-47.

⁴⁵² S. DOTHAN, J. LAM, *A Paradigm Shift* cit., p. 18. E. ZULETA, *The Challenges of Creating a Standing International Investment Court*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State* cit., p. 417.

⁴⁵³ Si veda: G. BOTTINI, *Reform of the Investor-State Arbitration Regime* cit., pp. pp 455-473.

attraverso una progressiva ricomposizione delle antinomie materiali. Bisognerebbe però interrogarsi se si tratti davvero di una prospettiva desiderabile. Non si può ignorare che vi siano differenze affatto irrilevanti tra gli *standard* di tutela negoziati già solo ai primordi del fiorire dei trattati in materia, successivamente all'epilogo della Guerra Fredda, e le modalità "codificate" di redazione delle tutele garantite agli investitori nel quadro giuridico contemporaneo⁴⁵⁴. Invero, ciascun modello risponde ad una diversa visione del rapporto tra Stato ospite ed investitore straniero, il cui squilibrio rischierebbe di sopravvivere al mutato sentire di larga parte della comunità internazionale, tanto nel Nord quanto nel Sud globale. Pur evidenziando questo possibile limite, bisogna altresì comprendere come l'intenzione sarebbe quella di realizzare un'effettiva forma di coordinamento tra tutti i differenti trattati internazionali bilaterali in materia di investimenti, riannodando le fila dell'intricato reticolo di accordi tipico della materia⁴⁵⁵. In questa prospettiva, il meccanismo multilaterale d'appello potrebbe forse porre le basi per la realizzazione di un'autentica *jurisprudence constante* in materia d'investimenti internazionali.

La costituzione di un siffatto meccanismo d'appello pone però delle problematiche di operatività. Sul tema, si sono avanzate talune proposte. Si è discusso in ordine alla possibilità di considerare quale esempio, in ragione del suo successo, il modello posto dall'Organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). A questo proposito, la dottrina ha osservato come il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, contrariamente a quanto avviene nel diritto internazionale degli investimenti, tradizionalmente bilaterale, si fonda sulla multilateralizzazione degli accordi commerciali internazionali; inoltre, l'Organo d'appello dell'OMC è posto all'apice di un sistema disegnato per la risoluzione di controversie a carattere interstatale. Si tratta di due aspetti che rendono il modello difficilmente sovrapponibile alla dinamica Stato-investitore⁴⁵⁶.

Anche l'ipotesi di integrare un meccanismo multilaterale d'appello con i sistemi procedurali tradizionali sembrerebbe poco percorribile. Come già discusso relativamente al Tribunale d'appello CETA⁴⁵⁷, l'ipotesi di introdurre nella cornice procedurale della Convenzione di Washington un meccanismo d'appello pone delle problematiche. Indubbiamente, tale integrazione consentirebbe di elidere in radice qualsiasi problematica relativa alla determinazione della giurisdizione del meccanismo multilaterale

⁴⁵⁴ B. LEGUM, *Appellate Mechanisms for Investment Arbitration: Worth a Second Look for the Trans-Pacific Partnership and the Proposed EU-US FTA?*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, p. 438.

⁴⁵⁵ J. LEE, *Introduction of an Appellate Review cit.*, p. 491.

⁴⁵⁶ N. BUTLER, *In Search of a Model for the Reform of International Investment Dispute Resolution: An Analysis of Existing International and Regional Dispute Settlement Mechanisms*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, pp. 377-378.

⁴⁵⁷ Capitolo II, sezione vii.

d'appello stesso⁴⁵⁸. Tuttavia, tanto l'eventuale introduzione di un accordo modificativo tra le parti, seguendo un approccio analogo a quello del tentativo infruttuoso del Segretariato ICSID in ordine all'introduzione di un' *Appeals Facility*⁴⁵⁹, quanto l'introduzione di un meccanismo d'appello mediante modifica della Convenzione di Washington, ai sensi dell'art. 66 della stessa, non sembrano alternative percorribili⁴⁶⁰. Nella prima ipotesi, si porrebbero le medesime difficoltà, già evidenziate rispetto al meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA, relativamente all'effettività dell'esecuzione delle pronunce rese da una giurisdizione multilaterale d'appello innestata nel *framework* ICSID mediante un accordo modificativo *inter se*⁴⁶¹. Nella seconda, invece, si tratterebbe di cercare una difficilissima unanimità.

È in ragione di queste criticità che, in dottrina, si è discusso piuttosto in ordine alla possibilità di costituire un meccanismo d'appello multilaterale attraverso una Convenzione apposita. Diversamente da quanto accadrebbe laddove il meccanismo si inserisse nella cornice della Convenzione di Washington, si porrebbero tuttavia delle difficoltà in ordine alla determinazione della giurisdizione. Se, invero, la questione appare scarsamente problematica rispetto ai trattati d'investimento negoziati successivamente all'introduzione di un'ipotetica Convenzione istitutrice del meccanismo d'appello multilaterale, in quanto ben potrebbero prevedere delle clausole che includano la giurisdizione di seconda istanza del costituendo meccanismo d'appello multilaterale, l'eventuale modifica dei trattati d'investimento antecedenti sembrerebbe meno agevole⁴⁶².

Di converso, si potrebbe addivenire ad una progressiva armonizzazione della giurisdizione mediante l'adesione alla Convenzione istitutrice del meccanismo multilaterale d'appello; ciò nell'eventualità in cui l'adesione determini una modifica implicita, ai sensi dell'art. 39 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, delle disposizioni in ordine alla giurisdizione contenute in ciascun trattato bilaterale d'investimento di cui siano parte i due Stati già parte della Convenzione istitutrice del meccanismo multilaterale d'appello⁴⁶³.

⁴⁵⁸ N. LANDMANN, *Chapter 4: Appeal Mechanism and the Issue of Consistency in International Investment Arbitration*, in J. SCHEU (ed.), *Creation and Implementation of cit.*, p. 127.

⁴⁵⁹ E.Y. PARK, *Appellate Review in Investor-State Arbitration*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, pp. 450-451.

⁴⁶⁰ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court (European Yearbook of International Economic Law, Special Issue)*, Berlino, Springer, 2020, p. 208.

⁴⁶¹ Capitolo II, sezione ix.

⁴⁶² M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals cit.*, pp. 209-210.

⁴⁶³ Si tratta del cosiddetto modello di "*opt-in Convention*". Si vedano: G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention cit.*, pp. 31-32; M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals cit.*, p. 211.

Seguendo questo approccio, l'esecuzione delle pronunce rese in appello sarebbe garantita prevedendo un meccanismo di *enforcement* diretto interno alla Convenzione istitutrice del meccanismo multilaterale d'appello, non dissimile da quello previsto dalla Convenzione di Washington; che ciò limiti l'effettività dell'esecuzione al solo novero degli Stati parte della Convenzione istitutrice è una rigidità, nuovamente, che si porrebbe anche laddove il meccanismo d'appello si inserisse nel sistema della Convenzione di Washington, ovvero nell'ipotesi di un'esecuzione della pronuncia ai sensi della Convenzione di New York. Tuttavia, gli ostacoli all'esecuzione negli Stati terzi sarebbero qui espliciti, piuttosto che rimessi alla discrezionalità dei giudici nazionali degli Stati parte. In dottrina, si è opportunamente ipotizzato, a correttivo dell'effettività circoscritta della pronuncia d'appello, l'obbligo di prestare garanzie corrispondenti alla somma fissata, a titolo risarcitorio, nel lodo arbitrale impugnato⁴⁶⁴.

Come premesso, l'introduzione di un meccanismo multilaterale d'appello si pone quale alternativa, forse più realisticamente realizzabile⁴⁶⁵, rispetto alla proposta di costituire un meccanismo, anch'esso multilaterale, "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio. Tuttavia, quest'ultima è concepita quale risposta maggiormente organica alle criticità del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie Stato-investitore, in quanto tesa non soltanto a conseguire l'emersione di pronunce maggiormente coerenti e, di conseguenza, l'armonizzazione progressiva del diritto internazionale degli investimenti, ma altresì il rafforzamento della legittimità del sistema, in quanto tesa al riequilibrio del sinallagma sbilanciato tra Stato ospite ed investitore straniero⁴⁶⁶. A questo riguardo, è necessario dar conto dello scetticismo che, oltre ad investire la questione ultima della natura pubblicistica del diritto internazionale degli investimenti e dei suoi sistemi di risoluzione delle controversie, è stato manifestato da autorevole dottrina.

L'idea di un'armonizzazione della *jurisprudence* in materia di investimenti internazionali e di un riequilibrio del rapporto Stato-investitore, perseguita attraverso la "giurisdizionalizzazione" degli strumenti di risoluzione delle controversie, sarebbe infatti illusoria. Sul primo punto, la dottrina che sostiene questa prospettiva pone l'attenzione sull'impossibilità di conseguire l'unitarietà del diritto internazionale degli investimenti fintanto che l'interpretazione delle tutele materiali poggia sulle norme poste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, più in generale, su un retroterra giuridico di matrice internazionalpubblicistica⁴⁶⁷. Sul secondo

⁴⁶⁴ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals cit.*, p. 207.

⁴⁶⁵ A tal proposito, è opportuno segnalare la posizione possibilista della Cina in ordine all'introduzione di un meccanismo multilaterale d'appello, espressa in seno all'*UNCITRAL Working Group III*. Si veda: UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Submission from the Government of China*, del 19 luglio 2019, par. III.i.

⁴⁶⁶ Capitolo II, sezione ii.

⁴⁶⁷ J.E. ALVAREZ, *Mythic Courts*, in *iCourts Working Paper Series*, 2020, pp. 49-50.

punto, l'autorevole dottrina evidenzia come la frammentarietà intrinseca al novero di trattati in materia d'investimenti, ciascuno dei quali cristallizza le tutele garantite agli investitori stranieri in ragione di un differente *ethos* storico, economico, politico e culturale, impedisca di ricondurre ad unità, in chiave di protezione dell'interesse pubblico, tali diverse declinazioni delle disposizioni materiali⁴⁶⁸.

Ebbene, se quest'ultima osservazione evidenzia una criticità che caratterizzerebbe, *mutatis mutandis*, altresì la funzione armonizzatrice di un eventuale meccanismo multilaterale d'appello, vale tuttavia la pena di considerare che, anche riguardo al meccanismo "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio, la riforma in sé sarebbe funzionale al raccordo e coordinamento della nebulosa costituita dai trattati in materia d'investimenti, in maniera forse più efficace della tradizionale prassi arbitrale.

Ciò pone le basi per discutere anche il primo ordine di critiche, relativo cioè all'incapacità di perseguire l'armonizzazione del diritto internazionale degli investimenti attraverso gli strumenti tipici del diritto internazionale pubblico. A questo proposito, si potrebbe forse obiettare che, se è senz'altro vero che la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati non facilita l'interpretazione uniforme di differenti accordi internazionali, è altrettanto vero che, *rebus sic stantibus*, le norme poste dalla Convenzione vincolerebbero altresì l'attività, interpretativa ed applicativa dei trattati d'investimenti, svolta dai tribunali arbitrali. Pertanto, non si comprende in che misura gli orientamenti prodotti da quest'ultimi dovrebbero favorire maggiormente l'emersione di un diritto internazionale degli investimenti uniforme rispetto a quelli di un eventuale meccanismo "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio, a meno che non si proceda da un certo pregiudizio conservativo rispetto all'attività arbitrale⁴⁶⁹. Non a caso, è proprio questa dottrina ad individuare, nello scarto tra la nomina degli arbitri ad opera di parti e l'inquadramento statutale dei membri di un ipotetico meccanismo "giurisdizionalizzato", uno sbilanciamento degli equilibri tra investitore straniero e Stato ospite in favore di quest'ultimo⁴⁷⁰. Invero, proprio il riassetto del rapporto Stato-investitore è presupposto assiomatico di qualsiasi tentativo di riforma del diritto internazionale degli investimenti che proceda dal riconoscimento del sinallagma sbilanciato che caratterizza gli investimenti internazionali.

⁴⁶⁸ *Ibid*, p. 49.

⁴⁶⁹ "Moreover, under the EU's current proposal, judges for international investment court or courts will not be the experts in international investment law that one would think necessary for the credible development of that law. The EU envisions, on the contrary, appointment of general public international lawyers with no connection to the ISDS practice where investment law has developed." J.E. ALVAREZ, *ISDS Reform: the Long View*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2021, p. 272.

⁴⁷⁰ J.E. ALVAREZ, *ISDS Reform: the Long cit.*, pp. 269-270.

Volgendo l'esame alle modalità di istituzione di un meccanismo "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio, vale la pena evidenziare come parte della dottrina ritenga che la soluzione più efficace possa essere un modello di Convenzione che sia suscettibile di adesione successiva; ciò, si badi, escludendo qualsivoglia automatismo in ordine all'eventuale assoggettamento delle controversie Stato-investitore alla giurisdizione del meccanismo a due gradi di giudizio, che dovrebbe invece intervenire solo a seguito dell'adesione ad un meccanismo di *opt-in* apposito⁴⁷¹. Sotto il profilo funzionale, quest'approccio può apparire eccessivamente tortuoso, specie rispetto a quello tratteggiato per l'introduzione di un meccanismo multilaterale d'appello di cui sembrerebbe una mera superfetazione. Tuttavia, l'idea di non prevedere un adeguamento automatico delle disposizioni in ordine alla determinazione della giurisdizione, presenti nei rispettivi trattati d'investimento, di cui sia parte ciascuno Stato che abbia ratificato la Convenzione istitutrice del meccanismo "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio, potrebbe giustificarsi laddove se ne comprenda la radicale soluzione di continuità rispetto al sistema tradizionale di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Invero, chi propone questo approccio istitutivo progressivo non immagina affatto che il meccanismo "giurisdizionalizzato" a due gradi di giudizio come sostitutivo del sistema arbitrale classico, bensì quale opzione tra differenti modelli alternativi. La prospettiva, dunque, sarebbe quella di garantire il più alto grado di flessibilità possibile alle parti⁴⁷². Ciò, se per un verso potrebbe senz'altro garantire che un meccanismo "giurisdizionalizzato" veda infine la luce, tanto nella forma a due gradi di giudizio, quanto mediante l'introduzione di una giurisdizione d'appello, rischierebbe di esporne il portato innovativo all'opportunismo politico degli Stati⁴⁷³.

Quale che sia la soluzione, si potrebbe porre un problema di conflitto di giurisdizione tra i tribunali arbitrali in materia d'investimenti tradizionali, da un lato, ed il costituendo meccanismo a due gradi di giudizio, dall'altro⁴⁷⁴. Ciò in quanto i primi potrebbero dichiararsi competenti, nonostante il meccanismo di *opt-in* previsto nella Convenzione istitutrice, con ciò incrementando il rischio di procedimenti paralleli. Si pensi, ad esempio, all'art. 16 dell'*Energy Charter Treaty* (ECT), che presidia, tra l'altro, le disposizioni l'applicazione delle norme del trattato relative all'accesso al sistema arbitrale di risoluzione delle controversie Stato-investitore nel settore

⁴⁷¹ S.W. SCHILL, G. VIDIGAL, *Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2019, p. 324-326.

⁴⁷² *Ibid*, pp. 323-324.

⁴⁷³ Prospettiva che, invero, sarebbe alla base degli ostacoli intrinseci all'istituzione dei differenti meccanismi sin qui tratteggiati. Si veda: J.J. SAULINO, J. KALLMER, *The Emperor Has No Clothes: A Critique of the Debate Over Reform of the ISDS System*, in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State cit.*, pp. 565-566.

⁴⁷⁴ Invero, le medesime considerazioni potrebbero applicarsi anche riguardo il meccanismo multilaterale d'appello.

energetico, di cui alla Parte V del trattato, e la sua compatibilità con le disposizioni sulla giurisdizione della Convenzione istitutrice del meccanismo “giurisdizionalizzato” a due gradi di giudizio⁴⁷⁵. Un correttivo potrebbe forse intravedersi nel prevedere, nella Convenzione, l'impossibilità di dare esecuzione, nel territorio degli Stati parte, ai lodi arbitrari così resi, ovvero la loro annullabilità ai sensi dell'art. 52 della Convenzione di Washington⁴⁷⁶.

