

COMMENTI

LORIS MAROTTI* - ASSEGNISTA DI RICERCA NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

ASPETTI PROBLEMATICI DELL'ACCORDO SULL'ESTINZIONE DEI TRATTATI BILATERALI DI INVESTIMENTO TRA STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contenuto dell'accordo. – 3. L'estinzione delle clausole di caducità e la posizione degli investitori nel diritto internazionale generale. – 4. *Segue*. La giurisprudenza arbitrale e la prassi dell'estinzione consensuale «aggravata». – 5. Le conseguenze dell'estinzione sugli arbitrati pendenti. – 6. Le conseguenze dell'estinzione nei rapporti tra investitori e Stati membri e tra Stati membri e Stati terzi. – 7. Conclusioni.

1. L'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, firmato il 5 maggio 2020 da 23 Stati membri dell'Unione europea ed entrato in vigore il 29 agosto 2020,¹ costituisce l'ultimo capitolo di una vicenda che ormai da tempo vede contrap-

* L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno.

¹ L'accordo, al momento, è stato ratificato da sei Stati membri, tra i quali non figura l'Italia, per la quale non è quindi ancora in vigore; il testo è riprodotto in questo fascicolo della *Rivista*, *infra*, p. 000 ss., ove sono altresì riportate alcune ulteriori informazioni sullo stato delle ratifiche. Gli Stati membri non firmatari sono l'Austria, la Finlandia, l'Irlanda (Stato non vincolato da trattati bilaterali sugli investimenti), la Svezia e il Regno Unito. La Commissione ha già comunicato (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_859) l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di Finlandia (che pare stia decidendo di estinguere i trattati bilaterali in vigore in autonomia: <https://www.hannessnelman.com/news-views/blog/termination-of-intra-eu-bits-finland-s-way-forward-and-a-feedback-request-from-the-eu-commission/>) e Regno Unito. Sono già in corso, inoltre, procedure di infrazione contro l'Austria e la Svezia. Cfr. da ultimo DE BOECK, *Disagreement on Intra-EU BITs continues: Infringement Actions over Intra-EU BITs*, consultabile all'indirizzo europeanlawblog.eu, 15 giugno 2020. Per un primo commento all'accordo, cfr. LANG, *L'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2020.

porsi l'ordinamento dell'Unione, con il suo sistema giurisdizionale integrato, e l'arbitrato in materia di investimenti tra Stati e investitori stranieri basato su accordi bilaterali in vigore tra Stati membri (c.d. *Intra-EU BITs*).

L'apice del conflitto, prefigurato da tempo dalla Commissione e già oggetto di esteso dibattito,² si è avuto con la ben nota pronuncia resa nel caso *Achmea*, ove la Corte di Giustizia ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle clausole compromissorie arbitrali contenute in accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri.³ In seguito alla decisione della Corte, i due binari del diritto dell'Unione e dell'arbitrato sugli investimenti hanno continuato a collidere, come testimonia del resto il costante rigetto da parte di diversi tribunali arbitrali dell'eccezione di competenza sollevata da Stati membri convenuti, con il supporto della Commissione in veste di interveniente, fondata proprio sulla sentenza *Achmea*.⁴ Anche a fronte degli sviluppi successivi alla sentenza della Corte, la giurisprudenza arbitrale si è caratterizzata per la scarsa ricettività rispetto all'eccezione *Achmea*, e in generale rispetto alle eccezioni fondate sulla pretesa incompetenza dei tribunali dettata dall'incompatibilità tra arbitrato sugli investimenti e ordinamento dell'Unione.⁵ Difatti, non sembra

² Cfr. tra gli altri MARRELLA, *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, p. 107 ss., spec. p. 117 ss.; e ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2014, p. 573 ss. (con ampi riferimenti bibliografici).

³ Causa C-284/16, *Achmea BV*, EU:C:2018:158, sentenza del 6 marzo 2018. Sulla sentenza cfr. *inter alia* GAILLARD, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, in *Revue critique*, 2018, p. 621 ss.; i contributi pubblicati in BARBOU DES PLACES, CIMIOTTA, SANTOS VARA (a cura di), *Special Section – The Achmea Case Between International Law and European Union Law*, in *European Papers*, 13 giugno 2019; e, tra i contributi più recenti, RESTREPO AMARILES, ARDELAN FARHADI, VAN WAEYENBERGE, *Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2020, p. 987 ss.

⁴ Il problema risiede essenzialmente nella pretesa, avanzata dagli Stati membri e dalla Commissione, che la sentenza *Achmea*, fondata su motivazioni del tutto interne all'ordinamento dell'Unione senza un necessario ancoraggio al diritto internazionale, possa spiegare i suoi effetti anche sull'arbitrato basato su accordi bilaterali sugli investimenti. Da qui la reazione dei tribunali arbitrali, i quali oppongono al ragionamento puramente interno basato sull'eccezione *Achmea* le norme sulla compatibilità tra obblighi convenzionali e, più in generale, sui rapporti tra ordinamenti nel diritto internazionale. Cfr. SAVARESE, *Gli argomenti europeisti contra arbitratum al vaglio analitico di un tribunale ICSID*: Ekosol S.p.A. in liquidazione contro Italia, in *Dir. comm. int.*, 2019, p. 515 ss.; CANDELMO, *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*, in *Studi sull'integrazione eur.*, 2019, p. 447 ss.

⁵ Cfr., *ex multis*, *Masdar Solar v. Spain* (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 maggio 2018; *Vattenfall v. Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12), Decision on the *Achmea* Issue, 31 agosto 2018; *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 ottobre 2018; *Ekosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU

aver sortito alcun effetto sulla competenza dei tribunali arbitrali nemmeno la dichiarazione congiunta resa nel gennaio 2019 dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri i quali, facendo seguito agli orientamenti della Commissione,⁶ avevano preannunciato la cessazione di tutti i trattati bilaterali sugli investimenti tra loro in vigore.⁷ L'accordo del 5 maggio di fatto attua la suddetta dichiarazione, con la pretesa di risolvere definitivamente il problema del conflitto tra i due regimi ponendo termine agli *Intra-EU BITs*.

Nelle pagine che seguono ci proponiamo di illustrare il contenuto di questo accordo e di interrogarci circa le possibili conseguenze della radicale estinzione dei trattati bilaterali sugli investimenti in vigore tra Stati membri. Piuttosto che ripercorrere le dinamiche e le ragioni, presunte o reali, del conflitto tra l'ordinamento dell'Unione e l'arbitrato sugli investimenti stranieri, intendiamo analizzare le implicazioni di quello che potrebbe costituire l'atto risolutivo di questo conflitto. Se infatti non v'è dubbio che l'accordo porrà fine a gran parte delle tensioni intrasistemiche (lasciando aperta la sola questione – ancora irrisolta, benché contemplata nella dichiarazione del gennaio 2019 – della vigenza del trattato sulla Carta dell'energia e del meccanismo arbitrale ivi previsto),⁸ vi sono numerosi aspetti controversi attinenti agli effetti dell'accordo stesso sulla posizione degli investitori che ne beneficiano e sulla sorte degli arbitrati pendenti.

Si tratta senz'altro di questioni oggi dibattute soprattutto nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti. Nondimeno, i problemi sollevati da questo accordo si collocano nel contesto di un dibattito più ampio, che non riguarda esclusivamente la specifica vicenda dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e arbitrato sugli investimenti, bensì, più in generale,

Disputes), ICSID Case No. ARB/15/50, 7 maggio 2019; *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 giugno, 2019; *Addiko Bank AG and Addiko Bank D.D. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU *Acquis*, 12 giugno 2020.

⁶ V. da ultimo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti intra-UE*, COM(2018) 547 final del 19 luglio 2018.

⁷ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, in ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en. Per una sintetica ed efficace ricostruzione dell'evoluzione della vicenda cfr. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 343 ss.

⁸ V. il preambolo dell'accordo: «Considerando che il presente accordo verte sui trattati bilaterali di investimento interni all'Unione; che esso non si applica ai procedimenti tra Stati membri ai sensi dell'articolo 26 del trattato sulla Carta dell'energia. L'Unione e i suoi Stati membri tratteranno tale questione in un secondo tempo».

le conseguenze dell'estinzione di un trattato sulle situazioni giuridiche individuali create dal trattato estinto e sui procedimenti di accertamento vincolante del diritto eventualmente attivati sulla base dello stesso.

Il presente contributo si articola in quattro parti. Dopo una breve disamina del contenuto dell'accordo (par. 2), l'analisi è rivolta ai due profili di maggiore criticità, vale a dire l'estinzione delle c.d. «clausole di caducità» (par. 3-4) e l'impatto dell'accordo sugli arbitrati pendenti (par. 5). Seguirà qualche riflessione sulle possibili ripercussioni che l'applicazione dell'accordo potrà avere nei rapporti tra investitori e Stati membri e tra Stati membri e Stati terzi (par. 6).

2. L'accordo del 5 maggio dispone l'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri attualmente in vigore – elencati all'allegato A dell'accordo – precisando che l'estinzione travolge le clausole di caducità contenute in tali trattati.⁹ Queste ultime, oggi ricorrenti nella maggior parte degli accordi bilaterali sugli investimenti e meglio note come «sunset/survival clauses», consistono, secondo la definizione fornita dall'accordo stesso, in disposizioni che estendono «la protezione per la tutela degli investimenti effettuati prima della data di estinzione di detto trattato per un ulteriore periodo di tempo».¹⁰ È interessante notare come l'accordo si preoccupi anche di estinguere le clausole di caducità potenzialmente in vigore rispetto a trattati bilaterali già dichiarati estinti elencati all'allegato B dell'accordo.¹¹ Su quest'ultimo aspetto torneremo poiché esso sembra avallare la prassi per cui anche in presenza di estinzione consensuale occorre specificare che la clausola di caducità è destinata a venire meno seguendo la sorte del trattato estinto. Ai sensi dell'accordo, inoltre, l'estinzione dei trattati bilaterali e delle rispettive clausole di caducità sarà immediata, producendo effetto a decorrere dall'entrata in vigore dello stesso.¹²

⁹ Cfr. l'art. 2 dell'accordo.

¹⁰ Cfr. l'art. 1 (n. 7) dell'accordo. Occorre precisare che le clausole di caducità non presentano sempre la medesima formulazione, ma possono prevedere specifici limiti temporali e materiali. V. HARRISON, *The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties*, in *Journ. World Investment & Trade*, 2012, pp. 937-941. Cfr. anche TITI, *Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law*, in *Journ. Int. Arb.*, 2016, p. 434 ss. Per ulteriori esempi, anche al di fuori del diritto internazionale degli investimenti, v. LEKKAS, TZANAKOPOULOS, *Pacta sunt servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties*, in TAMS, TZANAKOPOULOS, ZIMMERMANN (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties*, Cheltenham, 2014, pp. 337-338.

¹¹ Cfr. l'art. 3 dell'accordo.

¹² Cfr. l'art. 4, par. 2 dell'accordo. Sull'entrata in vigore cfr. l'art. 16 dell'accordo.

Se queste sono le scarse disposizioni sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento intraeuropei, un'ampia parte dell'accordo (sez. 3) è volta a regolare nel dettaglio le conseguenze dell'estinzione sugli arbitrati tra investitori e Stati membri promossi ai sensi dei trattati bilaterali. Occorre sul punto rilevare che l'accordo è destinato ad applicarsi ai procedimenti arbitrali istituiti «secondo qualsiasi convenzione di arbitrato o altro regolamento arbitrale»¹³ – ivi inclusi l'arbitrato ICSID, l'arbitrato presso la Corte permanente di arbitrato, la Camera di commercio di Stoccolma, la Camera di commercio internazionale, l'arbitrato UNCITRAL e arbitrati *ad hoc*.¹⁴ Ciò potrebbe costituire un ulteriore elemento di criticità dell'accordo alla luce delle caratteristiche peculiari dell'arbitrato ICSID rispetto ad altri meccanismi internazionali di composizione arbitrale delle controversie sugli investimenti. Rinviando per ora l'analisi di tale aspetto, conviene soffermarsi sulla singolare disciplina in tema di procedimenti arbitrali dettata dall'accordo. Essa si basa su una distinzione tra arbitrati conclusi, arbitrati nuovi e arbitrati pendenti, individuando quale «data critica» per tale distinzione il 6 marzo 2018, ovverosia la data di pubblicazione della sentenza *Achmea*. Quanto agli arbitrati conclusi, intesi come i procedimenti conclusi con accordi transattivi o con lodi definitivi resi prima del 6 marzo 2018 cui sia già stata data esecuzione e in assenza di procedimenti pendenti di impugnazione del lodo, essi restano impregiudicati dall'accordo.¹⁵ Gli arbi-

¹³ Così il preambolo dell'accordo.

