

Antonio Briguglio

---

**ACHMEA AND THE DAY AFTER  
ACHMEA**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## I) EUROPEA

### Sentenze annotate

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (Grande Sezione), sentenza pregiudiziale 6 marzo 2018, C-284/16 - LENAERTS *Pres.*; TIZZANO *Est.*; WATHELET *Avv. gen.*; Slowakische Rep. c. Achmea BV.

**Arbitrato - Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca - Controversia fra investitore di uno dei due Stati contraenti e l'altro Stato contraente - Scelta arbitrata da parte dell'investitore obbligatoria per lo Stato contraente - Contrasto con gli artt. 267 e 344 TFUE.**

*Gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale concerne l'interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE.

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Slowakische Republik (Repubblica slovacca) e la Achmea BV in merito a un lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 pronunciato dal collegio arbitrale previsto dall'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca (in prosieguo: il « TBI »).

*Contesto normativo*

*Il TBI*

3. Il TBI, concluso nel 1991, è entrato in vigore il 1° gennaio 1992. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, dello stesso, le parti contraenti si sono impegnate a

garantire un trattamento giusto ed equo agli investimenti degli investitori della controparte e a non impedire, con misure irragionevoli o discriminatorie, il funzionamento, la gestione, l'utilizzo, il godimento o la cessione di tali investimenti. Ai sensi dell'articolo 4 del TBI, ciascuna parte contraente garantisce la libertà di trasferimento dei pagamenti relativi a un investimento, compresi gli utili, gli interessi e i dividendi, in valuta liberamente convertibile senza restrizioni o ritardi ingiustificati.

4. L'articolo 8 del medesimo accordo prevede quanto segue:

« 1) Qualsiasi controversia tra una parte contraente e un investitore della controparte relativa a un investimento di quest'ultimo è definita, per quanto possibile, in via amichevole.

2) Ogni parte contraente accetta, con il presente atto, che una controversia ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi a decorrere dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole.

3) Il collegio arbitrale di cui al paragrafo 2 del presente articolo è costituito, per ogni singolo caso, nel seguente modo: ogni parte della controversia designa un arbitro e i due arbitri così designati scelgono insieme un terzo arbitro, cittadino di uno Stato terzo, che svolgerà funzioni di presidente del collegio. Ogni parte della controversia designa il proprio arbitro entro due mesi a decorrere dalla data in cui l'investitore ha notificato alla controparte la sua decisione di sottoporre la controversia a un collegio arbitrale, e il presidente è designato entro un termine di tre mesi a decorrere dalla medesima data.

4) Qualora le designazioni non siano avvenute nei termini suindicati, ogni parte della controversia può invitare il presidente dell'Istituto arbitrale della Camera di commercio di Stoccolma a procedere alle designazioni necessarie. Se il presidente è cittadino di una parte contraente o se si trova nell'impossibilità di esercitare detta funzione per qualsiasi altra ragione, viene invitato a procedere alle designazioni necessarie il vicepresidente. Se il vicepresidente è cittadino di una parte contraente o si trova anch'egli nell'impossibilità di esercitare detta funzione, è invitato a procedere alle designazioni necessarie il membro più anziano dell'Istituto arbitrale che non abbia la cittadinanza di una parte contraente.

5) Il collegio arbitrale stabilisce il proprio regolamento interno in conformità del regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL).

6) Il collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva:

- del diritto vigente della parte contraente interessata;
- delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti;
- delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento;
- dei principi generali del diritto internazionale.

7) Il collegio delibera a maggioranza dei voti; la sua decisione è definitiva e obbligatoria per le parti della controversia ».

#### *Diritto tedesco*

5. Ai sensi dell'articolo 1059, paragrafo 2, della Zivilprozessordnung (codice

di procedura civile), un lodo arbitrale può essere annullato solo se è accertato uno dei motivi di annullamento previsti da tale disposizione, tra i quali figurano la nullità dell'accordo arbitrale in virtù della legge alla quale le parti l'hanno subordinata e la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo arbitrale.

### *Procedimento principale e questioni pregiudiziali*

6. Il 1° gennaio 1993, la Repubblica slovacca è succeduta, in qualità di avente causa della Repubblica federale ceca e slovacca, nei diritti e negli obblighi di quest'ultima ai sensi del TBI e, il 1° maggio 2004, essa ha aderito all'Unione europea.

7. Nel quadro di una riforma del suo sistema sanitario, nel corso del 2004, la Repubblica slovacca ha aperto il mercato slovacco a operatori nazionali e ad operatori di altri Stati che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. La Achmea, un'impresa appartenente ad un gruppo di assicurazioni olandese, dopo aver ottenuto l'autorizzazione in qualità di organismo di assicurazione sanitaria, ha stabilito una filiale in Slovacchia, alla quale ha apportato capitali e per il cui tramite offriva prestazioni di assicurazione sanitaria privata sul mercato slovacco.

8. Nel corso del 2006, la Repubblica slovacca ha revocato parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni sanitarie private. In particolare, con legge del 25 ottobre 2007, ha vietato la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione sanitaria privata. Successivamente, poiché l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale della Repubblica slovacca), con sentenza del 26 gennaio 2011, ha dichiarato che il divieto violava la costituzione slovacca, la Repubblica slovacca ha, con una legge entrata in vigore il 1° agosto 2011, nuovamente autorizzato la distribuzione degli utili di cui trattasi.

9. Ritenendo che le misure legislative della Repubblica slovacca le avessero arrecato pregiudizio, la Achmea ha, sin dal mese di ottobre 2008, avviato contro tale Stato membro un procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 8 del TBI.

10. Poiché è stata scelta come sede dell'arbitrato Francoforte sul Meno (Germania), il diritto tedesco è applicabile al procedimento arbitrale di cui trattasi.

11. Nell'ambito di tale procedimento arbitrale la Repubblica slovacca ha sollevato un'eccezione d'incompetenza del collegio arbitrale. A tale proposito, essa ha sostenuto che, in ragione della sua adesione all'Unione, il ricorso a un collegio arbitrale previsto all'articolo 8, paragrafo 2, del TBI era incompatibile con il diritto dell'Unione. Con lodo arbitrale interlocutorio del 26 ottobre 2010, il collegio arbitrale ha respinto tale eccezione. Le domande di annullamento di tale lodo proposte dalla Repubblica slovacca dinanzi ai giudici tedeschi di primo grado e d'appello non sono state accolte.

12. Con lodo arbitrale del 7 dicembre 2012, il collegio arbitrale ha condannato la Repubblica slovacca a pagare alla Achmea un risarcimento danni per un importo principale di EUR 22,1 milioni. La Repubblica slovacca ha proposto un ricorso di annullamento di tale lodo arbitrale dinanzi all'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunale superiore del Land, Francoforte sul Meno, Germania). Poiché detto giudice ha deciso di respingere il ricorso, la Repubblica slovacca ha proposto un'impugnazione avverso tale decisione dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania).

13. Il giudice del rinvio ricorda che, dall'adesione della Repubblica slovacca all'Unione, il 1° maggio 2004, il TBI costituisce un accordo tra gli Stati membri, con la conseguenza che, in caso di conflitto, le disposizioni del diritto dell'Unione prevalgono, nei settori che disciplinano, sulle disposizioni del TBI.

14. A tale proposito, la Repubblica slovacca ha espresso dubbi in merito alla compatibilità della clausola compromissoria contenuta all'articolo 8 del TBI con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE. Anche se il giudice del rinvio non condivide tali dubbi, esso ha tuttavia considerato che, poiché la Corte non si è ancora pronunciata su tali questioni, che rivestono una notevole importanza a causa dei numerosi trattati bilaterali di investimento ancora in vigore tra gli Stati membri che prevedono una clausola compromissoria analoga, era necessario proporre alla Corte il presente rinvio al fine di dirimere la controversia di cui è investito.

15. In primo luogo, il giudice del rinvio dubita dell'applicabilità stessa dell'articolo 344 TFUE. Innanzitutto, risulterebbe dall'oggetto e dalla finalità di tale disposizione che, sebbene il suo tenore letterale non lo faccia emergere chiaramente, quest'ultima non riguarda le controversie tra un privato e uno Stato membro.

