Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO EUROPEO

Ciclo 35

Settore Concorsuale: 12/E4 - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/14 - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA COME PARAMETRO DI COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO UE

Presentata da: Nicola Bergamaschi

Coordinatore Dottorato

Pietro Manzini

Supervisore

Federico Casolari

Esame finale anno 2022

L’applicazione del principio di autonomia come parametro di compatibilità con il diritto UE

Sommario

Premessa 6

Capitolo I. Il rapporto del diritto dell’UE con il diritto internazionale pattizio e l’affermazione dell’autonomia del diritto UE da parte della Corte di giustizia. 11

Introduzione al Capitolo I. 11

I.1. Il rapporto tra diritto dell’UE e diritto internazionale pattizio secondo l’ordinamento UE. 12

I.1.1. La personalità giuridica e gli accordi internazionali vincolanti per l’UE. 12

I.1.2. Gli effetti delle norme contenute negli accordi internazionali all’interno dell’ordinamento giuridico dell’UE. 20

I.1.3. Incorporazione ed efficacia delle fonti di terzo grado. 27

I.2. L’autonomia dell’ordinamento. 33

I.2.1. L’autodeterminazione delle modalità di recepimento del diritto internazionale. 33

I.2.2. Segue. La *ratio* alla base del recepimento. 36

I.2.3. *Kadi* e l’autonomia normativa dell’UE. 39

I.2.4. Il “quadro costituzionale” dell’UE e i significati di autonomia. 46

I.2.5. Segue. Le forme in cui il principio si manifesta. 53

I.3. Autonomia esterna o interna? 57

I.3.1. Il valore esistenziale dell’autonomia. 57

I.3.2. Le situazioni aventi doppia dimensione, esterna e interna. 65

Capitolo II. Le modalità di applicazione del principio di autonomia nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale *pre-Achmea*. 77

Introduzione al Capitolo II. 77

II.1. Prologo: il parere 1/76. 80

II.2. L’affermazione del principio nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale: i pareri 1/91, 1/92 e 1/00. 83

II.2.1. Il parere 1/91. 84

II.2.2. Il parere 1/92. 88

II.2.3. Il parere 1/00. 91

II.2.4. Prime considerazioni di sintesi sul test di compatibilità con il principio di autonomia. 95

II.3. Lo sviluppo del principio: la sentenza *MOX Plant* e il parere 1/09. 97

II.3.1. La sentenza *MOX Plant*. 97

II.3.2. Il parere 1/09. 103
II.4. La massima estensione del principio: il parere 2/13. 109
II.4.1. Segue. I passaggi del test di compatibilità legati al contesto della tutela dei diritti fondamentali. 114
II.4.2. Segue. I passaggi del test di compatibilità che prescindono dal contesto della tutela dei diritti fondamentali. 121
II.5. Considerazioni conclusive: lo stato dell'arte pre-*Achmea*. 130
II.5.1. Tabelle riepilogative. 138
Capitolo III. Le modalità di applicazione del principio di autonomia nel contesto della risoluzione delle controversie tra investitore e Stato. 140
Introduzione al Capitolo III. 140
III.1. Meccanismi ISDS e diritto UE: un rapporto complicato. 141
III.1.1. *Ratio*, natura e aspetti critici dell'arbitrato investitore-Stato 141
III.1.2. Il rapporto tra accordi di investimento e diritto UE prima di *Achmea*. 147
III.1.3. L'azione dell'UE nell'ambito degli accordi di protezione investimenti. 153
III.2. La saga *Achmea*: l'incontro tra meccanismi ISDS e principio di autonomia. 156
III.2.1. La sentenza *Achmea*. 158
III.2.1.1. Segue. Il test compatibilità con l'autonomia giurisdizionale e la differenza tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato. 159
III.2.1.2. Segue. I riferimenti normativi del principio di autonomia giurisdizionale. 167
III.2.1.3. Segue. La portata del principio di autonomia giurisdizionale. 171
III.2.1.4. Segue. Gli altri motivi di incompatibilità: una questione di "*membership*" e valori. 175
III.2.1.5. Quali ripercussioni sull'arbitrato investitore-Stato *extra*-UE? 183
III.2.2. Il parere 1/17. 184
III.2.2.1. I passaggi in cui trova applicazione il principio di autonomia. 185
III.2.2.2. I riferimenti normativi del principio di autonomia e l'impatto del parere sulla saga *Achmea*. 189
III.2.2.3. Le modalità di applicazione del principio di autonomia. 190
III.2.3. La sentenza *Repubblica di Moldavia* ed il parere 1/20: principio di autonomia *vs* applicazione *intra*-UE dell'arbitrato ISDS dell'ECT. 204
III.2.3.1. Segue. l'applicazione del principio di autonomia all'arbitrato ISDS dell'ECT. 207
III.2.4. La sentenza *PL Holdings*: principio di autonomia *vs* compromesso arbitrale *ad hoc intra*-UE. 211
III.2.5. La sentenza *European Food*: la saga *Achmea* incontra la saga *Micula*. 216
III.2.5.1. Segue. Perché l'arbitrato di *Micula* è incompatibile con il diritto UE? ... 218

III.2.6. Considerazioni conclusive: riepilogo e peculiarità dell'applicazione del principio di autonomia ai meccanismi ISDS. 219
III.2.6.1. Tabella riepilogativa. 223
Capitolo IV. Ricostruzione del modello di applicazione del principio di autonomia e implicazioni per l'ordinamento UE. 224
Introduzione al Capitolo IV. 224
IV.1. Sintesi del test di compatibilità con il principio di autonomia: elementi del test e forme di applicazione del principio. 225
IV.1.1. Il punto di contatto. 226
IV.1.2. Gli effetti. 229
IV.1.3. L'ultima parola alla CGUE. 232
IV.1.4. Struttura del test di compatibilità con il principio di autonomia. 234
IV.2. Considerazioni sulle implicazioni del principio di autonomia sull'ordinamento UE. 236
IV.2.1. L'interazione con gli altri principi e con le norme dei Trattati. 236
IV.2.2. Le giurisdizioni esterne compatibili con il principio di autonomia per mancanza di effetti "qualificati". 240
IV.2.3. Dal conflitto giurisdizionale al conflitto normativo. 243
IV.2.4. Le conseguenze del principio per gli attori dell'ordinamento UE. 247
IV.2.4.1. Segue. Le conseguenze per le Istituzioni UE. 248
IV.2.4.2. Segue. Le conseguenze per gli Stati membri. 251
IV.2.5. Il problema dell'effettività del principio di autonomia sul piano del diritto internazionale. 253
IV.2.6. L'approccio della Corte nell'applicare il principio di autonomia. 258
IV.2.7. Autonomia formale o sostanziale? 264
IV.2.8. L'autonomia in senso funzionale: una nuova prospettiva per il principio? 267
Riepilogo e conclusioni. 272
Bibliografia 281
Indice della giurisprudenza 337
Indice della normativa ed altri atti 353

Premessa

La ricerca oggetto della Tesi nasce dall'osservazione dell'esistenza di un filone giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), sempre più corposo, in cui viene fatto riferimento al concetto di autonomia del diritto UE come parametro ai fini dello scrutinio compiuto della Corte. In questi casi[1], più precisamente, la Corte ricorre all'autonomia come criterio alla luce del quale sindacare la compatibilità, con l'ordinamento UE, di accordi internazionali in via di conclusione da parte dell'Unione, oppure valutare la legittimità della condotta degli Stati membri con riguardo alla loro azione sul piano del diritto internazionale.

Sullo sfondo di questa giurisprudenza, la Tesi intende indagare le modalità attraverso le quali l'autonomia trova concretizzazione come parametro di compatibilità.

Si tratta di un'indagine che muove da premesse poco stabili. Innanzitutto, posti dinanzi alla suddetta giurisprudenza, viene spontaneo chiedersi cosa si intenda per autonomia del diritto UE. Nel diritto pubblico, la nozione di autonomia può assumere vari significati, spesso discordanti[2]. Nell'ambito del diritto UE, la situazione non migliora quanto a chiarezza. Infatti, quando utilizza il concetto, la Corte non sembra fare riferimento ad una particolare concezione universale e filosofica di autonomia[3]. È quindi necessario volgersi alla giurisprudenza, per capire quale significato il concetto assuma nella prassi della Corte.

---

[1] Parere della Corte 1/76 del 26 aprile 1977, ECLI:EU:C:1977:63; parere della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490; parere della Corte del 10 aprile 1992, parere 1/92, ECLI:EU:C:1992:189; parere della Corte del 18 aprile 2002, parere 1/00, ECLI:EU:C:2002:231; sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345; sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461; parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, parere 1/09, ECLI:EU:C:2011:123; parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454; sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158; parere della Corte del 30 aprile 2019, parere 1/17, ECLI:EU:C:2019:341; sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655; sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875; Sentenza della Corte del 25 gennaio 2022, *Commissione europea contro European Food SA e a.*, causa C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50; parere della Corte del 16 giugno 2022, parere 1/20, ECLI:EU:C:2022:485.

[2] Si veda Romano A., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. II, Utet, Torino, 1987, p. 33 e ss. Per l'utilizzo del termine nel contesto del diritto internazionale, si veda Hannum e Lillich, *The Concept of Autonomy in International Law*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 4, 1980, p. 858 e ss.

[3] *Cfr.* Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 227. Per Van Rossem "[t]he notion of autonomy of EU law is something of an enigma", in Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in *Between Autonomy and Dependence*, a cura di Wessel e Blockmans, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013, p. 13 e ss., p. 14. Per una sintetica ricostruzione sui diversi intendimenti del concetto di autonomia del diritto UE, sia da parte della CGUE

Secondariamente, l'utilizzo dell'autonomia come parametro di riferimento porta a ipotizzare l'esistenza di una norma, di un precetto, ascrivibile al concetto in questione. Evidentemente, una tale norma non può essere rinvenuta nei Trattati, non facendosi in essi alcuna menzione esplicita a proposito[4]. Ciò porta ad ipotizzare, quindi, che si tratti di una norma di origine pretoria, elaborata dalla Corte in questa stessa giurisprudenza, dal valore di principio generale[5].

Il ruolo della Corte nella creazione di principi generali è del resto cosa nota[6]. Come scrive l'AG Mazàk:

> "Nel formulare principi generali del diritto comunitario – sulla base del suo obbligo, ai sensi dell'art. 220 CE, di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato – la Corte ha in effetti dato consistenza al diritto comunitario, il quale altrimenti – in quanto ordinamento giuridico basato su un trattato fondativo – sarebbe rimasto un mero scheletro normativo, senza divenire un vero «ordinamento» giuridico. […]. È tuttavia nella natura stessa dei principi generali del diritto, che devono essere rintracciati più nel platonico paradiso delle leggi che nei codici, che tanto la loro esistenza quanto il loro contenuto concreto siano caratterizzati dall'incertezza"[7].

Da un lato, l'ipotesi dell'esistenza di un principio di autonomia permetterebbe di comprendere l'utilizzo fattone dalla Corte come parametro di compatibilità. Dall'altro lato, anche posta tale ipotesi, il principio rischia di restare caratterizzato dall'incertezza a cui fa riferimento l'AG Mazàk. A riguardo mancano riferimenti certi. Nelle parole della Corte, l'autonomia viene

---

sia da parte della dottrina, si veda Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 e ss., pp. 68-82.

[4] Come si vedrà, vi sono però norme dei Trattati informate dall'autonomia.

[5] Sul ruolo dei principi generali all'interno dell'ordinamento, si veda Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Gutiérrez-Fons e Lenaerts, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 6, 2010, pp. 1629 e ss.; Weatherill, *From Myth to Reality: The EU's 'New Legal Order' and the Place of General Principles Within It*, in Vogenauer e Weatherill (a cura di), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 21 e ss.

[6] *Cfr*. Weiler, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, negli atti del convegno *50éme anniversaire de l'Arrêt Van Gen den Loos 1963-2013*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Lussemburgo, 13 maggio 2013, disponibili al link https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/en/ (ultimo accesso 28/12/2022), p. 11 e ss.

[7] Conclusioni dell'avvocato Generale Ján Mazák presentate il 15 febbraio 2007, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA*, causa C-411/05, ECLI:EU:C:2007:106, punti 85-86.

accostata al termine "principio" solo nelle pronunce più recenti[8], ma manca una definizione teorica ed esaustiva. In dottrina, la dizione "principio di autonomia" viene usata da più autori[9], ma rimane un certo margine di dubbio quanto all'esistenza ed ai contorni del principio[10]. Moreno-Lax e Ziegler, in particolare, sostengono che l'autonomia non possa qualificarsi come principio generale, perché mancherebbe di un contenuto normativo precipuo[11].

Per superare le incertezze sopra menzionate, è possibile formulare l'ipotesi che all'autonomia corrisponda effettivamente un principio, per volgere quindi lo sguardo alla prassi giurisprudenziale. Invero, se l'ipotesi circa l'esistenza del principio di autonomia discende dall'osservazione dell'utilizzo di questo come parametro da parte della Corte, per indagare l'utilizzo dell'autonomia come parametro non si rende necessario verificare preliminarmente l'esistenza stessa del principio. Al contrario, questa potrà risultare confermata proprio indagandone il contenuto normativo e le sue modalità di applicazione. Infatti, secondo il *Dictionnaire de Droit International Public*, per principio bisogna intendere una proposizione di portata generale, di particolare importanza, capace di fungere da fondamento per regole più specifiche, da questo dedotte[12]. Similmente, secondo Tridimas, i principi generali del diritto UE consistono in "[…] fundamental propositions of law which underlie a legal system and from which concrete rules or outcomes may be derived"[13].

---

[8] Sentenza della Corte del 19 marzo 2020, *ClientEarth contro Commissione europea*, causa C-612/18 P, ECLI:EU:C:2020:223, punto 42; conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 1° luglio 2021, *Commissione europea contro European Food SA e a*., Causa C-638/19 P, ECLI:EU:C:2021:529, punti 79-83; sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punto 55; parere 1/20, cit., punto 47.

[9] Per citarne alcuni, Munari e Cellerino, *Investment Arbitration and EU General Principles of Law: Current Developments*, in Gattini, Tanzi e Fontanelli (a cura di), *General principles of law and international investment arbitration*, BRILL, Leiden, 2018, p. 74 e ss., Shuibhne, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter, in Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, Issue 1, 2019, p. 9 e ss.; Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *European Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2019, p. 383 e ss.; Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in Cremona (a cura di), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2020, p. 291 e ss.; Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, Issue 6, 2020, p. 1725 e ss.; Van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 35 e ss.;

[10] Sulle difficoltà teoriche e metodologiche della dimostrazione dell'esistenza del principio di autonomia, si veda Klamert, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *European Law Review*, Vol. 42, Issue 6, 2017, p. 815 e ss.

[11] Moreno-Lax e Ziegler, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in Ziegler, Neuvonen, and Moreno-Lax (a cura di), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, 2022, Edward Elgar, p. 227 e ss.

[12] Salmon (a cura di), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruxells, 2001, pp. 876-877.

[13] Tridimas, *The General Principles of EU Law*, op. cit., p. 1.

In questa prospettiva, si tenterà di indagare se esista o meno un test unitario impiegato dalla Corte e si cercherà di ricostruirne la struttura. Tale test, se confermato, conferirebbe concretezza al contenuto normativo del principio, dando prova della sua l'esistenza e chiarendone le modalità di applicazione all'interno della giurisprudenza della Corte. Lo scopo ultimo, è bene sottolinearlo ancora una volta, non è dimostrare l'esistenza di un principio generale del diritto UE, né tantomeno la sua necessità, ma, piuttosto, cercare di elaborarne un modello di funzionamento. Anche per questo motivo, non è necessario verificare *a priori* la bontà della qualificazione dell'autonomia come principio.

Più in particolare, l'indagine si concentra sull'analisi, caso per caso, delle pronunce che compongono la giurisprudenza sull'autonomia. L'intento è di studiare, di volta in volta, l'operare del principio all'interno del singolo caso in esame. Ciò al fine di estrapolare dalla giurisprudenza analizzata gli elementi utili alla costruzione, per via induttiva, di un test di compatibilità unitario ed astratto, che spieghi le modalità di funzionamento del principio come parametro di compatibilità. Inoltre, così facendo, sarà possibile osservare l'interazione tra il principio di autonomia e altre norme e principi dell'ordinamento UE, meglio determinandone il funzionamento nell'ordinamento.

La Tesi si articola in quattro capitoli. Il Capitolo I è volto a definire lo sfondo teorico che fa da cornice all'analisi. I casi appartenenti alla giurisprudenza analizzata attengono tutti al rapporto tra il diritto UE ed il diritto internazionale. Pertanto, si ritiene necessario iniziare l'analisi con una breve ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale che delinei i rapporti tra l'ordinamento UE ed il diritto internazionale, al fine di introdurre le nozioni e gli strumenti utili a comprendere l'operare del principio di autonomia in questo contesto. Di seguito, si introduce il concetto dell'autonomia, come inteso dalla Corte nelle sue pronunce. Come si vedrà, la tesi sostenuta è che la Corte utilizzi il termine con significati differenti, tra loro connessi, di cui solo uno corrisponde a quello di autonomia come principio. Elaborando il discorso a partire dai significati di autonomia individuati, se ne approfondisce il peso e la portata dal punto di vista teorico, così da chiarire l'importanza che l'autonomia assume all'interno dell'ordinamento. In questo contesto, si presenta la distinzione tra le dimensioni esterna (attinente al rapporto tra diritto UE e diritto internazionale) ed interna (attinente al rapporto tra diritto UE e diritto nazionale degli Stati membri) dell'autonomia. Se è la prima a rilevare nella giurisprudenza analizzata, in cui opera il principio di autonomia, si osserverà che la distinzione tra le due dimensioni non è sempre netta, potendosi verificare situazioni aventi doppia dimensione, interna ed esterna.

I Capitoli II e III sono dedicati all'analisi dei casi. Essi rappresentano il fulcro della Tesi, poiché sono i risultati dell'analisi *ivi* svolta che permetteranno di rispondere alla domanda di ricerca, quanto all'esistenza di un test di compatibilità unitario ed astratto. La trattazione seguirà un criterio cronologico, in base al quale verranno affrontati i casi. L'analisi è però suddivisa all'interno dei due capitoli distinti, in ragione dell'oggetto dei casi in questione. Questi vertono sull'applicazione del principio di autonomia a giurisdizioni esterne. Tuttavia, i casi a partire da *Achmea* hanno come oggetto una particolare forma di giurisdizione internazionale, ossia i meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato (ISDS). Tali meccanismi, si vedrà, presentano alcune particolarità che li caratterizzano, inserendosi in un contesto giuridico e politico peculiare, per cui si ritiene utile trattare i casi che li riguardano in maniera unitaria. Pertanto, tutti i casi precedenti ad *Achmea* sono analizzati nel Capitolo II; *Achmea* ed i casi successivi nel Capitolo III.

Il Capitolo IV, infine, rappresenta il momento di sintesi dei risultati dell'analisi, a cui consegue l'elaborazione della struttura del test di compatibilità, il quale funge da modello unitario ed astratto dell'applicazione del principio di autonomia come parametro. A seguire, vengono formulate considerazioni e riflessioni sulla scorta dell'analisi compiuta in precedenza. Tali considerazioni riguardano vari aspetti, con l'intento di presentare le principali implicazioni per l'ordinamento UE che derivano dal principio di autonomia e dal suo utilizzo giurisprudenziale. In particolare, si esamina il rapporto tra l'applicazione del principio di autonomia e gli altri principi e norme dell'ordinamento che con esso interagiscono. Inoltre, si individuano alcune situazioni di particolare interesse che si pongono al di fuori dell'area di incompatibilità con il principio e se ne espongono le possibili problematiche, passando poi a trattare le conseguenze del principio per gli attori dell'ordinamento UE, ossia Istituzioni e Stati membri. In questo frangente, attenzione verrà dedicata anche alla questione dell'effettività del principio. Successivamente, si descrive l'atteggiamento tenuto dalla Corte nella giurisprudenza esaminata e, infine, si prende in considerazione una visione alternativa del principio di autonomia, valutandone il potenziale impatto sulla concezione ed applicazione dello stesso.

Capitolo I. Il rapporto del diritto dell'UE con il diritto internazionale pattizio e l'affermazione dell'autonomia del diritto UE da parte della Corte di giustizia.

Introduzione al Capitolo I. I.1. Il rapporto tra diritto dell'UE e diritto internazionale pattizio secondo l'ordinamento UE. I.1.1. La personalità giuridica e gli accordi internazionali vincolanti per l'UE. I.1.2. Gli effetti delle norme contenute negli accordi internazionali all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE. I.1.3. Incorporazione ed efficacia delle fonti di terzo grado. I.2. L'autonomia dell'ordinamento. I.2.1. L'autodeterminazione delle modalità di recepimento del diritto internazionale. I.2.2. Segue. La ratio alla base del recepimento. I.2.3. *Kadi* e l'autonomia normativa dell'UE. I.2.4. Il "quadro costituzionale" dell'UE e i significati di autonomia. I.2.5. Segue. Le forme in cui il principio si manifesta. I.3. Autonomia esterna o interna? I.3.1. Il valore esistenziale dell'autonomia. I.3.2. Le situazioni aventi doppia dimensione, esterna e interna.

Introduzione al Capitolo I.

Il Capitolo prende le mosse da una breve ricostruzione del rapporto tra diritto internazionale e diritto UE, con un'attenzione particolare alle modalità di recepimento del diritto pattizio e delle fonti di terzo grado all'interno dell'ordinamento UE (Sezione I.1.). Le ragioni di questa ricostruzione sono due. Da un lato, quello in esame rappresenta il contesto in cui si inscrive il tema più specifico del rapporto tra diritto UE e ISDS, oggetto dei capitoli II e III. Per questo motivo, non risulta necessario prendere in esame anche il rapporto tra diritto UE e diritto internazionale generale. Dall'altro lato, si vedrà come sia il diritto UE a determinare da sé le modalità di recepimento del diritto internazionale al proprio interno. Come si avrà modo di osservare (Sezione I.2.), questa facoltà di autodeterminazione rappresenta una prima concezione di autonomia dell'ordinamento UE, l'autonomia normativa, la quale viene postulata dalla Corte di giustizia. Tale concezione verrà quindi inserita all'interno del "quadro costituzionale" dell'ordinamento dell'UE, come ricostruito dalla Corte. In esso, l'autonomia del diritto UE compare declinata secondo più significati (oltre a quello di autonomia normativa), su cui ci si soffermerà nel corso della trattazione. Tra questi significati, sarà possibile identificare anche quello di autonomia come principio, le cui modalità di applicazione, all'interno della giurisprudenza della CGUE, saranno indagate nei successivi Capitoli II e III. Prima di passare a questi, ci si soffermerà sul peso e sulla portata dell'autonomia del diritto UE da un punto di vista teorico (Sezione I.3.). In quest'ottica, si insisterà sul valore esistenziale attribuibile all'autonomia nelle due dimensioni che la

caratterizzano, quella interna (*vis-à-vis* il diritto nazionale degli Stati membri) e quella interna (*vis-à-vis* il diritto internazionale), e ci si soffermerà infine su quelle situazioni in cui tali dimensioni si sovrappongono.

I.1. Il rapporto tra diritto dell'UE e diritto internazionale pattizio secondo l'ordinamento UE.

I.1.1. La personalità giuridica e gli accordi internazionali vincolanti per l'UE.

È difficile arrivare ad una definizione della natura giuridica dell'Unione europea che riesca ad abbracciare per intero la complessità che la contraddistingue. Si può comunque partire con l'assunto che l'UE sia un soggetto caratterizzato da una dimensione internazionale, sia per quanto riguarda il suo momento fondativo, costituito dai Trattati, sia per quanto riguarda la sua azione esterna, ossia "l'azione dell'Unione sulla scena internazionale"[1].

Questa dimensione le viene riconosciuta ed assegnata dai Trattati istitutivi stessi. Il capo 1 del titolo V TUE, in particolare, contiene le "disposizioni generali sull'azione esterna", ma già all'interno del titolo I, contenente le "disposizioni comuni", il paragrafo 5 dell'art. 3 TUE viene dedicato ad identificare gli obiettivi generali che l'UE persegue "nelle relazioni con il resto del mondo".

Van Vooren e Wessel, ispirati da un articolo di Cremona[2], prendono in considerazione l'UE in quanto attore globale e la descrivono come di seguito:

> "[…] as an entity which interacts with countries and international organizations (and even its own Member States), in ways which are legally and politically distinguishable from its constitutive Member States. In the global context, this entity thus has a stand-alone identity composed of values, interests and policies which it seeks to define and promote internationally as its own"[3].

Nella conduzione della propria azione esterna, infatti, l'UE può ricorrere a misure autonome, cioè adottare atti tra quelli elencati all'art. 288 TFUE, che hanno natura interna ed unilaterale, oppure può agire tramite strumenti aventi natura internazionale, cioè i trattati, ed intrattenere

[1] Art. 21, par. 1, TUE.
[2] Cremona, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, in *Common Market Law Review*, Vol. 41, 2004, p. 553 e ss.
[3] Van Vooren e Wessel, *EU external relations law*, Cambridge university Press, Cambridge, 2014, p. 2.

così rapporti giuridici con altri soggetti di diritto internazionale. Questo perché l'UE stessa rientra nel novero dei soggetti della comunità internazionale, avendo personalità giuridica internazionale.

Ciò è affermato a livello dei Trattati dall'art. 47 TUE, che per la prima volta attribuisce esplicitamente personalità giuridica all'Unione europea[4], visto che il TCE conteneva una disposizione simile, ma con riferimento alla Comunità e non all'Unione[5]. La statuizione contenuta nell'articolo 47 TUE, tuttavia, possiede valore normativo solo sul piano interno, nei confronti degli Stati membri, ossia degli Stati parte dei Trattati istitutivi, tanto che, quando tale disposizione compare nel ragionamento della Corte di giustizia (nella versione concernente la personalità della CEE, contenuta nel relativo trattato), essa viene considerata come fondamento non tanto dell'esistenza di tale capacità giuridica sul piano del diritto internazionale,[6] ma piuttosto dell'avvenuta attribuzione da parte degli Stati membri all'Unione (e Comunità) di un potere generale di concludere accordi internazionali con parti terze[7]. L'art. 47 TUE può essere visto quindi come una norma di diritto UE se ci si pone da

[4] "L'Unione ha personalità giuridica", art. 47 TUE. *Cfr*. Sul tema della personalità dell'Unione pre-Lisbona, si veda Tizzano, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicoli 2/3, 1998, p. 377 e ss.

[5] "La Comunità ha personalità giuridica", art. 201 (art. 281 dopo le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam) del TCE. Anche il TCEE conteneva uguale statuizione, all'art. 210. Per un'analisi dell'affermazione e dell'evoluzione della personalità giuridica della Comunità e dell'Unione nel tempo si veda McGoldrick, *The International Legal Personality of the European Community and the European Union*, in Dougan e Currie (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, p. 181 e ss.

[6] Ciò detto, l'attribuzione all'UE del *treaty making power* le permette di agire sul piano internazionale, quindi funge da presupposto per la sua personalità internazionale.

[7] Partendo da questo presupposto la Corte arriva poi a sostenere l'esistenza di una competenza implicita a concludere accordi internazionali, in sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 22-70, ECLI:EU:C:1971:32, punti 12-19 (sentenza "*AETS*"). Sul tema, si rimanda a Tizzano, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenza a stipulare della CEE*, in *Il Foro italiano*, 1971, Vol. 94, No. 11, parte IV, p. 339 e ss.; Fois, *La problematica degli accordi degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, p. 432 e ss.; Giardina, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 609 e ss.; Gori, *Sulla competenza negoziale esterna delle organizzazioni intergovernative con particolare riguardo alle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1971, p. 186 e ss.; De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 9 e ss.; Cremona, *EU external relations: unity and conferral of powers*, in Azoulai (a cura di), *The question of competence in the European Union*, Oxford University Press, New York e Oxford, 2014, pp. 65 e ss.; Chamon, *Implied exclusive powers in the ECJ'S post-Lisbon jurisprudence: The continued development of the ERTA doctrine*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, 2018, Issue 4, p. 1101 e ss. L'art. 47 viene richiamato dalla Corte in situazioni relative all'esistenza della capacità giuridica dell'UE non solo nei confronti degli Stati membri, cioè in quelle situazioni riguardanti l'applicazione del principio di attribuzione, ma anche nei confronti delle Istituzioni stesse, in sentenza della Corte del 9 agosto 1994, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305, pp 24-25. Entrambe le situazioni devono quindi qualificarsi come situazioni interne all'ordinamento giuridico UE.

un punto di vista interno, o come una clausola di un trattato multilaterale se la si osserva dall'esterno. Per il diritto internazionale, dunque, l'art. 47 TUE vincola solo gli Stati parte del trattato, non i soggetti terzi, avendo per essi tutt'al più valore ricognitivo della volontà degli Stati membri. Perché l'UE sia un soggetto del diritto internazionale a tutti gli effetti essa deve invece possedere una *objective international personality*[8] che valga quindi anche per i soggetti estranei al vincolo convenzionale, la quale poggia a sua volta su un riscontro oggettivo e fattuale[9], fondato sulla prassi dell'azione dell'organizzazione internazionale stessa e sulla prassi dei soggetti che con essa interagiscono[10]. Non è questa la sede per svolgere un'analisi empirica volta a dimostrare che l'UE abbia personalità giuridica effettiva e indiscussa sul piano internazionale[11]; la si darà invece come assodata. Si deve però notare come, nel momento in cui si scrive, l'UE sia parte di più di 1200 accordi internazionali, sia bilaterali che multilaterali[12]. Infatti, la conclusione di accordi internazionali rappresenta una manifestazione concreta ed evidente della personalità internazionale dell'UE e, a sua volta, la personalità internazionale è la condizione necessaria affinché l'Unione abbia il potere di condurre una propria azione sul piano internazionale, intrattenendo relazioni giuridiche con soggetti terzi, anche, e soprattutto, attraverso la negoziazione e conclusione di accordi internazionali. Per un'organizzazione internazionale, infatti, la personalità giuridica comporta la capacità di essere titolare di diritti e obblighi di diritto internazionale, sia primari che secondari[13], in linea con quanto sostenuto dalla Corte internazionale di giustizia, secondo cui "[i]nternational organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any

[8] Parere dell'11 aprile 1949, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, in *I.C.J. Reports 1949*, p. 174 e ss., p. 185.

[9] Cremona, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, in Craig e de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU Law 3rd ed.*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 431 e ss., p. 468.

[10] McGoldrick, op. cit., pp. 183-187. Gazzini, *The relationship between international legal personality and the autonomy of international organizations*, in Collins e White (a cura di), *International organizations and the idea of autonomy: Institutional independence in the international legal order*, Routledge, Oxon e New York, 2011, p. 196 e ss., p. 198. Sulla necessità di svolgere un'analisi della prassi, quando si indaga il tema della personalità delle organizzazioni internazionali, si veda Conforti, *La personalità internazionale delle unioni di stati*, in *Diritto Internazionale*, Vol. XVIII, 1964, p. 324 e ss., p. 326.

[11] Si rimanda a McGoldrick, op. cit. Per una panoramica sull'apporto della dottrina italiana allo studio dell'argomento, si veda Caggiano, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno VIII, 2013, no. 3, p. 441 e ss., pp. 458-460.

[12] Per un elenco dettagliato di tutti gli accordi, si visiti l'inventario online del SEAE, disponibile al link https://ec.europa.eu/world/agreements/viewClauseCollection.do (ultimo accesso 28/01/2023).

[13] Così l'art. 3 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, in CDI, *Draft articles on the responsibility of international organizations 2011*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, Vol. II, Part Two. Sulla responsabilità internazionale dell'UE come organizzazione internazionale, si veda Van Vooren e Wessel, op. cit., pp. 240-242.

obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or *under international agreements to which they are parties*"[14].

All'interno dell'ordinamento UE, il potere di concludere accordi internazionali è codificato espressamente all'art. 216, par. 1, TFUE, che riconosce la competenza dell'UE a concludere accordi nei casi in cui i Trattati già lo prevedano in relazione alle singole politiche, e le attribuisce competenza implicita negli altri ambiti, sulla scorta della dottrina inaugurata con la sentenza *AETS*[15].

Il secondo paragrafo dell'art. 216 TFUE sancisce poi che "[g]li accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri"[16]. In questo modo, quindi, gli accordi entrano nel novero delle fonti del diritto UE, in linea con la posizione espressa dalla Corte nella sentenza del 1974 nel caso *Haegeman*, secondo la quale le disposizioni di tali accordi formano parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE (all'epoca ordinamento comunitario), a partire dalla loro entrata in vigore sul piano internazionale[17]. L'introduzione nell'ordinamento avviene quindi per effetto dell'art. 216, par. 2, TFUE senza necessità di alcun ulteriore mezzo per il recepimento, e tali fonti hanno valore vincolante per Stati membri e Istituzioni. Come spiega la Corte:

> "[…] gli Stati membri sono vincolati da questi accordi al pari delle citate istituzioni. Di conseguenza, sia le istituzioni comunitarie che gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto degli obblighi derivanti da tali accordi. I provvedimenti necessari per attuare le disposizioni di un accordo concluso dalla comunità devono essere adottati in base allo stato attuale del diritto comunitario nei settori interessati dall'accordo, talora dalle istituzioni comunitarie talaltra dagli Stati membri. […] Nel garantire il rispetto degli impegni derivanti da un accordo concluso dalle istituzioni comunitarie, gli Stati membri adempiono un obbligo non solo nei confronti del paese terzo interessato, ma anche e

[14] Parere del 20 dicembre 1980, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, in *ICJ Reports 1980*, p. 73 e ss., punto 37, corsivo aggiunto. *Cfr.* Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 53.
[15] *Supra*, nota 7.
[16] Art. 216, par. 2, TFUE.
[17] Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *R. & V. Haegeman contro Belgio*, causa 181-73, ECLI: ECLI:EU:C:1974:41, punti 3-5.

soprattutto verso la Comunità che si è assunta la responsabilità del corretto adempimento dell'accordo"[18].

Quanto alla posizione degli accordi nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento UE[19], essi si collocano come norme interposte, cioè al di sopra del diritto derivato[20], ma sotto al diritto primario[21]. Nella sentenza relativa al caso *Kadi I*[22], la Corte conferma che le norme di diritto internazionale pattizio vincolanti per l'UE prevalgono sulle norme interne, ma che tale prevalenza non si estende anche nei confronti delle norme di diritto primario[23], portando a sostegno di quest'ultimo punto l'argomento per il quale un accordo dell'UE non può entrare in vigore qualora la Corte si sia espressa negativamente circa la compatibilità con il diritto primario (TCE), in base alla procedura prevista all'art. 218, par. 11, TFUE (art. 300, par. 6, TCE)[24]. L'argomento utilizzato mette quindi in luce un ulteriore effetto dell'art. 216, par. 2, TFUE e del conseguente ingresso degli accordi nel sistema delle fonti di diritto dell'UE, cioè il fatto che essi rientrano nella giurisdizione della CGUE[25]. La competenza della CGUE in materia ha una duplice portata: da un lato, la Corte può fornire un'interpretazione delle norme contenute in tali accordi e valutarne la compatibilità con il diritto primario[26]; dall'altro, posto che "[…] allorché l'Unione conclude accordi internazionali, questi ultimi vincolano le sue

[18] Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, ECLI: ECLI:EU:C:1982:362, punti 11-13. *Cfr.* Klabbers, *The Reception of International Law in the EU Legal Order*, in Schütze e Tridimas (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1208 e ss., pp. 1217-1219.

[19] Sulla collocazione degli accordi internazionali nella gerarchia delle fonti interne del diritto UE, si veda Peters, *The Position of International Law within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, p. 9 e ss., pp. 37-42.

[20] Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-61/94, ECLI: ECLI:EU:C:1996:313, punto 52.

[21] Sentenza della Corte del 9 agosto 1994, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-327/91, cit. e sentenza della Corte del 10 marzo 1998, *Repubblica federale di Germania contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94. Nel capitolo seguente, si esamineranno più diffusamente casi in cui la Corte si è trovata a decidere sulla compatibilità di progetti di accordi UE con alcune norme dei Trattati, *ex* art. 218, par. 11, TFUE.

[22] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit.

[23] Il punto era già stato esplicitato in sentenza del Tribunale di primo grado del 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-201/04, punto 798.

[24] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punti 307-309.

[25] Per una panoramica sul ruolo della CGUE riguardo gli accordi internazionali, si rimanda a Koutrakos, *EU international relations law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2015, pp. 229-256.

[26] Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *R. & V. Haegeman contro Belgio*, causa 181-73, cit., punto 6; parere della Corte 1/76, cit., punto 17.

istituzioni e, di conseguenza, prevalgono sugli atti dell'Unione stessa"[27], può dirsi che la Corte sia competente a valutare la compatibilità delle norme di diritto derivato rispetto a quelle previste dagli accordi[28]. Tuttavia, il fatto che tale accordo costituisca una fonte vincolante è condizione necessaria ma non sufficiente perché una norma contenuta in un accordo concluso dall'UE possa essere invocata in giudizio, per far valere un diritto o per contestare la legittimità di un atto di diritto derivato. A tal fine sono necessari ulteriori requisiti, inerenti "allo spirito, alla struttura ed alla lettera" dell'accordo e alla formulazione delle norme in questione[29].

Prima di soffermarsi più diffusamente sui requisiti riguardanti l'invocabilità in giudizio degli accordi internazionali, questione di cui ci si occuperà nel paragrafo seguente, occorre sottolineare che gli accordi internazionali con valore vincolante per l'UE e il suo ordinamento non si limitano a quelli conclusi dall'UE stessa in base all'art. 216, par. 1, TFUE e secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE, ma, in alcuni casi, può trattarsi anche di accordi negoziati e conclusi dagli Stati membri.

Si tratta di accordi internazionali multilaterali di cui tutti gli Stati membri fanno parte e che hanno ad oggetto materie su cui l'UE (e la Comunità) ha assunto la competenza, in forza delle norme dei Trattati e del principio di attribuzione. Si tratta della teoria della sostituzione ("*succession*" in inglese), secondo cui, nel momento in cui la competenza passa dagli Stati membri all'UE, quest'ultima subentra negli obblighi scaturenti dagli accordi in questione[30], con l'intento di salvaguardare gli impegni presi dagli Stati membri sul piano internazionale, che verrebbero altrimenti pregiudicati dalla avvenuta cessione delle competenze a favore dell'UE. La teoria è frutto dell'elaborazione della CGUE ed è stata applicata per la prima volta nel caso *International Fruit Company e a.*[31], con riferimento al rapporto giuridico tra le norme GATT del '47 e la CEE, ed ha poi trovato conferma anche nella giurisprudenza

[27] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e altri contro Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, punto 50.
[28] Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972 *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, ECLI:EU:C:1972:115, punti 4-6.
[29] Ivi, punti 19/20.
[30] Ciò è vero nella misura in cui si guardi alla sostituzione dal punto di vista dell'ordinamento giuridico dell'UE. Sul piano del diritto internazionale non ci sono norme o prassi uniformi in questo senso, mentre qualcuno mette in dubbio l'esistenza di tale teoria nel diritto UE stesso. Sul punto, si veda Wouters, Odermatt e Ramopoulos, *World Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law*, in Cremona e Thies (a cura di), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 139 e ss., pp. 259-260, e Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., pp. 368-376.
[31] Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, cit., punti 17-18.

successiva[32]. Tuttavia, la condizione perché la successione abbia luogo appare essere piuttosto stringente, posta la necessità che tutti gli Stati membri siano parti dell'accordo,[33] e che il trasferimento all'Unione delle competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri sia integrale ("*full transfer of powers*")[34]; sono quindi rari i casi in cui la Corte si sia pronunciata in senso affermativo, oltre al caso del GATT[35].

Formalmente la sostituzione rileva da un punto di vista interno[36], rendendo vincolanti per l'UE le norme contenute nell'accordo, le quali entrano nell'ordinamento giuridico UE diventandone parte integrante (per usare le stesse parole usate dalla CGUE in *Haegeman*). In questo modo l'accordo diviene fonte del diritto UE, valendo per esso quanto detto con

[32] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e altri contro Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, cit., punto 62; sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312, punto 48.

[33] Sentenza della Corte del 24 giugno 2008, *Commune de Mesquer contro Total France SA e Total International Ltd*, causa C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359, punto 85.

[34] Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, cit., punto 49. In questo caso, la Corte ha escluso che la Convenzione Marpol 73/78 potesse essere vincolante per l'UE, nonostante tutti gli Stati membri ne fossero parte. Più in generale, sull'attitudine della giurisprudenza della CGUE in questo ambito, si rimanda a Wouters, Odermatt e Ramopoulos, op. cit.

[35] Una situazione paragonabile a quella del GATT è stata rinvenuta con riferimento alla Convenzione sulla nomenclatura per la classificazione delle merci nelle tariffe doganali e alla Convenzione relativa all'istituzione di un consiglio di cooperazione doganale, in sentenza della Corte del 19 novembre 1975, *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen contro Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, causa 38-75, ECLI:EU:C:1975:154, punti 21/23. Cinque anni dopo, l'AG Capotorti spiega come la sostituzione abbia operato nel caso del GATT "[…] non in base alla sola constatazione che essa aveva assunto poteri già spettanti a quegli Stati nella materia regolata dall'Accordo generale, ma tenendo conto di almeno quattro altri elementi decisivi: il fatto che gli Stati membri fossero già vincolati dal GATT quando avevano stipulato il Trattato CEE, la volontà di quegli Stati di vincolare la Comunità mediante gli obblighi dell'accordo, coincidente con «l'adesione della Comunità agli scopi perseguiti dal GATT» che risulta dall'articolo 110 del Trattato di Roma, l'azione effettivamente svolta dalle istituzioni comunitarie nell'ambito di tale accordo, e il riconoscimento, che le altri parti contraenti avevano effettuato, del trasferimento di poteri dagli Stati membri alla Comunità", in conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti del 10 luglio 1980, *Attorney General contro Juan C. Burgoa*, causa 812/79, EU:C:1980:196, pp. 2815-2816. Si vedano anche le perplessità espresse dell'AG Kokott, in conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 20 novembre 2007, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, ECLI:EU:C:2007:689, punto 43. *Cfr.* Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., pp. 374-375.

[36] In sentenza della Corte del 12 dicembre 1972 *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, cit., p. 1225, la Commissione porta come argomento a sostegno della successione il fatto che "[g]li Stati terzi, membri del GATT, accettano che la Comunità si comporti in pratica come una parte contraente dell'accordo", ma la Comunità non aveva formalmente aderito all'accordo e solo gli Stati membri avevano diritto di voto; sulla partecipazione *de facto* della CEE al GATT si veda Petersmann, *The ECC as a GATT Member – Legal conflicts between GATT law and European Community Law*, in Hilf, Jacobs e Petersmann(a cura di), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 23 e ss., pp. 37-39. La Comunità divenne in seguito membro fondatore del WTO, nel '95. Si veda Van Vooren e Wessel, op. cit. pp-264-267.

riguardo agli accordi conclusi dall'Unione, compresa la competenza della CGUE a interpretarne le norme[37].

Diverso ancora è il regime degli accordi che regolano materie sulle quali l'UE (o la Comunità) ha competenza esclusiva ma autorizza gli Stati membri a concludere tali accordi al suo posto, "nell'interesse e per conto" ("*on behalf*") dell'UE[38], agendo come "gestori dell'interesse comune"[39], come nel caso dell'accordo *AETS*. In quell'occasione, infatti, nonostante la competenza a concludere l'accordo fosse stata acquisita dalla Comunità[40], l'effettiva conclusione è stata riservata agli Stati Membri, per evitare di compromettere il buon esito della negoziazione[41]. In *Libor Cipra* la Corte si è poi pronunciata sulla forza giuridica dell'accordo all'interno dell'ordinamento UE, sostenendo che "[l']accordo AETS fa parte del diritto comunitario e che la Corte è competente ad interpretare il medesimo"[42]. Tuttavia, diversamente che nel caso di sostituzione visto in *International Fruit Company e a.*[43], l'accordo *AETS* non è diventato direttamente fonte dell'ordinamento interno e vincolante *ex* art. 216, par. 2 del TFUE, ma l'incorporazione è avvenuta tramite un apposito regolamento, per mezzo del quale l'accordo è "entrato in vigore all'interno della Comunità"[44].

Quando concludono un accordo per conto dell'UE, gli Stati membri sono quindi obbligati rispetto al contenuto dell'accordo sia in forza del diritto internazionale, quali parti contraenti dell'accordo, sia in forza del diritto UE[45]. Come spiega Cremona, però, se l'incorporazione

[37] Sentenza della Corte del 22 ottobre 2009, *Irène Bogiatzi, coniugata Ventouras contro Deutscher Luftpool e altri*, causa C-301/08, ECLI:EU:C:2009:649, punto 25, e giurisprudenza *ivi* citata.

[38] Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 22-70, cit., punto 90.

[39] Nella versione inglese della pronuncia si trova la più eloquente espressione "*trustees* of the common interest", in sentenza della Corte del 5 maggio 1981, *Commissione delle Comunità europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, causa 804/79, ECLI:EU:C:1981:93, punto 30, corsivo aggiunto.

[40] Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 22-70, cit., punti 30-31.

[41] *Ivi*, punto 86.

[42] Sentenza della Corte del 16 gennaio 2003, *Libor Cipra e Vlastimil Kvasnicka contro Bezirkshauptmannschaft Mistelbach*, causa C-439/01, ECLI:EU:C:2003:31, punto 24.

[43] Come sostiene l'AG Capotondi, le circostanze specifiche che hanno portato la Corte a riscontrare l'avvenuta successione nel GATT del '47, rendono quello un caso peculiare; *supra*, nota 35.

[44] Sentenza della Corte del 16 gennaio 2003, *Libor Cipra e Vlastimil Kvasnicka contro Bezirkshauptmannschaft Mistelbach*, causa C-439/01, cit., punto 23.

[45] Cremona, *Member States Agreements as Union Law*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 291 e ss., p. 306. Secondo l'autrice, anche se l'accordo non fosse recepito con un atto interno di diritto derivato, gli Stati sarebbero comunque vincolati in forza del principio di leale cooperazione, *ex* art. 4, par. 3 del TUE.

avviene per mezzo di un atto di diritto derivato come nel caso dell'*AETS*, l'accordo non ha il rango di fonte interposta, ma si assesta sullo stesso rango dell'atto di recepimento[46].

I.1.2. Gli effetti delle norme contenute negli accordi internazionali all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE.

Come si è accennato in precedenza, una norma di diritto internazionale vincolante per l'UE è una fonte interposta del diritto dell'Unione ed in quanto tale può essere dotata di effetti diretti[47]; essa può fungere da parametro di legittimità di un atto interno di diritto derivato, così come può essere fatta valere da un individuo davanti al giudice nazionale, anche in presenza di normativa interna contrastante con la norma in questione[48]. Tuttavia, affinché la norma in questione possa essere invocata in un procedimento giurisdizionale interno, vi sono ulteriori condizioni da soddisfare. Tali condizioni sono state progressivamente individuate dalla giurisprudenza della CGUE, al cui ruolo in questo ambito è stato fatto riferimento con l'evocativo appellativo di "*gatekeeper*"[49].

Preliminarmente, come osserva la CGUE in *Kupferberg*[50], bisogna verificare se le parti abbiano inteso disciplinare la questione dell'efficacia diretta nell'accordo stesso, in conformità ai principi del diritto internazionale. In effetti, vi sono vari esempi di accordi conclusi dall'UE[51], soprattutto in tempi recenti, in cui l'efficacia diretta viene esplicitamente esclusa dall'UE o da tutte le parti contraenti, come nei casi dell'accordo commerciale con la

---

[46] *Ivi*, pp. 309-310. Sull'opportunità di considerare un'estensione per analogia dell'art. 216, par. 2, TFUE anche ai casi in cui gli Stati membri concludono un accordo per conto dell'UE, si veda Eckes, *Case C-188/07, Commune de Mesquer v. Total France and Total International Ltd., Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2008 [2008] ECR I-4501*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 3, 2010, p. 899 e ss., p. 913 e ss.

[47] Sul concetto di efficacia diretta applicato alle norme degli accordi internazionali dell'UE, si veda Peters, op. cit., pp. 42-45 e 50-52.

[48] Si veda ad esempio la sentenza della Corte del 5 febbraio 1976, *Conceria Daniele Bresciani contro Amministrazione italiana delle finanze*, causa 87-75, ECLI:EU:C:1976:18, punto 26. Qualcuno in dottrina ha espresso perplessità circa l'approccio della Corte, che non distingue tra il test volto a stabilire quando la norma attribuisce diritti che possono essere fatti valere direttamente in giudizio dai privati e quello volto a individuare le norme che possono fungere da parametro di legittimità; *cfr.* Wouters, Odermatt e Ramopoulos, op. cit., p. 262. Nello stesso senso della CGUE invece Eeckhout, *Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 3 June 2008*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 6, 2009, p. 2041 e ss., pp. 2053-2054.

[49] Snyder, *The gatekeepers: The European courts and WTO law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 40, Issue 2, 2003, p. 313 e ss. Così anche Cremona, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in Craig e de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU Law 2nd ed.*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 217 e ss., p. 234 e ss.

[50] Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, cit., punto 17.

[51] Koutrakos, op. cit., p. 258.

Corea e dell'accordo di associazione con l'Ucraina e nei casi degli accordi di libero scambio con Canada, Vietnam e Singapore[52]. Qualora invece tale disciplina manchi, allora spetterà alla CGUE stabilire se le norme in questione siano suscettibili o meno di dispiegare effetti diretti.

Il primo di due requisiti su cui la Corte solitamente si sofferma riguarda ciò che Lenaerts identifica come diretta applicabilità dell'accordo[53], ossia la capacità dell'accordo "*as a whole*" di conferire diritti suscettibili di essere fatti valere in giudizio dagli individui, senza la necessità di misure di esecuzione apposite[54]. La definizione terminologica adottata dalla Corte circa questo campo di indagine varia nella giurisprudenza[55]; l'espressione con cui più comunemente vi si riferisce è "*nature and broad logic*" dell'accordo, tradotto in "natura" e

[52] Rispettivamente: *ex* art. 8 dell'Accordo di libero scambio tra EU e i suoi Stati membri e la Corea del sud, *cfr.* decisione del Consiglio del 16 settembre 2010, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra (2011/265/UE), in *G.U.U.E.* L 127, del 16 settembre 2010, p. 1 e ss.; *ex* art. 5 dell'Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 161, del 29 maggio 2014, p. 3 e ss.; *ex* art. 30, par. 6, dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, in *G.U.U.E*. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 e ss.; *ex* art. 16, par. 16., dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam ST/6051/2019/INIT, in *G.U.U.E*. L 186 del 12 giugno 2020, p. 3 e ss.; *ex* art. 16, par. 16, dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore ST/7972/2018/ADD/5, in G.*U.U.E.* L 294 del 14 novembre 2019, p. 3 e ss. Questa pratica può essere vista come una forma di limite al ruolo di "*gatekeeper*" della CGUE. In questo senso, si veda Ghazaryan, *Who Are the 'Gatekeepers'?: In Continuation of the Debate on the Direct Applicability and the Direct Effect of EU International Agreements*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 37, No. 1, 2018, p. 27 e ss., pp. 61-64. Su questa prassi, in particolare nel caso dell'accordo di associazione con l'Ucraina, si veda Van Der Loo, Van Elsuwege e Petrov, *The EU-Ukraine association agreement: assessment of an innovative legal instrument*, in *EUI LAW*, 2014/09, disponibile al link http://hdl.handle.net/1814/32031 (ultimo accesso 28/12/2022), pp. 26-27.

[53] Lenaerts, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law*, in Govaere, Lannon, Van Elsuwege e Adam (a cura di), *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Brill, 2014, p. 45 e ss., pp. 56-57.

[54] *Ivi*, pp. 45-46. Sul concetto di applicabilità diretta e sulla distinzione con quello di efficacia diretta si rimanda a Winter, *Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 9, Issue 4, 1972, p. 425 e ss.

[55] In *International Fruit Company e a*. si parla di "spirito", "struttura" e "lettera" dell'accordo, sentenza della Corte del 12 dicembre 1972 *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, cit., punti 19-20, in *Kupferberg* di "natura e struttura", sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, cit., punto 22.

"struttura" della sentenza relativa al caso *IATA*[56], e in "natura" ed "economia" in quella relativa al caso *Portogallo c. Consiglio*[57].

Se come in *Kupferberg* questo primo requisito sussiste[58], la Corte passa allora ad esaminare il secondo, che riguarda non più l'accordo nel suo insieme ma la specifica norma in questione, che per avere efficacia diretta deve essere sufficientemente chiara e precisa ed i suoi effetti non devono essere condizionati all'adozione di un atto ulteriore[59].

In conclusione, qualora le parti non si siano espresse, si tratta di applicare un test in tre fasi: a) l'accordo contenente la norma in esame deve vincolare l'UE; b) la natura e l'economia generale dell'accordo non devono ostare a che esso abbia efficacia diretta; c) la norma deve essere chiara precisa e incondizionata[60].

Negli anni, la CGUE ha sviluppato una copiosa giurisprudenza in materia, applicando questo test a vari accordi internazionali[61]. Per fare qualche esempio, in *ATAA* vengono sottoposti all'esame della Corte norme contenute in tre accordi, cioè la Convenzione di Chicago, il Protocollo di Kyoto e l'Accordo "*Open Skies*", e di questi il primo non supera la prima fase del test (non essendo un accordo concluso dall'UE e non potendo operare la successione, in mancanza di un trasferimento integrale di competenze)[62], il secondo non supera la seconda fase[63], mentre il terzo le supera tutte e tre, in relazione ai tre articoli dell'accordo alla luce dei quali la Corte era chiamata a valutare la compatibilità dell'atto interno impugnato (anche se in concreto poi l'atto non è risultato essere in contrasto con essi)[64]. In *Intertanko* la convenzione *Marpol 73/78* non supera la prima fase[65], mentre la Convenzione di Montego

[56] Sentenza della Corte del 10 gennaio 2006, *The Queen, ex parte International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association contro Department for Transport*, causa C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10, punto 39.

[57] Sentenza della Corte del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574, punto 47.

[58] Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, cit., punto 14.

[59] *Ivi*, punti 23-27; in questo caso l'esame della CGUE ha esito positivo.

[60] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e altri contro Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, cit., punti 52-54. Per quanto chiaramente la Corte spieghi tale test in *ATAA*, essa è stata tuttavia incostante nell'applicarlo in maniera così schematica e lineare nella sua giurisprudenza. Sul punto, si veda Koutrakos, op. cit, pp. 260-267 e Lenaerts, op. cit., p. 64; secondo quest'ultimo, un intreccio in particolare tra la seconda e la terza fase del test, nel ragionamento della CGUE, risulta inevitabile da un punto di vista logico.

[61] Per una disamina approfondita della giurisprudenza in questione si rimanda a Koutrakos, op. cit, pp. 267-278.

[62] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e altri contro Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, cit., punti 69-71.

[63] *Ivi*, punti 73-78.

[64] *Ivi*, punti 79-100.

[65] Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, cit., punto 49.

Bay (*UNCLOS*) non supera la seconda[66]. In *Simutenkov* al contrario la norma invocata dal ricorrente per godere di un diritto soggettivo viene considerata effettivamente dotata di efficacia diretta, superando tutte le fasi del test[67].

Il primo caso di questo filone giurisprudenziale è rappresentato dalla già citata *International Fruit Company*. In esso, la Corte ha affrontato la questione dell'efficacia diretta delle norme del GATT del '47 e ha concluso per l'inidoneità dell'accordo ad attribuire diritti di cui i singoli cittadini potessero esigere giudizialmente l'osservanza per contestare la validità di un atto comunitario, a causa della "grande flessibilità" delle disposizioni del GATT[68]. A partire da questo caso la Corte è tornata ad esprimersi più volte sugli effetti del GATT nell'ordinamento giuridico dell'UE[69], specificando ed ampliando di volta in volta la portata della posizione assunta in *International Fruit Company*, come in *SIOT*, in cui il ragionamento viene esteso anche al caso in cui ad essere incompatibili con le norme GATT siano norme nazionali[70], ed in *Germania c. Consiglio* del '94, in cui la Corte afferma che neanche gli Stati membri possono invocare le norme GATT come parametro di legittimità per il diritto derivato comunitario[71]. In seguito, in *Portogallo c. Consiglio* la CGUE ha confermato la sua

Intertanko è considerato *leading case* per quanto riguarda il requisito del trasferimento integrale di competenze dagli SM all'UE affinché operi la successione. Per un commento si veda Eeckhout, *Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 3 June 2008*, op. cit.

[66] Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, cit., punti 64-65.

[67] Al cittadino russo ricorrente venne così riconosciuta la possibilità di godere del diritto di non discriminazione circa le condizioni di lavoro all'interno di un Paese membro, attribuitogli direttamente dall'art. 23, par. 1, dell'Accordo di partenariato Comunità-Russia, in sentenza della Corte del 12 aprile 2005, *Igor Simutenkov contro Ministerio de Educación y Cultura e Real Federación Española de Fútbol*, causa C-265/03, ECLI:EU:C:2005:213, punti 22 e 29. Un caso in cui invece la norma dell'accordo invocata non supera la terza fase del test e non è quindi idonea a regolare direttamente la situazione giuridica dei cittadini è quello dell'art. 9, n. 3 della Convenzione di Aahrus, in sentenza della Corte dell'8 marzo 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contro Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, causa C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, punto 45.

[68] Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, cit., punti 21 e 27/28.

[69] In generale, si veda Marescau, *The GATT in the case-law of the European Court of Justice*, in *The European Community and GATT*, cit., p. 107 e ss. Per una visione critica della posizione assunta dalla Corte di Giustizia circa l'efficacia diretta delle disposizioni del GATT, si veda Petersmann, *Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, Vol. 20, 1983, p. 397 e ss., pp. 424-437.

[70] Sentenza della Corte del 16 marzo 1983, *Società Italiana per l'oleodotto transalpino (SIOT) contro Ministero italiano delle finanze, Ministero della marina mercantile, Circoscrizione doganale di Trieste e Ente autonomo del porto di Trieste*, causa 266/81, ECLI:EU:C:1983:77, punto 30.

[71] Sentenza della Corte del 5 ottobre 1994, *Repubblica federale di Germania contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367, punto 112. Per una critica alla posizione della Corte circa l'equiparazione del *locus standi* di privati e Stati membri con riferimento all'invocabilità delle norme del GATT e del WTO, si veda Kuijpers e Bronckers, *WTO law in the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, Vol. 42, Issue 5, 2005, p. 1313 e ss., pp. 1343-1350; *Cfr.* anche Ehlerman, *Applicaiton of GATT rules in the European Community*, in *The European Community and GATT*, cit., p. 127 e ss., pp. 138-140. Il fatto che

giurisprudenza anche in relazione agli accordi OMC, sempre alla luce della loro natura ed economia, nonostante le innovazioni apportate rispetto al GATT del '47[72]. Più in particolare, la Corte fonda il suo ragionamento su due argomentazioni tra loro interconnesse, vertenti sulla reciprocità che caratterizza gli accordi OMC e la conseguente necessità di lasciare margine di manovra agli organi esecutivi e legislativi dell'UE quanto all'adempimento degli obblighi scaturenti da questi accordi[73].

Questo approccio di chiusura nei confronti del GATT è stato in parte rivisto dalla CGUE in due sue pronunce. Nel caso *Fediol*, la Corte ha stabilito che, posta l'assenza di efficacia diretta delle disposizioni del GATT (come da costante giurisprudenza), queste possono essere utilizzate come parametro di legittimità di un atto interno (un regolamento), qualora questo

il limite dell'efficacia diretta dell'accordo valga anche quando ad impugnare l'atto interno sia uno Stato membro e non un individuo, non significa che lo Stato membro non possa essere sottoposto ad una procedura d'infrazione per aver violato l'accordo internazionale, anche se questo non ha efficacia diretta. Si veda sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germani*a, causa C-61/94, cit.; sul punto, Mendez, *The enforcement of EU agreements: Bolstering the effectiveness of treaty law?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 6, 2010, p. 1719 e ss., pp. 1737-1741.

[72] Sentenza della Corte del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, cit., punti 36 e 47. Per un commento al caso, si veda Rosas, *Case C-149/96, Portugal v. Council. Judgment of the Full Court of 23 November 1999*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 3, 2000, p. 797 e ss.; Griller, *Judicial enforceability of WTO law in the European Union. Annotation to Case C-149/96, Portugal V. Council*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Issue 3, 2000, p. 441 e ss. Più in generale, sull'approccio della CGUE riguardo ai nuovi accordi OMC, si veda Eeckhout, *The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems*, in *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, p. 11 e ss., pp. 32-40; Snyder, op. cit.; Peers, *Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice*¸ in de Búrca e Scott (a cura di), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2001, p. 111 e ss.; Kuijpers e Bronckers, op. cit.; Mendez, *The Legal Effects of EU Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 174-249.

[73] Sentenza della Corte del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, cit., punti 44-46. Per alcune considerazioni sulla *ratio* sottostante all'argomento del "margine di manovra" si veda *infra*, Paragrafo IV.2.7. In questa sede, è interessante notare che il ragionamento della Corte presenta un ulteriore argomento a favore dell'esclusione dell'efficacia diretta delle norme OMC. Infatti, la Corte osserva che il risultato a cui è giunta quanto all'impossibilità di invocare le norme OMC ai fini della valutazione di legittimità del diritto derivato interno sia in linea con quanto risulta dall'ultimo considerando del preambolo della decisione sulla conclusione degli accordi OMC (decisione 94/800/CE del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round 1986-1994, in *G.U.U.E.* L 336 del 23 dicembre 1994, p. 1 e ss.), in cui il Consiglio esclude l'invocabilità diretta dell'accordo che istituisce l'OMC dinnanzi ai giudici interni del sistema giurisdizionale UE. In dottrina, ci si è chiesti quale valore sia da attribuirsi al considerando; *cfr.* Eeckhout, *The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems*, op. cit., pp. 38-39. Secondo alcuni, esso sarebbe privo di alcun valore giuridico. In questo senso vanno le conclusioni dell'avvocato Generale Antonio Saggio presentate il 25 febbraio 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, ECLI:EU:C:1999:92, punto 20. In dottrina, si veda Griller, op. cit., p. 462, e Mengozzi, *Private International Law and the WTO Law*, op. cit., p. 285. Altri, invece, hanno attribuito al considerando maggior rilevanza: Kennedy e Lee, op. cit., p. 87. Il dubbio, che non sembra essere stato sciolto dalla giurisprudenza successiva, porta Ghazaryan a chiedersi in che misura il Consiglio possa assumere le vesti di "*gatekeeper*", in alternativa al ruolo svolto in tal senso dalla Corte (*supra*, in questo paragrafo), in Ghazaryan, op. cit., p. 64 e ss.

faccia rinvio a tali disposizioni di diritto internazionale[74]. È quindi l'atto interno che permette agli individui interessati di invocare le norme del GATT ai fini dell'annullamento. Nel caso *Nakajima*, invece, la società ricorrente contestava in via incidentale la validità di un atto interno (ancora un regolamento) per contrasto con il Codice antidumping del 1979, istituito in attuazione del GATT, art. VI. Al pari del GATT, anche il Codice è considerato vincolante per la Comunità ma privo di efficacia diretta, e tuttavia la Corte accoglie l'argomento del ricorrente ed esamina l'atto interno alla luce delle norme del codice (pur respingendo il ricorso nel merito), poiché l'atto in questione era stato adottato proprio al fine di adempiere agli obblighi internazionali della Comunità, in particolare quelli derivanti dal Codice *anti-dumping* e dal GATT, art. VI[75]. In *Portogallo c. Consiglio*, poi, la Corte estende la portata di queste due eccezioni anche al caso degli accordi OMC, facendo riferimento ad esse come ad una sorta di test generale[76]. In effetti, tale test è stato più volte applicato sia in riferimento al GATT del '47, sia con riferimento al GATT del '94[77]. Ad ogni modo, da più commentatori in dottrina è stata espressa una certa perplessità circa la coerenza e la solidità di tale orientamento della Corte[78].

Se si vuole avere una panoramica completa degli effetti degli accordi nell'ordinamento giuridico UE, è necessario notare che il discorso non si limita al tema dell'efficacia diretta e

[74] Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contro Commissione delle Comunità* europee, causa 70/87, ECLI:EU:C:1989:254, punto 22.

[75] Sentenza della Corte del 7 maggio 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio delle Comunità europee*, causa C-69/89, ECLI:EU:C:1991:186, punti 28-31.

[76] "Solo nel caso in cui la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC, ovvero nel caso in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC, spetta alla Corte controllare la legittimità dell'atto comunitario controverso alla luce delle norme dell'OMC", sentenza della Corte del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, cit., punto 49.