Del resto, se la questione dell'istituzione di un meccanismo a due gradi di giudizio sembra potersi declinare differentemente rispetto a quella concernente la creazione di un meccanismo d'appello, lo stesso non può dirsi riguardo al tema dell'esecuzione delle pronunce eventualmente rese. Invero, gli stessi problemi di compatibilità delle pronunce all'esito dell'appello multilaterale, tanto con la Convenzione di Washington quanto con quella di New York, sembrerebbero porsi altresì riguardo un meccanismo a due gradi di giudizio. La questione della natura arbitrale ovvero giudiziale delle pronunce, il tema dell'esecuzione presso Stati terzi, nonché la questione dell'opportunità di un sistema di esecuzione incluso nella Convenzione istitutrice del meccanismo a due gradi di giudizio sono tematiche sulle quali le considerazioni spese rispetto all'appello multilaterale risultano pienamente sovrapponibili⁴⁷⁷.

Ciò riconduce la riflessione ad interrogarsi su quali siano allora le differenze di fondo tra le due opzioni di riforma. Posto, infatti, che entrambi i meccanismi presuppongono un approccio multilaterale, ovvero in prima battuta plurilaterale, ciò che forse distingue i due modelli è il più alto grado di “giurisdizionalizzazione” caratterizzante il meccanismo a due gradi di giudizio. L'appello multilaterale riposa su un'idea di coesistenza tra il costituendo meccanismo ed il sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Il modello a due gradi di giudizio, invece, si propone quale alternativo, ovvero perfino sostitutivo, rispetto al sistema tradizionale. Il primo, parrebbe rispondere anzitutto all'esigenza di ridurre la contraddittorietà delle pronunce in materia d'investimenti, mentre il secondo sembrerebbe orientato, oltre che alla maggior coerenza della prassi, al superamento della crisi di legittimità caratterizzante il sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

⁴⁷⁵ “Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty (...) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty (...)”. Si veda: C. TITI, *Procedural Multilateralism and Multilateral Investment Court: Discussion in Light of Increased Institutionalism in Transatlantic Relations*, in E. FAHEY (ed.), *Institutionalisation Beyond the Nation State*, Cham, Springer, 2018, p. 163.

⁴⁷⁶ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals cit.*, p. 76.

⁴⁷⁷ R. HAPP, S. WUSCHKA *From the Jay Treaty cit.*, pp. 131-132; M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals cit.*, p. 171.

A questo riguardo, autorevole dottrina, già critica circa i modelli di “giurisdizionalizzazione” nel diritto internazionale degli investimenti, ha evidenziato come l’iniziativa di superare il sistema tradizionale di risoluzione delle controversie promani dal Nord globale, in un’ottica largamente paternalistica, se non addirittura neoimperialista; pur riconoscendo gli aspetti postcoloniali caratteristici dell’arbitrato internazionale in materia d’investimenti, la riforma “giurisdizionalizzata” sarebbe viziata da un retroterra civilizzatore nei confronti del Sud globale⁴⁷⁸. A maggior conforto di questa tesi, si è altresì evidenziato come taluni Stati, tradizionalmente importatori di capitali, abbiano messo in discussione, nell’ambito dei lavori dell’*UNCITRAL Working Group III*, tanto l’attuale disciplina delle tutele materiali offerte agli investitori stranieri, quanto il loro esclusivo potere d’azione avverso lo Stato ospite⁴⁷⁹.

Invero, il tema dell’inscindibilità tra la riforma dei profili tanto procedurali quanto sostanziali del diritto internazionale degli investimenti è la medesima prospettiva adottata dal Capitolo 8 del CETA: la piena tutela dell’interesse pubblico in materia procede esattamente dall’inscindibilità di questi due aspetti. D’altra parte, la “giurisdizionalizzazione” della risoluzione delle controversie Stato-investitore, tanto nella sua declinazione di solo appello quanto a due gradi di giudizio, sembra una riforma tesa a privilegiare l’introduzione di correttivi in ordine soprattutto al difetto di trasparenza ed *accountability* tipicamente associato all’arbitrato⁴⁸⁰. Invero, che il superamento del modello arbitrale tradizionale offra l’opportunità di ricalibrare la legittimità percepita del sistema, intervenendo sul capitale umano che anima le istituzioni preposte alla risoluzione delle controversie, attraverso codici di condotta e meccanismi di ricusazione neutrali, è una prospettiva pienamente condivisibile. Non può dirsi lo stesso circa l’incapacità della “giurisdizionalizzazione” di produrre ricadute positive in ordine alla coerenza delle pronunce rese⁴⁸¹. Questo aspetto, come già argomentato, risulta viziato dalla frammentarietà caratteristica delle fonti del diritto internazionale degli investimenti; ricondurre le controversie in materia ad un’unica giurisdizione, che in ogni caso preveda un meccanismo di revisione in fatto ed in diritto, potrebbe favorire l’emersione di una compiuta *jurisprudence constante*. Quanto, invece, al profilo delle scarse ricadute sul piano della sovranità⁴⁸², è bene osservare come la compressione dello spazio di esercizio della sovranità statale interna non possa di per sé riequilibrarsi

⁴⁷⁸ J.E. ALVAREZ, *Mythic cit.*, pp. 64-65.

⁴⁷⁹ Si vedano, segnatamente, le posizioni espresse dell’Indonesia, circa l’interrelazione tra profili materiali e procedurali, del Sudafrica, circa il potere d’azione degli investitori stranieri, ovvero della Thailandia riguardo l’elaborazione di modelli di clausole materiali. Si veda: J.E. ALVAREZ, *ISDS Reform: the Long cit.*, p. 276.

⁴⁸⁰ A.K. BJORKLUND, *Arbitration, the World Trade Organization, and the Creation of a Multilateral Investment Court*, in *Arbitration International*, 2021, p. 439.

⁴⁸¹ *Ibid*, pp. 439-440.

⁴⁸² *Ibid*, pp. 440-442.

con il solo intervento sul piano procedurale. Tuttavia, la scelta di intervenire su quest'ultimo piano è probabilmente frutto di valutazioni di opportunità, considerando il dato storico dell'ampio successo della Convenzione di Washington, a fronte dei tentativi fallimentari di disciplinare multilateralmente i livelli di protezione degli investimenti stranieri.

III.iv *L'orizzonte futuribile del Draft Statute of the Multilateral Investment Court alla luce dei profili critici del modello "giurisdizionalizzato" CETA*

Il fermento intorno ai progetti di riforma del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie ha prodotto l'elaborazione di un *Draft Statute of the Multilateral Investment Court*. Si tratta di un Progetto di statuto pionieristico, realizzato da Bungenberg e Reinisch, che tenta di addensare i differenti profili di riforma emersi nel dibattito accademico, oltre che dai lavori dell'*UNCITRAL Working Group III*. Il Progetto di statuto è, ad oggi, il modello organico di Corte multilaterale in materia d'investimenti più avanzato disponibile. La proposta intende elaborare, in ordine ai profili istituzionali ed organizzativi della Corte, procedendo da una prospettiva di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea. Ciò trova piena comprensione laddove si consideri l'attivismo europeo sul tema. Non può dunque eludersi la comparazione del Progetto di statuto con il prototipo negoziale prodromico alla costituzione di una Corte multilaterale, cioè il meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA.

Nell'ottica degli autori del progetto, la questione della compatibilità dell'istituzione della prospettata Corte multilaterale con l'ordinamento dell'Unione europea presuppone necessariamente la centralità dell'art. 21 TUE, poiché pone ad un tempo il diritto dell'Unione europea nel più ampio contesto dell'ordinamento internazionale e ne preserva la concezione di stato di diritto. Posto che, invero, nella prospettiva della giurisprudenza europea, la rilevanza delle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione europea, ai fini della realizzazione di qualsivoglia meccanismo "giurisdizionalizzato" in materia di investimenti internazionali, sia ineludibile⁴⁸³, la rilevanza dell'art. 21 TUE per la struttura della Corte multilaterale implica alcune ricadute rilevanti, specialmente in tema di parità delle armi tra i litiganti, giusto processo e trasparenza del giudizio. Si tratta di principi che, nel Progetto di statuto, sono cristallizzati all'art. 28⁴⁸⁴; informando l'impianto del

⁴⁸³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 2/15*, parr. 143-144.

⁴⁸⁴ "(...) The MIC establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Members in accordance with the principle of reciprocity and due process before an independent and impartial adjudicator. By performing their duties, the judges of the MIC shall: (a) adhere to the Rule of Law; (b) promote the transparency of the proceedings through application of the rules, inter alia on transparency, ethics and conduct which govern them; Part V Procedure 11 (c) ensure that the proceedings are carried out efficiently and expeditiously; (d) secure uniform and consistent interpretation of the law, taking into consideration previous decisions without establishing a

meccanismo di risoluzione delle controversie, privilegiano l'obiettivo della legittimità della Corte⁴⁸⁵.

Accogliendo le osservazioni sul punto discusse in dottrina, e di cui si è dato conto⁴⁸⁶, il Progetto di statuto prevede che questo sia un trattato *opt-in*, in forza del quale l'adesione degli Stati modifica le disposizioni in materia di giurisdizione arbitrale, circa le controversie Stato-investitore, contenute in trattati d'investimento antecedenti, sostituendole con la giurisdizione della Corte multilaterale⁴⁸⁷. Ciò, anche in ragione dell'evidenza che tale Corte non possa operare innestandosi, tanto istituzionalmente quanto proceduralmente, sui sistemi esistenti, come ad esempio la Convenzione di Washington⁴⁸⁸. Di conseguenza, si prevede che la Corte multilaterale proposta sia dotata di personalità giuridica internazionale, onde garantire, tra l'altro, l'immunità funzionale dei suoi membri giudicanti⁴⁸⁹; ciò in quanto si tratterebbe di un'organizzazione internazionale indipendente con organi propri, segnatamente un'assemblea plenaria (*Plenary body*), una Corte di prima istanza, una Corte d'appello, un *Advisory centre* ed un Segretariato.

Preposta all'individuazione e nomina dei giudici che comporranno la Corte multilaterale è l'assemblea plenaria. Nel Progetto di statuto, infatti, si prevede l'istituzione di un'assemblea rappresentativa degli Stati membri della Convenzione istitutrice della Corte multilaterale, che svolga funzioni non soltanto di bilancio, ma anche di emanare atti organizzativi interni, inclusi quelli relativi alla disciplina di dettaglio della procedura di rito, nonché di nominare i membri della Corte⁴⁹⁰. Già questo profilo sembrerebbe suggerire, invero, talune similitudini rispetto all'impianto del meccanismo "giurisdizionalizzato" eurocanadese: i parallelismi tra le funzioni svolte dal *Plenary body* e quelle del Comitato misto CETA appaiono evidenti⁴⁹¹, nonostante alcune differenze. Quest'ultimo, infatti, ai sensi dell'art. 26.1 del CETA, si articola secondo una composizione non del tutto sovrapponibile a quella del *Plenary body*, poiché è "copresieduto dal ministro del Commercio internazionale del Canada e dal membro della Commissione europea responsabile del Commercio, o dai rispettivi delegati"; diversamente, il

doctrine of precedent, particularly where there exists sufficient uniformity in previous case law; and (e) take into account the Members' right to regulate.(...)"

⁴⁸⁵ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft statute of the Multilateral Investment Court*, Baden, Nomos, 2021, pp. 13-14.

⁴⁸⁶ Si veda Capitolo III, sezione iii.

⁴⁸⁷ *Ibid*, pp. 17-18.

⁴⁸⁸ *Ibid*, pp. 14-15.

⁴⁸⁹ *Ibid*, pp. 15-16.

⁴⁹⁰ *Ibid*, pp. 19-20.

⁴⁹¹ È infatti il Comitato misto CETA, ai sensi dell'art. 8.27, paragrafo secondo del trattato, a nominare i membri del Tribunale CETA.

Presidente del *Plenary body* è eletto dall'assemblea, composta da rappresentanti di ciascun Stato parte⁴⁹².

Circa, invece, le funzioni, vi è appunto un certo grado di sovrapposibilità tra i due organi, sebbene con alcune differenze. Ad esempio, l'art. 8, paragrafo primo, del Progetto di statuto, prevede che il *Plenary body* emani il regolamento procedurale della Corte di prima istanza e di quella d'appello mentre, al paragrafo quarto, dispone il potere di adottare disposizioni in ordine alla procedura per condurre, assegnare e registrare i procedimenti di prima e seconda istanza. Ciò pare riecheggiare, almeno in parte, quanto previsto nel meccanismo "giurisdizionalizzato" eurocanadese. Infatti, ai sensi dell'art. 8.28, paragrafo settimo del CETA, è prevista l'adozione, da parte del Comitato misto CETA, di una Decisione in ordine alle "questioni amministrative ed organizzative riguardanti il funzionamento del tribunale d'appello", nonché alle "procedure per l'avvio e lo svolgimento dell'appello e per il rinvio di questioni al tribunale ai fini della modifica della sentenza, se del caso". Diversamente, ai sensi dell'art. 8.27, paragrafi sesto e ottavo del CETA, i profili di istruzione dei procedimenti e di organizzazione interna del Tribunale di primo grado sono disciplinati nel trattato, sebbene secondo un modello che coinvolge il Comitato misto CETA.

Tuttavia, non tutte le funzioni svolte dal *Plenary body* rimandano a quelle esercitate dal Comitato misto CETA. Si pensi, al potere di emanare un codice di condotta per i giudici della Corte multilaterale, potere che nel CETA è invece posto in capo al Comitato misto per i servizi e gli investimenti, ai sensi dell'art. 8.44, paragrafo secondo del trattato. Invero, l'art. 8, paragrafo quarto del Progetto di statuto prefigura tale potere diversamente, rispetto al CETA, anche sotto il profilo contenutistico. Si prevede, infatti, che il codice di condotta sia elaborato conformemente ai principi dello stato di diritto, recependo le regole di trasparenza UNCITRAL. Al contrario, nel meccanismo "giurisdizionalizzato" CETA, il codice di condotta è inteso quale elemento di un *corpus* di cui sono parte anche le *Guidelines* dell'IBA. Contenutisticamente, l'art. 8.44 del CETA dettaglia maggiormente gli obblighi che dovranno riempire il codice di condotta. Pur aderendo alle considerazioni in ordine alla sovrapposibilità dei doveri che i due codici porrebbero, in quanto entrambi declinazioni dello stato di diritto⁴⁹³, si potrebbe tuttavia obiettare che il maggior grado di specificità previsto nel CETA abbia ridotto il rischio di un codice di condotta privo di obblighi stringenti per i membri del Tribunale⁴⁹⁴. In ogni caso, tanto nel Progetto di

⁴⁹² Articolo 8, paragrafo 8, del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*. Inevitabilmente, alcune differenze sono insite nella diversa natura, bilaterale in un caso, e multilaterale nell'altro, dei due meccanismi.

⁴⁹³ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft statute cit.*, pp. 25-26.

⁴⁹⁴ D'altro canto, si potrebbe altresì ritenere che il generico riferimento ai principi dello stato di diritto, nel Progetto di statuto, come una soluzione di compromesso ai fini dell'adozione

statuto quanto nel CETA, vi sono dei doveri etici posti in capo a coloro che esercitano la funzione giurisdizionale⁴⁹⁵. Tuttavia, diversamente dal trattato eurocanadese, il Progetto di statuto non prevede una procedura, pienamente indipendente, di ricusazione per il giudice che versi in difetto di indipendenza ovvero terzietà. L'art. 51 del Progetto di statuto, infatti, dispone che l'istanza di ricusazione, relativa ad un possibile conflitto d'interessi, sia proposta innanzi al Presidente della Corte multilaterale e che, eventualmente, sulla questione si pronuncino collegialmente i giudici della Corte, escluso il giudice asseritamente in conflitto. Sembrerebbe una procedura che, anziché accogliere l'innovatività del prototipo CETA sul punto, il quale rimette la decisione sulla ricusazione al Presidente della Corte internazionale di giustizia⁴⁹⁶, ricalchi piuttosto il portato dell'art. 58 della Convenzione di Washington, perlomeno limitatamente alla previsione che l'istanza di ricusazione sia risolta dagli stessi giudici della Corte multilaterale. D'altro canto, nel Progetto di statuto è prevista l'introduzione di una procedura di verifica preventiva in ordine ai requisiti etici⁴⁹⁷.