16. Inoltre, l'articolo 344 TFUE riguarderebbe unicamente le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati. Orbene, ciò non avverrebbe nella controversia di cui al procedimento principale, dal momento che il lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 è stato adottato sulla base del solo TBI.

17. Infine, l'articolo 344 TFUE avrebbe lo scopo di garantire l'ordine delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto e sarebbe, al tempo stesso, una specifica espressione del dovere di lealtà degli Stati membri nei confronti della Corte, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Tuttavia, non se ne potrebbe dedurre che l'articolo 344 TFUE tutela la competenza della Corte per quanto riguarda tutte le controversie in cui il diritto dell'Unione può essere applicato o interpretato. In realtà, questa disposizione tutelerebbe la competenza esclusiva della Corte, solo nella misura in cui gli Stati membri sono tenuti a ricorrere ai procedimenti dinanzi ad essa previsti dai Trattati. Orbene, una controversia come quella di cui al procedimento principale non potrebbe essere risolta nell'ambito di un procedimento che si svolge dinanzi ai giudici dell'Unione. Infatti, i Trattati non prevedrebbero alcun procedimento giurisdizionale che consente a un investitore, come la Achmea, di far valere, dinanzi ai giudici dell'Unione, il diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro a lui conferito da un trattato bilaterale di investimento come il TBI.

18. In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede se l'articolo 267 TFUE osti ad una clausola compromissoria come quella di cui al procedimento principale.

19. A tale riguardo, esso sottolinea, innanzi tutto, che, di per sé, il procedimento arbitrale non è idoneo a garantire l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione che l'articolo 267 TFUE mira a garantire. Infatti, anche se, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, il collegio arbitrale deve rispettare il diritto dell'Unione e, in caso di conflitto di norme, applicarlo in via prioritaria, esso non avrebbe tuttavia la possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale, in quanto non potrebbe essere considerato una « giurisdizione » ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

20. Il giudice del rinvio ritiene, inoltre, che l'unità d'interpretazione del diritto dell'Unione possa cionondimeno essere considerata garantita nella specie

in quanto, prima dell'esecuzione del lodo arbitrare, un organo giurisdizionale statale può essere indotto a verificare la compatibilità del lodo arbitrare con il diritto dell'Unione e può, ove necessario, adire la Corte in via pregiudiziale. Inoltre, ai sensi dell'articolo 1059, paragrafo 2, punto 2, lettera b), del codice di procedura civile, la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento o dell'esecuzione di un lodo arbitrare farebbe parte dei motivi di annullamento dello stesso. Analogamente a quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito di lodi arbitrari che risolvono controversie tra privati, il potere di controllo dei giudici nazionali su un lodo arbitrare riguardante una controversia tra un privato e uno Stato membro potrebbe validamente essere limitato alle sole violazioni di disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione. Tale circostanza non dovrebbe avere per effetto che una clausola compromissoria, come quella di cui al procedimento principale, sia contraria all'articolo 267 TFUE.

21. Il giudice del rinvio aggiunge, infine, che la Corte ha già dichiarato che un accordo internazionale, che prevede l'istituzione, al di fuori del quadro istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, di un giudice speciale responsabile dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni di detto accordo, è compatibile con il diritto dell'Unione purché non sia pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La Corte non avrebbe espresso riserve in merito alla creazione di un sistema giurisdizionale volto, in sostanza, alla soluzione delle controversie vertenti sull'interpretazione o sull'applicazione delle disposizioni stesse dell'accordo internazionale in questione e che non pregiudicava le competenze dei giudici degli Stati membri in materia d'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, né la facoltà, o addirittura l'obbligo, per questi ultimi di adire la Corte in via pregiudiziale. Orbene, il collegio arbitrare di cui al procedimento principale sarebbe proprio chiamato a statuire sulla violazione delle disposizioni del TBI, che dovrebbe interpretare alla luce del diritto dell'Unione e, segnatamente, delle disposizioni che disciplinano la libera circolazione dei capitali.

22. In terzo luogo, il giudice del rinvio constata che, contrariamente agli investitori olandesi e slovacchi, gli investitori di Stati membri diversi dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica slovacca non hanno la possibilità di adire un collegio arbitrare al posto di un giudice statale, il che costituisce uno svantaggio considerevole idoneo ad integrare una discriminazione contraria all'articolo 18 TFUE. Tuttavia, la limitazione, mediante un accordo bilaterale all'interno dell'Unione, del godimento di un beneficio ai cittadini degli Stati membri contraenti sarebbe discriminatoria solo laddove i cittadini degli altri Stati membri che non fruiscono di tale beneficio si trovino in una situazione oggettivamente comparabile. Orbene, così non è nella presente fattispecie, poiché il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci si applicano soltanto ai cittadini di uno dei due Stati membri contraenti sarebbe una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali concluse tra questi ultimi.

23. Alla luce delle considerazioni che precedono, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra gli Stati membri dell'Unione (che si è convenuto di denominare "un trattato bilaterale in materia d'investimenti interno all'Unione"), in base alla quale un investitore di uno Stato

contraente, in caso di controversie in materia di investimenti nell'altro Stato contraente, può avviare nei confronti di quest'ultimo un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale, nel caso in cui l'accordo in materia di investimenti sia stato concluso anteriormente all'adesione dello Stato contraente all'Unione, ma la procedura arbitrale debba essere avviata solo successivamente.

In caso di risposta negativa alla prima questione:

2) Se l'articolo 267 TFUE osti all'applicazione di una clausola di tale tipo.

In caso di risposta negativa alla prima e seconda questione:

3) Se l'articolo 18, primo comma, TFUE, nelle circostanze descritte nella prima questione, osti all'applicazione di una clausola di tal genere ».

#### *Sulle domande di riapertura della fase orale*

24. In seguito alla lettura delle conclusioni dell'avvocato generale, il 19 settembre 2017, i governi ceco, ungherese e polacco hanno, con atti depositati presso la cancelleria della Corte, rispettivamente, il 3 novembre, il 19 e il 16 ottobre 2017, chiesto la riapertura della fase orale del procedimento, in applicazione dell'articolo 83 del regolamento di procedura della Corte.

25. A sostegno delle loro domande, detti governi esprimono il loro disaccordo nei confronti delle conclusioni dell'avvocato generale.

26. Occorre ricordare, tuttavia, da un lato, che lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e il regolamento di procedura della Corte non prevedono la facoltà, per gli interessati contemplati dall'articolo 23 di tale Statuto, di formulare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale (sentenza del 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, C-126/16, EU:C:2017:489, punto 30).

27. Dall'altro lato, ai sensi dell'articolo 252, secondo comma, TFUE, l'avvocato generale presenta pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento. La Corte non è vincolata né a tali conclusioni né alle motivazioni in base alle quali l'avvocato generale giunge a formularle. Di conseguenza, il disaccordo di una parte con le conclusioni dell'avvocato generale, qualunque siano le questioni da esso ivi esaminate, non può costituire, di per sé, un motivo che giustifichi la riapertura della fase orale (sentenza del 25 ottobre 2017, *Polbud - Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

28. Ciò premesso, dopo aver sentito l'avvocato generale, la Corte può, in qualunque momento, disporre la riapertura della fase orale del procedimento, conformemente all'articolo 83 del suo regolamento di procedura, in particolare laddove ritenga di non essere sufficientemente istruita o, ancora, qualora la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti (v. sentenza del 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, C-126/16, EU:C:2017:489, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

29. Orbene, nella specie, poiché le domande si limitano a manifestare il disaccordo dei governi ceco, ungherese e polacco con le conclusioni dell'avvocato generale e non menzionano l'esistenza di alcun argomento nuovo sulla base del quale dovrebbe essere decisa la presente causa, la Corte, sentito l'avvocato

generale, considera che essa dispone di tutti gli elementi per statuire e che essi sono stati oggetto di discussione tra le parti.