[77] Per esempio, sentenza della Corte del 5 ottobre 1994, *Repubblica federale di Germania contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-280/93, cit., punto 111, per quanto riguarda il GATT del '47; ordinanza della Corte del 2 maggio 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH contro Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, causa C-307/99, ECLI:EU:C:2001:228, punti 27-31, per quanto riguarda invece il GATT del '94. In entrambi i casi il test ha dato esito negativo. La CGUE non sembra invece incline ad attribuire a tali eccezioni una portata generale che vada oltre al contesto GATT/OMC e che si estenda a tutti gli accordi vincolanti per l'UE ma privi di efficacia diretta; sul punto sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, *Consiglio dell'Unione europea e a. contro Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, cause riunite C-401/12 P – C-403/12 P, ECLI:EU:C:2015:4, punto 57. Tale punto però non sembra essere del tutto pacifico, tantoché in prima battuta il Tribunale si era espresso in senso contrario alla posizione poi tenuta dalla CGUE (Grande Sezione), in sentenza del Tribunale del 14 giugno 2012, *Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contro Commissione europea*, causa T-396/09, ECLI:EU:T:2012:301, punti 55-58, e anche la dottrina non è unanime; *cfr*. Gáspár-Szilágyi, *The Relationship between EU law and International Agreements. Restricting the Fediol and Nakajima Exceptions in Vereniging Milieudefensie*, in *Common Market Law Review*, Vol. 52, Issue 4, 2015, p. 1059 e ss.

[78] Kuijper ha definito la giurisprudenza *Nakajima* "not sustainable in a logical-legal sense", in Kuijper e Bronckers, op. cit., p. 1327. Si veda anche il commento di Peters, op. cit., pp. 73-75.

delle sue eccezioni. Invero, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche riconosciuto in capo a tali accordi la possibilità di dispiegare i propri effetti nell'ordinamento anche in via mediata e indiretta, laddove manchino effetti diretti. Questo approccio si basa sulla teoria dell'interpretazione conforme, che è stata introdotta nell'ordinamento giuridico UE dalla CGUE dapprima con riferimento al rapporto tra le norme del diritto dell'Unione e quelle degli ordinamenti degli Stati membri[79], per poi essere applicata anche al rapporto tra norme del diritto UE e diritto internazionale[80]. Come chiarisce la Corte in *Germania c. Consiglio* del '96, infatti, "allorché una norma di diritto derivato comunitario ammette più di una interpretazione, si deve dare la preferenza a quella che rende la norma stessa conforme al Trattato. […] Allo stesso modo, la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità sulle norme di diritto comunitario derivato impone di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme agli accordi"[81]. In realtà, la portata di tale regola è più ampia rispetto al dettato della pronuncia citata. Essa vale, per analogia, anche nei casi in cui a dover essere interpretato è il diritto nazionale degli Sati membri[82]. Inoltre, è stata applicata non soltanto con riguardo agli accordi conclusi dall'UE, ma più in generale agli accordi per essa vincolanti, compreso quindi il GATT del '47[83]. Per di più, tale regola è stata considerata

[79] Sentenza della Corte del 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, punto 28; sentenza della Corte del 13 novembre 1990, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, causa C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, punto 8. *Cfr.* Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, Issue 3, 2002, p. 397 e ss.; Docksey e Fitzpatrick, *The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 20, no. 2, 1991, p. 113 e ss., p. 117 e ss.

[80] Casolari, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 395 e ss.; Peters, op. cit., pp. 71-72.

[81] Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-61/94, cit., punto 52.

[82] Sentenza della Corte del 16 giugno 1998, *Hermès International (società in accommandita per azioni) contro FHT Marketing Choice BV*, causa C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292, punto 28; sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contro TUK Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk contro Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV*, cause riunite C-300/98 e C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688, punto 47.

[83] Sentenza della Corte del 17 ottobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contro Repubblica federale di Germania*, causa C-70/94, ECLI:EU:C:1995:328, punto 23. In ambito OMC invece, l'interpretazione conforme è stata ritenuta operante con riguardo all'accordo antidumping e al TRIPs, in sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-61/94, cit., punto 52, e sentenza della Corte del 16 giugno 1998, *Hermès International (società in accommandita per azioni) contro FHT Marketing Choice BV*, causa C-53/96, cit., punto 28. Sul tema, si veda Hix, *Indirect Effect of International Agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts, Jean Monnet Working Paper Series 03/13*, 2013, disponibile al link https://jeanmonnetprogram.org/paper/indirect-effect-of-international-agreements-consistent-interpretation-and-other-forms-of-judicial-accommodation-of-wto-law-by-the-eu-courts-and-the-us-courts-2/ (ultimo accesso 28/12/2022).

operante anche nel caso *Intertanko,* in cui la Corte ha sostenuto che la norma di diritto derivato dovesse essere interpretata alla luce della convenzione *Marpol 73/78* nonostante, come si è visto, questa non fosse vincolante per l'UE, ma solo per gli Stati membri[84]. In questo modo la teoria dell'interpretazione conforme si presta ad essere un ultimo rimedio per evitare un potenziale contrasto tra il diritto interno e il diritto internazionale e conciliare gli obblighi derivanti dai due ordinamenti, nel caso in cui la norma rilevante contenuta nell'accordo non abbia efficacia diretta o addirittura l'accordo non ponga di per sé obblighi di diritto internazionale in capo all'Unione.

I.1.3. Incorporazione ed efficacia delle fonti di terzo grado.

Oltre agli accordi internazionali, trovano un proprio ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico UE anche le fonti di terzo grado, cioè le decisioni di organi operanti nell'ambito di accordi di cui l'Unione è parte.

Tale ruolo è stato definito dalla giurisprudenza della CGUE, che si è espressa per la prima volta sul tema in casi aventi ad oggetto le decisioni adottate dal Consiglio di associazione istituito nell'ambito del primo accordo internazionale concluso dall'UE (all'epoca CEE), cioè l'Accordo di associazione CEE-Turchia, del 1963 ("*Accordo di Ankara*")[85]. Secondo questa giurisprudenza, il punto intorno al quale ruota l'incorporazione delle fonti di terzo grado consiste nel collegamento con l'accordo internazionale di riferimento. Se sussiste un "collegamento diretto", infatti, le decisioni dell'organo istituito dall'accordo diventano "parte

[84] Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, cit., punto 52. Per un caso più recente, si veda sentenza della Corte del 1° agosto 2022, *Sea Watch eV contro Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e a.*, cause riunite C-14/21 e C-15/21, ECLI:EU:C:2022:604, punto 90.

[85] Consiglio delle Comunità europee, *EEC-Turkey Association Agreement and Protocols and other basic texts*, Office for Official Publications of the European Communities, Lussemburgo, 1992, disponibile al link https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/EEC-Turkey association agreements and protocols and other basic texts.pdf (ultimo accesso 5/10/2020). Agli art. 23-25 è disposta l'istituzione di un organo denominato consiglio di associazione, a cui sono attribuite varie competenze, tra cui quella di dirimere le controversie tra le parti tramite l'adozione di decisioni vincolanti. Negli anni la Corte si è trovata varie volte ad esprimersi sull'idoneità a produrre effetti diretti delle norme contenute nell'accordo e nei protocolli annessi, per esempio in sentenza della Corte del 30 settembre 1987, *Meryem Demirel contro Comune di Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, ECLI: ECLI:EU:C:1987:400, punto 25, in cui la Corte esclude tale idoneità, e sentenza della Corte 19 febbraio 2009, *Mehmet Soysal e Ibrahim Savatli contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-228/06,ECLI:EU:C:2009:101, ECLI:EU:C:2009:101, punto 45, in cui invece la Corte ritiene le norme in questione idonee. *Cfr.* Vajda, *The EU and Beyond: Dispute Resolution in International Economic Agreements*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 1, 2018, p. 205 e ss., p. 206.

integrante dell'ordinamento"[86], esattamente come gli accordi internazionali secondo la giurisprudenza *Haegeman*. Si può quindi affermare che le fonti di terzo grado possono diventare fonti del diritto UE, al pari degli accordi, con la conseguenza che la Corte è competente ad interpretare non solo l'accordo, ma anche le decisioni del consiglio di associazione, come viene specificato in *Sevince*, ancora in virtù del "collegamento diretto" con l'*Accordo di Ankara*[87], e che queste decisioni possono arrivare anche ad avere efficacia diretta, posto che "[…] per poter essere considerate direttamente efficaci, le disposizioni di una decisione del consiglio di associazione devono soddisfare le medesime condizioni che valgono per le disposizioni dello stesso Accordo"[88].

Infine, la somiglianza di trattamento tra accordi internazionali e decisioni previste da tali accordi sembra valere anche con riguardo all'interpretazione conforme. Particolarmente significativa in questo senso appare la sentenza della CGUE in merito al caso *Deutsche Shell*[89], in cui la Corte dapprima estende al caso in questione le considerazioni svolte in *Sevenice*, riscontrando l'esistenza del "collegamento diretto" tra gli atti provenienti dagli organi istituiti dalla Convenzione relativa ad un regime comune di transito tra CEE e Paesi EFTA e la convenzione stessa, con la conseguenza che tali atti fanno parte del diritto comunitario. Quindi applica la teoria dell'interpretazione conforme, seppure si tratti di *soft law*[90], estendendo dunque a queste situazioni esterne quanto già affermatosi nella prassi interna, sulla scorta del caso *Grimaldi*[91].

In base a quanto detto, si può sostenere che le fonti di terzo grado siano regolate secondo la giurisprudenza sviluppata con riguardo alle decisioni del consiglio di associazione

---

[86] Sentenza della Corte del 14 novembre 1989, *Repubblica ellenica contro Commissione delle Comunità europee*, causa 30/88, ECLI:EU:C:1989:422, punto 13.

[87] Sentenza della Corte del 20 settembre 1990, *S.Z. Sevince contro Staatssecretaris van Justitie*, causa C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322, punti 9-10.

[88] *Ivi*, punto 14. Le norme della decisione oggetto del caso sono poi state ritenute dotate di efficacia diretta (punto 26). Per ulteriori casi relativi l'efficacia diretta delle disposizioni contenute nelle decisioni del consiglio di associazione istituito dall'accordo di Ankara, si veda Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, pp. 64-65, e giurisprudenza *ivi* citata.

[89] Sentenza della Corte del 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell AG contro Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, causa C-188/91, ECLI:EU:C:1993:24, punto 17.

[90] "Benché le raccomandazioni del comitato congiunto non possano far sorgere, in capo ai singoli, diritti che questi ultimi possano vantare dinanzi ai giudici nazionali, detti giudici devono tuttavia tenerle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie a loro sottoposte, segnatamente quando esse sono utili all'interpretazione delle disposizioni della convenzione, come nella fattispecie di cui alla causa principale", *ivi*, punto 18. *Cfr.* Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit. pp. 253-254, e Casolari, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, in *International Law as Law of the European Union*, op. cit., pp. 408-409.

[91] Sentenza della Corte del 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, punto 18, in cui la Corte dichiara che le raccomandazioni della

dell'Accordo di Ankara[92]. Negli anni l'UE ha concluso vari accordi internazionali includenti organi decisionali simili al Consiglio di associazione CEE-Turchia. Si pensi, per esempio, all'accordo di associazione con l'Ucraina[93] o a quello con la Armenia[94], che dispongono entrambi l'istituzione di un Comitato di associazione, e ancora si pensi agli accordi commerciali di nuova generazione[95], come il CETA o l'EUVFTA[96], nel cui ambito è prevista l'istituzione rispettivamente di un Comitato misto e di un Comitato per il Commercio, tutti competenti ad adottare decisioni vincolanti per le parti.

Questi accordi, però, non prevedono solo l'istituzione degli organi decisionali sopra menzionati, aventi natura tendenzialmente politica e funzione *lato sensu* normativa, interpretativa ed esecutiva[97], ma anche degli specifici meccanismi di risoluzione delle controversie che possono sorgere tra le parti circa l'interpretazione o l'applicazione degli accordi. Tali meccanismi sono di natura (semi-) giurisdizionale o, più spesso, arbitrale, e sono competenti a dirimere le questioni sottopostegli tramite decisioni vincolanti per le parti della controversia[98]; si tratta quindi di capire come queste decisioni si relazionino con l'ordinamento interno UE.

Nel parere 1/91, la Corte si è espressa con riguardo al "sistema di sindacato giurisdizionale" ("*EEA Court*") previsto dal *Progetto di accordo tra la Comunità europea e i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione di uno spazio economico europeo* (*Accordo SEE*), richiamando la giurisprudenza *Sevince* sugli atti adottati dagli organi previsti dagli accordi[99], e concludendo che: "qualora un accordo internazionale preveda un

Commissione, anche se non vincolanti, devono comunque essere prese in considerazione dai giudici nazionali nell'interpretazione del diritto interno.

[92] Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., pp. 254-255.

[93] Art. 464 dell'Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, cit.

[94] Art. 404 dell'Accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Georgia, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 261 del 30 agosto 2014, p. 4 e ss.

[95] *Cfr.* Adinolfi, *Gli obiettivi e la sfera di operatività degli accordi preferenziali dell'Unione europea*, in Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 3 e ss.

[96] Rispettivamente all'art. 26, par. 1, e all'art.17, par. 1; per i riferimenti, si rimanda a *supra*, nota 52.

[97] Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, op. cit., p. 141. I consigli e i comitati citati sono infatti composti da rappresentati delle parti degli accordi in questione, quindi UE, Stati membri e Stati terzi partner (si prenda a modello l'Accordo di Ankara, art. 25).

[98] Per una panoramica sui meccanismi di risoluzione delle controversie adottati nella prassi degli accordi internazionali conclusi dall'UE, si veda Rosas, *International Dispute Settlement: EU Practices and Procedures*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2003, p. 284 e ss., e Rosas, *The EU and international dispute settlement*, in *Europe and the World*, Vol. 1, Issue 1, 2017, p. 1 e ss.

[99] "[O]ccorre rilevare in via preliminare che gli accordi internazionali conclusi secondo la procedura dell'art. 228 del Trattato vincolano le istituzioni della Comunità gli Stati membri della stessa e che, in base ad una

sistema giurisdizionale proprio che comprende una Corte competente a dirimere le controversie tra le parti contraenti di tale accordo e, di conseguenza, ad interpretare le norme di quest'ultimo, le decisioni di tale Corte vincolano le istituzioni della Comunità, compresa la Corte di giustizia. Tali decisioni si impongono anche ove la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale o nell'ambito di un ricorso diretto, sull'interpretazione dell'accordo internazionale, nei limiti in cui quest'ultimo forma parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario"[100]. Secondo la Corte, quindi, le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali (e semi-giurisdizionali) sono vincolanti dal punto di vista dell'ordinamento giuridico interno e sono considerate come collegate all'accordo nel cui ambito è istituito l'organo, alla stregua delle decisioni dei comitati di associazione. A fronte di ciò, però, manca una casistica in cui la CGUE abbia affrontato la questione relativa all'efficacia dispiegata delle decisioni dei meccanismi di risoluzione delle controversie all'interno dell'ordinamento giuridico UE, con l'eccezione del caso dell'organo di conciliazione dell'OMC (*Dispute Settlement Body*, da adesso in poi DSB)[101]. In *Biret*, il

giurisprudenza costante della Corte di giustizia, le disposizioni di tali accordi e gli atti adottati dagli organi da essi previsti, dal momento della loro entrata in vigore, formano parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario", parere della Corte 1/91, cit., punto 37.

[100] *Ivi*, punto 39.

[101] Sull'argomento, si veda Mendez, *The impact of WTO rulings in the Community legal order*, in *European Law Review*, Vol. 29, Issue 4, 2004, p. 517 e ss.; Tancredi, *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), op. cit., p. 249. e ss. Il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC è disciplinato dall'Annesso 2 dell'Accordo che istituisce l'OMC denominato *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* (DSU) e di cui l'UE è parte. In base al DSU, il meccanismo è competente, tra le altre cose, ad interpretare le disposizioni OMC e a dirimere le controversie tra i membri relative all'applicazione ed all'eventuale violazione di tali norme. La procedura è organizzata in due gradi di giudizio, il primo affidato a *panel* istituiti *ad hoc*, il secondo ad un organo di appello (*Appellate Body*). I due organi decidono tramite l'adozione di *report*, i quali, per diventare vincolanti per le parti, devono essere adottati dal DSB, cioè l'organo di conciliazione composto da rappresentanti dei membri OMC, che decide per *consensus* l'eventuale non adozione. Per un'analisi più approfondita delle caratteristiche del meccanismo di risoluzione delle controversie OMC e del suo impatto giuridico sull'UE, si veda Cottier, *Dispute settlement in the World Trade Organization: characteristics and structural implications for the European Union*, in *Common Market Law Review*, Vol. 35, Issue 2, 1998, p. 335 e ss. Sebbene non sia del tutto pacifico se si debba qualificare il DSB come organo politico paragonabile ai comitati di associazione, o piuttosto come organo (semi-)giurisdizionale, la dottrina sembra orientata più su questa seconda opzione; In questo senso si veda Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, op. cit., pp. 140-142; Gattinara, *Consistent Interpretation of WTO Rulings in the EU Legal Order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), op. cit., p. 269 e ss., p 278; Cottier, op. cit., p. 370; Eeckhout, *The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems*, op. cit., pp. 34-35; Zonnekeyn, *The Status of Adopted Panel and appellate Body Reports in the European Court of Justice of First Instance*, in *Journal of World Trade*, Vol. 34, Issue 2, 2000, p. 93 e ss., p. 98. Nelle conclusioni sul caso *IKEA Wholesale*, l'AG Léger si esprime invece in senso opposto, sostenendo che le decisioni del DSB non siano vincolanti, vista la natura politica dell'organo, in conclusioni dell'Avvocato Generale Legér del 6 aprile 2006, *Ikea Wholesale Ltd contro. Commissioners of Customs & Excise*, causa C-351/04, ECLI:EU:C:2006:236, punto 94. La CGUE in secondo grado non affronta la questione della natura giuridica delle decisioni, ma si limita a dire che le circostanze impediscono di considerare come parametro di legittimità l'accordo antidumping, così come interpretato dalla decisione in questione, di fatto lasciando la porta aperta a entrambe le posizioni; sentenza

Tribunale ha negato l'efficacia diretta della decisione del DSB in esame, poiché questa deve essere considerata come "necessariamente e direttamente legata" alle disposizioni dell'accordo a cui si riferisce (accordo SFS)[102], rispetto alle quali non vi erano le condizioni perché dispiegassero effetti diretti[103].

Tale posizione è stata poi confermata dalla CGUE in secondo grado[104], nonostante l'opinione dell'AG Alber, che nelle sue conclusioni ritiene invece che le disposizioni dell'accordo a cui fa riferimento la decisione del DSB abbiano efficacia diretta e siano quindi idonee ad essere invocate dal ricorrente, proprio in virtù della decisione, a cui l'UE non si era adeguata[105]. In *FIAMM e Fedon* la Corte conferma quanto sostenuto in *Biret* e chiarisce che non vi è distinzione tra il potenziale effetto diretto delle norme OMC e quello di una decisione del DSB[106], per cui: "[p]roprio come le norme sostanziali contenute negli accordi OMC, una raccomandazione o una decisione dell'ORC [DSB] che constata il mancato rispetto di tali norme non è, a prescindere dalla portata giuridica precisa attribuita a tale raccomandazione o

della Corte del 27 settembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contro Commissioners of Customs & Excise*, causa C-351/04, EU:C:2007:547, punto 35. Per un commento, si veda Herrmann, *Case C–351/04, IKEA Wholesale Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, Judgment of the Court of Justice of 27 September 2007, Second Chamber [2007] ECR I-7723*, in *Common Market Law Review*, Vol.45, Issue 5, 2008, p. 1507 e ss. Tsymbrivska, *WTO DSB Decisions in the EC Legal Order: Approach of the Community Courts*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 37, Issue 3, 2010, p. 185 e ss., pp. 196-202.

[102] Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 gennaio 2002, *Etablissements Biret et Cie SA contro Consiglio dell'Unione europea*, causa T-210/00, ECLI:EU:T:2002:3, punto 77. L'accordo in questione è l'accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie, allegato 1A all'accordo che istituisce l'OMC.

[103] *Ivi*, punto 71-76.

[104] Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Biret International SA contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-93/02 P, ECLI:EU:C:2003:517, punto 58. La Corte non contesta l'approccio del Tribunale circa l'efficacia diretta delle decisioni del DSB e respinge nuovamente la domanda del ricorrente, nonostante riscontri due errori nel ragionamento del Tribunale applicato alle circostanze del caso; *cfr.* Koutrakos, op. cit, p. 292. Per un commento al caso, si veda Wiers, *One Day You're Gonna Pay: The European Court of Justice in Biret*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 31, Issue 2, 2004, p. 143 e ss., e Zonnekeyn, *EC liability for non-implementation of WTO dispute settlement decisions – Are the dice cast?*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Issue 2, 2004, p. 483 e ss.

[105] Conclusioni dell'Avvocato Generale Alber del 15 maggio 2003, *Biret International SA contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-93/02 P, ECLI:EU:C:2003:291, punto 81 e 120. L'approccio dell'AG Alber viene sostenuto parimenti dall'AG Tizzano, in conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 18 novembre 2004, *Léon Van Parys NV contro Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, ECLI:EU:C:2004:725, punto 57. Anche in relazione a questo secondo caso la CGUE nega la possibilità per il ricorrente di far valere l'incompatibilità di una norma comunitaria con alcune disposizioni dell'OMC, nonostante tale incompatibilità sia stata accertata dal DSB, in sentenza della Corte del 1 marzo 2005, *Léon Van Parys NV contro Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121, punto 54. *Cfr.* Lavranos, *The Chiquita and Van Parys Judgments:An Exception to the Rule of Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 32, Issue 4, 2005, p. 449 e ss.; Sørensen, *The Effect of WTO Dispute Settlement Body Decisions in EU Law: Van Parys*, in Butler e Wessel (a cura di), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Bloomsbury Academic, Oxford, 2022, p. 455 e ss.

[106] Sentenza della Corte del 9 settembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:476, punti 125-128.

decisione, idonea ad attribuire ai singoli un diritto di farla valere dinanzi al giudice comunitario per ottenere un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie"[107].

In conclusione, nella giurisprudenza sull'efficacia delle decisioni del DSB sopra analizzata[108], si può ritrovare nuovamente l'argomento del collegamento tra la decisione dell'organo e l'accordo che istituisce l'organo e che contiene le norme sostanziali applicate o interpretate dall'organo, già considerato in relazione alle decisioni dei comitati di associazione. Secondo tale argomento, dunque, è possibile dedurre che le decisioni pronunciate da un organo all'interno di un meccanismo di risoluzione delle controversie sarebbero potenzialmente

[107] *Ivi*, punto 129. Sulla scorta di questo ragionamento, la Corte esclude la possibilità di potersi esprimere sull'eventuale responsabilità *extra*-contrattuale della Comunità per la violazione dei propri obblighi OMC, nonostante la presenza di una pronuncia del DSB in questo senso. Infatti, per poter compiere una simile valutazione, la CGUE sarebbe comunque tenuta ad esprimersi sulla legittimità dell'azione delle Istituzioni alla luce degli obblighi OMC, e questo non è possibile. *Ivi*, punti 105-133. In argomento, si veda Thies, *International Trade Disputes and EU Liability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 81 e ss.

[108] Si tratta di procedimenti concernenti azioni per il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale dell'UE (attualmente *ex* art. 340, par. 2 e art. 268 del TFUE), che si inseriscono nella cosiddetta "saga delle banane" (*Van Parys* e *FIAMM e Fedon*) e nella giurisprudenza "ormoni" (*Biret*), in cui a ricorrere sono operatori economici danneggiati dal mancato adeguamento della normativa UE rispetto alle regole OMC sull'importazione di banane e carne di animali trattati con sostanze ad azione ormonica, a seguito della scadenza del termine per ottemperare alle decisioni con cui il DSB aveva riscontrato l'incompatibilità della normativa UE. Prima che la CGUE arrivasse a pronunciarsi a riguardo in *Biret*, il Tribunale si era già espresso in vari casi, respingendo i ricorsi sulla scorta della giurisprudenza sulla mancanza di efficacia diretta delle norme GATT/OMC; *cfr.* Koutrakos, op. cit, p. 291 e giurisprudenza *ivi* citata. La Corte poi specificherà che il requisito dell'efficacia diretta delle disposizioni degli accordi internazionali è del pari necessario per il controllo della legittimità degli atti della Comunità sia ai fini del contenzioso di annullamento, sia per statuire su un ricorso di risarcimento, in sentenza della Corte del 9 settembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, cit., punto 120. Su questa giurisprudenza e sulla "saga delle banane", si veda Adinolfi, *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il contenzioso euro-statunitense*, in Venturini, Adinolfi, Dordi e Lupone (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, p. 155 e ss., pp. 173-203, Peers, *Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 4, Issue 2, 1999, p. 195 e ss., Alemanno, *Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: Toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, Issue 2, 2004, p. 547 e ss., Zonnekeyn, *The Status of Adopted Panel and appellate Body Reports in the European Court of Justice of First Instance*, op. cit., Kuijper e Bronckers, op. cit., pp. 1330-1337 e più in generale Von Bogdandy, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC*, in *Journal of World Trade*, Vol. 39, Issue 1, 2005, p. 45 e ss.

idonee ad avere efficacia diretta, laddove anche l'accordo avesse efficacia diretta, posto che nel caso delle decisioni del DSB dell'OMC la Corte ha sempre concluso in senso negativo[109].

I.2. L'autonomia dell'ordinamento.

I.2.1. L'autodeterminazione delle modalità di recepimento del diritto internazionale.

Nei paragrafi precedenti si è osservato il rapporto tra il diritto UE e il diritto internazionale che vincola l'Unione, precisamente quello di natura convenzionale. Ciò che emerge da questa breve analisi è che simili norme di origine pattizia non arrivano a tangere la sfera giuridica dei soggetti dell'ordinamento UE - Stati membri ed individui - in qualità di norme di diritto internazionale, ma, piuttosto, esse vengono recepite all'interno dell'ordinamento, secondo regole interne, esattamente come avviene negli ordinamenti nazionali.

Come si è visto, le norme internazionali in questione entrano nell'ordinamento senza il bisogno di atti interni che ne riformulino il contenuto o che vi facciano rinvio volta per volta. Tale modalità è certamente indice di una certa apertura nei confronti del diritto internazionale, e permette alle norme di origine pattizia di confluire direttamente all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Ciononostante, tali norme entrano nell'ordinamento dell'Unione e ne diventano parte integrante. Esse vanno a collocarsi all'interno delle fonti di questo ordinamento e, in quanto tali, vincolano le Istituzioni nell'esercizio delle loro competenze e gli Stati membri nei confronti dell'Unione stessa, quali soggetti dell'ordinamento UE[110]. Accanto all'obbligo posto in capo all'Unione sul piano del diritto internazionale ne sorge quindi un altro, di natura interna, che arriva fino agli Stati membri[111]. Per spiegare questo fenomeno è stata proposta l'immagine del diritto UE come filtro tra il diritto internazionale e quello degli Stati membri[112], secondo il quale viene stabilito se e come le norme di diritto internazionale dispieghino i propri effetti all'interno dell'ordinamento UE in quanto parte integrante di quell'ordinamento[113]. Ciò comporta quindi che le norme di diritto internazionale

[109] Non è però scontata la possibilità di considerare come del tutto analoghe (ai fini del discorso) le decisioni del DSB dell'OMC e le pronunce di altri organi giurisdizionali e arbitrali nell'ambito dei meccanismi di risoluzione delle controversie inseriti negli accordi conclusi dall'UE. Sul dibattito sulla qualificazione giuridica del DSB e delle sue decisioni, si veda *supra,* nota 100.

[110] Così dispone l'art. 216, par. 2 del TFUE, ed in questo senso anche la CGUE in sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, cit., punto 13.

[111] *Ivi*, p. 14.

[112] Holdgaard, *External Relations Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 169-175.

[113] *Ivi*, p. 171; le norme di diritto internazionale vincolanti per gli Stati membri che non ricadono nella competenza dell'UE saranno invece eventualmente recepite direttamente negli ordinamenti nazionali, senza passare attraverso il filtro del diritto UE.

recepite siano assimilate alle altre norme di diritto UE e ne assumano quindi anche le caratteristiche di primato ed efficacia diretta (almeno in potenza) all'interno degli ordinamenti degli Stati membri[114].

È stato rimarcato in dottrina come questo meccanismo di recepimento sia difficilmente inquadrabile nelle categorie solitamente utilizzate, che gravitano intorno ai due concetti di monismo e dualismo[115]. Secondo Peters in particolare, le etichette di monismo e dualismo mal si concilierebbero con le particolari modalità di recepimento previste dall'ordinamento dell'Unione, in base alle quali avviene un mutamento della natura giuridica (da diritto internazionale a diritto UE) delle norme recepite, senza però la modifica del testo o del contenuto di tali norme e senza atti interni di rinvio[116]. Per questo motivo l'autrice propone di considerare quello del diritto UE come un nuovo modello di recepimento, un modello di "*communitarization*" del diritto internazionale[117], che può essere aggiornato in "*unionisation*"[118].

Nel senso dell'inadeguatezza delle categorie di monismo e dualismo con riferimento al modello dell'UE si è espresso anche Von Bogdandy, che considera le due teorie insoddisfacenti per capire e descrivere il "*pluriversum* normativo" costituito dai vari ordinamenti giuridici esistenti, da quello internazionale a quelli nazionali passando da quello dell'UE[119], tanto da arrivare a definire monismo e dualismo come "*intellectual zombies of another time*"[120]. Sposando una concezione pluralista, l'autore considera invece di

---

[114] Van Rossem, *The EU at crossroads: a constitutional inquiry into the way international law is received within the EU legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), op. cit., p. 59 e ss., pp. 68-69.

[115] Interessante, a tal riguardo, è l'idea espressa da Uerpmann-Wittzack, secondo cui l'ordinamento UE sarebbe da considerarsi fondamentalmente dualista, come tutti gli ordinamenti nazionali. Quello che cambia, è il grado di influenza monista che caratterizza l'ordinamento; in Uerpmann-Wittzack, *The Constitutional Role of International Law*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2010, p. 131 e ss., p. 135.

[116] Peters, op. cit., pp. 28-35.

[117] *Ivi*, p. 35. Nello stesso senso anche Tietje, *The status of international law in the European legal order: the case of international treaties and non-binding international instruments*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), *The Europeanisation of International Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2008, p. 55 e ss., p. 58-59. Si veda anche Wahl, *Europeanisation Beyond Supremacy*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), op. cit., p. 17 e ss.

[118] Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., p. 20.

[119] Von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, Issue 3-4, 2008, p. 397 e ss., p. 400. Se si vuole descrivere l'interazione dei vari ordinamenti giuridici che ha luogo all'interno dell'UE e dei suoi Stati membri, appare utile l'immagine della torta a tre strati fornita da Wahl, secondo la quale a ciascuno strato corrispondo le norme dei tre ordinamenti tra loro interconnessi, cioè quello internazionale, quello dell'UE e quello proprio dei vari Stati membri, in Wahl, op. cit., pp. 19-20.

[120] Von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, op. cit., p. 400. Secondo l'Autore, i termini "monismo" e "dualismo" potrebbero

fondamentale importanza le teorie dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme, secondo lui idonee a permettere un collegamento giuridico tra i vari ordinamenti[121].

Sulla centralità della teoria dell'efficacia diretta si esprime anche Klabbers, secondo cui questa teoria funge da ponte tra monismo e dualismo, poiché permette alle norme internazionali di dispiegare i propri effetti giuridici nell'ordinamento, ma allo stesso tempo permette a quest'ultimo di selezionare le norme dotate di tali effetti ed eventualmente proteggersi dalla penetrazione effettiva del diritto internazionale, anche laddove questo sia vincolante per l'Unione[122].

In questa sede non si intende addentrarsi oltre nel dibattito sulla qualificazione del modello di recepimento dell'UE, né sulla validità delle tesi che considerano superate le nozioni di monismo e dualismo[123]. Si vuole piuttosto porre l'accento sull'autodeterminazione da parte dell'ordinamento giuridico UE con riguardo al rapporto tra sé e il diritto internazionale[124]. A prescindere dal modello descrittivo adottato, infatti, si è visto che al momento del recepimento la norma internazionale diventa parte integrante dell'ordinamento e assume natura di norma interna. Ciò è stato chiarito dalla CGUE nella sua giurisprudenza a partire dai casi *Haegeman* e *Kupferberg* ed è sancito dall'art. 216, par. 2, TFUE, il quale funge quindi da "ponte costituzionale" tra il diritto internazionale e il diritto UE[125]. Inoltre, è stata proprio la CGUE ad aver attribuito agli accordi conclusi dall'UE e alle fonti di terzo grado il rango di fonte interposta, così come è la CGUE ad aver elaborato la teoria della sostituzione e le teorie dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme ed è lei ad applicarle caso per caso[126]. Il

essere usati tutt'al più per definire il grado di apertura o chiusura di un ordinamento interno rispetto al diritto internazionale; *Ibidem*.

[121] *Ivi*, p. 398.

[122] Klabbers, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 21, Issue 1, 2001, p. 263 e ss., pp. 294-296.

[123] Oltre agli autori sopra menzionati, si rimanda a Wessel, *Reconsidering the relationship between international and EU law: towards a content-based approach?*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), op. cit., p. 7 e ss., e alla dottrina *ivi* richiamata, in particolare De Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1 e ss., pp 32-39; si veda anche Cannizzaro, *The neo-monism of the European legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), op. cit., 2012, p. 35 e ss.

[124] A questo riguardo, si potrebbe anche affermare che in fin dei conti la scelta autonoma da parte di un ordinamento interno (di uno Stato come dell'UE) di optare per un modello di adattamento, quandanche si scegliesse un modello monistico, sarebbe concepibile soltanto all'interno di uno schema dualistico; *cfr.* Klabbers, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, op. cit., p. 295. Come si è detto, in questa sede si prescinderà dal trarre conclusioni sulla definizione del modello di adattamento proprio dell'ordinamento giuridico dell'UE.

[125] Van Rossem, *The EU at crossroads: a constitutional inquiry into the way international law is received within the EU legal order*, op. cit., p. 66.

[126] Si noti che la questione dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme non attengono strettamente al momento del recepimento della norma, il quale riguarda piuttosto l'esistenza e quindi la mera validità della

nuovo modello di recepimento e di interazione tra il diritto internazionale e il diritto UE è quindi frutto di elaborazione da parte del giudice dell'Unione e, dunque, in ultima istanza, può dirsi essere stato concepito all'interno dell'ordinamento UE stesso.

I.2.2. Segue. La *ratio* alla base del recepimento.

Alla luce di quanto detto finora, è quindi alla giurisprudenza della CGUE che conviene volgere l'attenzione, se si cercano le ragioni alla base del recepimento ed in generale delle modalità di interazione tra i due ordinamenti descritte nei paragrafi precedenti.

Nelle conclusioni sul caso *International Fruit Company e a*., l'AG Mayras descrive il recepimento del diritto internazionale e il particolare grado gerarchico degli accordi come fonti interposte alla luce del principio internazionale "*pacta sunt servanda*"[127], in base al quale la CEE (così come ora l'UE) è tenuta a rispettare agli accordi internazionali conclusi, in quanto soggetto dotato di personalità internazionale[128]. Nella sentenza della CGUE sul caso però, la Corte non pone l'accento sulla personalità internazionale della Comunità, quanto piuttosto sugli obblighi internazionali sussistenti in capo agli Stati membri. Secondo la Corte, infatti, alla base della successione vi sarebbe la necessità di garantire l'adempimento degli obblighi gravanti sugli Stati membri derivanti dal GATT del '47, dai quali, secondo il diritto internazionale, gli Stati membri non avrebbero potuto svincolarsi tramite un accordo successivo tra loro, quale era il TCEE[129]. In quest'ottica la CEE sembrerebbe quindi essere tenuta a subentrare negli obblighi internazionali dei propri Stati membri. Ciò deve però essere considerato alla luce delle circostanze particolari del caso, ed anzi può essere letto come a conferma della distinzione tra la personalità dell'UE (e prima della CEE) e quelle degli Stati

---

norma nell'ordinamento, a prescindere da rango ed effetti; tuttavia, come si è appena visto, queste due questioni risultano cruciali nel determinare gli effetti sui soggetti interni e l'interazione in concreto del contenuto delle norme recepite con le altre norme dell'ordinamento. Sulla distinzione tra i piani su cui si muovono i concetti di validità ed efficacia diretta si veda Wessel, *Reconsidering the relationship between international and EU law: towards a content-based approach?*, op. cit., p. 13 e pp. 18-21. Le teorie dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme non sono quindi rilevanti nel dibattito su monismo e dualismo se si intendono questi ultimi due concetti come modelli di recepimento. Se però essi vengono intesi *lato sensu* come descrittivi dell'attitudine in termini di apertura e chiusura dell'ordinamento interno rispetto al diritto internazionale, le due teorie e la loro applicazione da parte della CGUE diventano particolarmente significative.

[127] Conclusioni dell'avvocato generale Mayras del 25 ottobre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, ECLI:EU:C:1972:89, p. 1230 e ss., pp. 1233-1234. Secondo Klabbers, la posizione dell'AG Mayras sarebbe indice di monismo, in Klabbers, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, pp. 292-293.

[128] *Cfr.supra*, paragrafo I.1.1.

[129] Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, cit., punti 10-12.

membri. D'altronde, il terreno che sembrerebbe essere perso in termini di autodeterminazione dell'UE rispetto alla posizione dell'AG viene infatti recuperato già in *Kupferberg*, in cui la CGUE specifica che il recepimento degli accordi conclusi dalla CEE e il rispetto che deve essergli garantito all'interno dell'ordinamento è dovuto proprio alla capacità internazionale della CEE[130].

Il concetto che le modalità di incorporazione del diritto internazionale siano ispirate ai principi "*pacta sunt servanda*" e "*consuetudo est servanda*" traspare anche in altre pronunce, in cui però non si fa riferimento esplicito né ai principi in questione né alla personalità internazionale dell'UE, ma si parla di rispetto del diritto internazionale. Ciò è emerso in particolare quando la CGUE ha affrontato la questione del recepimento del diritto internazionale consuetudinario, riguardo al quale nulla dispongono i Trattati. In *Racke*, in particolare, la CGUE ha stabilito che la CE dovesse attenersi alle norme di diritto internazionale consuetudinario nella propria azione esterna, poiché "le competenze della Comunità devono venir esercitate *nel rispetto del diritto internazionale*"[131], e già prima, in *Poulsen*, la Corte aveva sostenuto che fosse necessario interpretare la norma interna sottopostale in conformità del diritto consuetudinario, sempre in ragione del rispetto del diritto internazionale a cui è tenuta la Comunità[132].

I principi "*pacta sunt servanda*" e "*consuetudo est servanda*" risultano quindi essere alla base delle varie modalità di recepimento e incorporazione esaminate nella sezione precedente e, come sostenuto da Casolari, la CGUE sembrerebbe aver elaborato un vero e proprio principio di rispetto del diritto internazionale, che informa le modalità d'interazione tra questo e il diritto UE[133]. Questo sarebbe certamente indice di una certa apertura dell'ordinamento. Tuttavia, a prescindere da ciò, e a prescindere dall'eventuale valore normativo che potrebbe essere attribuito ad un siffatto principio[134], ciò che qui si vuole sottolineare è che, tramite questa giurisprudenza, l'ordinamento UE avrebbe metabolizzato e interiorizzato anche

[130] Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, cit., punto 11.

[131] Sentenza della Corte del 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. contro Hauptzollamt Mainz*, causa C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, punto 45, corsivo aggiunto. Sul rapporto tra ordinamento dell'UE e diritto internazionale consuetudinario, si veda Van Vooren e Wessel, op. cit., pp. 233-237.

[132] Sentenza della Corte del 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden contro Peter Michael Poulsen e Diva Navigation Corp.*, causa C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453, punto 9. Per una pronuncia più recente, si veda sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Western Sahara Campaign UK contro Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs e Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, causa C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118, punto 47.

[133] Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit. pp. 291-299.

[134] Secondo Casolari, gli si potrebbe attribuire valore di principio strutturale, *ivi*, p. 298.

l'obbligo di rispettare il diritto internazionale, rendendolo un principio interno[135]. Pare quindi confermato il grado di autonomia dell'ordinamento nel determinare da sé i propri rapporti col diritto internazionale, con gli ovvi limiti dei principi posti alla base del diritto internazionale. Se si osserva la giurisprudenza sull'interpretazione conforme rispetto agli accordi internazionali dell'UE, si nota che la CGUE giustifica l'applicazione di tale tecnica ermeneutica alla luce della loro natura di fonte sovraordinata rispetto al diritto derivato[136]. Ciò è sicuramente manifestazione del rispetto del diritto internazionale e di una attitudine di apertura dell'ordinamento giuridico dell'UE[137], ma è anche segno di autodeterminazione da parte dell'ordinamento, poiché si è visto come sia l'ordinamento stesso, tramite la giurisprudenza e l'art. 216, par. 2, TFUE, ad aver assegnato agli accordi internazionali il rango di fonte interposta, il che comporta inoltre che al diritto internazionale sia stato riservato un rango elevato all'interno della gerarchia delle fonti di diritto UE, ma comunque subordinato rispetto al diritto primario. Inoltre, la tecnica dell'interpretazione conforme, così come applicata per garantire il rispetto del diritto internazionale, lascia comunque al giudice dell'UE l'ultima parola su come il diritto internazionale deve essere interpretato, implicando quindi un elemento di autoreferenzialità da parte dell'ordinamento giuridico dell'UE[138], similmente a quando la CGUE è chiamata a decidere circa l'efficacia di una norma internazionale all'interno dell'ordinamento e sulla sua interpretazione.

L'UE risulta quindi tenuta al rispetto del diritto internazionale, ma alle condizioni da questa stessa stabilite. Ne sono un esempio i casi *Kadi* e *Yusuf e Al Barakaat International Foundation*, in cui il Tribunale ha sostenuto di non avere la competenza a controllare in via incidentale la legittimità del contenuto di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in base allo standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, tra i vari motivi, perché "[tale competenza] sarebbe

[135] Tanto che di questo principio si trova traccia nei Trattati, in particolare all'art. 3, par. 5 del TUE, pure se limitatamente all'esercizio dell'azione esterna: "[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione […] [c]ontribuisce […] *alla rigorosa osservanza* e allo sviluppo *del diritto internazionale*, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite" (art. 3, par. 5, TUE, corsivo aggiunto).

[136] *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, causa C-61/94, cit., punto 52; si veda anche Sentenza della Corte del 1º aprile 2004, *Bellio F.lli Srl contro Prefettura di Treviso*, causa C-286/02, ECLI:EU:C:2004:212, punto 33.

[137] Rosas, *The European Court of Justice and Public International Law*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), op. cit., p. 71 e ss., p. 85. Secondo Casolari, sarebbe il principio del rispetto del diritto internazionale la *ratio* ultima dell'interpretazione conforme in relazione agli accordi internazionali dell'UE, in Casolari, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, op. cit., pp. 405-413.

[138] Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., p. 338.

incompatibile con il principio secondo il quale le competenze della Comunità e, pertanto, quelle del Tribunale devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale"[139]. La risposta su questo punto da parte dell'AG Maduro sintetizza quanto osservato finora sull'autodeterminazione dell'ordinamento giuridico dell'UE e del suo giudice. Secondo l'AG infatti "[l]'applicazione e l'interpretazione del diritto comunitario sono […] fondate sulla presunzione che la Comunità intenda onorare i suoi impegni internazionali. I giudici comunitari esaminano pertanto scrupolosamente gli obblighi che vincolano la Comunità sul piano internazionale e ne tengono conto nel loro apprezzamento. Tuttavia, in ultima analisi, i giudici comunitari determinano l'effetto di obblighi internazionali all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario con riferimento alle condizioni stabilite dal diritto comunitario"[140]. Come si vedrà nel paragrafo seguente, su questo punto la CGUE ha seguito la linea proposta dall'AG.

I.2.3. *Kadi* e l'autonomia normativa dell'UE.

Nella giurisprudenza relativa alla definizione della modalità di recepimento del diritto internazionale richiamata fino a questo punto, non compare mai il riferimento all'autonomia dell'ordinamento UE. Eppure, i due temi sono strettamente connessi. Infatti, nel caso *Kadi e Al Barakaat International Foundation* (da qui *Kadi*), sopra richiamato, la Corte associa l'autodeterminazione delle modalità di recepimento del diritto internazionale da parte dell'ordinamento UE al concetto di autonomia di quest'ultimo. *Kadi* è uno dei più noti casi aventi ad oggetto il tema del rapporto tra il diritto UE e il diritto internazionale e fornisce un buon punto di partenza per approcciare il tema dell'autonomia dell'ordinamento UE, alla luce di quanto visto finora. È bene, dunque, esaminarne alcuni passaggi più nel dettaglio.

La questione sottoposta alla CGUE e le pronunce del Tribunale e della Grande Sezione della Corte sono già state ampiamente discusse e analizzate, in tutta la loro complessità, in dottrina[141]. In questa sede ci si limiterà a osservare come la Corte abbia affrontato il tema del

[139] Sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332, punto 223 e sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331, punto 274.

[140] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa C-402/05 P, EU:C:2008:11, punti 22-23.

[141] Oltre ai commenti citati nelle note successive, si rimanda al lavoro di Poli e Tzanou, le quali hanno selezionato e analizzato più di settanta contributi sul caso *Kadi*, cercando di sondare le diverse (molte!) linee di pensiero

valore giuridico delle norme internazionali all'interno dell'ordinamento UE ponendo al centro del ragionamento l'argomento dell'autonomia dell'ordinamento.

Come si è brevemente accennato, il caso riguarda il rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali prevista dal diritto UE e il diritto delle Nazioni Unite, in particolare le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che prevedono le c.d. "*smart sanctions*" nei confronti di individui, *ex* Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Si tratterebbe, quindi, di un tema piuttosto specifico e, tuttavia, tale da toccare tanto problematiche puntuali e settoriali[142], quanto questioni sui "massimi sistemi" del diritto pubblico, sia internazionale che interno[143]. Nonostante ciò, la Corte di giustizia non delinea un quadro teorico completo e coerente che funga da cornice o da presupposto al suo ragionamento[144].

Come noto, la Corte conclude che il Tribunale di primo grado abbia commesso un errore di diritto nel ritenere impossibile uno scrutinio di legittimità dell'atto interno che implementi una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, poiché "[…] i giudici comunitari devono, in

presenti in dottrina, in Poli e Tzanou, *The Kadi Rulings: A Survey of the Literature*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 533 e ss.

[142] Il caso solleva varie questioni inerenti alle sanzioni economiche individuali e ai diritti degli individui colpiti, sia sul piano del diritto ONU che su quello del diritto UE. Per una panoramica, si veda Halberstam e Stein, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Right in a Plural World Order*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 1, 2009, p. 13 e ss., pp. 14-43. Si veda anche Scheinin, *Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 637 e ss.; van den Herik e Schrijver, *Eroding the Primacy of the Un system of Collective security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat*, in *Internatinal Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 329 ss.; Curtin e Eckes, *The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe*, in *Internatinal Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 365 ss. In ottica comparata, si veda Fabbrini, *The Role of the Judiciary in Times of Emergency: Judicial Review of Counter-Terrorism Measures in the United States Supreme Court and the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 664 e ss. Sulle conseguenze del caso sulla giurisprudenza successiva in tema di "*smart sanctions*", si veda Tridimas, *Economic Sanctions, Procedural Rights and Judicial Scrutiny: Post-Kadi Developments*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 12, 2010, p. 455 e ss.

[143] Diversi autori hanno letto le sentenze di Tribunale e Corte di Giustizia alla luce delle varie teorie sul rapporto tra ordinamenti e fonti normative. In particolare, alcuni hanno riscontrato nella pronuncia della Corte una visione dualistica o pluralistica. Si veda, per esempio, De Búrca, op. cit.; D'Aspremont e Dopagne, *Kadi: The ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 371 e ss.; Hinojosa Martínez, *Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 339 e ss. Si veda anche Govaere, *The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order*, Research Papers in Law, 1/2009, disponibile al link https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/research_paper_1_2009_govaere.pdf?download=1 (ultimo accesso 21/06/2021); Eeckhout, *Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC*, *EJIL:Talk!*, 25 febbraio 2009, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/ (ultimo accesso 21/06/2021).

[144] Ovviamente non era tenuta a farlo, trattandosi pur sempre di una pronuncia su un caso concreto, su ricorso per annullamento. La sentenza ha però lasciato irrisolte tante questioni, sollevato dubbi e animato il dibattito tra i commentatori. *Cfr.* Poli e Tzanou, op. cit., pp. 535-544.

conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato CE, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento controverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite"[145]. Prima di giungere a questa conclusione, la Corte ribadisce il principio del rispetto del diritto internazionale e l'obbligo d'interpretazione conforme[146], richiamando i casi *Poulsen* e *Racke*, come già aveva fatto il Tribunale di primo grado[147]. Tuttavia, distanziandosi dal ragionamento del Tribunale, la Corte specifica anche che la questione riguarda il controllo di legittimità dell'atto interno di attuazione del diritto internazionale, non della risoluzione in sé[148]. Di conseguenza, tale atto interno deve rispettare le norme di diritto UE sovraordinate[149], come da consolidata giurisprudenza[150]. Dunque, richiamati i concetti chiave del regime UE di recepimento del diritto internazionale, la Corte procede chiedendosi se gli atti di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza siano tali da non dover essere sottoposti a questo trattamento generale, soprattutto con riferimento al controllo del rispetto dei diritti fondamentali[151]. A questo punto del ragionamento, la Corte sostiene che il diritto delle Nazioni Unite lasci liberi i Paesi membri di scegliere le modalità di adattamento e che nulla sembri escludere un controllo giurisdizionale interno sugli atti di recepimento[152]. Per quanto sbrigativa e non pienamente soddisfacente[153], questa spiegazione sembra sottintendere che stia al diritto internazionale regolare la questione. Subito dopo, tuttavia, la Corte cambia repentinamente campo e si sposta su quello interno, asserendo che

---

[145] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 326.

[146] *Ivi*, punto 291. La Corte specifica poi che le competenze della Comunità devono essere esercitate anche nel rispetto degli impegni assunti in ambito ONU, specie nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali; *Ibidem*, punti 292-293.

[147] *Supra*, Paragrafo I.2.2.

[148] *Ivi*, punto 286.

[149] *Ivi*, punti 288-289.

[150] La Corte cita il caso *Germania c. Consiglio* (di cui *supra*, nota 20).

[151] "[G]li obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso", in sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 325.

[152] *Ivi*, punti 298-299.

[153] *Cfr*. Cannizzaro, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case*, in *Yearbook of European Law*, Volume 28, Issue 1, 2009, p. 593 e ss., pp. 594-595.

l'immunità dalla sua giurisdizione del regolamento in questione non trova giustificazione nemmeno sul piano del diritto UE[154]. Infatti, tale immunità non sarebbe possibile sulla base dell'art. 307 TCE (attualmente art. 351 TFUE)[155], qualora si considerasse la Carta delle Nazioni Unite come convenzione degli Stati membri conclusa anteriormente al 1958, poiché tale norma non consente una violazione dei "principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico [dell'UE]", tra cui il controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte della CGUE[156]. Da ultimo, la Corte aggiunge che, nel caso – ipotetico e non meglio contestualizzato - in cui le norme della Carta delle Nazioni Unite fossero da considerare al pari degli accordi internazionali conclusi dall'UE e vincolanti *ex* art. 300, par. 7, TCE (attuale 216, par. 2, TFUE), essi avrebbero comunque un grado gerarchico sottostante al diritto primario e, in particolare "[…] ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali"[157].

Dunque, gli argomenti utilizzati dalla Corte e qui brevemente esposti possono essere ricondotti al discorso dell'autodeterminazione delle modalità e delle condizioni di recepimento delle norme internazionali, su cui pone l'accento anche l'AG Maduro, come visto precedentemente[158]. In questo caso, però, la Corte introduce il tema dell'autonomia del diritto UE. Nella pronuncia, infatti, la Corte chiarisce che la questione di giurisdizione sottopostagli deve essere considerata "[…] nel contesto dell'ordinamento giuridico interno ed *autonomo* della Comunità, di cui fa parte il regolamento controverso e nel cui ambito la Corte è

[154] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 300.

[155] Ivi, punti 301-304. Per una critica, si veda Gaja, *Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the EC Treaty?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 664 e ss.

[156] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 304.

[157] *Ivi*, punti 306-309.

[158] *Supra*, Paragrafo I.2.2. Pur arrivando a conclusioni opposte alla Corte di giustizia, anche il Tribunale di primo grado aveva basato parte del proprio ragionamento sul presupposto che il diritto internazionale ONU fosse vincolante per l'UE sulla base del Trattato stesso, a seguito di una "*communitarization*" degli obblighi internazionali tramite successione negli obblighi degli Stati membri, sulla scorta della giurisprudenza *International Fruit Company e a.*; in sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-315/01, cit., punti 196-203. Sul punto si veda anche Halberstam e Stein, op. cit., p. 45. Sulle differenze dell'applicazione della successione rispetto ai casi precedenti, si rimanda a Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., pp. 403-406.

competente a controllare la validità degli atti comunitari sotto il profilo dei diritti fondamentali"[159].

Nei numerosi commenti al caso, viene spesso notato come la sentenza segua un ragionamento non del tutto coerente[160], a tratti lacunoso e reticente su questioni rilevanti (se non dirimenti) che avrebbero meritato una maggiore attenzione[161]. Dal canto suo, la Corte sembra essersi preoccupata soprattutto di sottolineare il carattere autonomo del diritto UE, nonostante le eventuali ambiguità di certi passaggi del suo ragionamento. Nella sentenza, in effetti, manca una definizione di autonomia. Più esplicite sul punto sono le conclusioni dell'AG Maduro, il quale riporta la nozione di autonomia alla celebre sentenza *Van Gend en Loos* e all'idea *ivi* espressa dalla Corte, secondo cui "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"[162], ordinamento che è connesso all'ordinamento internazionale, ma ne è distinto.[163] Ma su cosa si fonda tale distinzione? La risposta sembra trovarsi nelle parole della Corte nelle sentenze relative ai casi *Costa c. E.N.E.L.*[164] ed

[159] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 317, corsivo aggiunto.

[160] *Cfr.* la ricognizione compiuta in Poli e Tzanou, op. cit., pp. 554-556.

[161] Si vedano, le soluzioni alternative esaminate in Gattini, *Joined Cases C–402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 1, 2009, p. 213 e ss., pp. 228-235. Sul punto, anche Cannizzaro, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights*, op. cit., pp. 599-600; Cardwell, French e White, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v council and Commission (Joined Cases C-402/05 and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, p. 229 e ss.

[162] Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1, p. 23. La causa non necessità certo di presentazioni. Per approfondire le ragioni della sua importanza primaria, si rimanda a Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963—A View from Within*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 3 e ss., de Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 9 e ss., Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 16 e ss., e Halberstam, *Pluralism in Marbury and Van Gend*, e agli atti del convegno *50éme anniversaire de l'Arrêt Van Gen den Loos 1963-2013*, op. cit.

[163] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, cit., punto 21.

[164] Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L*, Causa 6-64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1145; Per un commento sulla rilevanza fondamentale della pronuncia, si rimanda a Fennelly, *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 39 e ss., Pernice, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 47 e ss., e Hofmann, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal*, Rasmussen, *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 60 e ss.

Internationale Handelsgesellschaft[165], in cui la specifica natura del diritto UE (o comunitario) viene rinvenuta nell'essere esso nato da una fonte autonoma, ossia il Trattato[166].

L'autonomia dell'ordinamento UE, così intesa, può essere definita come autonomia normativa[167], che corrisponde a quella che Tsagourias chiama "*self-foundation*" del diritto UE[168]. In questo senso, autonomia significa che, nonostante il fatto che gli atti fondativi dell'UE (e della Comunità) consistono in trattati – e quindi in fonti giuridiche – internazionali, l'UE si è appropriata degli strumenti della sua creazione[169], poiché i Trattati (il TCEE *in primis*) hanno costituito un "proprio ordinamento"[170]. Di conseguenza, il diritto dell'UE troverebbe in sé stesso il proprio fondamento giuridico[171], il proprio "*claim of validity*"[172], secondo una dinamica di auto-referenzialità[173]. L'autodeterminazione delle modalità di recepimento del diritto internazionale è, quindi, una manifestazione dell'autonomia normativa[174], la cui esistenza viene postulata nella giurisprudenza della CGUE[175].

Questo non porta a sostenere che l'ordinamento sia chiuso ed indifferente a norme scaturenti da altre fonti giuridiche, o, per usare la celebre similitudine dell'AG Maduro, "[c]iò non significa, comunque, che l'ordinamento giuridico interno della Comunità e l'ordinamento giuridico internazionale si passino accanto ignorandosi come navi nella notte"[176]. Tuttavia, è

---

[165] Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11-70, ECLI: ECLI:EU:C:1970:114, punto 3.

[166] *Ivi*, punto 3. *Cfr.* Barents, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, L'Aia, 2004, p. 251.

[167] Che l'autonomia del diritto UE debba essere intesa in questo senso è una delle tesi dell'opera di Barents. Si veda, in particolare, *ivi*, p. 172.

[168] Tsagourias, *Conceptualizing the autonomy of the European Union,* in Collins e White (a cura di), op. cit., p. 339 e ss.

[169] *Ivi*, p. 340.

[170] Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L*, Causa 6-64, cit., p. 1144.

[171] *Ivi*, p. 1145. Questo significa che ciò che viene prima la nascita dell'ordinamento per esso rileva solo come fatto, compresa la conclusione dei Trattati come atti internazionali. Sul punto, Barents, op. cit., p. 256.

[172] Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., p. 19. Adottando un punto di vista fondato sulla teoria giuridica di Hart, Lindeboom lega l'autonomia normativa come qui intesa al concetto di "*rule of recognition*". Su tale legame, si fonderebbe l'"*autonomy thesis*" della Corte di giusitizia; in Lindeboom, *The Autonomy of EU Law: A Hartian View*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, 2021, p. 271 e ss.

[173] Tsagourias, op. cit., p. 339, Molnár, *The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal System of Member States*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, p. 433 e ss., p. 445-446, Barents, op. cit., p. 254 e 259. Secondo Odermatt "[a]utonomy means self-rule", cioè la capacità di autodeterminare il proprio rapporto con entità diverse da sé, in Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 291. Lenaerts e Gutiérrez-Fons sostengono che un ordinamento giuridico autonomo consista in un "self-sufficient system of norms", in Lenaerts e Gutiérrez-Fons, *A Constitutional Perspective*, in Schütze e Tridimas (a cura di), op. cit. p. 103 e ss., p. 106. Sull'autonomia normativa, si veda anche Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2019.19 (ultimo accesso 29/01/2023), p. 4.

[174] *Cfr.* Cremona, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, op. cit., p. 470.

[175] *Cfr.* Lindeboom, op. cit., p. 279.

[176] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, cit., punto 22.

necessario che tali norme vengano recepite all'interno dell'ordinamento secondo le modalità e alle condizioni stabilite dall'ordinamento stesso. In assenza di recepimento, esse rimangono estranee all'ordinamento, vincolano gli Stati membri o l'UE sul piano internazionale, ma non hanno effetto vincolante quali norme interne[177]. In ultima analisi, è l'autonomia che consente all'AG Maduro di affermare che i "giudici comunitari determinano l'effetto di obblighi internazionali all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario con riferimento alle condizioni stabilite dal diritto comunitario"[178]. È l'autonomia, quindi, che permette, alla Corte, di valutare la legittimità del regolamento di attuazione delle "*smart sanctions*" alla luce del diritto interno, in particolare dei diritti fondamentali.

Tra i commentatori, vi è chi ritiene che, in *Kadi*, le posizioni della Corte e dell'AG non siano innovative rispetto alla giurisprudenza precedente e consolidata. Il concetto di autonomia avrebbe trovato applicazione per ribadire che gli atti interni volti recepimento delle norme internazionali non assumono, per questo solo, un rango particolare o un trattamento speciale in termini di immunità giurisdizionale[179]. Come si è visto, infatti, gli snodi della sentenza presi in considerazione si possono ben comprendere alla luce del più generale rapporto tra diritto UE e diritto internazionale brevemente illustrato in questo Paragrafo ed in quello precedente. Se questo è vero, però, bisogna aggiungere anche che il concetto di autonomia, a cui la Corte fa riferimento nel suo ragionamento, suggerisce l'esistenza di ulteriori sfaccettature oltre a quella di autonomia normativa. In *Kadi*, la Corte non si limita a stabilire (ancora una volta) la prevalenza del diritto primario sugli atti di attuazione di norme internazionali e sulle norme internazionali stesse recepite sulla scorta dell'art. 216 TFUE, ma anche il rispetto dei diritti fondamentali (definiti principi "costituzionali"[180], oltre che generali), il cui controllo è una prerogativa della CGUE ed è da considerarsi "[…] espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo

[177] Sul punto si veda Barents, op. cit., pp. 261-262. Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 1/2021, p. 47 e ss., p. 60.

[178] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, cit., punto 23.

[179] Si veda, per esempio, De Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Rech*t, Vol. 65, 2010, p. 141 e ss., p. 154-155, Eeckhout, *Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC*, op. cit., e Cremona, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, op. cit., p. 470.

[180] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit., punto 285.

internazionale"[181]. Ciò che si intuisce, quindi, è che la Corte tende a considerare il concetto di autonomia inscrivendolo all'interno di una visione organica dell'ordinamento, una visione di sistema[182], e gli attribuisce significati differenti,[183] non senza qualche ambiguità definitoria, di cui si darà conto nel paragrafo seguente.

I.2.4. Il "quadro costituzionale" dell'UE e i significati di autonomia.

L'autonomia è al centro delle recenti pronunce della CGUE sul rapporto tra diritto dell'UE e giurisdizioni esterne, che saranno esaminate nei capitoli successivi. In queste pronunce, prima di affrontare la questione della legittimità degli atti sottoposti al suo scrutinio, la Corte inserisce una sorta di cappello teorico, introduttivo rispetto all'analisi di merito, in cui tratteggia lo schema concettuale del "quadro costituzionale" dell'ordinamento, al cui interno trova un ruolo importante anche l'autonomia[184]. Inoltre, questa ricostruzione teorica e il riferimento all'autonomia compaiono anche in altre pronunce, che potrebbero essere considerate di importanza sistemica per il diritto UE, ma in cui l'autonomia non ha rilievo nel merito della questione.[185] Questo è indice di una certa premura, da parte della CGUE, di

[181] *Ivi*, punto 316.

[182] Secondo alcuni, l'autonomia sembra risultare arricchita da una dimensione sostanziale, che va oltre al mero formalismo dei rapporti gerarchici tra fonti giuridiche e che guarda al contenuto delle norme. In questo caso, l'autonomia diventa servente rispetto ai diritti fondamentali. A questo riguardo, Moreno-Lax parla di "*axiological-foundation*" dell'autonomia; in Moreno-Lax, *The Axiological Emancipation of a (Non-) Principle: Autonomy, International Law and the EU Legal Order*, in Govaere e Garben (a cura di), *The Interface Between EU and International Law* Hart Publishing, Oxford e Portland, 2019, p. 45 e ss., p. 55. Tsagourias, invece, parla di "*self-validation*", ossia del tentativo dell'ordinamento giuridico autonomo di emanciparsi anche dal punto di vista sostanziale, oltre che formale, nel contesto del sistema giuridico istituito dai Trattati.; in Tsagourias, op. cit., p. 340. Secondo la ricostruzione di Moreno-Lax, nella giurisprudenza successiva a *Kadi* l'autonomia perde questa dimensione valoriale. Nei prossimi Capitoli si vedrà se e in che misura questi aspetti vengono valorizzati nella giurisprudenza della Corte. Ad ogni modo, l'idea che almeno in una prima fase la Corte abbia cercato di definire questa "*axiological-foundation*" dell'autonomia risulta essere un indizio significativo di come l'autonomia venga considerata dalla CGUE all'interno di una visione di sistema del diritto UE.

[183] Il fatto che i casi a partire dai quali il concetto di autonomia prende origine e forma siano proprio *Van Gend en Loos* e *Costa c. E.N.E.L.*, ossia le fondamenta giurisprudenziali dell'ordinamento dell'UE, suggerisce che il ruolo che l'autonomia trova all'interno della giurisprudenza della CGUE vada oltre a quello relativo alla definizione del rapporto tra fonti interne ed esterne, assumendo così anche altri significati.

[184] Le pronunce sono, in particolare, il parere 2/13, punti 175-176, la sentenza 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 32-37, e il parere 1/17, cit., punti 106-111. Considerazioni teoriche più limitate si trovano anche in pronunce precedenti, sempre riguardanti l'autonomia, cioè nel parere 1/09, cit., punti 65-68, e nel parere 1/91, cit., punto 21.

[185] Sentenza della Corte del 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, punti 44-45; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, punti 42-45; sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA contro Rete Ferroviaria Italiana SpA*, causa C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, punto 27; sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-156/21, ECLI: ECLI:EU:C:2022:97, p. 125, e sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Repubblica di Polonia contro*

sottolineare come, alla base delle sue decisioni più importanti, vi sia una determinata visione dell'impianto teorico su cui regge il diritto dell'Unione. Siccome questa visione insiste (anche) sull'autonomia dell'ordinamento UE, prima di procedere ad un'indagine sull'applicazione pratica dell'autonomia ai casi concreti, è bene ripercorrere brevemente il quadro costituzionale tracciato dalla CGUE, per capire che ruolo svolga l'autonomia all'interno di questo e quali significati essa assuma.