L'idea di introdurre meccanismi di controllo qui tratteggiata emerge altresì rispetto, più in generale, i requisiti per poter ricoprire l'incarico di giudice nella Corte multilaterale a quindici membri⁴⁹⁸. Detti requisiti sono enucleati al paragrafo secondo dell'art. 9 del Progetto di statuto e sembrano tesi a ricercare un punto di equilibrio tra l'approccio eurocanadese, che sposa pienamente la prospettiva dell'interpretazione delle tutele materiali in chiave internazionalpubblicistica⁴⁹⁹, con quello del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, che viceversa adotta un approccio maggiormente settoriale, privilegiando il sostrato giuridico del diritto internazionale degli investimenti. La norma statuisce esplicitamente che occorranza riconosciute competenze in diritto internazionale pubblico, accompagnate dall'ulteriore competenza specifica in diritto internazionale degli investimenti, inteso tuttavia come settore ricompreso nell'alveo

del codice di condotta, temperata dalla vincolatività degli obblighi di cui alle regole di trasparenza UNCITRAL.

⁴⁹⁵ Si vedano, rispettivamente: articolo 13 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*; articolo 8.30 del CETA.

⁴⁹⁶ Articolo 8.30, paragrafi secondo e terzo del CETA.

⁴⁹⁷ "(...) according to Article 13 MIC Draft Statute, judges shall be available at all times and on short notice, and they must be impartial and independent. Appropriate procedures for the election and appointment of judges have to be adopted, for instance, a screening mechanism of judges should be in place to ensure that candidates meet these qualification requirements (...)." M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft statute cit.*, p. 24.

⁴⁹⁸ Il Progetto di statuto prevede, all'art. 12, l'introduzione di un'apposita Commissione di controllo, sul modello di quanto previsto, ad esempio, per i membri della Corte EDU ovvero della Corte di giustizia dell'Unione europea. *Ibid*, pp. 24-25.

⁴⁹⁹ "I membri del tribunale possiedono le qualifiche richieste nei loro rispettivi paesi per la nomina all'esercizio della funzione giurisdizionale o sono giuristi di riconosciuta competenza. Essi possiedono una provata esperienza nel settore del diritto internazionale pubblico", articolo 8.27 del CETA.

internazionalpublicistico. Inoltre, si richiedono altresì competenze ulteriori in diritto amministrativo, costituzionale, commerciale e nell'ambito della risoluzione delle controversie internazionali⁵⁰⁰.

L'idea che emerge dalla dottrina a sostegno della soluzione prospettata è, dunque, non solo il contemperamento delle istanze riformiste europee con la tradizione, ma l'inclusione di ulteriori competenze giuridiche, che invero hanno un certo grado di incidenza specifica nelle controversie in materia d'investimenti internazionali. A rafforzare l'idea di abbracciare la complessità ed interdisciplinarietà giuridica, che caratterizza le controversie Stato-investitore, è l'ulteriore previsione che, in seno alla costituenda Corte multilaterale, trovino adeguata rappresentanza le differenti tradizioni giuridiche internazionali; non a caso, si prevede che, in luogo della nazionalità, la composizione della Corte sia suddivisa su base regionale⁵⁰¹.

Quest'aspetto, tra l'altro, consentirebbe di decostruire la *koinè*, non solo giuridica, che generalmente contraddistingue i giuristi nominati arbitri e che, come già argomentato, sembrerebbe essere una delle cause che concorrono a minare la legittimità dell'arbitrato in materia d'investimenti, insistendo proprio sulla terzietà della risoluzione delle controversie⁵⁰². Così articolata, l'individuazione dei giudici della Corte multilaterale rispecchierebbe appieno le già menzionate previsioni di chi, in dottrina, ritiene che siffatta riforma possa incidere più significativamente sugli aspetti di imparzialità, indipendenza e terzietà, deficitari nel sistema tradizionale, potenziando maggiormente la legittimità complessiva che dipende da questo segmento, piuttosto che su altri profili ad essa riconducibili, quali ad esempio il presidio del perimetro d'esercizio della sovranità statale interna⁵⁰³.

Invero, occorre dar conto di come il Progetto di statuto preveda, tra i principi generali di cui all'art. 28, che la Corte adempia i suoi doveri tenendo conto, tra l'altro, della potestà regolamentare degli Stati. La previsione risulta piuttosto asciutta e lontana da quanto previsto in merito nel CETA⁵⁰⁴, e tuttavia sembrerebbe essere un correttivo potenzialmente capace di favorire la progressiva armonizzazione del diritto internazionale degli investimenti. Quest'ultima, costituisce un obiettivo che informa l'attività interpretativa stessa della Corte multilaterale, essendo infatti l'interpretazione uniforme e coerente delle disposizioni materiali tra i principi di cui al menzionato art. 28 del Progetto di statuto. Si tratta, per certi versi, di una soluzione che

⁵⁰⁰ *Ibid*, p. 24.

⁵⁰¹ Articolo 12 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

⁵⁰² Si veda Capitolo II, sezione v.

⁵⁰³ A.K. BJORKLUND, *Arbitration, the World cit.*, p. 439.

⁵⁰⁴ Nel CETA, infatti, il contenuto del cosiddetto "*right to regulate*" è esplicitato quale "diritto di legiferare" preposto alla realizzazione di "obiettivi politici legittimi", tra i quali si enunciano, non esaustivamente, "la tutela della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori nonché la promozione e la tutela della diversità culturale". Inoltre, tale diritto informa diffusamente differenti *standard* di protezione codificati nel trattato. Si veda Capitolo I, sezione vii.

sembrerebbe accogliere le critiche della dottrina più scettica rispetto alla funzione armonizzatrice di una costituenda Corte multilaterale⁵⁰⁵. Tuttavia, tale armonizzazione del diritto internazionale degli investimenti qui proposta non si fonda sulla dottrina dello *stare decisis*, bensì sul consolidamento degli orientamenti costanti precedentemente emersi nella prassi arbitrale. In altre parole, si tratterebbe di una *jurisprudence costante* legittimata ed emergente dall'accentramento e "giurisdizionalizzazione" del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Non a caso, in virtù della natura *opt-in* della Convenzione istitutrice della Corte multilaterale, lo stesso *corpus* di trattati d'investimento, di cui sia parte ciascun Stato membro, ai sensi dell'art. 20 del Progetto di statuto, sarebbe incorporato nella stessa Convenzione istitutrice⁵⁰⁶.

Quest'ultimo profilo, in particolare, potrebbe essere un'innovazione di non poco conto. Il Progetto di statuto, prevedendo che i trattati d'investimento, inclusi in un Allegato *ad hoc*, siano incorporati allo statuto e, di conseguenza, vincolanti per le parti, potrebbe larvamente condurre ad una progressiva multilateralizzazione dei profili di tutela materiale del diritto internazionale degli investimenti. Le differenze con l'impianto del Capitolo 8 del CETA risultano evidenti, anche in ragione del profilo bilaterale di quest'ultimo. Questo, infatti, coniuga esplicitamente, in chiave di tutela dell'interesse pubblico, tanto la codificazione dei diritti garantiti in capo agli investitori stranieri, quanto la "giurisdizionalizzazione" della risoluzione delle controversie. Il Progetto di statuto, al contrario, propone una soluzione accentratrice delle tutele pattizie preesistenti, la cui applicazione ed interpretazione è uniformata dall'unitarietà giurisdizionale della Corte multilaterale. Attraverso questo meccanismo si cercherebbe di invertire le tendenze centrifughe del diritto internazionale degli investimenti, tipicamente frammentario, attraverso una duplice forza centripeta. Il Progetto di statuto, dunque, agirebbe come una forma di coordinamento della nebulosa di trattati in materia di investimenti⁵⁰⁷.

Sul lato più strettamente procedurale, il Progetto di statuto prevede una cornice per l'esercizio del potere d'azione e lo svolgimento dei procedimenti Stato-investitore. Diversamente dal CETA, infatti, che lascia all'attore la libertà di individuare quale disciplina procedurale si debba applicare alla risoluzione della controversia⁵⁰⁸, con ciò implicando una forma

⁵⁰⁵ Ciò, invero, nella misura in cui si ritenga che questa sarebbe una deviazione dalle norme poste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tale dottrina suggerisce infatti che solo deviando dalla Convenzione si potrebbero armonizzare i differenti trattati d'investimento. Si veda: J.E. ALVAREZ, *ISDS Reform: the Long cit.*, p. 272.

⁵⁰⁶ *A fortiori*: "The Annexes form an integral part of this Statute and, unless expressly provided otherwise, a reference to this Statute or to one of its Parts includes a reference to the Annexes relating thereto." Articolo 67 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

⁵⁰⁷ J. LEE, *Introduction of an Appellate Review cit.*, p. 491.

⁵⁰⁸ Articolo 8.23 del CETA.

di convivenza tra “giurisdizionalizzazione” e sistemi tradizionali, quali ad esempio la Convenzione di Washington, qui la procedura è disciplinata in maniera più dettagliata. In particolare, è disposto un più ampio margine per le domande riconvenzionali ovvero incidentali, purché ricollegate all’oggetto della domanda principale e fatta salva l’ipotesi che le parti decidano altrimenti sul punto⁵⁰⁹.

Con riguardo alle pretese azionabili e, conseguentemente, la determinazione della giurisdizione della Corte multilaterale, il Progetto di statuto risulta tendenzialmente più elastico, rispetto al prototipo eurocanadese. Per un verso, questa è circoscritta dettagliatamente all’art. 19 del Progetto di statuto, *ratione materiae*, alle controversie direttamente emergenti da un investimento di un soggetto che possieda la nazionalità di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e, *ratione personae*, attraverso la definizione puntuale di cosa s’intenda per “*national of a member State*”⁵¹⁰. Per altro verso, la determinazione della giurisdizione è compressa e, per certi versi, resa più mobile, dalla previsione, all’art. 27 del Progetto di statuto, di requisiti aggiuntivi: occorre, infatti, che il “*national of a member State*”, come definito ai sensi dello statuto medesimo, ed il suo investimento, possano essere qualificati, rispettivamente, quale “investitore” ed “investimento”, ai sensi delle definizioni contenute nel trattato internazionale d’investimento rilevante, ovvero siano soddisfatti eventuali altri requisiti giurisdizionali da questo specificati. Quanto, invece, ai motivi d’appello azionabili innanzi alla Corte di seconda istanza, questi risultano in buona sostanza sovrapponibili a quelli enucleati all’art. 8.28 del CETA⁵¹¹.

Volgendo l’attenzione ai profili procedurali più strettamente riconnessi alla questione della legittimità del meccanismo, bisogna senz’altro menzionare la previsione di disposizioni in ordine alla trasparenza e partecipazione ai procedimenti. Se, sotto il primo profilo, si prevede il successivo recepimento delle norme di trasparenza UNCITRAL nel codice di condotta emanato dal *Plenary body* di cui si è discusso, il secondo è invece disciplinato, all’art. 55 del Progetto di statuto. Quest’ultima introduce

⁵⁰⁹ Articolo 34 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

⁵¹⁰ “For the purpose of this Statute a ‘national of another Member’ means: (a) any natural person who had the nationality of a Member other than the Member which is a party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to the MIC as well as on the date on which the request was registered pursuant to Article 44(2); and (b) any juridical person which had the nationality of a Member other than the Member which is a party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to the MIC as well as on the date on which the request was registered pursuant to Article 44(2). (c) For the purposes of this Statute, a juridical person with the nationality of a Member shall be an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Member and has substantial business activities in the territory of that Member, or ii. an enterprise that is constituted or organised under the laws of that Member and is directly or indirectly owned or controlled by a natural person of that Member or by an enterprise mentioned under paragraph (i)”.

⁵¹¹ Articolo 46 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

l'istituto dell'*amicus curiae*, secondo modalità largamente sovrapponibili a quanto disposto all'art. 4 delle norme di trasparenza UNCITRAL. Ciò, se per un verso potrebbe forse lasciar intendere un certo scetticismo con riguardo all'immediata adozione di un codice di condotta da parte del futuro *Plenary body*, in quanto renderebbe l'art. 55 del Progetto di statuto un'inutile superfetazione, per altro verso accresce il rilievo e la priorità che, nell'architettura complessiva della Corte multilaterale, sono attribuiti ad uno strumento in grado di consentire un certo grado di rappresentatività ai terzi portatori d'istanze ascrivibili all'interesse pubblico ovvero significative e riconnesse alla materia controversa. L'importanza di tale previsione si percepisce, del resto, dalla scelta di rubricare l'articolo "*Experts and Third Parties*", in un'ottica, cioè, di tendenziale assimilazione delle consulenze degli esperti ed allegazioni degli *amici curiae*.

La soluzione di continuità tra il sistema tradizionale di risoluzione delle controversie Stato-investitore ed il Progetto di statuto emerge con ancor più spiccata evidenza osservando le modalità di esecuzione delle sentenze rese dalla Corte multilaterale. Si intuisce agilmente da come la *vexata quaestio* dell'esecuzione di simili pronunce ai sensi della Convenzione di Washington ovvero della Convenzione di New York sia superata, introducendo una disciplina interna in materia. In altri termini, il Progetto di statuto si atteggia quale sistema *self-contained*: una volta divenute definitive, le sentenze della Corte multilaterale possono essere eseguite nel territorio di ciascun Stato membro, senza che vi siano margini di discrezionalità nei fori interni. A garanzia di ciò è posto l'obbligo, in capo a ciascuna parte del Progetto di statuto, di riconoscere come vincolanti tali sentenze, dando esecuzione agli obblighi pecuniari come se fossero contenuti in pronunce definitive rese dai giudici nazionali e, in ogni caso, regolandone l'esecuzione secondo il diritto interno⁵¹². La disposizione ricalca dunque i medesimi obblighi previsti dall'art. 54 della Convenzione di Washington in capo agli Stati parte. Tuttavia, a differenza del *framework* ICSID, non residua il limite dell'immunità statale all'esecuzione⁵¹³. Il Progetto di statuto, inoltre, prevede l'impegno, per gli Stati parte, di stipulare un ulteriore trattato, allo scopo di regolare l'eventuale esecuzione delle sentenze anche nel territorio di Stati terzi, non membri, cioè, della *Multilateral Investment Court*, promuovendone la più ampia adesione⁵¹⁴.

A corollario del sistema *self-contained* sin qui descritto, l'effettività dell'esecuzione è presidiata altresì dall'introduzione, all'art. 58 del Progetto di statuto, di un Fondo *ad hoc* per l'esecuzione. La sua regolamentazione amministrativa, ivi inclusa la determinazione della somma minima che ciascuno Stato membro dovrà versare contestualmente all'adesione, è tra le funzioni regolamentari demandate al *Plenary body*. Il Fondo è istituito a tutela

⁵¹² Articolo 56 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

⁵¹³ Articolo 55 della Convenzione di Washington.

⁵¹⁴ Articolo 57 del *Draft statute of the Multilateral Investment Court*.

dell'adempimento degli obblighi pecuniari posti da una sentenza della Corte multilaterale in capo ad uno Stato membro soccombente e consente il pagamento di una somma pari ad un ammontare massimo predeterminato; tale pagamento è condizionato a che la parte attrice dimostri la necessità attuale che tale somma sia immediatamente liquidata. Conseguentemente, si prevede che la Corte multilaterale disponga la surrogazione nei diritti dell'attore così soddisfatto.

Si tratta di uno strumento congeniale a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alla giurisdizione internazionale in materia d'investimenti, poiché offrirebbe una solida garanzia economica a fronte del rischio di dover sopportare i tempi ed i costi onerosi dell'esecuzione⁵¹⁵. Inoltre, la predeterminazione di un ammontare massimo liquidabile dal Fondo sembrerebbe altresì consentire di ridurre il rischio di sperequazioni che incidano, potenzialmente, sulla capacità economica degli Stati membri; somme proporzionate alle pretese di piccole e medie imprese consentirebbero, infatti, di circoscrivere l'attivazione del Fondo soltanto alle necessità di quest'ultime, evitando che questo sia invece utilizzato da investitori pienamente in grado di sostenere i costi economici dell'esecuzione. D'altra parte, la previsione sembra piuttosto generica nell'indicare i requisiti in ordine all'attivazione del meccanismo di liquidazione da parte dell'attore vittorioso. Tanto il reale contenuto dei requisiti di necessità attuale del pagamento, quanto la stessa procedura di attivazione della liquidazione sarebbero dei profili rimessi alle determinazioni successive del *Plenary body*, relative alla regolamentazione amministrativa del Fondo, incidendo significativamente sull'effettività dello strumento. Considerazioni analoghe, se non con un portato ancor più rilevante, possono essere sollevate altresì in merito all'effettivo esercizio del diritto di surroga.