30. Alla luce di quanto precede, le domande di riapertura della fase orale del procedimento devono essere respinte.

*Sulle questioni pregiudiziali*

*Sulle questioni prima e seconda*

31. Con le questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

32. Al fine di rispondere a tali questioni, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto. Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 201 e giurisprudenza ivi citata].

33. Secondo una giurisprudenza altrettanto consolidata della Corte, l'autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell'Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 165 a 167 e giurisprudenza ivi citata].

34. Il diritto dell'Unione poggia, infatti, sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. È proprio in tale contesto che spetta agli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3,



primo comma, TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti 168 e 173 e giurisprudenza ivi citata].

35. Per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 174].

36. In tale ambito, conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione [v., in tal senso, parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 68, e 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 175, nonché sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:(...), punto 33].

37. In tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 176 e giurisprudenza ivi citata].

38. È alla luce di dette considerazioni che occorre risolvere le questioni pregiudiziali prima e seconda.

39. A tal fine, occorre, in primo luogo, verificare se le controversie che è chiamato a conoscere il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione.

40. A tale proposito, anche supponendo, come sostiene in particolare la Achmea, che tale collegio, nonostante la formulazione molto ampia dell'articolo 8, paragrafo 1, del TBI, sia chiamato a pronunciarsi solo su un'eventuale violazione di detto accordo, resta il fatto che, a tale scopo, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, esso deve tenere conto segnatamente del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti.

41. Orbene, tenuto conto della natura e delle caratteristiche del diritto dell'Unione menzionate al punto 33 della presente sentenza, tale diritto deve essere considerato al contempo come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri.

42. Ne deriva che, per entrambe tali ragioni, il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI è, se del caso, chiamato ad interpretare o ad applicare il

diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

43. Occorre, di conseguenza, verificare, in secondo luogo, se un collegio arbitrale come quello di cui all'articolo 8 del TBI rientri nel sistema giurisdizionale dell'Unione e, in particolare, se esso possa essere considerato come una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Infatti, la circostanza che un collegio creato dagli Stati membri è situato nel sistema giurisdizionale dell'Unione implica che le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione [v., in tal senso, parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 82 e giurisprudenza ivi citata].

44. A tale proposito, nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754), la Corte ha dedotto il carattere di «organo giurisdizionale di uno Stato membro» del tribunale in questione, dalla circostanza che esso, nel suo complesso, era un elemento del sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie in materia fiscale previsto dalla Costituzione portoghese stessa (v., in tal senso, sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754, punti 25 e 26).

45. Orbene, nel procedimento principale, il collegio arbitrale non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale stabilito nei Paesi Bassi e in Slovacchia. D'altronde, è proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale collegio, rispetto a quella dei giudici di questi due Stati membri, che costituisce una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 del TBI.

46. Tale caratteristica del collegio arbitrale di cui al procedimento principale comporta che esso non può, in ogni caso, essere qualificato come giurisdizione «di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

47. Vero è che la Corte ha deciso che non vi è alcun motivo valido che possa giustificare che ad una giurisdizione comune a vari Stati membri, come quella della Corte di giustizia del Benelux, non sia consentito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte alla stessa stregua degli organi giurisdizionali propri a ciascuno di tali Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, punto 21, e del 14 giugno 2011, *Miles e a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, punto 40).

48. Tuttavia, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale, non costituisce una siffatta giurisdizione comune a vari Stati membri, paragonabile alla Corte di giustizia del Benelux. Infatti, mentre, da un lato, quest'ultima è incaricata di assicurare l'uniformità nell'applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati del Benelux e, dall'altro, il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale non presenta un simile collegamento rispetto ai sistemi giurisdizionali degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 14 giugno 2011, *Miles e a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, punto 41).

49. Ne consegue che un collegio come quello di cui all'articolo 8 del TBI non può essere considerato come una «giurisdizione di uno degli Stati membri»,

ai sensi dell'articolo 267 TFUE, e non è, quindi, abilitato ad adire la Corte in via pregiudiziale.

50. In tali circostanze, occorre inoltre verificare, in terzo luogo, se la decisione arbitrale emessa da tale collegio, conformemente, in particolare, all'articolo 19 TUE, sia soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che garantisce che le questioni di diritto dell'Unione che tale collegio potrebbe essere indotto a trattare possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte nell'ambito di un rinvio pregiudiziale.

51. A tal fine, si deve rilevare che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 7, del TBI, la decisione del collegio arbitrale previsto da tale articolo è definitiva. Inoltre, in applicazione dell'articolo 8, paragrafo 5, del TBI, tale collegio arbitrale stabilisce le proprie norme di procedura in conformità con il regolamento d'arbitrato dell'UNCITRAL e, in particolare, decide egli stesso la propria sede e, di conseguenza, il diritto applicabile al procedimento che disciplina il controllo giurisdizionale della validità della decisione che pone fine alla controversia dinanzi ad esso pendente.

52. Nella specie, il collegio arbitrale adito dalla Achmea ha scelto come sede Francoforte sul Meno, il che ha reso il diritto tedesco applicabile al procedimento che disciplina il controllo giurisdizionale della validità del lodo arbitrale pronunciato da tale collegio il 7 dicembre 2012. È, infatti, tale scelta, che ha consentito alla Repubblica slovacca, quale parte della controversia, di chiedere, in base a tale diritto, un controllo giurisdizionale di tale lodo arbitrale, investendo, a tal fine, il giudice tedesco competente.

53. Tuttavia, occorre constatare che un tale controllo giurisdizionale può essere esercitato dal suddetto giudice solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta. Peraltro, l'articolo 1059, paragrafo 2, del codice di procedura civile prevede solo un controllo limitato, che riguarda, in particolare, la validità, alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrale o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale.

54. Vero è che, per quanto riguarda l'arbitrato commerciale, la Corte ha dichiarato che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali da parte dei giudici degli Stati membri abbia un carattere limitato, purché le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo e, se del caso, essere oggetto di un rinvio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte (v., in tal senso, sentenze del 1° giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, punti da 34 a 39).

55. Tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, 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 (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:(...), punto 34), controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del TBI.

56. Di conseguenza, alla luce dell'insieme delle caratteristiche del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI e ricordate ai punti da 39 a 55 della presente sentenza, occorre considerare che, con la conclusione del TBI, gli Stati membri parti dell'accordo hanno istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie tra un investitore e uno Stato membro che può escludere che tali controversie, anche laddove possano riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, siano risolte in modo da garantire la piena efficacia del suddetto diritto.

57. Vero è che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico [v., in tal senso, parere 1/91 (Accordo SEE-I) del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490, punti 40 e 70, 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punti 74 e 76, nonché parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 EU:C:2014:2454, punti 182 e 183].

58. Tuttavia, nella specie, oltre al fatto che le controversie che rientrano nella competenza del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione tanto di detto accordo quanto del diritto dell'Unione, la possibilità di sottoporre tali controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione è prevista da un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri. Orbene, il suddetto articolo 8 è tale da rimettere in discussione, oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione ricordato al punto 34 della presente sentenza.

59. In tali condizioni, l'articolo 8 del TBI pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione.

60. Di conseguenza, si deve rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

### *Sulla terza questione*

61. Tenuto conto della risposta fornita alle questioni prima e seconda, non occorre rispondere alla terza questione.

62. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M. — la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

### **Achmea and the Day after Achmea**

1. La sentenza *Achmea* — di segno e tono radicalmente contrari alle conclusioni dell'avvocato generale <sup>(1)</sup> — è piombata come un fulmine quasi a ciel sereno (in realtà il cielo era tutt'altro che sereno ma non troppi si attendevano un responso così severo) su un tessuto giurisprudenziale relativo ai rapporti fra arbitrato e diritto dell'Unione che conosceva certo buchi e rattoppi, ma era trapunto di qualche saggio ed equilibrato *dictum* della Corte di Giustizia e tutto sommato teneva.

Criticare approfonditamente *Achmea* sarebbe ora probabilmente inutile, dopo il coro di censure levatosi subito (accanto per vero a qualche commento neutro o cautamente comprensivo <sup>(2)</sup>) alle più svariate latitudini.