Nelle pronunce in esame[186], la Corte non definisce meglio la nozione di quadro costituzionale[187], ma utilizza questa espressione per riferirsi all'insieme delle "caratteristiche speciali", o "caratteristiche essenziali"[188], proprie dell'ordinamento, che costituiscono l'ossatura della costruzione giuridica dell'UE. In *Achmea*, in particolare, la Corte spiega che l'autonomia "si giustifica" ("*se justifie*") sulla base delle caratteristiche essenziali dell'UE e del diritto dell'UE[189]. Tali caratteristiche si dividono in due categorie. La prima è composta dalle caratteristiche relative alla "natura stessa del diritto dell'Unione": il fatto di derivare da una fonte autonoma, il primato e l'efficacia diretta[190]. La seconda, invece, riguarda le caratteristiche attinenti alla "struttura costituzionale dell'Unione", che fanno capo al principio di attribuzione, al sistema delle competenze in generale ed al sistema istituzionale, così come definito *ex* artt. da 13 a 19 TUE[191]. È proprio sulla base di queste caratteristiche, secondo la Corte, che si è sviluppata "[…] una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici

---

Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, p. 143; sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, *RS*, causa C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, punto 73.

[186] Quelle menzionate *supra*, note 184 e 185.

[187] L'espressione "quadro costituzionale" viene usata nel parere 2/13, cit., punto 177, e corrisponde alla versione inglese "*constitutional framework*" e a quella francese di "*cadre constitutionnel*". Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, cit., punto 24, invece, l'espressione viene tradotta in "struttura costituzionale". Tra le due traduzioni, è da preferire quella usata nel parere 2/13, così da distinguere il concetto da quello di "struttura costituzionale" come traduzione di "*consitutional structure*" e "*structure constitutionnelle*". Pertanto, il concetto di "struttura costituzionale" fa riferimento ad una sottocategoria all'interno di quella più ampia attinente al concetto di "quadro costituzionale".

[188] La CGUE utilizza sempre l'espressione "caratteristiche essenziali", in tutti i casi tranne che nel parere 2/13, cit. Per le possibili sfumature di significato tra caratteristiche "essenziali" e "speciali", si veda Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 6, 2017, p. 1627 e ss. Si noti che, nella giurisprudenza successiva al parere 2/13, la Corte utilizza l'espressione "caratteristiche essenziali".

[189] Sentenza 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 33. Così anche in sentenza della Corte del 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, cit., punto 45. Nel parere 1/17, la Corte spiega che l'autonomia deriva dalle caratteristiche dell'Unione e del suo diritto e che "[d]etta autonomia consiste pertanto nella circostanza che l'Unione è dotata di un quadro costituzionale che le è proprio", in parere della Corte 1/17 del 30 aprile 2019, cit., punti 109 e 110.

[190] Parere 2/13, cit., punto 166.

[191] *Ivi*, punto 165.

mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro"[192]. Inoltre, nel quadro costituzionale rientrano i valori fondativi elencati all'art. 2 TUE, dalla cui condivisione da parte di tutti gli Stati membri prende le mosse il principio di reciproca fiducia[193]. In questo contesto si inserisce poi il principio di leale cooperazione, previsto all'art. 4, par. 3, TUE, nella sua dimensione relativa agli obblighi posti in capo agli Stati membri nei confronti dell'UE. A chiusura del quadro costituzionale si trova il sistema giurisdizionale, "destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione"[194], al fine di "[…] garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento"[195]. Oltre che sulla Corte di giustizia, tale sistema poggia sul ruolo dei giudici nazionali degli Stati membri, come previsto dall'art. 19 TUE, e trova la sua "chiave di volta" nel procedimento di rinvio pregiudiziale *ex* art 267 TFUE[196].

---

[192] *Ivi*, punto 167.

[193] Come si vedrà nei Capitoli seguenti, quest'ultimo ha giocato un ruolo importante nel parere 2/13 e nella sentenza *Achmea*.

[194] Sentenza 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 35.

[195] *Ibidem*.

[196] *Ivi*, punti 36-37. I punti appena menzionati corrispondono ormai ad una formula ricorrentemente citata dalla Corte: "[…] il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, che costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mirante 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", in sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, *RS*, causa C-430/21, cit., punto 73. Questa formula riassume decenni di giurisprudenza della Corte, fondata su celebri casi quali sentenza della Corte del 6 ottobre 1982, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, e sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, per un commento ai quali si rimanda ai contributi di Edward, *CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context*, Craig, *The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost*, Sarmiento, *Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe*, Stone Sweet T*he Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: CILFIT and Foto-Frost*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 171 e ss. Sul dialogo tra CGUE e giudici nazionali degli Stati membri, si veda anche Edward, *National Courts—the Powerhouse of Community Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 5, 2003, p. 1 e ss.; Arnull, *Judicial Dialogue in the European Union*, in Dickson e Eleftheriadis (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 109 e ss.; Rosas, *The National Judge as EU Judge*, in *SMU Law Review*, Vol. 67, n. 4, 2014, p. 717 e ss. Come chiarito dalla Corte già in Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, è il sistema giurisdizionale dell'UE che permette all'Unione di essere un Unione di diritto, cioè un'Unione basata sul valore fondante dello Stato di diritto (art. 2 TUE). Si veda a riguardo, *inter alia*, Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, Vol. 44, 2007, Issue 6, p. 1625 e ss. Per un commento sul caso *Les Verts*, invece, si segnalano i contributi di Lenaerts, *The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 295 e ss., Jacqué, *Les Verts v The European Parliament*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 316 e ss., Alemanno, *What Has Been, and What Could Be, Thirty Years after Les Verts/European Parliament*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 324 e ss., e Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), op. cit., p. 333 e ss.

Alla luce di questa ricostruzione, è possibile svolgere alcune considerazioni sulla posizione assegnata all'autonomia nel contesto del quadro costituzionale dell'UE. Innanzitutto, come premette la Corte stessa, l'autonomia viene presa in considerazione in una sua accezione generale. Questa comprende sia l'autonomia nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri, cioè la dimensione interna dell'autonomia, sia l'autonomia nei confronti del diritto internazionale, cioè la dimensione esterna[197].

In secondo luogo, bisogna chiedersi cosa significhi autonomia nelle parole della Corte. Nel paragrafo precedente si è individuato una possibile accezione di autonomia, quella dell'autonomia normativa. È a questa che si fa riferimento nei passaggi qui riportati? A prima vista, il ragionamento della Corte può apparire viziato da una certa circolarità argomentativa. Secondo la ricostruzione giurisprudenziale in esame, l'autonomia risulta derivare dalle caratteristiche dell'ordinamento, tra cui, per esempio, i principi del primato e dell'efficacia diretta. Intuitivamente, ci si potrebbe chiedere se, al contrario, non siano questi principi ad essere fondati e giustificati dall'autonomia dell'ordinamento[198]. Se si guarda alla giurisprudenza, in *Costa c. Enel* si afferma che il diritto primario prevale sulle norme interne degli Stati membri proprio perché il primo scaturisce da una fonte autonoma. In quest'ottica, il primato sembra seguire l'autonomia del diritto UE, non viceversa. Quest'ultimo punto si collega ad una seconda ambiguità riscontrabile nella ricostruzione teorica presa in esame. Infatti, tra le caratteristiche dell'ordinamento su cui si basa l'autonomia, la Corte vi annovera anche quella definibile come autonomia normativa, ossia il fatto che il diritto UE deriva da una fonte autonoma, secondo quanto affermato dalla CGUE stessa.

Si può concludere che, seppur impegnata nella descrizione teorica dei fondamenti dell'ordinamento UE, la Corte non proponga un concetto chiaro e univoco di autonomia. Si intuisce, però, che l'autonomia sia strettamente collegata al quadro costituzionale. Bisogna quindi provare a dipanare la matassa dei significati di autonomia, per poter proseguire l'indagine partendo da premesse concettuali stabili.

[197] Parere 1/17, cit., punto 109.

[198] Per quanto riguarda l'efficacia diretta, si veda Lenaerts e Gutiérrez-Fons, op. cit. p. 107. Di questo avviso anche Molnár, op. cit. p. 443; Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., pp. 15-18; Eckes *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 9; De Boeck, *EU Law and International Investment Arbitration. The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law*, Brill Nijhoff, Leiden e Boston, 2022, pp. 298-300.

Per uscire dall'*impasse* è possibile scindere il concetto di autonomia in due concetti differenti, anche se complementari[199]. Il primo corrisponde all'autonomia intesa come qualità dell'ordinamento, come caratteristica ultima e derivata, che si fonda sulle caratteristiche essenziali e sugli altri componenti del quadro costituzionale. Per cui, seguendo la Corte di giustizia, si può qualificare l'ordinamento UE come autonomo poiché, e nella misura in cui, questo è dotato di caratteristiche giuridiche tali da renderlo autonomo. Questo primo concetto ha, dunque, natura descrittiva e non prescrittiva[200]. Si può anche parlare di autonomia in senso oggettivo, perché basata su aspetti sostanziali dell'ordinamento, cioè su sue caratteristiche oggettive. Da questo punto di vista, tutelare il carattere autonomo dell'ordinamento UE significa salvaguardare le caratteristiche essenziali su cui esso si basa, da interferenze provenienti sia da parte del diritto internazionale che di quello degli Stati membri.

Il secondo concetto, invece, consistente nell'autonomia normativa, viene presentato come un dato di fatto dalla Corte e concerne il diritto UE come fonte del diritto, quindi da un punto di vista formale. L'autonomia normativa, postulata dalla CGUE, è quindi parte delle caratteristiche essenziali che giustificano l'autonomia-qualità dell'ordinamento. Anzi, a ben guardare, essa è la caratteristica da cui derivano le altre, poiché essa consiste nel "*claim of validity*" di tutto l'ordinamento. In particolare, l'autonomia normativa rappresenta la premessa su cui la CGUE fonda il primato e l'efficacia diretta del diritto UE. Infatti, ponendo l'autonomia normativa dell'ordinamento dell'Unione, l'effetto delle norme UE non può che essere indipendente dalle fonti e norme di ordinamenti "altri", quali quelli degli Stati membri[201]. Di conseguenza, è proprio l'autonomia che permette all'ordinamento UE di determinare da sé l'effetto delle proprie norme all'interno degli altri ordinamenti, in particolare quelli degli Stati membri[202].

In realtà, anche in questo caso il ragionamento appare viziato da circolarità. Infatti, se è possibile affermare che primato ed efficacia diretta discendono logicamente dall'autonomia normativa, si può anche notare che l'autonomia normativa non potrebbe rappresentare un dato di fatto, ma solo una vuota pretesa, se non vi fossero i primi a dargli concretezza, cioè a

[199] La ricostruzione dei significati e delle forme dell'autonomia del diritto UE qui proposta non è l'unica possibile. Osservando la giurisprudenza della CGUE da un'altra angolazione, Shuibhne individua tre dimensioni dell'autonomia, ossia: *purposive*, *substantive* e *institutional*, in Shuibhne, op. cit., pp. 14-19; In questo senso anche Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., p. 59.

[200] L'autonomia in questa sua accezione, per quanto descrittiva, deve comunque intendersi in senso concettuale e non fattuale. Sul punto si veda Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 4.

[201] Barents, op. cit., p. 242.

[202] Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., p. 75.

garantire che il diritto UE possa operare effettivamente come fonte autonoma[203]. L'autonomia normativa (come postulata dalla Corte) fonda e, al contempo, ha bisogno di principi, cioè di precetti giuridici[204], posti a sua salvaguardia. Questi principi hanno, quindi, natura propriamente giuridica e normativa. Essi regolano il rapporto tra l'ordinamento UE e gli altri ordinamenti giuridici e sono volti a proteggere l'ordinamento da eventuali intrusioni che lo minacciano[205], sia sul piano interno (*vis à vis* gli ordinamenti degli Stati membri), che su quello esterno (*vis à vis* il diritto internazionale). Nel primo caso si parla proprio dei principi del primato e dell'efficacia diretta[206]. Nel secondo caso, invece, si può ipotizzare che all'autonomia normativa corrisponda un principio di autonomia a sé stante. I casi analizzati nei Capitoli II e III, si vedrà, rappresentano l'ambito di applicazione di questo principio, in cui esso opera come parametro di compatibilità. Al contrario del concetto di autonomia come qualità dell'ordinamento, il principio di autonomia ipotizzato è dotato di valore precettivo ed è idoneo a essere fonte di effetti giuridici[207]. Il principio rappresenta così il braccio operativo dell'autonomia normativa, volto a proteggere le caratteristiche specifiche dell'ordinamento e, quindi, l'autonomia-qualità che da queste deriva.

Ricapitolando, dal quadro teorico delineato emerge l'affermazione dell'autonomia come qualità dell'ordinamento. Questa si fonda sul presupposto dell'autonomia normativa del diritto UE, la quale, una volta postulata, necessità di principi volti alla sua salvaguardia. Da ciò, quindi, si può desumere l'esistenza di un principio di autonomia[208], che operi sul piano

---

[203] Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 9

[204] Sul valore normativo dei principi all'interno dell'ordinamento, sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa 43-75, ECLI:EU:C:1976:56, punti 27/29. In dottrina, oltre al già menzionato Tridimas, *The General Principles of EU Law*, op. cit., si veda Von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2010, p. 95 e ss.

[205] *Cfr*. Pernice, *The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years After Van Gend*, in *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di Tizzano, Kokott e Prechal, disponibile al link https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/de3db697-1f5c-4f83-8424-1663b43ac2d3 (ultimo accesso 21/06/2021), p. 55 e ss., p. 66.

[206] Sul ruolo giocato da primato ed efficacia diretta per l'affermazione dell'autonomia dell'ordinamento UE, si veda Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 29-36. *Cfr*. Lindeboom, op. cit., pp. 296-303.

[207] Sul punto anche Shuibhne, op. cit., p. 19. Più in generale, si veda Cremona, *Structural Priciples and their Role in EU External Relations Law*, in Cremona (a cura di) op. cit., p. 3 e ss., pp. 12-13.

[208] Così Van Rossem, il quale prende atto che per capire il funzionamento del principio di autonomia, bisogna prendere atto del presupposto da cui parte la Corte, cioè l'autonomia normativa del diritto UE, per quanto questa possa sembrare discutibile; in Van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., p. 48. Secondo l'opinione di Klamert, condivisa anche da Iannuccelli, si tratterebbe di un principio nato da un processo di autopoiesi (al pari di altri principi del diritto UE); rispettivamente in Klamert, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, op. cit., ed in Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 281 e ss., p. 304. Secondo Klamert,

esterno. Il contenuto normativo del principio consiste nel divieto di pregiudicare le caratteristiche specifiche dell'ordinamento[209]. Così come formulato, però, tale contenuto normativo appare piuttosto vago e indeterminato. Si tratta, quindi, di volgersi alla prassi, per indagare in che modo tale principio venga applicato. Sono le modalità di applicazione del principio, infatti, a dare concretezza al suo contenuto normativo, confermando l'esistenza del principio stesso.

Quindi, secondo questa impostazione, l'esistenza del principio di autonomia si deduce dall'esistenza di un'autonomia normativa propria del diritto UE. Da un punto di vista teorico, rimane la possibilità di negare la premessa, cioè l'esistenza dell'autonomia normativa. Di conseguenza, sulla base di un ragionamento deduttivo, è possibile negare o, comunque, criticare l'assunzione dell'autonomia a principio. Si è già accennato che, secondo Moreno-Lax e Ziegler, il principio manchi di un suo proprio contenuto normativo precipuo: l'autonomia rileverebbe come qualità dell'ordinamento, dovuta alle caratteristiche essenziali di questo[210]. Tuttavia, le Autrici non mancano di osservare che, almeno in una situazione, l'autonomia abbia trovato applicazione in quanto principio (portatore di un precetto giuridico), cioè il parere 2/13[211]. Secondo questa visione, però, una simile applicazione risulterebbe essere fondata su una falsa premessa logico-giuridica, quella della totale autonomia normativa del diritto UE rispetto al (resto del) diritto internazionale. Pertanto essa sarebbe sbagliata, oltre che pericolosa[212].

Come anticipato nella Premessa, questa indagine seguirà il procedimento logico inverso. Non si intende verificare la correttezza della deduzione dell'esistenza del principio da parte della Corte. Invece, si analizzeranno i casi in cui il principio trova applicazione e si procederà all'individuazione delle modalità in cui il principio opera, per via induttiva.

---

l'autonomia intesa come principio si fonda sull'affermazione del carattere *sui generis* del diritto UE, il quale comporta, *inter alia*, la separazione e indipendenza dal diritto internazionale; in Klamert, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, op. cit., pp. 820-829.

[209] Klamert parla di protezione dell'integrità dell'ordinamento da parte del principio; *ivi*, pp. 824-829. Lo stesso fa De Boeck, in De Boeck, *EU Law and International Investment Arbitration. The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law*, op. cit., pp. 294-306.

[210] Secondo le Autrici, il principio, consistendo nella tutela delle caratteristiche essenziali, non avrebbe contenuto autonomo rispetto alle norme ed ai principi in cui tali caratteristiche consistono. Secondo loro, non si andrebbe oltre all'affermazione della natura *sui generis* del diritto UE; in Moreno-Lax e Ziegler, op. cit. Esse, però, arrivano a questa conclusione tramite un'inferenza logica, confermata da considerazioni di teoria del diritto internazionale pubblico, che prescinde dall'analisi della prassi.

[211] Così anche Shuibhne, op. cit., p. 19.

[212] Moreno-Lax e Ziegler, op. cit., pp. 245-251.

I.2.5. Segue. Le forme in cui il principio si manifesta.

È nella dimensione esterna, in particolare, che l'autonomia ha assunto il valore di principio, fungendo da parametro di compatibilità degli atti e norme di diritto internazionale rispetto all'ordinamento UE[213]. In questo modo, il principio è funzionale alla tutela delle caratteristiche essenziali e, quindi, in ultima istanza, all'autonomia come qualità dell'ordinamento[214]. Dunque, il principio non è posto ad impedire che il diritto UE interagisca con il diritto internazionale. Piuttosto, esso regola le modalità di questa interazione, che è possibile proprio a condizione che l'autonomia del diritto UE venga rispettata. In questo senso, si può anzi affermare che il principio di autonomia operi proprio per permettere il contatto tra i due diversi sistemi giuridici[215]. Infatti, ciò non sarebbe realizzabile qualora l'ordinamento UE vedesse minacciate le proprie caratteristiche essenziali e la sua autonomia. Per questo, in dottrina, il principio di autonomia è stato annoverato tra quei principi dell'azione esterna definiti come strutturali e sistemici[216]. Strutturali, perché afferiscono alla struttura dell'UE, alle sue fondamenta e alla definizione del suo processo decisionale, piuttosto che ai contenuti delle decisioni e dell'azione esterna in generale[217]. Sistemici, perché concernono il funzionamento del sistema giuridico nella sua globalità e, di conseguenza, guidano e danno forma agli altri principi strutturali, definiti come relazionali[218].

In linea generale, si è già visto che il principio permette e garantisce l'autodeterminazione del rapporto con le norme di diritto internazionali da parte del diritto UE, come emerge in *Kadi*. Oltre a ciò, il principio si può manifestare sotto altre vesti, mutando forma a seconda degli elementi del quadro costituzionale che è chiamato a proteggere. Sono possibili più

[213] Parere 1/91, cit., punto 30. *Cfr.* Odermatt, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 294. Il riferimento è, in particolare, ai casi in cui la CGUE ha valutato la compatibilità, con il diritto UE, dei meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie sottopostigli, alla luce dell'autonomia. Per l'analisi di questi casi, si rimanda ai capitoli II e III.

[214] Parere 2/13, cit., punto 178. *Cfr.* C. Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 4.

[215] In questo senso anche Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 4.

[216] Cremona, *Structural Priciples and their Role in EU External Relations Law*, op. cit. A questo riguardo, Odermatt distingue tra una dimensione "negativa" del principio di autonomia, relativa alla sua funzione di protezione dell'ordinamento, ed una "positiva", relativa allo scopo del principio di permettere all'UE di agire sul piano internazionale come attore autonomo e distinto, in Odermatt, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 294.

[217] Cremona, *Structural Priciples and their Role in EU External Relations Law*, op. cit., pp. 15-16.

[218] *Ivi*, pp. 27-28. Tra i principi relazionali, vi sono alcuni di quei principi che, secondo la Corte, rientrano nel quadro costituzionale, essendosi formati sulla base delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento. Il riferimento è a principi come quello di attribuzione, di equilibrio istituzionale, di reciproca fiducia e di leale collaborazione. *Supra*, Paragrafo I.2.4. *Cfr.* Cremona, *Structural Priciples and their Role in EU External Relations Law*, op. cit., pp. 18-27.

classificazioni delle forme in cui si manifesta il principio[219]. Ai fini di questa ricerca, si è scelto di utilizzare quella proposta da Vajda[220], poiché ancorata sul concetto di autonomia normativa. Secondo questa classificazione, laddove il principio miri a proteggere le caratteristiche relative alla struttura costituzionale, in particolare l'allocazione delle competenze tra UE e Stati membri (quindi il principio di attribuzione[221]), esso può qualificarsi come principio di autonomia istituzionale. Si può parlare di autonomia giurisdizionale, invece, quando il principio opera per tutelare il sistema giurisdizionale e le prerogative della CGUE, specie quelle di natura nomofilattica. L'articolazione del principio di autonomia in queste due forme appare in maniera evidente, per esempio, nel parere 1/00, in cui la Corte sostiene che:

> "[g]arantire l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario presuppone quindi, da un lato, che le competenze della Comunità e delle sue istituzioni, quali concepite nel Trattato, non siano snaturate. Tale obiettivo implica, dall'altro, che i meccanismi diretti a garantire l'uniformità di interpretazione delle norme dell'accordo ECAA e la composizione delle controversie non producano l'effetto di imporre alla Comunità ed alle sue istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, una determinata interpretazione delle norme di diritto comunitario riprese dal detto accordo".[222]

Bisogna poi anche precisare che la demarcazione tra le forme di autonomia esterna non è sempre così netta[223]. Da una parte, il sistema giurisdizionale dell'UE, di cui all'art. 19 TUE, rientra nelle caratteristiche inerenti alla struttura costituzionale, protetta dall'autonomia istituzionale. Dall'altro, spetta proprio alla CGUE il compito di garantire il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento UE[224]. Di conseguenza, l'autonomia giurisdizionale è

[219] Si è gia menzionata la classificazione proposta da Shuibhne, *supra*, nota 199.
[220] Vajda, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *LAwTTIP Working Papers*, no. 1, 2019, https://www.lawttip.eu/uploads/files/UNIBO%20Vajda_WP.pdf (ultimo accesso 21/06/2021). Simile a quella di Vajda è la visione di Castillo de la torre, in Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, in *Common Market Law Review*, Vol. 39, Issue 6, 2002, p. 1373 e ss.
[221] Sull'allocazione delle competenze tra UE e Stati membri in generale, si veda Konstadinides, *The Competences of the Union*, in Schütze e Tridimas (a cura di), op. cit., p 191 e ss.
[222] Parere 1/00, cit., punti 12-13.
[223] Vajda, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, op. cit., pp. 11-12.
[224] Parere 1/09, cit., punto 67. Come sostiene Barents, la natura autoreferenziale del diritto UE come diritto autonomo presuppone che vi sia un meccanismo che implementi l'indipendenza dell'ordinamento, soprattutto nel momento in cui si tratta di valutare la validità e l'interpretazione delle sue norme. Di conseguenza, "[o]nce the exclusive jurisdiction of the Court is challenged, the autonomous nature of the [EU] law becomes a fiction".

funzionale alla protezione delle altre forme dell'autonomia[225]. Si noti, inoltre, che la classificazione qui riportata non pretende di essere esaustiva, visto che principio di autonomia ha origine pretoria e vive nella giurisprudenza. Essa è ricognitiva della prassi della Corte di giustizia ed è, quindi, soggetta ad evoluzione. Come si avrà modo di vedere, l'autonomia istituzionale e l'autonomia giurisdizionale rappresentano le due forme del principio maggiormente ricorrenti nella giurisprudenza. La protezione dell'autonomia della CGUE, in particolare, gioca un ruolo cruciale nella tutela delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento, tantoché la distinzione tra il principio di autonomia giurisdizionale e il principio di autonomia *tout court* può essere nei fatti difficile da cogliere[226]. Ciò detto, il principio di autonomia può, potenzialmente, manifestarsi anche in altre forme[227]. Si vedrà, in particolare, che recentemente è emersa in giurisprudenza (nel parere 1/17) una nuova forma, quella di autonomia regolatoria[228]. Per questi motivi, la classificazione qui riportata vale solo

In Barents, op. cit., p. 262-263. In questo senso si deve intendere la Corte quando afferma che il procedimento di rinvio pregiudiziale è volto a "[…] garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati", in parere 2/13, cit., punto 176.

[225] Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, cit. punto 282.

[226] Ciò è comprensibile, alla luce della funzione della CGUE all'interno del quadro costituzionale (s*upra*, Paragrafo I.2.4). Sull'importanza del ruolo della Corte per garantire l'autonomia del diritto UE (all'epoca Comunitario) *vis-à-vis* gli ordinamenti degli Stati membri, si veda Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, anno IX, 1963, p. 259 e ss., p. 262. Sul punto, si veda Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, op. cit., pp. 77-79. Tuttavia, il ruolo che la Corte assegna a se stessa, nell'ambito del rapporto con il diritto internazionale, è motivo di discussione in dottrina, tra chi ritiene che in realtà la CGUE difenda l'autonomia solo per difendere sé stessa e le proprie prerogative (su tutti, De Witte, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, in *The European Court of Justice and External Relations Law*, a cura di Cremona e Thies, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 33 e ss.) e chi, invece, sostiene che la CGUE adotti approcci difensivisti circa le sue prerogative al fine di tutelare l'autonomia, e quindi la sopravvivenza, dell'ordinamento tutto. In questo secondo senso, per esempio, Odermatt, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op cit., p. 297; Eckes, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, in *CLEER Papers*, no. 2, 2016, https://www.asser.nl/media/3002/cleer16-2_complete_web.pdf (ultimo accesso 21 giugno 2021). La questione verrà ripresa *infra*, Paragrafo IV.1.3. I passaggi principali della giurisprudenza sull'importanza del sistema giurisdizionale dell'UE come garanzia dell'autonomia dell'ordinamento sono ricostruiti in conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, punti 50-59.

[227] Si prenda ad esempio *Wightman*. Nella sua sentenza, la Corte ha preferito interpretare l'art. 50 TUE alla luce di criteri interni rispetto all'ordinamento UE, ossia "alla luce dei trattati complessivamente considerati"; in sentenza della Corte del 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, cit., punto 46. La Corte fa invece riferimento al diritto dei trattati della Convenzione di Vienna del '69, quindi a una fonte esterna, solo *ad adiuvandum* (*ivi*, punto 70). In questo caso, quindi, l'autonomia normativa trova manifestazione nella fase di interpretazione delle norme UE. Si veda Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnelles" de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 4/2019, n. 1, p. 67 e ss., p. 75. Sul punto anche Casolari, *Il recesso dall'Unione Europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Fascicolo 4, 2019, p. 1006 e ss., pp. 1019-1020.

[228] *Infra*, Paragrafo III.2.2.3.3.

a fini descrittivi e funzionali alla trattazione, senza la pretesa di giungere a una tassonomia definitiva ed esaustiva.

Sul piano interno, invece, sono altri i principi che regolano il rapporto tra l'ordinamento UE e quello degli Stati membri, a partire dai principi di primato e di efficacia diretta, che, come visto, trovano comune origine nell'autonomia normativa del diritto UE[229]. Accanto ad essi operano poi altri principi. Si tratta del principio di attribuzione e dei principi di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale, che attengono alla struttura costituzionale e al sistema giurisdizionale dell'UE, e dei principi di leale cooperazione e di reciproca fiducia, i quali pure fanno parte del quadro costituzionale dell'UE e giustificano, insieme alle caratteristiche essenziali dell'ordinamento, l'autonomia intesa come qualità. Non si rende necessario, invece, il ricorso ad un principio di autonomia a sé stante, uguale e parallelo a quello che opera sul piano esterno. Tuttavia, un'evoluzione in questo senso non può escludersi del tutto, qualora la Corte dovesse avvertire la necessità di proteggere l'ordinamento da incombenti minacce provenienti dagli ordinamenti degli Stati membri[230]. Inoltre, il principio sembra già operare, indirettamente, in alcune dinamiche interne, come nel bilanciamento tra diritti fondamentali ed altre norme e principi dell'ordinamento UE[231], o come nella scelta metodologica utilizzata dalla Corte, laddove essa sia diversa da quella seguita dalle giurisdizioni degli Stati membri[232].

---

[229] Per Moreno-Lax e Ziegler, sul piano interno il concetto di autonomia dell'ordinamento può considerarsi coincidente con quello di *lex specialis*, il quale a sua volta consiste con le caratteristiche essenziali dell'ordinamento (tra cui, quindi, i principi di primato ed efficacia diretta); in Moreno-Lax e Ziegler, op. cit., p. 233.

[230] Significativamente, la violazione del principio di autonomia è uno dei motivi sulla base dei quali la Commissione ha fondato la procedura d'infrazione contro la Germania e contro la Polonia, in vista della condotta delle loro rispettive corti costituzionali (sul caso polacco, *cfr. infra*, Capitolo III, nota 170). Si vedano i comunicati stampa *June infringements package: key decisions*, 9 giugno 2021, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743 (ultimo accesso 28/12/2022), e *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal*, 22 dicembre 2021, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip (ultimo accesso 28/12/2022). La procedura d'infrazione contro la Germania è stata poi ritirata, mentre quella contro la Polonia è stata portata alla fasa giudiziaria: *The European Commission decides to refer POLAND to the Court of Justice of the European Union for violations of EU law by its Constitutional Tribunal*, 15 febbraio 2023, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_842 (ultimo accesso 09/05/2023).

[231] Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnelles" de l'Union européenne*, op. cit. Sull'autonomia del sistema di protezione dei diritti fondamentali, si veda Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., pp. 54-56.

[232] Qualcuno propone il riconoscimento di una nuova forma di autonomia, ossia di una autonomia metodologica, per spiegare il contrasto sorto tra Corte di giustizia e Bundesverfassungsgericht nella vicenda *Weiss*/*PSPP*, in relazione alla valutazione del PSPP secondo il principio di proporzionalità; de Abreu Duarte e Mota Delgado, *It's the Autonomy (Again, Again and Again), Stupid. Autonomy Between Constitutional Orders and the Definition of a Judicial Last Word*, in *Verfassungsblog*, 6 giugno 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/its-the-autonomy-again-again-and-again-stupid/ (ultimo accesso 21/06/2021).

I.3. Autonomia esterna o interna?

La CGUE ha espressamente ricondotto l'autonomia sia ad una dimensione esterna, *vis-à-vis* il diritto internazionale, sia ad una interna, *vis-à-vis* il diritto degli Stati membri[233]. Si tratta, allora, di comprendere se l'autonomia assuma un valore differente, a seconda della dimensione in cui si colloca. In questa sezione, si discute, in particolare, del valore esistenziale dell'autonomia. Nei paragrafi precedenti si è cercato di distinguere e di descrivere i vari significati di autonomia. Invero, il valore esistenziale è proprio sia dell'autonomia intesa come autonomia normativa, sia dell'autonomia intesa come qualità dell'ordinamento. Detto ciò, l'analisi verterà, specificatamente sul valore dell'autonomia normativa, poiché, come si è detto, l'autonomia come qualità è conseguenza di questa e delle altre caratteristiche essenziali. Una volta illustrato il significato del valore esistenziale dell'autonomia (normativa), si può procedere col domandarsi in quale delle due dimensioni esso caratterizzi l'autonomia, cercando di capire se la distinzione tra dimensione esterna ed interna sia sempre netta, o se, piuttosto, esistano situazioni aventi doppia dimensione.

I.3.1. Il valore esistenziale dell'autonomia.

La posizione attribuita all'autonomia, nei suoi vari significati, all'interno del quadro costituzionale descritto dalla CGUE, ne conferma l'importanza per l'ordinamento. Non a caso, come visto sopra, le origini dell'autonomia siano da rinvenire in pronunce così fondamentali come *Costa c. ENEL*, o, anche se implicitamente, in *Van Gend and Loos*. A questo proposito, alcuni autori hanno descritto l'autonomia come elemento di valore "esistenziale" per l'ordinamento[234]. Tale aggettivo è particolarmente calzante ed eloquente, soprattutto se riferito al concetto di autonomia normativa. In *Van Gend and Loos*, come noto, la Corte basa l'efficacia diretta delle norme di diritto primario sull'evidenza che la Comunità costituisce un "*ordinamento giuridico di nuovo genere* nel campo del diritto internazionale"[235]. Si è già detto che, sul piano logico-giuridico, l'efficacia diretta si fonda sull'autonomia normativa[236]. Si può quindi concludere, come già notava Maduro[237], che

[233] *Supra*, Paragrafo I.2.4.
[234] Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnelles" de l'Union européenne*, op. cit., p. 73; Shuibhne, op. cit., pp. 22-33. Barents pp. 253-255.
[235] *Supra*, Paragrafo I.2.3.
[236] *Ibidem.*
[237] *Ibidem.*

l'autonomia è strettamente legata alla natura stessa dell'ordinamento giuridico, al suo "genere", quindi alla sua essenza ed esistenza. Ciò è esplicito in *Costa c. ENEL*, in cui la Corte collega la "natura specifica" della Comunità, il suo "carattere comunitario" ed il suo "fondamento giuridico" all'autonomia normativa[238]. Se l'autonomia ha valore esistenziale per l'ordinamento, significa che una minaccia ad essa rappresenta anche una minaccia esistenziale per l'ordinamento. Conseguentemente, se l'esistenza di tale minaccia venisse confermata, essa rappresenterebbe una lente attraverso cui leggere tutti i casi vertenti sull'autonomia del diritto UE.

È necessario, però, intendersi sul significato di "esistenziale". A prima vista, si potrebbe pensare che l'autonomia dipenda, o discenda, dal modo in cui si qualifichi il particolare fenomeno giuridico rappresentato dall'UE. Proprio a partire da queste sentenze e dai principi a cui fanno riferimento, molti commentatori hanno cercato di arrivare a definire la natura ontologica dell'Unione, indagando quale sia il "nuovo genere" di ordinamento a cui si fa riferimento e se esso possa o meno considerarsi come qualcosa di qualitativamente diverso dal diritto internazionale. Alcuni hanno discusso di una eventuale natura costituzionale dei trattati in senso federalista[239], qualcuno ha proposto l'adozione di categorie descrittive intermedie tra federazione e confederazione[240] e qualcun'altro ha discusso della natura dell'ordinamento e del suo rapporto con quelli degli Stati membri in termini

[238] Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L*, Causa 6-64, cit., p. 1145. Sul punto anche Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., 15-18.

[239] Si veda Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in Nicolaidis e Howse (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford Scholarship Online, 2003, p. 1 e ss.; Everling, *The European Union as a Federal Association of States and Citizens*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., p. 701 e ss.; Lenaerts, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, no. 5, 2010, p. 1338 e ss.; Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2021. Sul punto, si veda anche il dibattito tra Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, no. 2, 1996, p. 389 e ss., e Weiler e Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, 1996, p. 411 e ss. Alcuni parlano di un processo di costituzionalizzazione del diritto UE, come Timmermans, *The Constitutionalization of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 21, Issue 1, 2001, p. 1 e ss., o Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 1, 1981, p. 1 e ss. *Cfr.* anche Lenaerts e Desomier, *New Models of Constitution-Making in Europe: the Quest for Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, p. 1217 e ss.; Zuleeg, *The advantages of the European Constitution*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), op. cit., p. 763 e ss.

[240] Per una rassegna si rimanda a De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, in de Búrca e Weiler (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 19 e ss., pp. 51-52; Everling, op. cit. pp. 731-733. Su una posizione intermedia sembra collocarsi anche Pescatore, con riferimento allo scenario della CEE, in Pescatore, *International Law and Community Law—a Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, Vol. 7, Issue 2, 1970, p. 167 e ss., p. 183.

costituzionalistici, parlando di "*multilevel constitutionalism*" e di "*embedded consitution*"[241]. Inoltre, non è raro l'utilizzo della formula "*sui generis*" per indicare la presunta *novitas* dell'ordinamento UE rispetto al diritto nazionale e internazionale[242], mentre un buon numero di commentatori ritiene, al contrario, che il diritto UE non abbia affatto tagliato i ponti con il diritto internazionale[243], dovendo quindi qualificarsi come *subsystem* del diritto internazionale[244]. In questo caso l'UE sarebbe da qualificarsi come una forma evoluta di organizzazione internazionale[245].

In realtà, ai fini di un'indagine sulla portata giuridica dell'autonomia dell'ordinamento, non è necessario spingersi oltre nella definizione della natura dell'Unione. Il punto di partenza del discorso resta l'autonomia normativa, cioè il fatto che i Trattati costituiscono una fonte di produzione normativa autonoma, e questo assunto non viene messo necessariamente in discussione in nessuno dei modelli teorici sopra brevemente menzionati. Ciò è evidente se si

---

[241] In particolare, il riferimento è a Pernice, in Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 36, Issue 4, 1999, p. 703 e ss., Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, no. 3, 2009, p. 349 e ss., e Pernice, *The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years After Van Gend*, op. cit., pp. 63-64.

[242] Sul punto Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 1, Issue 1, 1981, p. 267 e ss., p. 268. Sulle perplessità di tale soluzione definitoria, si veda Ziegler, *International Law and EU Law: Between Asymmetric Constitutionalisation and Fragmentation*, in Orakhelashvili (a cura di), *Research Handbook on the Theory of International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 268 e ss., pp. 315-318. Sul dibattito tra approccio costituzionalista e pluralista circa il rapporto tra diritto UE e diritto internazionale, si rimanda a Wessel, *Reconsidering the relationship between international and EU law: towards a content-based approach?*, op. cit., pp. 22-31. Si veda anche d'Aspremont e Dopagne, *Two constitutionalisms in Europe: pursuing an articulation of the European and international legal orders*, in *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 69, 2009, p. 939 e ss.

[243] Si veda De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, op. cit.; Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit Communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, Vol. V, Book 2, Kluwer Law International, L'Aia, 1997, p. 201 e ss.; Wyatt, *New Legal Order, or Old?*, in *European Law Review*, Vol. 7, 1982, p. 147 e ss.; Klabbers, *The Changing Image of International Organizations*, in Coicaud and Heiskanen (a cura di), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, Tokyo, 2001, p. 221e ss., p. 224.

[244] Sørensen, *Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in The World Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, n. 3, 1983, p. 559 e ss.; Simma e Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 3, 2006, p. 483 e ss., p. 516. Per un'analisi approfondita sul tema, si rimanda a Gradoni e Tanzi, *Diritto Comunitario: una lex specialis molto speciale*, in Rossi e Di Federico (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 37 e ss.

[245] Slaughter e Burke-White, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, in Nijman e Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 110 e ss. Qualcuno è arrivato a definire l'UE come "a developed form of international organization which displays characteristics of an embryonic federation", in Wyatt, Dougan, Rodger, Dashwood e Spaventa, *Wyatt and Dashwood's European Union Law (5th edn.)*, Sweet & Maxwell, Londra, 2006, p. 132; La definizione è condivisa anche da De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, op. cit., p. 53. Per una panoramica su quali siano le caratteristiche di stampo federale, si veda Bridge, *American Analogues in the Law of the European Community*, in *Anglo-American Law Review*, Vol. 11, no. 2, 1982, p. 130 e ss.

considera il diritto UE come qualitativamente diverso dal diritto internazionale, ma vale anche se si considera il diritto UE come distinto dal diritto internazionale "altro" (o "comune") solo quantitativamente.

Innanzitutto, si deve fare menzione delle posizioni di una dottrina risalente, secondo la quale nulla osta a che un'organizzazione internazionale possegga un proprio ordinamento giuridico, autonomo rispetto al diritto degli Stati membri e al diritto internazionale, anche a prescindere dall'esistenza della personalità giuridica in capo a questa[246]. Questo sembra confermare che l'UE possa possedere una propria autonomia normativa, nel senso sopra visto, anche se si dovesse ritenere essere un'organizzazione internazionale. In senso simile Monaco, il quale distingue tra autonomia normativa e autonomia istituzionale, attribuendo a questa seconda il significa qui attribuito al concetto di autonomia normativa, ossia l'essere l'ordinamento "distinto da quello internazionale generale", e facendo coincidere la prima con la capacità dell'ente di produrre norme giuridiche, sia sul piano interno che su quello esterno. Per l'Autore, però le due forme di autonomia possono confondersi l'un l'altra, essendo la seconda intimamente legata alla prima, che ne è condizione[247]. Qualora poi l'organizzazione sia dotata anche di personalità internazionale, allora l'autonomia normativa potrà consistere nella creazione di norme nella sfera internazionale. Seguendo una simile impostazione, essendo l'UE dotata tanto di personalità internazionale quanto di potestà normativa, si potrebbe concludere che essa sia anche dotata di un ordinamento normativamente autonomo[248].

Anche qualora non si sposassero tali posizioni, qualificare l'UE come distinta dal diritto internazionale solo quantitativamente non precluderebbe la sua autonomia normativa. Si è già visto, infatti, che l'UE è un soggetto del diritto internazionale, in quanto dotata di personalità internazionale. Secondo il diritto internazionale[249], un'organizzazione internazionale è dotata di tale personalità laddove sia in grado di esprimere una propria volontà, distinta dalle singole volontà degli Stati che ne sono membri[250]. Ciò rappresenta una forma di autonomia

---

[246] Così Santi Romano, in Romano S., *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1929, p. 226, e Morelli, *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 58.

[247] Monaco, *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, in *Scritti in onore di Perassi*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 136 e ss., pp. 138-140.

[248] *Ivi*, p. 155.

[249] O almeno secondo parte della dottrina, mentre altri ritengono che la personalità dipenda dalla volontà degli Stati parti espressa nel trattato istitutivo (anche in questo caso l'UE ne sarebbe dotata); *cfr*. Gazzini, op. cit., p. 197.

[250] Si parla, a riguardo, di "*volonté distincte*"; *cfr*. Blokker, *'International organizations belong to all members and to none' –Variations on a theme*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 1, 2004, p. 139 e ss., p. 154. Per la giurisprudenza internazionale, si veda il parere dell'11 aprile 1949 della Corte internazionale di giustizia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* cit., p. 178.

decisionale dell'organizzazione, che l'UE evidentemente possiede. Dunque, un primo nucleo di autonomia consiste in ciò che permette all'organizzazione internazionale di avere una propria personalità giuridica[251]. L'autonomia delle organizzazioni internazionali, però, non si esaurisce in questo nucleo, ma può essere graduata, cioè può essere presente in misura differente a seconda dell'organizzazione internazionale in esame[252]. Come sostiene Tsagourias, bisogna guardare alle competenze, alla struttura organizzativa e istituzionale interna e, più in generale, ai poteri attribuiti ed esercitati nella prassi[253]. L'UE-organizzazione internazionale può essere caratterizzata, quindi, anche da altre forme più complesse di autonomia, oltre che dall'autonomia decisionale, ad iniziare dall'autonomia normativa[254]. A questa si aggiungono, poi, quelle forme di autonomia relative ai meccanismi di "*self-production*" e "*self-maintainance*" del diritto UE, per usare le parole di Tsagourias[255]. Tali forme di autonomia riguardano proprio l'apparato istituzionale e giurisdizionale dell'UE, ossia quelle che la CGUE chiama caratteristiche essenziali dell'ordinamento, a cui corrispondo le due forme, istituzionale e giurisdizionale, del principio di autonomia, almeno nella dimensione esterna. In quest'ottica, il diritto UE rappresenterebbe una novità nel campo del diritto internazionale "tradizionale" proprio in virtù del suo elevato livello di autonomia; da qui la distinzione in senso quantitativo.

Quanto detto, non vale a dimostrare che l'ordinamento UE debba necessariamente essere considerato come dotato di autonomia normativa, ma che la qualificazione dell'UE come organizzazione internazionale non vi si oppone a priori. In vista di ciò, si può concludere che trattare l'ordinamento UE come autonomo o meno non ha incidenza sulla definizione natura dell'UE, né viceversa. Si può quindi sgombrare il campo dal dibattito che su verte quest'ultima[256].

---

[251] Secondo Tsagourias, la personalità giuridica dell'UE rappresenta un primo fattore della sua autonomia, in Tsagourias, op. cit., p. 341. Secondo una seconda teoria, ogni organizzazione internazionale avrebbe una propria autonomia, a prescindere dalla personalità giuridica. Sul punto, si veda Gazzini, op. cit., pp. 199-200.

[252] La Corte Internazionale di Giustizia parla di "*a certain autonomy*" delle organizzazioni internazionali, lasciando intendere che il grado di autonomia possa variare di caso in caso, in parere dell'8 luglio 1996 della Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, in *I.C.J. Reports 1996*, p. 66 e ss., para. 19. Sulla scorta di questa giurisprudenza, in dottrina si sostiene che l'autonomia delle organizzazioni internazionali sia "*matter of degree*". Sul punto, *inter alia*, Gazzini, op. cit., p. 200.

[253] Tsagourias, op. cit., p. 341.

[254] Il fatto che l'ordinamento UE determini da sé sul recepimento delle norme del diritto internazionale "altro" non sarebbe incompatibile con un modello che consideri l'UE come un'organizzazione internazionale; *cfr.* d'Aspremont, op. cit., p. 75.

[255] Tsagourias, op. cit., pp. 343-344.

[256] Una posizione simile è espressa anche in De Boeck, *EU Law and International Investment Arbitration. The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law*, op. cit., pp. 281-292.

Diversamente, si nota che in tutti i modelli descrittivi della natura dell'UE rimane costante il fatto che l'autonomia riguardi, innanzitutto, il rapporto con gli Stati membri. Se si considera l'UE come organizzazione internazionale questo è lampante, alla luce di quanto si è appena detto. Ma anche qualora si consideri l'UE come qualcosa di ontologicamente diverso, il rapporto con gli Stati membri rimane fondamentale per la tenuta dell'ordinamento, che si fonda pur sempre su atti di diritto internazionale, cioè su trattati di cui gli Stati restano i Signori. Nonostante l'autonomia, infatti, l'UE rimane dipendente dagli Stati con riguardo all'attuazione e all'effettività del diritto UE, oltre che al rispetto della giurisdizione della CGUE[257]. Per questo l'ordinamento UE è particolarmente sensibile tanto alle forze centripete, quanto a quelle centrifughe[258]. La giurisprudenza della Corte può essere letta proprio alla luce di questo punto. Infatti, come è stato notato[259], la Corte non arriva mai ad esprimersi sulla teoria della natura dell'UE e neppure ne ha bisogno[260]. Ciò che la Corte fa è rimarcare l'autonomia dell'ordinamento, in particolare l'autonomia normativa, che è la base logica del discorso. Una volta posta questa, la Corte sviluppa e applica i principi necessari alla salvaguardia delle caratteristiche dell'ordinamento, su cui a sua volta si basa l'autonomia-qualità. Dunque, l'autonomia normativa è asserita dalla Corte *a priori*, mentre le sue conseguenze giuridiche, cioè i principi che ne derivano, sono funzionali all'esistenza dell'ordinamento giuridico e alla resistenza alle eventuali forze centrifughe da parte degli Stati membri. Più nel dettaglio, questi principi sono posti a garanzia dell'effettività del diritto dell'UE e della sua unità, di cui l'autonomia costituisce un presupposto[261], le quali sono strettamente legate al principio di uguaglianza degli Stati davanti ai Trattati, enucleato all'art. 4, par. 2, TUE i quale, a sua volta, è connesso all'uniformità di applicazione (ed interpretazione) del diritto UE. Sul piano interno, un ruolo fondamentale è giocato dai principi dell'effetto diretto e del primato, che garantiscono l'effettività del diritto UE[262]. Il primato, in

[257] De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, op. cit., p. 45-46. La circostanza che l'UE sia dotata di proprio ordinamento significa che il diritto degli altri ordinamenti rileva, per esso, solo come fatto. In questo senso, la dipendenza dell'UE dagli ordinamenti nazionali quanto alla sua applicazione sarebbe da considerare come una dipendenza da elementi fattuali, il che di per sé non pregiudica l'autonomia giuridica dell'UE. In questo senso, Barents, op. cit., pp. 265-267.
[258] Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, op. cit., p. 268.
[259] De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, op. cit., p. 54.
[260] Più netto è stato invece l'AG Campos Sánchez-Bordona, che definisce l'UE come un'organizzazione internazionale, in conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona del 4 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, ECLI:EU:C:2018:978, punto 78.
[261] Si veda Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., p. 19.
[262] *Cfr.* Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, op. cit., pp. 276-277. La strumentalità del primato rispetto a unità ed efficacia dell'ordinamento è affermata, per esempio, in sentenza della Corte dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, causa C-

particolare, garantisce anche la sua uniforme applicazione e, quindi, l'uguaglianza degli Stati in quanto membri dell'Unione[263]. Sul piano esterno, la preservazione dell'unità e uniformità dell'ordinamento rappresentano lo scopo ultimo delle condizioni secondo le quali l'ordinamento recepisce il diritto internazionale al proprio interno[264], esaminate nel primo paragrafo e fondate proprio sulla base dell'autonomia normativa. Inoltre, si è già osservato che chiusura di questo quadro si inserisce la CGUE, che detiene il monopolio dell'interpretazione del diritto UE e che così garantisce la sua coerenza e uniformità di applicazione e, più in generale, protegge il carattere specifico dell'UE e la sua autonomia[265]. Dunque, l'autonomia normativa ha natura esistenziale in due sensi. Innanzitutto, è esistenziale perché attiene al momento stesso in cui l'ordinamento viene ad esistenza, scaturendo da una fonte autonoma[266]. In secondo luogo, è esistenziale perché funzionale all'esistenza dell'ordinamento, tramite i principi che ne discendono, oggi espressi nel quadro

409/06, ECLI:EU:C:2010:503, punto 61, e in sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11-70, cit., punto 3. Sul legame di interdipendenza tra autonomia e effettività del diritto UE, si veda Eckes, *Conceptual Toolkit - Bonding Structures, Autonomy, Effectiveness, and Legitimacy*, in *EU Powers Under External Pressure*, Oxford Studies in European Law, New York, 2019, p. 15 e ss., pp. 22-23.

[263] Il rapporto tra primato, principio di uguaglianza e uniforme applicazione, alla luce dell'autonomia dell'ordinamento UE, è illustrato molto chiaramente in Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, op. cit., p. 70, e in Lenaerts, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *Verfassungsblog*, 8 ottobre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/no-member-state-is-more-equal-than-others/ (ultimo accesso 21/06/2020). Sul punto, anche Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnelles" de l'Union européenne*, op. cit., pp. 70-72. A questo proposito, si deve notare che in questo quadro trova posto anche il principio di leale cooperazione, che interagisce con primato, effetto diretto ed effetto utile e contribuisce a garantire l'uniformità di applicazione del diritto UE, nonché l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati. *Cfr.* Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea*. *Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 23-26 e pp. 146-149.

[264] Si veda Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, op. cit., pp. 20-22 e Van Rossem, *The EU at crossroads: a constitutional inquiry into the way international law is received within the EU legal order*, op. cit., p. 81.

[265] *Supra*, Paragrafo I.2.4. Come si è detto, il ruolo svolto dal sistema giurisdizione dell'UE (con a capo la CGUE) è funzionale a garantire la qualificazione dell'UE come Unione di diritto (*Les Verts*). Ciò è fondamentale non solo per quanto riguarda la tutela degli individui, ma anche per la salvaguardia dell'unità dell'UE stessa (cioè dei suoi Stati membri), nel contesto del processo di integrazione che la caratterizza. In questo senso, Von Bogdandy scrive: "[u]nity is constitutive for diversity. Consequently, principles advancing unity were the first to develop in the process of integration. In a constitutionalist reconstruction, the rule of law appears to be the most important principle promoting unity", in Von Bogdandy, *Founding Principles*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), op. cit., p. 28. Secondo questo Autore, lo Stato di diritto necessità dell'effettività del diritto, la quale a sua volta informa la creazione giurisprudenziale di principi quali l'autonomia (!), efficacia diretta e primato, così come concetti quali la responsabilità finanziaria degli Stati membri per violazione del diritto UE (*ivi*, pp. 29-30). Se poi si osserva, come fa Lenaerts, che lo Stato di diritto a livello dell'UE e l'unità di questa si basano (anche) sull'uguaglianza degli Stati membri di fronte al diritto UE, il cerchio si chiude; in Lenaerts, *No Member State is MoreEqual than Others The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, op. cit.

[266] Secondo Barents, l'autonomia ha portata esistenziale perché implica che per il diritto UE ciò che rileva giuridicamente è il fatto che esista, non il modo in cui è venuto ad esistenza, in Barents, op. cit., p. 255.

costituzionale. Essi sono volti alla preservazione dell'ordinamento come sistema giuridico autosufficiente, coerente e completo[267], e al suo carattere di diritto "comune" agli Stati membri[268], legato alla sua unità. Come nota Azoulai[269], la struttura dell'UE è fragile e costantemente a rischio di disgregazione politica e frammentazione giuridica. Da un punto di vista giuridico, il pericolo è che il diritto dell'UE cessi di esistere in quanto tale e si frammenti in tanti pezzi quanti sono gli ordinamenti degli Stati membri[270]. Tutto ciò, quindi, vale soprattutto sul piano interno, nei rapporti con gli Stati membri e i loro ordinamenti. È nella dimensione interna, infatti, che esiste il rischio di disgregazione dell'Unione e del suo ordinamento, poiché la disgregazione non può avvenire che per mano degli Stati membri.

Bisogna allora chiedersi quale sia il ruolo del principio di autonomia, nelle sue varie manifestazioni, che, come si è visto, operano sul piano esterno. Ha anch'esso natura esistenziale, al pari dell'autonomia normativa che lo sottende? Secondo Azoulai, i principi strutturali, tra cui quello di autonomia, quando operano nella loro dimensione esterna non svolgono lo stesso ruolo di garanzia dell'ordinamento di quando operano in quella interna, ma sono volti a dotare l'UE dei mezzi che le permettano di condurre la propria azione esterna[271]. Ciò escluderebbe una rilevanza in senso esistenziale di quelle situazioni in cui la minaccia all'autonomia arriva dal diritto internazionale, come in alcuni tra i casi che si esamineranno nei capitoli successivi. In effetti, nella dimensione esterna, la minaccia per l'autonomia può arrivare dal diritto internazionale, con cui il diritto UE interagisce e, secondo il diritto internazionale, l'Unione rappresenta un soggetto autonomo. Pertanto, questa interazione, di per sé, non può pregiudicare l'esistenza dell'Unione come soggetto autonomo. Quando si tratta di autonomia, tuttavia, la distinzione tra dimensione esterna e interna non è sempre netta né immediata.

[267] Lenaerts e Gutiérrez-Fons, op. cit., pp. 105-108.

[268] veda Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., pp. 51 e 69. Similmente, secondo Barents, la natura particolare del diritto comunitario consisteva proprio nell'essere comunitario, in virtù dell'autonomia normativa. Si veda Barents, op. cit., pp. 8-12.

[269] Azoulai, *Structural Principles in EU Law: Internal and External*, in Cremona (a cura di), op. cit., p. 32 e ss., p. 33.

[270] Barents, op. cit., p. 254. Il rischio è insito nella natura di tutte le organizzazioni internazionali, poichè "[…] differently from states, international organisations are multiplex legal entities, constituted by other 'autonomous' international legal 'units' (states), which maintain their capacity to act independently from the organisation", in Moreno-Lax e Ziegler, op. cit., p. 237.

[271] Azoulai, *Structural Principles in EU Law: Internal and External*, in Cremona (a cura di), op. cit., pp. 39-40. *Cfr. Supra*, Paragrafo I.2.5.

I.3.2. Le situazioni aventi doppia dimensione, esterna e interna.

Dal paragrafo precedente emerge in che misura l'autonomia abbia natura esistenziale per l'ordinamento, soprattutto quando si fa riferimento alla dimensione interna. In linea di principio, invece, nella dimensione esterna non c'è in ballo l'esistenza dell'ordinamento. Eppure, possono verificarsi delle situazioni in cui l'autonomia gioca un ruolo sia esterno che interno. A ben guardare, ciò accade anche in *Van Gend en Loos* ed in *Costa c. ENEL*. I principi *ivi* sanciti hanno un'indubbia valenza interna, ma derivano dall'affrancamento dell'ordinamento comunitario dal diritto internazionale[272]. D'altronde, a prescindere dal modello teorico adottato per definire la natura dell'Unione, la sua costituzione per mezzo di strumenti di diritto internazionale resta un dato ineliminabile. Per emanciparsi dal diritto degli Stati membri, l'ordinamento UE deve innanzitutto rendersi autonomo da una visione dei Trattati come meri atti di "comune" diritto internazionale, secondo la quale i Trattati sono atti attribuibili a Stati in qualità di soggetti sovrani. Per assicurare l'esistenza dell'ordinamento, quindi, è necessario evitare anche che il diritto UE venga dissolto in "comune" diritto internazionale[273]. In questo senso, l'autonomia ha un ruolo nel momento in cui gli Stati rischiano di intaccare e compromettere l'ordinamento UE agendo al di fuori di esso e del suo quadro costituzionale, cioè quando agiscono non come Stati membri, ma come soggetti di diritto internazionale.

Un esempio si può rinvenire nel caso del parere 1/76. Il caso riguarda la conclusione di un accordo in materia di trasporti fluviali sul Reno, avente come parti contraenti CEE, Svizzera e taluni Stati membri. L'accordo prevedeva l'istituzione di un fondo, ossia di un ente pubblico internazionale, la cui amministrazione era affidata ad un Consiglio di vigilanza. Secondo lo statuto oggetto dell'accordo, i principali poteri amministrativi del Consiglio sarebbero stati assegnati non alla Commissione CEE, ma agli Stati membri; ciò ha portato la Corte a esprimersi per l'incompatibilità dell'accordo. Come si legge:

---

[272] Per questo motivo alcuni commentatori considerano i due casi come origine dell'autonomia che si è qui definita come esterna, cioè *vis-à-vis* il diritto internazionale. *Cfr.* veda Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., p. 52-53. Anche Molnár riconosce la doppia dimensione di questi due casi, enfatizzandone in particola quella esterna, in Molnár, op. cit., pp. 21-22.

[273] Sul punto Eckes, *Conceptual Toolkit - Bonding Structures, Autonomy, Effectiveness, and Legitimacy*, in *EU Powers Under External Pressure*, op. cit., p. 32. In maniera piuttosto espressiva, Halberstam e Stein parlano della necessità, per il diritto UE, di tagliare il cordone ombelicale che lo lega alla *Grundnorm* di diritto internazionale, per evitare di essere un mero strumento di diritto internazionale nelle mani degli Stati membri, in Halberstam e Stein, op. cit., pp. 62-63.

> "[r]isulta quindi che lo statuto […] implica una rinunzia all'autonomia d'azione della Comunità nelle sue relazioni esterne e, al tempo stesso, una modifica della costituzione interna della Comunità, attraverso l'alterazione di elementi essenziali della struttura comunitaria, per quanto riguarda sia le prerogative delle istituzioni, sia la reciproca posizione degli Stati membri […] il ripetersi di siffatti procedimenti implicherebbe infatti il rischio di *una graduale disintegrazione della costruzione comunitaria*, con conseguenze irreversibili"[274].

Si può notare come, in questi passaggi riportati, la Corte rilevi un'incompatibilità del progetto di accordo con il diritto comunitario, con riferimento alle caratteristiche essenziali riguardanti la struttura costituzionale della Comunità e, quindi, espressione dell'autonomia dell'ordinamento. La dimensione in cui si colloca la pronuncia sarebbe da considerarsi esterna, poiché l'oggetto del caso è un atto di diritto internazionale. Tuttavia, il fatto che il rischio paventato dalla Corte fosse causato dagli Stati membri attribuisce a tale rischio natura esistenziale, attribuendo alla questione anche una dimensione interna.

Situazioni come queste possono riscontrarsi in varie circostanze. I Trattati, dal canto loro, ne affrontano esplicitamente tre in particolare, in altrettanti articoli: gli articoli 344 e 351 TFUE e l'articolo 48 TUE[275]. Prendendo in esame l'art. 344 TFUE, si nota come esso sia espressione del principio di autonomia giurisdizionale, dal momento che impedisce agli Stati membri di sottoporre una questione riguardante l'interpretazione o l'applicazione del diritto UE, ad una giurisdizione diversa da quella prevista dal sistema giurisdizionale dell'Unione[276]. In questa situazione le prerogative della CGUE e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento nel suo complesso, sarebbero minacciate da una giurisdizione esterna, cioè sul piano del diritto

[274] Parere della Corte 1/76, cit., punti 12 e 14, corsivo aggiunto.

[275] La dimensione interna in cui operano le norme previste da questi articoli, cioè la dimensione attinente al rapporto con gli Stati membri, è comprovata dal fatto che esse sono espressione non solo dell'autonomia, ma anche del principio di leale cooperazione. Per quanto riguarda l'art. 344, si veda il caso *MOX Plant*, sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03 cit., punto 69. Per quanto riguarda l'art. 351 TFUE, si rimanda a Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea*. *Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., pp. 240-241.

[276] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 32, Parere 2/13, cit., punto 201, e giurisprudenza *ivi* citata. Nei prossimi capitoli, si osserverà più dettagliatamente il ruolo svolto da questa norma nei casi riguardanti i conflitti giurisdizionali tra CGUE e giudici esterni. Per un'analisi generale sull'interpretazione di questo articolo da parte della CGUE e il suo rapporto con l'autonomia dell'ordinamento, si veda Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 397 e ss.

internazionale, ma sempre per azione degli Stati membri. Inoltre, questo articolo deve essere considerato in connessione ad altri due articoli del TFUE, cioè il 259 e il 273. Insieme, queste norme contribuiscono a salvaguardare l'unitarietà, l'autosufficienza e l'autonomia del diritto UE[277]. L'art. 273 TFUE, in particolare, permette agli Stati membri di accordarsi per sottoporre alla CGUE qualsiasi controversia sorta tra loro, purché connessa all'oggetto dei Trattati. In questo modo viene fornita una possibilità in più agli Stati membri, al fine di portare la controversia all'interno dell'ordinamento, laddove non arrivi l'obbligo *ex art*. 344 TFUE. Infine, a chiusura del cerchio, l'art. 259 TFUE prevede una procedura per sottoporre alla CGUE le controversie tra Stati membri riguardati la violazione del diritto UE[278], così da evitare agli Stati la necessità di ricorrere a rimedi di diritto internazionale "comune", quindi esterni all'ordinamento dell'Unione, per questioni vertenti su norme di diritto UE[279].

Diversamente, l'art. 351 TFUE rappresenta una deroga al principio del primato, nel caso specifico degli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri con uno o più Stati terzi, anteriormente all'entrata in vigore del TCEE (o all'adesione dello Stato all'UE)[280]. Come

[277] *Cfr*. Fumagalli, *344*, in Pocar e Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1537 e ss.

[278] I casi in cui queste disposizioni hanno trovato applicazione sono relativamente pochi. Secondo Butler, questo è dovuto alla buona efficacia degli altri rimedi interni azionati direttamente dalle istituzioni dell'UE e alla soluzione delle controversie tra Stati membri tramite il dialogo, in Butler, *The Court of Justice as an inter-state court*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 36, No. 1, 2017, p. 179 e ss. Inoltre, la CGUE si è mostrata a tratti titubante nell'estendere più di tanto le proprie competenze in tali situazioni, come nel caso della sentenza della Corte del 31 gennaio 2020, *Repubblica di Slovenia contro Repubblica di Croazia*¸ causa C-457/18, ECLI:EU:C:2020:65. Per un commento al caso, si rimanda a Casolari, *Delimiting the outer limits of EU law while dealing with a border dispute between Member States: Slovenia v. Croatia*, in Butler e Wessel (a cura di), op. cit., p. 981 e ss.

[279] In generale, la Corte ha da sempre escluso l'applicazione del principio internazionalistico *inadimplenti non est adimplendum* agli obblighi derivanti dal diritto UE tra gli Stati membri, poiché "[i]l Trattato non si limita infatti ad imporre ai singoli soggetti degli obblighi reciproci, bensì ha dato vita ad un nuovo ordinamento giuridico il quale determina i poteri, i diritti e gli obblighi dei soggetti stessi, come pure le procedure per far constare e reprimere le eventuali violazioni. All'infuori dei casi espressamente previsti, il sistema del Trattato implica perciò il divieto per gli Stati membri di farsi giustizia da sé", in sentenza della Corte del 13 novembre 1964, *Commissione della Comunità economica europea contro il Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio*, cause riunite 90 e 91-63, ECLI:EU:C:1964:80, p. 1213. In dottrina ci si chiede, però, se sia possibile un ritorno al diritto internazionale dei trattati, laddove il diritto UE risultasse inadeguato (e quindi incompleto in quanto ordinamento) in certe particolari occasioni, come nel sanzionare la violazione grave e persistente dei valori *ex* art. 2 TUE da parte di uno Stato membro. *Cfr.* Pohjankoski, *Expulsion of a Member State from the European Union: Ultimate Remedy?*, in Lenaerts, Bonichot, Kanninen, Naomé e Pohjankoski (a cura di), *An Ever-Changing Union*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 321 e ss.