¹⁴ Conviene precisare che non ricadono nell'ambito di applicazione dell'accordo gli arbitrati eventualmente promossi sulla base di clausole compromissorie contenute in contratti di investimento. Queste ipotesi, che pure si ravvisano nella prassi e rendono assimilabile l'arbitrato sugli investimenti all'arbitrato commerciale internazionale, sembrano essere fatte salve nella sentenza *Achmea*. In quel caso la Corte ha infatti confermato la legittimità e l'utilità dell'arbitrato commerciale internazionale, distinguendolo dall'arbitrato sugli investimenti che abbia origine in un accordo bilaterale tra due Stati membri. Nelle parole della Corte: «un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del [trattato bilaterale di investimenti], si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di vie di ricorso giurisdizionale che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell'Unione ..., controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del [trattato bilaterale]». Si tratta di una distinzione, quella operata dalla Corte, che a molti è parsa artificiosa e la questione è ancora dibattuta. Cfr., in senso critico, ZARRA, *The Enforceability of Arbitral Awards Deriving Intra-EU Investment Agreements. Reflections on Treaty Law Issues and on the EU's Unsustainable Position*, in *Dir. comm. int.*, 2018, pp. 905 e 914; meno critico HILLEBRAND POHL, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018, pp. 785-788.

¹⁵ Cfr. l'art. 6 par. 1 dell'accordo.

trati pendenti – vale a dire i procedimenti promossi prima del 6 marzo 2018 e tuttora pendenti – e quelli nuovi, promossi il 6 marzo 2018 o successivamente a tale data, sono invece soggetti ad un diverso regime. In particolare, oltre a sancire che le clausole compromissorie dei trattati intraeuropei non possono fungere da base giuridica per nuovi procedimenti arbitrali,¹⁶ l'accordo obbliga le parti contraenti ad informare i tribunali arbitrali istituiti nell'ambito di procedimenti pendenti o nuovi delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza *Achmea*,¹⁷ nonché, qualora siano parte di un procedimento nazionale – anche istituito dinanzi a un tribunale di uno Stato terzo – relativo a un lodo reso ai sensi di un trattato, di chiedere al giudice nazionale di revocare, annullare o astenersi dal riconoscere o dare esecuzione a detto lodo.¹⁸ Rispetto ai procedimenti arbitrali pendenti, l'accordo prevede inoltre delle misure transitorie che consentono agli investitori di optare per una procedura extraarbitrale e extragiudiziale di «dialogo strutturato» sotto la guida di un «facilitatore imparziale» al fine risolvere la controversia con lo Stato membro in alternativa all'arbitrato,¹⁹ ovvero di ricorrere alle corti nazionali anche se decorsi i termini per esperire l'azione secondo le dettagliate condizioni previste dall'accordo stesso.²⁰ Si tratta in sostanza di alternative volte a scoraggiare gli investitori dalla prosecuzione di arbitrati pendenti, nell'ottica di una progressiva dismissione della competenza dei tribunali arbitrali e contestuale attrazione delle controversie sugli investimenti intraeuropei nell'alveo dell'ordinamento dell'Unione.

Ai nostri fini, ciò che rileva dell'accordo non attiene tanto alle sue conseguenze sul piano sostanziale in ordine all'adeguatezza della tutela apprestata dall'ordinamento dell'Unione agli investitori che beneficiavano dei trattati sugli investimenti intraeuropei, problema questo che si sovrappone a quello dei profili di (in)compatibilità tra regimi bilaterali di tutela e ordinamento dell'Unione. Piuttosto, intendiamo concentrare l'analisi sul con-

¹⁶ Cfr. l'art. 5 dell'accordo.

¹⁷ Art. 7 lett. *a*. Tali conseguenze sono ribadite all'art. 4 dell'accordo, che detta disposizioni comuni. In particolare, ai sensi del par. 1 di detto articolo, «le parti contraenti confermano che le Clausole Compromissorie sono in contrasto con i trattati dell'UE e sono pertanto inapplicabili. Per effetto di tale incompatibilità tra le Clausole Compromissorie e i trattati dell'UE, a decorrere dalla data in cui l'ultima delle parti di un Trattato Bilaterale di Investimento è diventata Stato membro dell'Unione europea la Clausola Compromissoria di detto Trattato non può fungere da base giuridica per il Procedimento Arbitrale». L'obbligo di informare i tribunali arbitrali ai sensi dell'art. 7 lett. *a* è inoltre integrato da una dichiarazione, riportata nell'allegato C dell'accordo, sulla cui base l'informazione dovrà essere resa.

¹⁸ Art. 7, lett. *b*.

¹⁹ Art. 9.

²⁰ Cfr. l'art. 10.

tributo che l'accordo in esame fornisce al dibattito circa le conseguenze dell'estinzione di accordi internazionali, quali gli accordi bilaterali sugli investimenti, che riconoscono diritti individuali azionabili dinanzi a tribunali internazionali. Come già accennato, due aspetti appaiono indicativi di detto contributo. Si tratta delle disposizioni sull'estinzione delle clausole di caducità e dell'impatto retroattivo dell'accordo sugli arbitrati pendenti.

3. L'estinzione disposta dall'accordo dei trattati bilaterali sugli investimenti *congiuntamente* alle clausole di caducità in essi contenute si inserisce nel solco di una prassi e una giurisprudenza controverse, che negli ultimi anni hanno ampiamente interessato la dottrina, trattandosi di questioni che arrivano a lambire la stessa natura dei trattati sugli investimenti e, più in generale, i «confini» del consenso degli Stati nel diritto internazionale. Il problema di fondo consiste nel domandarsi se gli Stati possano legittimamente porre fine all'efficacia di clausole la cui *ratio* risiede proprio nel garantire l'ultrattività del trattato per un certo periodo – che può variare, a seconda degli accordi, tra i cinque e i vent'anni – ove i suoi effetti dovessero venir meno.

È pacifico che tali clausole siano destinate a trovare applicazione in caso di denuncia unilaterale del trattato bilaterale, in modo da consentire che gli investimenti già effettuati possano continuare a beneficiare della protezione convenzionale per il periodo coperto dalla clausola anche qualora lo Stato ospite dell'investimento decidesse di svincolarsi dall'accordo.²¹ Quando le clausole sono formulate in modo da garantire la continuità della protezione solo in caso di denuncia unilaterale²² il mutuo consenso delle parti all'estinzione dell'accordo non solleva problemi particolari, non essendo coperto dall'ambito di applicazione della clausola.²³ Più controversa

²¹ VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, in *ICSID Rev.-Foreign Investment Law Journ.*, 2014, p. 466; VOON, MITCHELL, *Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law*, *ibidem*, 2016, p. 423 ss.

²² Cfr. ad esempio l'art. 16 del BIT tra Repubblica Ceca e Danimarca del 1991 (estinto nel 2009), ove la clausola di caducità è strettamente collegata alla notifica della denuncia unilaterale: «(1) ...either Contracting party notifies in writing the other Contracting Party of its intention to terminate this Agreement... (2) In respect of investments made prior to the date when the notice of termination of this Agreement becomes effective, the provisions of Articles 1 to 10 shall remain in force for a further period of ten years from that date». V. anche il testo della clausola contenuta nel BIT tra Italia e Slovenia, riprodotto *infra*, nota 53.

²³ Cfr. ad esempio POTESTÀ, *Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1063, «una denuncia unilaterale del trattato non libererebbe, se non dopo molti anni, lo Stato ospite dell'investimento dal rischio di essere convenuto in un procedimento arbitrale da parte di un investitore... che abbia compiuto un investimento prima della denuncia. Pertanto, un accordo tra i due Stati parte al trattato sembrerebbe l'unica strada percorribile per scongiurare il «cri-

appare invece una simile possibilità ove la clausola di caducità sia formulata in termini più generici,²⁴ sì da poter ammetterne astrattamente l'operatività anche in caso di estinzione per mutuo consenso.²⁵ In altre parole, ci si chiede se il mutuo consenso delle parti contraenti ad estinguere un accordo che attribuisce diritti a parti terze private incontri nel diritto internazionale dei limiti di carattere generale tali per cui l'estinzione consensuale non sarebbe di per sé idonea a far venir meno la clausola di caducità potenzialmente destinata ad operare anche in caso di mutuo consenso all'estinzione.²⁶

Le regole generali sul diritto dei trattati, come codificate dalla convenzione di Vienna del 1969, forniscono un punto di partenza per affrontare tale questione. L'estinzione del trattato per mutuo consenso delle parti è contemplata all'art. 54 lett. *b* della convenzione che, nel ricalcare l'idea per cui gli Stati restano i «padroni dei trattati» e senza prevedere particolari formalità,²⁷ codifica la regola per cui l'estinzione di un trattato può essere disposta «at any time by consent of all the parties».²⁸

schio» di instaurazione di arbitrati».

²⁴ Cfr. ad es. l'art. 22 par. 3 del Model BIT statunitense del 2012: «For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments». Per ulteriori esempi v. NOWROT, *Termination and Renegotiation of International Investment Agreements*, in HINDELANG, KRAJEWSKI (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, 2016, p. 255-256; HARRISON, *The Life and Death of BITs* cit., p. 946 s.

²⁵ TITI, *Most-Favoured-Nation Treatment* cit., 2016, p. 425 ss.; BINDER, *A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs*, in *Journ. World Investment & Trade*, 2016, p. 964 ss.

²⁶ Si tratta di quella che è stata definita come «one of the 'open questions'... belonging to the until now unresolved topics of international investment law». Cfr. NOWROT, *Termination and Renegotiation* cit., p. 247 (e la bibliografia ivi citata). Più in generale, CRAWFORD, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *Modern Law Rev.*, 2018, p. 11.

²⁷ V. il commento all'art. 51 del progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale (ora art. 54 della Convenzione di Vienna), *Yearb. ILC*, 1966, II, p. 249, par. 3: «whatever may be the provisions of a treaty regarding its own termination, it is always possible for all the parties to agree together to put an end to the treaty... the particular form which such an agreement may take is a matter for the parties themselves to decide in each case». Sul punto, CAPOTORTI, *L'estinzione et la suspension des traités*, in *Recueil des cours*, t. 134, 1971, p. 493.

²⁸ Per quanto non direttamente rilevante ai nostri fini, è il caso di precisare che la disposizione condiziona l'estinzione per mutuo consenso alla previa consultazione «with the other contracting States». Il riferimento è a quegli Stati rispetto ai quali il trattato non è ancora entrato in vigore (non essendo dunque formalmente «parti») pur avendovi acconsentito. Si ritiene che tale condizione, la cui «practical importance... will presumably be minimal», non codifichi il diritto consuetudinario. Così GIEGERICH, *Article 54*, in DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2nd ed., Berlin, 2018, p. 1030.

L'efficacia e le conseguenze di tale modalità di estinzione potrebbero tuttavia incontrare dei limiti contemplati dalla stessa convenzione di Vienna. Occorre dunque verificare se tali limiti possano ritenersi applicabili al caso di estinzione di accordi che riconoscono diritti a parti terze private quali gli investitori.

Un primo limite si potrebbe rinvenire nella regola codificata all'art. 37 par. 2 della convenzione, ai sensi del quale «when a right has arisen for a third state in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third state».²⁹ Nonostante il chiaro riferimento a uno Stato terzo, non sono mancati in dottrina tentativi di estendere la regola dell'irrevocabilità anche alle ipotesi di diritti riconosciuti a terzi soggetti non statali sulla base dell'idea che il principio codificato all'art. 37 par. 2 sarebbe espressione di un principio generale «applicable to all third party holders».³⁰ Da qui il rilievo per cui le parti contraenti non potrebbero estinguere il trattato ove avessero inteso garantire diritti irrevocabili o non modificabili all'investitore. Questa tesi, avanzata in netto contrasto rispetto a posizioni «ortodosse» ampiamente consolidate,³¹ presuppone l'esistenza di un limite significativo alla capacità degli Stati di porre termine agli accordi internazionali. Tale limite, essendo in contrasto con il principio consensualistico, che è alla base del diritto dei trattati, andrebbe accertato con estrema cautela. Se infatti, per quanto controversa, non è da escludere, in via di principio, l'ipotesi che gli Stati possano essere disposti ad alienare il proprio potere di estinguere un accordo internazionale anche a fronte di diritti irrevocabili garantiti ad individui,³² la prassi ad oggi non pare inequivocabilmente orientata in questo senso. In materia di accordi sugli investimenti, anche le summenzionate clausole di caducità formulate in maniera ampia non arrivano a riflettere la chiara e incontrovertibile volontà delle parti contraenti di estenderne

²⁹ Sul rapporto tra l'art. 54 lett. b e l'art. 37 par. 2, cfr. CAPOTORTI, *L'extinction et la suspension des traités* cit., pp. 494-496.