⁵¹⁵ M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *Draft statute cit.*, p. 35.

CONCLUSIONI

Attraverso lo studio dei profili più innovativi del CETA, è stato possibile rintracciare le questioni che caratterizzano il dibattito intorno alla riforma del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Invero, si è potuto constatare che le criticità del sistema tradizionale non sono affatto problematiche isolate dalla dimensione materiale della protezione degli investimenti stranieri. Al contrario, queste sono strettamente connesse alla modulazione delle tutele garantite dallo Stato ospite, tanto da essere rivelatrici della cronicizzazione di alcuni degli elementi caratterizzanti la disciplina del diritto internazionale degli investimenti nel suo insieme. Si pensi alla frammentarietà del regime di tutele sostanziale, figlia dell'approccio bilaterale degli Stati: questa si riverbera altresì sul piano procedurale. Pur nella sua dimensione multilaterale, infatti, la struttura offerta dalla Convenzione di Washington si piega alla dimensione volontaristica tipica dell'arbitrato. Essa è a sua volta funzionale al bisogno di flessibilità delle parti e, invero, alla conservazione del rapporto sinallagmatico *sui generis* che coinvolge lo Stato ospite e l'investitore straniero.

Alla radice dello squilibrio dei rapporti Stato-investitore si suole porre la "depoliticizzazione" delle controversie, di cui è emblematico il superamento dell'impiego della protezione diplomatica, quale istituto posto a salvaguardia degli interessi dell'investitore nazionale. Tuttavia, sarebbe miope ritenere che le implicazioni latamente politiche, insite nella protezione degli investimenti internazionali, siano per questo dissipate. Al contrario, queste scorrono carsicamente nel sostrato profondo del diritto internazionale degli investimenti contemporaneo, proprio come in passato. La questione della protezione del perimetro d'esercizio della sovranità interna degli Stati è solo l'ultimo degli ambiti in cui tali tensioni affiorano. Che il mutamento degli equilibri politici ed economici internazionali si rifletta nella differente modulazione delle tutele sostanziali non è certo una considerazione innovativa. Ciò dovrebbe, però, spingere a riconsiderare il contenuto effettivo dei vari livelli di protezione che compongono il frastagliato panorama del diritto internazionale degli investimenti. Le tendenze verso la codificazione dei singoli trattamenti garantiti, tanto quanto l'inclusione di eccezioni a salvaguardia della potestà normativa degli Stati, non consentono di postulare l'unitarietà della materia.

D'altro canto, l'era della deglobalizzazione non può essere intesa come l'esordio inevitabile di un'ulteriore frammentazione della protezione degli investimenti stranieri. Al contrario, sembrerebbe piuttosto profilarsi l'alba di un nuovo possibile regime di tutela. Vi sono, certamente, differenti prospettive, ciascuna espressione di un diverso modo di intendere lo sviluppo economico. Tuttavia, non si può più ricondurre la dialettica intorno al diritto internazionale degli investimenti alla sola tradizionale dicotomia tra Nord globale e Sud globale, in un mondo nel quale Stati tradizionalmente

esportatori di capitali si apprestano ad essere a loro volta ospiti di investitori internazionali.

Piuttosto, i nuovi equilibri politico-economici internazionali sembrano offrire la possibilità, in special modo agli Stati economicamente più sviluppati, di intendere la prospettiva di compressione dell'esercizio della sovranità interna che, tradizionalmente, è sempre stata ricondotta alla sfera di interessi degli Stati economicamente meno sviluppati. Una presa di coscienza che può informare la negoziazione di trattati futuri, tanto quanto gli sforzi intorno all'elaborazione di meccanismi "giurisdizionalizzati" a carattere multilaterale. Procedendo da questa prospettiva, si può comprendere come mai il prototipo posto dal Capitolo 8 del CETA tenti di ricalibrare la tutela degli investimenti internazionali, declinandola secondo le modalità della protezione dell'interesse pubblico.

Ciò che è emerso dall'illustrazione della disciplina in materia di investimenti eurocanadese è che, se si supera la contrapposizione tradizionale tra l'interesse pubblico, inteso quale fine cui tende l'azione normativa dello Stato ospite, e l'interesse dell'investitore straniero, inteso quale fine cui tende l'attività economica di questo, è possibile elidere le criticità che affliggono il diritto internazionale degli investimenti. Solo ricomprendendo la promozione e tutela degli investimenti stranieri nell'interesse pubblico, infatti, si può riequilibrare lo sbilanciamento di rapporti tra Stato ospite ed investitore. Dal superamento dello squilibrio del sinallagma discende non soltanto una revisione complessiva delle modalità di risoluzione delle controversie in materia, ma altresì una differente concezione delle tutele materiali garantite. Tutele che, viene di conseguenza, non possono che essere interpretate alla luce del diritto internazionale pubblico. Nella prospettiva eurocanadese, infatti, non c'è alcuno iato tra questo ed il diritto internazionale degli investimenti. Solo presidiando l'interpretazione ed applicazione in chiave internazionalpubblicistica dei trattamenti, opportunamente codificati pattiziamente, è possibile riaffermare il diritto a legiferare proprio dello Stato ospite. Una volta che il potere regolamentare dello Stato è garantito, la frattura tra l'interesse dell'investitore straniero ed interessi generali e diffusi tende a ricomporsi.

La crisi di legittimazione che caratterizza l'attuale sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, insomma, non è altro che il sintomo manifesto di criticità connaturate e risalenti del diritto internazionale degli investimenti. La risposta offerta dal Capitolo 8 del CETA cerca, di conseguenza, di riequilibrare il sinallagma *sui generis*. Se tanto si è detto in ordine al cosiddetto *right to regulate*, quale principio cardine sotteso negli *standard* di tutela garantiti nel trattato, occorre altresì rimarcare come il meccanismo "giurisdizionalizzato" di risoluzione delle controversie sia a sua volta una risposta alla questione della crisi di legittimazione.

In proposito, le parti del CETA hanno assimilato le perplessità emerse, all'origine dei negoziati, in larghi segmenti della società civile. Non può certo

negarsi che l'*ethos* arbitrale che si è stratificato nei decenni mini la terzietà, imparzialità ed indipendenza dell'arbitrato in materia di investimenti, quantomeno nel percepito collettivo. L'omogeneità che caratterizza il novero di individui che generalmente sono nominati arbitri è, forse, tra i sottoprodotti del peculiare rapporto sinallagmatico Stato-investitore di cui si è detto e, in ogni caso, può ritenersi tra le cause che hanno spinto l'Unione europea ed il Canada a disegnare un Tribunale a carattere permanente nel CETA e ad impegnarsi per costituirne uno multilaterale. Per le medesime ragioni, è la necessità di conferire maggiore legittimità al sistema che si è deciso di introdurre un complesso *corpus* in tema di trasparenza e doveri di condotta in capo ai membri del Tribunale.

Certamente, questo ha delle ricadute significative sulle possibilità di integrare il prototipo CETA nel quadro più generale del diritto internazionale degli investimenti. Ciò in quanto, pur volendo istituire un modello che cristallizzasse le istanze riformatrici in materia, le parti del trattato hanno deciso di tentare la via di una difficile integrazione con le principali cornici procedurali esistenti. Si tratta di una scelta, senz'altro realistica, che rimarca la volontà di non elaborare un sistema *self-contained*, splendidamente isolato dall'oceano tempestoso del diritto internazionale degli investimenti⁵¹⁶.

D'altro canto, ciò ha delle ricadute importanti in tema di effettività. Si tratta di conseguenze che attengono alla possibilità di qualificare le sentenze definitive CETA quali pronunce arbitrali e, pertanto, alle problematiche che ne discendono in termini di esecuzione. Ciò potrebbe, invero, porsi quale monito per la comunità internazionale: quale che sia l'esito dei lavori in seno all'*UNCITRAL Working Group III*, occorrerà intervenire affinché l'esecuzione delle pronunce rese dal futuro meccanismo "giurisdizionalizzato", laddove veda davvero la luce, abbia il più alto grado di effettività. Per altro verso, i limiti a cui si è fatto cenno non dovrebbero incidere significativamente sull'operatività del Tribunale CETA, anche in virtù delle importanti conseguenze che il trattato eurocanadese pone, sul piano dell'ordinamento europeo, in capo a ciascun Stato membro. In altre parole, il prototipo CETA ha sì degli importanti ostacoli che ne inficiano la piena effettività, e tuttavia sembrerebbe che questi siano compensati dalle peculiarità ordinamentali degli Stati parte dell'accordo.

Ciò, per certi versi, ripropone la questione tratteggiata in apertura, ovvero di come gli interessi politico-economici degli Stati plasmino la dimensione del diritto internazionale degli investimenti. Se, per un verso, può senz'altro riconoscersi che vi sia una diffusa tendenza verso lo sviluppo sostenibile, quale possibile matrice della materia, per altro verso non è affatto scontato che da tale matrice risultino modelli univoci. Che l'Unione europea

⁵¹⁶ Ipotesi, tuttavia, verosimilmente irrealistica, in quanto lo stesso meccanismo dell'interpretazione sistemica di cui all'art. 31, paragrafo terzo, lettera c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, pare declinare nel senso di una inevitabile permeabilità dei sistemi rispetto a regole generali o relative a settori diversi del diritto internazionale.

ed il Canada abbiano concordato di riorientare la protezione degli investimenti organicamente, in chiave di tutela dell'interesse pubblico, è infatti solo uno dei possibili esiti delle tensioni accumulate dal sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore. Rispetto alla costituzione di un meccanismo "giurisdizionalizzato", ad esempio, taluni Stati potrebbero ricorrere ad un approccio più o meno larvatamente protezionistico. Che si tratti di condizionare la risoluzione delle controversie in sede arbitrale al previo esaurimento dei ricorsi interni, ovvero che si pongano limiti significativi allo stabilimento di un investimento, ovvero ancora che si escludano alcuni settori economici da quelli ai quali si applicano determinate tutele garantite agli investitori stranieri, il rischio che segmenti della comunità internazionale limitino il flusso degli investimenti internazionali non è affatto scontato. Ciò, si badi, procedendo dalle migliori intenzioni: tutelare lo spazio regolamentare dello Stato ospite.

Simili reazioni alle criticità croniche del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore, se per un verso trovano una giustificazione nei mutamenti economici globali, che pongono la necessità di superare la dicotomia Nord-Sud, per altro verso sono anch'esse figlie di una visione conflittuale dell'interesse pubblico ovvero dell'investitore straniero. Piuttosto che considerare la "giurisdizionalizzazione" della risoluzione delle controversie Stato-investitore come foriera di uno sbilanciamento del sinallagma in favore dello Stato ospite, occorrerebbe forse interrogarsi se, invece, l'assetto tradizionale del rapporto in questione non rischi di condurre taluni Stati a ricercare soluzioni che determinino proprio lo squilibrio paventato. Senza voler cedere alla tentazione di ritenere l'approccio eurocandese migliore, secondo un pregiudizio più o meno implicitamente "civilizzatore", non può tuttavia negarsi che reazioni di stampo protezionistico difficilmente potranno risolvere le criticità insite non solo nel sistema tradizionale di risoluzione delle controversie, ma altresì nelle tutele materiali garantite pattiziamente.

È per questo che occorre stimolare il dibattito accademico intorno all'elaborazione di meccanismi, più o meno "giurisdizionalizzati", a carattere multilaterale, onde prevenire il rischio che si sviluppino regimi di tutela sempre più rigidamente chiusi, oltre che frammentati, e, al contempo, restituire legittimazione e coerenza alla risoluzione delle controversie Stato-investitore. Il superamento della risoluzione arbitrale delle controversie potrebbe, infatti, aprire la via verso una progressiva armonizzazione delle tutele sostanziali. La costituzione di una Corte multilaterale in materia di investimenti, secondo un modello non dissimile da quello tratteggiato nel Progetto di statuto delineato da Bungenberg e Reinisch, potrebbe assolvere a tale funzione.

Immaginare di raccordare la galassia di trattati in materia di investimenti attraverso un trattato multilaterale, che detti una giurisdizione unica per la risoluzione delle controversie in ordine all'applicazione dei

trattamenti garantiti e che li interpreti secondo principi di tutela dell'interesse pubblico. potrebbe davvero determinare l'emersione di una *jurisprudence constante* in materia di investimenti internazionali. Certo, si tratta di una prospettiva ambiziosa, atteso il particolarismo delle tutele che, come si è detto, è complementare alla risoluzione tradizionale delle controversie. D'altro canto, è probabilmente l'approccio che consente di contrastare più efficacemente la crisi del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie. Ciò potrebbe, tuttavia, spingere a ritenere maggiormente percorribile l'ipotesi di introdurre un meccanismo d'appello multilaterale, così da preservare l'operatività dei tribunali arbitrali di investimento.

Si tratterebbe di una soluzione astrattamente condivisibile, però, soltanto nella misura in cui si tratti di una prospettiva di transizione, verso un meccanismo più pienamente "giurisdizionalizzato". La ragione di questa considerazione risiede nel fatto che, diversamente, i problemi in ordine alla legittimazione del sistema e, conseguentemente, alla riconciliazione tra interesse pubblico ed interesse dell'investitore resterebbero inalterati. La mera ricerca dell'armonizzazione dei profili materiali del diritto internazionale degli investimenti, infatti, non può eludere la questione del rapporto Stato-investitore e, in ogni caso, non può da sola appianare le tensioni tra l'esercizio della sovranità statale interna e la promozione e tutela degli investimenti stranieri. Diversamente, si rischierebbe di esacerbare le conflittualità tipiche della materia. Si consideri, ad esempio, la questione dei profili di conflitto degli arbitri, ovvero il difetto di partecipazione della società civile e di considerazione in giudizio delle istanze che questa rappresenta. Ciascuna di queste tematiche presuppone una discontinuità piuttosto netta dal sistema tradizionale.

L'introduzione di un'istanza multilaterale di appello, quale soluzione di compromesso, in quanto tesa a preservare equilibri che sono invero forieri delle problematiche che attraversano il diritto internazionale degli investimenti, rischierebbe di concretizzare ulteriormente l'effettività della crisi della materia, ponendosi quale "interregno" tra il "vecchio che muore" ed il "nuovo che non può nascere". Al contrario, la prospettiva di una costituenda Corte multilaterale in materia di investimenti, sebbene lungi dal concretizzarsi nell'immediato, potrebbe offrire una soluzione di organicità rispetto alle discrasie del diritto internazionale degli investimenti contemporaneo.