[280] Dal punto di vista del diritto internazionale si tratta, a tutti gli effetti, di una clausola di subordinazione. Sul punto Manzini, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 1, n. 4, 2000, p. 781 e ss., p. 782. Secondo la Corte, la clausola non può essere applicata per analogia ad accordi conclusi successivamente alla data indicata nell'articolo, ma precedentemente al momento in cui l'UE è diventata competente nel settore su cui vertono gli accordi in esame. Sul punto, si veda la sentenza del 28 ottobre 2022, *Generalstaatsanwaltschaft München c. HF*, causa C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852, punti 115-127. Per un commento, si veda Pantaleo, *The Court of*

noto, la *ratio* della norma è quella di permettere agli Stati membri di adempiere ai propri precedenti impegni internazionali anche qualora questi dovessero rivelarsi incompatibili con il diritto UE[281], in ossequio ai principi internazionalistici *pacta sunt servanda* e *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*[282]. La *ratio* del primato a cui l'articolo deroga consiste, invece, nell'impedire che gli Stati possano aggirare il diritto UE tramite i loro accordi internazionali[283]. Per questo motivo, la deroga al primato viene a sua volta limitata dall'autonomia normativa del diritto UE, per permettere al primato di ri-espandersi ove non sia necessaria la sua restrizione, per garantire l'effetto utile delle norme del diritto UE[284] e, più in generale, per tutelarne l'autonomia dall'azione esterna degli Stati membri. Innanzitutto, il paragrafo 2 dell'articolo prevede l'obbligo per gli Stati membri di eliminare, con tutti i mezzi necessari, le incompatibilità tra i loro vincoli internazionali e il diritto UE[285]. Venendo poi all'interpretazione dell'art. 351, par.1, TFUE, secondo la CGUE esso non implica alcun obbligo internazionale per l'UE *vis-à-vis* gli Stati terzi, ma solo un obbligo interno, verso gli Stati membri[286]. Inoltre, come visto in precedenza[287], in *Kadi* la Corte individua dei limiti materiali assoluti alla deroga al primato del diritto UE *ex* art. 351, par. 1, TFUE (all'epoca art. 307 TCE), cioè i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento, che non possono essere compromessi, in nessun caso, dagli accordi degli Stati membri, proprio in virtù dell'autonomia normativa dell'ordinamento UE[288]. Questo, si noti, nonostante la conseguenza

Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?, in *European Papers*, Vol. 7, 2022, No. 3, p. 1005 e ss.

[281] Ciò vale anche nel caso in cui le norme UE contrastanti con tali obblighi siano di rango primario, come in sentenza della Corte del 14 gennaio 1997, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl contro HM Treasury e Bank of England*, causa C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8. Secondo Govaere, la norma in esame rappresenta un "ponte" che i Trattati gettano tra il diritto UE e il diritto internazionale, al fine di evitare difficili situazioni di conflitto normativo tra i due sistemi giuridici, in Govaere, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU legal order: A ballon Dynamic*, in *The Interface Between EU and International Law*, a cura di Govaere e Garben, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 19 e ss., p. 41.

[282] Sentenza della Corte del 14 ottobre 1980, *Attorney General contro Juan C. Burgoa,* causa 812/79, ECLI:EU:C:1980:231, punto 8.

[283] *Cfr.* Van Rossem, *The EU at crossroads: a constitutional inquiry into the way international law is received within the EU legal order*, op. cit., p. 76.

[284] *Cfr.* sentenza della Corte del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118, punto 36.

[285] La Corte ha esteso la portata dell'obbligo fino ad una "incompatibilità ipotetica", in *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06, cit., punti 38-45. Per un commento, si veda Lavranos, *Commission v. Austria; Commission v. Sweden*, in *American Journal of International Law*, Vol. 103, n. 4, 2009, p. 716 e ss., p. 720.

[286] Sentenza della Corte del 14 ottobre 1980, *Attorney General contro Juan C. Burgoa,* causa 812/79, cit., punto 9.

[287] *Supra*, Paragrafo I.2.3.

[288] Sul punto, Lavranos, *Protecting European Law from International Law*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 15, 2010, p. 265 e ss.

di lasciare gli Stati membri nella "[…] uncomfortable position of *being sandwiched* between their obbligations under the UN Charter and EU law"[289].

Infine, la CGUE ha specificato che la deroga al primato è permessa solo con riguardo agli obblighi internazionali degli Stati membri nei confronti degli Stati terzi, mentre non si estende agli obblighi internazionali reciproci esistenti tra gli Stati membri[290]. In conclusione, gli accordi internazionali conclusi tra Stati membri non possono prevalere sul diritto UE.

Se questo è vero per gli accordi conclusi precedentemente all'entrata in vigore del TCEE o, comunque, all'adesione dello Stato, a maggior ragione ciò deve valere anche per gli accordi conclusi tra gli Stati che sono già membri dell'UE. Questa considerazione porta al terzo articolo dei Trattati qui considerato, cioè l'art. 48 TUE. Come spiega la Corte, infatti "[…] gli Stati membri non possono sottrarsi alle norme del Trattato concludendo un accordo o una convenzione internazionale. Essi sono tenuti a ricorrere, a tal fine, alla procedura prescritta dall'art. 236 del Trattato [modificato dall'art. 48 TUE]"[291]. L'art. 48 TUE, infatti, specifica quali siano le modalità secondo cui gli Stati possono modificare i Trattati[292]. Ciò significa che, per derogare al diritto primario (e quindi anche secondario) dell'UE, non basta il semplice consenso da parte di tutti gli Stati membri, ma bisogna seguire le procedure indicate dal diritto primario stesso[293], agendo all'interno dell'ordinamento UE. Tali limiti alla revisione sono un chiaro esempio di come l'autonomia tuteli il diritto UE dall'azione internazionale da parte degli Stati membri[294], in una dimensione che è, quindi, sia esterna che interna. L'effettività di

---

[289] Eckes, *EU Counter-Terrorist Sanctions against Individuals: Problems and Perils*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 17, no. 1, 2012, p. 113 e ss., p. 130, corsivo aggiunto.

[290] Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, *Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana*, Causa 10-61, ECLI:EU:C:1962:2, p. 17.

[291] Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 luglio 1991, *Independent Television Publications Limited contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-76/89, ECLI:EU:T:1991:41, punto 76.

[292] Per un commento sulla portata dell'articolo, si veda Rossi, *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?*, in Rossi e Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Springer,Heidelberg, 2014, p. 3 e ss.

[293] Così in sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa 43-75, cit., punti 56-58, e in parere della Corte del 28 marzo 1996, parere 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, punto 30.

[294] Sulla relazione tra autonomia e art. 48 TUE, *cfr.* Lenaerts e Gutiérrez-Fons, p. 107. In ultima analisi, l'esistenza di limiti procedurali alla revisione dei Trattati, oltre ad essere manifestazione dell'autonomia dell'ordinamento, è funzionale allo Stato di diritto. In questo senso, si veda Von Bogdandy, *Defining the Field of European Constitutional Law*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), op. cit., p. 11 e ss., pp. 34-35, e Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea*, op. cit., p. 184. In effetti, sembra ragionevole aspettarsi che, in un "Unione di diritto", per cambiare le regole del gioco si debba seguire le regole del gioco stesso. In caso contrario, ci sarebbero giocatori, cioè gli Stati membri, superiori (dunque sottratti) alle regole, cioè alla legge. Come scrive Tom Bingham, "all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts", in Bingham, *The rule of law*, Penguin Books, London, 2011.

questa tutela trova conferma in *Pringle*, ove la Corte ha affermato la propria competenza a sindacare il rispetto della procedura prevista, in quanto conclusasi con un atto del Consiglio europeo (secondo la procedura semplificata *ex* art. 48, par. 6, TUE)[295]. Ma la tutela del diritto UE si spinge anche oltre, dal momento che, sempre in *Pringle*, la Corte chiarisce che gli Stati membri possano affidare alle Istituzioni compiti anche al di fuori dell'ambito dell'Unione "[…] a condizione che tali compiti non snaturino le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni"[296]. Ciò significa che le caratteristiche essenziali riguardanti la struttura costituzionale dell'UE, coperte dall'autonomia istituzionale, devono essere salvaguardate anche quando le Istituzioni e gli Stati membri interagiscano in ambiti diversi da quelli previsti dai Trattati. In caso contrario, le Istituzioni rappresenterebbero soltanto degli organi comuni, a disposizione degli Stati membri.

Detto questo, è lecito domandarsi se esistano ulteriori limiti alla revisione dei Trattati, oltre a quelli espressi dall'art. 48 TUE. Si parla, in particolare, di limiti materiali impliciti, cioè dell'esistenza di un nocciolo duro di norme o principi che non possa essere intaccato, nonostante il consenso unanime di tutti gli Stati membri. Nei diversi commenti della dottrina in merito all'argomento, sono stati ricondotti a questo potenziale nocciolo vari elementi, tra cui, in particolare, i principi generali comuni agli Stati membri, i valori fondamentali dell'ordinamento (o almeno alcuni di essi, quali il rispetto dello Stato di diritto, dei diritti fondamentali e del principio democratico) ed infine il sistema giurisdizionale dell'UE, incentrato sul ruolo della CGUE e del rinvio pregiudiziale[297]. La CGUE, dal canto suo, non ha mai affrontato esplicitamente la questione, anche se nel parere 1/91 sembra esprimersi in

---

[295] Punti 30-36.

[296] Ivi, punto 158. Critico con la Corte, Azoulai sostiene che la sentenza *Pringle* dovrebbe essere letta come un caso in cui, in realtà, "[…] the Court has failed the conceptual and normative assumptions underpinning the EU legal order"; in Azoulai, cit., p. 39. Più in generale su questo tema, si veda Peers, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, Issue 1, 2013, p. 37 e ss.

[297] Il riferimento è ad autori come Da Cruz Vilaça e Piçarra, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les CE?*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1993, p. 3 e ss.; Da Cruz Vilaça, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la «sanctuarisation» du renvoi préjudiciel. Étude d'une limite matérielle à la révision des traités*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, op. cit., p. 247 e ss.; Rosas e Armati, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford, London, New York, New Delhi e Sydney, 2018, p. 45; Passchier e Stremler, *Unconstitutional constitutional amendments in European Union law: Considering the existence of substantive constraints on treaty revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 2, 2018, p. 337. Vi è chi, come Casolari, si chiede se il limite materiale possa arrivare a comprendere tutti gli elementi componenti il quadro costituzionale, illustrati nella sezione precedente, in Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea*, op. cit., p. 184. Più in generale, si veda Cattabriga, *La corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 316-331. Contra, si veda Klamert, *Article 48 TEU*, in Kellerbauer, Klamert e Tomkin (a cura di), *The EU Treaties and the Charters of Fundamental rights. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 309.

questa direzione, quando chiude l'argomentazione sul merito specificando che non sarebbe possibile modificare i Trattati in modo tale da sanare l'incompatibilità del progetto di accordo sottopostole con l'art. 164 TCEE (ora 19 TUE) e con i principi fondamentali della Comunità[298]. L'esistenza di un nucleo di norme aventi rango superiore a quello di diritto primario sembra poi confermata anche in *Kadi*, laddove la Corte individua un limite alla deroga al diritto primario prevista dall'art. 351 TFUE nei principi posti a fondamento dell'ordinamento[299]. Alla base di questi possibili limiti materiali vi sarebbe proprio l'autonomia normativa dell'ordinamento UE[300], operante, anche in questo caso, in una doppia dimensione, esterna e interna. D'altro canto, è difficile biasimare lo scetticismo di de Witte a riguardo, il quale si chiede cosa possa impedire ai Signori dei Trattati di modificare i (loro) Trattati, prescindendo da qualsiasi limite materiale ed agendo come soggetti indipendenti e sovrani di diritto internazionale[301]. Pur riconoscendo l'esistenza di limiti materiali da un punto di vista teorico, non si può escludere, *de facto*, l'eventualità di tale revisione. In definitiva, si tratterebbe di un'azione al di fuori del diritto UE vigente, che ne comporterebbe un mutamento esistenziale[302]. Come spiega Bernhardt:

> "Vi è spesso un fragile equilibrio tra la norma e i fatti, tra quanto il diritto autorizza e quanto la realtà consente. Ciò è particolarmente vero per la Comunità internazionale, i cui membri e rappresentanti più eminenti rimangono gli Stati sovrani. È difficile escludere che singoli Stati membri della Comunità possano di fatto sottrarsi agli obblighi comunitari; a maggior ragione si deve ammettere che decisioni prese all'unanimità da tutti gli Stati membri possono anche far crollare l'edificio della Comunità e il suo ordinamento giuridico oppure far loro subire radicali trasformazioni.

[298] Parere 1/91, cit., punti 71-72. Sull'esistenza di una giurisprudenza che sembra propendere per l'inesistenza di limiti materiali, si veda Cattabriga, op. cit., pp. 322-323.
[299] A questo proposito, Eckes parla di "super-supreme law", in Eckes, *Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order*, in *European Law Journal*, Vol. 18, no. 2, 2012, p. 230 e ss., p. 241.
[300] In senso opposto Bernhardt, secondo cui i limiti in questione non deriverebbero dall'autonomia del diritto UE, ma dall'oggetto e dallo scopo dei Trattati. In Bernhardt, *Le fonti del diritto comunitario: la "costituzione" della Comunità*, in Olmi (a cura di), *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1991, p. 71 e ss., p. 78. L'Autore sembra però riferire il concetto di autonomia ad una (per lui) discutibile distinzione ontologica del diritto UE da quello internazionale. Come mostrato nel paragrafo precedente, il concetto di autonomia a cui si fa riferimento in queste pagine prescinde dalla definizione della natura del diritto UE.
[301] De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, op. cit., pp. 35-36.
[302] In questo senso, si veda Da Cruz Vilaça e Piçarra, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traites instituant les CE?*, op. cit., p. 37; Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea*, op. cit., p. 186; Davì, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, pp. 383-384.

Ma sarebbe sicuramente *un atto rivoluzionario che non si fonderebbe sul diritto vigente*"[303].

Se, come detto, i limiti alla revisione dei Trattati sono espressione dell'autonomia dell'ordinamento, i casi in cui gli Stati incidono sul diritto UE agendo al di fuori di questo, cioè sul piano internazionale, rappresentano un fenomeno particolarmente sensibile per la tenuta dell'ordinamento stesso ed una sfida per il principio di autonomia. In questo senso, tali situazioni aventi doppia dimensione, esterna e interna, sono una terra di confine, al limite dell'ordinamento dell'Unione, in cui non è del tutto definito il ruolo che è può svolgere il principio di autonomia. Nella prassi, non mancano episodi in cui emerge la tendenza degli Stati membri a fuggire dalle norme dell'ordinamento UE, mettendone a repentaglio il quadro costituzionale, senza che la CGUE si opponga, pur avendone occasione. Un recente esempio di questa tendenza centrifuga è quello del caso *Sharpston*[304]. Come noto, l'AG inglese è stata

[303] Bernhardt, *Le fonti del diritto comunitario: la "costituzione" della Comunità*, op. cit., p. 78, corsivo aggiunto.
[304] Un altro e ben noto esempio è quello riguardante la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016 (Consiglio europeo, *Dichiarazione UE-Turchia*, 18 marzo 2016, comunicato stampa 114/16). Pur adottata in via informale, si può ragionevolmente argomentare che la Dichiarazione rappresenti un accordo internazionale concluso con la Turchia, riguardante la gestione dei migranti siriani che premono sulla Grecia. Per un'analisi approfondita sulla forma dell'atto, si rimanda a Gatti e Ott, *The EU-Turkey Statement: Legal Nature and Compatibility with EU Institutional Law*, in Carrera *et al*. (a cura di), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham e Northampton, 2019, p. 175 ss. Tuttavia, la CGUE, chiamata ad esprimersi sulla natura e sulla legittimità di tale atto, ha riscontrato la propria incompetenza a conoscere del ricorso, poiché l'atto sarebbe da attribuirsi agli Stati membri e non all'UE. Secondo il Tribunale, infatti, la Dichiarazione sarebbe stata adottata dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, a margine del Consiglio europeo, e non da quest'ultima Istituzione, nonostante la denominazione della Dichiarazione (ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NF contro Consiglio europeo*, causa T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128). Tuttavia, a prescindere dalla legittimità del contenuto, tale accordo tocca materie coperte dalla competenza dell'UE (riammissione dei migranti dagli Stati membri alla Turchia, impegni finanziari a carico dell'UE), per cui, se il Tribunale avesse ragione, gli Stati avrebbero agito al di fuori dell'ordinamento UE ed in violazione delle sue norme. Sul punto, si veda Gatti e Ott, op. cit., pp. 182-185; Carrera, den Hertog e Stefan, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, CEPS Policy Insights 15 (2017), disponibile al link https://www.ceps.eu/publications/it-wasn%E2%80%99t-me-luxembourg-court-orders-eu-turkey-refugee-deal (ultimo accesso 17/06/2021); Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, Vol. 2, No 1, 2017, p. 251 e ss.; García Andrade, *EU external competences in the field of migration: How to act externally when thinking internally*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 1, 2018, p. 157 e ss., pp. 194-197. Secondo Cannizzaro, la Dichiarazione "[…] seems to be exploiting the potentialities offered by international law as an alternative decision-making procedure within the EU legal system", quindi "[…] the normative instruments offered by international law seem to be used by the Member States to pursue their objectives over and above the Constitutional framework established by the treaties", in Cannizzaro, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, Vol. 1, No 1, 2016, p. 3 e ss.; nello stesso senso anche Danisi, *Taking the 'Union' out of the 'EU': the EU – Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law*, in *EJIL: Talk!* (20 Aprile 2017), disponibile al link https://www.ejiltalk.org/taking-the-union-out-of-eu-the-eu-turkey-statement-on-the-syrian-refugee-crisis-as-an-agreement-between-states-under-international-law/ (ultimo accesso 17/06/2021). Sulla Dichiarazione UE-Turchia come esempio della tendenza centrifuga descritta, si veda Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri*

rimossa dall'incarico prima della fine del suo mandato, insieme al giudice del Regno Unito, come conseguenza della *Brexit*. Il posto reso vacante è stato quindi assegnato dagli Stati membri ad un nuovo AG, di nazionalità greca[305]. La dottrina si è da subito espressa denunciando la probabile illegittimità della vicenda[306], poiché, a differenza dei giudici, non ci sono norme nell'ordinamento UE che vincolano la figura dell'AG ad uno specifico Stato membro, né l'evento dell'uscita di uno Stato dall'UE è compreso tra le cause di decadenza degli AG. Difatti, il numero degli AG non corrisponde a quello degli Stati membri e l'uscita del Regno Unito non ha comportato il taglio della posizione. L'avvenuta cessazione dell'incarico e la successiva sostituzione dell'AG Sharpston risultano quindi essere frutto di una scelta politica da parte degli Stati membri ("*brexit means brexit*"), tantoché la decadenza è stata stabilita proprio dai 27 Stati membri, in via informale, tramite una dichiarazione della Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri[307], di cui la Corte ha preso atto, con una lettera del proprio presidente[308]. Convinta dell'illegittimità della sua "destituzione", Eleanore Sharpston ha impugnato la decisione dei rappresentanti dei Governi, quella del presidente della Corte e la decisione di nomina del nuovo AG, ottenendo dal Tribunale la sospensione provvisoria della nomina dell'AG greco entrante. Tuttavia, su impugnazione dell'ordinanza del Tribunale da parte dei rappresentanti dei Governi, il vicepresidente della Corte di giustizia ha annullato la misura provvisoria in questione, per mancanza di uno dei requisiti per l'adozione di misure provvisorie, cioè la prospettiva di successo dell'azione di

e Unione Europea, op. cit., pp. 188-191. Su questa tendenza, più in generale, si veda *Editorial Comments: Union membership in times of crisis*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 1, 2014, p. 1 e ss.

[305] Decisione (UE) 2020/1251 dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 2 settembre 2020 relativa alla nomina di tre giudici e di un avvocato generale della Corte di giustizia, in *G.U.U.E.* L 292 del 7 settembre 2020, p. 1 e ss.

[306] Gli argomenti riportati di seguito sono stati avanzati dai seguenti autori: Halberstam, *Could there be a Rule of Law Problem at the EU Court of Justice? The Puzzling Plan to let U.K. Advocate General Sharpston Go After Brexit*, *Verfassungsblog*, 23 febbraio 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/could-there-be-a-rule-of-law-problem-at-the-eu-court-of-justice/ (ultimo accesso 17/06/2021); Pech, *The Schrödinger's Advocate General*, *Verfassungsblog*, 29 maggio 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-schroedingers-advocate-general/ (ultimo accesso 17/06/2021); Kochenov e Butler, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice of the European Union: Replacement of Advocate General Sharpston and the Battle for the Integrity of the Institution*, Jean Monnet Working Paper 2/20, disponibile al link https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-02-Dimitry-Kochenov-Graham-Butler.pdf (ultimo accesso 17/06/2021).

[307] *Dichiarazione della Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri relativa alle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea sugli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, del 29 gennaio 2020, XT 21018/20.

[308] Cover note 5713/20 del 3 febbraio 2020 del Consiglio dell'Unione europea, *Letter from the President of the Court of Justice of the European Union to the President of the Council of the European Union and of the Conference of the Representatives of the Governments of the Member States*.

annullamento. Secondo il vicepresidente, infatti, il ricorso principale era manifestamente irricevibile per incompetenza della CGUE a conoscerne, poiché:

> "[…] the Member States – as masters of the Treaties – have reserved to themselves, collectively, the adoption of certain acts. These are thus, as such, outside the scope of judicial control by the Court of Justice of the European Union, which by definition is only competent for acts which have been adopted by the institutions in the exercise of the competences conferred upon them"[309].

Sulla stessa posizione si assesta anche il Tribunale, nel rispingere i ricorsi principali[310], e la Corte di giustizia, nel respingere gli appelli contro le ordinanze di rigetto del Tribunale[311], limitandosi a constatare che l'art. 263 TFUE permette l'impugnazione esclusivamente di atti adottati dalle Istituzioni, tra le quali non rientra la Conferenza dei rappresentanti dei Governi. In vista di ciò è possibile constatare che il caso presenta una notevole rilevanza dal punto di vista dell'autonomia del diritto UE[312]: sia con riguardo all'autonomia normativa, perché gli

---

[309] Ordinanza del Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, *Consiglio dell'Unione europea contro Eleanor Sharpston*, causa C-424/20 P(R), ECLI:EU:C:2020:705, punto 17; ordinanza del Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, *Consiglio dell'Unione europea contro Eleanor Sharpston*, Causa C-423/20 P(R), ECLI:EU:C:2020:700, punto 17.

[310] Ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Corte di giustizia dell'Unione europea*, causa T-184/20, ECLI:EU:T:2020:474; ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, ECLI:EU:T:2020:473; ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, ECLI:EU:T:2020:475. Per un commento, si veda Kochenov e Butler, *CJEU's Independence in Question, Part IV. Ousted AG Sharpston brings an Appeal to the Court*, *Verfassungsblog*, 23 dicembre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/cjeus-independence-in-question-part-iv/ (ultimo accesso 17/06/2021).

[311] Ordinanza della Corte di giustizia del 16 giugno 2021, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, ECLI:EU:C:2021:486; ordinanza della Corte di giustizia del 16 giugno 2021, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-685/20 P, ECLI:EU:C:2021:485.

[312] Molte delle critiche provenienti dalla dottrina sopra menzionata (*supra*, nota 306), invece, si concentrano sul rispetto dello Stato di diritto da parte dell'UE. Secondo tali posizioni, si potrebbe sostenere che il caso non restituisca un'immagine troppo lusinghiera dell'UE come Unione di diritto. Da un lato, perché getta ombre sull'indipendenza dell'organo giudiziario dell'UE. Dall'altro (quello qui maggiormente interessante), perché, più in generale, la vicenda implica che esistano dei soggetti - gli Stati membri - che possono incidere in maniera giuridicamente vincolante sugli elementi del quadro costituzionale dell'UE, senza che sia possibile sindacarne l'operato. Sull'importanza attribuita dalla stessa CGUE all'inamovibilità dei giudici, si veda sentenza della Corte, del 21 gennaio 2020, *Banco de Santander SA***,** causa C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17, punti 58-60; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, causa C-619/18, cit., punti 75-76. Per una panoramica della giurisprudenza della CGUE in tema di indipendenza dell'organo giudiziario e di Stato di diritto, si rimanda a *infra*, Capitolo III, nota 167. Come scrive Von Bogdandy, "[t]he legality principle implies that the strict Treaty normativity cannot be temporarily suspended through informal agreements", in Von Bogdandy, *Defining the Field of European Constitutional Law*, op. cit., p. 35. Si veda

Stati membri hanno la possibilità di incidere giuridicamente sull'ordinamento UE agendo al di fuori di questo, senza che vi siano norme sovrannazionali a regolare o prevedere questa azione; sia con riguardo all'autonomia istituzionale, perché tale incidenza riguarda la composizione di un'Istituzione, la CGUE. Inoltre, il fatto che l'azione dei 27 si collochi sul piano internazionale impedisce alla Corte di esprimersi sulla legittimità di un atto aventi effetti vincolanti nell'ordinamento[313]. Se poi si osserva la vicenda dal punto di vista dei diritti individuali, non si può fare a meno di notare che, mentre in questo caso l'azione degli Stati membri sul piano internazionale priva la ricorrente di un adeguato rimedio giurisdizionale, in *Kadi* il principio di autonomia aveva portato alla prevalenza sul diritto internazionale dell'istanza di protezione dei diritti fondamentali (tra cui proprio il diritto al giudice) e delle prerogative della CGUE previste dall'ordinamento UE.

In conclusione, se è vero che il principio di autonomia, nelle sue diverse forme, opera solo sul piano esterno e non su quello interno (almeno allo stato di cose attuale), gli articoli dei Trattati esaminati in questo paragrafo mostrano che l'autonomia si manifesta anche laddove la minaccia arrivi dal diritto internazionale, ma per mano degli Stati membri, salvaguardando l'ordinamento da rischi di natura esistenziale derivanti da queste situazioni esterne ed al contempo interne. Sussistono, però, delle zone d'ombra, in cui le tendenze centrifughe degli Stati membri non trovano adeguata resistenza da parte dell'ordinamento UE e l'autonomia cede il passo all'azione dei Signori dei Trattati[314]. Nel prossimo capitolo si vedrà in che modo operi il principio di autonomia, nei casi riguardanti il conflitto giurisdizionale tra CGUE e giurisdizioni internazionali. Bisognerà capire se i casi ricadono in una dimensione puramente esterna, o se, piuttosto, si tratta di situazioni aventi dimensione sia esterna che interna. In base a questo varia il livello di gravità della minaccia che il principio si trova a fronteggiare. Si

---

anche la definizione di Stato di diritto data dalla Commissione di Venezia, alla voce "*legality*", in European Commission for legality through law (Venice Commission), *Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)*, CDL-AD(2011)003rev-e, Study No. 512 / 2009, p. 10.

[313] A dire il vero, la Corte non si esprime sul fatto che gli Stati abbiano agito sul piano del diritto internazionale o su un piano interno all'ordinamento (ordinanze della Corte di giustizia del 16 giugno 2021, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, cause C-284/20 P e C-285/20 P, cit., punto 44 e punto 50). In questo secondo caso, la vicenda tenderebbe ad assumere contorni inquietanti per un'Unione di diritto, con effetti ancor più negativi sul quadro costituzionale UE.

[314] In questo senso anche Kochenov e Butler, che così commentano l'atteggiamento della CGUE nel caso *Sharpston*: "[t]his was no act of judicial minimalism of the CJEU, but rather, complete judicial abdication to the Masters of the Treaties", in Kochenov e Butler, *CJEU's Independence and Lawful Composition in Question (Part V), Verfassungsblog*, 19 giugno 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/cjeus-independence-and-lawful-composition-in-question-part-v/ (ultimo accesso 21/06/2021). Guardando ad altri elementi di prassi giurisprudenziale (tra cui la citata sentenza *Pringle*), Azoulai nota che "[…] confronted with matters of deeply political nature, the Court retreated from the structural principles of EU law"; in Azoulai, op. cit., p. 39

osserverà, quindi, se ciò comporti un impatto o meno sull'esito della valutazione di compatibilità condotta dalla CGUE.

Capitolo II. Le modalità di applicazione del principio di autonomia nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale *pre-Achmea*.

Introduzione al Capitolo II. II.1. Prologo: il parere 1/76. II.2. L'affermazione del principio nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale: i pareri 1/91, 1/92 e 1/00. II.2.1. Il parere 1/91. II.2.2. Il parere 1/92. II.2.3. Il parere 1/00. II.2.4. Prime considerazioni di sintesi sul test di compatibilità con il principio di autonomia. II.3. Lo sviluppo del principio: la sentenza MOX Plant e il parere 1/09. II.3.1. La sentenza *MOX Plant*. II.3.2. Il parere 1/09. II.4. La massima estensione del principio: il parere 2/13. I.4.1. Segue. I passaggi del test di compatibilità legati al contesto della tutela dei diritti fondamentali. II.4.2. Segue. I passaggi del test di compatibilità che prescindono dal contesto della tutela dei diritti fondamentali. II.5. Considerazioni conclusive: lo stato dell'arte pre-*Achmea*.

Introduzione al Capitolo II.

Nel Capitolo precedente si è anticipato che il principio di autonomia trova applicazione nella dimensione esterna, ossia nel rapporto del diritto UE con il diritto internazionale. In particolare, il principio compare nella giurisprudenza della CGUE riguardante casi di conflitto giurisdizionale. Questi casi vertono sulla compatibilità di giurisdizioni esterne, cioè di diritto internazionale, con l'ordinamento dell'Unione, in particolare con il suo sistema giurisdizionale e con le prerogative della CGUE, e possono essere suddivisi in due grandi gruppi. Da una parte ci sono i casi che, cronologicamente, vanno dal parere 1/76 al parere 2/13[1]. In essi, la Corte elabora e sviluppa il principio di autonomia, fino ad allora mai preso in considerazione nella propria giurisprudenza. Dall'altra, ci sono i casi che, a partire dalla sentenza *Achmea*, vedono il principio di autonomia calato nel contesto specifico dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato.

In questo capitolo si analizzano le pronunce della CGUE appartenenti al primo dei due gruppi, con l'intento di individuare le modalità di applicazione del principio di autonomia, le quali concretizzano la portata normativa del principio, alla luce del quale la Corte compie di volta in volta la valutazione della questione di compatibilità. A tal fine, è necessario individuare gli elementi del test di compatibilità comuni ai vari casi. Si rimanda al capitolo seguente, invece, la trattazione delle pronunce appartenenti al secondo gruppo, onde seguire lo sviluppo del principio di autonomia ed individuare differenze e peculiarità della sua applicazione nel contesto più specifico delle controversie tra investitore e Stato.

[1] Parere della Corte 1/76, cit.; parere 1/91, cit.; parere 1/92, cit., parere 1/00, cit.; *MOX Plant*, cit; parere 1/09, cit.; parere 2/13, op. cit.

I casi del primo gruppo, pur avendo in comune il tema del conflitto giurisdizionale, appaiono in realtà piuttosto variegati. Lo scrutinio di compatibilità eseguita dalla Corte cambia, ovviamente, a seconda del contesto del caso di specie. Benché possa apparire ovvia, questa circostanza è tutt'altro che irrilevante dato che, come già si è detto, il principio di autonomia non è enucleato in astratto nei Trattati, ma è frutto della giurisprudenza sovranazionale Pertanto, esso è correlato, nel suo sviluppo, alle circostanze (di fatto e di diritto) in cui la Corte si è trovata ad applicarlo. Ciò comporta che, per isolarne il contenuto e delinearne i confini, si rende necessaria una ricerca che, di volta in volta, indaghi i tratti fondamentali del principio, ricavabili per astrazione, nonché la forma che questi assumono confrontandosi con le specificità del caso di specie. L'approccio casistico e analitico seguito implica uno studio che, nel ripercorrere le argomentazioni adottate caso per caso dalla Corte, può risultare, almeno a tratti, frastagliato. In vista di ciò, è bene chiarire che lo scopo non è quello di fornire un commento puntuale di ogni pronuncia e del suo contesto specifico, ma, piuttosto, quello di trovare un massimo comune divisore tra i singoli test di compatibilità in esse seguiti, indagando la fenomenologia del conflitto giurisdizionale.

Innanzitutto, si tratta di identificare le forme in cui l'autonomia trova applicazione all'interno della giurisprudenza presa in considerazione. Il riferimento andrà, in particolare, alle due forme di autonomia istituzionale e autonomia giurisdizionale, ma anche a quella più "pura", di autonomia normativa. Successivamente, si analizzerà il test utilizzato dalla Corte in relazione alle varie forme di applicazione del principio, a seconda della specifica situazione in esame.

L'analisi che segue si sviluppa lungo una linea direttrice che tiene conto in particolare di due fattori. Il primo di essi attiene ai riferimenti normativi richiamati dalla giurisprudenza esaminata. Lo scopo ultimo sarà quello di capire se il principio di autonomia sia in grado di operare normativamente in maniera a sé stante, o se si fondi esclusivamente su determinate disposizioni dei Trattati, rappresentandone, in certo modo, una concretizzazione. Ecco perché nell'analisi che segue si individueranno le norme di volta in volta rilevanti. Come si vedrà, le disposizioni sono, nello specifico, gli artt. 344 e 267 TFUE, quest'ultimo letto in combinato disposto con l'art. 19 TUE (o le loro versioni precedenti). Il secondo fattore, invece, attiene ai due elementi determinanti nel definire l'interazione tra giurisdizioni esterne e diritto UE. Questi elementi compongono la griglia di analisi attraverso la quale ricavare il contenuto del test. Tramite la loro identificazione, è possibile spiegare le modalità di applicazione del principio. Come si avrà modo di osservare più nel dettaglio, il primo dei due elementi consiste

in quello che si può definire come punto di contatto tra giurisdizione esterna e diritto UE. Questo punto di contatto si concretizza nelle modalità secondo cui il diritto UE viene in rilievo per la giurisdizione esterna in questione. Come si vedrà, esistono varie possibili modalità di contatto, a seconda del caso in esame. Il secondo elemento riguarda gli effetti che le pronunce delle giurisdizioni esterne esercitano all'interno del diritto UE e sui suoi soggetti (pubblici), cioè Istituzioni (inclusa la Corte) e Stati membri.

Infine, due ultime precisazioni si rendono necessarie. La prima è che, quando ci si riferisce al concetto di conflitto giurisdizionale, si intende guardare non solo all'interazione con tribunali e arbitri internazionali, ma anche a quella con organi decisionali, istituiti e operanti nell'ambito di accordi internazionali dell'Unione o degli Stati membri, qualora tali organi siano insigniti di poteri vincolanti e riguardanti l'interpretazione delle norme degli accordi stesse o la risoluzione delle controversie sorte tra le parti[2]. L'esempio tipico è quello dei comitati misti, composti da rappresentanti delle parti e non da soggetti terzi. D'altronde, come emerso nel primo capitolo[3], fonti previste da accordi da una parte e lodi e sentenze emessi da giudici internazionali dall'altra hanno lo stesso effetto all'interno dell'ordinamento UE. La seconda precisazione deriva direttamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale:

> "[u]n accordo internazionale che prevede un siffatto sistema giurisdizionale è, in linea di principio, compatibile con il diritto comunitario. Infatti, la competenza della Comunità in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali implicano 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"[4].

Su questa base, il principio di autonomia rappresenta un limite alla compatibilità con il diritto UE e, quindi, una condizione rispettata la quale il diritto UE non impedisce la creazione di, o

[2] In un'occasione, la Corte stessa precisa che la questione sottopostale non riguarda solo la compatibilità del sistema giurisdizionale previsto dall'Accordo, ma anche quella "[…] di tutte le disposizioni di tale testo normativo dirette a garantire l'attuazione e l'interpretazione uniformi dell'accordo ECAA e dei relativi allegati nonché a prevenire ed a comporre le controversie", in parere 1/00, cit., punto 1.

[3] *Supra*, Paragrafo I.1.3.

[4] Parere 1/91, cit. punto 40. Questa posizione è stata più volte ripresa nelle pronunce della CGUE in materia. Per un esempio più recente, si veda parere 1/17, cit., punto 106.

la partecipazione a, simili meccanismi giurisdizionali o decisionali. Di conseguenza, chiarendo il contenuto dei test (e quindi il contenuto normativo del principio), è possibile comprendere quali caratteristiche questi meccanismi debbano (o non debbano) avere, per non essere in contrasto con l'ordinamento UE e le sue caratteristiche specifiche.

L'analisi dei casi verrà condotta in senso cronologico. Preliminarmente (Sezione II.1), si prenderà in considerazione il parere 1/76, che è possibile considerare come sorta di prologo alla giurisprudenza oggetto di analisi nel Capitolo. Successivamente (Sezione II.2.), si analizzeranno tre casi che, si vedrà, risultano simili tra loro: i pareri 1/91, 1/92 e 1/00. In essi, compaiono per la prima volta gli elementi del test di compatibilità con il principio idonei a spiegarne le modalità di applicazione. Di seguito (Sezione II.3), l'analisi si sposterà su altri due casi, *MOX Plant* ed il parere 1/09, in cui le modalità di applicazione del principio trovano ulteriore sviluppo. Infine, ci si soffermerà sul parere 2/13, in cui l'applicazione del principio trova la sua massima estensione. Da ultimo (Sezione II.5), in conclusione del Capitolo, si farà il punto sulle modalità di applicazione del principio nella giurisprudenza esaminata.

II.1. Prologo: il parere 1/76.

Come anticipato, *Kadi* e il parere 1/76 rappresentano due casi in cui l'autonomia rileva con riguardo ad un contrasto tra diritto UE e diritto internazionale che verte specificamente su di un conflitto tra giurisdizioni[5]. Entrambi i casi sono già stati presi in considerazione nel capitolo precedente, ma il secondo merita qui un ulteriore approfondimento.

Il parere 1/76 rappresenta il primo caso in cui la Corte applica il principio di autonomia, arrivando ad esprimersi per l'incompatibilità dell'accordo in questione[6]. Il motivo dell'incompatibilità consiste nel contrasto della struttura del consiglio di vigilanza (organo

[5] Questa situazione si ripresenterà anche nei pareri 1/91, 1/92 e 1/00, con riguardo ad alcuni profili di potenziale compatibilità al vaglio della Corte.

[6] Per un commento al caso, si veda Kovar, *Chroniques de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européenne, in Journal de Droit International*, 1978, no. 4, p. 936 e ss., pp. 939-952, Hardy, *Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making Powers of the Community*, in *Common Market Law Review*, Vol. 14, Issue 5, 1977, p. 561 e ss., Hartley, *International Comeptence of the Community*, in *European Law Review*, Vol. 2, 1977, p. 275 e ss. In dottrina, il parere viene spesso preso come punto di partenza per la disamina della giurisprudenza sull'autonomia, come in Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: From the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, op. cit., pp. 1630-1633, e de Witte, *A selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit., pp 35-36. Tuttavia, la pronuncia è nota maggiormente per il suo contributo alla dottrina del parallelismo tra competenze interne ed esterne dell'UE, nel contesto della giurisprudenza ERTA. Sul punto, si veda Groux, *Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne. À propos de l'Avis 1/76 de la Cour de justice du 26 avril 1977*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1978, no. 1, p. 3 e ss., Hardy, op. cit., p. 582 e ss.

direttivo del fondo) con questo principio, nella sua veste di autonomia istituzionale, come si è avuto modo di specificare nel Capitolo precedente[7].

Detto ciò, in realtà, nel parere 1/76 emerge anche la questione del conflitto giurisdizionale con l'ordinamento interno, benché essa non venga valutata alla luce del principio di autonomia[8]. Si tratta in effetti del primo caso in cui la Corte affronta il problema della compatibilità di un tribunale internazionale con il diritto UE. Per questo motivo, il parere rappresenta il punto di partenza della saga giurisprudenziale sul conflitto giurisdizionale.

L'accordo sottoposto al vaglio della Corte prevedeva l'istituzione, oltre che di un consiglio di vigilanza, anche di un tribunale internazionale. Il tribunale avrebbe avuto poteri simili a quelli che la CGUE possiede rispetto al diritto comunitario. Infatti, questo sarebbe stato competente a conoscere delle dispute sorte tra gli Stati parte dell'accordo, delle questioni di interpretazione delle norme di questo, dell'operato degli organi da esso istituiti e delle questioni relative all'inadempimento delle parti.

Nella sua valutazione di compatibilità, la Corte sgombra una volta per tutte il campo da una questione di fondo: posto che un accordo internazionale concluso dall'Unione rientra nel diritto UE quale atto delle Istituzioni, e posta la competenza della CGUE a esprimersi in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale accordo, è possibile attribuire una competenza simile parallelamente anche a un tribunale internazionale, la cui giurisdizione sia vincolante per l'Unione? La risposta della Corte è affermativa[9]. Si può quindi arrivare ad una prima conclusione sul test del principio di autonomia: il punto di contatto che fa scattare il test non comprende anche l'interpretazione delle norme dell'accordo internazionale stesso[10]. In caso

[7] Su questo profilo istituzionale dell'autonomia nella pronuncia in esame si concentrano Shuibhne e Contartese. La prima, in particolare, fa riferimento al parere per individuare il nucleo dell'autonomia istituzionale, ossia la tutela delle prerogative delle istituzioni e le relazioni tra Stati membri in quanto tali, in Shuibhne, op. cit., p. 16. La seconda, invece, pone l'accento sul fatto che, per la prima volta, la Corte ha parlato di questi elementi, che danno sostanza all'autonomia dell'UE, definendoli "elementi essenziali della struttura comunitaria" (parere 1/76, cit., punto 12), dando così vita al concetto di caratteristiche essenziali, in Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: From the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, op. cit., pp. 1631-1633.

[8] Tra le altre cose, infatti, la pronuncia tratta anche il tema del rapporto tra diritto comunitario e organi di risoluzione delle controversie. Così viene trattata in Rosas, *The EU and international dispute settlement,* op. cit., pp. 6-8.

[9] La Corte non lo dice espressamente, ma di fatto accetta questa eventualità senza riscontrare problemi, salvo le riserve di cui si dirà a breve; in parere 1/17, cit., punti 17-21.

[10] Si vedrà, però, che questa conclusione non è assoluta. Segnatamente, non vale nel caso di una controversia tra Stati membri; *infra*, Paragrafo II.3.1.

contrario, ogni possibilità di istituire una simile giurisdizione internazionale verrebbe esclusa a prescindere, con conseguenze "estreme" per le relazioni internazionali dell'UE[11].

Come spiega la Corte, nel momento in cui l'Unione agisce esternamente ed instaura un rapporto giuridico con soggetti terzi (come la Svizzera in questo caso), essa può istituire una giurisdizione dotata di siffatte competenze. Al contempo, non è possibile aspettarsi che, in un simile scenario, venga tenuto conto esclusivamente delle esigenze interne all'ordinamento UE[12]. Si delinea, così, il dualismo tra i due piani, quello del diritto UE e quello del diritto internazionale, su cui inevitabilmente ci si muove. È la ricerca di un equilibrio tra di essi che porterà la Corte, nei casi successivi, ad esplicitare la possibilità, almeno sul piano teorico, che l'Unione si vincoli a siffatte giurisdizioni internazionali[13]. Nella pronuncia in esame, vengono espresse comunque alcune riserve, che meritano di essere menzionate. In particolare, nell'evenienza in cui la competenza del tribunale ad interpretare l'accordo non sia esclusiva, ma risulti concorrente con quella della Corte di giustizia, allora non potrebbero essere nominati come membri del tribunale coloro i quali siano anche giudici della Corte stessa. In questo caso, infatti, questi ultimi potrebbero esprimersi sulla stessa questione due volte, come membri delle due giurisdizioni, e ciò minerebbe l'imparzialità della Corte[14].

È interessante notare come queste riserve non contemplino la salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento, limitandosi a proteggere la capacità della Corte di svolgere le proprie funzioni giurisdizionali con assoluta imparzialità[15]. Per questo motivo, anche un commentatore come de Witte, in altri casi critico con l'atteggiamento dei giudici di Lussemburgo di proteggere le proprie prerogative ad ogni costo, definisce la posizione tenuta nel parere 1/76 come, tuttalpiù, un po' scrupolosa[16].

---

[11] *Cfr.* Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, op. cit., p. 87.

[12] *Ivi*, punto 21.

[13] *Supra*, Paragrafo I.1.3.

[14] Parere 1/76, cit., punto 22.

[15] Secondo Hardy, la decisione della Corte sul punto sarebbe comunque volta a proteggere l'unità e la coerenza dell'ordinamento UE, sulla scorta del fatto che "the Court of Justice remains the apex of the internal legal system and the Fund Tribunal, as the body set up by a separate treaty, is responsible for external aspects and disputes between the Contracting Parties themselves", in Hardy, op. cit., p. 582.

[16] De Witte, *A selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit., p. 36. A ben vedere, nel ragionamento della Corte sembra intendersi, addirittura, che sarebbe stato possibile attribuire al tribunale internazionale una competenza esclusiva circa l'interpretazione del trattato. La Corte, infatti, contempla una tale possibilità, senza sollevare *caveat* (parere 1/17, punto 19). In effetti, una posizione tutt'altro che "egoista", visto che, come la Corte stessa menziona nel parere al punto precedente (*ivi*, punto 18), un accordo concluso dall'UE (o dalla Comunità) deve considerarsi come diritto UE (o comunitario) e, come tale, è sottoposto alla giurisdizione della Corte, come da giurisprudenza *Haegeman*. Paradossalmente, secondo la Corte, i rischi di attrito tra accordo e diritto comunitario sarebbero sorti nel caso si

II.2. L'affermazione del principio nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale: i pareri 1/91, 1/92 e 1/00.

Il parere 1/91 rappresenta il primo caso in cui il principio di autonomia viene utilizzato come parametro di legittimità di un progetto di accordo negoziato dall'UE, con riguardo al sistema giurisdizionale *ivi* previsto. Il parere è anche il primo caso in cui la Corte conclude per l'incompatibilità dell'accordo. Come noto, il parere riguarda la prima versione dell'accordo istitutivo dello Spazio Economico Europeo (Accordo SEE[17]), tra la Comunità e i suoi Stati membri e tre Paesi AELS (esclusa la Svizzera), bocciato in prima battuta dalla Corte di giustizia e concluso in seguito al parere 1/92, in questo caso positivo[18]. Tale Accordo mira alla creazione di una forma avanzata di integrazione dei Paesi partners dell'UE all'interno del mercato unico, senza però arrivare all'adesione di questi all'UE[19]. A tal fine, l'Accordo replica parte delle norme dell'ordinamento UE ("*homogenity*"), in particolare quelle concernenti le libertà fondamentali e la concorrenza, e prevede meccanismi di aggiornamento agli sviluppi del diritto derivato ("*dynamism*")[20].

Il parere 1/00 concerne, invece, il progetto di accordo istitutivo dello Spazio Aereo Comune Europeo (Accordo ECAA[21]), tra la Comunità e i suoi Stati membri (da una parte) e altri undici

---

fosse interpretata la competenza ad interpretare le norme dell'accordo come concorrenti tra tribunale internazionale e Corte.

[17] Accordo sullo Spazio economico europeo - Atto finale - Dichiarazioni comuni - Dichiarazioni dei governi degli Stati membri della Comunità e degli Stati AELS - Accordi - Verbale concordato - Dichiarazioni di una o più parti contraenti all'accordo sullo Spazio economico europeo, in *G.U.U.E.* L 1 del 3 gennaio 1994, p. 3 e ss.

[18] Per un commento ai casi, si veda Schermers, *Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1992*, in *Common Market Law Review*, Vol. 29, Issue 5, 1992, p. 991 e ss., Brandtner, *The 'Drama' of the EEA. Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *European Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 2, 1992, p. 300 e ss., e Lang, *L'accordo sullo spazio economico europeo e la compatibilità col diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, p. 575 e ss.

[19] Cremona, *Extending the Reach of EU Law: The EU as an International Legal Actor*, in Cremona e Scott (a cura di), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 64 e ss., p. 88. Secondo Avery "[…] it is the closest form of relationship, other than full membership, that the EU has ever offered to neighbouring countries", in Avery, *The European Economic Area revisited*, in *European Policy Centre*, 13 marzo 2012, disponibile al link https://www.epc.eu/en/Publications/The-European-Economic-Area-rev~2450e0 (ultimo accesso 10/11/2022). Per un approfondimento sull'Accordo SEE, si veda Franklin e Haukeland Fredriksen, *Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on*, in *Common Market Law Review*, Vol. 52, Issue 3, 2015, p. 629 e ss., e Rye, *Integration from the outside. The EC and EFTA from 1960 to the 1995 enlargement*, in Ikonomou, Andry e Byberg (a cura di), *European Enlargement across Rounds and Beyond Borders*, Routledge, Londra, 2017, p. 194 e ss.

[20] Cremona, *Extending the Reach of EU Law: The EU as an International Legal Actor*, op. cit., p. 89.

[21] Accordo multilaterale tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, la Repubblica di Albania, la Bosnia-Erzegovina, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica di Croazia, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, la Repubblica d'Islanda, la Repubblica di Montenegro, il Regno di Norvegia, la Romania, la Repubblica di Serbia e la Missione delle Nazioni Unite per l'amministrazione ad interim nel Kosovo, relativa all'istituzione di uno Spazio aereo comune europeo, in *G.U.U.E.* L 285 del 16 ottobre 2006, p. 3 e ss.

partner europei, ed anch'esso è stato giudicato compatibile con il diritto UE[22]. Tale Accordo segue la stessa logica dell'Accordo SEE, ma con riferimento alle sole norme UE pertinenti al settore aereo. Questa similarità di fondo tra Accordo SEE e Accordo ECAA comporta un altrettanto simile applicazione del test di compatibilità con l'autonomia.

II.2.1. Il parere 1/91.

La prima versione dell'accordo SEE prevedeva, accanto all'istituzione di quattro organi di stampo politico, anche la creazione di un sistema giurisdizionale SEE, basato su di un tribunale di prima istanza ed una corte, competente a conoscere dei ricorsi avverso le sentenze del tribunale e delle controversie tra le parti[23]. Esprimendosi sulla compatibilità tra questo sistema giurisdizionale e il diritto comunitario, nel parere 1/91 la Corte di giustizia individua alcuni dei principali punti "sensibili" per il principio di autonomia. In particolare, vengono in rilevo due elementi fondamentali del principio di autonomia, che è possibile individuare nell'autonomia istituzionale ed in quella autonomia giurisdizionale[24]. Inoltre, ad essi si aggiunge l'attenzione della Corte per la salvaguardia del ruolo e delle prerogative della CGUE all'interno del sistema giurisdizionale dell'UE.

Guardando al ragionamento della Corte, essa si sofferma, innanzitutto, sulla questione dell'autonomia istituzionale[25]. La Corte SEE, per poter svolgere la propria funzione di risoluzione delle controversie tra le parti assegnatale dal progetto di accordo, dovrebbe, preliminarmente, individuare le parti della controversia, interpretando la nozione di "parte contraente", prevista dall'art. 2, lett. c), del progetto di accordo. Trattandosi di un accordo misto, la Corte SEE dovrebbe quindi stabilire, di caso in caso, se la nozione faccia riferimento alla Comunità, agli Stati membri (uno o più di loro) o ad entrambi. Così facendo, essa sarebbe competente a statuire sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Comunità, la quale discende dai Trattati (all'epoca TCEE e Trattato CECA). Conseguentemente, la giurisdizione della Corte SEE sarebbe suscettibile di incidere sulla struttura costituzionale

[22] Per un commento, si veda Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, op. cit., Piazza, *Il parere della Corte di giustizia sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 445 e ss., e Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, op. cit., pp. 1636-1638.

[23] Per una descrizione più approfondita del quadro istituzionale previsto dal progetto dell'accodo e per le modifiche apportate in seguito alla pronuncia della Corte, si rimanda a Lang, op. cit., pp. 576-580.

[24] Come si è anticipato, il principio di autonomia si manifesta principalmente sotto queste due forme. *Cfr.* s*upra*, Paragrafo I.2.5.

[25] Parere 1/91, cit., punti 31-36.

della Comunità, ossia su di una delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento interno. Tuttavia, tale potere è competenza esclusiva della Corte di giustizia, in base al sistema giurisdizionale istituito dall'art. 164 TCEE (art. 19 TUE), come confermato anche dagli artt. 219 TCEE e 87 del Trattato CECA (art. 344 TFUE). Per queste ragioni, la conclusione dell'accordo risulterebbe contraria al principio di autonomia e, quindi, incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario[26].

In secondo luogo, la Corte riscontra un altro punto di frizione con il principio, in particolare nella sua veste di autonomia giurisdizionale. Fondamentalmente, il problema consiste nella possibilità che Tribunale e Corte SEE si esprimano sull'interpretazione di norme comunitarie in maniera vincolante per le Istituzioni e per la Corte di giustizia stessa, esautorando quest'ultima da quella che sarebbe una sua prerogativa assoluta (per quanto riguarda l'interpretazione definitiva). Infatti, stando al progetto di accordo, i due organi giurisdizionali SEE sarebbero compenti a interpretare le norme dell'accordo stesso. Questo, di per sé, non sarebbe un problema per l'autonomia. Tuttavia, molte di queste norme sono sostanzialmente identiche a quelle del TCEE, ricalcando altrettante norme di diritto primario e derivato relative al mercato interno, le quali "[…] costituiscono, in massima parte, norme fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario"[27]. Come nota la Corte di giustizia, gli accordi conclusi dall'UE vincolano le Istituzioni ed entrano a far parte dell'ordinamento UE, e lo stesso vale anche per gli atti adottati dagli organi istituiti dall'accordo stesso[28]. Inoltre, si legge, "[…] nel preambolo dell'accordo e nel suo art. 1, le parti contraenti hanno espresso l'intenzione di garantire un'applicazione uniforme delle norme dell'accordo nell'insieme dei loro territori"[29]. A questo fine, l'art. 104, par. 1, dell'accordo prevede che tutte le giurisdizioni

---

[26] *Ivi*, punto 36.

[27] *Ivi*, punto 41. La logica sottesa al progetto di accordo è quella dell'omogeneità delle regole giuridiche all'interno del SEE, alla luce del quale la Corte esamina il progetto di accordo all'interno del parere (anche se il termine non è utilizzato nel progetto, comparendo però nella versione finale). *Cfr.* Brandtner, op. cit., pp. 305-306. La definizione del concetto di omogeneità a cui si fa riferimento non è del tutto chiara; utilizzando l'interpretazione fornita da Haukeland Fredriksen, l'omogeneità consiste nel (tentativo di) dare un'interpretazione uniforme di quelle norme dell'Accordo SEE che appartengono anche al diritto del mercato interno, in Haukeland Fredriksen, *One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity*, in *the European Economic Area*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 79, Issue 4, 2010, p. 481 e ss., p. 483. Secondo Lang, pur trattandosi di un concetto avente natura giuridica, al termine andrebbe riconosciuto soprattutto un valore di tipo politico, in Lang, op. cit., pp. 581-582. Si noti che due dei tre aspetti del progetto di accordo che la Corte esamina sono funzionali proprio a garantire tale uniforme interpretazione tra le norme appartenenti ai due sistemi giuridici.

[28] Parere 1/91, cit., punto 37.

[29] Parere 1/91, cit., punto 43. Nei punti precedenti del parere, la Corte si esprime con scetticismo circa la possibilità di raggiungere una vera omogeneità tra le norme dei due ordinamenti, comunitario e SEE. Infatti, l'uguale formulazione delle disposizioni non implica necessariamente un'uguale interpretazione delle stesse, poiché, in accordo col diritto internazionale dei trattati (art. 31 CVDT), l'opera esegetica di una clausola non si

coinvolte, cioè quella SEE, quella comunitaria, quelle dei Paesi AELS e quelle degli Stati membri, tengano reciprocamente in "debito conto" le pronunce emesse dalle altre che riguardino le norme dell'accordo o dei Trattati (TCEE e CECA)[30]. Di conseguenza, la combinazione di questi elementi porterebbe la Corte SEE a decidere sull'interpretazione del diritto comunitario, vincolando ad essa anche la Corte di giustizia e le altre Istituzioni. Per evitare un simile risultato non basta l'obbligo, per la Corte SEE, di interpretare le norme identiche a quelle comunitarie alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, come previsto dall'art. 6 dell'accordo, poiché tale obbligo non tiene conto della giurisprudenza della Corte resa successivamente alla sottoscrizione dell'accordo[31].

Secondo la Corte di giustizia, poi, l'impatto negativo sull'autonomia dell'ordinamento comunitario risulta aggravato dal fatto che sia la Corte che il Tribunale SEE vedrebbero tra i propri membri anche dei giudici della Corte di giustizia e del Tribunale comunitario (rispettivamente cinque su otto e due su cinque). Ancora una volta, quindi, come nel parere 1/76[32], la Corte ritiene incompatibile con l'ordinamento interno la circostanza che propri giudici siedano all'interno di tribunali internazionali la cui giurisdizione sia vincolante per la Comunità[33]. Come si legge nel parere, questi giudici non potrebbero svolgere il proprio doppio incarico giurisdizionale privi da preconcetti[34]. Infatti, nonostante la sostanziale

limita al solo criterio testuale, ma anche sistematico e teleologico; *ivi*, punto 14. l'Accordo SEE e il TCCE, dal canto loro, perseguono obiettivi e si situano in contesti che sono differenti tra loro. Una posizione simile era già emersa nella giurisprudenza della Corte, in particolare in sentenza della Corte del 9 febbraio 1982, *Polydor Limited e RSO Records Inc. contro Harlequin Records Shops Limited e Simons Records Limite*, causa 270/80, ECLI: ECLI:EU:C:1982:43, ove la Corte aveva ritenuto che un analogia testuale tra le norme di un accordo internazionale e le norme del diritto comunitario non fosse sufficiente a giustificare l'applicazione alle prime la giurisprudenza riguardanti le seconde, poiché i fini perseguiti erano differenti (*ivi*, punti 15-18). Per un paragone tra il parere e la giurisprudenza precedente su questo punto, si veda Brandtner, op. cit., pp. 306-308, e Lang, op. cit., pp. 587-589.

[30] Parere 1/91, cit., punto 41.

[31] Parere 1/91, cit., punto 44.

[32] Secondo Brandtner, l'approccio della Corte nel parere in esame sarebbe cambiato rispetto a quello tenuto nel parere 1/76, risultando meno sensibile a considerazioni attinenti alla dimensione internazionalistica del progetto di accordo; in Brandtner, op. cit., p. 313.

[33] In questa occasione la Corte non parla di imparzialità, ma riporta l'argomento sotto la questione della tutela dell'autonomia. L'argomento, però, non viene approfondito più di tanto, avendo la Corte già riscontrato l'incompatibilità tra i due sistemi giurisdizionali. Parere 1/91, cit., punto 53.

[34] *Ivi*, punto 52.

identità tra le disposizioni SEE e CEE, questi due sistemi normativi perseguono scopi differenti[35], inserendosi in contesti non paragonabili[36].

Infine, la Corte si esprime sulla possibilità che i tre Paesi AELS autorizzino i loro giudici nazionali a richiedere un parere della Corte di giustizia, su questioni riguardanti disposizioni dell'accordo che siano sostanzialmente identiche a quelle di diritto comunitario. La Corte esprime parere favorevole a questa estensione dei suoi poteri, almeno in linea di principio[37]. Tuttavia, riscontra un'incompatibilità con l'ordinamento comunitario, poiché i pareri richiestile dai giudici dei tre Paesi partner non avrebbero valore vincolante, ma solo consultivo. Secondo la Corte, infatti, ciò provocherebbe tre problemi[38]. Il primo problema è di ordine teorico: la Corte di giustizia è dotata esclusivamente di poteri vincolanti; assegnarle poteri consultivi snaturerebbe la funzione giurisdizionale attribuitale dal Trattato[39]. Il secondo problema consiste nel fatto che un'eventuale pronuncia di tal guisa sarebbe conseguentemente presa in considerazione anche dagli Stati membri, per i quali sorgerebbe incertezza sul valore giuridico da attribuirle[40]. Il terzo problema, infine, riguarda il rischio che, abituandosi a poteri della Corte non vincolanti, gli Stati membri inizino a considerare tali anche le sentenze rese

[35] "[…] l'accordo [SEE] ha per oggetto l'applicazione di un regime di libero scambio e di concorrenza nei rapporti economici e commerciali tra le parti contraenti. Per quanto riguarda la Comunità, invece, il regime di libero scambio e di concorrenza, che l'accordo intende estendere all'insieme del territorio delle parti contraenti, si è sviluppato e si inserisce nell'ordinamento giuridico comunitario, i cui obiettivi trascendono lo scopo dell'accordo. Risulta infatti, in particolare dagli artt. 2, 8A e 102A del Trattato CEE, che quest'ultimo si propone di realizzare un'integrazione economica destinata a culminare nell'istituzione di un mercato interno e di un'unione economica e monetaria. L'art. 1 dell'Atto unico europeo precisa altresì che l'insieme dei Trattati comunitari ha l'obiettivo di contribuire ad un progresso concreto dell'Unione europea" (*ivi*, punti 15-17). Nel caso della Comunità, la creazione di una zona di libero scambio e libera concorrenza (cioè il mercato unico) non è il fine, ma il mezzo tramite il quale perseguire gli scopi sopra menzionati (*ivi*, punto 50).

[36] "lo Spazio EE deve essere realizzato sulla base di un trattato internazionale che crea, in sostanza, solo diritti ed obblighi fra le parti contraenti e che non prevede alcun trasferimento di poteri sovrani in favore degli organi intergovernativi da esso istituiti. Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini" (*ivi* punti 20-21).

[37] *Ivi*, punti 59-60.

[38] Schermers nota come, con il suo atteggiamento, la Corte abbia perso l'opportunità di allargare le maglie del rinvio pregiudiziale e permettere ad attori esterni all'UE (come i giudici di Stati terzi) di rivolgersi a lei qualora incappassero in questioni che richiedono un'interpretazione del diritto UE, a beneficio di tutti, anche se a spese della vincolatività delle sue pronunce; in Schermers, op. cit., p. 1008. Da parte sua, la Corte ha preferito assumere una posizione più rigorosa nel difendere le proprie prerogative, e questa sarà una costante in tutta la giurisprudenza esaminata in questo lavoro. A questo riguardo, de Witte non può fare a meno di notare (non senza una certa ironia) il paradosso per cui la rigidità della Cote nel caso di specie ha impedito la creazione di una giurisdizione "quasi-EU", favorendo così il ricorso ad un meccanismo di risoluzione delle controversie completamente esterno all'ordinamento UE, come si vedrà a breve; in de Witte, *A selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit., p. 38.

[39] *Ivi*, punto 61.

[40] *Ivi*, punto 62.

ai propri giudici nazionali nell'ambito della procedura di rinvio pregiudiziale[41]. Come si può osservare, questo ultimo punto del ragionamento della Corte non riguarda uno scenario di conflitto giurisdizionale, ma la possibilità di incidere sul sistema giurisdizionale interno tramite un accordo internazionale. In particolare, questo punto attiene a una situazione avente doppia dimensione, esterna ed interna. In questo caso, infatti, il principio di autonomia opera nei confronti di un accordo internazionale, che minaccia il rapporto tra il diritto comunitario e quello degli Stati membri, in particolare quando si tratta del ruolo della Corte di giustizia. Ancora, si tratta di una situazione simile a quella vista nel caso del parere 1/76. A differenza di quel caso, però, nel parere 1/91 la questione sembra configurare un problema di autonomia. Tuttavia, essa esula dall'applicazione del test di compatibilità che si applica al contesto del conflitto giurisdizionale.

Tirando le somme, si può concludere che, col parere 1/91, la Corte individua tre criteri di compatibilità dell'Accordo con il diritto UE: non è possibile permettere a una giurisdizione esterna di incidere sulla struttura costituzionale comunitaria, in particolare sull'allocazione delle competenze tra Comunità e Stati membri; non è possibile permettere ad una giurisdizione esterna di vincolare la Corte e le altre Istituzioni ad un'interpretazione del diritto comunitario, nemmeno (anzi, tantomeno) se tra i giudici della prima siedono anche giudici della Corte; non è possibile incidere sulla natura delle prerogative della Corte di giustizia, attribuendole poteri non vincolanti. *A contrario*, sarebbe invece possibile permettere a giurisdizioni terze di chiedere pareri alla Corte, purché siano vincolanti. È proprio sulla scorta di queste considerazioni che, pochi mesi dopo, la Commissione chiede alla Corte un secondo parere, sul nuovo progetto di accordo SEE, opportunamente modificato in seguito al parere 1/91[42].

II.2.2. Il parere 1/92.

Nel parere 1/92, la Corte si trova a sindacare la compatibilità con il diritto comunitario del nuovo assetto istituzionale previsto dal progetto emendato. In breve, esso non prevede più la

[41] *Ivi*, punto 63.

[42] Secondo la Corte, il progetto di accordo sottopostole non era in grado di garantire l'omogeneità giuridica che perseguiva. In definitiva, si può osservare che erano proprio le modalità secondo cui intendeva perseguirla a renderlo incompatibile con il principio di autonomia (oltre alla questione relativa all'autonomia istituzionale). *Cfr*. Lang, op. cit., p. 591. Secondo l'Autrice, l'obiettivo stesso di uniformità di interpretazione in cui consiste il concetto di omogeneità era incompatibile con il diritto comunitario (*Ibidem*). Il progetto sottoposto alla Corte nel parere successivo, però, riesce nel tentativo di conciliare omogeneità e autonomia, si vedrà in che modo (*infra*, Paragrafo II.2.2.).

creazione di una Corte (e Tribunale) SEE, ma piuttosto di una Corte AELS, comune ai soli tre Paesi partner. Affida invece al Comitato misto due funzioni, afferenti a una competenza di tipo interpretativo, volta a preservare l'omogeneità tra il diritto SEE (art. 105 Accordo SEE) e quello comunitario, ed alla risoluzione delle controversie tra le parti (art. 111 Accordo SEE). In questo secondo caso, qualora il Comitato misto non riesca a dirimere la controversia, le parti potranno adottare misure di salvaguardia, sulle quali potrà essere chiamato ad esprimersi un tribunale arbitrale. Senza entrare in ulteriori dettagli sulle altre novità istituzionali, conviene ripercorrere il ragionamento della Corte, seguendo lo schema per punti già utilizzato per il parere 1/91. Infatti, alla luce delle considerazioni sopra svolte circa la sostanziale analogia tra i poteri di una giurisdizione vera e propria e quelli assegnati a questo genere di comitati, la Corte affronta le stesse questioni di compatibilità della pronuncia precedente.