Bisogna piuttosto tentare di comprendere come e perché sia sopravvenuto questo incidente di percorso (e chissà se resterà tale?), dato che non è certo immaginabile una svista della Corte né quanto alla finale soluzione, né quanto ai poco convincenti ed a tratti pericolosi passaggi

---

<sup>(1)</sup> Contrasto certamente non patologico di per sé, ma davvero raramente così radicale. Le conclusioni dell'avv. gen. Wathelet, lunghe e articolate quanto equilibrate, alle quali qui si farà solo qualche sintetico ed essenziale riferimento, sono agevolmente consultabili (<http://curia.europea.eu/juris/document>).

<sup>(2)</sup> V. ad esempio HESS, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, in *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law - Paper Series*, n. 2018, ove *Achmea* è analizzata soprattutto sotto il profilo principale ed istituzionale della "autonomy of the EU legal order in international dispute resolution" ed in stretta connessione con l'approccio della Corte espresso nel *Court's Opinion* n. 2/13 sulla adesione alla CEDU, ritenendosi tutto sommato secondario, e per così dire "di risulta", il profilo concernente l'arbitrato degli investimenti; vi è però da rilevare che il piano della potenziale "concorrenza" fra le due grandi corti sovranazionali continentali e quello della "concorrenza" fra giurisdizioni statuali (pronube all'esercizio della competenza pregiudiziale) e tribunali arbitrali sono *ictu oculi* piani notevolmente diversi.

motivazionali, e neppure è dato immaginare che l'intenso lavoro lobbistico di alto profilo — quale ben si intuisce dalle numerose posizioni ufficiali assunte dalle parti pubbliche nel procedimento pregiudiziale e prima di esso <sup>(3)</sup> — abbia più di tanto (un poco forse sì) condizionato nientemeno che l'assise del Kirchberg.

2. Un lodo arbitrale è emanato sulla base di un *Trattato bilaterale in materia di investimenti* (TBI) vigente fra due Stati membri, nella specie Paesi Bassi e Slovacchia <sup>(4)</sup>, ed analogo a numerosi stipulati fra vari Paesi dell'Unione <sup>(5)</sup>. Il lodo (preceduto da altro non definitivo affermativo della competenza e dell'arbitrabilità <sup>(6)</sup>) condanna la Repubblica Slovacca al risarcimento del danno in favore dell'investitore privato olandese — *Achmea BV* — che aveva instaurato l'arbitrato sulla base del TBI e del vincolo compromissorio che questo comportava per la Slovacchia nei riguardi degli investitori dell'altro Stato contraente. Impugnato il lodo di fronte alla giurisdizione statale tedesca (il collegio arbitrale aveva sede in Germania quale paese neutrale sulla base delle previsioni dello stesso TBI), si pone fin davanti al *Bundesgerichtshof* la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'art. 8 del TBI, implicante appunto la via arbitrale, questione che già gli arbitri <sup>(7)</sup> e poi il giudice statale di istanza inferiore avevano superato agevolmente in senso affermativo. Dello stesso avviso si mostra nella ordinanza di rinvio il *Bundesgerichtshof*, il quale tuttavia — come ben sintetizza l'avvocato generale <sup>(8)</sup> — “*ha constatato che la Corte [di Giustizia] non si era ancora pronunciata su tali questioni e che sarebbe impossibile dedurre la risposta dalla giurisprudenza esistente con sufficiente certezza, tenuto conto soprattutto della*

---

<sup>(3)</sup> Le “Osservazioni preliminari” dell'avvocato generale (punti 33-47 delle conclusioni) danno conto di tutto ciò, della composizione delle avverse squadre di governi nazionali pressoché tutti intervenuti pro o contro, di qualche singolarità nella composizione delle squadre (pur dipendendo essa prevalentemente dall'essere lo Stato convenuto abituale o meno in arbitrato da TBI), dell'atteggiamento della Commissione inizialmente favorevole ai TBI (trattati bilaterali in materia di investimenti) quali “*strumenti necessari per preparare l'adesione all'Unione dei paesi dell'Europa centrale ed orientale*” reduci da una economia statalista e pianificata, e poi insistentemente contraria, in epoca immediatamente precedente e durante il procedimento pregiudiziale, ai TBI ed all'arbitrato da TBI, nonché di altri elementi del sostrato politico-economico della vicenda; e lo fanno con doverosa discrezione ma anche con sufficiente schiettezza, risultando così assai interessanti.

<sup>(4)</sup> Quale avente causa della dissolta Cecoslovacchia.

<sup>(5)</sup> 196 secondo il conteggio riportato dall'avvocato generale (punto 3 delle conclusioni).

<sup>(6)</sup> Si riproduceva, apparentemente, situazione processuale analoga a quella affrontata da *Eco Swiss-Benetton* del 1 giugno 1999, c. 126/97, e da risolversi se del caso nel senso della non superabilità per ragioni “comunitarie” della inimpugnabilità del lodo non definitivo, ai fini della verifica di validità del definitivo; ma evidentemente e ad avviso del *BGH* le cose non stavano, innanzi al giudice della impugnazione tedesco, in quei medesimi termini.

<sup>(7)</sup> Come anche altri collegi arbitrali da TBI che in precedenza avevano più volte respinto analoghe eccezioni di resistenti intese ad invalidare, in nome del diritto dell'Unione, il fondamento compromissorio e la *potestas iudicandi* arbitrale.

<sup>(8)</sup> Punto 29 delle conclusioni.

*posizione della Commissione, intervenuta [quale amicus curiae] a sostegno della Repubblica Slovacca [vale a dire contro l'arbitrato da TBI] sia durante l'arbitrato in questione sia nel procedimento di annullamento dinanzi ai giudici tedeschi"* (9).

La Corte Suprema tedesca — si badi — si guarda bene dal rimettere questioni (pur sollevate dalla Slovacchia in modo, a quanto è dato implicitamente intendere dalle conclusioni dell'avvocato generale (10), piuttosto fumoso ed inconsistente) interferenti con la verifica della conformità del lodo all'ordine pubblico sotto il profilo di una possibile grave vulnerazione del diritto europeo sostanziale, le questioni insomma che dovrebbero interessare il giudice nazionale della impugnazione (come quello dell'*exequatur*) secondo le note indicazioni della pronuncia pregiudiziale *Eco Swiss-Benetton* del 1 giugno 1999, c. 126/97 (11).

Il problema è *in apicibus* e riguarda la "compatibilità comunitaria" della scelta arbitrale contenuta nel TBI e perciò, in termini di giudizio interno di impugnazione del lodo, la sussistenza di un valido ed efficace fondamento compromissorio.

Si chiede pertanto alla Corte di Giustizia:

— se osti alla applicazione del TBI, nella parte in cui prevede la soluzione arbitrale delle controversie fra lo Stato e l'investitore dell'altro Stato contraente, l'art. 344 TFUE, quello secondo cui "*gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso*";

— in caso di risposta negativa, se osti alla applicazione del TBI l'art. 267 TFUE, e cioè lo stesso istituto cardine del rinvio pregiudiziale, sul presupposto che a mente della nota posizione della Corte di giustizia (seccamente confermata anche nella sentenza che si annota) gli arbitri non sono abilitati ad effettuarlo;

— in caso di risposta negativa anche a tale seconda questione, se osti alla applicazione del TBI per lo meno l'art. 18, primo comma, TFUE, a norma del quale "*nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità*".

---

(9) Ed anche — sempre secondo l'avv. gen. (punto 3 delle conclusioni) — in altri "*numerosi procedimenti arbitrali tra investitori e Stati membri*".

(10) Punto 27 delle conclusioni.

(11) Vedila fra l'altro in questa *Rivista*, 1999, 797 ss., ed ivi, 665 ss., l'approfondito commento di RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*. E naturalmente occorre tener conto delle anticipazioni già contenute nella sentenza del 27 aprile 1994, c. 393/92 *Almelo*, nonché di quell'ulteriore coerente sviluppo relativo al rilievo d'ufficio della contrarietà dell'accordo compromissorio all'ordine pubblico in sede di impugnazione del lodo, apportato da *Mostaza Claro* (26 ottobre 2006, c. 168/05: vedila ancora in questa *Rivista*, 2006, 673 ss. con nota della D'ALESSANDRO).