³⁰ HARRISON, *The Life and Death of BITs* cit. p. 944. Cfr. anche WACKERNAGEL, *The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law*, in *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, 2016, pp. 16-17.

³¹ Cfr. CHINKIN, *Third Parties in International Law*, Oxford, 1993, pp. 121-122: «[u]nder general treaty law and the law on State responsibility, States can amend or terminate treaties which provide rights for individuals. Individuals enjoy any benefit bestowed by treaty with the continued agreement of the States parties».

³² BORDIN, *Reasserting Control through Withdrawal from Investment Agreements. What Role for the Law of Treaties?*, in KULICK (ed.) *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, 2016, p. 217; GIEGERICH, *Article 54* cit., p. 1031 s.

l'applicazione all'ipotesi di estinzione consensuale.³³ D'altro canto, nei limiti di quanto vedremo nel paragrafo seguente, la prassi più recente di estinzione consensuale degli accordi bilaterali, di cui lo stesso accordo in esame è chiara espressione, depone a favore di tale conclusione. Inoltre, occorre rilevare che finanche in materia di diritti umani e diritto umanitario è tutt'altro che scontata l'idea della «irrevocabilità» di diritti convenzionalmente attribuiti ad individui.³⁴

Una simile conclusione non risulta in contrasto con l'idea, oggetto di un dibattito prevalentemente teorico,³⁵ per cui i trattati sugli investimenti garantiscono diritti «diretti» agli investitori, i quali dunque non sarebbero meri beneficiari di diritti e obblighi che gli Stati parte si attribuiscono reciprocamente. Il dato per cui un trattato attribuisce diritti individuali «diretti» – vale a dire diritti che, una volta garantiti possono essere liberamente esercitati dagli individui³⁶ – non è di per sé indicativo dell'irrevocabilità di tali diritti. Si tratta infatti pur sempre di posizioni riconosciute da un accordo internazionale, alla cui creazione, interpretazione, modifica ed estinzione non partecipano i terzi titolari dei diritti previsti dall'accordo, bensì solo gli Stati.³⁷

³³ NOWTROT, *Termination and Renegotiation* cit. p. 254 ss.; BINDER, *A Treaty Law Perspective* cit., p. 977 s.

³⁴ Cfr. KLEIN, *Denunciation of Human Rights Treaties and the Principle of Reciprocity* in FASTENRATH *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interests. Essays in Honour of Judge B. Simma*, Oxford, 2011, p. 485: «[t]he fact that human rights treaties serve a community interest cannot impede the States parties from terminating the treaty by consent. Community interests as defined by treaties remain dependent on their creators as the masters of the treaty». Resta inteso che ciò vale nella misura in cui «the rights and obligations have not evolved into, perhaps only regional, general international law» (*ivi*). Cfr. anche ROBERTS, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, in *Harvard Int. Law Journ.*, 2015, p. 405 s.; WACKERNAGEL, *The Twilight of the BITs?* cit., p. 21 ss.; BORDIN, *Reasserting Control*, p. 216 s.

³⁵ Cfr. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearb. of Int. Law*, 2004, p. 151 ss.; PAPARINSKIS, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 2013, 621-627; GOURGOURINIS, *Investors' Rights qua Human Rights? Revisiting the 'Direct'/'Derivative' Rights Debate*, in FITZMAURICE, MERKOURIS (a cura di) *The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2013, p. 147 ss.

³⁶ Cfr. *ex multis* ZHANG, *Mutual Termination of Sunset Clauses in Intra-EU BITs: The Search for Investor Protections*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2018, pp. 183-185.

³⁷ Cfr. LAVOPA, BARREIROS, BRUNO, *How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties*, in *Journ. Int. Econ. Law*, 2013, p. 888; PAPARINSKIS, *Investment Arbitration and the Law of Countermeasures*, in *British Yearb. Int. Law*, 2009, p. 342, secondo il quale gli investitori non avrebbero «safeguards to the alteration of their legal rights under the investment protection law analogous to those of third parties in the more accepted sense. Contracting States may agree on the interpretation of a treaty according to Article 31(3)(a) of the VCLT through pre-established institutions or in an *ad hoc* manner; they may engage in subsequent practice according to Article 31(3)(b) or explain the understanding of the applicable rules of interna-

Il secondo limite di carattere generale all'estinzione per mutuo consenso dei trattati che includono clausole di caducità potrebbe apparentemente rinvenirsi anche nella regola codificata all'art. 70 par. 1 lett. *b* della convenzione di Vienna, in tema di conseguenze dell'estinzione di un trattato. La norma, ispirata al principio di irretroattività e corrispondente al diritto consuetudinario,³⁸ prevede che l'estinzione di un trattato «does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination». Ciò potrebbe indurre a ritenere che l'estinzione per mutuo consenso non possa intaccare i diritti di cui gli investitori beneficiano in forza della clausola di caducità contenuta nel trattato. Vi sono però due dati che consentono di escludere la rilevanza dell'art. 70 a tal fine. Innanzitutto, per ammissione della stessa Commissione del diritto internazionale, la norma generale «is not in any way concerned with the question of the “vested interests” of individuals».³⁹ In secondo luogo, e questo è un dato decisivo, la disposizione in questione lascia salva l'autonomia delle parti rispetto alla determinazione delle conseguenze dell'estinzione («unless the treaty otherwise provides or the parties

tional law according to Article 31(3)(c); they may also amend the treaty or denounce it completely. The investor does not control these law-making processes». Nello stesso senso già CRAWFORD, *A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in NOLTE (a cura di), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 31: «it is too often forgotten that the parties to a treaty, that is, the states which are bound by it at the relevant time, own the treaty. It is their treaty. It is not anyone else's treaty. In the context of investment treaty arbitration there is a certain tendency to believe that investors own bilateral investment treaties, not the state parties to them. [...] That is not what international law says». V. anche GATTINI, *Jurisdiction ratione temporis in International Investment Arbitration*, in *Law and Practice of Int. Courts and Tribunals*, 2016, p. 157 s., il quale precisa che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 37 par. 2 sarebbe «unwarranted not only as a matter of principle, but also as a matter of practical logic». Infatti, come osserva l'A., «individuals are not required to give their consent to rights that are conferred on them, and nor do they do so: they simply make use of such rights. The conceptual framework therefore is not that of third party rights, but that of acquired rights». Un simile schema concettuale potrebbe trovare applicazione solo in caso di diritti individuali già azionati, e in particolare il diritto a ricorrere all'arbitrato, nel qual caso, secondo l'A., «the argument could be made that the parties' will to terminate the treaty should remain without effect with regard to those rights». Su quest'ultimo aspetto torneremo *infra*, par. 5.

³⁸ Cfr. *Rainbow Warrior (Nuova Zelanda c. Francia)*, lodo del 30 aprile 1990, in United Nations, *Reports of Int. Arbitral Awards*, vol. XX, p. 251, par. 75: «certain specific provisions of customary law in the Vienna Convention are relevant in this case, such as [...] Article 70, which deals with the legal consequences of the expiry of a treaty». In dottrina, tra gli altri, ASCENSIO, *Article 70*, in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, 2011, p. 1590 s.; NOLLKAEMPER, *Some Observations on the Consequences of the Termination of Treaties and the Reach of Article 70 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in DEKKER, POST (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law*, The Hague, 2003, p. 187; WITTICH, *Article 70*, in DÖRR, SCHMALENBACH (eds.) cit., p. 1299.

³⁹ V. *Yearb. ILC*, II, 1966, p. 265, punto 3.

otherwise agree»). Con specifico riguardo ai trattati sugli investimenti, questa autonomia delle parti trova senz'altro espressione nella stessa inclusione delle clausole di caducità che disciplinano, al pari della regola generale di cui all'art. 70, le conseguenze della cessazione degli effetti del trattato, pur con diverso, e più ampio, ambito di applicazione temporale (non solo irretroattività, ma anche «ultrattività») e soggettivo (poiché relativo a diritti individuali previsti dal trattato). Tuttavia, di questa autonomia è espressione anche la stessa eventuale estinzione per mutuo consenso del trattato e della clausola di caducità in esso contenuta.⁴⁰

Ai sensi del diritto internazionale generale, come codificato nella convenzione di Vienna, gli Stati restano insomma liberi di disporre del trattato, non incontrando alcun limite all'estinzione per mutuo consenso, anche ove si tratti di accordi sugli investimenti che, oltre a riconoscere diritti individuali, includano clausole di caducità la cui formulazione sia apparentemente suscettibile di includervi nell'ambito d'applicazione l'estinzione per mutuo consenso. A nostro avviso, è solo nell'ipotesi in cui l'ambito di applicazione della clausola di caducità risulti *espressamente* e *inequivocabilmente* esteso all'estinzione consensuale – ipotesi concepibile, ma ad oggi non riscontrabile nella prassi – che l'atto di estinzione consensuale dovrebbe *esplicitamente* e *specificamente* rivolgersi anche alla clausola di caducità al fine di neutralizzarla. L'estinzione consensuale sarebbe dunque sempre possibile anche in questo caso, ma risulterebbe «aggravata», nella misura in cui richiederebbe un onere aggiuntivo consistente nell'espressa dichiarazione di cessazione degli effetti della clausola.

⁴⁰ BUSCEMI, MAROTTI, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 971. Altri argomenti spesso ricorrenti in dottrina attengono alla possibile esistenza di un principio generale di diritto internazionale che farebbe salvi i «diritti acquisiti» degli investitori. Tuttavia, non è chiaro come anche questo principio possa prevalere sull'autonomia delle parti se non in virtù di una sua presunta forza «imperativa» che, ad oggi, non risulta in verità accertata. Ancora validi risultano sul punto i rilievi di MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 532 secondo il quale «in most, but not all, cases the execution of treaty provisions results in the acquisition by the parties or, through them, by their nationals of new rights. These rights receive the additional protection arising from the well-recognized principle of respect for acquired rights, which requires in this case that *in the absence of any provision express or implied from the circumstances of the termination or from any instrument evidencing an agreed termination*, acquired rights remain unaffected by the termination» (corsivo aggiunto). Cfr. *amplius* SIK, *The Concept of Acquired Rights in International Law: A Survey*, in *Netherlands Int. Law Rev.*, 1977, p. 120 ss.; e LALIVE, *The Doctrine of Acquired Rights*, in *Rights and Duties of Investment Abroad*, New York, 1965, p. 145 ss. Più di recente VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways* cit., p. 468 ss e WAIBEL, *Brexit and Acquired Rights*, in *Am. Journ. Int. Law Unbound*, 2018, p. 443.