Innanzitutto, non c'è contrasto col principio di autonomia, per quanto attiene all'autonomia istituzionale. Questo rischio sorge laddove vi sia un soggetto terzo competente a interpretare la nozione di "parte contraente dell'accordo", arrivando a decidere sull'allocazione delle competenze interne alla comunità. In questo caso, l'unico organo simile, previsto dall'Accordo SEE, è la Corte AELS, la quale non ha giurisdizione sulla CEE e sugli Stati membri[43].

Diversamente, sotto il profilo dell'autonomia giurisdizionale, la minaccia per l'autonomia può potenzialmente arrivare dal Comitato misto, nell'esercizio di entrambe le sue funzioni. Con riguardo alla funzione di interpretare le disposizioni dell'accordo per garantire l'omogeneità tra i sistemi normativi, la Corte nota che l'art. 6 del progetto precedente è stato mantenuto. Il Comitato misto, quindi, similmente alla Corte SEE, è espressamente vincolato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia precedente alla sottoscrizione dell'accordo. In questo caso, però, secondo il *procès-verbal agréé ad article 105* di cui alla nota a pie' di pagina apposta all'art. 105 dell'Accordo, "[l]es décisions prises par le Comité mixte de l'EEE en vertu de cette disposition ne peuvent en aucun cas affecter la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes"[44]. Pertanto, come riscontra la Corte di giustizia, "[…]

[43] Parere 1/92, cit., punto 19.

[44] Questa dichiarazione, indispensabile per tutelare l'autonomia del diritto UE e permettere all'accordo di superare il vaglio della Corte, sancisce ciò che, secondo Haukeland Fredriksen, era inevitabile per giungere ad un accordo che funzioni: accettare l'autorità *de facto* della Corte di giustizia. In Haukeland Fredriksen, op. cit., p. 499. In questo modo, pur senza la creazione di un tribunale comune, si può giungere ad un'omogeneità giuridica *de facto*, nonostante i diversi obiettivi perseguiti dall'accordo SEE e dai Trattati, come sostenuto da Brandtner, in Brandtner, op. cit., p. 323, il quale definisce gli Stati AELS come "powerless audience, condemned to passivity"; *ivi*, p. 329.

le decisioni adottate dal Comitato misto in forza di tale disposizione non possono in nessun caso incidere sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale principio costituisce una garanzia essenziale, indispensabile all'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario"[45]. A tal fine, è necessario che quanto risulta dal *procès-verbal* sia vincolante per le parti dell'Accordo[46].

Per quanto riguarda la competenza a dirimere le controversie, invece, la nuova versione del progetto aggiunge la possibilità che le parti facciano rinvio alla Corte di giustizia, qualora sorga una questione riguardante norme identiche ai due sistemi normativi, SEE e comunitario, che il Comitato misto non riesca a risolvere. Trattandosi di una mera facoltà, non di un obbligo, questo meccanismo non è di per sé sufficiente a scongiurare l'incompatibilità con il principio di autonomia. Tuttavia, l'art. 105, par. 3, dell'Accordo rimanda a questa procedura di risoluzione delle controversie nell'eventualità in cui la controversia sorta riguardi l'esigenza di garantire la coerenza tra i due sistemi normativi, in caso di divergenza tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte AELS. Secondo la Corte di giustizia, questo collegamento tra le due disposizioni (artt. 105 e 111 Accordo SEE) è indice che il *procès-verbal agréé ad article 105* debba essere interpretato come esteso anche alla procedura di risoluzione delle controversie[47]. In questo modo, il Comitato misto non può, in nessun caso, arrivare a ledere il carattere vincolante della giurisprudenza della Corte di giustizia né, quindi, l'autonomia dell'ordinamento[48]. Lo stesso dicasi per l'eventuale arbitrato internazionale, che può essere chiamato ad esprimersi esclusivamente sull'ambito di applicazione o la durata delle misure di salvaguardia, oppure sulla proporzionalità delle contromisure. Non può, invece, dirimere controversie sull'interpretazione delle norme che sono sostanzialmente identiche nei due sistemi normativi[49].

Infine, per quanto riguarda il terzo motivo di incompatibilità riscontrato nel parere 1/91, la nuova formulazione dell'Accordo risolve adeguatamente il problema, in quanto sia il rinvio alla Corte di giustizia da parte delle parti della controversia, sia quello da parte dei giudici nazionali dei Paesi AELS, hanno ora valore espressamente vincolante (anche se non

[45] Parere 1/92, cit., punti 23-24.
[46] *Ivi*, punto 25.
[47] *Ivi*, punto 28.
[48] *Ivi*, punto 29.
[49] *Ivi*, punto 36.

obbligatorio)[50]. La natura delle prerogative della Corte di giustizia non viene quindi pregiudicata.

II.2.3. Il parere 1/00.

Nel parere 1/00, la Commissione chiede alla Corte di esprimersi sulla compatibilità dell'Accordo ECAA con il diritto comunitario. Come accennato, l'Accordo, in sostanza, segue la stessa logica dell'Accordo SEE, anche se limitatamente al settore aereo[51], e prevede l'estensione delle relative norme comunitarie ai partner extra-comunitari. Per questo motivo, come l'Accordo SEE, anche l'Accordo ECAA contiene disposizioni sostanzialmente identiche a quelle comunitarie. Si ripropone, quindi, il problema di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento[52].

Da un punto di vista generale, la Corte osserva come il livello di rischio per l'autonomia sia direttamente proporzionale al grado di separazione, sul piano istituzionale, tra la Comunità e gli altri Paesi parte di un accordo[53]. Questa affermazione, di per sé, appare piuttosto scontata, se non addirittura ridondante, posto che il principio di autonomia nasce proprio per proteggere le caratteristiche essenziali dell'ordinamento nel contesto di accordi che istituiscono organi internazionali comuni alle parti[54]. È quindi naturale che, più stretto sia il legame, maggiore possa essere il rischio di contatto tra ordinamenti e, di conseguenza, il rischio dell'insorgere di possibili antinomie tra di essi.

Nello specifico, l'Accordo ECAA prevede una struttura a "pilastro unico", in cui operano istituzioni uniche e comuni alle parti, in particolare la Commissione e il Comitato misto[55]. In più, come si vedrà, l'Accordo prevede la possibilità di intervento da parte della Corte di giustizia. La valutazione compiuta dalla Corte nel parere 1/00 verte, quindi, sugli elementi di questa struttura.

---

[50] *Ivi*, rispettivamente, punti 34-35 e punto 37.

[51] "L'ECAA si basa sul libero accesso al mercato, sulla libertà di stabilimento, su pari condizioni di concorrenza e su regole comuni", art. 1 Accordo ECAA.

[52] Seguendo l'impostazione della Corte nel parere, l'autonomia deve essere salvaguardata tenendo a mente due criteri: evitare lo snaturamento delle competenze della Comunità e delle sue Istituzioni; evitare che i meccanismi predisposti dall'accordo, siano essi volti ad interpretare le norme dell'accordo o alla risoluzione delle controversie, non siano tali da imporre alla Comunità e alle sue Istituzioni, nell'esercizio delle competenze interne, una determinata interpretazione delle norme comunitarie riprese dall'Accordo; in parere 1/00, cit., punti 12-13.

[53] Parere 1/00, cit., punto 9.

[54] Anche se, come *Kadi* dimostra, questo non è l'unico scenario in cui trova applicazione il principio.

[55] Il Comitato misto svolge le stesse funzioni di quello previsto dall'Accordo SEE. Alla Commissione, invece, sono affidati ampi poteri esecutivi in materia di concorrenza, estendendo, di fatto, ai paesi partner, quelli che già possiede nella Comunità.

Innanzitutto, la Corte si chiede se, e in che misura, l'Accordo incida sulle competenze delle Istituzioni comunitarie. La conclusione è che esso non incida in maniera tale da essere dichiarato incompatibile con il TCEE[56]. In questo frangente, l'analisi delle Corte si sofferma su tre punti. Il primo riguarda l'autonomia istituzionale così come concepita anche nei due pareri precedenti e, si vedrà, nella giurisprudenza successiva. Si tratta, è bene ribadirlo, dell'eventualità che un giudice terzo sia chiamato a decidere della ripartizione delle competenze tra Comunità (o UE) e Stati membri, interpretando la nozione di "parte contraente". Nel caso del parere in esame non emergono criticità, poiché gli Stati membri non saranno parti dell'Accordo[57].

Il secondo e il terzo punto riguardano, invece, la natura delle competenze delle due Istituzioni comunitarie coinvolte, cioè Commissione e Corte di giustizia. L'analisi riprende, quindi, un argomento già toccato nei pareri 1/91 e 1/92, relativo al rischio che possano venire snaturate le prerogative della Corte. In questo caso, però, La Corte non si sofferma sugli aspetti riguardanti il rapporto tra Corte e giudici degli Stati membri, ma estende la valutazione anche alla Commissione. Inoltre, essa riporta tutti e tre i punti menzionati sotto un unico tema, più ampio, relativo alla salvaguardia delle prerogative delle Istituzioni[58]. Entrando nel merito dell'analisi, la Corte non riscontra alcuna incompatibilità. Con riferimento alla Commissione, poiché le funzioni sono le stesse di quelle attribuitele dal TCEE in ambito di concorrenza[59]. Con riguardo alla Corte, poiché l'Accordo le affida poteri di natura vincolante[60], senza privarla del suo naturale monopolio sul sindacato di validità degli atti adottati dalle Istituzioni (sia in virtù dei Trattati, che di altri accordi internazionali)[61]. Il punto è degno di attenzione. Innanzitutto, si nota che la questione non rientra in un contesto di conflitto giurisdizionale, poiché la potenziale minaccia per l'ordinamento non arriva dall'istituzione di una giurisdizione esterna. Inoltre, non si tratta solo di tutelare le prerogative della Corte, ma anche

[56] Parere 1/00, cit., punto 9.
[57] *Ivi*, punto 16.
[58] Bisogna notare che la Corte qui non sostiene che un accordo concluso dall'UE non possa incidere sulle competenze delle Istituzioni, mai ed in alcun modo. Un margine di incidenza è accettabile (nonché inevitabile). Ai fini della tutela dell'autonomia, però, l'incidenza non può essere tale da "alterare" la natura delle competenze (*ivi*, punto 20). Secondo Castillo de la Torre, ciò non è diverso da quanto avviene nel contesto delle costituzioni della maggior parte dei Paesi, ed è insito alla possibilità stessa di concludere accordi internazionali. Per questo, le costituzioni si trovano a dover bilanciare tra la propria supremazia rispetto alle norme di diritto internazionale e l'apertura a quelle norme, prevista dalla costituzione stessa; in Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, op. cit., p. 1380.
[59] *Ivi*, punto 22.
[60] Esattamente come fa la versione dell'Accordo SEE esaminata nel parere 1/92. *Ivi*, punto 25.
[61] *Ivi*, punto 24.

quelle della Commissione. La questione sembra quindi esulare del tutto da una dimensione prettamente giurisdizionale.

Secondo Castillo de la Torre, sarebbe errato far rientrare sotto il cappello dell'autonomia tale scrutinio, riguardante l'incidenza dell'accordo sulla natura delle competenze delle Istituzioni. Diversamente, una valutazione di questo tipo dovrebbe essere condotta sulla base di un test differente, che tenga debito conto dell'equilibrio istituzionale interno, come previsto dal Trattato[62]. Per questo, la questione andrebbe trattata in modo differente da quella concernente la definizione della ripartizione delle competenze tra Comunità (o UE) e Stati, la quale può invece essere considerata legittimamente coperta dal principio dell'autonomia. L'applicazione principio, infatti, in ultima istanza, attiene alla questione di chi sia competente ad esprimersi su tale ripartizione: la CGUE (quale giurisdizione interna) o una giurisdizione internazionale[63]. In sostanza, l'Autore tende a ricondurre quella che è stata definita come autonomia istituzionale all'interno dell'autonomia giurisdizionale, con la quale coinciderebbe la nozione di autonomia *tout court*. Questa impostazione non è infondata, visto che, effettivamente, anche nell'ottica di chi separa le due forme di autonomia a fini esplicativi, esse non appartengono a compartimenti stagni e i loro contorni possono apparire sfocati[64]. Ciò che è maggiormente interessante, però, è l'idea di scorporare la tutela delle prerogative delle Istituzioni dall'autonomia istituzionale, che verrebbe così limitata alla tutela del principio di attribuzione. Prescindendo da questioni prettamente tassonomiche e teoriche, il problema si fa concreto nel momento in cui si tratta di capire quale test applicare laddove si valuti il livello di incidenza dell'accordo in esame sulle competenze delle Istituzioni. Nei casi fin qui esaminati, la tutela delle prerogative delle Istituzioni, per quanto possa considerarsi rilevante dalla prospettiva dell'autonomia, non rientra nell'ambito del conflitto giurisdizionale. Da un lato, è possibile sostenere che, da un punto di vista teorico, la tutela delle prerogative delle Istituzioni rientri nella portata normativa del principio, nella misura in cui questo protegge le caratteristiche essenziali dell'ordinamento. Dall'altro, non sembra sussistere un test di compatibilità preciso ed univoco.

Dopo di che, scorrendo i punti del parere, viene in rilievo la questione dell'autonomia giurisdizionale[65]. Anche in questo caso, l'esame prende in considerazione sia i meccanismi

[62] Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, op. cit., 1383-1386.
[63] *Ivi*, p. 1391.
[64] *Supra*, Paragrafo I.2.5.
[65] Parere 1/00, cit., punti 34-45.

volti a garantire l'interpretazione delle norme dell'accordo e la loro omogeneità, laddove si tratti delle norme identiche a quelle TCEE, sia quelli di risoluzione delle controversie tra le parti, disciplinati all'art. 27 del progetto di accordo[66]. Quanto ai primi, disciplinati all'art. 23 del progetto di accordo, questo riproduce la medesima clausola delle due versioni dell'Accordo SEE contenente l'obbligo, per l'interprete, di conformarsi alla giurisprudenza comunitaria precedente. Come ormai chiaro, questa garanzia da sola non esclude l'esistenza di un pregiudizio per l'autonomia.

Mancando un giudice comune, l'interpretazione viene affidata direttamente al Comitato misto, oppure ai giudici interni delle Parti. Qualora la questione verta su norme sostanzialmente identiche a quelle comunitarie, i giudici dei Paesi terzi parti dell'Accordo possono chiedere un parere vincolante alla Corte di giustizia, secondo le modalità eventualmente decise dal proprio Paese[67]. Così facendo, non si pone alcun rischio per l'autonomia del diritto comunitario. In caso contrario (posta la non obbligatorietà della giurisdizione della Corte), la questione è sottoposta al Comitato misto. Da quanto detto risulta, quindi che il nodo del problema riguarda i poteri del Comitato, esattamente come nel caso del parere 1/92. In quel caso, la soluzione era stata quella del *procès-verbal agréé* all'art. 105[68]. In questo, l'art. 23, par. 1, del progetto dispone che "[l]e decisioni adottate dal Comitato misto nell'ambito della presente procedura s[ia]no conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee"[69]. Ebbene, secondo la Corte, questa clausola, così come formulata, è idonea ad evitare che le decisioni di carattere interpretativo del Comitato misto vincolino le Istituzioni comunitarie, nell'esercizio delle loro competenze interne, ad una determinata interpretazione del diritto UE diversa da quella della Corte di giustizia[70], in

[66] Secondo Castillo de la Torre, l'autonomia (giurisdizionale) sarebbe minacciata esclusivamente quanto un accordo internazionale "replica" le norme interne del diritto comunitario (o UE). Il motivo sarebbe che, in queste situazioni, il diritto interno rischia di essere clonato su un piano di diritto internazionale e, come tale, venire interpretato da una giurisdizione esterna; in Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, op. cit., pp. 1386-1387. Riportando le sue parole "[e]ach rule, Community or international, has a different genetic code so to speak, and cloning is allowed only insofar as there are legal guarantees that the clone will not become the real thing"; *ivi*, p. 1391. Questo passaggio risulta particolarmente suggestivo, nonché preciso nel centrare le preoccupazioni della Corte. Tuttavia, si vedrà che non esaurisce la casistica in cui trova applicazione l'autonomia giurisdizionale; esistono anche altre modalità di contatto, che verranno in rilievo nei casi successivi. La visione di Castillo de la Torre è quindi solo parziale, tanto che, secondo questa, l'adesione alla CEDU non avrebbe dovuto comportare problemi per l'autonomia (*ivi*, p. 1387, nota 28), come invece è notoriamente avvenuto.

[67] Nei pareri 1/91, la Corte aveva già chiarito che questa estensione dei suoi poteri è compatibile con i Trattati.

[68] *Supra*, Paragrafo II.2.2.

[69] Art. 23, par. 1, del progetto di accordo ECAA.

[70] Parere 1/00, cit., punto 45. La Corte non accoglie le perplessità espresse sul punto dal Governo italiano, secondo il quale il controllo del Comitato misto sarebbe puramente politico, essendo questo un organo di natura diplomatica, e la clausola in questione avrebbe valore meramente dichiarativo e non vincolante; *ivi*, p. 3511.

maniera "pressoché analoga" a quella del *procès-verbal agréé* dell'Accordo SEE[71]. Benché formulata con riferimento al caso in cui la questione interpretativa venga sollevata direttamente in senso al Comitato misto, secondo la Corte questa clausola deve essere intesa come operante anche laddove la questione venga sottoposta al Comitato in seguito a un procedimento instaurato davanti a un giudice nazionale dei Paesi partner (il quale non faccia rinvio alla Corte di giustizia). Infatti, il Comitato svolge la stessa funzione interpretativa in entrambe le procedure.[72] Quanto ai meccanismi di composizione delle controversie, l'art. 27 del progetto di accordo contiene, al par. 2, una clausola simile a quella dell'art. 23, par. 1, secondo cui "[l]e decisioni del Comitato misto nell'ambito della suddetta procedura non hanno ripercussioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee". Anche questa clausola viene ritenuta sufficiente a garantire l'autonomia giurisdizionale dell'ordinamento comunitario. Per questi motivi, il progetto di accordo ECAA risulta compatibile con l'ordinamento comunitario.

II.2.4. Prime considerazioni di sintesi sul test di compatibilità con il principio di autonomia.

Alla luce di quanto emerge dall'analisi dei tre pareri, il contrasto con l'autonomia giurisdizionale risulta dovuto a due elementi.

Il primo consiste nell'interazione tra la giurisdizione del Tribunale SEE e il diritto UE, cioè nell'esistenza di un punto di contatto, che si sostanzia nel fatto che le norme dell'Accordo SEE sono sostanzialmente identiche a quelle di diritto UE. Interpretando le prime, il Tribunale SEE finirebbe per interpretare anche le seconde, seppur indirettamente.

A questo punto, entra in gioco il secondo elemento. Questo consiste negli effetti delle decisioni del Tribunale SEE. Infatti, l'interpretazione indiretta delle norme UE da parte del Tribunale SEE è suscettibile di incidere sull'autonomia del diritto UE nel momento in cui tale interpretazione risulti vincolante per le Istituzioni e per la Corte. Secondo la Corte, questo è il caso sia del Tribunale SEE, che di quello ECAA. Tuttavia, la Corte non chiarisce la natura del vincolo. Di sicuro, le decisioni dei Tribunali in esame sono vincolanti sul piano del diritto internazionale (in quanto fonti di terzo grado). Tuttavia, basta questo vincolo a rendere incompatibile la giurisdizione con il principio di autonomia? Nel parere 1/91, la Corte sembra rispondere sì, poiché tali fonti di diritto internazionale entrano nell'ordinamento, sulla base

[71] *Ivi*, punto 38.
[72] *Ivi*, punto 43.

delle modalità di recepimento definite nel Capitolo I. Si tratta quindi di un valore vincolante di diritto interno, che è espressione di autodeterminazione da parte del diritto UE (quindi di autonomia normativa) nei termini precedentemente considerati. D'altra parte, sempre nel parere 1/91, la Corte spiega che gli effetti delle decisioni del Tribunale SEE risultano particolarmente pericolosi per l'autonomia giurisdizionale a causa dell'obiettivo dell'omogeneità di interpretazione delle norme sostanzialmente identiche appartenenti ai due ordinamenti, quello SEE e quello UE, perseguito dal Tribunale SEE (come da progetto di accordo). Questa circostanza in qualche modo è idonea a qualificare gli effetti delle decisioni del Tribunale SEE. Ciò che non è chiaro, però, è se siano tali effetti "qualificati" a far scattare l'incompatibilità, oppure se, in tal senso, sia sufficiente l'incorporazione (in via automatica) di tali fonti all'interno dell'ordinamento UE. Il parere 1/00 non scioglie il dubbio, limitandosi a specificare che l'incompatibilità nasce laddove, posto il contatto, le pronunce del giudice esterno hanno l'effetto di vincolare le Istituzioni nell'esercizio delle loro competenze interne. Oltre alla presenza di questi due elementi, punto di contatto ed effetti vincolanti, i pareri evidenziano anche che esiste un modo per evitare l'incompatibilità, ossia prevedere una clausola che faccia salvo il ruolo della CGUE a fornire l'interpretazione definitiva del diritto UE.

Da ultimo, è bene ribadire che la valutazione compiuta nei pareri, circa l'idoneità degli accordi a ledere la natura dei poteri propri delle Istituzioni (in particolare CGUE e Commissione), non rientra nell'ambito del conflitto giurisdizionale. Non attiene al rapporto tra giudice esterno o comitato e diritto UE. Ponendosi nella prospettiva della ricostruzione delle modalità di applicazione di principio, si nota che queste rimangono vaghe. Si potrebbe sostenere che il contenuto normativo del principio comprenda il precetto per cui un accordo internazionale non può pregiudicare le prerogative delle Istituzioni. Tuttavia, stando alla prassi analizzata, non è possibile individuare più precisamente i contorni di un simile precetto. Valgono, a riguardo, le perplessità espresse da Castillo de la Torre sopra viste[73]. In generale, si può concludere che, anche se la Corte riconduce la questione ad un problema di autonomia, rispetto ad essa non trova applicazione quel test di compatibilità applicabile, invece, nel caso di conflitto giurisdizionale, i cui elementi comuni iniziano a delinearsi in questi pareri.

[73] *Supra*, Paragrafo II.2.3.

II.3. Lo sviluppo del principio: la sentenza *MOX Plant* e il parere 1/09.

Con i tre pareri sopra esaminati, la Corte ha gettato le basi del principio di autonomia, identificandone gli aspetti essenziali e, soprattutto, mostrando quale sia il principale ambito di applicazione del principio. Generalizzando quanto osservato, il principio opera, nelle sue due forme di autonomia istituzionale e giurisdizionale, laddove un organo di diritto internazionale si trovi ad applicare o interpretare il diritto UE, in maniera svincolata dalla giurisprudenza della CGUE e con effetti vincolanti per le Istituzioni e per la CGUE stessa. Come emerso nei pareri 1/92 e 1/00, una soluzione al problema del contrasto con il principio di autonomia, sulla base del test adottato per la prima volta col parere 1/91, era ed è possibile. In *MOX Plant* e nel parere 1/09, l'ambito di applicazione del principio di autonomia resta lo stesso dei casi precedenti, mai gli aspetti essenziali del principio vengono declinati in maniera parzialmente differente, trovando impiego in nuove e diverse circostanze. In questi due casi, dunque, la Corte specifica ulteriormente la portata del principio, il cui test di compatibilità si arricchisce di nuovi elementi e sfumature.

II.3.1. La sentenza *MOX Plant*.

La vicenda relativa al caso *MOX Plant* riguarda una procedura d'infrazione contro l'Irlanda, avviata dalla Commissione e sottoposta alla Corte di giustizia[74]. All'Irlanda viene contestato di aver instaurato un procedimento di risoluzione delle controversie di diritto internazionale nei confronti di un altro Stato membro, il Regno Unito, nell'ambito della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)[75], invece di ricorrere ai rimedi interni, offerti

[74] Per un commento al caso, si veda Schrijver, *Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006, [2006] ECR I-4635*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 3, 2010, p. 863 e ss., Lavranos, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-judgment of the ECJ*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, 2006, p. 479 e ss., Lavranos, T*he MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 1, p. 223 e ss., Kwiatkowska, *The Ireland v United Kingdom (MOX Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 18, no. 1, p. 1 e ss., Casolari, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, XII, p. 327 e ss., Cardwell, *Who Decides? The ECJ's Judgment on Jurisdiction in the MOX Plant Dispute*, in *Journal of Environmental Law*, Vol. 19, no. 1, 2007, p. 121 e ss.

[75] Più nel dettaglio, la controversia verte sullo scarico in mare di scorie radioattive da parte dello stabilimento MOX, ubicato nel nord-est inglese, e sull'inquinamento delle acque del Mare d'Irlanda derivatone. Accanto al procedimento per presunta violazione del diritto UNCLOS, l'Irlanda instaura anche un procedimento per violazione della Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nord-orientale (OSPAR). Questo secondo caso non viene in rilievo nella sentenza *MOX Plant* della Corte di giustizia. Sulla vicenda nel cui contesto si inserisce la sentenza della CGUE, si veda Shany, *The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 4, 2004, p. 815 e ss., Churchill e Scott, *The MOX Plant Litigation: The First*

dal diritto comunitario, posto che la soluzione della controversia in esame richiede l'applicazione di norme di diritto comunitario[76]. Come noto, la Corte dichiara l'Irlanda inadempiente, trovando fondati i tre motivi dedotti dalla Commissione.

Il caso si differenzia da quelli precedentemente sottoposti alla CGUE, facenti parte dello stesso filone giurisprudenziale, principalmente in tre aspetti. Innanzitutto, la pronuncia della Corte non consiste in un parere su un progetto di accordo in via di conclusione, ma in una sentenza che dichiara uno Stato membro inadempiente, nel contesto di una disputa internazionale tra due Stati membri. Quindi, non si tratta di uno scrutinio *ex ante* sulla compatibilità del testo di un accordo negoziato dalla UE (o Comunità) con il diritto interno, ma della valutazione *ex post* del comportamento di uno Stato membro[77], e non c'è in gioco la conclusione dell'accordo, ma solo la responsabilità interna dello Stato (cioè l'inadempienza rispetto agli obblighi di diritto UE). Il conflitto giurisdizionale non riguarda l'istituzione di un nuovo organo internazionale, ma solo la singola controversia sottoposta al giudice

---

Half-Life, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, no. 3, 2004, p. 643 e ss., Boelaert-Suominen, *The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 23, 2008, p. 643 e ss. Per quanto riguarda il procedimento arbitrale OSPAR instaurato tra le Parti, in dottrina è stato fatto notare che la situazione sarebbe comparabile a quella che ha portato il caso MOX Plant davanti alla Corte: si tratta di un accordo misto e di una controversia in cui rileva il diritto UE. In particolare, Lavranos sottolinea come il tribunale arbitrale avrebbe fatto meglio a seguire l'esempio del Tribunale UNCLOS e aspettare che gli Stati rimettessero la questione alla CGUE, invece di applicare alla controversia norme OSPAR, coperte dalla competenza dell'UE, in maniera difforme dalla giurisprudenza della CGUE; in Lavranos, T*he MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?*, op. cit., pp. 236-238. Al contrario, il Tribunale arbitrale ha ritenuto di applicare soltanto il diritto internazionale, adottando una visione della Convenzione OSPAR come "*self-contained regime*" e, di fatto, ignorando l'appartenenza all'UE di entrambi gli Stati parte della controversia, creando le condizioni per un possibile conflitto tra giurisdizioni. Sulla pronuncia del Tribunale OSPAR e sull'approccio di quest'ultimo, si veda Boelaert-Suominen, op. cit. Sul punto anche Schrijver, il quale ipotizza che, nel caso OSPAR, la Commissione non abbia avviato la procedura d'infrazione perché, a differenza che nel caso dell'arbitrato UNCLOS, l'Irlanda si era mostrata più collaborativa nell'informare l'Istituzione; in Schrijver, op. cit., p. 877.

[76] L'Irlanda ha instaurato il procedimento davanti a un tribunale arbitrale *ad hoc*, costituito sulla base dall'Annesso VII UNCLOS. Nell'attesa della costituzione del *panel*, l'Irlanda ha ottenuto la disposizione di misure cautelari al Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS), il quale ha anche riscontrato l'esistenza della giurisdizione del tribunale arbitrale sulla controversia, almeno *prima facie*. Il tribunale arbitrale, a sua volta, ha riconosciuto la propria giurisdizione, *prima facie*, ma ha accolto l'eccezione sollevata dal Regno Unito, secondo cui la materia sarebbe coperta dalla giurisdizione della Corte di giustizia. Infatti, l'art. 282 UNCLOS prevede che le Parti risolvano le controversie con mezzi diversi da quelli offerti dall'UNCLOS, qualora sia ciò previsto da accordi concordati tra loro (in questo caso, il TCE). Dunque, il tribunale ha sospeso il procedimento e invitato le Parti a rivolgersi alla Corte di giustizia, affinché si esprimesse a tal riguardo, sulla base del diritto interno della Comunità. *Cfr. MOX PLANT Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, PCA Case No. 2002-01, *Order on Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures*, 24 giugno 2003. Un'iniziativa delle Parti in tal senso non si è resa necessaria, avendo la Commissione già avviato la procedura d'infrazione.

[77] *Cfr.* Odermatt, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, in *EUI Working Paper MWP* 2016/07, disponibile al link https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP_2016_07.pdf?sequence=1 (ultimo accesso 26/08/2022), p. 7.

internazionale. Ad ogni modo, la Corte deve valutare, ancora una volta, se il giudice internazionale in questione sia chiamato ad applicare il diritto comunitario, o ad interpretarlo. In ciò consiste il punto di contatto tra giurisdizione esterna e diritto comunitario. Qua, però, sta la seconda differenza. In *MOX Plant* il contatto non si sostanzia nel fatto che il diritto applicabile dal giudice internazionale comprenda disposizioni di diritto internazionale identiche a norme comunitarie, ma nel fatto che la giurisdizione è chiamata ad applicare alla controversia direttamente norme di diritto comunitario. Questo si verifica per due circostanze. Da un lato, perché il diritto internazionale applicato alla controversia deve essere considerato dagli Stati membri come diritto comunitario, almeno nei rapporti che intercorrono tra di loro. Dall'altro, perché uno Stato membro ha sottoposto al tribunale arbitrale internazionale argomenti basati su atti di diritto comunitario derivato. Infine, la terza differenza riguarda la questione della forza giuridica del lodo arbitrale. In questo caso non si tratta di pronunce che entrano nell'ordinamento comunitario come fonti interne aventi valore vincolante, ma di un lodo che vincola sul piano internazionale gli Stati parte della controversia. Il problema per l'autonomia è dato dal fatto che, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, tali Stati sono Stati membri, prima di essere parti di una controversia di diritto internazionale. Dunque, è la situazione *intra*-UE della controversia che qualifica gli effetti della pronuncia del giudice internazionale.

Venendo all'analisi compiuta dalla Corte con riferimento all'autonomia, essa è volta a esaminare due dei tre motivi dedotti dalla Commissione[78]. I due motivi sono complementari tra di loro e consistono, entrambi, nel fatto che l'Irlanda avrebbe violato la giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia, tramite due distinte condotte. Il primo motivo si concretizza nell'avvio di una procedura di arbitrato internazionale nei confronti di un altro Stato membro, su una materia coperta da norme che costituiscono parte integrante del diritto comunitario. Il secondo nell'aver dedotto in giudizio argomenti che richiedono l'interpretazione e l'applicazione di direttive comunitarie. In entrambe le circostanze, la Commissione contesta all'Irlanda la violazione dell'art. 292 TCE. Il primo motivo richiede alla Corte un'analisi in più passaggi. Preliminarmente, è bene notare che, come già affermato nel parere 1/76, è possibile demandare l'interpretazione e l'applicazione delle norme di un accordo del quale l'UE è parte a un tribunale (o altro organo) internazionale, sebbene le disposizioni di tale accordo siano da considerarsi parte del diritto UE. Il problema, in questo caso, è che la

[78] Il terzo motivo riguarda, invece, la violazione di un altro di principio, cioè quello di leale cooperazione. Sul rapporto tra principio di autonomia e principio di leale cooperazione, si veda *infra*, paragrafo IV.2.I.

controversia vede coinvolti due Stati membri, in uno scenario definibile, quindi, *intra*-UE. In questo caso, l'art. 292 TCE non permette di qualificare i due Stati membri come due meri soggetti di diritto internazionale, intenti a regolare le controversie sorte tra di loro alla luce del diritto internazionale. Almeno agli occhi della Corte, questi sono e restano prima di tutto Stati membri, fintantoché è in ballo l'applicazione di norme dell'accordo che rientrano nel diritto comunitario. In queste circostanze, la giurisdizione è della Corte di giustizia.

Bisogna dimostrare, quindi, che si tratti di diritto comunitario. Secondo la Corte, il fatto che si tratti di un accordo misto non esclude questa evenienza. Infatti, la materia in esame rientra nell'ambito di una competenza concorrente, che la Comunità ha già esercitato internamente[79]. Dunque, le norme UNCLOS in oggetto costituiscono parte integrante del diritto comunitario e sono sottoposte alla giurisdizione della Corte. Il passo successivo consiste nel capire se tale giurisdizione sia esclusiva. È qui che entra in gioco il principio di autonomia, volto a preservare il "sistema delle competenze definito dai Trattati", di cui la Corte è garante[80]. In questa occasione, il principio non opera da solo, in quanto tale, ma trova conferma nell'art. 292 TCE, ai sensi del quale la Corte può definire come esclusiva la propria giurisdizione sulla controversia[81]. Di seguito, la Corte respinge l'argomento avanzato dall'Irlanda, secondo cui l'arbitrato previsto dall'Annesso VII UNCLOS rappresenterebbe effettivamente un modo di composizione delle controversie previsto dal Trattato. In maniera piuttosto tautologica, la Corte risponde che "[…] una convenzione internazionale quale la Convenzione non può ledere la competenza esclusiva della Corte per la soluzione delle controversie tra Stati membri relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario"[82]. In questo modo, la Corte trova anche occasione di affermare che la Convenzione di per sé non è in contrasto con il diritto comunitario[83]. Da ultimo, la Corte chiude il discorso sull'esclusività della propria

[79] Sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, cit., punti 86-121. Dal punto di vista dell'economia degli argomenti su cui è incardinata la pronuncia, questo può essere visto come quello attorno a cui ruota la sentenza della Corte. *Cfr.* Lavranos, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-judgment of the ECJ*, op. cit., p. 487, e Cardwell, op. cit., p. 123.

[80] *Ivi*, punto 123.

[81] *Ibidem*.

[82] Sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, cit., punto 123.

[83] Ciò grazie all'art. 282 UNCLOS che permette di evitare un pregiudizio all'esclusività della sua giurisdizione e, quindi, dell'autonomia dell'ordinamento comunitario (sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, cit., punti 124-125). Tuttavia, c'è chi in dottrina ha contestato la posizione della Corte concernente la clausola di cui all'art. 282 UNCLOS, poiché, secondo questa lettura, tale clausola darebbe priorità a metodi di risoluzione delle controversie previsti da un accordo generale per la risoluzione pacifica delle controversie tra le Parti, ma non a qualsiasi altro possibile meccanismo che sia previsto da un altro accordo, per risolvere le controversie vertenti su quell'accordo medesimo (come la CGUE). Sul punto, Schrijver, op. cit., p. 875. Le critiche all'atteggiamento della Corte, però, non si limitano a questa

giurisdizione, statuendo che "[s]petta alla Corte, ove necessario, identificare gli elementi della controversia relativi a disposizioni dell'accordo internazionale interessato che non rientrano nella sua competenza"[84].

L'analisi del secondo motivo risulta più immediata, poiché è pacifico che l'Irlanda abbia invocato quattro direttive comunitarie come parametro per valutare il comportamento della controparte, cioè come diritto applicabile alla controversia, in forza dell'art. 293 UNCLOS[85]. Questo è sufficiente, secondo la Corte, a determinare "[…] un rischio manifesto di violazione del sistema delle competenze fissato dai Trattati e, quindi, dell'autonomia del sistema

presunta forzatura sull'interpretazione dell'art. 282 UNCLOS. De Witte, per esempio, si chiede se la circostanza per cui due Stati membri si rivolgono occasionalmente ad un giudice internazionale specializzato sulla materia in causa rappresenti davvero una minaccia per l'autonomia del diritto UE, in de Witte, *A selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit., p. 41. Secondo l'Autore, la Corte avrebbe dimostrato, nel caso di specie, una "*hegemonic posture*" (*Ibidem*). In effetti, la Corte ha valutato la questione dell'esclusività della sua giurisdizione sotalnto attraverso il prisma del diritto UE, come sottolineato in Boelaert-Suominen,op. cit., p. 676. A riguardo, Klabbers ha espresso preoccupazione per l'atteggiamento difensivista della Corte, che rischia di porla al difuori del diritto internazionale, in Klabbers, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 148. *Cfr*. Odermatt, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, pp. 6-7. In senso simile a quelle di de Witte vanno le critiche mosse da Lavranos, secondo il quale, per quanto astrattamente legittime fossero le preoccupazioni della Corte con riguardo alla tutela dell'autonomia e delle sue prerogative, "[…] it is doubtful whether judgments of one or several (ad hoc) arbitral tribunals that touch on EC law Issues could really undermine the autonomy of the Community legal order or cause a fragmentation of the extensive body of Community law, which goes back some 50 years"; In Lavranos, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-judgment of the ECJ*, op. cit., p. 492. In questi casi, sostiene Lavranos, la Corte dovrebbe mostrare a sua volta rispetto e *comity* nei confronti delle altre giurisdizioni internazionali (*ivi*, p. 492). In effetti, i rischi di un muro contro muro sono molteplici. Da una parte, nel caso in cui il tribunale internazionale si rifiuti di prendere in considerazione le problematiche e le esigenze specifiche del diritto UE, il rischio è quello che gli Stati membri si ritrovino a dover scegliere tra i propri obblighi internazionali e quelli derivanti dal diritto UE, in una situazione che richiama il "*sandwich*" descritto da Eckes in *Kadi* (*supra*, Paragrafo I.3.2.). Un esempio è quanto avvenuto nel caso dell'arbitrato OSPAR (si veda *supra*, Capitolo II, nota 75). Dall'altra parte, c'è anche il rischio che a non seguire la linea "dura" della Corte siano gli Stati membri stessi. Un esempio di questo secondo rischio è quello del caso *IJzeren Rijn*, concernente una controversia tra Belgio e Olanda, in cui gli Stati non hanno sollevato la questione della giurisdizione davanti al Tribunale arbitrale, sebbene il Tribunale si sia trovato ad esprimersi su varie norme di diritto UE e sia arrivato da sé a concludere per l'irrilevanza dell'art. 292 TCE al caso di specie. Sul punto, Lavranos, T*he MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?*, op. cit., pp. 228-229.

[84] *Ivi*, punto 135. Secondo Lavranos, questa affermazione comporta l'onere, in capo agli Stati membri che intendano avviare un procedimento di risoluzione delle controversie simile a quello del caso di specie, di chiedere preventivamente alla Corte di giustizia di esprimersi a riguardo. In questo modo, l'esclusività della giurisdizione della Corte è portata al massimo livello, mentre la possibilità di scelta degli Stati membri su quale meccanismo avvalersi è fortemente limitata, in Lavranos, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-judgment of the ECJ*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 489.

[85] Sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, cit., punti 146-151. Secondo l'art. 293 UNCLOS, il diritto comunitario può essere applicato, nella risoluzione di una controversia sorta tra le parti, in qualità di diritto internazionale non incompatibile con la Convenzione. Al diritto comunitario in quanto tale non viene assegnata alcuna particolare posizione privilegiata.

giuridico comunitario"[86], nonché la violazione dell'art. 292 TCE[87], a prescindere dalle modalità di applicazione richieste dall'Irlanda al Tribunale arbitrale[88].

In definitiva, ciò che emerge dall'analisi di questi due motivi è che il contenuto del principio di autonomia si espande fino ad inglobare anche una norma dotata di una propria portata dispositiva, *in casu*, l'art. 344 TFUE (e le sue versioni precedenti), che sarebbe di per sé sufficiente ad essere invocata da sola, come parametro di legalità del comportamento degli Stati membri. La Corte, invece, si premura di specificare che essa è volta alla salvaguardia dell'autonomia, intesa come qualità dell'ordinamento. Si può quindi sostenere che la norma sia espressione del principio di autonomia[89] e che, nel contesto di una disputa tra due (o più) Stati membri che abbia luogo sul piano del diritto internazionale, la verifica del rispetto dell'art. 344 TFUE si aggiunga e si sovrapponga al test sul rispetto del principio di autonomia delineato nei pareri precedenti. In quest'ottica, l'art. 344 TFUE si attiva laddove gli effetti della pronuncia del giudice internazionale abbiano valore vincolante per gli Stati membri, mentre il test citato si rivolge ai casi in cui gli effetti abbiano valore vincolante per le Istituzioni, CGUE *in primis*. Inoltre, nel caso dell'applicazione dell'art 344 TFUE, trattandosi di una disputa tra Stati membri, viene meno anche la premessa del parere 1/76: se le norme dell'accordo internazionale in questione sono parte del diritto UE, non è possibile demandarne l'interpretazione *intra*-UE ad un tribunale internazionale, anche se creato appositamente.

Si può anticipare che, come si avrà modo di osservare nel corso dell'analisi dei casi successivi, la portata della norma di cui art. 344 TFUE rappresenta un tema centrale per l'applicazione del principio di autonomia, nonché controverso. Infatti, l'applicazione della norma come espressione del principio di autonomia, di cui *MOX Plant* rappresenta il primo caso, suscita attenzione per il tema del rapporto tra la norma ed il principio. A riguardo, Odermatt si è posto una serie di interrogativi, tra cui quello se la Corte intenda la norma come rilevante solo nel caso di controversie tra Stati membri o se, piuttosto, essa debba considerarsi come espressione di un principio più generale di esclusività della giurisdizione della Corte[90]. Una lettura congiunta di questo punto della sentenza *MOX Plant* con il parere 1/91 sembra far protendere

[86] *Ivi*, punto 154.
[87] *Ivi*, punto 153.
[88] *Ivi*, punto 156.
[89] Come si vedrà più approfonditamente, la norma è espressione anche del principio di leale cooperazione, *infra*, Paragrafo IV.2.1.
[90] Odermatt, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 298. Lo stesso dubbio viene espresso in Von Papp, *Clash of "autonomous legal orders": can EU member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 4, 2013, p. 1039 e ss., p. 1054.

per la seconda opzione[91]. In quel caso, si è visto, la Corte cita il corrispondente art. 219 TCEE a conferma dell'esclusività della giurisdizione della CGUE, anche se la norma non trovava immediata applicazione al caso[92]. Secondo la lettura proposta da Iannuccelli, l'ampiezza dei confini dell'art. 344 TFUE, che ha subito variazioni nel corso della sua applicazione giurisprudenziale, dipende proprio dal fatto che esso incarni un principio di natura costituzionale "più generale e più esteso"[93], cioè quello qui inteso come autonomia giurisdizionale.

Il caso *MOX Plant*, da parte sua, si limita a fornire un esempio in cui la norma trova applicazione con riferimento al caso di una controversia tra Stati membri. Ulteriori chiarimenti sulla portata della norma sono quindi rimandati ai casi successivi.

II.3.2. Il parere 1/09.

Con il parere 1/09, la Corte è chiamata ad esprimersi sulla compatibilità con il diritto UE del progetto di accordo volto alla costituzione di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario (TB) con il diritto dei Trattati. Anche in questa occasione, la Corte conclude per l'incompatibilità[94]. Il caso appare assimilabile a quelli dei pareri 1/91, 1/92 e 1/00. Come in questi e a differenza di *MOX Plant*, infatti, si tratta di un parere e, quindi, di una valutazione di compatibilità resa *a priori*. Inoltre, la questione sottoposta alla Corte riguarda, anche in questo caso, l'istituzione di un organo giurisdizionale internazionale per via di un accordo da concludersi tra UE, Stati membri e Stati terzi. A differenza dei casi precedenti, però, le controversie oggetto della giurisdizione del tribunale internazionale in questione sono controversie tra privati, non tra gli Stati parte dell'accordo. Infatti, il TB avrebbe dovuto rappresentare un foro unico per tutte le controversie in materia di brevetto europeo e del futuro brevetto comunitario. Più precisamente, esso si sarebbe composto di due organi, un tribunale di primo grado (a sua volta composto da varie divisioni) e una corte d'appello (unica). Con

[91] *Cfr.* parere 1/91, cit., punto 36.
[92] *Supra*, Paragrafo II.2.1.
[93] Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, op. cit., p. 402.
[94] Per un commento, si veda Alberti, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2012, p. 367 e ss., Baratta, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 23, no 4, 2011, p. 297 e ss., Lock, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *European Law Review*, Vol. 36, Issue 4, 2011, p. 576 e ss., Peers, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, no. 2, 2011, p. 229 e ss., Parish, *International Courts and the European Legal Order*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 23, no. 1, 2012, p. 141 e ss.

riguardo alla questione del valore delle decisioni del TB, queste hanno lo stesso valore delle sentenze dei giudici nazionali degli Stati membri, quindi risultano vincolanti per i soggetti dell'ordinamento UE. Per quanto attiene, invece, al punto di contatto tra la giurisdizione del TB e il diritto UE, questo consiste nel fatto che il diritto UE rientra nel diritto applicabile dal TB. Infatti, il testo dell'accordo prevede espressamente che il TB sia competente ad applicare il diritto comunitario, tra cui, in particolare, il regolamento relativo al futuro brevetto comunitario[95]. Non si tratta, quindi, di disposizioni contenute in un accordo che si trovano ad essere identiche a quelle interne, ma direttamente del diritto derivato dell'Unione; in questo, il caso è assimilabile a *MOX Plant*. Ad ogni modo, ciò che rimane costante in tutti i casi citati finora è la possibilità che la giurisdizione internazionale in esame applichi o interpreti il diritto UE. Poste queste premesse, si può notare come la questione si inserisca perfettamente nella giurisprudenza su conflitto giurisdizionale e principio di autonomia. L'analisi della Corte procede, quindi, secondo gli elementi del test di compatibilità già emersi nella giurisprudenza precedente.

Innanzitutto, sulla scorta della sentenza *MOX Plant*, la Corte esamina la compatibilità con l'art. 344 TFUE. In questo caso, però, non vi è contrasto, poiché il divieto sancito dalla norma riguarda le controversie tra Stati membri, non tra privati[96]. Si precisa così ulteriormente la portata di questo elemento del test, introdotto con *MOX Plant*.

In secondo luogo, ci si aspetterebbe che la Corte si soffermi a valutare se l'accordo predisponga strumenti volti ad evitare che il TB si esprima in maniera vincolante sull'applicazione o l'interpretazione del diritto UE o - ed è la stessa cosa - che impedisca alla Corte di avere l'ultima parola su tali questioni. Effettivamente, il ragionamento procede in questa direzione, ma non arriva direttamente al punto. Prima, vi è una digressione teorica sugli elementi fondamentali dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'Unione.

[95] Non può escludersi la possibilità che il TB si esprima anche con riguardo ad altre norme UE inerenti alla proprietà intellettuale e legate alle libertà fondamentali e alla disciplina della concorrenza del mercato interno. Sul punto Alberti, op. cit., p. 283.

[96] Parere 1/09, cit., punto 63. Secondo la ricostruzione di Iannuccelli, il parere 1/09 segna un punto di svolta nella giurisprudenza sull'art. 344 TFUE, o quantomeno è caratterizzato da una certa discontinuità rispetto al passato. Infatti, se prima di allora la Corte aveva ancorato a questa norma quella che è stata qui definita come autonomia giurisdizionale, nel parere 1/09 la Corte esclude l'applicabilità della norma alla questione sottopostagli, ma procede comunque applicando il principio di autonomia al TB. In questo modo, secondo l'Autore, l'autonomia viene svincolata dalla norma in questione, che non viene sostituita da nessun'altra particolare norma dei Trattati. La portata dell'art. 344 TFUE, invece, viene qui ricondotta al più limitato significato letterale. D'altronde, il risultato finale non cambia: se non si applica l'articolo, si applica comunque il principio. In Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, op. cit., pp. 400-403.

Si tratta di un esempio della tendenza della Corte ad inserire un cappello teorico prima di entrare nel merito dell'analisi sull'applicazione del principio di autonomia, tendenza già affrontata nel capitolo precedente[97]. Tra gli aspetti affrontati dalla Corte nella digressione, in questa sede ci si limita a sottolinearne uno in particolare, che riguarda un punto essenziale per afferrare il ragionamento seguito nel parere e la sua portata innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente. Nel cappello teorico, infatti, la Corte tiene a rimarcare, a più riprese, il ruolo fondamentale di cui sono investite le giurisdizioni nazionali degli Stati membri all'interno del sistema giurisdizionale dell'Unione, di cui esse stesse fanno parte (nonché il ruolo imprescindibile di tale sistema giurisdizionale nel proteggere le caratteristiche essenziali dell'ordinamento e la sua autonomia)[98]. Questo ruolo risulta essere espressione del più generale principio di leale cooperazione, alla luce del quale "il giudice nazionale adempie, in collaborazione con la Corte, ad una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati"[99].

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte arriva ad esprimersi in un senso inaspettato per i redattori del progetto di accordo negoziato. Onde evitare prevedibili contrasti con il principio di autonomia, infatti, il testo del progetto di accordo dispone che il TB faccia rinvio alla Corte di giustizia sulle questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto UE, in termini di facoltà per il tribunale di prima istanza e di obbligo per la Corte di appello. Orbene, per la Corte di giustizia questo non è sufficiente a soddisfare i requisiti del test di compatibilità. Infatti, secondo la Corte, attribuire giurisdizione esclusiva al TB nelle materie di sua competenza significa esautorare da tale competenza i giudici nazionali, i quali vengono così privati del loro ruolo con riguardo all'applicazione e all'interpretazione del diritto UE, nonché della possibilità di ricorrere allo strumento cardine della collaborazione con la Corte di giustizia, cioè il rinvio pregiudiziale. Secondo il testo dell'accordo, l'interlocuzione con la

[97] *Supra*, Paragrafo I.2.4.

[98] L'enfasi è, in particolare, sull'importanza della collaborazione tra giudici nazionali e CGUE, al fine di garantire la piena applicazione del diritto UE, nonché la protezione dei diritti individuali che ne discendono (parere 1/09, cit., punti 66-70). Secondo alcuni commentatori, sarebbe proprio la questione della protezione dei diritti individuali ad essere al centro delle preoccupazioni della Corte, nel suo sforzo di tutelare il sistema giurisdizionale dell'UE dalle interferenze del TB. In questo senso, si veda Baratta, op. cit., pp. 309-310.

[99] Parere 1/09, cit., punti 68-69. In questo passaggio, la Corte cita una giurisprudenza più risalente, nello specifico la sentenza della Corte del 16 dicembre 1981, *Pasquale Foglia contro Mariella Novello*, causa 244/80, ECLI:EU:C:1981:302, punto 16. Tuttavia, come spiega Alberti, in questo passaggio il parere 1/09 va oltre a quanto già affermato dalla giurisprudenza precedente, sancendo la corresponsabilità dei giudici nazionali nel garantire il rispetto del diritto UE e la sua tenuta, sulla basa del principio di leale cooperazione; in Alberti, op. cit., p. 380. Diffusamente, sul punto, si veda anche Rosas, *The National Judge as EU Judge*, op. cit.

Corte di giustizia sulle materie coperte dall'accordo sarebbe appannaggio del solo TB, posto che questo deve considerarsi come esterno rispetto ai sistemi giurisdizionali nazionali degli Stati membri e, quindi, esterno al sistema giurisdizionale dell'Unione, di cui all'art. 19 TUE[100]. Il TB, infatti, non può qualificarsi come giudice comune tra più Stati membri, al contrario, per esempio, della Corte Benelux[101].

Qual è dunque il punto del test di compatibilità per cui il TB viene censurato? Dal ragionamento della Corte di giustizia, sembrano essere due le circostanze che rendono incompatibile il TB: l'esautoramento dei giudici nazionali dalla giurisdizione su certe materie e l'impossibilità di ricorrere al meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte di queste ultime[102]. Difficile è, però, individuare quale tra questi due punti sia quello dirimente. Se l'incompatibilità è dovuta all'impossibilità del dialogo tra giudice nazionale e giudice dell'Unione, allora è lecito chiedersi perché il meccanismo di rinvio previsto dal progetto di accordo non sia sufficiente a rimpiazzare quello *ex* art. 267 TFUE da parte dei giudici

[100] Parere 1/09, cit., punti 71-72 e 78-81. Rosas parla, a riguardo, di "*outsourcing*", in Rosas, *The National Judge as EU Judge*, op. cit., p. 725.

[101] Parere 1/09, cit., punto 82. La Corte Benelux, infatti, è incardinata nei sistemi giurisdizionali nazionali dei tre Stati membri, poiché è competente a esprimersi in via incidentale nell'ambito di cause pendenti davanti ai giudici nazionali, con lo scopo di garantire l'uniformità di applicazione di norme comuni a quegli Stati; *cfr.* sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, causa C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517, punto 22; sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388, punto 41; sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 48. In virtù di questo legame, la Corte ritiene che la Corte Benelux possa esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, alla stregua di una "giurisdizione di uno degli Stati membri" ai sensi dell'art. 267, par. 2, TFUE. *Cfr.* Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, causa C-337/95, cit., punto 21. Al contrario, il TB sarebbe invece da qualificarsi allo stesso modo della Camera di ricorso delle scuole europee, che, secondo la Corte "[…] costituisce pur sempre un organo di un'organizzazione internazionale la quale, nonostante i legami funzionali che essa intrattiene con l'Unione, resta formalmente distinta da quest'ultima e dagli Stati membri", in sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, cit., punto 42.

[102] In realtà ci sarebbe un altro punto critico dell'accordo piuttosto importante, che la Corte non affronta. Come notano gli Avvocati Generali, infatti, l'accordo non menziona la gerarchia delle fonti del diritto UE (in particolare la prevalenza del diritto primario sulle fonti sottostanti), e neppure il primato di questo sul diritto nazionale. Nell'applicare il diritto UE, quindi, il TB, che è giudice internazionale, non sarebbe tenuto a rispettare né uno né l'altro; in Statement of position by the Advocates General Presented on 2nd July 2010, Opinion 1/09, punto 91. Sul punto, anche *Alberti*, op. cit., pp. 387-388. A ben guardare, sarebbe risultato facile, per la Corte, individuare in questo argomento un'ulteriore punto di attrito tra TB e autonomia (normativa) del diritto UE. Infatti, un giudice internazionale che applica alcune norme di diritto UE senza rispettarne le caratteristiche essenziali è sicuramente incompatibile con il principio di autonomia. Queste considerazioni su gerarchia delle fonti di diritto UE e primato possono ritenersi incluse, per implicito, nelle parole della Corte, quando parla di "procedure in grado di garantire *la piena efficacia delle norme dell'Unione*", procedure che il TB non prevede, diversamente dalla Corte Benelux; in parere 1/09, cit., punto 82, corsivo aggiunto. Tuttavia, la reticenza della Corte a esprimersi esplicitamente a riguardo non è spiegabile, anche alla luce del fatto che molti Stati membri intervenuti hanno sollevato la questione, chi nel senso dell'incompatibilità, chi in quello della compatibilità. D'altro canto, da ciò emerge in maniera ancor più netta l'importanza che la Corte attribuisce all'argomento del rinvio pregiudiziale, sia in relazione al ruolo dei giudici nazionali, sia in relazione agli strumenti per garantirne l'effettività.

nazionali. La Corte risponde a questa domanda sostenendo che il meccanismo di rinvio da parte del TB previsto dal progetto di accordo differisce da quello da parte dei giudici nazionali poiché, nel primo caso, non è possibile esperire un'azione di risarcimento danni da parte dell'individuo per violazione del diritto UE da parte del TB[103], così come non è possibile garantirne il rispetto tramite la procedura d'infrazione *ex* artt. 258-260 TFUE[104], al contrario della circostanza in cui tale violazione sia compiuta da un giudice nazionale. Sembrerebbe, quindi, che il punto cruciale non sia quello di chi esperisce il rinvio, ma quello della possibilità di riuscire a garantire o meno l'effettività del diritto UE[105]. D'altra parte, questa possibilità dipende, in concreto, proprio dal fatto che ad esperire il rinvio sia un giudice incardinato nel sistema giurisdizionale di uno (o più, se giudice comune) degli Stati membri, e non un giudice esterno ai sistemi nazionali. Inoltre, come già notato, la Corte pone un'enfasi notevole proprio sul punto dell'esautorazione dei giudici nazionali dal meccanismo di rinvio *ex* art. 267 TFUE[106], il quale istituisce "[…] una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati"[107]. In forza di ciò, la Corte arriva ad affermare che

[103] Parere 1/09, cit., punto 86.
[104] *Ivi*, punti 87-88.
[105] Effettivamente, l'unico rimedio, in caso di una seria e manifesta violazione del diritto UE da parte del TB, sarebbe quello della denuncia del trattato da parte degli Stati membri. Come sostengono gli Avvocati Generali, questa soluzione appare piuttosto irrealistica, poiché decisamente sproporzionata. Similmente, sarebbe irrealistico anche immaginare che un individuo leso da una tale violazione possa cercare il risarcimento da parte di tutti gli Stati membri in quanto parti dell'accordo; in Statement of position by the Advocates General Presented on 2nd July 2010, Opinion 1/09, punti 109-110. D'altra parte, come nota Lock, gli strumenti di cui parla la Corte, cioè procedura d'infrazione e risarcimento del danno, rappresentano armi spuntate per porre rimedio ad una violazione del diritto UE consistente nel non aver esperito il rinvio alla CGUE laddove obbligatorio. Infatti, argomenta l'Autore, le condizioni alle quali è prevista una riapertura del procedimento in caso di violazione del diritto UE sono molto stringenti, per cui non è affatto facile ottenere un rinvio se il giudice *a quo* non lo abbia (a torto) esperito. Quanto al risarcimento del danno, esso può essere chiesto solo in caso di violazioni serie e manifeste, e non è detto che il mancato rinvio integri tali criteri. Se quanto detto vale per i giudici nazionali (la cui collaborazione con la CGUE si basa più sulla buona volontà che sull'imposizione), allora varrebbe anche per il TB. In conclusione, secondo Lock, l'unico rimedio in caso di (ripetuto) rifiuto del TB di fare rinvio alla CGUE sarebbe quello della denuncia dell'accordo. In Lock, *Taking national courts more seriously? Comment on opinion 1/09*, op. cit., p. 584. Secondo questa lettura, condivisibile, gli argomenti della Corte riguardanti l'effettività del rinvio andrebbero ridimensionati nella loro concreta rilevanza.
[106] Al contrario, guardando all'economia del ragionamento della Corte, l'argomento dei rimedi per garantire l'effettività del diritto UE in caso di violazione da parte del giudice chiamato ad interpretare ed applicare tale diritto non sembra rivestire la centralità propria di un punto dirimente del test di compatibilità. Piuttosto, esso sembra essere utilizzato dalla Corte *ad abundantiam* rispetto al resto degli argomenti (in linea con quanto emerge dalla nota precedente). Diversamente, gli Avvocati Generali dedicano maggior attenzione a questo aspetto, in Statement of position by the Advocates General Presented on 2nd July 2010, Opinion 1/09, punti 106-115.
[107] Parere 1/09, cit., punto 84.

"[…] le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati"[108].

È possibile sostenere, alla luce di quanto detto, che l'istituzione di un tribunale internazionale sia compatibile con il diritto UE, alla condizione che siano previsti strumenti idonei a garantire l'effettività del diritto UE (oltre alla semplice possibilità di esperire il rinvio alla Corte)? Oppure, l'istituzione di una tale giurisdizione è incompatibile a prescindere, per il solo fatto che si esautorino le giurisdizioni nazionali[109]?

La prassi successiva al parere non scioglie questo nodo. Infatti, nel 2013 si è conclusa la negoziazione dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, aperto alla partecipazione di tutti gli Stati membri dell'Unione[110]. Questo strumento di diritto internazionale sembra recepire le indicazioni del parere 1/09, prevedendo l'istituzione di un meccanismo giurisdizionale simile a quello contenuto nel progetto di accordo già respinto dalla Corte, ma con alcune significative differenze. Innanzitutto, si tratta di un accordo solo tra Stati membri, senza la partecipazione dell'UE né di Stati terzi. Inoltre, il nuovo accordo non si limita a prevedere un meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (le cui decisioni sono vincolanti per il tribunale), ma aggiunge alcuni accorgimenti. Viene espressamente sancito il rispetto del principio del primato del diritto dell'UE da parte del Tribunale[111], assieme alla responsabilità extracontrattuale degli Stati parte dell'accordo, per i danni derivanti da una violazione del diritto dell'Unione da parte della corte d'appello[112], ed alla responsabilità *ex* artt. 258-260 TFUE, per violazione del diritto UE[113]. Queste clausole sembrano rispondere all'esigenza di garantire l'effettività del meccanismo di rinvio alla Corte di giustizia, e quindi, in ultima istanza, l'effettività del diritto dell'Unione. Oltre a ciò, il testo dell'accordo specifica a più riprese che il Tribunale corrisponde a una giurisdizione comune agli Stati membri, ed è proprio su questa base che è legittimato ad esperire il rinvio[114]. Di conseguenza, anche la questione dell'appartenenza o meno del tribunale ai sistemi giurisdizionali nazionali sembra

[108] *Ivi*, punto 85.

[109] Il ruolo delle giurisdizioni nazionali deve sempre essere visto nell'ottica dell'architettura del sistema giurisdizionale dell'UE, come ricordato in Rosas, *The National Judge as EU Judge*, op. cit., pp. 724-725.

[110] Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, in *G.U.U.E.* C 175 del 20 giugno 2013, p. 1 e ss. Sul punto, si veda in particolare Alberti, op. cit., p. 389 e ss. A seguito del deposito dell'ultima ratifica necessaria (della Germania), il Tribunale entra in funzione dal 1 giugno 2023; *cfr*. il comunicato stampa del 17 febbraio dell'Ufficio europeo dei brevetti, di cui al link https://www.epo.org/news-events/news/2023/20230217.html (ultimo accesso 1/03/2023).

[111] Art. 20 dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti.

[112] Art. 22 dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti.

[113] Art. 23 dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti.

[114] Art. 21 dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti.

essere risolta. Tali accorgimenti dovrebbero bastare a fare salva la compatibilità di tale accordo con l'autonomia del diritto UE[115]. Da un punto di vista teorico, però, rimane da chiarire se il fatto di denominare una giurisdizione istituita tramite un accordo internazionale come giurisdizione comune agli Stati membri sia di per sé sufficiente affinché essa possa effettivamente qualificarsi come tale, in accordo alla giurisprudenza della Corte. Il punto resta permeato da una certa circolarità del ragionamento. Oltre alle garanzie di effettività del rinvio pregiudiziale, è necessario che si tratti di un giudice comune, cioè incardinato nei sistemi giurisdizionali nazionali degli Stati membri? E ancora, una tale qualificazione dipende proprio dalla presenza di strumenti atti a garantire l'effettività del rinvio, o viceversa? Come detto, il nuovo accordo prevede entrambi questi elementi, e ciò sembra sufficiente a superare il test del parere 1/09[116]. Tuttavia, rimane incerto quale sia il punto dirimente circa la compatibilità con l'autonomia, e rimane incerto anche quale sia il test per qualificare una giurisdizione come comune o meno agli Stati membri[117]. Come si vedrà, la questione è cruciale anche in *Achmea*.

II.4. La massima estensione del principio: il parere 2/13.

La giurisprudenza analizzata fino a questo punto trova applicazione, in tutta la sua estensione, nel parere 2/13, la pronuncia più nota tra quelle in esame (se non una delle più importanti pronunce rese dalla Corte nella sua storia)[118].

---

[115] In dottrina, era già stato evidenziato come un accordo simile rappresentasse l'unica opzione percorribile, per superare i limiti posti dal diritto UE (e dalla Corte), in Peers, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, op. cit., p. 262.

[116] Si noti che, visto che l'UE non è parte dell'accordo, la Corte non poteva essere chiamata a esprimersi nuovamente prima che l'accordo entri in vigore.

[117] Secondo Peers, nel caso del parere 1/09, il vero ostacolo alla qualificazione del TB come giudice comune sarebbe stato il fatto che erano parti dell'accordo anche Stati terzi. In Peers, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, op. cit., p. 247. In effetti, il nuovo accordo ha come parti solo Stati membri. Tuttavia, si può anticipare che la sentenza *Achmea* invalida questo argomento, poiché, in quel caso, la Corte ritiene di non poter qualificare come giudice comune un arbitrato tra (due) soli Stati membri; *infra*, Paragrafo III.2.1.1.