3. L'avvocato generale Wathelet propone — con elasticità sovrapposta alla tradizionale signoria del giudice *a quo* quanto al nesso di pertinenza rispetto alla causa principale, ma ormai accettabile — di invertire l'ordine delle questioni e cominciare dalla compatibilità con il principio di non discriminazione. Sebbene egli risponda, ed a ragione, nel senso della compatibilità <sup>(12)</sup>, vedo sommessamente in questa proposta di inversione un'esca o meglio una vittima sacrificale offerta alla Corte ad evitare guai peggiori. Se la Corte fosse stata al gioco ed avesse condannato il TBI perché gli investitori non olandesi in Slovacchia, o meglio alcuni di essi <sup>(13)</sup> risultavano discriminati non ricevendo “*un livello elevato di tutela giuridica all'investimento*” <sup>(14)</sup> e cioè non potendo ricorrere all'arbitrato internazionale in caso di controversia, la cosa sarebbe risultata alquanto singolare sul piano del buon senso giuridico <sup>(15)</sup>. Ma si sarebbe trattato di una soluzione ancor più chiaramente politica, prodromica forse alla sostituzione dei tanti TBI intraunionali “*con un unico TBI multilaterale o con un atto dell'Unione*” <sup>(16)</sup>, e comunque giocata, per così dire, sulla condanna della bilateralità dell'accordo interstatuale in quanto tale e per quanto di ragione, e non — come poi è avvenuto — sulla condanna dell'arbitrato brutto sporco e cattivo strumento potenziale di sovversione dell'ordinamento dell'Unione: altro che “*livello elevato di tutela giuridica*” come scrive l'avvocato generale!

4. La Corte invece esamina le questioni nell'ordine proposto dal *Bundesgerichtshof*: le prime due sono prese in esame congiuntamente <sup>(17)</sup> e — visto il responso in termini di già ravvisata incompatibilità del TBI e

---

<sup>(12)</sup> Perché, di fronte all'intreccio ramificato di così numerosi TBI intraunionali, la discriminazione è davvero effimera e perché essa è ragionamento tollerabile *ad instar* di quanto lo è, ad esempio, e come confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte, quella derivante, in materia fiscale, da alcuni trattati bilaterali (v. punti 54 ss. delle conclusioni).

<sup>(13)</sup> Quei pochissimi “sprovvisi” di apposito TBI stipulato dal loro Stato di appartenenza.

<sup>(14)</sup> Secondo l'espressione dello stesso avvocato generale (punto 70 delle conclusioni).

<sup>(15)</sup> Per le ragioni di cui alle conclusioni dell'avvocato generale, ricordate alla nota 11; e perché non è poi troppo politicamente corretto dire che Tizio è discriminato perché costretto a rivolgersi ad un giudice di Paese europeo piuttosto che a un collegio arbitrale.

<sup>(16)</sup> Secondo il cauto suggerimento che l'avv. gen. recepisce da alcuni governi interessati (v. punto 81 delle conclusioni). Cenno brevissimo, questo, che induce però ad una riflessione di ordine istituzionale che qui (rischiando di apparire un tantino ingenui, ma alle volte il Re è nudo proprio per i bambini) è solo sintetizzabile come segue: a misura che il suo *dictum* possa apparire dirimente e sorprendente, la Corte — con tutto il dovuto rispetto — non dovrebbe dimenticare che i trattati, per come sono fatti e per la stessa spiccata generalità di molte delle loro previsioni, le assegnano sì una funzione creativa e propulsiva nella *Rechtsfortbildung* ben maggiore rispetto a quella di una normale giurisdizione superiore (specie se di *civil law*), ma un potere legislativo nell'Unione esiste pur sempre, e la Corte è pur sempre un giudice. Ogni tanto — nel dubbio (e non mi si dica che in *Achmea* le questioni erano scontate) — un po' di *self-restraint*, condito semmai di suggerimenti “al legislatore” (e/o agli Stati), non guasterebbe affatto.

<sup>(17)</sup> Separarle aveva in effetti ben poco senso.



del suo art. 8 prevedente l'arbitrato — la terza questione, relativa al principio di non discriminazione, è assorbita.

Il ragionamento della Corte (v. punti 31 e ss.) è apparentemente assai semplice e dunque assai drastico. In estrema sintesi:

— Il collegio arbitrale previsto dal TBI è a tutti gli effetti un normale collegio arbitrale internazionale a carattere “privato” e non vi è dunque ragione di legittimarlo al rinvio pregiudiziale <sup>(18)</sup> ove — come può senz'altro accadere — esso sia chiamato ad interpretare ed applicare il diritto dell'Unione.

— Questo deficit strumentale in vista della effettività e della uniforme applicazione del diritto europeo non è sufficientemente compensato dalla possibilità di impugnare il lodo innanzi alla giurisdizione statale facoltizzata e poi obbligata al rinvio pregiudiziale, perché l'ambito di quel controllo impugnatorio <sup>(19)</sup> è assai risicato e non consente il rimedio ad ogni potenziale vulnerazione del diritto dell'Unione commessa dagli arbitri; (limiti questi ben noti e già percepiti dalla Corte in *Eco Swiss-Benetton*, ma che lì non avevano impedito la perdurante benedizione dell'arbitrato privato e la fiducia nella sufficienza di un controllo impugnatorio nella sostanza inteso alla verifica di conformità all'ordine pubblico “comunitario” con eventuale o obbligatorio intervento pregiudiziale della Corte: la contraddizione giurisprudenziale balza a questo punto subito all'occhio e si vedrà fra breve come in *Achmea* si tenti — a mio sommo avviso del tutto vanamente — di giustificarla).

— *Ergo*: l'art. 8 del TBI, siccome prevedente l'arbitrato, si pone in rotta di collisione con l'art. 344 del TFUE; il quale va letto in senso lato, nel senso cioè del divieto per gli Stati membri di indirizzare ad un sistema solutorio diverso da quello concepito dai trattati (non solo le controversie fra essi insorte specificamente concernenti la interpretazione ed applicazione dei trattati, bensì) ogni e qualsiasi controversia in cui possa trovare applicazione il diritto dell'Unione, di guisa che sia altresì rispettato il principio *ex art. 19 TUE* che assegna “*ai giudici nazionali ed alla Corte di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri*” grazie alla “*chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito*” “*costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale*” <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> La Corte si pone approfonditamente il problema ed anche con riferimento ai casi di organi para-arbitrali (in realtà immedesimati più o meno indirettamente nell'ordinamento giurisdizionale dello Stato) per i quali può ammettersi la legittimazione al rinvio, e se lo pone anche con riferimento ad organo istituito da accordo interstatale ma palesemente “giurisdizionale” - la c.d. Corte di Giustizia del Benelux (v. punto 47) — ed ha gioco facile nell'escludere che si versi in casi del genere e nel confermare per l'arbitrato da TBI la giurisprudenza *Nordsee*.

<sup>(19)</sup> Verificato ovviamente dalla Corte (v. punto 53) con riguardo al diritto processuale tedesco perché in Germania il lodo era stato impugnato, ma con constatazioni, per quel che qui interessa, replicabili a vasto raggio.

<sup>(20)</sup> V. punti 36-37 della decisione.