4. Quanto rilevato circa la generale libertà di estinguere consensualmente i trattati bilaterali sugli investimenti contrasta con una giurisprudenza arbitrale che pare ambiguamente orientata verso l'idea per cui, anche a prescindere dalla circostanza – sulla quale torneremo nel paragrafo che segue – che un arbitrato sia stato promosso prima dell'estinzione consensuale di un accordo bilaterale, quest'ultima non travolge altresì le clausole di caducità, comportando, al contrario, l'attivazione delle stesse. È il caso di sottolineare che, ad oggi, i tribunali arbitrali non si sono ancora ritrovati a decidere direttamente sulla questione, limitandosi la giurisprudenza rilevante a fornire solo incidentalmente dati rilevanti.⁴¹

Nel caso *Eastern Sugar*, un tribunale arbitrale si è limitato a osservare come esso potesse «only reject the Czech Republic's argument that the implied termination of the BIT through accession also terminated the continuing effect expressly guaranteed by Art. 13 (3) of the BIT [ossia la clausola di caducità]». ⁴² Più di recente, in *Magyar Farming*, un collegio arbitrale ha respinto l'eccezione di incompetenza basata sulla sentenza *Achmea*, nonché sul presunto effetto estintivo del trattato bilaterale derivante dalla citata dichiarazione degli Stati membri del 2019, osservando tra l'altro quanto segue: «[t]he BIT is an international treaty that confers rights on private parties. While the Contracting States remain the masters of their treaty, their control is limited by the general principles of legal certainty and *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*. This is evident from Article 13(3) of the BIT, which grants a guarantee of stability to investors who have made investments in reliance o[f] the BIT... This provision shows that, even where the Contracting Parties terminate the treaty on mutual consent, they acknowledge that long-term interests of investors who have

⁴¹ Merita però un cenno la vicenda procedurale relativa al caso *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania* (ICSID Case No. ARB/12/25), che avrebbe potuto costituire occasione per un tribunale ICSID di pronunciarsi direttamente sulla questione (cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*, Geneva, 2017, p. 144). Difatti, l'arbitrato era stato promosso nel 2012 invocando il trattato bilaterale tra Italia e Romania del 1990, trattato estinto per mutuo consenso il 14 marzo 2010. Tuttavia, la questione non si è posta perché lo stesso atto di estinzione consensuale aveva fatto salva l'operatività della clausola di caducità di 5 anni. Cfr. *Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability*, 21 aprile 2015, par. 1 (nota 1).

⁴² *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 marzo 2007, par. 175. Chiaramente qui si trattava di una possibile estinzione ai sensi dell'art. 59 della Convenzione di Vienna (relativo all'estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione implicite a causa della conclusione di un trattato successivo), che costituisce un'espressione del principio di cui all'art. 54 (b). Per una contestualizzazione v. POTESTÀ, *Il caso Eastern Sugar cit.* Soluzione analoga è stata adottata da un tribunale in *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Ad Hoc Arbitration, Award on Jurisdiction (6 giugno 2007). V. anche *Walter Bau AG (in liquidation) v. Thailand*, UNCITRAL, Award, 1° luglio 2009, par. 9.5 e 9.69.

invested in the host State in reliance on the treaty guarantees must be respected. This is the purpose served by the 20-year sunset provision». Pertanto, come rilevato dal tribunale, «*if the protection of existing investments outlives an unambiguous termination of the Treaty*, then the protection must continue *a fortiori* in respect of a decision of an adjudicatory body constituted under a different treaty or of declarations that purport to clarify the legal consequences of that decision». ⁴³ Il brano riportato ricalca la tesi sopra richiamata con riferimento all'art. 37 par. 2 della convenzione di Vienna, integrando il ragionamento con un generico riferimento al principio di certezza del diritto, e conferma l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che pretende, senza argomentazioni particolarmente convincenti, di individuare un limite al potere degli Stati di estinguere consensualmente gli accordi bilaterali in virtù della stessa esistenza di una clausola di caducità contenuta nell'accordo. Meno radicale, benché altrettanto non condivisibile nella misura in cui non pare espressamente ammettere la mera estinzione per mutuo consenso, è la posizione del tribunale in *UP and C.D. Holding*, in cui si osserva che, pur ipotizzando l'avvenuta estinzione dell'accordo bilaterale, «the BIT – including the submission to ICSID arbitration in Art. 9(2) of the BIT – would still remain in force for a period of 20 years as a result of the “*survival clause*” contained in Art. 12(2) of the BIT as this provision does not contain any limitation or exception as to its application and applies to all investments made prior to the expiry of this Agreement. [...] [N]either Hungary nor France has made *any attempt to renegotiate, modify, or shorten* the relevant “*survival*” period». ⁴⁴

Per quanto discutibile, la giurisprudenza richiamata è estremamente significativa poiché, a nostro avviso, consente di interpretare talune tendenze recenti nella prassi dell'estinzione degli accordi bilaterali sugli investimenti. Se, come abbiamo visto, dal punto di vista del diritto internazionale generale gli Stati possono sempre, e senza particolari formalità, acconsentire all'estinzione di un accordo bilaterale, anche qualora esso includa una clausola di caducità, la prassi degli Stati successiva al caso *Eastern Sugar* sopra citato pare orientata verso quella che potrebbe definirsi come una *formalizzazione* dell'atto di estinzione per mutuo consenso di un trattato che include una clausola di caducità. Si tratta della tendenza a rendere più «gravosa» l'estinzione della clausola *de qua* proprio per fugare qualsivoglia dubbio circa la sua operatività, sia procedendo al previo emendamento del trattato al fine di neutralizzare la clausola per poi disporre

⁴³ *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award of the Tribunal, 13 novembre 2019, par. 222-223, corsivo aggiunto.

⁴⁴ *UP and C.D. Holding* cit., par. 265, corsivo aggiunto.

dell'estinzione dello stesso,⁴⁵ sia disponendo dell'estinzione immediata del trattato, ma con esplicito e autonomo richiamo anche all'estinzione della clausola di caducità.⁴⁶ Questa prassi dell'estinzione consensuale «aggravata», di cui l'accordo oggetto d'esame è espressione lampante, pare rievocare quel principio dell'*actus contrarius* o del «parallelismo delle forme», per cui l'abrogazione di un atto richiede un atto uguale e contrario a quello da abrogare, principio che la Commissione del diritto internazionale ha espressamente disconosciuto nel codificare la regola di cui all'art. 54 lett. b.⁴⁷ Come abbiamo osservato, un simile aggravamento dell'atto di estinzione potrebbe forse ritenersi necessario solo nel caso, oggi meramente teorico, in cui dalla formulazione della clausola di caducità emerga una chiara volontà delle parti di estenderne l'ambito di applicazione all'estinzione consensuale.⁴⁸ Eppure, da questa prassi recente risulta che alcuni Stati ritengono necessario l'aggravamento della procedura di estinzione anche in palese assenza delle condizioni indicate.

In sostanza, se la giurisprudenza tende ambiguamente ad escludere del tutto l'impatto dell'estinzione sulle clausole di caducità (*Eastern Sugar*,⁴⁹ *Magyar Farming*), mentre un'altra tende a condizionarlo ad una espressa modifica della clausola (*U.P. and C.D. Holding*), una certa prassi degli Stati pare assecondare quantomeno l'idea che l'estinzione consensuale di un trattato bilaterale non possa avvenire *sic et simpliciter*, ma debba espli-

⁴⁵ V. ad esempio la prassi della Repubblica Ceca in relazione ai trattati sugli investimenti intraeuropei estinti consensualmente con Danimarca, Italia, Malta e Slovenia. Cfr. PETERSON, *Czech Republic Terminates Investment Treaties in Such a Way As to Cast Doubt on Residual Legal Protection for Existing Investments*, in *Investment Arbitration Reporter* (1° febbraio 2011). Per ulteriori riferimenti a questa prassi, v. NOWROT *Termination* cit. p. 263 s.

⁴⁶ V., oltre all'accordo in esame, la prassi relativa all'estinzione del BIT tra Argentina e Indonesia del 1997. Cfr. al riguardo VOON, MITCHELL, *Denunciation* cit., p. 431.

⁴⁷ Nelle parole della Commissione, *Yearb. ILC*, 1966, cit., p. 249, par. 3, «international law does not accept the theory of the "acte contraire". The States concerned are always free to choose the form in which they arrive at their agreement to terminate the treaty». Cfr. anche CAPOTORTI, *L'estinction* cit., pp. 492-493; e GIEGERICH, *Article 54* cit., p. 1028.

⁴⁸ Un caso in cui tale volontà delle parti potrebbe ritenersi inequivocabile è ad oggi ravvisabile solo *ex post*, vale a dire nell'ambito dello stesso accordo di estinzione consensuale, che potrebbe espressamente fare salva la clausola. V. il caso già menzionato dell'estinzione del trattato bilaterale tra Italia e Romania del 1990 (*supra*, nota 41).

⁴⁹ Si noti però che secondo VOON, MITCHELL, *Denunciation* cit., p. 432, le circostanze di questo caso e dell'analogo *Binder* (*supra* n. 42) «render unsurprising the tribunals' acceptance of jurisdiction under the relevant BIT — in particular, the fact that the termination of both the BIT and the survival clause was not explicitly agreed by the parties». Pertanto, questa giurisprudenza potrebbe anche collocarsi nell'orientamento più recente seguito in *UP and C.D Holding*.

citamente e specificamente essere rivolta anche alla clausola di caducità ove le parti intendano neutralizzarne gli effetti.⁵⁰

Si potrebbe interpretare questa prassi come una sorta di riconoscimento implicito da parte degli Stati del dato per cui, pur in assenza di una chiara ed esplicita volontà desumibile dalla clausola di caducità nel senso della sua applicazione anche al caso di estinzione per mutuo consenso, la clausola, se formulata genericamente e non espressamente limitata alla denuncia unilaterale, troverebbe applicazione in assenza di una estinzione consensuale «aggravata».

Alla luce delle osservazioni sopra svolte in tema di limiti all'estinzione consensuale dei trattati, non sembra però che l'intenzione degli Stati di derogare al proprio potere codificato all'art. 54 lett. *b* della convenzione di Vienna – potere che, lo ripetiamo, è espressione generale del principio per cui gli Stati sono «masters of their treaties» – possa dedursi implicitamente da una generica formulazione di una clausola ovvero da una mera condotta successiva.⁵¹

L'idea per cui gli Stati avrebbero implicitamente riconosciuto la continuità delle clausole di caducità in assenza di una estinzione consensuale «aggravata» potrebbe essere anche supportata dalla circostanza per cui, come abbiamo visto, nell'accordo del 5 maggio, i 23 Stati membri si sono premurati di disporre anche la cessazione dei possibili effetti delle clausole di caducità contenute in trattati già estinti.⁵² Tuttavia, da un attento esame dell'elenco dei trattati già estinti – riportati, come si è detto, all'allegato B dell'accordo – risulta che l'estinzione è pressoché sempre avvenuta per denuncia unilaterale, non rilevando dunque questa circostanza ai nostri fini, data la pacifica operatività delle clausole di caducità proprio in caso di denuncia unilaterale.⁵³

⁵⁰ In sede UNCTAD si tende a consigliare agli Stati il ricorso a questa prassi. Cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2017*, cit., p. 144: «given the lack of certainty on the matter, when jointly terminating an IIA countries are well advised to clarify their intention with regard to the survival clause, either by explicitly amending and/or suppressing it (neutralization), or explicitly confirming that they wish for the survival clause to apply». Cfr. anche VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways* cit., p. 968; e TITI, *Most-Favoured-Nation Treatment* cit., p. 438.

⁵¹ V. ancora GIEGERICH, *Article 54* cit., p. 1031, secondo il quale «is theoretically conceivable that the States Parties to a certain treaty explicitly or implicitly exclude the application of Art 54 lit b inter se with regard to that treaty. However, such an intention should not be assumed lightly».

⁵² Cfr. l'art. 3 dell'accordo.

⁵³ Nell'allegato B dell'accordo, solo due trattati risultano estinti per mutuo consenso. In un caso, quello del BIT tra Italia e Malta, non è inclusa una clausola di caducità. Nell'altro caso, quello del BIT tra Italia e Slovenia, estinto il 1° settembre 2008, la clausola di caducità non appare formulata genericamente, ma il suo ambito di applicazione è limitato alla sola denuncia unilaterale. Cfr. l'art. 14 par. 3: «in respect of investment made prior to the date of

A ben vedere, quindi, questa prassi recente costituisce piuttosto una reazione «strategica» degli Stati a quella controversa e incerta giurisprudenza arbitrale, che ad oggi pare essere troppo permissiva rispetto alla continuità delle clausole di caducità. In altre parole, premurandosi di esplicitare l'estinzione della clausola di caducità, gli Stati intendono salvaguardarsi da possibili interventi arbitrali di riconoscimento dell'ultrattività del trattato estinto. Non è dato prevedere se una simile prassi sia destinata a consolidarsi, anche perché non mancano esempi di estinzione consensuale immediata di accordi bilaterali senza particolari formalità.⁵⁴ Né è possibile prevedere se i controversi orientamenti arbitrali possano trovare ulteriore conferma. Certo è che la stessa prassi dell'estinzione delle clausole di caducità, alla quale l'accordo del 5 maggio senz'altro contribuisce, è suscettibile di mettere ulteriormente in discussione l'orientamento giurisprudenziale più radicale, riconducibile al caso *Magyar Farming*, ai sensi del quale il diritto internazionale generale (insomma, la prassi degli Stati) non consentirebbe la neutralizzazione degli effetti delle clausole di caducità.