BIBLIOGRAFIA

Monografie

- ACCONCI P., *Investimenti Stranieri Sostenibili. Diritto e Governance Internazionale e dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023
- ALVAREZ J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, L'Aja, The Hague Academy of International Law, 2011
- ANZILOTTI D., *Cours de Droit International*, Paris, Sirey, 1929
- BRADFORD A., *Effetto Bruxelles*, Milano, Angeli, 2021
- BAUMGARTNER J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- BUNGENBERG M., REINISCH A., *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court (European Yearbook of International Economic Law, Special Issue)*, Berlino, Springer, 2020
- BUNGENBERG M., REINISCH A., *Draft statute of the Multilateral Investment Court*, Baden, Nomos, 2021
- CALAMITA N.J., *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2017
- CLEIS M.N., *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*, Leiden, Brill, 2017
- COLLINS D., *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015
- CONTALDI G., *Diritto europeo dell'Economia*, Torino, Giappichelli Editore, 2019
- COX J.M., *Expropriation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019
- D'AMATO A., *The Concept of Custom in International Law*, London, Cornell University Press, 1971
- DE BRABANDERE E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014
- DIETRICH C.W.R., *Oil Revolution. Anticolonial Elites, Sovereign Rights, and the Economic Culture of Decolonization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, Den Haag, Nijhoff, 1995
- DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022
- DUMBERRY P., *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen Aan Den Rijn, Kluwer Law International, 2013
- GENEST A., *Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law*, Leiden, Brill, 2019
- GÓMEZ K.F., *Key Duties of International Investment Arbitrators: a Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas*, Berlino, Springer, 2
- HEPBURN J., *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017
- HIRSCH M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Nijhoff, 1993

- HOFFMEISTER F., *The EU Contribution to the Progressive Development of Institutional Aspects in International Investment Law*, in *Revue Belge de Droit International*, 2017
- KULICK A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- LUTTRELL S., *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test*, Alphen van den Rijn, Kluwer Law International, 2009
- MARTÍNEZ FRAGA P.J., REETZ C.R., *Public Purpose in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- MCLACHLAN C., SHORE L., WEINIGER M., *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2017
- NEWCOMBE A., PARADELL L., *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009
- PANTALEO L., *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, L’Aja, Springer, 2019
- PARRA A.R., *The History of ICSID*, Oxford, Oxford University Press, 2017
- PAULSSON J., *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- PUCCIO L., SABBATI G., SCHÖLLMANN W., *CETA and public services*, Strasburgo, European Parliamentary Research Service, 2017
- QUIRICO O., *Investment Governance Between the Energy Charter Treaty and the European Union*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021
- RAJPUT A., *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018
- REINISCH A., SCHREUER C., *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020
- ROMESH WEERAMANTRY J., *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- RUBINS N., PAPANASTASIOU T.N., KINSELLA N.S., *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- SALACUSE J.W., *The Three Laws of International Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- SCHILL S.W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009
- SCHEREUER C., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A.C., *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- SCHRIJVER N., *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997
- SHARMIN T., *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals. Implications for the Developing Countries*, Singapore, Springer, 2020
- SHEA D.R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, S. Paul, University of Minnesota Press, 1955
- SORNARAJAH M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

- SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- TITI C., *The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)*, Mosca, International and Comparative Law Research Center, 2022
- TUDOR I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, New York, Oxford University Press, 2008
- VAN BERGHEIJK P.A.G., *Deglobalization 2.0: trade and openness during the great depression and the great recession*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020
- VANDEVELDE K.J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- VAN DUZER J.A., SIMONS P., MAYEDA G., *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, London, Commonwealth Secretariat, 2013
- VAN HARTEN G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- VILLANI U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2020
- WEILER T., *The Interpretation of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2013
- YUERONG A.K., YONG B.T.K., PEREIRA H., SHARMA U.J., *Memorandum: Prohibitions on Performance Requirements in Investment Treaties*, Singapore, National University of Singapore, 2018

Opere collettanee

- ACCONCI P., *Most-Favoured-Nation Treatment*, in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- ALVAREZ J.E., *The NAFTA's Investment Chapter and Mexico*, in DOLZER R., HERDEGEN M., VOGEL B. (eds.), *Foreign Investment. Its Significance in Relation to the Fight Against Poverty, Economic Growth and Legal Culture*, Singapore, Konrad Adenauer Stiftung, 2006
- BANIFATEMI Y., *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration* in BJORKLUND A., LAIRD I., RIPINSKY S. (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2008
- BERNASCONI-OSTERWALDER N., MANN H., *CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- BISCHOFF J.A., HAPP R., *Chapter 6 - II.A. The Notion of Investment*, in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Baden, Nomos, 2015
- BJORKLUND A.K., *The National Treatment Obligation*, in YANNACA-SMALL K. (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2018

- BOTTINI G., *Reform of the Investor-State Arbitration Regime: The Appeal Proposal*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- BUNGENBERG M., BLANDFORT F., *Investment Screening – a New Era of European Protectionism?*, in HAHN M., VAN DER LOO G. (eds.), *Law and practice of the common commercial policy: the first 10 years after the Treaty of Lisbon*, Leiden, Brill, 2020
- BUNGENBERG M., HOLZER A.M., *Potential Enforcement Mechanisms for Decisions of a Multilateral Investment Court*, in ÜNÜVAR G., LAM J., DOTHAN S. (eds.), *Permanent Investment Court. The European Experiment*, Cham, Springer, 2020
- BURGSTALLER M., *Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union*, in BALTAG C. (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016
- BUTLER N., *In Search of a Model for the Reform of International Investment Dispute Resolution: An Analysis of Existing International and Regional Dispute Settlement Mechanisms*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- CARDOSO D., MTHEMBU P., VENHAUS M., VERDE GARRIDO M. (eds.), *The Transatlantic Colossus*, Berlin, BFGP, 2013
- CASTRO DE FIGUEIREDO R., *Fragmentation and Harmonization in the ICSID Decision-Making Process*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- CHOUKROUNE L.D., *National Treatment in International Investment Law and Arbitration*, in SANDERS A.K. (eds.), *The Principle of National Treatment in International Economic Law. Trade, Investment and Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014
- CLIFFORD M., DOUAIRE DE BONDY C., *Determining State Intention when Negotiating and Entering into Investment Treaties – A Canadian Perspective*, in GAILLARD E., BANIFATEMI Y. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Parigi, IAI, 2018
- CÔTÉ C.E., ALI H., *The USMCA and Investment: A New North American Approach?*, in GAGNÉ G., RIOUX M. (eds.), *NAFTA 2.0*, Montreal, Palgrave Macmillan, 2022
- CRAWFORD J., *A Consensualist Interpretation of Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- CRAWFORD J., *Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration*, in CARON D.D., SCHILL S.W., COHEN SMUTNY A., TRIANTAFILOU E. (eds.) *Practicing Virtue Inside International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- DAIGREMENT C.C., *Most Favoured Nation Treatment*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- DE BRABANDERE E., *Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law*, in GAZZINI T., DE BRABANDERE E. (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012

- DE NANTEUIL A., *Expropriation*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- DOTHAN S., LAM J., *A Paradigm Shift? Arbitration and Court-Like Mechanisms in Investors' Disputes*, in ÜNÜVAR G., LAM J., DOTHAN S. (eds.), *Permanent Investment Court. The European Experiment*, Cham, Springer, 2020
- DOUMA W.T., *Investor-State Dispute Settlement in EU Trade Agreements in the Light of EU Policy and Law*, in ANDENAS M., PANTALEO L., HAPPOLD M., CONTARESE C. (eds.), *EU External Action in International Economic Law*, L'Aja, Springer, 2020
- DUMBERRY P., *The Fair and Equitable Treatment*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- DUMBERRY P., *The 'Minimum Standard of Treatment' in International Investment Law: The Fascinating Story of the Emergence, the Decline and the Recent Resurrection of a Concept*, in PASQUET L., POLACKOVA VAN DER PLOEG K., CASTELLANOS-JANKIEWICZ L. (eds.), *International Law and Time: Narratives and Techniques*, 2022
- DUPUY F., DUPUY P.-M., *What to Expect From Legitimate Expectations? A Critical Appraisal and Look Into the Future of the "Legitimate Expectations" Doctrine in International Investment Law*, in ABDEL-RAOULF M., LEBOULANGER P., ZIADEL N. G. (eds.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, L'Aja, Kluwer Law, 2015
- EWING-CHOW M., LOSARI J.J., *Which Is to Be the Master? Extra-Arbitral Interpretative Procedures for IIAs*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- FACCIO S., *Public Participation in Arbitral Proceedings*, in DE BRABANDERE E., GAZZINI T., KENT A. (eds.) *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021
- FARNELLI G.M., *Amicus Curiae*, in MANTUCCI D. (ed.), *L'Arbitrato negli Investimenti Internazionali - Trattato di Diritto dell'Arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021
- GAFFNEY J.P., AKÇAY Z., *Chapter 4 – II.A. European Bilateral Approaches*, in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Baden, Nomos, 2015
- GAILLARD E., *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities: Three Incompatible Principles*, in GAILLARD E., YOUNAN J. (eds.), *State Entities in International Arbitration*, New York, Juris Publishing, 2008
- GEHRING M., EULER D., *Public Interest in Investment Arbitration*, in EULER D., GEHRING M., SCHERER M. (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

- GÓMEZ-PALACIO I., MUCHLINSKI P., *Admission and Establishment*, in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- GROSSE RUSE-KHAN H., *Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?*, in BROWN C., MILES K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- HAPP R., *The CETA-Tribunal: is it a Court? Is it an Arbitration Tribunal? Is it Something Else? An Analysis of a Legal Chimera*, in GEBAUER M., KLÖTZEL T., SCHÜTZE R.A. (eds.), *Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23.10.2020*, Berlino, De Gruyter, 2020
- HINDELANG S., *Restitution and Compensation. Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law*
- ISHIKAWA T., *Keeping Interpretation in Investment Treaty Arbitration 'on Track': The Role of State Parties*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- JENNINGS R., WATTS A. (eds.), *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- JEMIELNIAK J., *Pressure for Transparency and the Use of Arbitration Mechanisms in International Economic Dispute Resolution*, in CAPALDO G.Z. (ed.), *Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence 2015*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- JOHNSON P.M., MUZZI P., BASTIEN V., *Le Québec et l'AECG*, in DEBLOCK C., LEBULLENGER J., PAQUIN S. (eds.), *Un Nouveau Pont Sur l'Atlantique. L'Accord Économique et Commercial Global Entre l'Union européenne et Le Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014
- KAHFUMANN-KHOLER G., *Interpretative Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, in GAILLARD E., BACHAND F. (eds.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Montreal, IAI, 2009
- KENT A., GAZZINI T., DE BRABANDERE E., *Public Participation in International Investment Law: Setting the Scene*, in DE BRABANDERE E., GAZZINI T., KENT A. (eds.) *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021
- KESSEDIAN C., *To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards*, in ROGERS C. A., ALFORD R.P. (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- KINNEAR M., NITSCHKE F., *Disqualification of Arbitrators Under the ICSID Convention and Rules*, in GIORGETTI C. (ed.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Leiden, Brill, 2015
- KRIEBAUM U., SCHREUER C., *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in BREITENMOSER S. (ed.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, Nomos, 2007
- KRIEBAUM U., *Restitution in International Investment Law*, in HOFMANN R. (ed.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Baden, Nomos, 2011

- LANDMANN N., *Chapter 4: Appeal Mechanism and the Issue of Consistency in International Investment Arbitration*, in SCHEU J. (ed.), *Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court*, Baden, Nomos, 2022
- LANGFORD M., BEHN D., USYNIN M., *The West and the Rest: Geographic Diversity and the Role of Arbitrator Nationality in Investment Arbitration* in BEHN D., FAUCHALD O.K., LANGFORD M. (eds.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022
- LEE J., *Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- LEGUM B., *Appellate Mechanisms for Investment Arbitration: Worth a Second Look for the Trans-Pacific Partnership and the Proposed EU-US FTA?*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- LILLICH R.B., *The Current Status of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens*, in LILLICH R. B. (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983
- LLAMZON A., SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, in VAN DEN BERG A.J. (ed.) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, L'Aja, Kluwer Law International, 2015
- MALAGUTI M.C., *Prospettive dell'Arbitrato degli Investimenti*, in D MANTUCCI (ed.), *L'Arbitrato negli Investimenti Internazionali - Trattato di Diritto dell'Arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021
- MALINTOPPI L., *Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators*, in MUCHLINSKI P., ORTINO F., SCHREUER C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- MALINTOPPI L., HAERI H., *The Non-Disputing State Party in Investment Arbitration: An Interested Player or the Third Man Out?* in CARON D.D., SCHILL S.W., COHEN SMUTNY A., TRIANTAFILOU E. (eds.) *Practicing Virtue Inside International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- MALINTOPPI L., YAP A., *Challenges Of Arbitrators In Investment Arbitration. Still Work in Progress?*, in YANNACA-SMALL K. (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements A Guide to the Key Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2018
- MARKERT L., *The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States*, in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HINDELANG S. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2011
- MERCURIO B., *Trips-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, in BARTELS L., ORTINO F. (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006
- METHYMAKI E., TZANAKOPOULOS A., *Masters of Puppets? Reassertion of Control Through Joint Investment Treaty Interpretation*, in KULICK A. (ed.), *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017

- NADAKAVUKAREN SCHEFER K., *Judicial Ethics in International Economic Law: What Standards of Independence and Impartiality Apply to Arbitrators and Panelists?*, in JEMIELNIAK J., NIELSEN L., PALMER OLSEN H. (eds.), *Establishing Judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- NAPPERT S., TUZHELIAK N., *Politics of Public Participation in Investment Arbitration*, in DE BRABANDERE E., GAZZINI T., KENT A. (eds.) *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021
- NEWCOMBE A., LEVESQUE C., *Canada*, in BROWN C. (eds.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013
- ORTINI F., *The Impact of Amicus Curiae Briefs in the Settlement of Trade and Investment Disputes*, in MESSEN K.M. (ed.), *Economic Law as an Economic Good*, Monaco, Sellier, 2009
- PALOMBINO F.M., MINERVINI G., *Il Ruolo del Precedente*, in MANTUCCI D. (ed.), *L'Arbitrato negli Investimenti Internazionali - Trattato di Diritto dell'Arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021
- PARK E.Y., *Appellate Review in Investor-State Arbitration*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- PAULSSON J., DOUGLAS Z., *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, in HORN N., KRÖLL S. (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, L'Aja, Kluwer Law, 2004
- PAULSSON J., *Avoiding Unintended Consequences*, in SAUVANT K.P., CHISWICK-PATTERSON M. (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, Oxford University Press, 2008
- PERKAMS M., *Chapter 6 – III.B. Ratione Personae: Protection of Legal Persons in* in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Baden, Nomos, 2015
- PUIG S., STREZHNEV A., *Testing Cognitive Bias: Experimental Approaches and Investment Arbitration*, in BEHN D., FAUCHALD O.K., LANGFORD M. (eds.), *The Legitimacy of Investment Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022
- RANJAN P., ANAND P., *Determination of Indirect Expropriation and Doctrine of Police Power in International Investment Law*, in CHOUKROUNE L.D. (ed.), *Judging the State in International Trade and Investment Law*, Singapore, Springer Singapore, 2016
- REED L.F., DAVIS J.E., *Chapter 6 – III.A. Ratione Personae: Who Is a Protected Investor?*, in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Baden, Nomos, 2015
- RITWIK A., KAHLOON M., *Improving Post-award Efficiency: Proposed Reforms to the ICSID Annulment Process*, in ANDERSON A.M., BEAUMONT B. (eds.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021
- ROBERT-CUENDET S., *Protection of the environment and international investment law*, in KRAJEWSKI M., TAMARA R. (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019

- RUBINS N., LAUTERBURG B., *Independence, Impartiality and Duty Of Disclosure In Investment Arbitration*, in KNAHR C., KOLLER C., RECHBERGER W., REINISCH A. (eds.), *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010
- SALACUSE J.W., *Towards a global treaty on foreign investment: the search for a grand bargain*, in HORN N., KROLL S. (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, l’Aja, Kluwer Law International, 2004
- SANDS P., *Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: Ethical standards for counsel*, in BROWN C., MILES K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- SAULINO J.J., KALLMER J., *The Emperor Has No Clothes: A Critique of the Debate Over Reform of the ISDS System*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- SCHEU J., *The Idea of a Multilateral Investment Court: in the Rise, Crisis and Reform of International Investment Law*, in SCHEU J. (ed.), *Creation and Implementation of a Multilateral Investment Court*, Baden, Nomos, 2022
- SCHREUER C., KRIEBAUM U., *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, in BREITENMOSER S., EHRENZELLER B., SASSOLI M., STOFFEL W., WAGNER PFEIFER B. (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, Nomos, 2007
- M. BURGSTALLER, *Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union*, in C. BALTAG (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016
- SCHULTZ T., *The Ethos of Arbitration*, in SCHULTZ T., ORTINO F. (eds.) *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020
- SILVA ROMERO E., *Brèves Observations sur l’Opinion Dissidente*, in ROSSEL J. (ed.), *Les Arbitres Internationaux: Colloque du 4 Février 2005*, Parigi, Société de Législation Comparée, 2005
- SOREL J.M., BORÉ EVENO V., *Observance, Application and Interpretation of Treaties, s.3 Interpretation of Treaties, Art.31 1969 Vienna Convention*, in CORTEN O., KLEIN P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- TANZI A.M., *Controversial Developments in the Field of Public Participation in the International Environmental Law Process*, in DUPUY P.M., VIERUCCI L. (eds.), *NGOs in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008
- TITI C., *Procedural Multilateralism and Multilateral Investment Court: Discussion in Light of Increased Institutionalism in Transatlantic Relations*, in FAHEY E. (ed.), *Institutionalisation Beyond the Nation State*, Cham, Springer, 2018
- TITI C., *The Right to Regulate*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- TITI C., *Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court*, in SACHS L., JOHNSON L., COLEMAN J. (eds), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019*, Oxford, Oxford University Press, 2021