[118] Per un commento, si veda Rossi, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra corti?*, in *SIDIBlog*, 22 dicembre 2014, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2014/12/22/il-parere-213-della-cgue-sulladesione-dellue-alla-cedu-scontro-fra-corti/ (ultimo accesso 27/08/2022), *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law* Review, Vol. 52, Issue 1, 2015, p. 1 e ss., Lazowski e Wessel, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *German Law Journal*, Vol. 6, no. 1, 2015, p. 179 e ss., Spaventa, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, in Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 22, Issue 1, 2015, p. 35 e ss., Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, 2015, p. 955 e ss., Halberstam, *It's the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German Law Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 105 e ss., Krenn, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *German Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 2015, p. 147 e ss., Johansen, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its*

Oggetto dello scrutinio è il progetto di accordo di adesione dell'UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[119]. A seguito del termine dei negoziati del progetto, la Commissione ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità di questo con i Trattati. Come ben noto, la Corte si è espressa in senso negativo, impedendo la conclusione dell'accordo.

Il caso merita un esame approfondito dei passaggi che hanno portato la Corte a concludere in tal senso, per due ordini di motivi. Innanzitutto, il parere 2/13 offre una fotografia evoluta e completa dello stato dell'arte del principio di autonomia pre-*Achmea*. Pertanto, è necessario soffermarsi sul parere 2/13 per poter compiere efficacemente un confronto con la giurisprudenza che verrà analizzata nel capitolo successivo, al fine di cogliere poi le differenze esistenti sia con riguardo allo specifico contesto delle controversie tra investitore e Stato, sia con riguardo all'approccio della Corte nel tempo. Invero, come si vedrà, il test utilizzato nel parere 2/13 è molto rigoroso, tanto da sancire il fallimento dei vari accorgimenti

Potential Consequences, in *German Law Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 169 e ss., Peers, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GermanLaw Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 213 e ss., O'Sullivan, *Burning Bridges: The Court of Justice and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Hibernian Law Journal*, Vol. 17, 2018, p. 1 e ss., Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, op. cit.,, Von Danwitz, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, op. cit., p. 1020 e ss., Pirker e Reytemeyer, *Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 17, 2015, p. 168 e ss., Daukšienė e Grigonis, *Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism*, in *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 1, Issue 2, 2015, p. 98 e ss., Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 34, no. 1, 2015, p. 74 e ss., Lock, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, 2015, p. 239 e ss., Jacqué, *Pride and/or prejudice? Les lectures possible de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 19 e ss., Pernice, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 47 e ss., Dubout, *Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 73 e ss., Di Comite, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità Internazionale*, Vol. 70, no. 2, 2015, p. 223 e ss., Fabbrini e Larik, *The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 2016, p. 1 e ss., e Callewaert, *Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 6, 2018, p. 1685 e ss.

[119] In tema, si veda Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2010, p. 231 e ss.; Baratta, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 5, 2013, p. 1305 e ss.; Jacqué, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 4, 2011, p. 995; Lock, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 4, 2011, p. 1015 e ss.; Gragl, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2013.

previsti dal progetto di accordo per superarlo. Dunque, il parere 2/13 stabilisce una soglia di compatibilità particolarmente alta, che funge da pietra di paragone per il test adottato successivamente. Ciò conduce anche al secondo motivo di interesse. Infatti, il parere 2/13 potrebbe non essere l'ultimo capitolo della vicenda concernente l'adesione dell'UE alla CEDU. A differenza della versione pre-Lisbona, i Trattati prevedono ora una specifica base giuridica che dispone l'adesione dell'Unione alla CEDU, all'art. 6, par. 2, TUE. Tale disposizione rimane ovviamente in vigore nonostante il fallimento del tentativo di adesione del 2014 e, invero, i negoziati per un accordo di adesione sono ripresi[120]. Di conseguenza se un giorno si arriverà ad un nuovo progetto di accordo, questo verosimilmente rappresenterà una nuova frontiera per l'applicazione del principio di autonomia.

Venendo al parere, il punto di partenza è dato dalla presenza della summenzionata base giuridica *ex* art. 6, par. 2, TUE. Non si pone quindi, come si era posto in precedenza, il problema dell'esistenza della competenza dell'UE a concludere un tale tipo di accordo internazionale[121]. Tuttavia, i Trattati stessi pongono delle condizioni particolari a cui

---

[120] Si rimanda al sito del Consiglio d'Europa, alla pagina *EU accession to the ECHR* https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights#{%2230166137%22:[0]} *Cfr*. Lock, *Third time lucky? The revised agreement on the EU's accession to the ECHR*, in *EU Law Live*, 19 aprile 2023, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-third-time-lucky-the-revised-agreement-on-the-eus-accession-to-the-echr-by-tobias-lock/# (ultimo accesso 11/05/2023).

[121] Il riferimento è al noto parere della Corte del 28 marzo 1996, parere 2/94, cit., in cui la Corte aveva bocciato il progetto di accordo di adesione alla CEDU negoziato all'epoca, poiché ha ritenuto non sussistere alcuna competenza in capo alla Comunità, che le permettesse di aderire alla Convenzione. Per un commento, si veda Gaja, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, Vol. 33, Issue 5, 1996, p. 975 e ss. Secondo de Witte, sotto alla motivazione formale, relativa alla competenza ad aderire, si poteva scorgere un "*subtext of selfishness*" da parte della Corte, troppo preoccupata, a suo dire, a tutelare il proprio ruolo, senza dare debito peso ai vantaggi di una adesione alla CEDU, in de Witte, *A selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit., p. 39. A sostegno, de Witte cita anche altri commentatori, tra cui Gaja, il quale, effettivamente, ha evidenziato come la Corte fosse in realtà preoccupata di perdere il suo ruolo di giudice supremo; in Gaja, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not yet reported*, op. cit., p. 988. Cfr *infra*, Paragrafo IV.1.3. Ad ogni modo, l'inserimento della clausola di adesione di cui all'art. 6, par. 2, TUE è stato pensato proprio per rimediare alla lacuna riscontrata nel parere 2/94. In dottrina, è stata posta notevole enfasi sulla natura prescrittiva di questa disposizione ("[t]he Union *shall* accede"); si veda, in particolare, *Jacqué*, op. cit., p. 995, che ne sottolinea il tono imperativo. In generale, è pacifico che la clausola imponga un obbligo in capo all'UE, e, come sottolinea l'AG Kokott, "[l]'obiettivo dell'adesione alla CEDU riveste […] rango costituzionale nell'ambito del diritto dell'Unione", nella presa di posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 3. In quest'ottica, l'obbligo può rappresentare anche un limite all'autonomia del diritto UE, come evidenziato in Lock, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, op. cit., pp. 1032-1033. Certo, non si tratterebbe di un obbligo a qualsiasi condizione (*Ibidem*) e, come si vedrà subito, queste condizioni sono previste espressamente dal diritto primario stesso. Sulla natura dell'obbligo, qualcuno parla di "*obligation to seek accession*" (Lazowski e Wessel, op. cit., p. 183). Tuttavia, altri sostengono che si tratti, comunque, di qualcosa di più di un mero obbligo di mezzi, che non può rimanere sospeso o dimenticato a tempo indefinito, a seguito

l'adesione è subordinata. L'art. 6, par. 2, TUE specifica che l'adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati. La Dichiarazione relativa a questa disposizione aggiunge poi che le modalità di adesione debbano essere tali da preservare la specificità dell'ordinamento giuridico dell'UE[122], mentre il Protocollo n. 8 integra l'art. 6, par. 2, TUE, disponendo che: siano garantite le caratteristiche specifiche dell'UE e del suo ordinamento, in particolare con riguardo all'eventuale partecipazione dell'UE agli organi CEDU e all'individuazione del convenuto (laddove vi sia dubbio sul fatto che sia l'UE e/o uno Stato membro); l'accordo non incida su competenze e poteri attribuiti all'UE e alle sue Istituzioni, né sulla posizione degli Stati membri quali parti della CEDU; l'accordo non pregiudichi la norma di cui all'art. 344 TFUE[123]. Per chi ha previsto e inserito nel diritto primario queste condizioni, era chiaro che l'adesione dell'UE alla CEDU avrebbe comportato una sfida piuttosto complessa per l'ordinamento UE, sfida a cui i negoziatori dell'accordo hanno cercato di ovviare, senza riuscirvi. Anche se il termine autonomia non compare in alcuna delle disposizioni citate, è evidente in esse il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul conflitto giurisdizionale[124]. Infatti, come il parere 2/13 dimostra, il problema dell'adesione

---

del tentativo naufragato con il parere 2/13 (Callewaert, op. cit., p. 1716). D'altronde, l'obbligo di adesione previsto dai Trattati sottende motivazioni profonde, che non possono essere ignorate. Seguendo la ricostruzione di Spaventa, i motivi per cui l'adesione è (e resta) auspicabile sono principalmente tre. In primo luogo, si tratta di garantire un controllo esterno sull'azione dell'UE, e ciò risulta particolarmente opportuno, dal momento che l'UE rappresenta tuttora "[a]n imperfect democracy with an imperfect judicial system, whose competences now extend to areas that are particularly fundamental rights sensitive (for example, criminal, asylum, and immigration law, and sanctions against individuals)"; in Spaventa, op. cit., p. 38. In secondo luogo, sempre secondo l'Autrice, l'adesione permetterebbe di porre fine, una volta per tutte, all'anomalo e peculiare rapporto tra l'UE e la CEDU, che si basa sulla nota dottrina *Bosphorus* della Corte EDU (per un approfondimento si veda, *inter alia*, Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 1, 2006, p. 87 e ss.), la quale rappresenta, pur sempre, un compromesso a ribasso quanto allo standard di tutela dei diritti CEDU. Con l'adesione, la tutela sarebbe invece completa (Spaventa, op. cit., pp. 41-42). Da ultimo, aderire, da parte dell'UE, rappresenterebbe un segnale agli Stati membri, a cui l'UE chiede un rigoroso rispetto dei diritti fondamentali. Rispetto, che rappresenta uno dei valori comuni *ex* art. 2 TUE, la cui condivisione è alle fondamenta dell'Unione stessa (*ivi*, pp. 43-44). Altri autori, poi, hanno sottolineato l'importanza che l'UE si sottoponga ad un controllo esterno, come Rossi, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra corti?*, op. cit., e Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., p. 961.

[122] Dichiarazioni allegate all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, in *G.U.U.E.* C 202/335, 7 giugno 2016, p. 339.

[123] Protocollo n. 8, rispettivamente agli articoli 1, 2 e 3.

[124] Il riferimento alle "caratteristiche specifiche" deve essere letto come rinvio alla suddetta giurisprudenza, in cui il principio di autonomia viene posto a protezione delle "caratteristiche essenziali" dell'ordinamento. Si rimanda al primo capitolo per l'elenco di tali caratteristiche, *supra*, Paragrafo I.2.4. Si è già avuto modo di richiamare il contributo di Contartese sulle possibili differenze tra caratteristiche "specifiche" ed "essenziali", *supra*, Capitolo I, nota 188. Come l'Autrice stessa ipotizza, nel parere 2/13 la Corte utilizza la nozione di "caratteristiche specifiche" invece di quella di "caratteristiche essenziali", solitamente usata nella giurisprudenza precedente (e successiva) a questo parere, perché tale è il tenore letterale del Protocollo n. 8. Secondo Contartese, questo cambiamento avrebbe ampliato la portata del test di compatibilità, rendendo ancor più difficile l'adesione;

ruota tutto intorno al rapporto tra diritto UE e giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), che, d'altronde, rappresenta una delle giurisdizioni di diritto internazionale per eccellenza. In un tale contesto, il principio di autonomia non può che giocare un ruolo fondamentale nello scrutinio della Corte di giustizia[125]. In questo paragrafo si procede, quindi, a osservare i passaggi del test di compatibilità seguiti dalla Corte in questo caso. Verrà sottolineato di volta in volta dove si colloca il punto di contatto tra la giurisdizione della Corte EDU e il diritto UE. Come si vedrà, questo contatto avviene secondo diverse modalità. Quanto al valore delle pronunce della Corte EDU all'interno dell'ordinamento UE, è possibile ed anticipare, prima dell'esame dei singoli profili di incompatibilità, che il parere 2/13 riprende la posizione espressa nel parere 1/91: una volta avvenuta l'adesione, la CEDU assumerebbe vale vincolante all'interno dell'ordinamento UE, come previsto dall'art. 216, par. 2, TFUE, sulla scorta della giurisprudenza *Haegeman*[126]. Si vedrà, però, che la questione degli effetti potrebbe non esaurirsi a questo[127].

Venendo al contenuto della valutazione, l'accordo di adesione risulta essere incompatibile con i Trattati sotto dieci profili[128]. La Corte raggruppa tali profili intorno a cinque temi: il rispetto delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia del diritto dell'Unione; il rispetto dell'art. 344 TFUE; il meccanismo del convenuto aggiunto; la procedura di previo coinvolgimento; il controllo giurisdizionale in ambito PESC. Ai fini dell'analisi qui compiuta, è possibile raggruppare i punti logico-giuridici seguiti dall'analisi della Corte in due diversi gruppi. Questa divisione si fonda sulle differenti problematiche dovute alle modalità in cui il diritto CEDU, in particolare la giurisdizione della Corte EDU, impatterebbe sull'ordinamento dell'Unione. Nel caso del gruppo esaminato come secondo (seguendo l'ordine del parere), il fatto che il rapporto tra la giurisdizione della Corte EDU e quella della CGUE si svolga

---

in Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, op. cit., p. 1670.

[125] Sia la Corte, che l'AG e la Commissione, riconoscono nelle condizioni menzionate anche la necessità che l'accordo di adesione rispetti l'autonomia dell'ordinamento. Per quanto riguarda l'AG, si veda presa di posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punti 158-159. Per la Commissione, si veda il parere 2/13, cit., punto 72. Il concetto di autonomia permea l'intero ragionamento svolto dalla Corte, che proprio in questa occasione fornisce la descrizione completa del quadro costituzionale dell'Unione, per la quale si rimanda al capitolo precedente (*supra*, Capitolo I.2.4).

[126] Parere 2/13, cit., punto 180.

[127] *Infra*, Paragrafo II.5.

[128] L'AG articola l'analisi seguendo un ordine legato alle condizioni codificate dal Protocollo n. 8, alle quali si aggiunge la questione del rispetto dell'autonomia e quella del controllo giurisdizionale in ambito PESC; si veda posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punti 31 e 32. Questa diversità di impostazione dimostra la difficoltà nell'adottare un ordine di analisi rigido e univoco. È quindi opportuno guardare alla sostanza dello scrutinio della Corte.

nell'ambito della protezione dei diritti fondamentali non caratterizza ulteriormente le problematiche esaminate dalla CGUE, ma rappresenta una semplice circostanza del rapporto in questione. Nel caso del gruppo che verrà esaminato per primo, invece, il diritto CEDU e quello UE sembrano entrare in collisione in ragione del contesto specifico della protezione dei diritti fondamentali. Come si cercherà di dimostrare, però, tale contesto specifico gioca un ruolo minore rispetto a quanto appaia in prima battuta.

II.4.1. Segue. I passaggi del test di compatibilità legati al contesto della tutela dei diritti fondamentali.

Al primo gruppo corrispondono i tre profili che la Corte affronta nell'analisi sull'impatto dell'accordo sulle caratteristiche specifiche e sull'autonomia del diritto dell'Unione, che vengono calate nel contesto della protezione dei diritti fondamentali. La premessa da cui parte la Corte è che "[…] le valutazioni della Corte relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU"[129]. Alla base del problema, vi è il fatto che l'UE è dotata di un proprio strumento di tutela dei diritti fondamentali, cioè la Carta dei Diritti Fondamentali (CDF o Carta), e che i diritti *ivi* contenuti corrispondono in buona parte a quelli previsti dalla CEDU. Pertanto, nel caso di questi tre profili di incompatibilità, il punto di contatto consiste nella circostanza che la Corte EDU sarebbe competente ad interpretare ed applicare norme sostanzialmente identiche a quelle di uno strumento di diritto UE, cioè la Carta[130].

Secondo il parere 2/13, il progetto di adesione interferisce con le caratteristiche specifiche dell'ordinamento UE, in particolare con il sistema di controllo del rispetto dei diritti fondamentali, fondato sulla Carta e sulla giurisdizione della CGUE, sotto tre profili. Il primo è legato al mancato coordinamento tra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 CDF. Da una parte, l'art. 53 CDF stabilisce che la protezione dei diritti fondamentali prevista dalla Carta non debba limitare il godimento di diritti previsti dalla CEDU. Dall'altra, entrambe le norme permettono agli Stati, parti della CEDU e membri dell'UE, di far prevalere i propri standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali su quelli previsti dai due rispettivi strumenti, laddove i primi siano più alti. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Melloni*, ha interpretato l'art. 53 CDF limitandone la portata nel caso in cui l'applicazione di standard

[129] Parere 2/13, cit., punto 186.
[130] Come si vedrà a breve, il profilo attinente al Protocollo n. 16 presenta qualche complessità ulteriore.

nazionali "[…] comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"[131]. Orbene, la Corte ritiene l'accordo come lesivo delle caratteristiche specifiche del diritto UE nel momento in cui permetterebbe agli Stati membri di aggirare il limite *Melloni* all'art. 53 CDF, nel caso dei diritti della Carta che corrispondo a quelli della CEDU[132]. In definitiva, si tratterebbe di un pregiudizio all'autonomia normativa del diritto UE[133].

Un secondo profilo di incompatibilità viene riscontrato con riguardo al principio di reciproca fiducia, il cui rispetto sarebbe minacciato dall'accordo di adesione. Anche in questo caso, il problema è dovuto al sovrapporsi tra la protezione dei diritti fondamentali prevista dalla CEDU e quella garantita all'interno dell'ordinamento UE. In quest'ultimo, infatti, opera il principio di reciproca fiducia, in base al quale gli Stati membri, in quanto tali, sono tenuti a presumere, salvo eccezioni[134], che gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali da esso riconosciuti[135]. Questa presunzione esclude, in linea generale, che uno Stato membro possa verificare caso per caso l'effettivo rispetto in concreto

[131] Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni contro Ministerio Fiscal*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, punto 60. Si noti che, al punto precedente della sentenza (*ivi*, punto 59), la Corte ribadisce la natura di caratteristica essenziale propria del primato, richiamando la giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale, in particolare i pareri 1/91 e 1/09. Per un commento al caso, si rimanda a Torres Pérez, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 10, Issue 2, 2014, p. 308 e ss., e de Boer, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 4, 2013, p. 1083 e ss.

[132] Parere 2/13, cit., punti 188-189.

[133] Questo è uno dei punti in cui il ragionamento della Corte ha suscitato maggiori perplessità. Come spiega Halberstam, l'art. 53 CEDU non prevede, in capo alle Parti, alcun potere/diritto di cui già non disponessero. Ciò significa che i limiti all'art. 53 CDF non possono essere superati sulla base di tale norma della CEDU, per cui primato, unità ed effettività del diritto UE rimarrebbero intatti; Halberstam, op. cit., p. 125. Nello stesso senso, anche Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., pp. 966-967. In effetti, da questo punto del parere traspare una certa ansia, da parte della Corte, quanto all'accoglimento della dottrina *Melloni* da parte degli Stati membri, come notato in Spaventa, op. cit., p. 47. Per un commento maggiormente comprensivo verso la posizione della Corte, si veda Krenn, op. cit., p. 158.

[134] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *N.S. (C-411/10) contro Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri (C-493/10) contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, punto 94. Dalla sentenza emerge come il principio si basi su una presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, presunzione che, però, non può dirsi assoluta. Sul tema, si veda Canor, *My brother's keeper? Horizontal solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 2, 2013, p. 383 e ss., e Mengozzi, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 2, p. 1 e ss.

[135] Parere 2/13, punto 191. Sul principio di reciproca fiducia, si veda Regan, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law, in Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 231 e ss., Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, Vol. 2, no. 1, 2017, p. 75 e ss., Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 3, 2017, p. 805 e ss.

dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro[136]. Tuttavia, secondo l'accordo di adesione, UE e Stati membri sarebbero parificati a qualsiasi altra parte contraente della CEDU, anche nei loro rapporti reciproci. Questo permetterebbe ad uno Stato membro di presentare ricorso davanti alla Corte EDU nei confronti di un altro Stato membro, per la presunta violazione di un diritto fondamentale CEDU potenzialmente identico ad uno previsto dalla Carta, svuotando così di significato l'effettività della reciproca fiducia richiesta dal diritto UE[137].

Il terzo di questi profili di incompatibilità attiene al Protocollo n. 16 della CEDU. Questo prevede un meccanismo di consultazione della Corte EDU da parte delle corti nazionali degli Stati parti della CEDU avente ad oggetto interpretazione ed applicazione dei diritti CEDU, in maniera paragonabile al meccanismo di rinvio pregiudiziale alla CGUE. Secondo la Corte di giustizia, i due meccanismi citati sarebbero suscettibili di entrare in collisione qualora gli Stati membri dovessero chiedere un parere alla Corte EDU invece che alla CGUE. Quali siano le circostanze che fanno scattare questo rischio, però, non è del tutto chiaro. Il ragionamento seguito dalla Corte risulta di difficile lettura. In un primo passaggio, la Corte sembra sostenere che il conflitto tra rinvio pregiudiziale e Protocollo n. 16 nasca dal fatto che, avvenuta l'adesione, agli occhi degli Stati membri le norme CEDU sarebbero al contempo anche norme di diritto UE (*ex* art. 216, par. 2, TFUE). In quanto tali, quindi, queste sarebbero sottoponibili

[136] Parere 2/13, cit., punto 192.

[137] *Ivi*, punto 194. Secondo Spaventa, questa preoccupazione per il proprio "eccezionalismo" da parte dell'UE, legato alla preservazione del principio di reciproca fiducia, è particolarmente problematica, perché comporta un abbassamento della soglia di tutela dei diritti proprio in una delle materie che è più sensibile dal punto di vista dei diritti fondamentali, come è lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È quindi difficile superare questo scoglio che ostacola l'adesione, vista l'intransigenza mostrata dalla Corte; in Spaventa, op. cit., p. 52 (per un approfondimento significato di eccezionalismo del'UE, si segnala Lickova, *European Exceptionalism in International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 19, no. 3, 2008, p. 463 e ss.). Inoltre, è possibile chiedersi che tipo di bilanciamento abbia portato la Corte ad esprimersi in questo senso, visto che, come nota Eeckhout, il principio di reciproca fiducia è una caratteristica essenziale dell'ordinamento tanto quanto lo è la protezione dei diritti fondamentali; in Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., p. 970. A questa obiezione, però, è possibile rispondere che il rispetto dell'autonomia, qui evocato a tutela del principio di reciproca fiducia, significa proprio che, siccome questo bilanciamento rappresenta una questione di natura interna, esso non può essere lasciato alla Corte EDU. D'altro canto, si chiede Eeckhout, non è forse la *ratio* stessa dell'adesione quella di permettere ad un giudice terzo di fare una simile valutazione? (*Ibidem*). Il problema dell'eccezionalismo rischia di assomigliare ad un cane che si morde la coda. D'altra parte, c'è chi sostiene che, nello scenario della adesione, la tensione esistente tra UE, Stati membri e Corte EDU, quando si tratta di reciproca fiducia, sarebbe meno problematica di quanto non lo sia in potenza già ora; sul punto, in particolare, si veda Halberstam, op. cit., pp. 130-136. Critica sulla posizione della Corte, poi, è anche Moreno- Lax, op. cit., pp. 57-58, come pure Peers, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, op. cit., p. 221. Dal canto suo, Lenaert sottolinea che reciproca fiducia non equivale a "*blind trust*", in Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, op. cit., p., 806, e richiama i limiti e le condizioni che la CGUE ha posto al principio (*ivi*, p. 811). Per un approfondimento in merito, si rimanda a Möstl, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 2, 2010, p. 405 e ss.

esclusivamente alla giurisdizione della CGUE, anche laddove non si tratti di diritti della CEDU che corrispondo a quelli della Carta. Ciò, però, significherebbe arrivare a negare l'assunto per cui, almeno in linea teorica, è possibile per l'UE vincolarsi tramite accordo ad una giurisdizione di diritto internazionale, quantomeno con riguardo alla giurisdizione sull'interpretazione dell'accordo in questione, come premesso dal parere 2/13 stesso[138], nonché già stabilito con il parere 1/76[139]. Se si volesse fare salva una tale posizione, si potrebbe intendere il limite posto dall'autonomia come operante solo con riguardo ai casi in cui la giurisdizione di un giudice internazionale impedisce il dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali degli Stati membri. In effetti, si è vista l'importanza assunta da questo tema nel parere 1/09[140] e, anche in questa occasione, la Corte non manca di sottolineare il ruolo fondamentale del rinvio pregiudiziale come chiave di volta del sistema giurisdizionale UE[141]. In mancanza di ulteriori riscontri giurisprudenziali, si ritiene questa possibile lettura del profilo di incompatibilità del Protocollo n. 16 come eccessivamente restrittiva. Ad ogni modo, l'argomentazione della Corte non si ferma qui, anche se il fulcro del problema rimane difficile da cogliere. Nei due punti successivi la Corte prefigura due situazioni in cui si presenterebbe il conflitto tra rinvio pregiudiziale e Protocollo n. 16. Dapprima, il problema sembra risiedere nella possibilità che cui uno Stato membro chieda un parere alla Corte EDU su un diritto contenuto sia dalla CEDU che dalla Carta[142]. Ciò, a prescindere dal fatto che la norma interna potenzialmente in contrasto con il diritto in questione sia una norma di diritto UE o una norma nazionale. I motivi di una tale conclusione non sarebbero pienamente esplicitati dalla spiegazione data dalla Corte, ma sarebbero ricostruibili alla luce della giurisprudenza precedente. Infatti, il principio di autonomia non consente all'Unione di vincolarsi ad un trattato che permetta ad una giurisdizione esterna di esprimersi sull'interpretazione o applicazione di norme sostanzialmente identiche a norme del diritto UE. Nel punto successivo del parere, invece, il problema sembra essere rappresentato dalla situazione in cui gli Stati membri chiedano un parere alla Corte EDU riguardo a situazioni in cui rileva la compatibilità di una norma di diritto UE con i diritti garantiti dalla CEDU, a prescindere dal fatto che questi diritti corrispondano a quelli dalla Carta[143]. Ciò che cambia tra le due situazioni, dunque, sono

[138] parere 2/13, cit., punti 182 e 185.
[139] *Supra*, Paragrafo II.1.
[140] *Supra*, Paragrafo II.2.2.
[141] Parere 2/13, cit. punto 176.
[142] *Ivi*, punto 197.
[143] Questa si può desumere dal fatto che Corte richiama l'eventualità dell'attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto, previsto dal progetto proprio per una tale circostanza*; ivi*, punto 196.

le modalità secondo cui avviene il contatto tra Corte EDU e diritto UE. Nel primo scenario, il punto di contatto sarebbe dato dall'identicità sostanziale tra i diritti UE e CEDU. Nel secondo scenario, invece, il contatto avverrebbe perché la Corte EDU si troverebbe a interpretare una norma di diritto UE. In questa evenienza, il diritto UE esigerebbe che la questione venisse sottoposta alla Corte di giustizia tramite la procedura di rinvio pregiudiziale[144]. In realtà, anche in questa situazione la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata ad esprimersi sulla questione, proprio attraverso il citato meccanismo di previo coinvolgimento (sul quale si tornerà a breve). In questo modo, però, sarebbe permesso agli Stati membri di eludere la procedura *ex* art. 267 TFUE, almeno da un punto di vista formale (e procedurale). La Corte non spiega oltre[145]. Si potrebbe avanzare l'obiezione che gli Stati che hanno aderito al Protocollo n. 16 possano già rivolgere una tale domanda alla Corte EDU, a prescindere dall'adesione dell'UE alla CEDU[146], mentre la CDF stessa prevede un collegamento con la giurisprudenza della Corte EDU per quei diritti egualmente presenti nei due strumenti, in base all'art. 52, par. 3 CDF. Tuttavia, la Corte afferma che, nella situazione sopra descritta, il meccanismo previsto dal Protocollo n. 16 potrebbe pregiudicare "l'autonomia e l'efficacia" della procedura di rinvio pregiudiziale visto che, in caso di adesione, "[…] la CEDU formerebbe parte integrate del diritto UE"[147]. Insomma, a prescindere da meccanismi potenzialmente idonei a permettere alla CGUE di arrivare ad esprimersi sul punto, ossia la procedura di previo coinvolgimento, il principio di autonomia non permette di *bypassare* la procedura di rinvio pregiudiziale, che non è rimpiazzabile. Il rapporto tra le due situazioni problematiche descritte nei due punti non viene chiarito[148]. Ciò che emerge esplicitamente, però, è la rilevanza attribuita, ancora una volta, al rinvio pregiudiziale.

---

[144] *Ibidem*.

[145] Oltre a chi non condivide la conclusione della Corte sul punto (si veda ad esempio Spaventa, op. cit., pp. 47-48), c'è chi, in dottrina, ammette di non cogliere a pieno il ragionamento seguito dai Giudici di Lussemburgo, come Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., pp. 971-972.

[146] In questo senso, la posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 140.

[147] Parere 2/13, cit., punto 197. Per un commento a sostegno della posizione espressa dalla Corte, si veda Halbertam, op. cit., pp. 120-123.

[148] Il punto del parere su cui si basa la prima lettura qui esposta segue quello su cui si basa la seconda ed esordisce con l'espressione "*en particulier*" (parere 2/13, punto 198). Ciò non chiarisce se, nell'ottica della Corte, la seconda situazione esaurisca le possibili situazioni di contrasto del Protocollo n. 16 con il diritto UE, o ne rappresenti solo un caso particolare, che si aggiunge a quello più generale e ampio dato dalla prima situazione. Da un punto di vista astratto, le due situazioni non si escluderebbero a vicenda, ma potrebbero anzi aggiungersi l'una all'altra.

Esaminati i tre profili di incompatibilità appartenenti al primo gruppo, bisogna chiedersi se essi siano suscettibili di essere riscontrati anche in altri potenziali casi sottoposti alla CGUE, o se gli argomenti sottesi ad essi sono applicabili esclusivamente al caso CEDU. In definitiva, bisogna chiedersi come essi si pongano in rapporto al test di compatibilità sviluppato dalla Corte nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale.

Almeno a prima vista, il profilo attinente al coordinamento tra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 CDF sembra circoscritto allo specifico caso dell'adesione alla CEDU. Gli altri due profili, invece, potrebbero potenzialmente trovare applicazione anche in altre circostanze. L'importanza del principio di reciproca fiducia e la procedura di rinvio pregiudiziale non attengono certo al solo contesto dell'adesione. Non per niente questi rivestono un ruolo di prim'ordine all'interno del quadro costituzionale dell'Unione, venendo pertanto tutelati dal principio di autonomia. L'importanza della salvaguardia dell'effettività della procedura di rinvio pregiudiziale, dai rischi provenienti dalle giurisdizioni esterne, emerge chiaramente dal parere 1/09, come già osservato[149]. Quanto al principio di reciproca fiducia, innanzitutto, la Corte specifica che la sua rilevanza non è limitata al sistema di tutela dei diritti fondamentali. Quest'ultimo rappresenta sicuramente il campo di applicazione principale, ma la portata della presunzione prevista dal principio si estende, più ingenerale, al rispetto tutte le norme dell'ordinamento UE[150]. Inoltre, il principio può assumere rilevanza nel caso di potenziale conflitto con una giurisdizione esterna che non si occupi prettamente di diritti fondamentali, in funzione del suo ruolo all'interno del quadro costituzionale, ruolo che lo lega all'autonomia dell'ordinamento. Infatti, nel parere 2/13 emerge tutta la sua importanza nel preservare la "natura intrinseca dell'Unione"[151]. Già in *N.S.*, la Corte collegava il principio alla "*raison d'être*" dell'Unione, anche se con specifico riferimento alla creazione e al mantenimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia[152]. Nel parere in esame, oltre a richiamare questa giurisprudenza precedente[153], la Corte va oltre. Essa giustifica l'esistenza della reciproca fiducia tra Stati membri sul fatto che essi condividono gli stessi valori, su cui si fonda l'Unione stessa (art. 2 TUE), e pone il principio tra le premesse su cui regge l'intera costruzione

[149] *Supra*, Paragrafo II.2.2.
[150] Parere 2/13, cit., punto 192. Sul punto, si veda Prechal, op. cit., pp. 82-85.
[151] Parere 2/13, cit., punto 193. Lenaerts qualifica il principio come "*constitutional principle*", in Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, op. cit., p. 813.
[152] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *N. S. (C-411/10) contro Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri (C-493/10) contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, cit., punto 83.
[153] Parere 2/13, cit., punto 191.

giuridica dell'Unione[154]. In questo modo, la reciproca fiducia rientra tra quelle caratteristiche del sistema che a loro volta giustificano l'autonomia-qualità del diritto UE. Inoltre, e ancor più significativamente, la reciproca fiducia viene considerata come fondamentale per la *membership* degli Stati membri. Come spiega Lenaerts[155], in virtù del loro *status*, i rapporti specifici tra gli Stati membri non sono più regolati dal diritto internazionale pubblico, ma dal diritto UE, in particolare dal principio di reciproca fiducia.[156] Il diritto internazionale è escluso[157]. Diversamente non può essere, salvo mettere in discussione "[…] l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché la sua autonomia del diritto dell'Unione"[158]. Dunque, benché quello di reciproca fiducia costituisca un principio certamente distinto dal principio di autonomia e dotato di un proprio contenuto normativo[159], esso viene comunque coperto dalla protezione del principio di autonomia. Questo secondo, infatti, tutela il funzionamento del primo da ingerenze derivanti dall'esterno. Certo, arrivare a considerare il rispetto del principio di reciproca fiducia come un passaggio vero e proprio del test di compatibilità con il principio di autonomia risulterebbe alquanto forzato, con il rischio di svalutare la portata di entrambi i principi. D'altronde, si può sicuramente concludere che nel parere 2/13 emerge un legame molto stretto tra reciproca fiducia ed autonomia, in particolare con l'autonomia normativa. Questo legame si colloca in una situazione caratterizzata da una doppia dimensione, esterna e interna, poiché si tratta di un accordo internazionale che minaccia di intaccare il rapporto tra gli Stati membri in quanto membri, rapporto che può essere regolato esclusivamente dal diritto UE.

Alla luce di quanto detto, si capisce perché il test di compatibilità applicato con riguardo al Protocollo n. 16 e alla reciproca fiducia, una volta astratto, potrebbe trovare applicazione anche al di fuori dello specifico contesto dell'adesione alla CEDU. Se poi si torna ad osservare

[154] *Ivi*, punto 198.
[155] L'autore considera inoltre il principio di reciproca fiducia intimamente connesso con quello di uguaglianza degli Stati membri, Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, op. cit., p. 809.
[156] Secondo Rosas, questo aspetto è al cuore dei problemi sollevati dal progetto di accordo (tranne quello attinente ai poteri della Corte nella PESC, di cui a breve), poiché è il riflesso della natura dell'ordinamento UE come sovrannazionale. In quanto tale esso è intrinsecamente diverso da quello degli altri Stati Parti della CEDU, tra cui gli Stati membri, i cui rapporti in quanto Stati membri devono essere retti dal diritto UE. Per l'Autore, la questione della reciproca fiducia rappresenta il più importante tra i motivi di contrasto tra progetto di adesione e diritto UE, in Rosas, *The EU and international dispute settlement*, op. cit., pp. 11-12.
[157] Parere 2/13, cit., punto 193.
[158] *Ivi*, punto 194.
[159] Il contenuto normativo del principio di reciproca fiducia viene espresso nel parere 2/13, cit., punto 192. Sul punto, si veda Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, op. cit, pp. 812-822.

più da vicino il profilo di incompatibilità legato al coordinamento tra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 CDF, si nota che, in fin dei conti, ciò che l'autonomia intende proteggere da un pregiudizio originato dal diritto internazionale sono caratteristiche dell'ordinamento che prescindono dal contesto della protezione dei diritti fondamentali. Le dinamiche di questa minaccia dipendono dalla particolare circostanza del combinato disposto dei due articoli in questione. Ciononostante, primato, effettività e unità del diritto UE devono essere protetti sempre e comunque. Non si può quindi escludere che il principio dell'autonomia si estenda fino a proteggere queste caratteristiche anche in altri casi eventualmente sottoposti alla Corte di giustizia. Inoltre, con riguardo a tutti e tre i profili di incompatibilità, il conflitto da diritto UE e CEDU è dovuto al contatto che avviene tra i due sistemi normativi. Il punto di contatto, infatti, consiste nei diritti contenuti sia nella CEDU che nella Carta. Dunque, riaffiora la stessa situazione riscontrata nei primi casi della giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale, cioè i pareri 1/91, 1/92 e 1/00, in cui le giurisdizioni (o i comitati) internazionali sottoposti allo scrutinio della Corte erano chiamati ad esprimersi su norme sostanzialmente identiche a quelle di diritto UE. Era questo che azionava il principio di autonomia, e lo stesso avviene nel parere 2/13. In definitiva, per quanto attiene a questi profili di incompatibilità, il caso dell'adesione alla CEDU risulta meno eccezionale di quanto possa sembrare.

II.4.2. Segue. I passaggi del test di compatibilità che prescindono dal contesto della tutela dei diritti fondamentali.

Oltre ai tre profili di incompatibilità sopra esaminati, la Corte ne riscontra altri sette che, sebbene non identici a quelli emersi nella giurisprudenza precedente al parere, si basano sostanzialmente sullo stesso ragionamento che ha sorretto i test di compatibilità in quei casi. Questi profili afferiscono al rispetto dell'art. 344 TFUE, al meccanismo del convenuto aggiunto, alla procedura di previo coinvolgimento ed al controllo giurisdizionale in ambito PESC.

Per quanto riguarda il rispetto dell'art. 344 TFUE, l'esame di questo punto da parte della Corte non può dirsi certo inaspettato. Esso rappresenta una delle condizioni per l'adesione espressamente previste dal Protocollo n. 8. Inoltre, il riferimento a tale articolo (o meglio, agli articoli corrispondenti presenti nel diritto primario pre-Lisbona) era già comparso nei casi

precedenti[160], sia come argomento a conferma del principio di autonomia giurisdizionale[161], sia come vero e proprio passaggio del test di compatibilità[162]. Nel parere 2/13 la Corte ribadisce il principio di autonomia (giurisdizionale) trova riconoscimento in particolare nell'articolo in questione[163], il quale "[…] mira precisamente a preservare il carattere esclusivo delle modalità di composizione di tali controversie all'interno dell'Unione, e segnatamente l'esclusività della competenza giurisdizionale della Corte al riguardo, ed osta dunque a qualsiasi controllo esterno antecedente o successivo"[164]. Su questa base, il progetto di accordo risulta essere incompatibile con il diritto UE, poiché pregiudicherebbe la competenza esclusiva della Corte a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri e tra Stati membri e Unione avente ad oggetto la CEDU[165], se presa in considerazione come accordo concluso dall'UE e, di conseguenza, come fonte di diritto UE. Questo è il punto di contatto tra giurisdizione della Corte EDU e diritto UE che fa scattare l'applicazione dell'art. 344 TFUE, similmente a quanto avviene in *MOX Plant*. Il progetto di accordo, in realtà, aveva provato ad evitare il conflitto con la giurisdizione della CGUE e con l'art. 344 TFUE, prevedendo la facoltà per gli Stati membri di rivolgersi a Lussemburgo invece che a Strasburgo[166]. Per la Corte di giustizia, però, ciò non è sufficiente, poiché "l'esistenza stessa" della possibilità che gli Stati membri si rivolgano alla Corte CEDU piuttosto che a lei pregiudica l'art. 344 TFUE[167]. Dunque, il permesso di rivolgersi alla CGUE non basta. Serve l'esclusione della giurisdizione della Corte EDU per le controversie coperte dall'applicazione dell'art. 344 TFUE. Questa posizione potrebbe essere tacciata di un eccessivo e troppo

[160] È proprio per questo che, secondo la Corte, l'art. 3 del Protocollo n. 8 prevede tale condizione; parere 2/13, cit., punto 202.
[161] Parere 1/91, cit., punto 35; *Cfr. supra*, Paragrafo II.2.1.
[162] Con esiti opposti, in *MOX Plant* e parere 1/09.
[163] Parere 2/13, cit., punto 201. Secondo Iannuccelli, il fatto che la Corte utilizzi l'espressione "in particolare", è indice di quel distacco tra il principio di autonomia e l'art. 344 TFUE che prende le mosse nel parere 1/09 (*supra*, Capitolo II, nota 96); in Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, op. cit., p. 402.
[164] Parere 2/13, cit., punto 210.
[165] Si noti che, se nel parere 1/09 la Corte aveva escluso l'applicazione dell'art. 344 TFUE alle controversie tra privati, secondo una lettura letterale della norma, qui invece la estende alle controversie tra Stati membri e Unione, nonostante queste non siano coperte dal testo della norma. La Corte non affronta invece il tema delle controversie tra privati e Stati membri, anch'esse previste dalla CEDU. Su questi punti, si rimanda a Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, op. cit., pp. 402-403.
[166] La preoccupazione era legata all'art. 55 CEDU, che esclude la possibilità di ricorrere a mezzi di risoluzione delle controversie vertenti sulla CEDU diversi da quelli previsti dalla CEDU stessa. L'art. 5 del progetto di adesione avrebbe previsto l'eccezione per la CGUE con riguardo alle controversie tra Stati membri.
[167] Parere 2/13, cit., punti 207-208.

rigoroso formalismo da parte della Corte[168]. Inoltre, il test di compatibilità sembrerebbe andare oltre *MOX Plant*[169]. I due casi, però, non sono del tutto paragonabili. In quel caso, infatti, la Corte si era trovata di fronte ad un comportamento concreto da parte di uno Stato membro, intervenendo in un momento in cui la presunta (e poi confermata) violazione era già avvenuta. Nel parere 2/13, invece, l'incompatibilità con l'art. 344 TFUE è teorica, fondandosi su una eventualità non espressamente impedita dal testo del progetto. D'altra parte, questo tipo di valutazione costituisce la *ratio* stessa della procedura di consultazione *ex* art. 218, par. 11, TFUE. Il caso *MOX Plant* si basava, invece, su una procedura d'infrazione. Detto questo, bisogna notare che in *MOX Plant* la Corte aveva fatto salva la Convenzione sul diritto del mare[170], poiché, pur permettendo agli Stati membri di rivolgersi ad un tribunale arbitrale piuttosto che alla CGUE (come fece l'Irlanda) prevede comunque la prevalenza della giurisdizione della CGUE[171]. Ad ogni modo, a ben guardare, una volta che venisse sottoposta una controversia tra Stati membri o tra UE e Stati membri alla Corte EDU, ai sensi del progetto di accordo quest'ultima sarebbe a tutti gli effetti competente a giudicare. In questo modo, la violazione dell'art. 344 TFUE troverebbe concretizzazione. Ciò significa che il rischio non è solo potenziale, ma è reale. Infine, bisogna poi sottolineare un ultimo aspetto. A margine della sua analisi sul punto, la Corte sottolinea che "[…] *soltanto* un'espressa esclusione della competenza della Corte EDU […]" nei casi coperti dalla giurisdizione esclusiva della CGUE *ex* art. 344 TFUE renderebbe l'adesione possibile[172]. Come nota Halberstam[173], questo suona come una risposta in senso negativo alla posizione sostenuta dall'AG Kokott. Secondo l'AG, per evitare il contrasto con l'art 344 TFUE basterebbero i

[168] Un'altra critica che stata mossa al ragionamento della Corte è quella per cui, siccome gli Stati membri sono già parte della CEDU, questi possono già sottoporre alla Corte EDU controversie in violazione dell'art. 344 TFUE, a prescindere dall'adesione. *Cfr.* Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., p. 977. Inoltre, la posizione qui adottata sarebbe tale da poter essere estesa anche a vari altri accordi di cui l'UE è parte, ad esempio gli accordi OMC e la Convenzione di Aarhus. Questa preoccupazione è stata espressa dall'AG, in posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 117. In dottrina, si veda Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit, pp. 978-979; Johansen, op. cit., pp. 176-177. In senso opposto, in sostegno alla Corte quanto a entrambe queste critiche, Halberstam, op. cit., pp. 119-120.

[169] Per un confronto critico della differenza di approccio tra *MOX Plant* e parere 2/13, si veda Johansen, op. cit., p. 169 e ss.

[170] *Supra*, Capitolo II, nota 83.

[171] Secondo Johansen, qui starebbe la vera incoerenza del ragionamento della Corte, che nel parere 2/13 richiama espressamente proprio quei passaggi della sentenza *MOX Plant* (parere 2/13, cit., punto 205). Secondo l'Autore, la Convenzione sul diritto del mare darebbe la stessa possibilità agli Stati membri di sottoporre le controversie aventi ad oggetto il diritto UE alla CGUE di quella concessa dall'accordo di adesione. Se in *MOX Plant* questa era sufficiente, ciò dovrebbe valere anche per l'accordo di adesione. In Johansen, op. cit., pp. 174-175.

[172] Parere 2/13, cit., punto 213, corsivo aggiunto.

[173] Halberstam, op. cit., p. 118.

rimedi interni già esistenti per assicurare il rispetto della norma[174]. In alternativa, si potrebbe ricorrere all'adozione di una dichiarazione vincolante da parte di UE e Stati membri con la quale si impegnino a non ricorrere alla giurisdizione della Corte EDU qualora l'oggetto della controversia riguardi l'ambito di applicazione del diritto UE[175].

Ulteriori tre profili di incompatibilità vengono riscontrati poi con riguardo al meccanismo del convenuto aggiunto, di cui due riguardanti il principio di autonomia istituzionale[176]. Il meccanismo del convenuto aggiunto permette all'UE ed agli Stati membri di intervenire in qualità di convenuti in un procedimento in cui siano convenuti i secondi o la prima, aggiungendosi ad essi o ad essa. Il meccanismo risponde ad una duplice esigenza: da un lato, quella di garantire l'effettività del ricorso, assicurando che esso sia rivolto a chi sia effettivamente responsabile della violazione della CEDU; dall'altro, quella di garantire le caratteristiche specifiche dell'Unione. Proprio in vista di quest'ultimo profilo, il Protocollo n. 8 considera necessario un apposito meccanismo che faccia sì che i ricorsi siano correttamente indirizzati, agli Stati membri e/o all'UE[177]. Il meccanismo contenuto nel progetto di accordo prevede due possibilità. La prima è che sia la Corte EDU ad invitare UE o Stati membri a divenire convenuti aggiunti. L'invito non è vincolante e UE e Stati membri restano liberi di valutare se sia opportuno attivare il meccanismo, alla luce del diritto UE. La seconda possibilità è che siano UE o Stati membri a richiedere di intervenire quali convenuti aggiunti. In questo secondo caso, la decisione finale spetta alla Corte EDU, che deve valutare la plausibilità degli argomenti presentati a sostegno di tale richiesta. Secondo la Corte di giustizia, la prima di queste due possibilità non desta problemi in termini di compatibilità con il diritto UE, proprio perché la valutazione delle norme interne, riguardanti l'allocazione delle competenze e i criteri di imputabilità di un atto od omissione tra UE e Stati membri, è lasciata direttamente a loro[178]. La seconda possibilità è invece incompatibile, poiché una valutazione di plausibilità compiuta dalla Corte EDU è tale da poter interferire con la ripartizione delle

[174] Parere 2/13, cit., punto 118. Il ricorso a rimedi interni, quali la procedura d'infrazione, è esattamente quanto avvenuto nel caso *MOX Plant*. *Supra*, Paragrafo II.3.1. Si noti, però, che non è del tutto scontato che il tribunale arbitrale fosse costretto a sospendere la procedura per permettere alla CGUE di esprimersi. *Cfr.* Johansen, op. cit., p. 174. Se non lo avesse fatto, avrebbe potuto procedere fino alla decisione della controversia con un lodo vincolante sul piano internazionale, a prescindere dai procedimenti interni all'UE.

[175] Parere 2/13, cit., punto 120.

[176] Uno di questi profili invece non riguarda l'autonomia e per questo non verrà esaminato. Si tratta della possibilità che il meccanismo del convenuto permetta che uno Stato membro venga dichiarato responsabile insieme all'UE per la violazione di una norma rispetto alla quale lo Stato si era avvalso di una riserva. Ciò violerebbe l'art. 2 del Protocollo n. 8. Parere 1/13, cit., punti 226-228

[177] Art. 1, let. b), Protocollo n. 8.

[178] Parere 2/13, cit., punti 218-222.

competenze tra UE e Stati membri. Infatti, la Corte EDU adotterebbe una decisione definitiva, basata su una propria valutazione di tali norme di diritto UE, che si imporrebbe sia all'Unione che agli Stati membri[179]. Oltre a ciò, il meccanismo è incompatibile con il principio di autonomia istituzionale anche perché prevede la possibilità che la Corte EDU stabilisca che solo uno dei soggetti convenuti, cioè UE e uno o più Stati membri, venga dichiarato colpevole, come eccezione alla regola generale secondo cui convenuto e convenuto aggiunto sono congiuntamente responsabili. Anche in questa evenienza si avrebbe una valutazione vincolante del diritto UE da parte della Corte EDU, in materia di ripartizione delle competenze tra UE e Stati membri[180]. Come si nota, la Corte applica qui il principio di autonomia nella sua veste di autonomia istituzionale, in quanto volto a tutelare le caratteristiche attinenti alla struttura costituzionale dell'UE[181]. Il test applicato al meccanismo aggiunto ricorda quello applicato nel parere 1/91, in cui la Corte utilizza il principio di autonomia istituzionale per la prima volta, al fine di impedire che una giurisdizione internazionale possa trovarsi a giudicare sulla ripartizione delle competenze tra UE e Stati membri[182].

Dopo l'esame dei problemi posti dal meccanismo del convenuto aggiunto, l'attenzione della Corte si sposta sulla procedura di previo coinvolgimento, che viene trovata ad essere in

[179] *Ivi*, punti 222-225.

[180] *Ivi*, punti 229-234.

[181] In questi passaggi traspare piuttosto chiaramente il legame tra principio di autonomia (in questo caso istituzionale) e il concetto di autonomia normativa, per la quale il vero problema di fondo è rappresentato dal fatto che l'interpretazione del diritto UE venga lasciata a qualcuno di esterno all'ordinamento. Cfr *supra*, Paragrafo II.2.4.

[182] Anche se le considerazioni svolte dalla Corte sul punto in questi pareri sono simili, le due situazioni presentano almeno una differenza. Nel caso del parere 1/91, la Corte SEE era chiamata ad esprimersi proprio sulla ripartizione delle competenze, dovendo stabilire chi, tra UE e Stati membri, dovesse essere considerato parte contraente di caso in caso. *Cfr. supra* Paragrafo II.2.1. Il meccanismo del convenuto aggiunto, invece, non riguarda direttamente le competenze, ma, piuttosto, l'attribuzione della responsabilità internazionale. Secondo una certa dottrina, la questione della ripartizione della responsabilità tra UE e Stati membri non coincide con quella della ripartizione delle competenze. Si veda in questo senso Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, op. cit., pp 984-985, e Vezzani, op. cit., pp. 104-105. In effetti, prendendo ad esempio una situazione corrispondente a quella del caso *M.S.S. vs Belgium and Greece* (ma anche il caso *Bosphours* può prestarsi), la ripartizione di responsabilità tra uno Stato, come il Belgio, e l'UE non dipende da chi ha la competenza ad agire secondo il diritto UE, quanto piuttosto dal margine di discrezionalità lasciato allo Stato membro dalla normativa UE esistente. Si tratta di capire chi abbia leso i diritti del ricorrente, se l'UE, con un suo regolamento, o lo Stato, agendo nello spazio di discrezionalità lasciatogli dagli obblighi UE. D'altra parte, è pur vero che la ripartizione delle competenze rimarrebbe comunque il contesto entro cui compiere la valutazione di responsabilità, per cui la Corte EDU potrebbe arrivare comunque a esprimersi sul punto, anche se in maniera meno diretta. Inoltre, qualora la violazione derivasse da un'omissione, la responsabilità dipenderebbe direttamente dalla divisione delle competenze. Detto questo, rimane il fatto che la Corte EDU sarebbe comunque chiamata a interpretare il diritto UE (nell'esempio, il regolamento) e ciò sarebbe incompatibile con il principio di autonomia, a prescindere dal fatto che la sua valutazione riguardi o meno il principio di attribuzione. In questo senso, si veda Jacqué, op. cit., pp. 112-114. Una possibile minaccia all'autonomia è riscontrata anche l'AG, in posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 232.

contrasto con il principio di autonomia sotto due profili. La procedura consiste nella possibilità di chiedere alla CGUE di esprimersi, qualora non lo abbia ancora fatto, sulla compatibilità di una disposizione di diritto UE con i diritti garantiti dalla CEDU, nel caso in cui l'UE sia convenuta aggiunta in un procedimento davanti alla Corte EDU. In sostanza, si tratta di permettere alla CGUE di esercitare la propria giurisdizione sul diritto UE, nella situazione in cui una questione di diritto UE potrebbe arrivare a Strasburgo senza prima passare da Lussemburgo, ossia attraverso i rimedi giurisdizionali di diritto UE, poiché la controversia *a quo* si è instaurata in uno Stato membro[183]. Come la Corte tiene a rammentare, la *ratio* di questa procedura è duplice. Da un lato, questa è necessaria per garantire il carattere sussidiario proprio della giurisdizione della Corte EDU, concretizzato dalla clausola che richiede il previo esaurimento dei rimedi interni[184]. Dall'altro lato, viste la specificità dell'ordinamento UE, tale procedura è volta anche a "[…] garantire il buon funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione", che altrimenti sarebbe pregiudicato dalla compartecipazione alla CEDU degli Stati membri[185]. Ciò sarebbe in contrasto con l'art. 2 del Protocollo n. 8 e, in definitiva, con il principio di autonomia. Perché l'autonomia sia tutelata, bisogna però che la procedura offra una copertura che possa definirsi "completa" ed effettiva, senza falle. È proprio in questa ottica che la Corte la analizza. Il primo profilo di incompatibilità riscontrato è dovuto al fatto che, secondo la procedura, viene lasciata alla Corte EDU la valutazione sulla questione di sapere se esista o meno una giurisprudenza della CGUE sul punto[186]. Orbene, tale valutazione non può essere lasciata ad un giudice terzo, ma spetta sempre e comunque alla CGUE stessa, quale istituzione competente in seno all'UE. Il progetto di accordo manca, però, di un meccanismo di "informazione completa e sistematica" alla CGUE che permetta a quest'ultima di operare tale valutazione in maniera sistematica, cosicché l'Unione possa ottenere l'attivazione della procedura ogniqualvolta la CGUE ritenga di non essersi ancora espressa sul punto. Ciò pregiudica le attribuzioni della Corte ed è, perciò, contrario a quanto richiesto dall'art. 2 del Protocollo n. 8. In secondo luogo, la procedura fallisce nel prevedere la possibilità di previo coinvolgimento della CGUE in tutti i casi in cui viene in questione la compatibilità di una disposizione di diritto UE con i diritti CEDU, poiché rimane escluso il caso in cui sarebbe necessario che la CGUE si esprimesse su una questione

[183] Altrimenti, il principio di previo esaurimento dei rimedi interni avrebbe già permesso alla CGUE di esprimersi sul punto.
[184] Parere 2/13, cit., punto 236.
[185] *Ivi*, punto 237.
[186] *Ivi*, punti 238-241.

di interpretazione di diritto derivato[187]. In questo modo, sarebbe la Corte EDU a fornire un'interpretazione di una norma di diritto derivato tra le varie plausibili, ledendo la competenza esclusiva della CGUE quanto all'interpretazione definitiva del diritto UE[188]. Guardando a questo ragionamento in una prospettiva più generale, si nota che questi due profili di incompatibilità attengono sostanzialmente alla stessa *ratio* dei test di compatibilità applicati alla giurisprudenza precedente. Tuttavia, se ci si sofferma sulla questione del punto di contatto tra Corte EDU e diritto UE, in questo caso il ragionamento della Corte differisce da tutti quelli precedenti. Nel contesto del previo coinvolgimento, infatti, il contatto non avviene perché il diritto UE rientra nel diritto applicabile dal giudice internazionale (direttamente o indirettamente, tramite norme sostanzialmente identiche comuni ai due ordinamenti). Piuttosto, il diritto UE è suscettibile di essere preso in considerazione dal giudice di Strasburgo come oggetto di valutazione, nel momento di sindacato della condotta dell'UE o di uno Stato membro. Questa circostanza è nuova e diversa rispetto a quelle in aveva trovato applicazione il principio di autonomia giurisdizionale fino a questo momento. D'altra parte, la preoccupazione della Corte sempre è quella di evitare che una giurisdizione esterna possa sostituirsi a sé nell'interpretare il diritto UE. In questo caso la Corte non cita l'autonomia ma si limita ad utilizzare come riferimento di compatibilità la condizione *ex* art. 2 del Protocollo n. 8. Tuttavia, questa stessa disposizione può essere vista come espressione del principio di autonomia, sia istituzionale che giurisdizionale, poiché proteggere le attribuzioni della CGUE come Istituzione significa anche proteggere la sua competenza circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto UE[189]. *Mutatis mutandis*, la *ratio* della previsione di una procedura di previo coinvolgimento può essere vista come essenzialmente corrispondente a quella sottesa all'inserimento di clausole che permettono il rinvio alla CGUE, o il rispetto della sua giurisprudenza, all'interno dei progetti di accordi già vagliati nella giurisprudenza precedente e sopra esaminati[190]. Entrando più nel dettaglio, il primo dei profili di incompatibilità della procedura è dovuto all'esigenza che questa procedura di rinvio

[187] Parere 2/13, cit., punti 242-247. In base al paragrafo 66 del progetto di relazione illustrativa, quando il progetto di accordo permette alla CGUE di esaminare una questione di compatibilità tra una norma UE e la CEDU tramite la procedura di previo coinvolgimento, esso permette alla CGUE di esprimersi solo quanto alla validità di una norma di diritto derivato e sull'interpretazione di una norma di diritto primario.
[188] Parere 2/13, cit., punto 246.
[189] Quello dell'incompatibilità della procedura di previo coinvolgimento è un buon esempio che dimostra come la categorizzazione del principio di autonomia nelle sue manifestazioni di autonomia istituzionale e giurisdizionale, pur essendo utile sul piano teorico e descrittivo, sia in realtà sfumata e difficile da compiere nel concreto delle pronunce giurisprudenziali. *Cfr. supra*, Paragrafo I.2.5.
[190] *Cfr.* posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punti 68-69.

alla Corte sia effettiva e non solo nominale, in maniera simile a quanto emerso nel parere 1/09 con riferimento all'obbligo di rinvio alla CGUE da parte del TB, obbligo rispetto al quale non erano previsti meccanismi adeguati di *enforcement*[191]. Il secondo dei profili, da parte sua, non indica nulla più che la necessità che la giurisdizione della Corte di giustizia sia garantita in maniera completa, in tutti i casi.

L'ultimo profilo di incompatibilità concerne il controllo giurisdizionale in ambito PESC. La Corte parte dalla constatazione che, allo stato attuale del diritto UE, vari atti adottati in ambito PESC rimanevano esclusi dalla sua giurisdizione[192]. Secondo la Corte, tale lacuna non può

[191] *Supra* Paragrafo II.3.2. Questa specifica condizione di compatibilità applicata al progetto di accordo esaminato nel parere 1/09 non viene però applicata nel parere 2/13. Rimane quindi aperta la questione di sapere se una procedura di previo coinvolgimento che garantisca effettività e completezza nelle modalità indicate dal parere 2/13 necessiti anche di quei meccanismi di *enforcement* che il progetto di accordo esaminato nel parere 1/09 non prevedeva. *Cfr.* Lock., *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 1048.

[192] Parere 2/13, cit. punti 251-252. La disciplina PESC viene spesso definita come *lex imperfecta*, a causa della mancanza di una competenza generale della CGUE in materia. In particolare, l'art. 24, par. 1, TUE esclude la giurisdizione della CGUE sulle disposizioni PESC e sugli atti di diritto derivato adottati sulla loro base, con l'unica (esplicita) eccezione del controllo del rispetto dell'art. 40 TUE e "[…] della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive PESC nei confronti di persone fisiche o giuridiche", come da formulazione dell'art. 275, par. 2, TFUE. Conclusioni dell'AG Wahl presentate il 7 aprile 2016, *H c. Consiglio*, causa C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:212, punti 38-40. *Cfr.* Wessel, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, in *European Papers*, 2016, Vol. 1, no. 2, p. 439 e ss.; Hillion, *Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy*, in *European Papers*, 2016, Vol. 1, no. 1, p. 55 e ss. Sul punto, la Commissione aveva avanzato un'interpretazione di "misura restrittiva" ai sensi dell'art. 275, par. 2, TFUE, secondo cui, in realtà, "tutti gli atti e le misure dell'Unione e degli Stati membri in materia di PESC, riguardo ai quali una persona possa asserire di essere vittima di una violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU, [potrebbero] costituire l'oggetto di un ricorso effettivo dinanzi ad organi giurisdizionali dell'Unione o degli Stati membri"; in parere 2/13, cit., punti 99-100. Una tale lettura espanderebbe notevolmente le competenze della Corte, arrivando a coprire sostanzialmente tutti gli atti PESC suscettibili di ledere i diritti fondamentali. La Corte, chiamata ed esprimersi sul punto, si limita a rilevare che, nella sua giurisprudenza, la CGUE non avesse ancora avuto l'opportunità di precisare la portata dei limiti alla propria competenza in materia (*ivi*, punto 251). Significativamente, nel tempo, in una serie di casi aventi ad oggetto atti PESC, la Corte ha progressivamente ampliato i limiti della propria giurisdizione, argomentando sulla base della coerenza del sistema di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19 TUE, del diritto del singolo ad una tutela giurisdizionale effettiva *ex* art. 47 CDF e del valore dello Stato di diritto (che permea i primi due argomenti). Il riferimento è a sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2015, *Elitaliana SpA c. Eulex Kosovo*, causa C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753, sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016, *H c. Consiglio dell'Unione europea e a.*, causa C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:212, sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, *PJSC Rosneft Oil Company, c. Her Majesty's Treasury e altri.*, causa C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Bank Refah Kargaran contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-134/19 P, ECLI:EU:C:2020:793. Sull'argomento esiste un'amplia letteratura; in particolare, si rimanda a Koutrakos, *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, p. 1 e ss., Butler, *The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, Issue 4, 2017, p. 673 e ss., Van Elsuwege, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *Common Market Law* Review, Vol. 58, Issue 6, 2021, p. 1731 e ss., Poli, *The right to effective judicial protection with respect to acts imposing restrictive measures and its transformative force for the Common Foreign and Security Policy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 4, 2022, p. 1045 e ss.

essere colmata dalla giurisdizione di un giudice esterno, neppure se limitatamente al rispetto dei diritti fondamentali[193]. Come per i profili attinenti al previo coinvolgimento, anche in questo caso il punto di contatto consiste si concretizza nell'evenienza che la Corte EDU si trovi a esprimersi su un atto di diritto UE, nel momento in cui deve valutare il comportamento dell'UE o di uno Stato membro. Ciò che rende incompatibile il progetto di accordo in questo frangente è l'esclusività del potere giurisdizionale che verrebbe affidato alla Corte EDU. Infatti, la mancanza di competenza impedisce che CGUE possa essere chiamata ad esprimersi su tali atti PESC, sia nel giudizio principale in virtù della clausola di esaurimento dei rimedi interni, sia previo coinvolgimento, poiché il progetto di accordo non è idoneo ad estendere i poteri della CGUE. Se è vero che è il diritto dei Trattati stesso che giustifica l'esistenza di una lacuna nella portata della giurisdizione della CGUE[194], ciò rimane e deve rimanere una questione di diritto interno. Il ragionamento seguito nel parere, tuttavia, non va oltre a questo; si limita solo a richiamare il parere 1/09[195]. In quella occasione, si è visto, la problematica era più sfaccettata, essendo legata al rapporto tra CGUE e giudici nazionali degli Stati membri e all'effettività del rinvio alla Corte di giustizia. Nel parere 2/13, invece, la Corte è più *tranchant*, e non spiega perché il potere di controllo giurisdizionale su alcuni atti di diritto UE non possa essere affidato in via esclusiva ad un giudice di diritto internazionale. Tuttavia, alla base di questa asserzione, è possibile rinvenire una motivazione più profonda. La tutela della giurisdizione della CGUE non è fine a sé stessa, ma funzionale a garantire l'uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto UE e, quindi, la sua unità. In mancanza della giurisdizione della Corte, la competenza giurisdizionale rimane in capo ai giudici nazionali degli Stati membri[196], con la conseguente potenziale frammentazione dell'interpretazione e applicazione delle norme contenute negli atti PESC in questione. Se è vero, come sostiene Koutrakos[197], che il diritto UE può tollerare una tale mancanza di uniformità in alcuni suoi

[193] Parere 2/13, cit., punto 255.
[194] *Ivi*, punto 253.
[195] *Ivi*, punto 256.
[196] Secondo l'AG Kokott, in tale ambito è possibile superare, almeno in parte, la giurisprudenza *Foto-Frost*: i giudici nazionali possono esaminare la questione di legittimità di un atto PESC adottato dalle Istituzioni e, se del caso, disapplicarlo nel caso concreto. Essi non possono, invece, annullare l'atto con effetti *erga omnes*. In posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 100. In senso simile, anche l'AG Wahl, secondo il quale il potere del giudice nazionale di disapplicare l'atto PESC ritenuto illegittimo non deriva da una eccezione della giurisprudenza *Foto-Frost*, quanto piuttosto da un'estensione della giurisprudenza *Zuckerfabrik*, in conclusioni dell'avvocato Generale Wahl presentate il 7 aprile 2016, *H c. Consiglio dell'Unione europea e a*., causa C-455/14 P, cit., punti 102-103. *Cfr.* Koutrakos, *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*, op. cit., pp. 31-33.
[197] *Ivi*, p. 33.

ambiti specifici (soprattutto se previsto dai Trattati stessi[198]), aderire alla CEDU a queste condizioni significa lasciare alla Corte EDU il ruolo di interprete ultimo del diritto UE. Ad una mancanza di uniformità tollerabile si sostituirebbe, così, un'unità del diritto ottenuta sotto la giurisdizione di un giudice sì unico, ma esterno. A ben guardare, è in gioco l'autonomia normativa del diritto UE. Questa è la preoccupazione della Corte di giustizia, che la porta a concludere che affidare il controllo giurisdizionale in materia PESC alla Corte EDU lede le caratteristiche specifiche del diritto UE[199].