5. Se, nonostante la giurisprudenza esaminata e nei limiti di quanto osservato, l'estinzione consensuale di un accordo non fa salvi i diritti individuali che un investitore pretende di esercitare in forza della clausola di caducità in esso contenuta, più controversa risulta la possibilità che una simile estinzione produca effetti retroattivi suscettibili di incidere su arbitrati già iniziati e ancora pendenti alla data dell'estinzione.

Il problema rileva ai nostri fini in quanto, come abbiamo visto, l'accordo del 5 maggio trova applicazione anche rispetto ad arbitrati pendenti. Occorre ribadire che gli Stati membri hanno fatto ricorso a una nozione particolare di arbitrato «pendente», intendendo con essa solo gli arbitrati iniziati *prima* dell'adozione della sentenza *Achmea* e pendenti alla data di estinzione. Gli arbitrati iniziati *dopo* l'adozione di questa sentenza e ancora pendenti, sono invece considerati dall'accordo arbitrati «nuovi». Rispetto a questi ultimi l'accordo prevede una disciplina più «invasiva», dato che si limita a sancire che le clausole compromissorie in essi contenu-

denouncement of this Agreement the provisions of Articles 1 to 13 shall remain in force for a further period of ten (10) years from the date of *denouncement* of this Agreement» (corsivi aggiunti). È interessante osservare che, proprio sulla base del trattato da ultimo citato, e presumibilmente invocando la clausola di caducità in esso contenuta, è stato istituito un arbitrato ICSID nel 2013. Cfr. *Impresa Grassetto S.p.A. in liquidation v. Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/13/10). Il tribunale arbitrale si è pronunciato sulla giurisdizione ma la relativa decisione non è stata pubblicata. Stando alle informazioni disponibili (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/10>), il procedimento è stato infine interrotto su istanza delle parti il 29 gennaio 2020.

⁵⁴ Cfr. la prassi recente richiamata da NOWROT, *Termination* cit., p. 248.

te «non possono fungere da base giuridica per un Nuovo Procedimento Arbitrale»,⁵⁵ non contemplando, a differenza di quanto previsto per gli arbitrati «pendenti», una disciplina transitoria. Dal punto di vista del diritto internazionale, la distinzione proposta dall'accordo tra arbitrati «pendenti» e arbitrati «nuovi» pare in verità irrilevante, essendo essa basata sulla data critica di adozione di una decisione (la sentenza *Achmea*) di esclusiva rilevanza interna all'ordinamento dell'Unione.⁵⁶ Tutti gli arbitrati iniziati e non ancora conclusi alla data di estinzione degli accordi bilaterali sui quali si basa la competenza dei tribunali arbitrali possono, pertanto, definirsi pendenti ai fini della questione, di diritto internazionale, delle possibili conseguenze retroattive dell'atto consensuale di estinzione.

È il caso di aggiungere però che per gli arbitrati iniziati prima della data di *Achmea* (gli arbitrati «pendenti» nella prospettiva dei 23 Stati membri), l'accordo non si spinge, come per gli arbitrati «nuovi», al punto di dichiarare *ex tunc* l'inefficacia delle clausole compromissorie già attivate. Per gli arbitrati «pendenti», infatti, l'accordo si limita ad offrire la procedura transitoria del facilitatore imparziale e del ricorso alle corti nazionali quale alternativa all'arbitrato che, nell'ottica degli Stati membri, è destinato ad essere dismesso per decisione degli stessi tribunali – alla cui competenza gli Stati dovranno, in virtù dell'accordo, opporre l'eccezione *Achmea*⁵⁷ –, ovvero a non produrre effetti in sede di riconoscimento e/o esecuzione di un eventuale lodo. Rispetto a questi arbitrati «pendenti», dunque, non sembra che l'accordo pretenda di produrre effetti estintivi retroattivi,

⁵⁵ Così l'art. 5 dell'accordo.

⁵⁶ Sulla irrilevanza «esterna» della sentenza *Achmea* si sono unanimemente pronunciati diversi tribunali arbitrali. Cfr. *supra*, nota 5. V. in particolare, da ultimo, *Eskosol* cit., par. 178-186. L'eventuale rilevanza esterna potrebbe riconoscersi solo laddove si ipotizzasse, come nel caso richiamato, l'invalidità della clausola compromissoria (nel caso di specie l'art. 26 della Carta europea dell'energia) ai sensi dell'art. 46 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che codifica la causa di invalidità derivante dalla violazione manifesta di una norma di diritto interno di importanza fondamentale (il diritto dell'Unione nel nostro caso, che è diritto interno per gli Stati membri, come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*). È solo in tal caso – comunque escluso dalla pronuncia richiamata (*ivi*, par. 188 ss.) – che la data di adozione della sentenza *Achmea* potrebbe rilevare come data critica per definire un procedimento iniziato successivamente all'adozione della sentenza come «nuovo» ai fini del diritto internazionale. Peraltro, sempre nel caso *Eskosol*, il tribunale ha precisato che, quand'anche si trattasse di invalidità *ex art. 46*, gli eventuali effetti invalidanti della sentenza *Achmea* non potrebbero travolgere gli arbitrati pendenti (iniziati prima dell'adozione della decisione). Ciò in virtù della regola codificata all'art. 69 par. 2 lett. *b*, ai sensi del quale sono fatti salvi gli effetti degli atti eseguiti in buona fede prima che venisse invocata la nullità (*ivi*, par. 204-206). Sulla decisione in esame v. SAVARESE, *Gli argomenti europei* *contra arbitratum* cit., p. 515 ss.

⁵⁷ Eccezione che sarà verosimilmente respinta dai tribunali arbitrali, in linea con l'orientamento finora seguito rispetto alle questioni di compatibilità tra clausole compromissorie e ordinamento dell'Unione. Cfr. *supra* n. 5, e *infra*.

sebbene, come vedremo nel paragrafo che segue, esso potrebbe sollevare comunque dei problemi rilevanti dal punto di vista della possibile violazione da parte degli Stati membri di obblighi derivanti da accordi multilaterali quale la convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID.

Premesso ciò, occorre interrogarsi sugli effetti, ai sensi del diritto internazionale, di una simile pretesa di retroattività con riguardo ai procedimenti arbitrali iniziati dopo la sentenza *Achmea* e ancora pendenti (gli arbitrati «nuovi» secondo l'accordo).

In via preliminare, non si può non rilevare che se, come osservato, la dottrina ancora dibatte circa gli effetti dell'estinzione consensuale sulle clausole di caducità, sembra essere invece ampiamente accolta la tesi per cui l'estinzione consensuale di un accordo bilaterale non pregiudica la competenza del tribunale attivata prima dell'estinzione.⁵⁸ La giurisprudenza arbitrale post-*Achmea* non si è ancora ritrovata dinanzi a un caso di estinzione consensuale che pretende di travolgere arbitrati pendenti, sebbene, come vedremo, sia possibile dedurre qualche indicazione incidentale e la questione è senz'altro destinata ad impegnare i tribunali a fronte dell'entrata in vigore dell'accordo.

A nostro avviso, un limite a un'estinzione per mutuo consenso che intenda esplicitare i suoi effetti anche su controversie tra Stati e individui pendenti dinanzi a tribunali internazionali si ritrova chiaramente solo sul piano convenzionale, e limitatamente agli arbitrati ICSID, all'art. 25 della citata convenzione di Washington, ai sensi del quale, tra l'altro, «[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally».⁵⁹ Al riguardo, è agevole osservare come, per gli arbitrati ICSID pen-

⁵⁸ Cfr. ad es. BINDER, *A Treaty Law Perspective* cit., p. 981-982; e GATTINI, *Jurisdiction ratione temporis* cit., p. 158. Per la visione opposta cfr. ROBERTS, *Triangular Treaties* cit., p. 414: «investment tribunals may be reluctant to give up their jurisdiction with respect to previously filed disputes. However, the hybrid public/private default rules developed here suggest that this is the course they should adopt if so required by the treaty parties. If they fail to do so, their decisions could be reviewed by national courts for excess of jurisdiction or by annulment committees for manifest excess of powers».

⁵⁹ Limiti analoghi si ritrovano chiaramente anche negli ordinamenti interni, che potrebbero venire in rilievo nel caso di arbitrati non amministrati dall'ICSID, ma da strumenti internazionali che regolano l'arbitrato commerciale internazionale (come ad esempio le regole UNCITRAL) e che assoggettano l'arbitrato al diritto dello Stato della sede. Nei casi in cui la possibilità di attivare questo tipo di arbitrato non origini in un contratto di investimento (ipotesi fatta salva dalla Corte di giustizia in *Achmea*, né rientrante nell'ambito di applicazione dell'accordo qui in esame), ma da un trattato bilaterale sugli investimenti, per tali meccanismi arbitrali si pone il problema della rilevanza delle sorti del trattato – regolate dal diritto internazionale – sulla giurisdizione del tribunale arbitrale. A noi sembra che nel caso di arbitrati regolati dal diritto di uno Stato membro parte dell'accordo, ad incidere sulla giurisdizione non potrà che essere l'accordo stesso (che per l'arbitro andrà a costituire il diritto «interno» rilevante), ovvero, eventualmente, il diritto internazionale generale che l'arbitro

denti, non sarà difficile per i tribunali escludere gli effetti retroattivi che l'accordo pretende di esplicitare. Non essendo possibili, né deducibili dal testo dell'accordo, deroghe *inter se* del principio di cui all'art. 25,⁶⁰ un esito contrario sarebbe forse concepibile solo se gli Stati membri avessero provveduto a denunciare la convenzione di Washington.⁶¹

Sul piano del diritto internazionale generale, invece, tale limite non si palesa in maniera inequivocabile. È vero che la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, spesso invocata a questo proposito, ha confermato a più riprese il principio per cui, una volta attivata, la competenza di un tribunale internazionale non è pregiudicata dalla successiva cessazione degli effetti della base convenzionale su cui è fondata, riconoscendo così la *perpetuatio iurisdictionis*.⁶² Ciò pare costituire espressione del principio di cui al richiamato art. 70, par. 1 (b) della convenzione di Vienna, che conserva i diritti, gli obblighi o le situazioni giuridiche venutesi a creare in esecuzione del trattato prima della cessazione dei suoi effetti.⁶³ Tuttavia, se limitata ad una analisi impostata sul diritto dei trattati, questa giurisprudenza non è direttamente rilevante nel nostro caso. Il principio in esame è stato ribadito dalla Corte nel contesto di controversie che, ovviamente, non coinvolgono individui e Stati. Ciò ha delle implicazioni significative. Il mutuo consenso all'estinzione, come abbiamo visto, non incontra particolari limiti nel diritto internazionale e l'irretroattività degli effetti estintivi è soggetta al principio di autonomia delle parti codificato all'art. 70 della

dovesse ritenere rilevante (v. *infra*). Per gli arbitrati assoggettati al diritto di uno Stato terzo si tratterà di vedere se i tribunali arbitrali valorizzeranno la dimensione puramente interna (riconoscendo la giurisdizione mediante l'applicazione dei principi di diritto nazionale che non consentono la revoca unilaterale del consenso all'arbitrato), ovvero quella internazionale, che guarda alla sorte del trattato bilaterale sottostante all'arbitrato. Sulle differenze tra gli arbitrati ICSID e non-ICSID istituiti sulla base di trattati bilaterali di investimento, cfr. SACERDOTI, *Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards*, in *ICSID Rev.*, 2004, p. 1 ss.

⁶⁰ V. più diffusamente *infra*, par. 6. In generale, sulla possibilità di deroghe *inter se* di alcune componenti dell'art. 25, v. FONTANELLI, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration*, Leiden-Boston, 2018, p. 11 ss.

⁶¹ Per gli ulteriori problemi che solleva il recesso dalla Convenzione ICSID v. BUSCEMI, MAROTTI, *Obblighi procedurali* cit., pp. 972-974.

⁶² Cfr. *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, *ICJ Reports*, 2016, p. 115, par. 31: «even if the treaty provision by which jurisdiction is conferred on the Court ceases to be in force between the applicant and the respondent ..., after the application has been filed, that fact does not deprive the Court of jurisdiction». La Corte in questo caso si è richiamata al *dictum* di cui al più risalente caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, *ICJ Reports*, 1953, p. 123 «[a]n extrinsic fact such as the subsequent lapse of the Declaration, by reason of the expiry of the period or by denunciation, cannot deprive the Court of the jurisdiction already established».