- ÜNÜVAR G., *Is CETA the Promised Breakthrough? Interpretation and Evolution of Fair and Equitable Treatment and Indirect Expropriation Provisions*, in ANDENAS M., PANTALEO L., HAPPOLD M., CONTARESE C. (eds.), *EU External Action in International Economic Law*, L'Aja, Springer, 2020
- ÜNÜVAR G., KREFT T., *Impossible Ethics? A Critical Analysis of the Rules on Qualifications and Conduct of Adjudicators in the New EU Investment Treaties*, ÜNÜVAR G., LAM J., DOTHAN S. (eds.), *Permanent Investment Court. The European Experiment*, Cham, Springer, 2020
- VAN ASSELT H., MERRILL L., KULOVESI K., *Fossil Fuel Subsidies and the Global Climate Regime*, in SKOVGAARD J., VAN ASSELT H. (eds.), *The Politics of Fossil Fuel Subsidies and Their Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018
- VAN DEN BERG A.J., *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in ARSANJANI M.H., COGAN J.K., SLOANE R.D., WIESSNER S., (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2011
- VANHONNAEKER L., *The Impacts of Local Equity Requirements on Competition*, in K. FACH GÓMEZ, GOURGOURINIS A., TITI C. (eds.), *International Investment Law and Competition Law (European Yearbook of International Economic Law, Special Issue)*, Cham, Springer, 2020
- VAN ROSSEM J.W., *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, in ANDENAS M., PANTALEO L., HAPPOLD M., CONTARESE C. (eds.), *EU External Action in International Economic Law*, L'Aja, Springer, 2020
- VEEDER V.V., *The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator – From Miami to Geneva*, in CARON D.D., SCHILL S.W., COHEN SMUTNY A., TRIANTAFILOU E. (eds.) *Practicing Virtue Inside International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- VIÑUALES J. E., *Sovereignty in Foreign Investment Law*, in DOUGLAS Z., PAUWELYN J., VIÑUALES J.E. (eds.), *The Foundations of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2014
- VON WALTER A., ANDRISANI M.L., *Resolution of Investment Disputes*, in MBENGUE M.M., SCHACHERER S. (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019
- WAEDELDE T. W., *A Requiem for the "New International Economic Order". the Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-mortem With Timeless Significance*, in REST A., HAFNER G., LOIBL G., ZEMANEK K., SUCHARIPA-BEHRMANN L. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, L'Aja, Kluwer Law International, 1998
- WAIBEL M., *International Investment Law and Treaty Interpretation*, in HOFMANN R., TAMS C.J. (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Baden, Nomos, 2011
- WITTICH S., *The Limits of Party Autonomy in Investment Arbitration*, in KNAHR C. (ed.), *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010

- YU P.K., *The Objectives and Principles of the TRIPs Agreement*, in MERCURIO B.C., KRAJEWSKI M. (eds.), *The Regulation of Services and Intellectual Property*, Londra, Routledge, 2013
- ZULETA E., *The Challenges of Creating a Standing International Investment Court*, in KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015

Articoli specialistici

- ACCONCI P., *L’Inclusione del “Right to Regulate” Negli Accordi Internazionali in Materia di Investimenti. Considerazioni in Margine alla Posizione dell’Unione europea*, in *Studi sull’Integrazione Europea*, 2019, p. 89
- AERTS J., OLARIU G., SOFOS E., *Voluntary Debt Restructuring: the 2017 Greek €29.6 Billion Bond Exchange Explained*, in *ESM Discussion Paper Series*, 2021, p. 1
- ALDRICH G.H., *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran United States Claims Tribunal*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 585
- AL FARUQUE A., *Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal*, in *Indian Journal of International Law*, 2004, p. 292
- ALVARADO GARZÓN A.E., *Designing a Multilateral Investment Court: Blueprints for a New Route in Investor-State Dispute Settlement*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2019, p. 477
- ALVAREZ G.A., PARK W.W., *The New Face of Investment Arbitration*, in *Yale Journal of International Law*, 2003, p. 365
- ALVAREZ J.E., *A BIT on Custom*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2009, p. 17
- ALVAREZ J.E., *The Return of the State*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2011, p. 223
- ALVAREZ J.E., *Is Investor-State Arbitration ‘Public’?*, in *Institute for International Law and Justice Working Paper*, 2016, p. 1
- ALVAREZ J.E., *Mythic Courts*, in *iCourts Working Paper Series*, 2020, p. 1
- ALVAREZ J.E., *ISDS Reform: the Long View*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2021, p. 253
- ANNACKER C., *Fragmentation and Integration in International Investment Law: Plus Ça Change*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2023, p. 501
- AYAD M.B., *The Quest for the Holy Grail of Social Justice: Substantive & Procedural Law Provisions for Amicus Curiae in Investor-State ICSID Arbitration Law & Practice*, in *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, p. 17
- BASTIN L., *Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends*, in *Arbitration International*, 2014, p. 125
- BATIFORT S., HEATH J.B., *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 873
- BEER A.S., *What is Cybernetics?*, in *Kybernetes*, 2001, p. 209

- BEHN D., LANGFORD M., LÉTOURNEAU-TREMBLAY L., *Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2020, p. 188
- BJORKLUND A.K., *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, in *Penn State Law Review*, 2009, p. 1269
- BJORKLUND A.K., *Arbitration, the World Trade Organization, and the Creation of a Multilateral Investment Court*, in *Arbitration International*, 2021, p. 433
- BÖHME B., *Recent Efforts to Curb Investment Treaty Shopping: How Effective Are They?*, in *Journal of International Arbitration*, 2021, p. 511
- BOONE BARRERA E., *The Case for Removing the Fair and Equitable Treatment Standard from NAFTA*, in *CIGI Papers*, 2017, p. 1
- BORDO M.D., *The Second Era Of Globalization is not Yet Over: An Historical Perspective*, in *Federal Reserve Bank of Dallas, Globalization and Monetary Policy Institute Working Papers*, 2017, p. 1
- BORN G., FORREST S., *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, p. 626
- BOTTINI G., *Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2016, p. 712
- BRAY H.L., *ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2014, p. 474
- BROWER C.N., ROSENBERG C.B., *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, in *Arbitration International*, 2013, p. 7
- BRUNETTI M., *L'expropriation Indirecte en Droit International*, in *International Law FORUM du droit international*, 2003, p. 150
- BUCHER A., *Is There a Need to Establish a Permanent Reviewing Body?*, in *The Review of International Arbitration Awards*, 2008, p. 285
- BUTLER N., *Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?*, in *Netherlands International Law Review*, 2019, p. 143
- CALAMITA M.R., *Sulla incompatibilità della “clausola ISDS” degli “intra-EU” BITs con il diritto dell’Unione europea: il caso Achmea*, in *DPCE Online*, 2018, p. 467
- CASSESE S., *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 663
- CHALAMISH E., *The Future of Bilateral Investment Treaties: A de Facto Multilateral Agreement?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, p. 303
- CHOUDHURY B., *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, p. 775
- CHRISTIE G.C., *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, in *British Yearbook of International Law*, 1962, p. 307
- COLLINS-CHASE C.T., *The Case Against TRIPS-Plus Protection in Developing Countries Facing Aids Epidemics*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008, p. 763
- CONTARTESE C., *Achmea and Opinion 1/17: Why do Intra and Extra-EU Bilateral Investment Treaties Impact Differently on the EU Legal Order?*, in *ECB Legal Working Paper Series*, 2019, p. 7

- COMMISSION J.P., *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 129
- COPPENS D., *How Special is the Special and Differential Treatment Under the SCM Agreement? A Legal and Normative Analysis of WTO Subsidy Disciplines on Developing Countries*, in *World Trade Review*, 2013, p. 79
- CRAWFORD J., *The Ideal Arbitrator*, in *American University International Law Review*, 2018, p. 1003
- CREMA L., *Testing Amici Curiae in International Law: Rules and Practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 91
- CREMONA M., *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 553
- DE BRABANDERE E., *NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, p. 85
- DE MESTRAL A.C., *When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space Under CETA*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 1
- DERAINS Y., *The Arbitrator's Deliberation*, in *American University International Law Review*, 2012, p. 911
- DOLZER R., *Indirect Expropriations: New Developments?*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2003, p. 63
- DOLZER R., BLOCH F., *Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?*, in *International Law FORUM du droit international*, 2003, p. 155
- DOUGLAS Z., *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *The British Yearbook of International Law*, 2003, p. 151
- DOUGLAS Z., *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, p. 97
- DUMBERRY P., *The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investors States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings*, in *Non-State Actors and International Law*, 2001, p. 1567
- DUMBERRY P., *The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?*, in *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, 2010, p. 353
- DUMBERRY P., *Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Law?*, in *Penn State International Law Review*, 2010, p. 675
- DUMBERRY P., *Moving the Goal Post! How Some NAFTA Tribunals Have Challenged the FTC Note Interpretation on the Fair and Equitable Treatment Standard Under NAFTA Article 1105*, in *World Arbitration and Mediation Review*, 2014
- DUMBERRY P., *The Prohibition Against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard Under NAFTA Article 1105*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2014, p. 117
- DUMBERRY P., *State of Confusion: The Doctrine of 'Clean Hands' in Investment Arbitration After the Yukos Award*, in *The Journal of World Investments and Trade*, 2016, p. 229
- DUMBERRY P., *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2020, p. 489

- FACH GÓMEZ K., *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 510
- FANOU M., *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, p. 106
- FATOUROS A.A., *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 181
- FAYA RODRIGUEZ A., *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements A Tool for Treaty Shopping?*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, p. 89
- FOOTER M.E., *Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, in *Michigan State International Law Review*, 2009, p. 33
- FORTIER L.Y., *Caveat Investor: the Meaning of “Expropriation” and the Protection Afforded Investors Under NAFTA*, in *News From ICSID*, 2003 p. 1
- FORTIER L.Y., DRYMER S.L., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I See It, or Caveat Investor*, in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 293
- FRANCIONI F., *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 729
- FRANCK S., *Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration*, in *North Carolina Law Review*, 2007, p. 1
- GAILLARD E., *Abuse of Process in International Arbitration*, in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 17
- GAILLARD E., *L'affaire Achmea ou les Conflits de Logiques*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2018, p. 616
- GANTZ D.A., *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 937
- GANTZ D.A., *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor State Disputes*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, p. 39
- GARCIA OLMEDO J., *Recalibrating the International Investment Regime through Narrowed Jurisdiction*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 301
- GÁSPÁR-SZILÁGYI S., *Between Fiction and Reality: The External Autonomy of EU Law as a “Shapeshifter” After Opinion 1/17*, in *European Papers*, 2021, p. 675
- GATTI M., *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, in *European Papers*, 2019, p. 109
- GIORGETTI C., *Challenges Of International Investment Arbitrators: How Does It Work, And Does It Work?*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2013, p. 303
- GIORGETTI C., *Between Legitimacy and Control: Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, in *George Washington International Law Review*, 2016, p. 205

- GIORGETTI C., *The Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement: A Low-hanging Fruit in the ISDS Reform Process*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, p. 176
- GIORGETTI C., *The Transformation of International Organizations—Specialization, New Initiatives, and Working Methods - Some Observations on the Work of UNCITRAL Working Group III*, in *Journal of International Economic Law*, 2023, p. 40
- GOURGOURINIS A., *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, p. 31
- GROSSE RUSE-KHAN H., *The International Law Relation Between TRIPS and Subsequent TRIPS-Plus Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS Flexibilities?*, in *Journal of Intellectual Property Law*, 2011, p. 325
- GUILLAUME G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, p. 5
- GUZMAN A.T., *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 1997, p. 639
- HAPP R., WUSCHKA S., *From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma*, in *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017, p. 113
- HENCKELS C., *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2012, p. 223
- HENCKELS C., *Protecting Regulatory Autonomy Through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, 2016, p. 27
- HINDELANG S., *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJEU’s Judgement in Achmea Put in Perspective*, in *European Law Review*, 2019, p. 383
- HINOJOSA MARTINEZ L.M., *Strategic Sectors and the Foreign Investment Screening Mechanism in the European Union*, in *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 2022, p. 419
- HOFMANN C., OSNAGO A., RUTA M., *The Content of Preferential Trade Agreements*, in *World Trade Review*, 2018, p. 365
- HOWARD D.M., *Creating consistency through a World Investment Court*, in *Fordham International Law Journal*, 2017, p. 1
- HUNTER M., *Ethics of International Arbitrator*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 1987, p. 219
- ISHIKAWA T., *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 373
- JADEAU F., GÉLINAS F., *Ceta’s Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation*, in *Transnational Dispute Management*, 2016
- KALB J., *Creating an ICSID Appellate Body*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2005, p. 179
- KARTON J., *Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration*, in *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2017, p. 1

- KASSOTI E., ODERMATT J., *The Principle of Autonomy and International Investment Arbitration: Reflections on Opinion 1/17*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 5
- KAUFMANN-KOHLER G., *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, 2006, p. 357
- KAUFMANN-KOHLER G., POTESTÀ M., *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?*, in *CIDIS*, 2016, p. 1
- KINGSBURY B., KRISCH N., STEWART R.B., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, p. 15
- KINGSBURY B., SCHILL S., *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, in *New York University School of Law - Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2009, p. 1
- KISHOIYAN B., *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1993, p. 327
- KNAHR C., *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2007, p. 327
- KOETH W., *The 'Deep and Comprehensive Free Trade Agreements': an Appropriate Response by the EU to the Challenges in its Neighbourhood?*, in *EIPASCOPE*, 2014, p. 23
- KRIEBAUM U., *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, p. 717
- KUCIK J., PUIG S., *Towards an Effective Appellate Mechanism for ISDS Tribunals*, in *World Trade Review*, 2023, p. 562
- KURTZ J., *The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2004, p. 861
- KWAW E.M.A., *Bonafide regulation or expropriation. The continuing debate. Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, in *Canadian Journal of International Business Law*, 2001
- LAIRD I., ASKEW R., *Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, 2005, p. 285
- LAM J., ÜNÜVAR G., *Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, p. 781
- LANGFORD M., BEHN D., LIE R.H., *The Ethics and Empirics of Double Hatting*, in *ESIL Reflections*, 2017, p. 1
- LANGFORD M., BEHN D., LIE R.H., *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, p. 301
- LAVRANOS N., *CJEU Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2019, p. 240
- LEBLOND P., *The Canada-Eu Comprehensive Economic and Trade Agreement: More To It Than Meets The Eye*, in *Policy Options*, 2010, p. 74