5. Distrutto in tal modo l'arbitrato in materia di investimenti da TBI che coinvolga uno Stato dell'Unione (qui ne coinvolgeva due, ma è ovvio che la cosa varrebbe anche quando il trattato bilaterale sugli investimenti fosse stipulato fra un Paese dell'Unione ed uno Stato terzo), la Corte si rende conto che proprio *quel modo* è tale da minare in radice anche la tenuta "comunitaria", o "unionale" <sup>(21)</sup> che dir si voglia, dell'arbitrato di diritto comune, patrimonio normativo, economico e culturale dell'universo mondo e soprattutto di tutti gli Stati dell'Unione, e pressoché nell'universo mondo nonché nei Paesi europei santificato dalla propensione, a tratti eccessiva ma condivisa pienamente ed anzi a più riprese sollecitata dalla stessa Unione, verso le ADR. Sarebbe come dir male di Garibaldi. Un po' troppo anche per la Corte. La quale in motivazione si affretta a precisare <sup>(22)</sup>:

*“Vero è che, per quanto riguarda l'arbitrato commerciale, la Corte ha dichiarato che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrati da parte dei giudici degli Stati membri abbia un carattere limitato, purché le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo e, se del caso, essere oggetto di un rinvio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte (v., in tal senso, sentenze del 1° giugno 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, punti da 34 a 39). Tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, 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 (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:(...), punto 34), controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del TBI”.*

Questa precisazione riveste un ruolo davvero centrale nella motivazione. Essa, da un lato, è parte essenziale della *ratio decidendi*, e nel

---

<sup>(21)</sup> Parola notoriamente orrenda codesta, ma tant'è. Parola soprattutto recante sventura, perché da quando ha cominciato a diffondersi, in luogo di "comunitario", i sogni commoventi sul futuro della nostra Europa che avevano animato la mia (e non solo la mia) generazione adolescente, hanno preso a dissolversi a colpi di sovranismi e populismi gravi e dementi. Vi è da dire tuttavia che sentenze come quella che si commenta non aiutano e non sdrammatizzano la situazione.

<sup>(22)</sup> V. punti 54-55 della decisione.

percorso motivazionale è anzi esposta dichiaratamente come tale, in quanto intesa a spiegare come mai il tradizionale e saggio approccio della Corte, che chiameremmo “*Eco Swiss-Benetton*”, non basta a salvare l’arbitrato da TBI; d’altro lato è un *obiter* assai importante, siccome appunto inteso a confermare la validità salvifica di quell’approccio per l’arbitrato di diritto comune.

Senonché la precisazione non regge minimamente sul piano logico-giuridico ed è in realtà una mano di vernice labilissima che non tranquillizza affatto. Perché — trascurando svariate altre imprecisioni — la autonomia compromissoria delle parti private che fonda il singolo arbitrato commerciale è a sua volta assentita ed autorizzata dalle leggi nazionali dei singoli Stati. E dunque delle due l’una: o si dice (come dovrebbe e come nella sostanza suggeriva l’avvocato generale) che le controversie arbitrali (tutte) nulla hanno a che vedere con le “*controversie relative all’interpretazione o all’applicazione dei trattati*” che gli Stati membri a norma dell’art. 344 TFUE “*si impegnano a non sottoporre a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato*”, ed allora si salva anche l’arbitrato da TBI; oppure si intende in senso lato quella espressione come comprensiva di qualsiasi controversia in cui il diritto dell’Unione possa essere direttamente o indirettamente applicato, ed allora l’“impegno” incombente *ex art. 344* è vulnerato non solo da un TBI, ma prima ancora ed *a fortiori* dalle leggi nazionali che consentono alle parti private (compreso fra l’altro lo Stato quando stipula *iure privatorum* una qualsiasi convenzione arbitrale *ad hoc*) di sottoporre quelle controversie ad un “modo di composizione diverso” da quelli giurisdizionali quale è appunto l’arbitrato *tout court*. E parallelamente — quanto alla sottrazione alle vie giurisdizionali nazionali, comprensive della facoltà e/o dell’obbligo di rinvio pregiudiziale, e di regola garantite invece *ex art. 19, par. 1, TUE* — che tale sottrazione avvenga in generale attraverso una legge nazionale che istituisce l’arbitrato ed autorizza le parti a compromettere ovvero avvenga attraverso un TBI con cui lo Stato membro già esprime nello specifico la propria volontà compromissoria è palesemente, per ciò che qui interessa, identica cosa.

6. In realtà, di fronte all’arbitrato *tout court*, il complesso delle disposizioni che presiedono alla effettività ed alla uniforme applicazione del diritto dell’Unione nella loro reciproca interazione (art. 19 TUE, art. 267 TFUE e, più o meno latamente inteso, art. 344 TFUE) impone a mio avviso una scelta concettuale e pratica di campo <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> *Mutatis mutandis* — ma il discorso sarebbe naturalmente assai lungo e complesso — è la stessa scelta che si offre a chi riflette sull’ormai noto (ed ancora sostanzialmente irrisolto in modo convincente) problema del rapporto fra arbitrato e CEDU.

Se si pone l'accento forte (al di là di qualsiasi discorso specifico riguardo alla efficacia delle pronunce ed alle funzioni di giudizio) sulla autonomia privata, l'area dell'arbitrato resta un'area franca rispetto a quelle disposizioni (salvo che il giudice statale possa e debba occuparsene in via impugnatoria o deliberatoria ed allora con piena sufficienza delle accortezze consacrate da *Eco Swiss-Benetton*); né più e né meno di quanto sia franca l'area di una transazione cui una parte si sia determinata sulla base di una erronea percezione della portata del diritto dell'Unione<sup>(24)</sup>, o della prescrizione intervenuta per l'inerzia di un soggetto astrattamente titolare di situazione giuridica protetta direttamente o indirettamente dal diritto dell'Unione, o più semplicemente della volontaria mancata impugnazione di una sentenza giudiziale nazionale incorporante violazione di norme europee<sup>(25)</sup>. In tutti questi casi (ma allora anche nel caso dell'arbitrato se ad essi concettualmente o, vorrei dire, ideologicamente lo si ragguaglia) la preclusione dell'intervento del giudice nazionale e perciò di quello possibile o obbligatorio della Corte di Giustizia, nonostante che nel sedime della esperienza giuridica si depositino così scorie di vulnerazione di norme unionali, non può preoccupare nessuno e nessuno può dire ragionevolmente che le disposizioni dei trattati che presiedono alla effettività del diritto dell'Unione risultino tradite o aggirate dalle disposizioni interne che prevedono la prescrizione dei diritti, o il carattere dispositivo delle impugnazioni civili, o la tenuta della transazione.

Se al contrario si pone l'accento forte, concettuale ed ideologico, sulla (ben diffusa) equivalenza funzionale ed effettuale fra arbitrato e giudizio ordinario, non resta che saltare il fosso (ancor qui oculati spunti venivano dall'avvocato generale) ed ammettere gli arbitri al rinvio pregiudiziale<sup>(26)</sup>, o altrimenti lasciare le cose come stanno ma allora accontentarsi di *Eco Swiss-Benetton*, o al più implementarne l'approccio facendo in modo — come già accaduto in altri ambiti processuali interni in virtù del

---

<sup>(24)</sup> Altra faccenda è ovviamente (ma ciò accade anche per il lodo) quella della transazione contraria all'ordine pubblico europeo o anche a norme inderogabili del diritto dell'Unione.

<sup>(25)</sup> E qui fra l'altro — e proprio per controbilanciare l'insistenza di *Achmea* sulla... mancata legittimazione degli arbitri al rinvio pregiudiziale (come se questa dipendesse dal destino cinico e baro e non dalla stessa Corte) — è forse utile rammentare che il meccanismo del rinvio pregiudiziale, per come è concepito, è un rimedio utilissimo ma tutt'altro che sufficiente alla effettività ed alla uniforme applicazione del diritto dell'Unione nel singolo caso concreto; e così sarebbe perfino se esso fosse sostituito da una funzione propriamente cassatoria della Corte di Giustizia *ad instar* di una Corte suprema federale, sol che non essendovi tale funzione ed essendovi "solo" il rinvio pregiudiziale la "utilità ma non sufficienza" è per forza di cose, di fatto, ancora più evidente.

<sup>(26)</sup> E si poteva ben saltare il fosso anche solo parzialmente ammettendo al rinvio i soli collegi arbitrali da TBI e valorizzando in proposito, in qualche modo, perfino il retrostante trattato interstatale, con una dose di incoerenza sicuramente minore di quella che ci è voluta per condannare del tutto l'arbitrato da TBI seguitando per forza di cose ad assolvere (a malincuore?) l'arbitrato di diritto comune.

condizionamento “unionale” — che ove vi sia di mezzo il diritto dell’Unione i poteri di controllo del giudice statale sul lodo siano ancor più penetranti (27). Del tutto irrazionale mi pare invece la terza via: *Eco Swiss-Benetton* non basta perché il controllo del giudice statale sul lodo è comunque limitato e non sufficientemente ampliabile, gli arbitri non sono istituzionalmente giudici e quindi non si può consentir loro il rinvio pregiudiziale, ergo: sopprimiamo l’arbitrato. Con il rispetto dovuto alla Corte, ciò significa ragionare come i genitori di una famigliola di pionieri, i quali circondati dagli indiani contemplanò i propri pargoletti e si dicono: “sono troppo giovani per metter loro la pistola in mano in modo che si difendano da soli, quindi facciamoli fuori subito”.