⁶³ Cfr. BUSCEMI, MAROTTI, *Obblighi procedurali* cit., p. 963.

convenzione di Vienna. Si tratta di una mera presunzione relativa superabile in virtù di una diversa volontà delle parti. Inoltre, è il caso di ribadire, l'art. 70 non si preoccupa di salvaguardare i diritti acquisiti da individui in forza del trattato, come ad esempio il diritto a ricorrere a un tribunale arbitrale.

Si potrebbe al massimo ritenere che, se l'art. 70 non fa salvo il diritto procedurale al ricorso, esso preserva l'assetto sostanziale creato dalle parti, che include anche la *controversia internazionale* tra l'investitore e lo Stato. Questa controversia non verrebbe meno, non essendo soggetta al principio di autonomia delle parti del trattato nella misura in cui una sua «estinzione» richiederebbe presumibilmente anche il consenso dell'investitore. Potrebbe forse ricondursi a questo ragionamento il richiamo all'art. 70 contenuto in un brano del citato lodo parziale reso in *Eastern Sugar* in cui il tribunale, dopo aver escluso, come già visto, che un'eventuale estinzione potesse travolgere anche la clausola di caducità, ha osservato che «[i]n any event, the dispute before the Arbitral Tribunal arose before the Czech Republic's accession to the European Union [ovverosia prima della presunta estinzione dell'accordo] and could not have been affected if the BIT had been terminated after that. This is in harmony with Art. 70 Subs. 1 of the Vienna Convention».⁶⁴ Tuttavia, questo passaggio non fornisce ulteriori indicazioni e resta incerta la possibile rilevanza dell'art. 70 in questo contesto.

Non è agevole trovare ulteriori appigli nel diritto internazionale generale che consentano di porre un limite al consenso espresso degli Stati di terminare arbitrati pendenti in cui individui siano parti attrici. In *Eastern Sugar*, come visto, il tribunale ha ritenuto scontata l'irretroattività, ancorandola al principio dell'art. 70. Nel più recente caso *Eskosol*, si percepisce invece uno sforzo maggiore da parte del tribunale per giustificare la necessaria irretroattività di una eventuale estinzione consensuale. Arrivando a ipotizzare che la dichiarazione del 2019 degli Stati membri potesse aver prodotto l'effetto estintivo invocato dallo Stato convenuto, il tribunale ha escluso di poter accettare che «it should be given retroactive effect to require the termination of a pending arbitration, initiated in good faith by an investor years before the Declaration was issued, and indeed already *sub judice* as of its issuance». La ragione principale di un simile rilievo risiede principalmente, e pacificamente, nell'art. 25 della convenzione ICSID (che governa l'arbitrato, istituito sulla base della Carta dell'energia, nel caso di specie). Infatti, come giustamente rilevato, «[g]iving it such effect in a

⁶⁴ *Eastern Sugar*, cit., par. 177.

pending case would go against the security of the legal order intended to be achieved by Article 25(1) of the ICSID Convention, namely that “[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”».

A questo punto, però, il tribunale ha motivato ulteriormente tale conclusione con riferimento a principi di diritto generale e alle caratteristiche «formali» del presunto atto di estinzione: «The [Energy Charter Treaty] itself contains protections against revocation of specific assurances provided to investors, through the concept of *legitimate expectations* embodied in fair and equitable treatment. In the Tribunal’s view, it would be inconsistent with *general notions of acquired rights under international law* to permit States effectively to non-suit an investor part-way through a pending case, *simply by issuing a joint document* purporting to interpret long-standing treaty text so as to undermine the tribunal’s jurisdiction to proceed. Such a result would be particularly inappropriate to condone, where *the express words of the joint document* reveal that the signatories themselves do not believe the treaty has yet been terminated, but simply plan to “discuss without undue delay whether any additional steps are necessary” to achieve the desired result».⁶⁵

Questo brano può essere scomposto in due parti. In primo luogo, figurano i richiami a principi generali delle legittime aspettative e della protezione dei diritti acquisiti. Si tratta di nozioni ampiamente accolte nel diritto internazionale degli investimenti⁶⁶ che, tuttavia, non ci risultano pacificamente applicabili alle azioni che gli Stati parte di un accordo intraprendono congiuntamente nell’esercizio delle loro prerogative in qualità di «masters of their treaties». I principi in questione, infatti, rilevano generalmente rispetto a condotte unilaterali *domestiche* degli Stati ospiti degli investimenti e non anche rispetto a condotte tenute congiuntamente ad altri Stati nell’esercizio del potere di *gestione* del loro trattato. Come già osservato con specifico riguardo ai diritti acquisiti, non è affatto scontato che tali principi costituiscano un limite alla potestà degli Stati di disporre (interpre-

⁶⁵ *Eskosol*, cit., par. 226 (corsivi aggiunti). Sul passaggio in questione, in senso adesivo, v. SAVARESE, *Gli argomenti europeisti contra arbitratum* cit., pp. 29-30.

⁶⁶ Cfr. *ex multis* PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, The Hague, 2018, p. 85 ss.; POTESTÀ, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, in *ICSID Rev.*, 2013, p. 88 ss.; più in generale, sulle legittime aspettative nel diritto internazionale, v. BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge, 1999, p. 106 ss.

tando, modificando, estinguendo), anche con effetti retroattivi su arbitrati pendenti, dei propri trattati.⁶⁷

D'altro canto, lo stesso tribunale in *Eskosol*, nella seconda parte del brano riportato, si preoccupa di insistere anche sulla «forma» o «modalità» dell'estinzione quale elemento decisivo («simply by issuing a joint document», «the express words of the joint document»), lasciando forse intendere che in presenza di forme «appropriate» l'esito non sarebbe stato così scontato. Come abbiamo osservato, l'atto fatto valere dallo Stato convenuto consisteva, nel caso di specie, nella mera dichiarazione del 2019, dei cui effetti estintivi e retroattivi si può legittimamente dubitare.⁶⁸ Ma se si fosse trattato di un accordo formale, quale l'accordo di cui qui discutiamo, in cui l'effetto estintivo e retroattivo è fuori discussione, a parte il limite convenzionale dell'art. 25 della convenzione di Washington, sarebbe stato più complesso argomentare esclusivamente sulla base di principi generali la cui applicabilità alle ipotesi in esame è tutt'altro che pacifica.

Ciò detto, occorre ammettere che l'idea secondo cui gli effetti retroattivi su arbitrati pendenti di un'estinzione consensuale potrebbero difficilmente incontrare dei limiti nel diritto internazionale generale si basa su una visione prettamente «consensualistica» del diritto internazionale. Questa visione si fonda sul presupposto teorico che i tribunali internazionali possano essere concepiti alla stregua di meri strumenti o appendici degli Stati, i quali potrebbero incidere *ad libitum* sul loro funzionamento intervenendo direttamente e congiuntamente sul trattato che li istituisce o gli attribuisce la giurisdizione. Si tratta però di una impostazione estremamente limitata. I tribunali internazionali, oltre ad essere «creature» degli Stati, costituiscono altresì uno strumento delle parti in causa demandato all'esercizio autonomo e indipendente della funzione giurisdizionale. In questo senso si potrebbe ritenere che, a prescindere dal fatto che si tratti di controversie tra Stati o tra individui e Stati, ciò che conta, ai fini del problema qui prospettato, è la qualità di parte dinanzi a un organo con funzione giurisdizionale. A venire in rilievo, dunque, non sarebbe tanto il diritto dei trattati, che in linea di principio non viene in soccorso alla parte individuale attrice, quanto la natura dei principi generali che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale e che sono volti a tutelare tanto le parti del processo, quanto

⁶⁷ Oltre alla bibliografia citata *supra* (nota 37), v. anche ROBERTS, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, in *Am. Journ. Int. Law*, 2010, p. 215 s. (con riguardo alle interpretazioni congiunte vincolanti e retroattive e con riferimenti anche all'*estoppel* e alla buona fede).

⁶⁸ Ma v. la recente opinione dissidente di Kohen in *Theodoros Adamakopoulos and Others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Statement of Dissent of Professor Marcelo G. Kohen, 7 febbraio 2020, par. 52 ss.

l'integrità stessa della funzione.⁶⁹ Principi quali quello della *perpetuatio iurisdictionis* rispondono infatti anche all'esigenza di salvaguardare la funzione giurisdizionale, nel senso che un tribunale non potrebbe rinunciare all'esercizio della giurisdizione per una decisione retroattiva degli Stati parte del trattato. Altrimenti, la stessa autonoma funzione giurisdizionale, che gli Stati in origine avevano deciso di attribuirgli, ne verrebbe snaturata, nella misura in cui questa, nel caso di controversie interstatali, finirebbe per essere *dipendente* dalla mera volontà degli Stati-parti in causa, ovvero, nel caso dell'arbitrato tra investitore e Stato, finanche di una sola parte. Si potrebbe certo sostenere che gli Stati sono liberi di rinnegare *ex tunc* la funzione giurisdizionale che avevano in origine attribuito al tribunale. Ma nel momento in cui tale funzione gli viene attribuita e viene attivata con un ricorso, essa risponde a taluni principi che forse sfuggono alla derogabilità (con effetti retroattivi) da parte degli Stati.

Questa idea si ricollega alla dottrina dei limiti inerenti alla funzione giurisdizionale, spesso invocati nella giurisprudenza internazionale. Come già rilevato dalla Corte internazionale di giustizia nel 1963, «[t]here are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character. The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity».⁷⁰ Questi limiti, che derivano «from the mere existence of the Court as a judicial organ established by the consent of States»,⁷¹ non sono solo di tipo negativo, nel senso che un tribunale non può pronunciarsi nell'esercizio di una funzione che non sia giurisdizionale. Essi sono anche di tipo positivo, nel senso che, proprio in virtù della funzione giurisdizionale cui sono demandati, i tribunali dovrebbero continuare agire in qualità di organi giurisdizionali ove questa qualità rischi di essere messa in discussione. Nel nostro caso, la *perpetuatio iurisdictionis* potrebbe allora intendersi proprio come un limite positivo inerente alla funzione giurisdizionale che i tribunali potrebbero riconoscere *in quanto tribunali*, respingendo così la pretesa degli Stati di estinzione retroattiva con effetti

⁶⁹ Cfr. da ultimo i rilievi di CRESPI REGHIZZI, *Domande riconvenzionali davanti alla Corte internazionale di giustizia: l'ordinanza del 15 novembre 2017 nel caso delle Pretese violazioni di sovrani e spazi marini nel Mare dei Caraibi (Nicaragua c. Colombia)*, in *Riv. dir. int.* 2018, p. 486 ss., spec. p. 506 s.

⁷⁰ Cfr. *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, sentenza del 2 dicembre 1963, *ICJ Reports*, 1963, p. 29.

⁷¹ Cfr. *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, sentenza del 20 dicembre 1974, *ICJ Reports*, 1974, par. 23.

sugli arbitrati pendenti. Piuttosto che appellarsi al diritto dei trattati, e in particolare all'art. 70, la cui rilevanza per questo problema resta incerta, i tribunali dovrebbero giustificare la continuità della giurisdizione – nonostante l'accordo – invocando i limiti inerenti (positivi) alla natura «giurisdizionale» della loro funzione.

Resta inteso che i tribunali conservano un margine di discrezionalità in ordine all'esercizio della giurisdizione nel caso qui prospettato. Essi potrebbero infatti ritrovarsi a dover bilanciare l'esigenza di preservare la loro natura giurisdizionale, riconoscendo la *perpetuatio iurisdictionis*, con altre esigenze che pure sottendono all'esercizio della funzione giurisdizionale internazionale. Tra queste esigenze rileva, in particolare, il rischio che un'eventuale pronuncia si riveli *inutiliter data*, laddove i suoi effetti dipendessero dal riconoscimento da parte di corti nazionali vincolate dall'accordo.

Non è dato prevedere se i tribunali arbitrali valorizzeranno le considerazioni testé svolte. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza arbitrale richiamata, ci sembra comunque remota l'eventualità che i tribunali possano essere disposti a declinare passivamente la competenza già attivata in virtù dell'atto retroattivo di estinzione. Il problema, come rilevato, si porrà piuttosto con riguardo alle corti nazionali presso le quali si chiederà il riconoscimento o l'esecuzione dei lodi eventualmente resi.⁷² In particolare, è lecito aspettarsi che le corti nazionali degli Stati membri possano essere disposte a negare il riconoscimento o l'esecuzione di lodi resi in contrasto (nella prospettiva del diritto dell'Unione) con l'accordo che, a sua volta, si propone di attuare gli obblighi di diritto dell'Unione come interpretati dalla sentenza *Achmea*. Meno scontato appare invece un simile esito con riguardo a procedimenti relativi a lodi arbitrali attivati dinanzi a corti nazionali di Stati terzi, le quali potrebbero ritrovarsi a dover affrontare, per la prima volta, proprio la questione della legittimità dell'estinzione retroattiva di arbitrati pendenti alla luce del diritto internazionale al fine di riconoscerne o negarne gli effetti.