- LEONARD P., *Patrick Costello v the Government of Ireland, Ireland and the Attorney General: Obstacles to the Ratification of CETA in the Irish Constitutional Context*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2023, p. 286
- LEONELLI G.C., *CETA and the External Autonomy of the EU Legal Order: Risk Regulation as a Test*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, p. 43
- LEVINE E., *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2011, p. 200
- LI C., *The EU's Proposal Regarding the Establishment of the Investment Court System and the Response from Asia*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 943
- LLAMZON A., *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation. The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2015, p. 315
- LOWENFELD A.F., *Investment Agreements and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 123
- LOWE V., *Regulation or Ecpropriation?*, in *Current Legal Problems*, 2002, p. 447
- MACKENZIE R., SANDS P., *International Courts and the Independence of the International Judge*, in *Harvard International Law Journal*, 2003. P. 271
- MARBOE I., *Compensation and Damages in International Law. The Limits of "Fair Market Value"*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2006, p. 723
- MARCEDDU M.L., ORTOLANI P., *What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments*, in *The European Journal of International Law*, 2020, p. 405
- MARCHETTI J.A., MAVROIDIS P.C., *The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services)*, in *The European Journal of International Law*, 2011, p. 689
- MARIETA M.D., *Analysis of public debt in the European Union - issues related to its sustainability*, in *Journal of International Studies*, 2014, p. 25
- MELIKYAN A., *The Legacy of Opinion 1/17: To What Extent Is the Autonomous EU Legal Order Open to New Generation ISDS?*, in *European Papers*, 2021, p. 645
- METAXAS A., *Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration*, in *European Papers*, 2021, p. 631
- MOSTAFA B., *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, in *Australian International Law Journal*, 2008, p. 267
- MUHLINSKI P.T., *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, in *International Lawyer*, 1999, p. 1033
- NEWCOMBE A., *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2005, p. 1
- NEWCOMBE A., MARCOUX J.M., *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia. Imposing International Obligations on Foreign Investors*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2015, p. 525
- NG J., *When the Arbitrator Creates the Conflict: Understanding Arbitrator Ethics through the IBA Guidelines on Conflict of Interest and Published Challenges*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2015, p. 23

- PADDEU F., WAIBEL M., *Necessity 20 Years On: The Limits of Article 25*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2022, p. 160
- PARK S.K., SAMPLES T.R., *Tribunalizing Sovereign Debt: Argentina's Experience with Investor-State Dispute Settlement*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2017, p. 1033
- PASCUAL-VIVES F., *El Principio de Autonomía y el Arbitraje de Inversión Ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A Propósito de Polonia c. PL Holdings*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 669
- PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232
- PAULSSON J., *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2010, p. 339
- PAUWELYN J., *The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 761
- PETSCHÉ M.A., *The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between Formalistic and Pragmatic Approaches*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2019, p. 391
- PICHERACK J.R., *The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 255
- POMSON O., *The Clean Hands Doctrine in the Yukos Awards: A Response to Patrick Dumberry*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 712
- POTESTÀ M., *Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2018, p. 157
- PUIG S., STREZHNEV A., *Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach*, in *The Journal of Legal Studies*, 2017, p. 371
- PUIG S., STREZHNEV A., *The David Effect and ISDS*, in *The European Journal of International Law*, 2017, p. 371
- RAPOPORT C., *Balancing on a Tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's Narrow and Tortuous Path for the Compatibility of the EU's Investment Court System (ICS)*, in *Common Market Law Review*, 2020. P. 1725
- RATNER S.S., *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, in *The American Journal of International Law*, 2008, p. 475
- REDFERN A., *The 2003 Freshfields – Lecture Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, in *Arbitration International*, 2003, p. 223
- REINISCH A., *Putting the Pieces Together ... an EU Model Bit?*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2014, p. 679
- REINISCH J., *The Scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreements*, in *Asia Pacific Law Review*, 2013, p. 3
- REINISCH J., STIFTER L., *European Investment Policy and ISDS*, in *ELTE Law Journal*, 2015, p. 11
- RESTREPO AMARILES D., ARDELAN FARHADI A., VAN WAYENBERGE A., *Reconciling International investment law and European Union law in the*

- wake of *Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 907
- RIFFEL C., *The CETA Opinion of the European Court of Justice and its Implications—Not that Selfish After All*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 503
- RIOUX M., DEBLOCK C., WELLS G.P., *CETA, an Innovative Agreement with Many Unsettled Trajectories*, in *Open Journal of Political Science*, 2020, p. 50
- ROBERTS A., *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 45
- ROBERTS A., *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*, in *EJIL: Talk!*, 2017
- RUFFERT M., *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2014 p. 177
- SALDARRIAGA A., *Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2013, p. 197
- SARDINHA E., *Towards a New Horizon in Investor–State Dispute Settlement? Reflections on the Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, in *Canadian Yearbook of international Law*, 2017, p. 311
- SARDINHA E., *Party-Appointed Arbitrators No More: The EU-Led Investment Tribunal System as an (Imperfect) Response to Certain Legitimacy Concerns in Investor-State Arbitration*, in *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, p. 117
- SCHADENDORF S., *Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations*, in *Transnational Dispute Management*, 2013
- SCHILL S.W., *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2009, p. 1
- SCHILL S.W., *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2009, p. 496
- SCHILL S.W., *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its Significance for the Roles of the Arbitrator*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 401
- SCHILL S.W., *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, in *Virginia Journal of International Law*, 2011, p. 57
- SCHILL S.W., *From Sources to Discourse: Investment Treaty Jurisprudence as the New Custom?*, in *BIICL*, 2011
- SCHILL S.W., *Notes and Comments: MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Batifort and Heath*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 914
- SCHILL S.W., VIDIGAL G., *Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2019, p. 314

- SCHNEIDERMAN D., *Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2010, p. 383
- SCHREUER C., *From ICSID Annulment to Appeal: Halfway Down the Slippery Slope*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2011, p. 212
- SCHREUER C., *Nationality Planning*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, p. 15
- SHANY Y., *Squaring the Circle? Independent and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 2008, p. 473
- SHIHATA I.F.I., PARRA A.R., *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1994, p. 183
- SLOANE R. D., REISMAN W. M., *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 115
- SVOBODA O., *UNCITRAL Working Group III and Multilateral Investment Court Troubled Waters for EU Normative Power*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2021, p. 104
- TAMS C.J., *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, in *Essays in Transnational Economic Law*, 2006, p. 1
- TANZI A.M., *On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, p. 57
- TEN CATE I.M., *International Arbitration and The Ends of Appellate Review*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2012, p. 1109
- TIMMER L.J.E., *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2013, p. 775
- TITI C., *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, in *Transnational Dispute Management*, 2017
- TZANAKOPOULOS A., *National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2014, p. 484
- ÜNÜVAR G., *The Vague Meaning of Fair and Equitable Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications*, in *iCourts Working Paper Series No. 55*, 2016, p. 1
- VAN DEN BERG A.J., *Charles Brower's problem with 100 per cent—dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration*, in *Arbitration International*, 2015, p. 381
- VAN DEN BERG A.J., *Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions*, in *ICSID review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, p. 156
- VANDEVELDE K.J., *Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. International Law and Politics*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2010, p. 43
- VANDUZER J.A., *Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation*, in *McGill Law Journal*, 2007, p. 681

- VAN HARTEN G., *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2012, p. 211
- VASANI B.S., PALMER S.A., *Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2015, p. 194
- VASCANNIE S., *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *The British Yearbook of International Law*, 1999, p. 99
- VERWEY W. D., SCHRIJVER N. J., *The Taking of Foreign Property Under International Law: a New Legal Perspective?*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984, p. 3
- VOSER N., PETTI A.M., *The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 2015, p. 7
- ZETTELMEYER J., TREBESCH C., GULATI M., *The Greek Debt Restructuring: an Autopsy*, in *Economic Policy*, 2013, p. 513
- WAIBEL M., *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 637
- WÄLDE T.W., *The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, p. 183
- WEIDEMAIER W.M.C., *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*, in *William & Mary Law Review*, 2010, p. 1895
- WEILER T., *A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, p. 173
- WIELAND P., *Why the Amicus Curia Institution is Ill-Suited to address Indigenous People's Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the Right of Intervention*, in *Trade, Law and Development*, 2011, p. 334
- XAFA M., *Sovereign Debt Crisis Management Lessons from The 2012 Greek Debt Restructuring*, in *CIGI Papers*, 2014, p. 1
- YANNACA-SMALL C., *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, p. 1

Giurisprudenza

- Tribunale arbitrale ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, n. ARB/87/3, Lodo del 27 giugno 1990
- Tribunale arbitrale ICSID, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egitto*, caso n. ARB/84/3, lodo del 20 maggio 1992
- Tribunale arbitrale ICSID, *Antoine Goetz c. Burundi*, n. ARB/95/3, Lodo del 10 febbraio 1999
- Tribunale arbitrale ICSID, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Messico*, caso n. ARB(AF)/97/2, Lodo dell'1 novembre 1999
- Tribunale arbitrale ICSID, *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, n. ARB/97/7, Decisione circa le obiezioni alla giurisdizione del 25 gennaio 2000

Tribunale arbitrale ICSID, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, caso n. ARB/96/1, lodo del 17 febbraio 2000

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo provvisorio del 26 giugno 2000

Tribunale arbitrale ICSID, *Metalclad Corporation c. Messico*, n. ARB.(AF)/97/1, Lodo del 30 agosto 2000

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, primo Lodo parziale del 13 Novembre 2000

Tribunale arbitrale ICSID, *Emilio Agustín Maffezini c. Spagna*, n. ARB/97/7, Lodo del 13 novembre 2000

Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione del 3 ottobre 2001

Tribunale arbitrale ICSID, *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, n. UNCT/02/1, Decisione del Tribunale circa le istanze per l'intervento e partecipazione quali *amici curiae* del 17 ottobre 2001

Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002

Tribunale arbitrale ICSID, *Mondev International Ltd. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/99/2, Lodo dell'11 ottobre 2002

Tribunale arbitrale ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Messico*, n. ARB(AF)/99/1, Lodo del 16 dicembre 2002

Tribunale arbitrale ICSID, *ADF Group Inc. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/00/1, Lodo del 9 gennaio 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*, n. ARB/02/3, Lettera dal Presidente quale risposta all'istanza per lo status di *amicus* del 29 gennaio 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB (AF)/00/2, lodo del 29 maggio 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/98/3, Lodo del 26 giugno 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, n. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *Consortium RFCC c. Marocco*, n. ARB/00/6, Lodo del 22 dicembre 2003

Tribunale arbitrale ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filippine*, n. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Tokios Tokelés c. Ucraina*, n. ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione del 29 aprile 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. c. Cile*, n. ARB/01/7, Lodo del 25 maggio 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Waste Management, Inc. c. Messico*, caso n. ARB(AF)/00/1, Lodo del 30 aprile 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, n. ARB/02/7, Lodo del 7 luglio 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Siemens c. Argentina*, n. ARB/02/8, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marocco*, n. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 15 novembre 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovacchia*, n. ARB/97/4, Lodo del 29 dicembre 2004

Tribunale arbitrale ICSID, *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, n. ARB/03/24, Decisione sulla giurisdizione dell'8 febbraio 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, n. ARB/01/8, Lodo del 12 maggio 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Ordinanza in risposta all'istanza per la partecipazione in qualità di *amicus curiae* del 19 maggio 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/10, Decisione del Tribunale sulle questioni preliminari circa la giurisdizione del 17 giugno 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *Aguas del Tunari, SA c. Bolivia*, n. ARB/02/3, Decisione sulla giurisdizione del 21 ottobre 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *Noble Ventures, Inc. c. Romania*, n. ARB/01/11, Lodo finale del 12 ottobre 2005

Tribunale arbitrale ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, n. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *L.E.S.I. S.p.A. e ASTALDI S.p.A. c. Algeria*, n. ARB/05/3, Decisione del 12 luglio 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Azurix Corp. c. Argentina*, caso n. ARB/01/12, lodo del 14 luglio 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Pan American Energy LLC e BP Argentina Exploration Company c. Argentina*, n. ARB/03/13, Decisione sulle obiezioni preliminari del 27 luglio 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, n. ARB/03/26, Lodo del 2 agosto 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2006

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sulla richiesta di annullamento del lodo reso il 20 agosto 2007 del 10 agosto 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Ungheria*, n. ARB/04/15, Lodo del 13 settembre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania*, n. ARB/05/22, Ordinanza procedurale del 29 settembre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *ADC Affiliate Limited e ADC & ADMC Management Limited c. Ungheria*, caso n. ARB/03/16, lodo del 2 ottobre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, n. ARB/02/1, Decisione sulla responsabilità del 3 ottobre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *World Duty Free Company c. Kenya*, n. ARB/00/7, Lodo del 4 ottobre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. c. Egitto*, n. ARB/02/9, Lodo del 27 ottobre 2006

Tribunale arbitrale ICSID, *PSEG Global, Inc. e altri c. Turchia*, n. ARB/02/5, Lodo del 19 gennaio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Siemens A.G. c. Argentina*, n. ARB/02/8, Lodo del 6 febbraio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Waguih Elie George Siag e Clorinda Vecchi c. Egitto*, n. ARB/05/15, Decisione sulla giurisdizione dell'11 aprile 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malesia*, n. ARB/05/10, Lodo del 17 maggio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, n. ARB/01/3, Lodo del 22 maggio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, n. UNCT/02/1, Lodo sul merito del 24 maggio 2007

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirati Arabi Uniti*, n. ARB/02/7, Decisione sull'annullamento del 5 giugno 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c. Argentina*, n. ARB/02/1, Lodo del 25 luglio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Tokios Tokeles c. Ucraina*, n. ARB/02/18, Lodo del 26 luglio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine, Inc. c. Ecuador*, n. ARB/03/6, Lodo del 31 luglio 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration e Production Company c. Ecuador*, n. ARB/06/11, Decisione del 17 agosto 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, caso n. ARB/97/3, Lodo del 20 agosto 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, n. ARB/05/8, Lodo dell'11 settembre 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Sempra Energy International c. Argentina*, n. ARB/02/16, Lodo del 28 settembre 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione del 22 ottobre 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Messico*, n. ARB (AF)/04/5, Lodo del 21 novembre 2007

Tribunale arbitrale ICSID, *Corn Products International, Inc. c. Messico*, n. ARB (AF)/04/1, Decisione sulla responsabilità del 15 gennaio 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Cargill, Incorporated c. Polonia*, n. ARB(AF)/04/2, Lodo del 29 febbraio 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione del 12 maggio 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Metalpar S.A. e Buen Aire S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/5, Lodo sul merito del 6 giugno 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *EDF International S.A., SAUR International S.A. e León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/23, Decisione del 25 giugno 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Helnan International Hotels A/S c. Egitto*, n. ARB/05/19, Lodo del 3 luglio 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador*, n. ARB/04/19, Lodo del 18 agosto 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Electrabel S.A. c. Ungheria*, n. ARB/07/19, Ordinanza procedurale n. 1 del 19 novembre 2008

Tribunale arbitrale ICSID, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, n. ARB/05/7, Lodo del 30 giugno 2009

Tribunale ICSID, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania*, n. ARB/07/21, Lodo del 30 luglio 2009

Tribunale arbitrale ICSID, *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. e Azpetrol Oil Services Group B.V. c. Azerbaijan*, n. ARB/06/15, Lodo dell'8 settembre 2009

Tribunale arbitrale ICSID, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano*, n. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009

Tribunale arbitrale ICSID, *Cargill, Incorporated c. Messico*, caso n. ARB(AF)/05/02, Lodo del 18 settembre 2009

Tribunale arbitrale ICSID, *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. Gabon*, n. ARB/08/17, Decisione del 12 novembre 2009

Tribunale arbitrale ICSID, *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, n. ARB/06/18, Decisione sulla giurisdizione e la responsabilità del 14 gennaio 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucraina*, n. ARB/07/16, Decisione del 19 marzo 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Giordania*, caso n. ARB/08/2, Lodo del 18 maggio 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Venezuela Holdings, B.V., e altri c. Venezuela*, n. ARB/07/27, Decisione sulla giurisdizione del 10 giugno 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, n. ARB/07/24, Lodo del 18 giugno 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/19, Decisione sulla responsabilità del 30 luglio 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli e altri c. Sudafrica*, n. ARB(AF)/07/1, Lodo del 4 agosto 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, n. ARB/07/26, Decisione del 12 agosto 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *AES Summit Generation Limited E AES-Tisza Erömü Kft C. Ungheria*, n. ARB/07/22, Lodo del 23 settembre 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucraina*, n. ARB/07/16, Lodo dell'8 novembre 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., e altri c. Venezuela*, n. ARB/10/5, Decisione del 23 dicembre 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Total S.A. c. Argentina*, n. ARB/04/01, Decisione sulla responsabilità del 27 dicembre 2010

Tribunale arbitrale ICSID, *Pacific Rim Cayman LLC c. El Salvador*, n. ARB/09/12, Ordinanza procedurale n. 8 del 23 marzo 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *Joseph Charles Lemire c. Ucraina*, n. ARB/06/18, Lodo del 28 marzo 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. Venezuela*, n. ARB/10/9, Decisione del 20 maggio 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., e Jamie Jurado c. Panama*, n. ARB/06/19, Decisione del 7 settembre 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, caso n. ARB/96/1, lodo del 31 ottobre 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *Spyridon Roussalis c. Romania*, n. ARB/06/1, Lodo del 7 dicembre 2011