Relativamente a tutte queste alternative — si ripete — che l’arbitrato sia di diritto comune o contemplato da un TBI (il quale — si badi — non è propriamente un accordo compromissorio e neppure istituzionalizza *ab imo* l’arbitrato, ma questo indica quale metodo solutorio cristallizzando in proposito l’impegno compromissorio dei soli due Stati firmatari ov’essi divengano, l’uno o l’altro, parte di una controversia avverso soggetto terzo e cioè l’investitore dell’altro Stato) è un invariante. Leggi nazionali istitutive ed autorizzative dell’arbitrato *tout court* o trattati internazionali che, sul presupposto della esistenza di quelle leggi, additano l’arbitrato per una certa serie di controversie, pari sono: se i secondi si considerano sovversivi dell’assetto “unionale” *a fortiori* dovrebbero esserlo le prime (ciò che però — almeno spero — nessuno ha il coraggio dire), e se queste non lo sono non lo sono *a fortiori* neppure gli altri. Che poi il TBI lo stipuli lo Stato con ciò vincolandosi “compromissoriamente” ad una decisione arbitrale solutoria di controversia *iure privatorum* (e non certo di controversia inter-statale) che potrebbe incorporare vulnerazione non rimediabile del diritto dell’Unione, è ancor qui indifferente: ci mancherebbe davvero che allo Stato membro fosse vietato esporre se medesimo e l’ordinamento dell’Unione a siffatto “quoziente di rischio arbitrale”, ma gli fosse consentito autorizzare i privati a rendere ciò possibile. O meglio: questa distinzione è affare semmai del diritto pubblico interno (il quale può limitare la capacità compromissoria dello Stato), ma dal punto di vista del diritto dell’Unione e delle sue prerogative di effettività dovrebbe essere irrilevante.

---

(27) Ad esempio si potrebbe chiarire definitivamente che — a prescindere dalle diverse espressioni utilizzate nelle legislazioni interne e nella Conv. di New York, e dal modo di intenderle — l’ostacolo dell’ordine pubblico “unionale” si erge, ed è rilevabile dal giudice statale in fase post-arbitrale, non solo nel classico caso in cui l’attuazione concreta del lodo confligga con quello, ma anche in tutti i casi in cui la decisione in diritto degli arbitri abbia come presupposto una manifesta falsa interpretazione o applicazione del diritto dell’Unione, pur se le conseguenze esecutive risultino neutre ed indifferenti rispetto all’ordine pubblico.

7. Assodato tutto ciò, il *Day after Achmea* vede, a mio sommosso avviso, i seguenti probabili scenari.

a) Un *revirement* strettamente in termini, e cioè sulla compatibilità unionale dell'arbitrato fra Stato e privato fondato su un TBI, non sarebbe ovviamente assurdo (perché le stimmate di una grande Corte stanno anche nella capacità di correggere, pur raramente, sé medesima), ma è altrettanto ovviamente assai improbabile, sebbene siano verosimilmente già in cantiere altri rinvii pregiudiziali in proposito, dato che *Achmea* (almeno lo spero) non è certo di quelle pronunce *leading* che tolgono ogni dubbio ai giudici nazionali.

Possono immaginarsi (e se ne ha già notizia) alcune dichiarate “ribellioni” di collegi arbitrali post *Achmea*, ma non è la cronaca che qui interessa. Sul piano più strettamente tecnico-giuridico vi è da ribadire che l'incidenza di *Achmea* sul diritto arbitrale interno non ha a che fare con l'arbitrabilità (perché non opera *ratione materiae*) bensì con la validità ed efficacia della volontà compromissoria. Perciò, ad arbitrato in corso o anche successivamente instaurato, potrà plausibilmente invocarsi, se per avventura applicabile sia la legge processuale italiana, la disposizione salvifica ex art. 817, c. II seconda parte (o altra coincidente ove esista in altra legge processuale applicabile). Riterrei infatti che la preclusione ivi prevista regga anche di fronte ad invalidità della convenzione arbitrale connessa a ragioni di ordine pubblico. E quanto agli arbitrati in corso in cui la invalidità non sia stata dedotta prima di *Achmea*, riterrei alquanto problematico fare *tout court* del sopravvenire di quest'ultima ragione di rimessione in termini per la eccezione.

Mentre ove un'apposita convenzione arbitrale, pur “attuativa” del TBI, prevedesse senza riserve (con qualche sacrificio, ma dopo *Achmea* sagacemente) l'impugnabilità del lodo per violazione di norme di diritto (ove ciò sia possibile in base alla legge nazionale e dunque da noi ex art. 829, c. III) verrebbe palesemente meno il presupposto di diritto interno fondamentale nel ragionamento della Corte di Giustizia, *Achmea* potrebbe con relativa serenità non essere applicata dal giudice della impugnazione ai fini della invalidazione della volontà compromissoria, e la Corte di Giustizia, eventualmente reinvestita della questione, avrebbe davvero occasione per operare un opportuno *distinguishing* senza smentire se stessa <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Vi è perfino la possibilità (la quale è però, per varie ragioni, di non semplice verifica giurisprudenziale) che ove la *lex arbitratu* lo consenta (da noi la locuzione ex art. 829, c. III, c.p.c., secondo cui “l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta... dalla legge”) il salvataggio dell'arbitrato da TBI, post *Achmea*, passi per la affermazione, sulla base di un principio interno di conservazione della volontà negoziale compromissoria, che il lodo dovrà considerarsi “per legge” sempre impugnabile per ogni e qualsiasi violazione del diritto dell'Unione (quel principio di conservazione, consapevole delle acquisizioni di *Achmea*, fungerebbe insomma da surrogato di diritto

b) Altresì prevedibile è che *Achmea* sia strumentalizzata sul piano pratico e occasionale (à la *guerre comme à la guerre*) da chi (la parte pubblica resistente) intenda sabotare un arbitrato Icsid propriamente detto. Sennonché i collegi arbitrali Icsid hanno le spalle coperte dal prestigio della istituzione di cui sono esponenziali (la quale forse prenderà — sta già prendendo? — opportune contromisure ufficiali o officiose) e ben difficilmente staranno al gioco pur quando il diritto dell'Unione interferisca virtualmente con la materia del contendere loro rimessa. Potrà in proposito la faccenda essere riproposta pregiudizialmente alla Corte di Giustizia? Sì, ma non per il viatico di un giudice nazionale investito di impugnazione o istanza di riconoscimento ed esecuzione, perché del lodo Icsid notoriamente non si dà né impugnazione (ragione questa, in teoria, di ancora più imperativa applicazione della dottrina *Achmea* dal punto di vista della sua stessa motivazione) né *exequatur*. Dovrà dunque trattarsi di un giudizio instaurato sul merito della lite presso una giurisdizione statale, della quale sia eccepita la carenza di *potestas iudicandi* in favore appunto dell'arbitrato Icsid; essendo difficile immaginare che sia l'investitore ad instaurare un giudizio del genere, si tratterà semmai di una azione di accertamento negativo avventurosamente proposta (forse proprio allo scopo di andare a Lussemburgo) dallo Stato o dall'ente pubblico potenziale convenuto in arbitrato. Oppure — e la prospettiva è più concreta — potrebbe trattarsi di una fase giudiziale incidente in vera e propria esecuzione coattiva di lodo Icsid (29).