Non va peraltro sottovalutato un dato importante, di cui tanto i tribunali arbitrali, quanto eventualmente le corti nazionali di Stati terzi potrebbero

⁷² Cfr. la nota curata da Cleary Gottlieb, *Most EU Member States Agree To Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, 7 maggio 2020, p. 4. Sui problemi dell'esecuzione dei lodi resi sulla base di trattati bilaterali intraeuropei, con particolare riguardo alla c.d. saga *Micula* (che ha visto coinvolte, tra l'altro, corti inglesi e americane), cfr. *ex multis* WEHLAND, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond*, in *Journ. World Investment & Trade*, 2016, p. 942 ss.; ZARRA, *The Enforceability* cit. p. 891 ss. Più in generale, SCHEU, NIKOLOV, *The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea*, in *Arb. Int.*, 2020, p. 1 ss.

tenere conto nel tentativo di ricostruire dei limiti di diritto internazionale generale alla possibilità per gli Stati di estinguere consensualmente e retroattivamente trattati internazionali travolgendo altresì gli arbitrati pendenti istituiti sulla base di quei trattati. Se è vero che, ad oggi, non è certa l'esistenza di tali limiti, vista soprattutto l'esiguità della prassi disponibile, è altrettanto vero che lo stesso accordo in esame – unico nel suo genere – potrebbe per certi versi contribuire alla ricostruzione di una regola generale relativa alla questione qui posta. Ciò nella misura in cui i trattati multilaterali «may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them».⁷³

Ebbene, non ci sembra del tutto estranea a questo fine la rilevanza della procedura transitoria (del possibile ricorso al facilitatore imparziale ovvero alle corti nazionali) che l'accordo appresta per i soli arbitrati che esso definisce «pendenti» (promossi prima della sentenza *Achmea*). A prescindere dalla appropriatezza di tali procedure transitorie, il semplice fatto che gli Stati membri si siano premurati di non disporre retroattivamente il travolgimento di tali procedimenti può essere indicativo dell'accettazione dell'idea per cui non sarebbe legittimo inficiare gli arbitrati pendenti senza offrire almeno una alternativa transitoria alle parti attrici (gli investitori) in causa. Si potrebbe certo ribattere che una simile disciplina transitoria non è contemplata per i procedimenti arbitrati «nuovi» (promossi dopo la sentenza *Achmea*). Tuttavia, occorre ribadire che la data critica assunta dall'accordo rileva per il solo ordinamento dell'Unione, non anche per quello internazionale. In altri termini, ci sembra che l'estinzione retroattiva degli arbitrati nuovi sia stata disposta dagli Stati membri adottando un'ottica puramente «interna», che ritiene non più perseguibili gli arbitrati iniziati dopo che la Corte di giustizia ne ha sancito l'incompatibilità con l'ordinamento dell'Unione. Ma dal punto di vista del contributo al diritto internazionale generale, una simile ottica non è immediatamente rilevante. A rilevare come possibile contributo per la ricostruzione di limiti di diritto internazionale generale agli effetti estintivi retroattivi su arbitrati pendenti potrebbe essere la sola «prassi» della disciplina prevista per gli arbitrati «pendenti» ai sensi dell'accordo.

6. Un cenno infine meritano le questioni delle possibili conseguenze dell'accordo sul piano dei rapporti tra investitori e Stati membri, nonché tra Stati membri e Stati terzi.

⁷³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports, 1985, p. 29-30 par. 27. Cfr. anche International Law Commission, *Draft conclusions on identification of customary international law*, (Conclusion 11 e relativo commento).

Per quanto sia difficile, alla luce dell'analisi sopra svolta, rintracciare nel diritto internazionale delle forme di protezione per gli investitori eventualmente danneggiati da iniziative congiunte degli Stati parte di un trattato che conferisce loro diritti sostanziali e procedurali, sul piano del diritto interno non è da escludere che simili iniziative possano essere contestate dinanzi a corti interne sul presupposto della violazione delle loro legittime aspettative ai sensi del diritto interno.⁷⁴ Del resto, il principio delle legittime aspettative trova riconoscimento negli ordinamenti degli Stati membri e costituisce un principio ben consolidato anche nell'ordinamento dell'Unione.⁷⁵

Inoltre, può qui essere interessante richiamare un altro possibile profilo sostanziale di «contestabilità» degli effetti dell'accordo, sul piano del diritto dell'Unione, suggerito dalla stessa Corte di giustizia in un contesto analogo a quello di cui stiamo trattando. Nel parere 1/17 sulla compatibilità con i Trattati del sistema di soluzione delle controversie tra investitori e Stati contemplato dall'accordo economico e commerciale globale tra Unione europea e Canada (c.d. CETA) la Corte si è occupata, tra l'altro, dei profili di compatibilità con i trattati della procedura di cui all'art. 8.31, par. 3 del CETA che, al pari di numerosi altri accordi sugli investimenti, riconosce al Comitato misto CETA (organo composto dai rappresentanti delle parti contraenti) di adottare decisioni interpretative vincolanti per il tribunale CETA, decisioni suscettibili di applicarsi retroattivamente a controversie pendenti.⁷⁶ Questo tipo di disposizioni solleva, analogamente al tema di cui qui discutiamo, il problema dei possibili limiti della potestà interpretativa delle parti contraenti, in particolare quando esse pretendono di vincolare tribunali già investiti di una controversia con interpretazioni congiunte dell'accordo, rischiando così di influenzare indebitamente un procedimento pendente in cui una delle parti è convenuta.⁷⁷ Ebbene, se, al pari

⁷⁴ ZHANG, *Mutual Termination* cit. p. 186 ss. ROBERTS, *Triangular Treaties* cit., pp. 413-414: «joint terminations and amendments might ultimately result in domestic law claims being brought by investors against their home states for the expropriation of their legal claims. If so, the permissibility of such claims and the appropriate measure of compensation will depend on domestic, rather than international, law».

⁷⁵ Cfr. i riferimenti in ZHANG, *Mutual Termination* cit., p. 188 ss.

⁷⁶ Parere 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, 30 aprile 2019, par. 232-237. Ai sensi dell'art. 8.31 par. 3 del CETA, «[w]here serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article 8.44.3(a), recommend to the CETA Joint Committee the adoption of interpretations of this Agreement. An interpretation adopted by the CETA Joint Committee shall be binding on a Tribunal established under this Section. The CETA Joint Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date».

⁷⁷ V. *amplius* MAROTTI, *L'interpretazione autentica dei trattati in materia di investimenti*, in *Dir. Comm. Int.*, 2018, p. 673 ss.

dell'estinzione consensuale, il diritto internazionale generale non sembra porre limiti a simili interpretazioni congiunte, la Corte di giustizia ha invece espressamente delimitato tale potere. Secondo la Corte, «è importante, in considerazione del dovere di indipendenza del tribunale del CETA e del tribunale d'appello del CETA, che le interpretazioni stabilite dal comitato misto CETA non producano effetti sul trattamento delle controversie decise o promosse anteriormente a queste interpretazioni. Infatti, se così non fosse, il comitato misto CETA potrebbe esercitare un'influenza sul trattamento di controversie specifiche e quindi partecipare alla procedura ISDS». Ancora, la Corte ha ricollegato questa esigenza di irretroattività al diritto ad un ricorso effettivo in questi termini: «benché questa garanzia di mancanza di effetti retroattivi e di mancanza di effetti immediati sui procedimenti pendenti non sia espressamente prevista dall'articolo 8.31, paragrafo 3, del CETA, occorre rilevare anche in questo caso che il consenso dell'Unione a qualsiasi decisione ex articolo 8.31, paragrafo 3, del CETA dovrà essere conforme al diritto primario dell'Unione e, segnatamente, al diritto a un ricorso effettivo, consacrato dall'articolo 47 della Carta». Pertanto, a giudizio della stessa Corte, «l'articolo 8.31, paragrafo 3, del CETA non può essere interpretato, in considerazione di detto articolo 47, nel senso che autorizzi l'Unione ad accettare decisioni di interpretazione del comitato misto CETA che producano effetti sul trattamento delle controversie decise o pendenti».⁷⁸

Ci sembra insomma che la stessa Corte di giustizia abbia mostrato una certa sensibilità rispetto alla questione della retroattività di iniziative congiunte delle parti contraenti che pretendano di incidere su arbitrati in corso, individuando nel dovere di indipendenza del tribunale e nel diritto a un ricorso effettivo dei limiti all'estensione temporale di interventi congiunti delle parti rispetto al trattato. A nostro avviso, se il ragionamento della Corte vale per le interpretazioni vincolanti, esso dovrebbe valere, a maggior ragione, per atti estintivi come l'accordo che qui esaminiamo.

Non è questa la sede per un esame delle possibili modalità attraverso cui gli investitori potrebbero contestare dinanzi a corti interne gli effetti lesivi dell'accordo, né di un eventuale intervento della Corte di giustizia. È lecito ammettere, però, che laddove il diritto internazionale non dovesse venire in ausilio a eventuali investitori danneggiati dall'estinzione immediata dei trattati sugli investimenti intraeuropei, la strada del diritto interno/dell'Unione, almeno sul piano del riconoscimento di diritti sostanziali,

⁷⁸ Parere 1/17 cit., par. 236-237.

quali le legittime aspettative o il diritto a un ricorso effettivo, meriti di essere esplorata.

Con riguardo alle conseguenze dell'accordo di estinzione sui rapporti tra Stati membri e Stati terzi, può essere interessante tenere conto delle implicazioni derivanti dagli obblighi posti dalla citata convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID. L'accordo del 5 maggio, come osservato, non effettua un discrimine tra i diversi «regimi» entro cui possono collocarsi gli arbitrati tra Stati e investitori stranieri. In questo senso, l'accordo non tiene conto dei possibili problemi di compatibilità (e responsabilità) che esso pone proprio in relazione agli arbitrati ICSID. Come è noto, oltre ad essere incardinati in un sistema convenzionale che prevede diritti di natura procedurale per gli investitori, tali procedimenti si caratterizzano per l'autosufficienza e autonomia rispetto alle corti nazionali. Abbiamo già osservato, a questo proposito, come l'estinzione consensuale con effetti retroattivi su arbitrati ICSID in corso incontri il limite dell'irrevocabilità del consenso all'arbitrato di cui all'art. 25 della convenzione. I tribunali arbitrali non potranno non applicare tale disposizione, neutralizzando così la pretesa estintiva di eventuali Stati membri convenuti. Inoltre, quand'anche gli Stati membri avessero ritenuto, mediante l'accordo, di derogare *inter se* all'art. 25, ciò non sarebbe ritenuto ammissibile dai tribunali, data l'impossibilità di una simile deroga nella misura in cui essa riguarderebbe una disposizione «derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole». ⁷⁹

Problemi ancora più interessanti solleva la compatibilità delle disposizioni dell'accordo con l'art. 54 della convenzione di Washington, in tema di esecuzione dei lodi ICSID. Ai sensi di tale disposizione «[e]ach Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that

⁷⁹ Così l'art. 41(b)(ii) della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Cfr. per ulteriori riferimenti REINISCH, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? — The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *Journ. Int. Econ. Law*, 2016, p. 761 ss. Si noti che l'art. 41 lett. b punto i prevede una ulteriore e cumulativa condizione per l'ammissibilità delle deroghe *inter se* di un trattato multilaterale non espressamente vietate dallo stesso, vale a dire la condizione che la modifica «does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations». Non sembra che una simile condizione possa ritenersi non rispettata nel caso di una modifica *inter se* dell'art. 25. Ciò in quanto ci sembra da escludere che il principio dell'irrevocabilità del consenso integri di per sé un obbligo *erga omnes partes* tale per cui al suo adempimento possano ritenersi «interessate» tutte le altre parti contraenti della convenzione di Washington. Si tratta infatti di una norma chiaramente rivolta alle reciproche posizioni delle parti del procedimento arbitrale.

award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State». La norma costituisce espressione del carattere autosufficiente dell'arbitrato ICSID, nel senso che, oltre a non essere suscettibili di impugnativa dinanzi al giudice nazionale *ad quem*,⁸⁰ i lodi resi ai sensi della convenzione *devono* essere riconosciuti ed eseguiti dagli Stati parte, previa la sola verifica dell'autenticità del lodo e salvi i limiti posti dall'immunità degli Stati dall'esecuzione.⁸¹ Le corti nazionali competenti potrebbero dunque ritrovarsi a violare tali disposizioni ove decidessero di dare seguito alla richiesta, che gli Stati membri sono obbligati ad avanzare ai sensi dell'accordo del 5 maggio, «di astenersi dal riconoscer[e] [un lodo ICSID] e darvi esecuzione» (art. 7 (b) dell'accordo). Abbiamo già osservato come il problema si porrà soprattutto per le corti degli Stati membri, dato che difficilmente le corti di Stati terzi potranno essere disposte a violare la convenzione di Washington in virtù di un altro accordo internazionale che non le vincola.