Tribunale arbitrale ICSID, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. e ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, ICSID n. ARB/07/30, Decisione del 27 febbraio 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Marion Unglaube e Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, n. ARB/08/1 e n. ARB/09/20, Lodo del 16 maggio 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, n. ARB(AF)/07/4, Decisione sulla responsabilità e sui principi del quantum del 22 maggio 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, n. ARB/09/12, Decisione sulle obiezioni giurisdizionali del 1 giugno 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, n. ARB/07/23, Lodo del 29 giugno 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, n. ARB/05/1, Lodo del 22 agosto 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration e Production Company c. Ecuador*, n. ARB/06/11, Lodo del 5 ottobre 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, n. ARB/10/12, Lodo del 2 novembre 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Electrabel S.A. c. Ungheria*, n. ARB/07/19, Decisione sulla giurisdizione, diritto applicabile e responsabilità del 30 novembre 2012

Tribunale arbitrale ICSID, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., e altri c. Venezuela*, n. ARB/10/5, Decisione sulla giurisdizione dell'8 febbraio 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, n. ARB/12/1, Decisione del 27 febbraio 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *OPIC Karimum Corporation c. Venezuela*, n. ARB/10/14, Lodo del 28 maggio 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, n. ARB/10/3, Lodo del 4 ottobre 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela*, n. ARB 12/20, Decisione del 12 novembre 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. e S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, n. ARB/05/20, Lodo dell'11 dicembre 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, n. ARB/08/5, Decisione del 13 dicembre 2013

Tribunale arbitrale ICSID, *Caratube International Oil Company LLP e Devinci Salah Hourani c. Kazakhstan*, n. ARB/13/13, Decisione del 20 marzo 2014

Tribunale arbitrale ICSID, *H&H Enterprises Investments Inc c. Egitto*, ICSID n. ARB/09/15, Lodo del 6 maggio 2014

Tribunale arbitrale ICSID, *Apotex Holdings Inc & Apotex Inc. c. Stati Uniti d'America*, caso n. ARB(AF)/12/1, Lodo del 25 agosto 2014

Tribunale arbitrale ICSID, *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, n. ARB/08/6, Decisione del 12 settembre 2014

Tribunale arbitrale ICSID, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filippine*, ICSID n. ARB/11/12, Lodo del 10 dicembre 2014

Tribunale arbitrale ICSID, *Renée Rose Levy e Gremcitel S.A. c. Perù*, n. ARB/11/17, Lodo del 9 gennaio 2015

Tribunale arbitrale ICSID, *OI European Group B.V. c. Venezuela*, n. ARB/11/25, Lodo del 10 marzo 2015

Tribunale arbitrale ICSID, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albania*, n. ARB/11/24, Lodo del 30 marzo 2015

Tribunale arbitrale ICSID, *Pošťová banka, a.s. e ISTROKAPITAL SE c. Grecia*, ICSID n. ARB/13/8, Lodo del 9 aprile 2015

Tribunale arbitrale ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. e Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, n. ARB/06/2, Lodo del 16 settembre 2015

Tribunale arbitrale ICSID, *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. e Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. Venezuela*, n. ARB/12/21, Decisione motivata del 28 marzo 2016

Tribunale arbitrale ICSID, *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, n. ARB(AF)/12/5, Lodo del 22 agosto 2016

Tribunale arbitrale ICSID, *Marco Gavazzi e Stefano Gavazzi c. Romania*, n. ARB/12/25, Lodo del 18 aprile 2017

Tribunale arbitrale ICSID, *Valores Mundiales, S.L. e Consorcio Andino S.L. c. Venezuela*, n. ARB/13/11, Lodo del 25 luglio 2017

Tribunale arbitrale ICSID, *Bear Creek Mining Corporation c. Perù*, n. ARB/14/21, Lodo del 30 novembre 2017

Tribunale arbitrale ICSID, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, n. ARB/14/1, Lodo del 16 maggio 2018

Tribunale arbitrale ICC, *Olin Holdings Ltd c. Libia*, n. 20355/MCP, Lodo del 25 maggio 2018

Tribunale arbitrale ICSID, *Casinos Austria International GmbH e Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentina*, n. ARB/14/32, Decisione sulla giurisdizione del 29 giugno 2018

Tribunale arbitrale ICSID, *Georg Gavrilovic e Gavrilovic d.o.o. c. Croazia*, n. ARB/12/39, Lodo del 25 luglio 2018

Tribunale arbitrale ICSID, *Marfin Investment Group c. Cipro*, caso n. ARB/13/27, lodo del 26 luglio 2018

Tribunale arbitrale ICSID, *NextEra Energy Global Holdings B.V. e NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Spagna*, n. ARB/14/11, Decisione sulla giurisdizione, la responsabilità ed i principi sul quantum del 12 marzo 2019

Tribunale arbitrale ICSID, *Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Spagna*, n. ARB/13/36, Decisione sull'annullamento dell'11 giugno 2020

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e altri c. Camerun*, n. ARB/81/2, Decisione sull'annullamento del 3 maggio 1985

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea*, n. ARB/84/4, Decisione sull'annullamento del 22 dicembre 1989

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Wena Hotels Ltd. c. Egitto*, n. ARB/98/4, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2002

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. c. Cile*, n. ARB/01/7, Decisione sull'annullamento del 21 marzo 2007

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, n. ARB/01/8, Decisione sull'annullamento del 25 settembre 2007

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malesia*, n. ARB/05/10, Decisione sull'annullamento del 16 aprile 2009

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine, Inc. c. Ecuador*, n. ARB/03/6, Decisione circa l'annullamento del 19 ottobre 2009

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, n. ARB/05/16, Decisione sull'annullamento del 25 marzo 2010

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, n. ARB/01/3, Decisione sull'annullamento del 30 luglio 2010

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, n. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 10 agosto 2010

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filippine*, n. ARB/03/25, Decisione del 23 dicembre 2010

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *AES Summit Generation Limited e AES-Tisza Erömü Kft c. Ungheria*, n. ARB/07/22, Decisione sull'annullamento del 29 giugno 2012

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malicorp Limited c. Egitto*, n. ARB/08/18, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2013

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Malicorp Limited c. Egitto*,

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan*, n. ARB/08/12, Decisione sull'annullamento del 21 febbraio 2014

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, n. ARB/03/15, Decisione sull'annullamento del 22 settembre 2014

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala*, n. ARB/09/5, Decisione sull'annullamento del 13 gennaio 2015

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Señor Tza Yap Shum c. Perù*, n. ARB/07/6, Decisione sull'annullamento del 12 febbraio 2015

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration e Production Company c. Ecuador*, n. ARB/06/11, Decisione sull'annullamento del 2 novembre 2015

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turchia*, n. ARB/11/28, Decisione sull'annullamento del 30 dicembre 2015

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Adem Dogan c. Turkmenistan*, n. ARB/09/9, Decisione sull'annullamento del 15 gennaio 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Total S.A. c. Argentina*, n. ARB/04/01, Decisione sull'annullamento dell'1 febbraio 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *EDF International S.A., SAUR International S.A. e León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina*, n. ARB/03/23, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. e S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, n. ARB/05/20, Decisione sull'annullamento del 26 febbraio 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Antoine Abou Lahoud e Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. Congo*, n. ARB/10/4, Decisione sull'annullamento del 29 marzo 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, n. ARB/10/23, Decisione sull'annullamento del 5 aprile 2016

Comitato arbitrale *ad hoc* ICSID, *Venezuela Holdings, B.V., e altri c. Venezuela*, n. ARB/07/27, Decisione sull'annullamento del 9 marzo 2017

Tribunale IUSCT, *Phillips Petroleum Co. Iran c. Iran*, lodo n. 425-39-2 del 29 giugno 1982

Tribunale IUSCT, *Starrett Housing Corporation c. Iran*, lodo interlocutorio n. ITL 32-24-1 del 19 dicembre 1983

Tribunale IUSCT, *Sea-Land Service c. Iran*, lodo n. 135-33-1 del 20 maggio 1984

Tribunale IUSCT, *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, lodo n. 141-7-2 del 29 giugno 1984

Tribunale arbitrale IUSCT, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, lodo interlocutorio n. ITL 55-129-3 del 17 settembre 1985

Tribunale IUSCT, *Phelps Dodge Corp. c. Iran*, lodo n. 217-99-2 del 19 marzo 1986

Tribunale arbitrale *ad hoc*, *Biloune e Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana*, lodo sulla giurisdizione e la responsabilità del 27 ottobre 1989

Tribunale IUSCT, *Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates*, lodo n. 460-880-2 del 29 dicembre 1989

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Methanex c. Stati Uniti d'America*, Decisione circa le istanze per intervenire quali *amici curiae* del 15 gennaio 2001

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Pope and Talbot Inc. c. Canada*, Lodo sul merito della Fase II del 10 aprile 2001

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *CME c. Repubblica Ceca*, Lodo parziale del 13 settembre 2001

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *CME c. Repubblica Ceca*, Lodo finale del 14 marzo 2003

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, n. UN3467, Lodo del 1 luglio 2004

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Gami Investments, Inc. c. Messico*, Lodo del 15 novembre 2004

Tribunale arbitrale UNCITRAL *ad hoc*, *Eureko B.V. c. Polonia*, Lodo parziale del 19 agosto 2005

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d’America*, Decisione sull’istanza ed allegazione della Nazione indiana Quechan del 16 dicembre 2005

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Messico*, Lodo del 26 gennaio 2006

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *EnCana Corporation c. Ecuador*, n. UN3481, Lodo del 3 febbraio 2006

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Saluka Investments B.V. c. Repubblica Ceca*, lodo parziale del 17 marzo 2006

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Decisione sulla giurisdizione del 20 giugno 2006

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Decisione del 3 dicembre 2007

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *BG Group Plc. C. Argentina*, Lodo del 24 dicembre 2007

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *National Grid PLC c. Argentina*, Lodo del 3 novembre 2008

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd. c. Stati Uniti d’America*, Lodo dell’8 giugno 2009

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, Lodo del 31 marzo 2010

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Chemtura Corporation c. Canada*, lodo del 2 agosto 2010

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., e altri c. Stati Uniti d’America*, Lodo del 12 gennaio 2011

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Apotex Inc. c. Stati Uniti d’America*, n. UNCT/10/2, Ordinanza procedurale n. 2 circa la partecipazione di una parte non coinvolta dell’11 ottobre 2011

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *White Industries Australia c. India*, Lodo finale del 30 novembre 2011

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Jan Oostergetel e Theodora Laurentius c. Repubblica Slovacca*, Lodo finale del 23 aprile 2012

Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Russia*, n. 2005-03/AA226, Lodo finale del 18 luglio 2014

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Hesham T. M. Al Warraq c. Indonesia*, Lodo finale del 15 dicembre 2014

Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton e Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, n. 2009-04), Lodo sulla giurisdizione e responsabilità del 17 marzo 2015

Tribunale arbitrale UNCITRAL(PCA), *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, n. 2021-17, Lodo del 24 marzo 2016

Tribunale arbitrale UNCITRAL(PCA), *Windstream Energy Llc. C. Canada*, caso n. 2013-22, Lodo del 27 settembre 2016

Tribunale arbitrale UNCITRAL, *Eli Lilly and Company c. Canada*, n. UNCT/14/2, Lodo finale del 16 marzo 2017

Tribunale arbitrale UNCITRAL (PCA), *Resolute Forest Products Inc. c. Canada*, n. 2016-13, Ordinanza procedurale n. 6 del 29 giugno 2017

Tribunale UNCITRAL (PCA), *Iberdrola Energía SA c. Guatemala*, n. 2017-41, Lodo del 24 agosto 2020

Tribunale arbitrale SCC, *Petrobart Limited c. Kirghizistan*, n. 126/2003, Lodo del 29 marzo 2005

Tribunale arbitrale SCC, *Limited Liability Company Amto c. Ucraina*, n. 080/2005, Lodo del 26 marzo 2008

Tribunale arbitrale SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tajikistan*, n. V (064/2008), Lodo parziale sulla giurisdizione e la responsabilità del 2 settembre 2009

Tribunale arbitrale SCC, *PL Holdings S.à.r.l. c. Polonia*, caso n. V 2014/163, lodo parziale del 28 giugno 2017

Corte di giustizia dell'Unione europea, *R. & V. HAEGEMAN S.R.L., Bruxelles c. Belgio*, causa C-181-73, Sentenza del 30 aprile 1974

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Meryem Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, Sentenza del 30 settembre 1987

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/91*, del 4 dicembre 1991

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/92*, del 10 aprile 1992

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/09*, del 9 marzo 2011

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 2/13*, del 18 dicembre 2014

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 2/15* del 16 maggio 2017

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Repubblica slovacca c. Achmea*, causa C-284/16, Sentenza del 6 marzo 2018

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parere 1/17*, del 30 aprile 2019

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Polonia c. PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, Sentenza del 26 ottobre 2021

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Commissione europea c. European Food SA e altri*, causa C-638/19 P, Sentenza del 25 gennaio 2022

Corte permanente di giustizia internazionale, *Germania c. Polonia*, Sentenza del 13 settembre 1928

Trattati

Accordo di libero scambio Canada-Perù (2008)

Accordo di libero scambio Canada-Colombia (2011)

Accordo di libero scambio Unione europea-Singapore (2018)

Accordo di libero scambio Unione europea-Giappone (2019)

Trattato bilaterale d'investimento Messico-Australia (2005)

Trattato bilaterale d'investimento Canada-Perù (2006)

Trattato bilaterale d'investimento Trinidad e Tobago-Messico (2006)

Trattato bilaterale d'investimento Messico-Regno Unito (2006)

Trattato bilaterale d'investimento USA-Uruguay (2006)

Trattato bilaterale d'investimento Messico-India (2007)

Trattato bilaterale d'investimento Canada-Repubblica Ceca (2009)

Trattato bilaterale d'investimento Canada-Romania (2009)

Trattato bilaterale d'investimento Canada-Giordania (2009)
Trattato bilaterale d'investimento Canada-Lituania (2009)
Trattato bilaterale d'investimento Canada-Slovacchia (2010)
Trattato bilaterale d'investimento Singapore-Emirati Arabi Uniti (2011)
Trattato bilaterale d'investimento USA-Ruanda (2012)
Statuto della Corte Internazionale di Giustizia
Energy Charter Treaty (ECT)
North American Free Trade Agreement (NAFTA)
Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)
United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)
Modello di BIT statunitense (2004)
Modello di BIT canadese (2004)
Modello di BIT norvegese (2015)
Modello di FIPA canadese (2021)

Atti miscellanei

Final Act of The United Nations Conference on Trade and Employment (Conferenza de L'Avana), del 1948
Progetto di Convenzione circa gli investimenti all'estero (Progetto di Convenzione Abs-Shawcross) del 1959
Progetto di Convenzione circa la protezione della proprietà straniera del 1967
Dichiarazione circa l'instaurazione di un Nuovo Ordine Economico Internazionale, Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3201/S-VI, del 1 maggio 1974
Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3281/29, del 12 dicembre 1974
NAFTA (North American Free Trade Agreement), *Notes of Interpretation of Certain Chapter II Provisions*, del 31 luglio 2001
Commissione europea, *Fact sheet - Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*, Novembre 2013
Commissione europea, *Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, del 13 gennaio 2015
Annex II - Reservations applicable in the European Union (applicable in all Member States of the EU unless otherwise indicated), 2016/0206 (NLE), Bruxelles, del 14 settembre 2016
Dichiarazione interpretativa comune sull'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri, del 13 ottobre 2016
Decisione del Consiglio, n. 2017/38, *relativa all'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra* del 28 ottobre 2016
Avviso concernente l'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, del 16 settembre 2017

Decisione del Consiglio n. 6052/19, *che autorizza l'apertura di negoziati con gli Stati Uniti d'America per un accordo sull'eliminazione di tariffe su beni industriali*, del 9 aprile 2019
Draft statute of the Multilateral Investment Court, 2020