II.5. Considerazioni conclusive: lo stato dell'arte pre-*Achmea*.

Cosa si evince dal parere 2/13 con riguardo alle modalità di applicazione del principio di autonomia all'interno del contesto del conflitto giurisdizionale? Innanzitutto, si conferma quanto anticipato quanto alle tre forme sotto cui il principio si manifesta: quella istituzionale, quella giurisdizionale e, infine, quella normativa. Queste tre forme di autonomia delineano pertanto il campo di applicazione del principio, anche nella sua affermazione più ampia, nel parere 2/13.

Quanto alla prima forma, rilevante per il profilo di incompatibilità riguardante il previo coinvolgimento, il parere 2/13 non aggiunge niente a quanto già emerso in precedenza: una giurisdizione internazionale non può incidere sulla struttura costituzionale dell'UE, cioè sull'allocazione delle competenze. In questo caso, il punto di contatto consiste sempre nella possibilità che il giudice esterno possa esprimersi con riguardo alla ripartizione delle competenze tra EU e Stati membri, nel momento in cui è chiamato a determinare la corretta identità delle parti della controversia sottopostagli. Quanto agli effetti, essi sono gli stessi che rilevano con riferimento alle altre due forme in cui opera il principio di autonomia.

Con riguardo all'autonomia normativa, che attiene ai profili di incompatibilità inerenti all'art. 53 della CEDU, al principio di reciproca fiducia e alla giurisdizione in ambito PESC, e con riguardo all'autonomia giurisdizionale, che attiene ai profili di incompatibilità riguardanti il protocollo n. 16, l'art. 344 TFUE e il previo coinvolgimento, è bene riassumere quanto riscontrato rispetto ai due elementi che determinano l'interazione tra giurisdizione esterna e

[198] Posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 101.

[199] Parere 2/13, cit., punto 257. La Corte non lo dice, ma a ciò si aggiunge anche il fatto che, secondo il progetto di accordo, in ambito PESC l'UE potrebbe risultare responsabile per una violazione della CEDU rispetto alla quale il giudice di Lussemburgo non avrebbe avuto alcun potere idoneo a porvi rimedio. In questo senso, si veda Halberstam, op. cit., pp. 141-142.

diritto UE: quello che si è definito come il punto di contatto tra di loro e quello inerente agli effetti che le pronunce delle giurisdizioni esterne esercitano all'interno del diritto UE. Iniziando col considerare l'elemento del punto di contatto, nella giurisprudenza precedente erano già comparse tre modalità secondo cui avviene tale contatto: l'accordo contiene norme sostanzialmente identiche a quelle di diritto UE (pareri 1/91, 1/92 e 1/00); la giurisdizione internazionale interpreta l'accordo internazionale, il quale è da considerarsi parte del diritto UE in una situazione *intra*-UE (*MOX Plant*); la giurisdizione internazionale applica alla controversia norme di diritto UE, primario o derivato (*MOX Plant* e parere 1/09). Nel caso del parere 2/13, sono presenti le prime due di queste modalità di contatto, manca la terza, ma ne compare una nuova, mai riscontrata in precedenza. Infatti, si è visto come alcuni profili di incompatibilità sono dovuti al fatto che la CEDU e la CDF prevedono al loro interno diritti sostanzialmente identici[200], in una situazione paragonabile a quella dei pareri 1/91, 1/92 e 1/00. Per quanto concerne il profilo riguardante l'art. 344 TFUE, invece, il contatto avviene perché l'accordo internazionale interpretato e applicato dal tribunale arbitrale deve essere considerato come diritto UE dagli Stati membri parti della controversia, come anche in *MOX Plant*. Infine, nel caso dei profili riguardanti il previo coinvolgimento e la giurisdizione in ambito PESC, il diritto UE non è diritto applicabile alla controversia, ma oggetto della valutazione del giudice esterno. Questo punto di contatto è nuovo. In questo modo, il test di autonomia giurisdizionale applicato nel parere 2/13 si allarga e copre situazioni fino a quel momento mai esaminate dalla CGUE. Insomma, il principio di autonomia interviene laddove vi sia un contatto tra la giurisdizione esterna e il diritto UE, a prescindere dalle modalità secondo cui il contatto avviene.

A ben guardare, l'espansione dello scrutinio di compatibilità con il principio di autonomia anche al caso di queste modalità di contatto è particolarmente significativa, nonché foriera di potenziali critiche verso l'approccio della Corte, poiché la situazione non è formalmente paragonabile a quella dei casi precedenti. Nei casi dei punti di contatto rinvenuti nella giurisprudenza fino al parere 2/13 il diritto UE veniva in rilievo come questione di diritto, costituendo il diritto applicabile alla controversia (anche se con modalità di contatto varie). Invece, se si considera il diritto UE come oggetto di valutazione, almeno in teoria si tratterebbe di ritenere il diritto UE come questione di fatto, non di diritto. Nel parere 2/13, però, la Corte non sembra preoccuparsi di questa distinzione, né sul piano teorico né su quello

[200] I profili sono quelli attinenti all'art. 53 CDF ed al Protocollo n. 16

concreto del caso di specie. Eppure, la qualificazione della questione, quale questione di diritto o di fatto, non è priva di significato dal punto prospettico dei rischi per l'autonomia del diritto UE. Prima del parere, alcuni commentatori, come De Schutter[201], sostenevano che l'adesione non avrebbe comportato una lesione dell'autonomia interpretativa della Corte di giustizia[202], argomentando proprio a partire da questa distinzione. L'Autore citato, infatti, sottolinea che, sulla scorta del diritto internazionale e della giurisprudenza della Corte EDU stessa, il diritto interno (quindi anche il diritto UE) verrebbe in rilievo davanti a quest'ultima in quanto questione di fatto, per permettere di valutare il rispetto dei diritti garantiti nella CEDU da parte dei poteri pubblici delle Parti contraenti[203]. Tuttavia, come nota anche De Schutter stesso[204], in realtà potrebbero presentarsi casi in cui si renda necessario che la Corte EDU prenda posizione sul contenuto di un provvedimento normativo nazionale, o dell'Unione. In questa evenienza, il giudice di Strasburgo deve rifarsi all'interpretazione data alla norma dal giudice nazionale, o dell'UE (la CGUE). È proprio con riferimento a questi casi, allora, che il progetto di accordo di adesione prevede il meccanismo di previo coinvolgimento, che la Corte giudica inadeguato rispetto al fine preposto per le lacune sopra esaminate. Questo potrebbe essere indice del fatto che la Corte abbia sorvolato consciamente sulla distinzione tra questione di fatto e questione di diritto e che, al contempo, abbia ritenuto implicitamente che questa non avesse importanza: ciò che rileva, agli occhi della Corte, è che vi sia in ballo l'interpretazione del diritto UE. Se c'è possibilità che la giurisdizione internazionale si trovi a dover interpretare il diritto UE, allora sorgono i rischi per l'autonomia giurisdizionale. A questo punto, l'attenzione si sposta sul secondo dei due elementi che determinano l'interazione tra giurisdizione esterna e diritto UE, cioè quello degli effetti delle sentenze della Corte EDU all'interno dell'ordinamento UE[205].

A tal riguardo, si è visto come la Corte di giustizia si limiti a richiamare quanto già affermato in precedenza, in particolare nel parere 1/91, circa gli effetti vincolanti attribuiti agli atti di

[201] De Schutter, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nr. 83, 2010, p. 535 e ss., pp. 550-553. In questo senso anche Lock, op. cit., pp. 1034-1035.

[202] Si può intendere l'autonomia interpretativa come parte di quella qui identificata come autonomia giurisdizionale.

[203] De Schutter, op. cit., p. 551.

[204] *Ivi*, p. 552.

[205] Lo stesso De Schutter conclude che, in fin dei conti, non vi siano rischi per l'autonomia interpretativa della CGUE in ragione degli effetti delle pronunce della Corte EDU, la quale "[…] ne prétend nullement imposer l'interprétation qu'elle en fait", *ivi*, p. 553. Dunque, si può concludere che i due elementi in esame, quello del contatto tra giurisdizione internazionale e diritto UE e quello degli effetti delle pronunce della giurisdizione internazionale, sono intrinsecamente legati tra loro.

diritto internazionale recepiti nell'ordinamento UE. Tuttavia, il recepimento *ex* art. 216, par. 2, TFUE non spiega quali effetti avrebbero le norme CEDU e le sentenze della Corte EDU una volta entrate a far parte dell'ordinamento UE. In proposito, l'AG Kokott ha ipotizzato che, una volta avvenuta l'adesione, le sentenze della Corte EDU troverebbero efficacia diretta all'interno dell'ordinamento UE[206], ponendosi come fonti interposte (tra diritto primario e derivato) in qualche modo rafforzate[207]. Secondo Eckes, le norme della CEDU godono già di un "*exceptional authoritative status*" nell'ordinamento UE, conferitogli dall'art. 6, par. 3, TEU, e dagli artt. 52, par. 3, e 53 CDF[208], mentre Dimopoulos parla di "*special link*" tra i due ordinamenti[209].

D'altra parte, per quanto riguarda gli effetti delle norme CEDU all'interno del diritto UE allo stato attuale, cioè in assenza di adesione, la Corte è stata netta nel dire che, nonostante il tenore dell'art. 6, par. 3, TUE e dell'art. 52, par. 3, CDF:

> "[la CEDU] non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale"[210].

---

[206] In realtà, l'AG si limita a parlare dell'efficacia diretta che avrebbero le norme della CEDU una volta diventate parte integrante dell'ordinamento UE, in posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punto 198. D'altra parte, si è già osservato come l'efficacia delle fonti di terzo grado e delle pronunce e degli organi istituiti da un trattato dipendano da quella delle norme di diritto internazionale in cui trovano fondamento; *cfr. supra*, Paragrafo I.1.3.

[207] Secondo l'AG le norme CEDU assumerebbero un'importanza (a livello di fonte normativa) qualificata rispetto a quella che normalmente hanno le norme degli accordi conclusi dall'UE, attribuitagli dai riferimenti alla CEDU da parte dell'art. 6, par. 3, TUE e dell'art. 52, par. 3, CDF; in posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, cit., punti 201-204.

[208] Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 14.

[209] Dimopoulos, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, in *EJIL: Talk!*, 27 marzo 2018, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/ (ultimo accesso 26/12/2022).

[210] Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punto 44. Sul punto, si veda Martinico, *Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law Before National Courts*, in Kosta, Skoutaris e Tzevelekos (a cura di), *The EU Accession to the ECHR*, 2016, Hart Publishing, p. 141 e ss., pp. 142-144. In senso favorevole ad un'interpretazione dell'art 6, par. 3, TUE, secondo cui la CEDU avrebbe già efficacia vincolante sul piano interno (non ovviamente su quello internazionale), si veda de Witte, *The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of Justice*, in Popelier, Van de Heyning e Van Nuffel (a cura di), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, 2011, Intersentia, p. 17 e ss., pp. 19-24. In senso contrario, si veda Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 180-184. La giurisprudenza della CGUE non segue l'interpretazione proposta da de Witte.

Tuttavia, le cose potrebbero cambiare in seguito all'adesione. Le modalità di recepimento automatico delle fonti di diritto internazionale di cui all'art. 216, par. 2, TFUE, unite alla natura specifica del rapporto che lega diritto UE e CEDU, potrebbero portare la Corte e le Istituzioni a essere vincolate alle sentenze della Corte EDU sul piano del diritto interno[211]. Da un punto di vista formale, se la Corte EDU arrivasse ad esprimersi sull'interpretazione di una norma UE, questa pronuncia non avrebbe, ovviamente, gli stessi effetti che ha una sentenza della Corte di giustizia per i soggetti dell'ordinamento UE[212]. Né, tantomeno, la Corte EDU potrebbe sancire l'invalidità di un atto delle Istituzioni. Lo scrutinio della Corte di Strasburgo riguarda esclusivamente la compatibilità dell'azione dei membri della CEDU con i diritti sanciti dalla Convenzione. Nella pratica, però, gli obblighi CEDU porterebbero comunque l'UE e le sue Istituzioni a doversi conformare a quando stabilito a Strasburgo[213].

Come spiega Rossi, nel tentativo di sistematizzare la giurisprudenza in materia, i giudici di Lussemburgo prendono in considerazione la CEDU sostanzialmente in due modi, ossia come argomento *ad abundantiam* per confermare una data interpretazione di un diritto contenuto nella Carta, oppure tramite rinvio alla CEDU, in applicazione dell'art. 52, par. 3, CDF. In questo secondo caso, gli scopi possono essere duplici: per supplire ad una lacuna nel livello di tutela offerta dal diritto UE, così da garantire un livello minimo di protezione; per fornire indicazione agli Stati membri su come bilanciare tra loro due diritti, garantiti sia dal diritto UE che dalla CEDU. In Rossi, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne, Droits Fondamentaux et Méthodes d'Intégrations des Valeurs "Externes"*, in *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Larcier, Parigi, 2020, p. 53 e ss., pp. 60-68. In ogni caso, Quando la Corte rinvia alla CEDU per tramite dell'art. 52, par. 3, CDF, specifica sempre che tale norma permette un collegamento tra i due strumenti, "[…] senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea" (sentenza della Corte del 20 marzo 2018 *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, punto 25). Sul punto, Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnels" de l'Union Européenne*, op. cit., p. 78. Questo *caveat* fa da contraltare "esterno" a quello contenuto in sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni contro Ministerio Fiscal*, causa C-399/11, cit., punto 60, che attiene al piano interno, limitando l'applicazione, *ex* art. 53 CDF, di standard nazionali di protezione, nei termini sopra visti.

[211] Che le sentenze della Corte EDU, in caso di adesione, sarebbero vincolanti per la CGUE è stato sostenuto anche da Lock, il quale si chiede però fino a che punto, in Lock, op. cit., pp. 236-238. Secondo l'Autore, "where the ECtHR finds that the EU has violated the rights guaranteed in the ECHR, the CJEU will be bound by that decision when interpreting provisions of the ECHR in a subsequent case dealing with the same Issue", *ivi*, p. 237.

[212] Secondo Lock, e contrariamente a quanto emerge dal parere 2/13, ciò sarebbe stato sufficiente per preservare l'autonomia del diritto UE, tanto che, secondo questo Autore, non ci sarebbe neppure stato bisogno di prevedere un meccanismo di previo coinvolgimento. Secondo l'Autore, infatti, se è vero che le norme CEDU entrerebbero nell'ordinamento UE a seguito dell'adesione, bisogna però considerare che l'adesione è sancita dai Trattati stessi, e che le norme di recepimento sono a loro volta espressione di autonomia del diritto UE. Per questi motivi, secondo lui non si sarebbe dovuto configurare un contrasto con l'autonomia; in Lock, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, op. cit., pp. 1035-1037 e p. 1047.

[213] A tal riguardo, Halberstam parla di una sostanziale sovrapposizione tra "*conventionality*" e "*legality*", per descrivere gli effetti della giurisdizione della Corte EDU quanto agli atti di diritto UE, in Halbertam, op. cit., pp. 139-142.

Quanto detto non emerge esplicitamente nel parere 2/13. La Corte parte dal presupposto che "[…] per effetto dell'adesione, la CEDU, al pari di qualsiasi altro accordo internazionale concluso dall'Unione, vincolerebbe, a norma dell'articolo 216, paragrafo 2, TFUE, le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri e formerebbe dunque parte integrante del diritto dell'Unione"[214]. Dopo di che, essa afferma che "[…] è indubbiamente inerente alla nozione stessa di controllo esterno il fatto che, da un lato, l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU vincolerebbe, *ai sensi del diritto internazionale*, l'Unione e le sue istituzioni, ivi compresa la Corte"[215], ma che, al contempo, "[…] lo stesso non può valere per quanto riguarda l'interpretazione fornita dalla Corte [EDU] riguardo al diritto dell'Unione, ivi compresa la Carta"[216]. Con riguardo a questa seconda affermazione, la Corte di giustizia non si ferma a esaminare se tali effetti vincolanti per l'UE e per le sue Istituzioni sarebbero da intendersi di natura giuridica internazionale o interna né spiega, in questo secondo caso, cosa si dovrebbe intendere per effetti vincolanti interni. Stando al parere, tali effetti non sono compatibili con il diritto UE, nella misura in cui "[…] abbiano come effetto di imporre all'Unione e alle sue istituzioni, *nell'esercizio delle loro competenze interne*, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione"[217]. L'esatto significato di queste parole, già usate nel parere 1/00, rimane da chiarire.

In *MOX Plant* e nel parere 1/09, invece, la questione degli effetti si declina in maniera differente. Nel primo caso, è il carattere *intra*-UE del rapporto giuridico sotteso alla controversia che qualifica gli effetti della pronuncia dell'arbitrato, rendendo quest'ultimo incompatibile con il principio di autonomia giurisdizionale. Nel secondo caso, il contrasto deriva dal fatto che il TB avrebbe sostituito in tutto e per tutto i giudici nazionali nell'applicazioni del diritto UE in materia. Quindi, le pronunce del TB avrebbero avuto gli stessi effetti di quelle dei giudici interni. Questa evenienza pone il problema dell'effettività del rinvio pregiudiziale.

Quanto detto finora significa che, posta la presenza di tali effetti, nel momento in cui si materializza una delle forme di contatto viste tra la giurisdizione di una corte internazionale come la Corte EDU ed il diritto UE, allora nasce un rischio per l'autonomia di quest'ultimo e si rendono necessari accorgimenti per evitarlo. Tali accorgimenti consistono, in particolare,

[214] *Ivi*, punto 180.
[215] Parere 2/13, cit. punto 185, corsivo aggiunto.
[216] *Ivi*, punto 186.
[217] *Ivi*, punto 184, corsivo aggiunto.

nel permettere alla Corte di avere l'ultima parola sull'interpretazione delle norme di diritto UE che rilevino nella controversia sottoposta al giudice internazionale. Ciò che la Corte ha fatto nella giurisprudenza fino a qui esaminata, è stato valutare se tali accorgimenti fossero idonei a scongiurare questo rischio. Nel caso dei pareri 1/92 e 1/00, questi rimedi sono stati considerati idonei; nel caso del parere 2/13, il rimedio consistente nel previo coinvolgimento non ha superato il test. Nel caso del parere 1/09 il rimedio consisteva direttamente nel permettere il rinvio *ex* art. 267 TFUE. Tuttavia, le caratteristiche del TB non ne avrebbero permesso una piena effettività del rinvio.

Per quanto riguarda i riferimenti normativi che sottostanno all'applicazione al principio di autonomia nella sua veste di autonomia giurisdizionale, si nota che nella giurisprudenza esaminata compaiono in particolare l'art. 19 TUE e gli artt. 267 e 344 TFUE (o le corrispettive versioni pre-Lisbona). I rischi per l'autonomia giurisdizionale si verificano quando (posta la sussistenza di una delle modalità di contatto e degli effetti sopra visti) una questione viene sottratta al sistema giurisdizionale istituito dai Trattati *ex* art. 19 TUE e composto dalla CGUE e dai giudici nazionali, come avviene nel caso del parere 1/09. In questo modo, infatti, si compromette il meccanismo di rinvio pregiudiziale *ex* art 267 TFUE, il cui funzionamento deve essere in ogni caso protetto da possibili mezzi che permetterebbero di aggirarlo, come nel caso del Protocollo n. 16 (parere 2/13), e la cui effettività deve essere garantita, come nei casi del parere 1/09 e del meccanismo di previo coinvolgimento (parere 2/13). A questo proposito, rimane da capire se l'enfasi sia da porre sulla diminuzione del grado di effettività del rinvio pregiudiziale, o se la sottrazione di una questione dal sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE rappresenti un *vulnus* di per sé all'autonomia del diritto UE. Ad ogni modo, come emerge dal parere 1/09, sullo sfondo compare anche il principio di leale cooperazione, che informa il più specifico dovere di collaborazione tra i giudici interni degli Stati membri e la CGUE. Ciò emergerà più chiaramente in *Achmea* e nei casi successivi, di cui al Capitolo seguente.

Quanto all'art. 344 TFUE, nei casi analizzati questo viene considerato come una norma che è espressione del principio di autonomia (oltre che del principio di leale cooperazione), di cui rappresenta una specificazione, e che si applica al caso specifico delle controversie *intra*-UE, cioè tra due Stati membri, come in *MOX Plant* e nel parere 2/13, ma non tra privati appartenenti a Stati membri, come nel parere 1/09, né tra privati e Stati membri, come sembrerebbe dedursi dal fatto che la Corte non valuta questa circostanza nel parere 2/13. Diversamente, da quest'ultima pronuncia emerge che la norma si applichi ad una controversia

tra Stato membro e UE[218]. In aggiunta, si è visto che nel parere 2/13 compare anche il riferimento ad un altro principio, quello di reciproca fiducia. Come si vedrà, anche questo principio avrà un ruolo rilevante nella giurisprudenza *Achmea*. Per ora, si constata che nel parere 2/13 il principio viene in considerazione con riguardo al ruolo da lui svolto nel regolare i rapporti tra gli Stati membri in quanto tali. Ruolo con cui una giurisdizione esterna non può interferire e che, pertanto, viene protetto dal principio di autonomia.

In conclusione, nonostante permangano alcuni dubbi, le modalità di applicazione del principio finora osservate possono essere ricondotte ad un modello unitario, il quale fa capo agli elementi comuni rinvenuti nella giurisprudenza analizzata. Da questo modello, però, resta esclusa l'applicazione del principio laddove questo è volto a tutelare le prerogative delle Istituzioni, come osservato nei pareri 1/91, 1/92 e 1/00, in un ambito che esula da quello di conflitto giurisdizionale. Tale questione, invero, non è più emersa nei casi analizzati successivi al parere 1/00. *MOX Plant* e i pareri 1/09 e 2/13, infatti, sembrano rientrare totalmente nell'ambito del conflitto giurisdizionale.

[218] *Supra*, Capitolo II, nota 165.

II.5.1. Tabelle riepilogative.

Casi / Elementi test	Parere 1/91	Parere 1/92	Parere 1/00	*MOX Plant*	Parere 1/09
Autonomia istituzionale	✓	✗	✗	✗	✗
- contatto	determinazione parti controversia				
- effetti	da recepimento 216.2 TFUE e/o qualificati da omogeneità				
Autonomia giurisdizionale	✓	✓	✓	✓	✓
- contatto	norme accordo = norme dir. UE	norme accordo = norme dir. UE	norme accordo = norme dir. UE	norme UNCLOS sono dir. UE (*intra UE*) = diritto applicabile + altre norme dir. UE = diritto applicabile	dir. UE = diritto applicabile
- effetti	da recepimento 216.2 TFUE e/o qualificati da omogeneità	da recepimento 216.2 TFUE e/o qualificati da omogeneità	da recepimento 216.2 TFUE e/o qualificati da omogeneità	di diritto internazionale, tra due Stati membri (*intra UE*)	di diritto interno = pronunce giudici nazionali
- interpretazione definitiva della CGUE	no	si	si	no	rinvio, ma deficit effettività

Parere 2/13 / Elementi test	Convenuto aggiunto	Art. 53 CDF	Reciproca Fiducia	Art. 344 TFUE	Protocollo n. 16	Previo coinvolgimento	PESC
Autonomia istituzionale	✓	X	X	X	X	X	X
- contatto	si: meccanismo conv. agg. imperfetto						
- effetti	da recepimento 216.2 TFUE?						
Autonomia giurisdizionale	X	X	X	✓	✓	✓	X
- contatto				norme CEDU sono dir. UE (*intra UE*) = diritto applicabile	norme accordo = norme dir. UE / diritto UE = oggetto valutazione	diritto UE = oggetto valutazione	
- effetti				da recepimento 216.2 TFUE?	Da recepimento 216.2 TFUE?	Da recepimento 216.2 TFUE?	
- interpretazione definitiva della CGUE					no: meccanismo imperfetto		
Autonomia normativa	X	✓	✓	X	X	X	✓
- contatto		norme accordo = norme dir. UE	pregiudizio funzionamento principio di dir. UE				diritto UE = oggetto valutazione
- effetti		da recepimento 216.2 TFUE?	da recepimento 216.2 TFUE?				da recepimento 216.2 TFUE?

Capitolo III. Le modalità di applicazione del principio di autonomia nel contesto della risoluzione delle controversie tra investitore e Stato.

Introduzione al Capitolo III. III.1. Meccanismi ISDS e diritto UE: un rapporto complicato. III.1.1. *Ratio*, natura e aspetti critici dell'arbitrato investitore-Stato. III.1.2. Il rapporto tra diritto degli investimenti e diritto UE prima di *Achmea*. III.1.3. L'azione dell'UE nell'ambito degli accordi di protezione investimenti. III.2. La saga *Achmea*: l'incontro tra meccanismi ISDS e il principio di autonomia. III.2.1. La sentenza *Achmea*. III.2.2. Il parere 1/17. III.2.3. La sentenza *Repubblica di Moldavia* ed il parere 1/20: principio di autonomia *vs* applicazione *intra*-UE dell'arbitrato ISDS dell'ECT. III.2.4. La sentenza *PL Holdings*: principio di autonomia *vs* compromesso arbitrale *ad hoc intra*-UE. III.2.5. La sentenza *European Food*: la saga *Achmea* incontra la saga *Micula*. III.2.6. Considerazioni conclusive: riepilogo e peculiarità dell'applicazione del principio di autonomia ai meccanismi ISDS.

Introduzione al Capitolo III.

Il Capitolo analizza la giurisprudenza sul rapporto tra ISDS e autonomia, la quale prende le mosse dalla sentenza *Achmea*. L'intento è duplice. Da un lato, si vuole continuare l'indagine sul contenuto normativo del principio di autonomia, proseguendo nell'analisi già avviata nel Capitolo II. Dall'altro lato, si vogliono identificare eventuali questioni specifiche che caratterizzano l'ISDS e che lo qualificano all'interno del contesto più ampio della giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale. La giurisprudenza sull'ISDS, infatti, offre spunti di particolare interesse. Invero, questa rappresenta il campo in cui il principio di autonomia ha trovato l'applicazione più recente, nonché più ampia rispetto agli altri, per cui merita un'attenzione particolare ai fini di questa ricerca. Inoltre, a differenza dei casi esaminati nel Capitolo precedente, la giurisprudenza sull'ISDS vede l'applicazione del principio di autonomia a casi tra loro sostanzialmente omogenei, in cui trova attuazione lo stesso test di compatibilità, come verrà dimostrato a breve. Ciò permette un'analisi più lineare e più approfondita, grazie alla possibilità di fare paragoni diretti tra i casi che compongono questa giurisprudenza.

Si procederà nel modo seguente. Dapprima, (Sezione III.1.) si metteranno a fuoco le caratteristiche dell'ISDS, in quanto oggetto del vaglio della Corte in tutti i casi che verranno presi in considerazione nel Capitolo. Inoltre, si farà menzione del rapporto tra diritto UE e diritto degli investimenti nel periodo che precede la sentenza *Achmea* (pre-*Achmea*), così da fornire il contesto da cui muove la giurisprudenza in esame. Di seguito (Sezione III.2), si entrerà nel cuore dell'analisi della giurisprudenza sul rapporto tra autonomia e ISDS, cioè la

saga *Achmea*. Come già nel Capitolo II, i casi verranno esaminati cronologicamente, con l'intento di mettere in luce le modalità di applicazione del principio di autonomia caso per caso, al fine di individuare gli elementi del test comuni, sulla base della griglia di analisi già utilizzata nel Capitolo II, e le peculiarità che segnano l'applicazione del principio ai meccanismi ISDS. All'analisi farà seguito un breve paragrafo di riepilogo dei risultati così ottenuti (Paragrafo III.2.6.), sulla base dei quali si tenterà di concettualizzare del principio di autonomia, nel Capitolo successivo.

III.1. Meccanismi ISDS e diritto UE: un rapporto complicato.

III.1.1. *Ratio*, natura e aspetti critici dell'arbitrato investitore-Stato.

L'arbitrato investitore-Stato rappresenta un metodo di risoluzione delle controversie spesso previsto dai trattati di protezione degli investimenti, allo scopo di offrire all'investitore, appartenente ad uno dei Paesi parti del trattato, la possibilità di far valere la violazione delle norme di quel trattato da parte del Paese ospite dell'investimento e di chiedere il risarcimento del danno causato dalla condotta del Paese ospite, ove illegittima. Comunemente (salvo quanto si vedrà in seguito con riferimento agli accordi negoziati dall'UE), si tratta di un arbitrato *ad hoc*, chiamato a risolvere la singola controversia sorta tra lo Stato ed uno specifico investitore. In sostanza, tramite questa previsione, il trattato mira a garantire all'investitore una tutela di tipo giurisdizionale, che si aggiunge alla tutela di tipo sostanziale prevista dalle norme che fissano gli standard di protezione degli investimenti, rafforzando, così, l'effettività di quest'ultima. Tale modalità di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato si pone come alternativa sia al più tradizionale strumento della protezione diplomatica, sia ai rimedi interni offerti dal sistema giurisdizionale del Paese ospite. Nel primo caso la controversia verrebbe affrontata a livello interstatuale tra il Paese dell'investitore e il Paese ospite (controversia Stato-Stato), mentre nel secondo l'investitore estero avrebbe a disposizione gli stessi rimedi di qualsiasi altro individuo all'interno del Paese ospite. La *ratio* alla base della previsione dell'arbitrato investitore-Stato, invece, consiste nella creazione di un foro che sia competente a giudicare sulla responsabilità dello Stato, a cui l'investitore possa rivolgersi direttamente in qualità di privato e che, al contempo, si presenti come foro esterno al sistema giurisdizionale nazionale di quello Stato. La preoccupazione sottesa al ricorso a questo strumento è che, chiamati a dirimere una controversia che vede opporsi tra loro un investitore estero e lo Stato, i giudici nazionali possano risultare ostili all'investitore e propensi a favorire

il proprio Stato[1]. In sostanza, quindi, la *ratio* dell'arbitrato investitore-Stato sta nella possibilità di rimuovere la controversia dalla giurisdizione dei giudici nazionali, a causa della sfiducia nei confronti di questi e del timore di una loro mancanza di indipendenza ed imparzialità, a favore del proprio governo.

In questa sede non si vogliono passare in rassegna tutte le diverse clausole arbitrali presenti nei vari trattati internazionali[2]. Tuttavia, è bene soffermarsi brevemente su alcuni aspetti di fondo riguardanti la natura di questo strumento di diritto internazionale, che appare come peculiare e difficile da inquadrare. Particolarmente suggestivo a riguardo è il paragone utilizzato da Roberts, secondo cui l'indagine sulla natura dell'arbitrato investitore-Stato ricorda quella sulla natura dell'ornitorinco[3]: interrogandosi sulla natura dell'animale, gli studiosi del tempo si chiesero se si trattasse di un uccello, di un mammifero o di un rettile, essendo presenti caratteristiche di tutte e tre le categorie. Lo stesso vale per l'arbitrato investitore-Stato, caratterizzato sia da aspetti pubblicistici, che da aspetti privatistici.

Infatti, come si può evincere da quanto detto finora, l'arbitrato investitore-Stato si basa sulla volontà degli Stati che sono parti del trattato, espressa nella clausola compromissoria da questo contenuta. Allo stesso tempo, l'arbitrato si pone su di un piano diverso da quello dei meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali Stato-Stato, poiché tra le parti della controversia figura un soggetto privato, cioè l'investitore. La clausola compromissoria costituisce quindi un'offerta pubblica unilaterale, da parte di un soggetto di diritto internazionale pubblico, cioè lo Stato, nei confronti di chiunque possa considerarsi come investitore estero appartenente allo Stato controparte (secondo la definizione contenuta nel trattato)[4]. Se si guarda alla forma dell'arbitrato, poi, è possibile scorgere elementi tipici

---

[1] Sacerdoti, *Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 269, 1997, p. 251 e ss., pp. 413-414;Brower e Lee, *Who Then Should Judge: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 193 e ss., p. 196.

[2] Per questo si rimanda a McLachlan, Shore e Weiniger, *International investment arbitration: substantive principles 2 ed.*, Oxford University Press, Oxford e New York, 2017, pp. 47-66.

[3] Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, in *American Journal of International Law*, Vol. 107, Issue 1, 2013, p. 45 e ss., p. 45.

[4] *Cfr.* Bjorklund, *Contract without Privity: Sovereign Offer and Investor Acceptance*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 183 e ss., con riferimento specifico alla clausola contenuta nel Capitolo 11 del NAFTA. In dottrina vi è chi identifica nella possibilità di accedere a questo rimedio giurisdizionale un vero e proprio diritto che l'accordo internazionale farebbe sorgere in capo al privato. Si instaura così un doppio regime di obbligazioni: uno tra Stati parti dell'accordo, uno tra Stato e investitore della controparte. Sul punto, Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, Issue 1, 2003, p. 151 e ss., pp. 181-184. Un influente contributo alla dottrina sul punto si può trovare in Paulsson, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, 1995, p. 232 e ss. Inoltre, è stato sottolineato come questo aspetto rappresenti un elemento di analogia con i trattati sui diritti fondamentali, come la CEDU. Sul punto Burdeau, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans*

dell'arbitrato commerciale[5], cioè essenzialmente privatistici[6], in particolare con riguardo alle modalità di scelta e nomina dei componenti del collegio arbitrale, lasciata direttamente in capo alle parti della controversia, agli aspetti procedurali, al risarcimento del danno subito dalla parte vincitrice (l'investitore) come rimedio in caso di attestata violazione delle norme del trattato da parte della soccombente (lo Stato) [7].

Per questi motivi, è facile intuire il motivo che ha portato Paulsson ad affermare che ci si trova di fronte ad uno strumento "[…] drammatically different from anything previously known in the international sphere"[8]. Secondo alcuni, tra cui ancora Roberts, la commistione di elementi diversi suggerisce che (esattamente come per l'ornitorinco) si tratti di qualcosa di nuovo e di diverso dall'esistente, avente natura *sui generis*[9]. Sulla scorta di quanto detto, e nonostante autorevole dottrina tenda a valorizzare la dimensione privatistica dell'arbitrato investitore-Stato[10], non manca chi ha ritenuto di sottolineare l'importanza, se non la preponderanza, degli aspetti che attribuiscono allo strumento natura pubblicistica[11]. Van Harten e Loughlin, in

le contentieux économique intéressant l'État, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 3 e ss., p. 16, Roberts, op. cit., p. 72.

[5] Effettivamente, l'origine dall'arbitrato investitore-Stato è da rintracciare proprio nell'arbitrato commerciale. Sul punto, si veda, *ex multis* van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 50-58. Per certo, arbitrato commerciale ed arbitrato investiture-Stato condividono gli aspetti tipici e comuni dell'arbitrato, cioè il fatto di essere "[…] an alternative, private and 'extrajudicial' dispute settlement mechanism for which the agreement between the parties is a sine qua non condition of its existence"; Sokolowska, *Convergences and Divergences of Commercial and Investment Arbitration Under Achmea (C-284/16)*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), op. cit., p. 323 e ss., p. 326.

[6] Il fatto che l'arbitrato commerciale sia da considerarsi come strumento di natura privatistica non significa che l'intervento statale sia del tutto escluso. Sul punto, si veda Hess, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 388, p. 55 e ss., pp. 185-192.

[7] *Cfr.* van Harten e Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 1, 2006, p. 121 e ss., pp. 139-140; Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 2, 2010, p. 401 e ss., p. 410. Più diffusamente, si veda Knahr, *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010.

[8] Paulsson, op. cit., p. 256.

[9] Roberts, op. cit., p. 94. Nello stesso senso, già Douglas, op. cit. Quest'ultimo mette in guardia dai rischi di operare una separazione rigida tra una concezione che sia prettamente pubblicistica o privatistica dei meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie; *ivi*, pp. 153-154. Secondo altri, però, è presto per superare ogni distinzione tra queste due dimensioni; *cfr.* Hess, *op. cit*., p. 248.

[10] Sacerdoti, op. cit., p. 452.

[11] Van Harten e Loughlin, op. cit., Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, op. cit., Burke-White e von Staden, *Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, in *Yale Journal of International Law*, Vol. 35, no. 2, 2010, p. 283 e ss., de Branbandere, *Investment treaty arbitration as public international Law: procedural aspects and implications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. Sul rapporto tra arbitrato investitore-Stato e diritto internazionale pubblico, oltre a de Branbandere, op. cit., si rimanda ai contributi del simposio ospitato dalla rivista *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, di cui si segnala l'intro: Boisson de Chazournes e McLachlan, *Preface: The Intersection of Investment*

particolare, hanno argomentato nel senso di considerare tale arbitrato come forma di un diritto amministrativo globale (l'unico esemplare fino a quel momento manifestatosi, a loro dire)[12]. La posizione di questi ultimi si fonda sulla natura di atto sovrano attribuibile sia alle misure regolatorie in cui si sostanzia la condotta dello Stato convenuto oggetto della controversia, sia all'atto di espressione del consenso all'arbitrato da parte dello Stato, consistente nella clausola compromissoria di cui sopra[13]. Dunque, secondo i due Autori, questi elementi sono idonei a ricondurre tale arbitrato nell'alveo del diritto (internazionale) pubblico, rendendolo più simile ad uno strumento di diritto amministrativo interno che ad un arbitrato commerciale internazionale. Non tutti sono d'accordo[14]. Alvarez[15], per esempio, passa in rassegna dieci motivi (individuati dall'Autore come i principali) a favore di una qualificazione della forma di arbitrato in questione come strumento di diritto internazionale pubblico e, pur ammettendo la fondatezza di questi, sostiene che qualificare l'arbitrato investitore-Stato come strumento avente natura prettamente pubblicistica sarebbe comunque troppo limitante[16].

Ora, data brevemente contezza del dibattito teorico, e senza voler necessariamente giungere ad una conclusione sulla qualificazione della natura dell'arbitrato investitore-Stato, bisogna sottolineare che alcuni punti risultano comunque certi. Senza dubbio, il meccanismo ISDS consistente nell'arbitrato investitore-Stato ha una forte connotazione pubblicistica

---

Arbitration and Public International Law, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, Issue 2, 2016, p. 255 e ss. Si vedano anche i contributi in Gattini, Tanzi e Fontanelli (a cura di), op. cit.

[12] Van Harten e Loughlin, op. cit. Sul concetto di *global administrative law* si rimanda ai contributi del simposio ospitato dalla rivista *Law and Contemporary Problems*, di cui si segnala l'introduzione: Kingsbury, Krisch, Stewart e Wiener, *Global Governance as Administration - National and Transnational Approaches to Global Administrative Law The Emergence of Global Administrative Law: Foreword*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, Issues 3 e 4, 2005, p. 1 e ss. Si veda anche Cassese, *Advanced introduction to global administrative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham e Northampton, 2021.

[13] Per usare le parole dell'articolo "[i]n making a general consent, the state is not acting in a private capacity. Rather, it exercises public authority that the state alone possesses as an entity representing an independent political group within the international sphere", In van Harten e Loughlin, op. cit., p. 144. Sul punto anche Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, op. cit., p. 411. Per un approfondimento sulla natura e sulla differenza delle modalità di espressione del consenso tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato, si veda van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, op. cit.,

[14] La posizione espressa da van Harten (oltre alle opere qui citate si veda anche van Harten, *The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007, p. 371 e ss.,) e Loughlin va oltre rispetto a quella di altri autori, che pure qualificano l'arbitrato investitore-Stato come strumento di diritto internazionale pubblico. De Branbandere, per esempio, prende le distanze dalla qualificazione dell'arbitrato investitore-Stato come espressione di un diritto amministrativo globale, nonostante riconosca l'esistenza di qualche similitudine tra i due regimi. Per lui, l'arbitrato in questione rimane più simile ad un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati; in de Branbandere, op. cit., pp. 4-6.

[15] Alvarez, *Is Investor-State Arbitration 'Public'?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, 2016, p. 534 e ss.

[16] Alvarez conclude nel senso di ritenere lo strumento come avente natura ibrida; *ivi*, p. 576.

(preponderante o meno che sia). Questa connotazione è data dal fatto che, nonostante la forma di arbitrato *ad hoc* e gli elementi privatistici che lo caratterizzano, le controversie sottoposte a questo arbitrato hanno ad oggetto questioni sostanzialmente attinenti al diritto pubblico ed all'interesse pubblico dello Stato[17]. Infatti, lo scrutinio dell'arbitrato verte su misure di natura regolatoria, consistenti in atti sovrani dello Stato convenuto, tanto che van Harten definisce questo tipo di soluzione giurisdizionale come "*regulatory adjudication*"[18]. Il punto è riconosciuto anche da chi non condivide le posizioni "massimaliste" di quest'ultimo.

Detto ciò, nessuno in dottrina nega che la forma assunta dall'arbitrato *ad hoc* sia mutuata dall'arbitrato commerciale. Anzi, è proprio la tensione tra questi due aspetti, ossia il significato pubblicistico e la forma privatistica dell'arbitrato, che ha portato lo strumento al centro di un ricco dibattito[19]. Un altro punto certo, infatti, è che l'arbitrato investitore-Stato è stato (ed è tuttora) oggetto di critiche da parte di addetti al settore ed opinione pubblica, tanto che, non di rado, si è parlato di una vera e propria crisi di legittimità dell'arbitrato investitore-Stato[20], o, più in generale, di un contraccolpo della popolarità dello strumento[21]. Ad esso viene da più parti rimproverato di rappresentare un pericolo per il principio di democrazia e di Stato di diritto, per la certezza del diritto e (persino) per la tutela dei diritti umani[22]. Il dibattito è

[17] "[…] it is time to recognize that contemporary investor-state arbitrations are not merely another form of private law commercial arbitration, with one party now being a state, but that they are more fittingly understood as a form of dispute settlement that, like many domestic judicial proceedings, also operates in a public law context", in Burke-White e von Staden, *Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, op. cit., p. 285. Nello stesso senso, *ex multis*, Chris, *Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 11, no. 2, 2002, p. 183 e ss., pp. 204-205, Alvarez, op. cit., pp. 540-542, Roberts, op. cit., pp. 45-46. Così anche Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, op. cit., pp. 404 e 412. Quest'ultimo riconosce all'arbitrato in questione una funzione pubblica anche alla luce di un ulteriore argomento, che riguarda gli effetti dell'arbitrato su tutti i soggetti, sia pubblici che privati, del diritto internazionale degli investimenti; *ivi*, pp. 413-418. Per usare le parole dell'Autore "[i]nvestment treaty arbitrations contribute to the creation of a treaty overarching system of governance in international investment relations because their jurisprudence generates communicative authority that frames the discourse and arguments of later litigants and arbitrators and constitutes the focal points towards which the expectations of parties are directed"; *ivi* p. 429. Per una posizione simile, con riferimento agli strumenti di risoluzione delle controversie internazionali in generale, si veda Brown, *Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 76, Issue 1, 2005, p. 195 e ss., p. 230.

[18] Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, op. cit., pp. 48-50 e p. 58 e ss.

[19] Schill, *Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, Issue 3, 2017, p. 649 e ss., p. 654.

[20] *Inter alia*, Brower e Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, No. 2, 2009, p. 471 e ss.

[21] Per una panoramica del dibattito dottrinale in materia, si rimanda ai contributi contenuti in Waibel, Kaushal, Liz Chung e Balchin (a cura di), *The Blacklash against Investment Arbitration – Perception and Reality*, Walter Kluwer International, Austin, Boston, Chicago, New York, Paesi Bassi, 2010.

[22] *Cfr.* Schill, *Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, op. cit. Si veda anche il report di IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration*, novembre 2018,

iniziato oltreoceano, in relazione al capitolo 11 del NAFTA '94 e all'impatto sul *public policy making* ad esso attribuito[23], ma si è diffuso globalmente[24]. In breve, le principali critiche riguardano la mancanza di coerenza e prevedibilità dei lodi, la mancanza di trasparenza, il basso livello di indipendenza degli arbitri ed il conseguente rischio di *bias* a favore dell'investitore, i costi eccessivi che impediscono alle piccole imprese di ricorrere allo strumento, la mancanza di un meccanismo di appello, il c.d. "*regulatory-chill effect*"[25] e la

disponibile al link https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf (ultimo accesso 23/09/2022).

[23] Nella versione attuale, gli investimenti sono oggetto del Capitolo 14, in Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 7/1/20 text, disponibile al link https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between (ultimo accesso 23/09/2022). Per il dibattito in seno all'opinione pubblica, si veda Depalma, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*, *New York Times*, 11 marzo 2001, disponibile al link https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html (ultimo accesso 23/09/2022). Per quanto invece attiene al dibattito dottrinale giuridico, si veda, ad esempio, Mann e von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment. Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, in *International Institute for Sustainable Development - IISD*, 16 gennaio 2002, disponibile al link https://www.iisd.org/publications/report/naftas-chapter-11-and-environment-addressing-impacts-investor-state-process-0 (ultimo accesso 23/09/2022), Been e Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, in *New York University Law Review*¸ Vol. 78, No. 1, 2003, p. 30 e ss. e Afilalo, *Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 25, no. 2, 2005, p. 279 e ss. Nel contesto di questo dibattito, un caso esemplare può identificarsi in *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award del 30 agosto 2000. In esso, una società statunitense investitrice in Messico ottenne dal Paese un risarcimento di 16.685 milioni di dollari, per la violazione delle norme di tutela degli investimenti contenute nel Capitolo 11 del NAFTA, dovuta all'adozione di misure locali di tutela ambientale idonee a ledere gli interessi dell'investitore. Sul punto, si veda, *ex multis*, Dhooge, *The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, no. 2, 2001, p. 209 e ss. Sugli sviluppi successivi della vicenda, si veda Tollefson, *Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 11, no. 2, 2002, p. 183 e ss. In senso contrario alle critiche al Capitolo 11 del NAFTA '94, si veda Brower e Lee, op. cit., e Laird, *NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 223 e ss.

[24] Per quanto riguarda il caso UE, si rimanda al paragrafo successivo. Qui si segnala, in particolare, l'ostilità avverso l'arbitrato investitore-Stato montata, nel primo decennio del 2000, soprattutto in Sud America, in Paesi come Bolivia, Venezuela, Nicaragua e Perù; *cfr.* Waibel, Kaushal, Liz Chung e Balchin, *The Blacklash against Investment Arbitration – Perception and Reality*, op. cit., pp. xlviii-xlix. Menzione specifica merita poi il ben noto caso dell'Argentina e delle critiche sulla legittimità dell'arbitrato investitore-Stato che sono seguite alle numerose cause arbitrali ICSID, in cui gli investitori contestavano al Paese la legittimità delle misure prese per fronteggiare la crisi finanziaria del 2001. Sul punto, si veda Burke-White, *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, in Waibel, Kaushal, Liz Chung e Balchin (a cura di), op. cit., p. 407 e ss. Tuttavia, nonostante tutto, l'ISDS continua a trovare ampio utilizzo nell'area geografica sud-americana; *cfr.* Paradell e Gatica, *ISDS landscape in Latin America for 2022*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 19 aprile 2022, disponibile al link http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/19/isds-landscape-in-latin-america-for-2022/ (ultimo accesso 23/08/2022). Ostile allo strumento rimane invece il Brazile; *cfr.* Vidigal e Steven*, Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 19, Issue 3, p. 475 e ss. Nel resto del mondo, un noto esempio di Paese in cui si ha preso piede una posizione di ostilità all'ISDS è rappresentato dal Sud Africa; *cfr.* Qumba, *South Africa's move away from international investor-state dispute: a breakthrough or bad omen for investment in the developing world?*, in *De Jure Law Journal*, Vol. 52, Issue 1, 2019, p. 358 e ss.

[25] L'effettiva esistenza di questo effetto è dibattuta. Su tutti, si veda Tienhara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in Brown e Miles (a cura di), *Evolution in Investment Treaty Law*

minaccia che questo rappresenta per la democrazia, proprio a causa della dimensione pubblicistica insita all'arbitrato investitore-Stato[26]. Quest'ultimo aspetto, si vedrà, ha avuto un peso specifico nella giurisprudenza della CGUE nella saga *Achmea* con riferimento al principio di autonomia.

III.1.2. Il rapporto tra accordi di investimento e diritto UE prima di *Achmea*.

Il rapporto tra diritto UE e il diritto internazionale di protezione degli investimenti si materializza in due contesti: quello degli accordi di protezione degli investimenti che hanno come parti UE e Stati membri, da un lato, e Stati terzi, dall'altro (contesto *extra*-UE), e quello degli accordi di protezione degli investimenti conclusi tra Stati membri (contesto *intra*-UE).
Il primo contesto (*extra*-UE) prende corpo con il Trattato di Lisbona. L'art. 207 TFUE, infatti, inserisce gli accordi riguardanti gli investimenti esteri diretti all'interno della politica commerciale comune[27]. Dunque, l'articolo fornisce una base giuridica che permette all'UE di

---

and Arbitration, Cambridge University Press, 2011, pp. 606 e ss. L'Autrice è molto cauta nell'escludere l'esistenza del fenomeno, che identifica nella circostanza per cui "[…] Governments will respond to an high (perceived) threat of investment arbitration failing to enact or enforce *bona fide* regulatory measures (or modifying measures to such an extent that their original intent is undermined or their effectiveness is severely diminished)", *ivi*, p. 610.

[26] Oltre alla dottrina citata in riferimento al dibattito sul NAFTA, in particolare sull'impatto dell'arbitrato investitore-Stato sul potere pubblico regolatorio dello Stato, (*supra*, Capitolo III, nota 23), si veda Choudhury, *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, no. 3, 2008, p. 775 e ss., Hindelang, *Part II: Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, in *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements*, Publication Office of the EU, 2014, disponibile al link https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/5108db7a-770a-4326-bbaa-4a7bba89f07d (ultimo accesso 23/08/2022), p. 56 e ss.; Schill, *Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, op. cit., Hachez e Wouters, *International investment dispute settlement in the 21st Century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model?*, in *KU Leven Working Papers* n. 81, 2012, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009327 (ultimo accesso 23/08/2022), Hafner-Burton, Puig e Victort, *Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement*, in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 42, no. 2, 2017, p. 279 e ss., De Nanteuil, *Settlement of disputes in new EU free trade agreements: 'democratizing' international adjudication?*, in *The Conclusion and Implementation of EU Free Trade Agreements*, Bosse-Platière e Rapoport (a cura di), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 255 e ss. Sui rischi per la tutela ambientale, si veda Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Environmental Law*, Vol. 7, Issue 2, 2018, p. 229 e ss. Per una risposta alle principali critiche mosse all'arbitrato investitore-Stato, si veda Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fascicolo 1, 2017, pp. 133 e ss. Per due visioni differenti sulla questione del presunto *bias* pro investitore, si veda van Harten, *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration?*, in *Waibel, Kaushal, Liz Chung e Balchin* (a cura di), op. cit., p. 433 e ss., *contra* Brower e Schill, op. cit.

[27] Sulla portata della nuova politica commerciale comune e sulle questioni più specifiche attinenti alla materia degli investimenti esteri diretti, si vedano, tra gli altri, Dimopoulos, *The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?*, in *Croatian Yearbook of*

concludere accordi commerciali che includano clausole di protezione degli investimenti, attribuendole una competenza di tipo esclusivo con riguardo agli investimenti esteri diretti (FDI)[28]. Come chiarito dalla Corte nel parere 2/15[29], rimane invece concorrente la competenza in materia di investimenti esteri non diretti[30], così come quella relativa all'istituzione di un meccanismo ISDS[31]. Nel primo caso, perché in questo senso depone il tenore letterale dell'art. 207 TFUE (come si evince dal parere, non si è verificato un fenomeno di *pre-emption ex* art. 3, par. 2, TFUE). Nel secondo caso, perché, sostiene la Corte, il meccanismo ISDS "[…] sottrae delle controversie alla competenza giurisdizionale degli Stati membri"[32]. Sulla scorta

European Law and Policy, Vol. 4, Issue 4, 2008, p. 101 e ss., Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Baratta, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, 2012, no. 2, p. 403 e ss., Krajewski, *The Reform of Common Commercial Policy*, in Biondi Eeckhout e Ripley (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 292 e ss., Rovetta, *Investment Arbitration in the EU After Lisbon: Selected Procedural and Jurisdictional Issues*, in Bungenberg e Herrmann (a cura di), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer Link, 2013, p. 221 e ss., Ziegler, *The New Competence of the European Union in the Area of Foreign Direct Investment (FDI): A Third Country Perspective*, in Bungenberg e Herrmann (a cura di), op. cit., p. 235 e ss.

[28] Sono definibili tali gli investimenti "[…] di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche o giuridiche e aventi lo scopo di creare o di mantenere legami durevoli e diretti fra l'investitore di fondi e l'impresa cui tali fondi sono destinati ai fini dell'esercizio di un'attività economica", sentenza della Corte del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, causa C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, p. 181.

[29] Parere della Corte del 16 maggio 2017, parere 2/15, ECLI:EU:C:2017:376. Il parere, adottato in Seduta plenaria, ha un'importanza fondamentale per la politica UE sugli investimenti, per la politica commerciale tutta ed anche per l'azione esterna in generale, nella misura in cui attiene al tema della "*mixity*" degli accordi conclusi dall'UE. Per un commento, si veda Cellerino, *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull'accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, in *Eurojus.it*, 27 luglio 2017, disponibile al link http://rivista.eurojus.it/il-parere-215-della-corte-di-giustizia-sullaccordo-di-libero-scambio-ue-singapore-luci-e-ombre/ (ultimo accesso 23/08/2022); Cremona, *Shaping EU Trade Policy Post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017 Case Note*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, Issue 1, 2018, p. 231 e ss.; Dony, *L'avis 2/15 de la Cour de justice: un "jugement de Salomon"?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 3, 2017, p. 525 e ss.; Hainbach, *The CJEU's Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and Law-Making*, in *Legal Issues of Economic Integration* Vol. 45, Issue 2, 2018, p. 199 e ss.; Geraets, *Changes in EU Trade Policy After Opinion 2/15*, in *Global Trade and Customs Journal*, Volume 13, Issue 1, 2018, p. 13 e ss.; Kleimann, *Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court's Discretion, and the Legal View of the Advocate General*, in *EUI Working Paper RSCAS* 2017/23, disponibile al link https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46104/RSCAS_2017_23REVISED.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).

[30] Categoria residuale comprendente, in particolare, gli investimenti c.d. "di portafoglio", cioè "acquisizioni di titoli societari con l'intento di realizzare un investimento finanziario senza l'intenzione di esercitare un'influenza sulla gestione e sul controllo dell'impresa", parere 2/15, cit., punto 227. Un altro esempio possono essere gli investimenti immobiliari.

[31] *Ivi*, punti 225-244.

[32] *Ivi*, punto 292. Come argomenta qualcuno, più che di una competenza concorrente, sembrerebbe trattarsi dell'unione di due competenze esclusive, una in capo all'UE e una in capo agli Stati membri; si veda Gatti, *La politica commerciale dopo il parere 2/15: Verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?*, in *SIDIBlog*, 19 giugno 2017, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2017/06/19/la-politica-commerciale-dopo-il-parere-215-verso-accordi-eu-only-senza-isdsics/ (ultimo accesso 23/08/2022), Thym, *Mixity after Opinion 2/15: Judicial Confusion over Shared Competences*, in *Verfassungsblog* 31 maggio 2017, disponibile al link https://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/ (ultimo accesso 23/08/2022).

ciò, l'UE ha potuto negoziare e concludere con Stati terzi accordi contenenti impegni sulla protezione degli investimenti (IPA)[33] e, a tal fine, ha dovuto utilizzare la forma mista[34], così da includere impegni riguardanti gli investimenti "di portafoglio" e, soprattutto, il ricorso a meccanismi ISDS. Questi impegni possono essere previsti da un capitolo dedicato agli investimenti incluso all'interno di un accordo commerciale di libero scambio (FTA) che sia concluso in modalità mista nella sua interezza, come nel caso del CETA con il Canada[35]. Oppure, possono essere contenuti da un IPA concluso in forma mista, separato e parallelo ad un FTA "*EU-only*", come nel caso dell'EUSIPA con Singapore[36] e dell'EUVIPA con il Vietnam[37].

Il secondo contesto (*intra*-UE), invece, non riguarda l'esercizio di una competenza esterna da parte dell'UE, ma la compatibilità con il diritto UE dei BIT in essere tra Stati membri. La questione assume consistenza a seguito dell'allargamento ad est dell'UE (nei *rounds* del 2004,

[33] Con l'attribuzione della competenza esclusiva all'UE sui FDI, viene conseguentemente meno la potestà degli Stati membri di concludere accordi in materia con gli Stati terzi, salvo autorizzazione *ex* art. 2, par. 1, TFUE. In attesa che l'UE concluda accordi che si sostituiscano a tutti quelli già conclusi dagli Stati membri con i propri partner internazionali, questi ultimi sono soggetti al regime previsto dal c.d. "*Grandfathering Regulation*", cioè il regolamento n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *G.U.U.E.* L 351, 20 dicembre 2012, p. 40 e ss. Più nel dettaglio, tale regime prevede un meccanismo di preventiva autorizzazione da parte della Commissione per l'avvio dei negoziati volti alla conclusione di nuovi accordi, o alla modifica di accordi esistenti. Gli accordi già in essere, precedenti alla data dell'1 dicembre 2009 (o all'adesione dello Stato, se successiva), possono rimanere in vigore, ma sono sottoposti all'obbligo di notifica alla Commissione, a cui si aggiunge un obbligo di cooperazione da parte degli Stati membri, al fine di rimuovere eventuali ostacoli che gli accordi notificati rappresentino per la conclusione di accordi da parte dell'UE. Come nota De Luca, la logica sottesa a questo regime ricalca quella sottesa all'art. 351 TFUE; in De Luca, *The EU Regulation Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements Between Member States and Third Countries: the Destiny of Member States' BITS*, in *Diritti Comparati*, 27 novembre 2012, disponibile al link https://www.dirittocomparati.it/the-eu-regulation-establishing-transitional-arrangements-for-bilateral-investment-agreements-between/?print-posts=pdf (ultimo accesso 23/08/2022). Sul punto anche Pantaleo, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?*, op. cit., p. 1007.

[34] Sul punto, si veda Calamita, *Il nuovo "doppio binario" della politica commerciale dell'Unione europea*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2018, p. 855 e ss.; Gáspár-Szilágyi, *Opinion 2/15: Maybe it is time for the EU to conclude separate trade and investment agreements*, in *European Law Blog*, 20 giugno 2017, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2017/06/20/opinion-215-maybe-it-is-time-for-the-eu-to-conclude-separate-trade-and-investment-agreements/ (ultimo accesso 23/08/2022). Il parere ha lasciato il dubbio circa l'obbligatorietà o meno di utilizzare la forma mista per le materie a competenza concorrente; cfr Kleimann e Kübek, *The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It*, in *Verfassungsblog*, 23 maggio 2017, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/ (ultimo accesso 23/08/2022). In senso critico rispetto ad una lettura del parere per cui la forma mista sarebbe obbligatoria in questi casi, si veda, *inter alia*, Cremona, *Shaping EU Trade Policy Post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017 Case Note*, op. cit., pp. 250-251. Sugli sviluppi della giurisprudenza in materia, si veda Prete, *The constitutional limits to the choice of mixity after EUSFTA, COTIF I, MPA Antarctic and COTIF II: towards a more constructive discourse?*, in *European Law Review*, Vol. 45, n. 1, 2020, p. 113 e ss.

[35] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit.

[36] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, cit.

[37] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, cit.

2007 e 2013). Prima di quel momento, infatti, erano in vigore soltanto due BIT *intra*-UE[38]. Nel corso degli anni '90, però, gli Stati membri avevano concluso numerosi BIT, sotto gli auspici della Commissione stessa, proprio con quegli Stati europei ex-sovietici che di lì a poco sarebbero diventati a loro volta Stati membri. In seguito all'ingresso di questi ultimi nell'Unione, dunque, i BIT in questione si sono tramutati in accordi tra Stati membri. Da due, i BIT *intra*-UE sono passati ad essere quasi duecento[39].

A cavallo tra i due ambiti si trova, poi, il peculiare caso del Trattato sulla Carta dell'Energia (ECT)[40]. Questo rappresenta un accordo multilaterale di cui sono parti sia l'UE, in qualità di organizzazione regionale di integrazione economica (REIO), che gli Stati membri (tutti eccetto l'Italia, uscita nel 2016), insieme ad altri 25 Stati terzi[41]. Si tratta, quindi, di un accordo *extra*-UE. Tuttavia, le clausole in materia di protezione degli investimenti ivi contenute sono state interpretate dai tribunali arbitrali ISDS come vincolanti reciprocamente anche gli Stati membri tra di loro[42], attribuendo all'accordo anche una connotazione *intra*-UE.

---

[38] Quelli conclusi dalla Germania con il Portogallo e con la Grecia, conclusi prima dell'ingresso dei due Paesi e rimasti in vigore dopo l'adesione.

[39] Secondo UNCTAD, nel 2018 erano esistenti 174 BIT tra Stati membri. *Cfr. Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases*, in *IIA Issues Notes*, Issue 3, dicembre 2018, disponibile al link https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1193/fact-sheet-on-intra-european-union-investor-state-arbitration-cases (ultimo accesso 16/8/2022). Nel documento è possibile trovare anche tutti i casi *intra*-UE conosciuti, al 31 luglio 2018.

[40] Atto finale della Conferenza sulla carta europea dell'energia - Allegato 1: Il trattato sulla Carta dell'energia - Allegato 2: decisioni riguardanti il trattato sulla Carta dell'energia, in *G.U.U.E.* L 380 del 31 dicembre 1994, p. 24 e ss.

[41] L'ECT è attualmente in corso di revisione (Consiglio, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – Adoption*, 2 luglio 2019, 10745/19 ADD 1). Per il testo negoziato, si veda il documento del Consiglio WK 9218/2022 INIT LIMITE, del 27 giugno 2022, reso disponibile al link https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (ultimo accesso 28/12/2022). Tuttavia, nonostante gli sforzi negoziali da parte dell'UE, molti Stati membri hanno recentemente annunciato l'intenzione di voler uscire dall'accordo e tre di loro, (Germania Francia e Polonia), hanno già notificato la denuncia. Sul punto, si veda Eckes e Ankersmit, *Member States Hold all the Necessary Bargaining Power to Decide the Future of the Energy Charter Treaty, Not the European Union*, in *European Law Blog*, 18 ottobre 2022, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2022/10/18/member-states-hold-all-the-necessary-bargaining-power-to-decide-the-future-of-the-energy-charter-treaty-not-the-european-union/ (ultimo accesso 29/01/2023); Tropper, *Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 novembre 2022, disponibile al link https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/ (ultimo accesso 29/01/2023); Eckes, Main-Klingst e Schaugg, *Why a coordinated withdrawal from the Energy Charter Treaty is inevitable*, in *EURACTIV*, 24 gennaio 2023, disponibile al link https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/why-a-coordinated-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-is-inevitable/ (ultimo accesso 29/01/2023); Klabbers, *A Moral Holiday – Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *ESIL Reflection*, Vol 11, Issue 6, disponibile al link https://esil-sedi.eu/esil-reflection-a-moral-holiday-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/#_ftn1 (ultimo accesso 29/01/2023).

[42] Al di là delle questioni circa l'applicazione della giurisprudenza *Achmea* e del principio di autonomia all'arbitrato ISDS del ECT, che si affronteranno meglio nelle pagine a venire, bisogna osservare che l'applicazione della clausola compromissoria *ex* art. 26 ECT alle controversie *intra*-UE è stata più volte contestata in giudizio dallo Stato membro convenuto (e dalla Commissione, quando intervenuta come *amicus curiae*) sulla base dell'argomento *ratione personae*, secondo il quale una controversia potrebbe sorgere solo tra un investitore e una Parte del ECT diversa da quella a cui appartiene l'investitore stesso. Secondo questo

È a partire da questo quadro che nel corso degli anni è venuto sviluppandosi un ampio dibattito circa la compatibilità degli accordi *intra*-UE con il diritto UE. La Commissione, in particolare, è stata la più grande oppositrice dei BIT tra Stati membri, tanto da intraprendere una procedura d'infrazione contro cinque Stati membri (Austria, Svezia, Romania, Paesi Bassi e Slovacchia)[43], affinché terminassero i BIT *intra*-UE di cui erano parte. Secondo la Commissione, la portata sostanziale degli accordi e quella del diritto primario UE si sovrapponevano, creando un sistema normativo parallelo e portando alla conseguente incompatibilità del BIT con il principio di non discriminazione e con il divieto posto dall'art. 344 TFUE[44]. Alla base della posizione della Commissione c'era la considerazione che, una volta avvenuta l'adesione all'UE da parte degli Stati parti dei BIT, questi ultimi avessero perso la loro utilità, poiché all'interno del mercato unico investimenti e investitori sono già sufficientemente tutelati[45]. Dal canto loro, anche gli Stati membri si sono dimostrati sensibili al tema. Pur senza esprimersi sulla presunta incompatibilità dei BIT *intra*-UE, nel 2016 cinque Stati membri hanno presentato una proposta per la terminazione coordinata degli accordi da

argomento verrebbe a mancare la riconducibilità di attore e convenuto a due Parti diverse del ECT, poiché anche l'UE è parte del ECT (in qualità di organizzazione regionale di integrazione economica). Infatti, la "zona" dell'UE, in quanto REIO, si estende fino a coprire le "zone" dei singoli Stati membri che la compongono, inglobandone, così, anche gli investitori (secondo una lettura combinata delle definizioni di cui all'art. 1, nn. 10 e 7, e dell'art. 10, par. 1, ECT). Tuttavia, questo argomento non è mai stato accolto dai tribunali arbitrali. Per un caso recente, si veda, per esempio, *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135 – Award del 16 giugno 2022, parr 173-195. Sul punto, si veda Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, in Berramdane e Trochu (a cura di), *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, Bruxelles, 2021, p. 43 e ss., pp. 85-88.