In ogni caso, una eventuale violazione dell'art. 54 della convenzione, pur commessa per rispettare gli obblighi derivanti dall'accordo, rischia di costituire una violazione di obblighi *erga omnes partes* che esporrebbe gli Stati membri a una responsabilità internazionale nei confronti degli Stati terzi parte della convenzione. Una simile responsabilità potrebbe inoltre essere accertata dalla Corte internazionale di giustizia a fronte di un possibile ricorso di tali Stati esperito sulla base della clausola compromissoria, ad oggi mai invocata, inclusa all'art. 64 della convenzione di Washington.⁸² Che quest'ultima incorpori anche⁸³ obblighi di natura *erga omnes*

⁸⁰ I lodi ICSID sono infatti soggetti ai solo rimedi interni al sistema convenzionale. Cfr. *ex multis MINE v. Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 dicembre 1989, par. 4.02: «The post-award procedures (remedies) provided for in the Convention, namely, addition to, and correction of, the award (Art. 49), and interpretation (Art. 50), revision (Art. 51) and annulment (Art. 52) of the award are to be exercised within the framework of the Convention and in accordance with its provisions. It appears from these provisions that the Convention excludes any attack on the award in national courts. The award is final in that sense. It is also final in the sense that even within the framework of the Convention it is not subject to review on the merits. It is not final, on the other hand, in the sense that it is open to being completed or corrected, interpreted, "revised" or "annulled"».

⁸¹ Limite, quest'ultimo, espressamente previsto all'art. 55 della convenzione.

⁸² «Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement». La possibilità che la Corte si pronunciasse per violazioni di obblighi *erga omnes partes* è stata riconosciuta nella sentenza del 20 luglio 2012 resa nel caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *ICJ Reports* 2012, par. 68. Come ha osservato la Corte, con riferimento agli obblighi derivanti dalla Convenzione contro la tortura, «[a]ll the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are

partes è oggetto di discussione e la prassi non fornisce ancora elementi decisivi. Tuttavia, ci sembra prevalente la tesi positiva. Come è stato autorevolmente osservato: «[a]ny party to the Convention has a clear legal interest in seeing its provisions observed, whether or not its immediate interests or those of its nationals are affected. Failure by Contracting States to comply with awards, or to recognize and enforce awards as required by the Convention, are violations of the Convention which endanger the achievement of its purposes and the security of investments made in reliance on ICSID arbitration agreements. Hence each Contracting State may, as Article 64 provides, bring alleged violations before the Court for a declaratory judgment and, where the applicant has suffered material injury, for an award of damages».⁸⁴

Una simile posizione in relazione all'art. 54 della convenzione è stata peraltro ripresa anche nell'ambito della decisione del 27 luglio 2018 resa dalla Corte d'appello inglese relativa alla c.d. saga *Micula*, che ha fatto emergere proprio il problema dell'esecuzione di lodi ICSID resi sulla base di trattati sugli investimenti intraeuropei. In quella sede, è significativa

owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved... These obligations may be defined as "obligations *erga omnes partes*" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. [...] The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party... [A]ny State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*».

⁸⁵ Sulla difficoltà di configurare il divieto di ritiro unilaterale del consenso di cui all'art. 25 alla stregua di un obbligo *erga omnes partes*, v. *supra*, nota 79. Per la tesi che esclude una simile configurazione anche con riguardo all'art. 53 della Convenzione, v. *infra*, nota 84.

⁸⁴ BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, t. 136), 1972, pp. 379-380. Nello stesso senso anche SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, 2009, p. 1109, 1125 e 1261. V. anche SHANY, *Sources and Enforcement of International Law. What Norms do International Law-Enforcement Bodies Actually Invoke?*, in BESSON, D'ASPREMONT (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, 2017, p. 801; e BENTOLILLA, *Arbitrators as Lawmakers*, Alphen aan den Rijn, 2017, par. 205-206, la quale però esclude che il carattere *erga omnes* possa riconoscersi anche all'obbligo di cui all'art. 53 che sancisce la vincolatività del lodo e impone alle parti della controversia di adempiervi. Più scettico MIZUSHIMA, *the Role of State after an Award is Rendered in Investor-State Arbitration*, in LALANI, POLANCO LAZO (ed.), *The Role of State in Investor-State Arbitration*, Leiden-Boston, 2015, p. 292, secondo il quale «it seems still too early to say that, outside the framework of diplomatic protection, the role of the State in the implementation of investment arbitral awards through an inter-State procedure has been established under international law». Per una efficace ricostruzione del dibattito, v. SALUZZO, *La natura erga omnes partes degli obblighi derivanti dalla Convenzione ICSID e il rapporto con il diritto dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 883 ss., spec. pp. 899-904.

l'opinione concorrente di Lady Justice Arden, la quale ha messo in rilievo il dato per cui «as a matter of the law of England and Wales the obligations which the UK owes under the ICSID Convention are not owed solely to the states which are parties to the BIT, but also to the other states which can bring a claim to establish what its obligations are, as can be done under Article 64 ICSID».⁸⁵ Tale approccio è stato infine confermato dalla Corte suprema del Regno Unito che, nell'ambito del medesimo caso, ha recentemente riconosciuto, attraverso un esame della struttura e dei lavori preparatori della convenzione di Washington, la natura *erga omnes partes* dell'obbligo di cui all'art. 54 della convenzione.⁸⁶

Quello di un possibile ricorso alla Corte internazionale di giustizia di Stati terzi parte della convenzione di Washington costituisce insomma uno scenario possibile, anche se non è dato oggi prevedere quanto possa essere realistico. Appare evidente, però, come anche una simile possibilità contribuisca non poco a rendere controversi i profili applicativi dell'accordo per ciò che attiene ai rapporti tra Stati membri e Stati terzi.

7. Nell'analisi che precede abbiamo messo in rilievo i tratti salienti dell'accordo del 5 maggio, muovendo dal presupposto che esso rilevi non solo dal punto di vista dei rapporti tra arbitrato sugli investimenti e ordinamento dell'Unione europea, inserendosi in quel contesto conflittuale palesato dalla sentenza *Achmea*, ma anche del diritto internazionale generale. L'accordo infatti alimenta, e per certi versi è suscettibile di orientare, dibattiti ampiamente radicati circa la posizione degli investitori (e quindi degli individui) rispetto a diritti che gli Stati gli riconoscono in accordi internazionali. L'estinzione «in blocco» delle clausole di caducità e gli effetti retroattivi che l'estinzione consensuale pretende di produrre sugli arbitrati pendenti costituiscono forse il primo caso effettivo di un intervento congiunto di questo tipo da parte degli Stati. Un simile intervento impegnerà tribunali, internazionali e non, su questioni che ad oggi apparivano solo dibattute in dottrina o oggetto di mere considerazioni incidentali in giurisprudenza.

A prescindere dal modo in cui sarà recepito dalla giurisprudenza, a noi sembra che l'accordo sia in linea con il diritto internazionale generale vi-

⁸⁵ Court of Appeal (Civil Division), *Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill s.r.l., S.C. Multipack s.r.l., (claimants/appellants) v. Romania (defendant/respondent) and European Commission (intervener)*, [2018] EWCA CIV 1801. Per ulteriori riferimenti, cfr. ZARRA, *The Enforceability* cit., pp. 909-911.

⁸⁶ Cfr. UK Supreme Court, *Micula and others v. Romania*, [2020] UKSC 5, sentenza del 19 febbraio 2020, paragrafi 104-108. In argomento, SALUZZO, *La natura erga omnes partes* cit., p. 899 ss.

gente in tema di conseguenze delle misure congiunte di «gestione» di un trattato adottate dalle parti sui diritti individuali garantiti dal trattato stesso.

Con riguardo all'estinzione delle clausole di caducità, esso non fa altro che confermare il principio secondo cui gli Stati restano i «padroni» dei loro trattati, principio che si traduce, tra le altre cose, nella possibilità di estinguere *liberamente* anche un trattato che attribuisca diritti a individui e che preveda l'ultrattività dei suoi effetti in caso di estinzione. Sotto questo profilo, l'accordo indubbiamente contribuisce ad alimentare anche quella prassi controversa dell'estinzione consensuale «aggravata» delle clausole di caducità, che potrebbe quantomeno lasciar trasparire dei limiti formali a questa libertà degli Stati. Senonché, alla luce del contesto in cui tale prassi si inserisce, ci pare ancora lecito nutrire riserve circa la possibilità che essa sia espressione di una regola generale consolidata o destinata a consolidarsi.

Rispetto all'incidenza sugli arbitrati pendenti degli effetti retroattivi dell'estinzione consensuale, l'accordo solleva maggiori problemi. Se una simile misura pare in linea con il diritto dei trattati, diritto che ad oggi non contempla dei limiti neanche rispetto a tale possibilità, essa sarà a nostro avviso quella più suscettibile di scontrarsi con i tribunali arbitrali. Questi ultimi si ritroveranno verosimilmente a negarne gli effetti invocando, oltre che i limiti di carattere convenzionale nel caso dell'arbitrato ICSID, principi generali quali le legittime aspettative o i diritti acquisiti. Tuttavia, la rilevanza di tali principi rispetto a misure di questo tipo è quanto meno discutibile, così come discutibile è la loro eventuale idoneità a sorpassare un atto consensuale degli Stati. Più convincente ci pare invece il ragionamento che oppone alla pretesa estintiva retroattiva un limite inerente «positivo» alla funzione giurisdizionale, di cui il principio della *perpetuatio iurisdictionis* è espressione. Ad ogni modo, pur ammettendo il travolgimento di arbitrati pendenti, l'accordo stesso potrebbe al contempo contribuire alla definizione di possibili limiti agli effetti retroattivi su arbitrati pendenti, nella misura in cui esso possa risultare espressione dell'esigenza, avvertita dagli Stati parte con riguardo agli arbitrati «pendenti», che gli effetti estintivi siano comunque accompagnati dalla previsione di una procedura transitoria che tenga conto della posizione delle parti attrici in causa.

Beninteso, il rilievo per cui nel diritto internazionale generale sia estremamente complesso rinvenire limiti a interventi degli Stati del tipo qui in esame non vale a sostenere che l'applicazione dell'accordo non presenterà significativi profili di criticità, soprattutto in termini di compatibilità con lo stesso diritto dell'Unione e con la convenzione di Washington. Re-

sta da vedere se tali profili potranno effettivamente emergere nella giurisprudenza interna o internazionale.

ABSTRACT: On 5 May 2020, 23 Member States signed the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, providing for the termination of all Intra-EU BITs concluded between the parties. The Termination Agreement, which entered into force on 29 August 2020, represents the last step taken by Member States to comply with the European Court of Justice ruling in the Achmea judgment, where the Court found investor-State arbitration based on BITs incompatible with EU treaties. This paper discusses a number of issues arising out of the Termination Agreement. After illustrating its scope and content, the paper focuses on its most controversial aspects, namely the termination of BITs together with the sunset clauses therein contained, and the impact of the Agreement on pending arbitration proceedings. It is argued that while the Agreement seems to be in line with the general international law on treaty termination, its impact on pending proceedings is likely to be problematic according to the general principles regulating the judicial function in international law. Moreover, the paper analyses the controversial implications stemming from the Agreement in terms of the relations between Member States parties to the Agreement and third parties to the ICSID Convention, as well as its impact on investors' position under international and domestic law.