Ognun vede, dunque, come l'occasione di un coinvolgimento della Corte di Giustizia sia remota ma non remotissima. Ove mai la cosa accada, la Corte si troverà certo in un imbarazzo sperabilmente da sciogliersi pro arbitrato Icsid, con tutta la necessaria e pur illogica elasticità se pure non si volesse dichiaratamente sconfessare il precedente *Achmea*. Perché — per farla breve — se fra un accordo interstatale sugli investimenti e la

---

interno rispetto a ciò che la Corte avrebbe potuto, pur con qualche difficoltà, predicare — in luogo dell'editto drastico di *Achmea* — sul versante ormai sufficientemente arato della incidenza dell'ordinamento dell'Unione sul diritto processuale interno). Altra via analoga è quella di dire che ogni e qualsiasi violazione di disposizione unionale comporta sempre censurabilità della decisione arbitrale “per contrarietà all'ordine pubblico” nel senso dell'art. 829, c. III seconda parte (e disposizioni analoghe di altri ordinamenti nazionali); ma è via più difficile, a tacer d'altro, perché la Corte avrebbe potuto farlo capire e suggerirlo, anche alle prese col diritto arbitrale tedesco, decidendo più morbidamente *Achmea* in atmosfera ancora *Eco Swiss-Benetton* (v. anche *supra* nota (27)) e così invece non ha fatto.

(29) È la prospettiva teoricamente apertasi già nel caso *Micula-Romania* (su cui v. STELLA, *Obbligo di recupero degli aiuti di stato illegittimi e (previo) giudicato arbitrale di condanna al risarcimento del danno... da revoca degli aiuti. È davvero il crepuscolo del giudicato?*, in INT'L LIS, 2016, 67, ss.) in relazione al quale la Commissione (a parte la censura in radice del trattato bilaterale sugli investimenti: secondo la logica *Achmea*) ha dedotto per altro (di conserva con la sua precedente decisione recuperatoria di aiuto di Stato del 30 marzo 2015), intervenendo nel procedimento esecutivo nazionale presso terzi (in Belgio), una contrarietà contenutistica del giudicato arbitrale rispetto all'ordine pubblico europeo (secondo la logica *Eco Swiss-Benetton*).

Convenzione di Washington non vi è forse, rispetto all'ordinamento dell'Unione e nello spirito che anima *Achmea*, troppa differenza *de iure*, è certo che la Convenzione è sul piano politico e fattuale, pur di fronte all'ordinamento unionale, un colosso di ben altro peso e portata che non un semplice TBI.

c) Sebbene anche lì non siano escludibili tentativi avvocateschi di sabotaggio, è chiaro *a fortiori* che, pur ferma e non sconfessata *Achmea*, di *Achmea* dovrà essere tenuto fermo anche l'importantissimo quanto logicamente contraddittorio assunto centrale cui si è già accennato: l'arbitrato di diritto comune fra privati, per come previsto dai singoli sistemi nazionali, ha piena cittadinanza anche nell'ordinamento dell'Unione con i soli *caveat* sostanzialmente riconducibili alla equilibrata giurisprudenza inaugurata da *Eco Swiss-Benetton*. Perché neppure ad una corte suprema socialista *d'antan*, figurarsi alla Corte di Giustizia, sarebbe consentito sopprimere o ferire a morte l'arbitrato di diritto comune senza che si spargesse subito un forte sentore di controlimiti corrispondenti alle tutele costituzionali della autonomia privata.

d) Certo è infine che *Achmea* — scontati i suoi poco convincenti passaggi logico-giuridici e la sua in parte inattesa durezza — esibisce a chi pratica e studia l'arbitrato un preoccupante segnale di ordine generale; e siamo — senza pretesa che la spiegazione sia l'unica possibile — alla domanda di apertura: come è potuto accadere?

Al di là della sua perdurante santificazione più o meno modaiola, l'arbitrato gode in molti ambienti (uno è, ad esempio, e piuttosto paradossalmente pensando allo *standing* della nostra giustizia statale, quello delle grandi imprese italiane quanto al contenzioso puramente nazionale) stampa tutt'altro che immacolata e non tranquillizza più a sufficienza (*mutatis mutandis*, ma con non trascurabile contiguità rispetto ad *Achmea*, viviamo in Italia, da tempo e con alterne vicende, gli effetti di siffatta sfiducia nel campo dell'arbitrato delle opere ed oggi dei contratti pubblici).

Vi sono certo ragioni estrinseche: la globale diminuzione del *fair play* (linfa vitale di ogni buon arbitro); la stessa globale diffusione dell'arbitrato con inevitabile aumento numerico se non anche percentuale delle esperienze negative o addirittura traumatizzanti; e qui vi è da dire che — come è ovvio e come accade in molti altri ambiti dell'*agere* umano — un cattivo arbitro (ricusazioni incrociate, palesi ingiustizie o palese *vulnus* alla terzietà, contenziosi susseguenti fra parti ed arbitri e via seguitando) arreca pubblicità negativa, perfino fra gli addetti ai lavori, non bilanciabile da centinaia di vicende arbitrali esemplari; meno ovvio, e possibile oggetto di studio per il sociologo del diritto, è che — o almeno tale è la mia sensazione — la dimensione istituzionale della giurisdizione quale terzo potere dello Stato faccia sì che l'episodio patologico che la riguardi sia sempre imputato alla singola mela marcia, mentre si tende più sovente a



generalizzare l'episodio patologico arbitrale imputandolo ai difetti endemici della giustizia privata.

E vi sono poi in effetti le "colpe" dell'arbitrato. Alcune delle quali inevitabili e spesso passate sotto silenzio: per quanto ci si sforzi, non sembra vi sia modo di rimediare "normativamente" alla circostanza che la decisione di un collegio arbitrale può essere condizionata dalla vicinanza (a volte economicamente connotata) fra il presidente ed uno dei coarbitri ben più di quanto non possa essere condizionata dalla prossimità fra un arbitro e la parte. Ed aleggiano più di recente e sempre di più, non solo ma specialmente sull'arbitrato, le penne non candide del *third party funding*. Non è ovviamente questa la sede per indagare quanto il mondo degli arbitrati da TBI risenta di particolari contaminazioni, ma indubbiamente il carattere insieme "seriale" e di notevole livello economico di tali arbitrati non crea ambiente sterile.

Di certo culturalmente occorre però propagandare i prevalenti vantaggi della giustizia privata e praticamente renderli effettivi, ed anche ai problemi cennati porre rimedio indiretto limitando ad ogni livello, eppur senza iconoclastia, le vere ed evitabili "colpe" dell'arbitrato, che tutte o quasi gravitano intorno al deficit di neutralità dell'"arbitro di parte". Dopo di che non solo l'incerto impianto logico-giuridico ma anche l'effetto pratico di *Achmea* farà sorridere, perché se si riuscirà a riguadagnare significativa fiducia nella imparzialità dei collegi arbitrali <sup>(30)</sup>, sempre vi sarà invece da chiedersi, in direzione contraria, che imparzialità effettiva possa assicurare una giurisdizione statale (o almeno qualcuna fra esse), innanzi alla quale, in assenza di arbitrato, l'investitore straniero sia costretto ad instaurare il giudizio contro una pubblica entità o addirittura contro lo Stato di quella giurisdizione.

Ognuno, pratico o teorico dell'arbitrato, nel proprio orto faccia il suo, in modo che le stizzose (ed al postutto comunque assai criticabili) reazioni *à la manière de Achmea* o più non vi siano, ovvero e per lo meno siano limitate ad ambienti ben meno importanti che non il Kirchberg.

ANTONIO BRIGUGLIO

---

<sup>(30)</sup> È questa forse l'occasione per rammentare che i TBI, ed in particolare quello esaminato dalla sentenza che si annota, offrono già sufficienti garanzie quanto a composizione del collegio e svolgimento dell'arbitrato (v. in proposito il testo dell'art. 8 TBI, al punto 13 delle conclusioni dell'avv. gen.). E sul piano politico si sarebbe potuto — proprio su input della Commissione e per quanto possibile dalla Corte — piuttosto che condannare senza appello l'arbitrato da TBI, implementare semmai tali garanzie trasformandolo ad esempio in arbitrato obbligatoriamente amministrato (piuttosto che soltanto governato dal regolamento UNCTRAL, e con una rinomata Camera arbitrale come semplice *appointing authority*).