[43] La lettera di messa in mora è stata inviata il 18 giugno 2015, si veda la scheda informativa Commissione, *Pacchetto infrazioni di giugno: decisioni principali*, 18 giugno 2015 disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/MEMO_15_5162 (ultimo accesso 23/08/2022). Per un commento, si veda Dahlquist, Lenk e Rönnelid, *The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden*, in *Sieps European Policy Analysis*, N. 4, 2016, disponibile al link https://www.sieps.se/en/publications/2016/the-infringement-proceedings-over-intra-eu-investment-treaties--an-analysis-of-the-case-against-sweden-20164epa/ (ultimo accesso 23/08/2022). La procedura si è fermata al parere motivato, di cui in Commissione, *Pacchetto infrazioni di settembre: decisioni principali*, 29 settembre 2016, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/MEMO_16_3125 (ultimo accesso 23/08/2022). Infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, la sentenza *Achmea* ha cambiato le carte in tavola, rendendo superflua la procedura d'infrazione in esame.

[44] *Ivi*, pp. 2-6.

[45] La Commissione ha sostenuto questo argomento sin dal 2006; *cfr.* Consiglio, ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882, Economic and Financial Committee, *Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments* (2006), p. 7. La tutela offerta dalle norme interne esistenti di diritto UE viene illustrata più nel dettaglio in comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra*-UE, COM(2018) 547 final.

parte di tutti gli Stati membri e per l'istituzione di nuovi strumenti comuni di tutela degli investimenti[46].

Contestualmente, giurisprudenza arbitrale e dottrina affrontavano la questione della compatibilità tra BIT *intra*-UE e diritto UE dal punto di vista del diritto internazionale, esplorando la relazione tra questi alla luce degli artt. 30 e 59 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (CVDT)[47]. Al centro vi era quindi il tema della sovrapposizione e identità *ratione materiae* ("*same subject matter*") tra i due regimi normativi, e la conseguente possibilità di ritenere i BIT estinti o sostituiti dalle norme sul mercato unico. Nonostante la (almeno) parziale sovrapposizione dei due regimi normativi, questo argomento non ha mai trovato successo, e non ha portato alla fine dei BIT. Nel dibattito dottrinale, però, si sono accessi i riflettori anche su un altro possibile profilo di attrito, ossia quello giurisdizionale (già considerato dalla Commissione nella procedura d'infrazione sopra menzionata)[48]. Dalle norme sostanziali contenute nei BIT, il dibattito si è dunque spostato sulla questione della competenza a dirimere le controversie tra investitore e Stato all'interno di un contesto *intra*-UE. L'attenzione si è così concentrata su di uno specifico aspetto dei BIT: il meccanismo ISDS. Questo è il tema su cui è incardinata la vicenda che ha dato origine alla sentenza

[46] *Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*, 7 aprile 2016, disponibile al link http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2016/05/The-AFFGN-non-paper-160515.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).

[47] I primi esempi di prassi si hanno già anni prima, si veda *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award del 27 marzo 2007, parr. 159-180; *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL – Award on Jurisdiction del 6 giugno 2007, parr. 59-66; *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension del 26 ottobre 2010, parr. 231-277. In dottrina, si veda Reinisch, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, no. 2, 2012, p. 157 e ss., Eilmansberger, *Bilateral investment treaties and EU law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 2, 2009, p. 383 e ss., pp. 399-401, e Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 1, 2011, p. 63 e ss.

[48] Nel 2011, per esempio, Dimopoulus, dopo un'attenta analisi, esclude l'esistenza di un'incompatibilità tra disciplina sostanziale dei BIT e diritto UE (salvo certe situazioni limite), ma sostiene l'incompatibilità dell'ISDS con l'autonomia del diritto UE, nella misura in cui non è prevista (o comunque assicurata) la possibilità di sottoporre il caso alla CGUE, qualora vengano in rilievo questioni attinenti all'interpretazione del diritto UE; Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, op. cit. Sul punto, si veda anche Von Papp, op. cit. Partendo da una posizione simile, vari autori hanno sostenuto l'opportunità di permettere all'arbitrato ISDS di espletare il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, così da superare il contrasto con l'autonomia del diritto UE. *Cfr. Ivi*, pp. 1066-1081, Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, no. 4, 2015, p. 367 e ss., Hindelang, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, Issue 2, 2012, p. 179 e ss., pp. 201-205.

Achmea, la quale ha portato alla deflagrazione della tensione esistente tra BIT e diritto UE, facendo emergere il contrasto tra ISDS e autonomia (giurisdizionale) del diritto UE.

Prima di esaminare nel dettaglio questo tema, è bene premettere che, nel periodo pre-*Achmea*, l'arbitrato ISDS in generale era già al centro del dibattito, sia giuridico che politico, per motivi non direttamente attinenti all'autonomia del diritto UE. Infatti, il dibattito sulla legittimità politica e giuridica dell'arbitrato investitore-Stato ha trovato ampio spazio all'interno del contesto UE e di quello degli Stati membri. Al centro delle critiche sono stati soprattutto i negoziati del TTIP e del CETA, che si stavano svolgendo in quel momento storico. Il dibattito è stato particolarmente sentito e partecipato, con risvolti giuridici e giudiziari non indifferenti[49].

III.1.3. L'azione dell'UE nell'ambito degli accordi di protezione investimenti.

È proprio per affrontare le questioni di legittimità dell'arbitrato investitore-Stato sopra riportate che la Commissione si è mossa nel plasmare la neo-nata politica UE in ambito di investimenti, una volta che l'UE si è sostituita agli Stati membri nella competenza in materia, partendo dal TTIP e dal CETA[50]. Infatti, la Commissione ha dato forma ad un modello di

[49] Il dibattito ha visto anche momenti di scontro diretto tra società civile e Commissione, con il coinvolgimento della CGUE. Nel 2014 è stata registrata un'iniziativa legislativa da parte dei cittadini dell'Unione volta a interrompere i negoziati del TTIP, rigettata dalla Commissione; *cfr*. Robert, *Commission opposes European Citizens' Initiative against TTIP*, in *Euractive*, 12 settembre 2014, disponibile al link https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/commission-opposes-european-citizens-initiative-against-ttip/ (ultimo accesso 23/08/2022). La decisione di rigetto della Commissione è stata impugnata davanti al Tribunale, che l'ha annullata; in sentenza del Tribunale del 10 maggio 2017, *Michael Efler e a. contro Commissione europea*, Causa T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323. Vi è poi stata l'impugnazione, da parte dell'ONG ClientEarth, della decisione della Commissione con cui questa rifiutava l'accesso a documenti contenenti una valutazione di compatibilità dell'ISDS previsto dal CETA con il diritto UE. In questo caso, la CGUE ha confermato la validità della decisione, in entrambi i gradi di giudizio; in sentenza della Corte 19 marzo 2020, *ClientEarth contro Commissione europea*, causa C-612/18 P, cit.

[50] In questo senso, la Commissione ha parlato di un "new approach", sulla scorta dei risultati della consultazione pubblica lanciata nel 2014, in concomitanza con i negoziati con USA e Canada. Si veda il Concept Paper della Commissione, *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 5 maggio 2015, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (ultimo accesso 23/08/2022); Commissione, 13 gennaio 2015, SWD(2015) 3 *final Report Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*; risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2015 recante le raccomandazioni del Parlamento europeo alla Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP) (2014/2228(INI)), in *G.U.U.E.* C 265 dell'11 agosto 2017, p. 35 e ss. Sulla riforma dell'ISDS nei negoziati dei nuovi accordi dell'UE come risultato del dibattito pubblico, si veda Reinisch, *The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court*, in De Mestral (a cura di), *Second Thoughts Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, 2017, Centre for International Governance Innovation, p. 333 e ss., pp. 338-342. La nuova proposta non ha placato del tutto le polemiche. Si veda, per esempio, Regional Group of the International Association of Judges, *Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the*

meccanismo ISDS innovativo, chiamato *Investment Court System* (ICS)[51], che è riuscita ad inserire all'interno di vari accordi commerciali e di protezione degli investimenti negoziati con i propri partner internazionali, a partire dal CETA[52]. Dal punto di vista del *design* istituzionale, le principali caratteristiche del nuovo modello ICS consistono nella creazione di una doppia istanza di giudizio, tramite l'istituzione di un meccanismo di appello davanti al quale impugnare i lodi emessi in prima istanza, e nella procedura di nomina degli arbitri, basata su una lista di nomi pre-scelti dal Comitato congiunto, cioè dalle Parti dell'accordo, e non dalle parti della controversia. In questo modo si supera il tradizionale modello di arbitrato *ad hoc*. Inoltre, i capitoli sulla protezione degli investimenti contengono disposizioni volte a limitare l'impatto sul "*right to regulate*" e a rimediare ai principali difetti dell'arbitrato investitore-Stato, ossia i motivi delle critiche a questo rivolte[53]. Sarà proprio l'ICS contenuto

European Commission on a new Investment Court System, Parigi, 9 novembre 2015, disponibile al link https://ala.org.es/wp-content/uploads/2017/02/Statement-European-Association-of-Judges.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).

[51] Per usare le parole dell'AG Bot: "[i]l modello adottato è, sotto vari aspetti, caratterizzato da taluni tratti originali che gli conferiscono un carattere ibrido, una forma di compromesso fra un tribunale arbitrale e una corte internazionale. Pertanto, l'approccio scelto dall'Unione nell'ambito del CETA è quello di un'istituzionalizzazione e di un processo di giurisdizionalizzazione della procedura di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, che riflette un equilibrio fra tradizione e innovazione in materia di arbitrato di investimento", in conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punto 18. Dal punto di vista del *design* istituzionale, le principali caratteristiche del nuovo modello ICS consistono nella creazione di una doppia istanza di giudizio, tramite l'istituzione di un meccanismo di appello davanti al quale impugnare i lodi emessi in prima istanza, e la procedura di nomina degli arbitri, basata su una lista di nomi pre-scelti dal Comitato congiunto, cioè dalle Parti dell'accordo, e non dalle parti della controversia. In questo modo si supera il tradizionale modello di arbitrato *ad hoc*.

[52] Come noto, i negoziati del TTIP sono naufragati per motivi di politica internazionale. Il nuovo approccio ha però plasmato il capitolo sugli investimenti del CETA, e poi altri accordi a seguire. Oltre ai già citati EUSIPA e EUSVIPA, sembra prevedere l'istituzione di un ICS anche l'accordo di principio negoziato con il Messico, per la modernizzazione del precedente *Global Agreement* (in vigore dal 2000); il testo dell'accordo di principio è consultabile al link https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en (ultimo accesso 29/01/2023). Nella stessa direzione potrebbe andare anche l'accordo con il Cile, attualmente in fase di negoziazione; *cfr.* Consiglio, *EU-Chile Modernised Association Agreement Directives for the negotiation of a Modernised Association Agreement with Chile*, 8 novembre 2017, 13553/17 ADD 1; il testo risultante dalle negoziazioni finora condotte è consultabile al link https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en (ultimo accesso 29/01/2023). Bisogna notare che, anche una volta superati gli scogli negoziali con gli Stati terzi partner, la sorte degli IPA rimane comunque legata alla ratifica da parte degli Stati membri. Attualmente, EUSVIPA, EUSIPA e CETA devono ancora essere ratificati rispettivamente da 15, 14 e 10; *cfr.* Commissione, *Overview of FTA and Other Trade Negotiations*, disponibile al link https://circabc.europa.eu/rest/download/a7aab8e0-085d-4e36-826f-cbe8e913cf13 (ultimo accesso 29/01/2023). Recentemente, la Corte suprema irlandese ha dichiarato la ratifica del CETA incompatibile con la Costituzione irlandese, nella sentenza della Corte suprema dell'11 novembre 2022, *Costello -v- The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, 2021 No.1282 P. Secondo i Giudici irlandesi che si sono espressi per l'incompatibilità (4 a 3), la ratifica sarebbe comunque possibile, a seguito di una modifica del diritto interno (*Arbitratio Act*, 2010). Per un commento, si veda Doyle, *Trojan Horses and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog*, 23 novembre 2022, disponibile al link https://verfassungsblog.de/trojan-horses-and-constitutional-identity/ (ultimo accesso 29/01/2023).

[53] Per un'analisi più dettagliata, si rimanda a Lenk, *An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the*

nel CETA (ed alcune di queste sue disposizioni) ad essere sottoposto allo scrutinio della Corte, nel parere 1/17. Inoltre, L'UE sta partecipando attivamente ai lavori di riforma dell'ISDS che si stanno svolgendo in seno al Working Group III dell'UNCITRAL[54]. La proposta dell'UE consiste nella creazione di una corte multilaterale per gli investimenti (MIC), cioè un foro unico che replicherebbe a livello globale il modello dell'ICS[55], sostituendosi ai singoli ICS istituiti dai vari accordi già conclusi[56].

Quanto detto può essere letto alla luce degli obiettivi, principi e valori che guidano la Politica Commerciale Comune (PCC)[57] dell'UE e la sua azione esterna in generale. In particolare, l'art. 206 TFUE dispone che l'UE debba contribuire alla liberalizzazione del commercio

Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, in *European Papers*, Vol. 1, No. 3, 2016, p. 665 e ss., Dickson-Smith, *Does the European Union Have New Clothes? Understanding the EU's New Investment Treaty Model*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 17, 2016, p.773 e ss., Van Duzer, *Investor-state Dispute Settlement in CETA: Is it the Gold Standard?*, in *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, No. 44, 2016, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2860319 (ultimo accesso 23/11/2022), Ohler, *Democratic Legitimacy and the Rule of Law in Investor-State Dispute Settlement under CETA*, in Bungenberg, Krajewski, Tams, Terhechte, e Ziegler (a cura di*), European Yearbook of International Economic Law 2017*, Springer, Cham, 2017, p. 227 e ss., Hindelang e Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court. Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, European Parliament Think Thank, 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_STU%282017%29603844, (ultimo accesso 23/08/2022), Puccio e Harte, *From arbitration to the investment court system (ICS). The evolution of CETA rules*, European Parliamentary Research Service, 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2017)607251 (ultimo accesso 23/08/2022), Lévesque, T*he European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?*, in De Mestral (a cura di), op. cit., p. 59 e ss., e Pantaleo, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, Asser Press, Springer, L'Aia, 2019, pp. 69-96.

[54] I documenti inerenti all'andamento dei lavori sono disponibili al link https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (ultimo accesso 29/01/2023).

[55] Consiglio, Direttive di negoziato relative a una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, 1° marzo 2018, 12981/17 ADD 1 DCL 1; Assemblea Generale ONU, *Reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union and its Member States*, 24 gennaio 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1. Per un esame dettagliato della proposta, si rimanda a Bungenberg e Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, Springer Open, 2020, disponibile al link https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/23089 (ultimo accesso 23/08/2022). Si veda anche Zelazna, *The EU's Reform of the Investor-State Dispute Resolution System: A Bilateral Path towards a Multilateral Solution*, in *Geneva Jean Monnet Working Papers* 06/2019, disponibile al link https://www.ceje.ch/files/8516/0406/5822/ZELAZNA-final.pdf (ultimo accesso 23/08/2022). Gli sforzi negoziali dell'Unione volti all'istituzione di un MIC incontrano le resistenze di molti Stati terzi, tra cui USA, Cina, Russia e Giappone. Sull'argomento, si veda Svoboda, *UNCITRAL Working Group III and Multilateral Investment Court – Troubled Waters for EU Normative Power*, in *European Investment Law and Arbitration Review* Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 104 e ss.; Broude e Haftel, *The growing pains of actorness: the European Union in global investment governance*, in *Journal of European Integration*, Vol. 44, Issue 5, 2022, p. 749 e ss.

[56] Questi accordi contengono un'apposita clausola in questo senso, si veda ad esempio l'art. 8.29 del CETA, con il quale le Parti si impegnano tra loro a cooperare per la creazione del MIC, che, una volta istituito, sostituirebbe l'ICS del CETA.

[57] Sugli obiettivi della PCC con riferimento alla politica sugli investimenti, si veda il capitolo IV di Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 195 e ss.

mondiale e degli investimenti[58], mentre l'art. 207, par. 1, TFUE richiama i principi ed obiettivi dell'azione esterna, di cui agli artt. 3, par. 5, e 21, TUE. Questi, a loro volta, a più riprese fanno riferimento alla liberalizzazione degli scambi[59], ma citano anche il contributo dell'UE allo sviluppo del diritto internazionale[60] ed alla promozione di soluzioni multilaterali (in particolare nel contesto ONU)[61], nonché al rispetto ed alla promozione dei valori fondativi dell'UE, tra cui lo Stato di diritto[62]. Gli sforzi dell'UE per una riforma del diritto internazionale della protezione degli investimenti (a partire dai meccanismi ISDS), condotti sia a livello dei nuovi accordi bilaterali sia a livello UNCITRAL, sembrano andare nella direzione indicata da queste disposizioni dei Trattati[63].

III.2. La saga *Achmea*: l'incontro tra meccanismi ISDS e principio di autonomia.

Con la sentenza *Achmea* del 2018, la giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale incontra l'ISDS, decretando l'incompatibilità del meccanismo ISDS in esame con l'autonomia del diritto UE, in un contesto *intra*-UE. Il caso ha segnato una svolta nel dibattito sul rapporto tra diritto UE e accordi di investimento, concentrando le attenzioni dei vari attori - Commissione,

---

[58] Come nota Dimopoulos, la formulazione della norma indica che l'obiettivo di liberalizzazione debba essere considerato come vincolante l'azione dell'UE in questo ambito; Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, op. cit., pp. 205-207.

[59] L'art. 3, par. 5, TUE parla di "commercio libero ed equo", mentre l'art. 21, par. 2, lett. e), TUE parla di "progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali".

[60] Art. 3, par. 5, TUE.

[61] Art. 21, par. 1, TUE.

[62] Artt. 3, par. 5, e 21, parr. 1 e 2, lett. B), TUE. Sugli accordi commerciali dell'UE come strumento per la promozione del valore dello Stato di diritto, si veda Rabinovych, *EU Free Trade Agreements as an Instrument of Promoting the Rule of Law in Third Countries: A Framework Paper*, in Bungenberg, Krajewski, Tams, Terhechte, e Ziegler (a cura di*)*, op. cit., p. 469 e ss. Più in generale, sulla promozione del valore nell'azione esterna dell'UE, si veda Pech, *Rule of law as a guiding principle of the European Union's external action*, in *CLEER Working Papers 2012/3*, disponibile al link https://www.asser.nl/cleer/publications/cleer-papers/cleer-wp-20123-pech/ (ultimo accesso 12/11/2022).

[63] *Cfr.* Hillion e Wessel, *The European Union and International Dispute Settlement: Mapping Principles and Conditions*, in Cremona, Thies e Wessel (a cura di), *The European Union and International Dispute Settlement*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 7 e ss., p. 24. Secondo alcuni, nel bilanciamento tra liberalizzazione degli scambi e promozione dello Stato di diritto nelle relazioni internazionali, l'ICS propende per il primo obiettivo, a scapito del secondo, almeno se si prende in considerazione uno standard di protezione del valore corrispondente a quello utilizzato sul piano interno, basato sugli artt. 20 e 47 CDF. In questo senso, si veda in particolare Damjanovic e de Sadeleer, *Values and objectives of the EU in light of Opinion 1/17: 'Trade for all', above all*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, disponibile al link https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2020.24 (ultimo accesso 12/11/2022). Secondo altri, bisognerebbe fare riferimento alla nozione di "*international rule of law*", che presuppone standard di rispetto del valore diversi rispetto a quelli validi internamente. In quest'ottica si veda Brown, il quale argomenta che il modello di MIC proposto dall'UE (che si ispira all'ICS) contribuirebbe effettivamente alla promozione di tale valore; in Brown, *The contribution of the European Union to the rule of law in the field of international investment law through the creation of a Multilateral Investment Court*, in *European Law Journal*, Vol. 27, 2021, p. 96 e ss. Sulla nozione di "*international rule of law*", si veda Watts, *International rule of law*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, p. 15 e ss.

Stati membri e tribunali arbitrali - sul meccanismo ISDS. Da questo caso sono sorti importanti interrogativi sull'applicazione del principio di autonomia all'ISDS, interrogativi che la Corte ha affrontato poi in una serie di casi successivi. È già stato chiarito che *Achmea* ha ad oggetto il meccanismo ISDS contenuto in un BIT tra due Stati membri (Paesi Bassi e Slovacchia). Tuttavia, come è possibile anticipare fin da ora, le conseguenze della sentenza si estendono fino a toccare situazioni riconducibili a contesti diversi rispetto a quello della controversia in esame. A seguito della pronuncia, infatti, ci si è chiesti quale fosse la portata di *Achmea* nel contesto *extra*-UE, quindi con riguardo ai meccanismi ISDS contenuti negli accordi dell'UE con Paesi terzi. Il parere 1/17 del 2019 (richiesto nel 2017) affronta proprio questa questione. In alcune pronunce successive, invece, la Corte chiarisce le conseguenze di *Achmea* nel contesto *intra*-UE. Si tratta, in particolare, della sentenza *Repubblica di Moldavia*[64] e del parere 1/20[65], che estendono *Achmea* alle situazioni di applicazione *intra*-UE dell'ECT, della sentenza *PL Holdings*[66], che riguarda un compromesso arbitrale *ad hoc* tra Stato membro e investitore, e della sentenza *European Food*[67], in cui la saga *Achmea* incontra e si intreccia con la saga *Micula*[68].

Nei paragrafi seguenti si procederà ad analizzare approfonditamente le pronunce menzionate. In particolare, verrà condotta una trattazione minuziosa della sentenza *Achmea* e del parere 1/17, i quali segnano i due momenti maggiormente significativi nella dinamica del rapporto tra autonomia e ISDS. Come si vedrà, le due pronunce hanno avuto esito opposto. Infatti, se in *Achmea* la Corte conclude per l'incompatibilità del tribunale arbitrale, nel parere 1/17, invece, il meccanismo ISDS in esame supera il test di compatibilità con il principio. In vista di ciò, tali casi devono essere considerati come i due punti di riferimento della giurisprudenza sul principio di autonomia nel contesto ISDS, rappresentando l'uno il contraltare dell'altro. Dalla loro analisi, dunque, emergeranno i dati più significativi quanto all'applicazione del principio a questa particolare fattispecie di giurisdizione esterna.

L'esame degli altri quattro casi menzionati (ossia *Repubblica di Moldavia*, parere 1/20, *PL Holdings* e *European Food*), invece, si presta a considerazioni più di dettaglio e circostanziate, in relazione all'applicazione del principio di autonomia in questo contesto.

---

[64] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC, succeduta alla Energoalians*, causa C-741/19, cit.

[65] Parere della Corte del 16 giugno 2022, parere 1/20, cit.

[66] Sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit.

[67] Sentenza della Corte del 25 gennaio 2022, *Commissione europea contro European Food SA e a.*, causa C-638/19 P, cit.

[68] Per una sintetica descrizione della vicenda oggetto della saga *Micula*, si veda *infra*

III.2.1. La sentenza *Achmea*.

Con la sentenza *Achmea*, la Corte (in Grande Sezione) risponde alle domande quanto all'interpretazione degli artt. 267 e 344 TFUE[69], sottopostele dalla Corte federale di giustizia tedesca tramite il rinvio pregiudiziale espletato nell'ambito del procedimento di impugnazione (in secondo grado) del lodo emesso dall'arbitrato investitore-Stato, nella controversia sorta tra un investitore olandese e la Slovacchia nell'ambito del BIT tra questi due Stati membri[70].

Sotto la lente della Corte è, in particolare, la clausola compromissoria su cui si basa la giurisdizione dell'arbitrato (art. 8 del BIT). Come si vedrà di seguito, la verifica della compatibilità di tale clausola avviene per mezzo di un apposito test in tre passaggi. Prima di

[69] Il rinvio verte anche su una terza domanda, circa la compatibilità della clausola compromissoria in esame con il principio di non discriminazione *ex* art. 18 TFUE. Tenuto conto della risposta alle prime due domande, la Corte non ritiene di rispondere alla terza; sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 61.

[70] Per il commento al caso, si veda Melchionda, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, n. 3, p. 337 e ss.; Fumagalli, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, Fascicolo 3, p. 896 e ss.; Hillebrand Poh, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, 2018, p. 767 e ss.; Bilanova e Kudrna, *Achmea: the end of investment arbitration as we know it*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018, p. 261 e ss.; Barausova, *Slovak Republic v. Achmea from a public international law perspective: is state consent to arbitrate under intra-EU BITs still valid?*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018 Vol. 3, Issue 1, p. 129 e ss.; Gourgourinis, *After Achmea: maintaining the EU law compatibility of intra-EU bits through treaty interpretation*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018, p. 282 e ss.; Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 4, 2018, p. 688 e ss.; Gáspár-Szilágyi, *It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, Vol. 3, no. 1, 2018, p. 357 e ss.; Gaillard, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, in *Revue critique de droit international privé*, 2018, n. 3, p. 616 e ss.; Munari e Cellerino, *EU law is alive and healthy: The Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *SIDIBlog*, 17 aprile 2018, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/ (ultimo accesso 26/08/22); Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 383 e ss.; Andenas e Contartese, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, Vo. 56, Issue 1, 2019, p. 157 e ss.; Centeno Huerta e Kuplewatzky, *On Achmea, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and What Lies Ahead*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p. 61 e ss.; Eckes, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p 79 e ss.; Cellerino, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and... "less" on its impact on the ICS*, in *The European Legal Forum*, 2019, Issue 4, p. 1 e ss.; Candelmo, *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XIV, no. 2, 2019, p. 447 e ss.; Briguglio, *Achmea and the Day after Achmea*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2018, p. 504 e ss.; Andolfi, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2019, no. 1, p. 136 e ss.; Biondi e Sangiuolo, *Three years after Achmea: What is said, what is unsaid, and what could follow*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, p. 14 e ss.

procedere con la sua valutazione, però, la Corte illustra la premessa su cui fonda la propria valutazione. Anche in *Achmea*, infatti, come nelle pronunce precedenti, è possibile trovare un cappello teorico, in cui la Corte spiega le fondamenta teoriche dell'autonomia[71]. In questi punti della sentenza[72], dunque, vengono introdotti i due pilastri del ragionamento della Corte. Da una parte c'è il principio di autonomia giurisdizionale, a cui attiene il test sopra menzionato, dall'altra due principi attinenti allo *status* di Stato membro ("*membership*")[73]: il principio di leale cooperazione e quello di reciproca fiducia.

Nei paragrafi seguenti si vedrà quale ruolo hanno giocato questi principi all'interno del ragionamento che ha portato la Corte a concludere per l'incompatibilità dell'arbitrato in esame.

III.2.1.1. Segue. Il test compatibilità con l'autonomia giurisdizionale e la differenza tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato.

Il cappello teorico si conclude ponendo l'accento sull'importanza del sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE e, in modo particolare, del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE[74], al fine di "[…] 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"[75]. Su questa premessa, la vicenda *Achmea* entra a pieno titolo nella giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale. Il parametro di compatibilità dell'ISDS in esame, quindi, consiste nell'autonomia giurisdizionale del diritto UE. La valutazione di compatibilità viene svolta nella seconda parte del ragionamento, secondo un test in tre passaggi.

Il primo passaggio del test riguarda l'esistenza di una competenza del tribunale arbitrale ad esprimersi sull'interpretazione o applicazione del diritto UE, nell'espletamento delle proprie funzioni arbitrali. La risposta è affermativa, in virtù del tenore letterale dell'art. 8, par. 6, del BIT, in base al quale la controversia deve essere risolta tenendo conto del diritto della parte contraente e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti. Quindi, secondo la Corte, il diritto

[71] *Supra*, Paragrafo I.2.4.
[72] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 33-37.
[73] Per una panoramica sulle principali implicazioni giuridiche della "*membership*", si veda Craig, *EU Membership: Formal and Substantive Dimensions*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 22, 2020, p. 1 e ss.
[74] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 35-36.
[75] *Ivi*, punto 37. Nulla di nuovo: la Corte sta ripetendo quanto già affermato nel parere 2/13 e nei casi precedenti.

UE potrebbe potenzialmente[76] essere applicato dall'arbitrato sia come parte del diritto nazionale, in questo caso della Slovacchia, sia come diritto internazionale pattizio che vincola Slovacchia e Paesi Bassi[77]. Qui, dunque, si trova il punto di contatto tra la giurisdizione terza costituita dal tribunale arbitrale ed il diritto UE[78].

Stabilito ciò, il secondo passaggio consiste nel valutare se il tribunale arbitrale possa o meno fare rinvio alla CGUE, qualora si trovasse effettivamente a dover interpretare il diritto UE. In questo caso, la risposta è negativa: il tribunale arbitrale non è una "giurisdizione di uno degli Stati membri" *ex* art. 267 TFUE. Il problema non sta tanto nella qualificazione del tribunale arbitrale come "giurisdizione", quanto nella possibilità di attribuirne l'origine ad "uno degli Stati membri"[79]. Secondo la Corte, invero, la *ratio* stessa di una clausola compromissoria come quella su cui si basa la giurisdizione dell'arbitrato ISDS in esame consiste nel suo carattere derogatorio rispetto ai rimedi offerti dal sistema giurisdizionale nazionale dei due Stati membri[80]. Questa posizione non viene argomentata oltre, ma va nello stesso senso di quanto già affermato nel parere 2/15[81]. Inoltre, essa risulta in linea con il comune intendimento circa la *ratio* dell'arbitrato investitore-Stato[82]. Di conseguenza, il tribunale arbitrale non è una giurisdizione "di uno degli Stati membri"[83]. A questo punto, la questione diventa quella di capire se l'arbitrato possa considerarsi come *giudice comune* ai due Stati

[76] La Corte non ritiene rilevante se il tribunale ISDS abbia o meno interpretato il diritto UE nel caso di specie. Ai fini del test, ciò che conta è la possibilità astratta che avvenga, a causa della formulazione della norma del BIT. Per una critica sul punto, si veda Gaillard, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, op. cit., pp. 625-626.

[77] In questo stesso senso si sono espressi anche alcuni tribunali arbitrali, tra cui quello in *Achmea*: "Tribunal considers that in principle EU law appears to fall within the scope of the first two and the last of these bullet points ('the law in force of the Contracting Party concerned'; 'other relevant Agreements between the Contracting Parties' and as part of 'the general principles of international law')", in *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, cit., par. 289. *Cfr.* Von Papp, op. cit., p. 1039-1040.

[78] Per un approfondimento sul punto, si veda *infra*, Paragrafo III.2.1.3.

[79] La sentenza non si sofferma sulla qualificazione di "giurisdizione", che la Corte non pare mettere in discussione. L'AG Wathelet si era speso in un dettagliato esame che confermava la sussistenza di tutti i requisiti (tratti dalla giurisprudenza della CGUE) per la qualificazione di "giurisdizione" nel caso di specie; in conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, punti 90-131. In dottrina, nello stesso senso dell'AG anche Von Papp, op. cit., pp. 1067-1072. La Corte, invece, passa direttamente alla seconda parte della condizione posta dall'art. 267 TFUE, concentrandosi su questa.

[80] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 45.

[81] *Supra*, Capitolo III, nota 32. *Cfr.* Andenas e Contartese, op. cit., p. 174, e Eckes, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, op. cit., p. 85.

[82] *Supra*, Paragrafo III.1.1.

[83] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 46.

membri. Come già per il TB nel parere 1/09[84], anche in questo caso la risposta è negativa, poiché mancherebbe comunque ogni legame con le giurisdizioni nazionali[85].

Il terzo passaggio del test, conseguente all'esito negativo del secondo, consiste nel verificare se sia possibile che una questione sorta nella controversia tra investitore e Stato, la quale verta sul diritto UE, arrivi comunque alla CGUE. Più precisamente, ci si chiede se, posto che il tribunale arbitrale ISDS non è una giurisdizione nazionale di uno Stato membro, i lodi da esso adottati possano essere sottoposti ad una giurisdizione nazionale, così da riportare la questione all'interno del sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TFUE[86]. A prima vista, la domanda sembra paradossale, nonché scontata nella sua risposta, visto che il caso consiste proprio in un rinvio alla Corte da parte del giudice tedesco. Tuttavia, a parere della Corte, ciò che conta è l'esistenza anche solo in potenza del rischio che una questione di interpretazione del diritto UE possa essere risolta al di fuori del sistema giurisdizionale previsto dai Trattati. Anche qui, come per quanto riguarda la rilevanza del diritto UE davanti al tribunale arbitrale, non si guarda allo specifico caso di specie, ma ai rischi per l'autonomia astrattamente arrecati dall'ISDS contenuto in un BIT come quello in esame. D'altronde – è bene ricordarlo – questo era l'atteggiamento già tenuto nel parere 2/13, in relazione alla violazione dell'art. 344

---

[84] *Supra* Paragrafo II.3.2. Si noti che, mentre nel caso del parere 1/09 il TB era legittimato a esperire il rinvio alla CGUE, ma mancavano gli strumenti per dare effettività a tale rinvio, nel caso in esame il problema è più basilare: si stratta di stabilire se il tribunale arbitrale possa o meno fare rinvio alla CGUE. Visto l'esito negativo alla domanda, la questione dell'effettività del rinvio non si pone neppure. Pertanto, non è dato sapere come la Corte si sarebbe espressa a riguardo, né se sarebbe bastato permettere il rinvio al tribunale arbitrale per garantirne la compatibilità con il diritto UE.

[85] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 47-48. Se l'estraneità dell'arbitrato ISDS alle giurisdizioni nazionali è palese, si poteva (forse) spiegare più approfonditamente i motivi per cui sarebbe da escludere la qualificazione di giurisdizione comune agli Stati membri, come la Corte Benelux. Nella dottrina precedente ad *Achmea*, alcuni avevano già affrontato il problema, sostenendo la diversità tra il caso di un tribunale arbitrale ISDS tra Stati membri e il caso del TB. *Cfr*. Hindelang, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, op. cit., pp. 204-205, e Von Papp, op. cit., pp. 1073-1074. Curiosamente, l'AG, pur sostenendo la possibilità di qualificare come giudice comune il tribunale arbitrale in esame, non approfondisce il punto (diversamente da quanto fatto circa la qualificazione di "giurisdizione"), ma sembra ritenere tale qualificazione come insita nell'essere "giurisdizione" istituita da due Stati membri (tramite accordo); AG, punti 127-130. In senso favorevole alla Corte, si veda Gaillard, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, op. cit., p. 627. Per una voce critica, si veda Iannuccelli, secondo cui la Corte avrebbe dovuto adottare un approccio estensivo nell'applicare la nozione di organo giurisdizionale al caso in esame, così da far rientrare la soluzione delle controversie Stato-investitore *intra*-UE all'interno del sistema giurisdizionale interno, permettendo il rinvio alla Corte da parte del tribunale arbitrale. L'autore contesta, nello specifico, la scelta argomentativa e l'utilizzo dei precedenti citati, in questi passaggi della sentenza, da parte della Corte; in Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., pp. 293-295. Così anche Koutrakos, *The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, Issue 1, 2019, p. 41 e ss., pp. 57-58.

[86] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 50.

TFUE[87]. Siccome, stando al BIT, la possibilità che la questione arrivi alla CGUE non è garantita in ogni situazione, ma è legata al ricorrere di solo alcune determinate circostanze[88],

[87] *Supra*, Paragrafo II.4.2. L'analogia non consiste nel fatto che nei rispettivi casi di specie non si sia effettivamente verificata una violazione dell'autonomia giurisdizionale. Da questo punto di vista, *Achmea* e il parere 2/13 non sarebbero equiparabili, visto che il secondo è, appunto, un parere (dato a priori). Piuttosto, i due casi sono simili nella misura in cui i due testi degli accordi sottoposti all'attenzione della CGUE (BIT e progetto di accordo di adesione) permettono la possibilità che tale violazione si verifichi.

[88] Nello specifico, le circostanze sono quelle per cui la sede dell'arbitrato è fissata dalle Parti (secondo le regole UNCITRAL) all'interno di uno Stato membro (in questo caso a Francoforte sul Meno, in Germania) il cui diritto (*lex loci*, per l'arbitrato) permetta l'impugnazione del lodo per motivi comprendenti l'errata interpretazione del diritto UE. In questo modo, come avvenuto in *Achmea*, è possibile portare la questione davanti a un giudice nazionale il quale, se necessario, può rinviare alla CGUE. Lo stesso è possibile anche se ad essere chiesta in uno Stato membro è l'esecuzione del lodo, come nel caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20 (sul caso *Micula*, si rimanda a *infra*, Paragrafo III.2.5.), in cui l'esecuzione del lodo è stata chiesta in cinque Stati membri, tra i quali il Belgio, il cui giudice ha fatto rinvio alla CGUE, in causa C-333/19, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour d'Appel de Bruxelles (Belgio) il 24 aprile 2019, in *G.U.U.E.* C 220 del 1 luglio 2019, p. 24 e ss. Tuttavia, ciò potrebbe non accadere. Le parti potrebbero scegliere una sede arbitrale fuori dall'UE, e, comunque, l'investitore-ricorrente non è certo tenuto a cercare l'esecuzione del lodo in uno Stato membro (ancora, come in *Micula*, ma anche in altri casi, per esempio in *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30). Inoltre, non è detto che il diritto nazionale permetta l'impugnazione del lodo in maniera da sventare ogni possibile rischio per l'autonomia del diritto UE. Il diritto tedesco, per esempio, lo permette (*inter alia*) per violazione di ordine pubblico. Per la Corte, questo margine di controllo da parte di un giudice nazionale è "limitato" (anche se in questa occasione è risultato sufficiente); in sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 53. Da ultimo, bisogna notare che anche il diritto internazionale può mettersi di traverso. Se l'arbitrato seguisse le regole del Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie (ICSID), infatti, gli artt. 53 e 54 della Convenzione ICSID impedirebbe di impugnare il lodo arbitrale e, quindi, di arrivare alla CGUE: in questi casi, il giudice nazionale deve limitarsi a darvi esecuzione. Sui rischi rappresentati dal regime ICSID di cui a questi articoli, si veda Munari e Cellerino, op. cit., pp. 102 e 106, e Andenas e Contartese, op. cit., p. 182. In realtà, però, il punto non è del tutto pacifico. Quella riportata rappresenta l'interpretazione maggioritaria di queste disposizioni (per la prassi, si veda la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania* [2020] UKSC 5, parr. 68-86; per la dottrina, Broches, *Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution*, in *ICSID Review*, 1987, p. 320 e ss., Bermann, *Understanding ICSID Article 54*, in *ICSID Review*, 2020, p. 311 ss., e Zarra, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra-EU investments agreements. Reflections on treaty law Issues and on the EU's unsustainable position*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, Vol. 32, n. 4, 2018, p. 891 e ss., pp. 911-913). Tuttavia, nel caso *Micula*, i giudici degli Stati membri a cui è stata chiesta l'esecuzione hanno ritenuto di negarla, in contrasto con detta posizione maggioritaria; *ivi*, pp. 328-330. Proprio sul rapporto tra ICSID e diritto UE verte il rinvio del Belgio nella causa C-333/19, a cui la Corte ha risposto con l'ordinanza de 21 settembre 2022, *Romatsa e a.*, causa C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749. In tale ordinanza, la Corte non si esprime sul rapporto tra i due regimi normativi, ma si limita a ribadire quanto già affermato in precedenza: gli artt. 53 e 54 della Convenzione impediscono al giudice nazionale di esaminare la compatibilità del lodo con il diritto UE (*ivi*, punto 37). In questo modo, la Corte sembra confermare l'interpretazione maggioritaria delle norme ICSID in questione, ed è proprio in virtù di questa che i lodi ICSID rappresentano una minaccia per l'autonomia. Tornando al tema delle circostanze, si può notare come questo sia stato discusso approfonditamente dall'AG Wathelet, il quale, contrariamente dalla Commissione (le cui posizioni sono state poi accolte dalla Corte), considera i suddetti rischi come meramente ipotetici e, quindi, non problematici per l'autonomia l'AG; in conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 246-253. L'AG sembra comunque conscio dei problemi che sono suscettibili di porre gli artt. 53 e 54 della Convenzione ICSID (*ivi*, punto 253).

la Corte risponde negativamente alla domanda sopra posta[89]. Pertanto, l'arbitrato risulta essere in contrasto con il principio di autonomia giurisdizionale.

Per arrivare ad una simile conclusione, però, la Corte deve smarcarsi dalla giurisprudenza precedente, in particolare dal caso *Eco Swiss*[90], in cui essa aveva ritenuto sufficiente un controllo limitato di un lodo arbitrale da parte dei giudici nazionali degli Stati membri "[…] 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"[91]. Nel caso dell'arbitrato commerciale, infatti, la tutela delle "esigenze di efficacia del procedimento arbitrale"[92] giustifica un approccio più morbido. Vajda parla, a riguardo, di una "*soft jurisdictional autonomy*"[93]. Si tratta, cioè, di un'applicazione del principio di autonomia meno stringente, che permette un bilanciamento con altre esigenze (quali quelle legate ai benefici apportati da rimedi di risoluzione delle controversie alternativi)[94].

Ebbene, tale ammorbidimento del test risulta permesso dalle caratteristiche proprie dell'arbitrato commerciale. A dire della Corte, infatti, i due casi non sarebbero paragonabili. *Eco Swiss* riguarda un arbitrato commerciale tra due privati, basato quindi sull'autonomia privatistica delle parti. *Achmea*, invece, riguarda un arbitrato previsto da un accordo internazionale. Pertanto, esso è basato sull'autonomia negoziale di diritto internazionale pubblico, tramite il quale due 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"[95]. Tanto basta a differenziare i due casi[96].

---

[89] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 51-53. Nello stesso senso della Corte, ancor prima della sentenza *Achmea*, Von Papp, op. cit., pp. 1061-1065.

[90] Sentenza della Corte del 1° giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*, causa C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269. Per un commento al caso, si veda Komninos, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 2, 2000, p. 459 e ss.
e commento

[91] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 54.

[92] *Ibidem*.

[93] Vajda, op. cit., p. 17.

[94] Malferrari parla di "*tolérance*" per l'arbitrato commerciale, che costituirebbe così un'eccezione, in Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., pp. 60-61.

[95] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 55.

[96] Qualche perplessità a riguardo emerge in dottrina. Si veda, per esempio, Andenas e Contartese, op. cit., p. 180, Melchionda, op. cit., p. 343, Sadowski, *Protection of the rule of law in the European Union through*

Dunque, dalla qualificazione dell'arbitrato secondo una di queste due tipologie dipende l'esito del bilanciamento tra la tutela dell'autonomia del diritto UE. Ma cos'è, esattamente, che permette questa distinzione e, di conseguenza, l'adozione di un approccio più morbido nei confronti dell'arbitrato commerciale, mentre porta il bilanciamento a sacrificare l'arbitrato investitore-Stato sull'altare dell'autonomia? L'esito della sentenza ruota attorno a questo quesito. La risposta può essere incentrata su due tipi di argomentazioni: uno inerente alla dimensione pubblicistica dell'arbitrato investitore-Stato, l'altro agli obblighi discendenti dallo *status* di Stato membro, cioè dalla "*membership*".

Prima di rispondere, però, è necessario premettere che il passaggio della sentenza in esame non mira a definire la differenza tra questi due tipologie di arbitrato in generale[97]. Il ragionamento è volto esclusivamente al bilanciamento tra benefici dell'arbitrato e autonomia. La differenziazione tra i due arbitrati è quindi funzionale all'applicazione del principio di autonomia. Eppure, le parole della Corte non si collocano in un vuoto pneumatico, ma è possibile contestualizzarle all'interno del dibattito dottrinale generale sulla qualificazione dell'arbitrato investitore-Stato. Riprendendo quanto visto *supra*[98], si ricorda che la differenza tra i due arbitrati sta nella dimensione pubblicistica dell'arbitrato investitore-Stato, da tutti riconosciuta (pure se con divergenze e sfumature tra i vari Autori).

La Corte, dal canto suo, non fa alcun riferimento esplicito alle teorie espresse in dottrina[99]. Secondo il passaggio della sentenza riportato, la differenza tra gli arbitrati sembra stare nella diversa natura del consenso. Ciò può giustificare una visione pubblicistica dell'arbitrato investitore-Stato, su cui basare la distinzione rispetto a quello commerciale. Non è chiaro, però, perché questa differenza tra i due arbitrati sia tale da portare ad esiti diversi del bilanciamento. In fondo, anche nel caso dell'arbitrato commerciale i privati possono ricorre a tale strumento perché previsto, consentito o comunque regolato da un atto normativo di diritto nazionale. Anche in questo caso, quindi, alla base vi è un atto di origine pubblica, anche se indiretto[100]. Pure al netto di questa obiezione, inoltre, non si capirebbe perché il fatto che

investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 4, 2018, p. 1025 e ss., p. 1050.

[97] *Cfr.* Sokolowska, op. cit., p. 329.

[98] Paragrafo III.1.1.

[99] È però possibile rinvenire, nelle parole della sentenza, un riferimento alla definizione di "*arbitration without privity*", rintracciabile nella dottrina citata in relazione al dibattito sulla natura dell'arbitrato investitore-Stato, di cui *supra*, Capitolo III, nota 4. *Cfr.* Hillebrand Poh, op. cit., p. 787.

[100] *Cfr.* Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 298, Cellerino, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and... "less" on its impact on the ICS*, op. cit., p. 3, Hillebrand Poh, op. cit., p. 787, Fumagalli, op. cit., p. 904.

l'arbitrato investitore-Stato si basi su un consenso di natura pubblicistica impatti sull'autonomia più di quanto faccia l'arbitrato commerciale.

Visto che l'argomento della natura pubblicistica del consenso non convince del tutto, si potrebbe allora pensare che il problema riguardi il fatto che gli Stati in questione siano Stati membri. In questo scenario, infatti, trova applicazione il principio di leale cooperazione. Secondo questa possibile lettura, suggerita da Iannuccelli[101], i limiti posti dal principio di autonomia giurisdizionale troverebbero applicazione più estesa laddove l'arbitrato sia posto in essere direttamente dagli Stati membri, impedendo a questi ultimi di fare ciò che ai privati è invece concesso (nei limiti della "*soft autonomy*")[102].

Una seconda lettura, proposta da Vajda[103], riconduce la questione ad un problema di autonomia istituzionale, in combinato disposto con il principio di reciproca fiducia[104]. Secondo entrambe queste letture il problema sarebbe la sottrazione della controversia al sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE da parte di Stati membri, tramite la conclusione di una clausola compromissoria. La differenza tra le due tipologie di arbitrato verrebbe quindi dalla combinazione tra il principio di autonomia e due dei principi che regolano lo *status* di Stato membro, cioè quello di leale cooperazione e quello di reciproca fiducia. In effetti, entrambi questi due principi vengono indicati come motivi di incompatibilità in un passaggio successivo della sentenza[105].

L'argomento è suggestivo e merita una trattazione approfondita, a cui è dedicato il paragrafo seguente. Prima di passarvi, però, bisogna sottolineare che la distinzione tra le due tipologie di arbitrato incentrata sull'argomento "*membership*" presentano anch'essa le stesse criticità dell'argomento centrato sulla natura pubblicistica del consenso. In particolare, si ripropone l'obiezione secondo la quale anche alla base dell'arbitrato commerciale vi sia un'azione normativa statale. Insomma, è sempre possibile trovare un'azione (o anche un'omissione)

---

[101] Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 298.

[102] La lettura troverebbe ulteriore conferma nel fatto che la Corte citi la sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*, causa C-64/16, cit., punto 34, in cui il principio di leale cooperazione viene collegato proprio all'art. 19 TUE e agli obblighi che ne discendono, in capo agli Stati membri, al fine di garantire l'integrità ed il funzionamento del sistema giurisdizionale dell'UE. Sul questo collegamento, si veda Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., pp. 122-124. Per un'analisi più approfondita, si rimanda a *infra*, Paragrafo III.2.1.4.

[103] Vajda, *Achmea and the Autonomy of EU Law*, op. cit., p. 19.

[104] Nello stesso senso, si veda anche Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 38, no. 1, 2019, p. 3 e ss., p. 12, e Hillebrand Poh, op. cit., p. 788.

[105] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 58.

attribuibile agli Stati membri, per entrambe le tipologie di arbitrato. Dunque, anche in questo caso la differenza non può consistere esclusivamente nella paternità dell'atto alla base dei due strumenti.

D'altra parte, se la differenza non consiste in questo, si può argomentare, a maggior ragione, che non consista neppure nel fatto che una delle parti della singola controversia sia un'entità pubblica, cioè uno Stato. Come nota Iannuccelli[106], infatti, posto che il problema è rappresentato dalla sottrazione della controversia al sistema *ex* art. 19 TUE, allora non si capisce che impatto abbia la questione di quali siano le parti di tale controversia.

Resta, infine, la possibilità di un'ultima lettura. Anche questa è basata a sulla natura pubblicistica dell'arbitrato investitore-Stato. Tuttavia, essa non fa riferimento (solo) alle modalità di espressione del consenso, quanto, piuttosto, alla natura regolatoria delle misure oggetto di scrutinio da parte dell'arbitrato. Misure, si è detto, consistenti in atti sovrani dello Stato convenuto. Questa lettura non emerge chiaramente dalle parole della Corte. Eppure, è stata proposta da più voci, non solo in dottrina[107], ma anche dalla Commissione[108]. In effetti, a ben guardare, questa lettura potrebbe ricondurre la posizione della Corte in *Achmea* nell'alveo di quelle teorie dottrinali già richiamate, le quali differenziano l'arbitrato investitore-Stato da quello commerciale in virtù della dimensione pubblicistica che caratterizza il primo. Accogliendo questa lettura, non si tratterebbe più solo di "chi" ha espresso il consenso all'arbitrato (uno Stato membro), ma di "cosa" è sottoposto alla giurisdizione dell'arbitrato (l'azione pubblica regolatoria dello Stato membro). Vero è che nel passaggio della sentenza in esame la Corte si concentra sul "chi". Eppure, ciò non si pone in contrasto con questa lettura, anzi. Il fatto che l'arbitrato in esame si fondi su una manifestazione del consenso in forma di offerta pubblica unilaterale contenuta in un trattato, cioè di un atto sovrano dello Stato, sta alla base anche di quelle posizioni "massimaliste" che

---

[106] Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 298.

[107] Ancor prima della sentenza *Achmea*, l'argomento era stato avanzato da Von Papp, op. cit., pp. 1058-1060. Successivi alla sentenza, si veda Solokowska, op. cit., p. 327, Gatti, *The EU and International Investment Agreements: To Diverge is to Converge*, in Fahey (a cura di), *Framing Convergence with the Global Legal Order The EU and the World*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 83 e ss., p. 93, e Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., pp. 60-62.

[108] Si veda, ad esempio, la posizione espressa nell'intervento come *amicus curiae* nella controversia *Greentech and NovEnergia v. Italia*, posizione secondo cui la differenza tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato passa (anche) dal fatto che "[…] investment arbitration concerns the behavior of a State acting as a public authority, not contractual rights"; in *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republi*c, SCC Case No. V 2015/095, final Award del 23 dicembre 2018, par. 295.

considerano l'arbitrato investitore-Stato come una forma di diritto amministrativo globale, posto che tale arbitrato si occupa dell'azione regolatoria sovrana dello Stato[109].

Non si vuole qui sostenere che la Corte abbia inteso abbracciare tali teorie. D'altra parte, non è possibile escludere che una simile preoccupazione, legata alle ripercussioni di natura pubblica dell'arbitrato, abbia in parte concorso a convincere la Corte ad alzare lo standard di protezione dell'autonomia del diritto UE rispetto al livello richiesto per l'arbitrato commerciale. Forse, la Corte non si è espressa in maniera netta sul punto perché, in *Achmea*, si trattava del potere regolatorio degli Stati membri, non di quello dell'Unione. Tuttavia, è pur vero che, secondo la sentenza stessa, anche il diritto UE può avere rilevanza in una controversia sottoposta al tribunale arbitrale[110]. Alla luce di ciò, si comprendono le parole della Commissione, secondo cui "[i]l diritto dell'UE, come interpretato dalla Corte di giustizia, opera un bilanciamento tra la tutela degli investimenti e i legittimi obiettivi di interesse pubblico al servizio del benessere dei cittadini europei. Tale bilanciamento dei diversi interessi pubblici deve essere messo in atto anche *nel momento in cui gli Stati membri agiscono a livello nazionale nel campo di applicazione del diritto dell'UE*"[111]. La sentenza *Achmea* potrebbe, quindi, far trasparire una simile preoccupazione da parte della Corte.

Tuttavia, al netto di quanto detto, è evidente che l'argomento "*membership*" gioca un ruolo importante all'interno della sentenza, come si vedrà di seguito.

III.2.1.2. Segue. I riferimenti normativi del principio di autonomia giurisdizionale.

Il dispositivo della sentenza fa menzione solo degli artt. 267 e 344 del TFUE, limitandosi a rispondere ai quesiti così come posti dal giudice del rinvio. Stando a questo, è l'interpretazione delle norme di cui agli articoli menzionati che osta ad una clausola compromissoria come quella del BIT in esame.

---

[109] Il riferimento, in particolare, è alla teoria esposta da van Harten e Loughlin, di cui *supra*, Paragrafo III.1.1.

[110] Un esempio si può trovare nel recente caso *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, (ICSID Case No. ARB/21/22), in cui gli investitori ricorrenti, che operano nel settore della produzione di energia da carbone, hanno fatto causa ai Paesi Bassi, per aver adottato misure regolatorie interne ulteriori rispetto a quelle attinenti al sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'UE (ETS). Nella fase di merito del procedimento potrebbe essere necessario verificare la corrispondenza o meno delle misure rispetto alla normativa UE, anche sulla base delle scelte di natura pubblicistiche sottostanti alle normative considerate. *Cfr.* Ankersmit, *Regulatory autonomy and regulatory chill in Opinion 1/17*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, disponibile al link https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2020.25 (ultimo accesso 22/11/2022), p. 19.

[111] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., p. 28, corsivo aggiunto. In questo senso anche Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, in Manzini e Vellano (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM - Kluwer, Milano, 2021, p. 199 e ss., p. 207.

Si è visto che entrambi questi due articoli hanno spesso trovato menzione all'interno della giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale. In *Achmea* essi trovano un ruolo ancor più definito, che li vede come i due riferimenti normativi del principio, visto che è il contrasto con questi che determina l'incompatibilità dell'arbitrato (come emerge dal dispositivo). Tuttavia, qualche dubbio sul loro ruolo rimane, in particolare su quello dell'art. 344 TFUE.

Da un lato, la Corte sembra aver fatto tesoro della giurisprudenza precedente, da cui trae il test in tre passaggi. Esso appare come il risultato di un'operazione logica di sistematizzazione e schematizzazione dei test utilizzati in passato, in particolare con riguardo ai passaggi che vertono sul punto di contatto e sulla possibilità per la CGUE di avere l'ultima parola quanto all'interpretazione del diritto UE.

Dall'altro lato, bisogna notare che il test riguarda, in particolare, l'art. 267 TFUE, letto in combinato disposto con l'art. 19 TUE[112]. Il principio di autonomia giurisdizionale, *quindi*, sembra ruotare attorno a questi due articoli in particolare: la clausola compromissoria è incompatibile con il principio perché permette la sottrazione della controversia al sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE, impedendo il rinvio alla CGUE *ex* art. 267 TFUE.

All'art. 344 TFUE, invece, non viene dedicato un ruolo apposito. A dire il vero, ad esclusione del dispositivo, la norma viene menzionata una sola volta, per dire che è in essa, in particolare, che il principio di autonomia trova riconoscimento[113]. È la menzione nel dispositivo, accanto all'art. 267 TFUE, che fa trasparire il ruolo dell'art. 344 TFUE nello scrutinio dell'ISDS operato nella sentenza. È lecito, dunque, domandarsi quale peso la norma abbia avuto nella decisione. Innanzitutto, bisogna premettere che la rilevanza stessa della norma all'interno del caso *Achmea*, cioè la sua applicazione ad una controversia tra un privato ed uno Stato membro, non era affatto scontata[114]. La sentenza è innovativa, nel momento in cui include,

[112] Da un punto di vista logico, si può sostenere che nel caso di specie il riferimento normativo consistente nell'art. 267 TFUE assorbe quello consistente nell'art. 19 TUE, poiché il secondo rileva in quanto funzionale al primo. Per questo, non c'è bisogno di menzionare entrambi gli articoli nel dispositivo.

[113] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 32.

[114] Se è vero che la Commissione aveva rinvenuto l'esistenza di un potenziale conflitto tra l'art. 344 TFUE e l'ISDS *intra*-UE già ai tempi della procedura d'infrazione menzionata in precedenza (*supra*, Paragrafo III.1.2.), bisogna notare che sia l'AG (conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 138-173) che lo stesso giudice del rinvio (sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 15-17) si sono espressi in senso contrario alla rilevanza della norma in *Achmea*. Anche la dottrina precedente non riteneva applicabile l'art. 344 TFUE a controversie tra Stato e investitore (anche alla luce dell'esclusione della rilevanza della norma nel parere 1/09); si veda Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, op. cit., p. 87, e Eilmansberger, op. cit, p. 404. Per Koutrakos, l'irrilevanza della norma rappresenta il motivo per cui la Corte non ne esplora l'applicazione al caso di specie, focalizzandosi invece sull'art. 267 TFUE; in Koutrakos,

nell'ambito di applicazione della norma, una controversia che vede coinvolto un privato come parte. Tutto ciò, però, non compare espressamente nelle parole della Corte. Da qui i dubbi sul ruolo dell'articolo.

Una visione possibile è quella proposta da Hindelang[115], secondo cui un'interpretazione testuale[116], sistematica[117] e teleologica[118] dell'art. 344 TFUE non pone alcun ostacolo ad una lettura della stesso che vada oltre alle sole controversie tra Stati membri (la fattispecie oggetto di *MOX Plant*), coprendo anche la fattispecie dell'arbitrato investitore-Stato, posto che il compromesso arbitrale poggia sul consenso espresso da parte dello Stato membro[119]. Secondo Hindelang, l'art. 344 TFUE deve essere visto come "[…] the legal basis for the Member States' obligation not to impair the judicial system established by the Treaties by means of own measures"[120]. In quest'ottica, quindi, si tratta di un obbligo posto in capo agli Stati membri in qualità di membri e che, per questo motivo, deve essere letto alla luce del principio di reciproca fiducia[121]. A tal proposito, Iannuccelli contestualizza l'applicazione dell'art. 344 TFUE in *Achmea* all'interno della giurisprudenza precedente (i casi analizzati nel Capitolo II). Come risultato, l'Autore rinviene, anche nel caso in esame, lo stesso approccio già tenuto dalla Corte in precedenza, in particolare nel parere 2/13. Se, in quell'occasione, la portata dell'articolo era stata allargata fino a comprendere la fattispecie costituita dalle controversie

---

The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration, op. cit., p. 41 e ss., p. 55. Più cauta la posizione espressa in Von Papp, op. cit., pp. 1053-1054. Iannuccelli ritiene che la lettura della norma come riferita al solo caso di controversie tra Stati membri corrisponda ad una "visione internazionalistica", in Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea*, op. cit., pp. 398-399. Questa visione, di cui l'Autore fa menzione, può essere compresa se posta nell'ottica della relazione tra la reciprocità degli obblighi internazionali degli Stati membri da un lato, ed il sistema di risoluzione delle controversie istituito dai Trattati (con a capo la CGUE) dall'altro. Nel senso di una lettura più estesa della norma, già prima di *Achmea*, si segnala Vatsov, *The Mackerel War: testing the limits of the exlcusive jurisdiction of the Court of justice under Article 344 TFEU*, in *European Law Review*, 2014, Issue 6 p. 864 e ss., p. 870.

[115] Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., pp. 387-389.

[116] *Cfr.* Vatsov, op. cit., p. 870, e Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 53.

[117] *Cfr.* Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea*, op. cit., p. 389.

[118] *Cfr.* Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 53

[119] Secondo altri, al contrario, la reticenza della Corte nel dare spazio alla norma all'interno della motivazione della sentenza può essere indice della sua non applicabilità alle controversie che vedono coinvolti anche privati. In questo senso, si veda Koutrakos, *The anatomy of autonomy: themes and perspectives on an elusive principle*, in *Building bridges: central banking law in an interconnected world - ECB Legal conference 2019*, p. 90 e ss., disponibile al link https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings201912~9325c45957.en.pdf (ultimo accesso 8/10/2022), p. 93.

[120] Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 389.

[121] *Ibidem*.

tra Stato membro e UE, in *Achema* si compie il passaggio successivo, arrivando a includere anche le controversie tra uno Stato ed un privato[122]. In *Achmea*, quindi, l'applicazione della norma viene spinta fino a dove non si era ancora arrivati in precedenza. Inoltre, a differenza del parere 1/09, la portata della norma procede in parallelo con quella del principio di autonomia.

Detto ciò, rimane aperta la domanda circa il rapporto tra la norma ed il principio. La loro portata coincide, oppure quella della prima è più limitata rispetto a quella del secondo? Se si aderisse alla posizione espressa da Hindelang, si potrebbe propendere per la seconda opzione, secondo la quale la portata della norma sarebbe più limitata di quella del principio, di cui tale norma resta comunque espressione[123].

D'altra parte, si potrebbe argomentare anche che l'obbligo contenuto nella norma riguarderebbe ogni tipo di controversia che richieda l'interpretazione del diritto UE. Secondo quest'ottica, tali controversie dovrebbero essere risolte all'interno del sistema giurisdizionale previsto dai Trattati, in virtù tanto della norma quanto del principio di autonomia in essa contenuto. Così, la portata della norma (interpretata in maniera estensiva, seguendo il *trend* di *Achmea*) e quella del principio di autonomia giurisdizionale verrebbero fatte coincidere. Guardando alla sentenza *Achmea*, è difficile aderire ad una o all'altra posizione. Potrebbero trovare sostegno entrambe. Da un lato, la Corte non si esprime in maniera esplicita[124], dall'altro, le conseguenze concrete di entrambe le posizioni portano alla stessa applicazione della norma, dilatata fino a coprire la fattispecie in esame.

Bisogna quindi rimandare ai paragrafi successivi di questo Capitolo, per osservare come la questione si sia sviluppata nella giurisprudenza lì analizzata. Per il momento, ci si limita ad osservare che, in entrambi i casi, sia l'applicazione dell'art. 344 TFUE sia quella del principio di autonomia (siano questi del tutto sovrapponibili o meno) richiedono il test in tre passaggi sopra esposto. Infatti, nel caso in esame, il rispetto della norma e il rispetto del principio dipendono dalla medesima circostanza: entrambi – norma e principio - sono rispettati a condizione che le controversie relative all'applicazione o interpretazione dei trattati siano risolte con i mezzi giurisdizionali interni, o con mezzi che permettano (sempre) il rinvio della

[122] Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., pp. 288-290.

[123] Iannuccelli sostiene che essa costituisce l'appiglio normativo per quella che si è definita come autonomia giurisdizionale. Per usare le sue parole "[…] l'art. 344 TFUE positivizza un principio generale inerente al sistema e di portata costituzionale"; *ivi*, pp. 303

[124] *Cfr. ivi*, pp. 292-293.

questione alla CGUE. Per questo il test di *Achmea* insiste sulla possibilità o meno del rinvio *ex* art. 267 TFUE, possibilità poi esclusa dalla Corte per la mancanza dei requisiti idonei da parte del Tribunale.

III.2.1.3. Segue. La portata del principio di autonomia giurisdizionale.

Il quesito sopra esposto, circa l'effettivo ruolo dell'art. 344 TFUE ed il suo rapporto con l'art. 267 TFUE, non deve far sorgere dubbi sulla portata *ratione materiae* del principio di autonomia giurisdizionale. Esso ha per oggetto, in ogni caso, le controversie relative all'interpretazione o all'applicazione del diritto UE. Ciò risulta dai termini dell'art. 344 TFUE, ma, a ben guardare, anche dal disposto dell'art. 19 TUE. Infatti, la portata degli obblighi che discendono da questo secondo articolo, che si estende ai "settori disciplinati dal diritto UE"[125], è stata intesa nel senso di coprire le "[…] questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione"[126]. Di conseguenza, si può concludere che la portata delle due norme su cui si basa il principio coincide tra loro. Inoltre, per la proprietà transitiva, si può sostenere anche che le questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto UE siano quelle che vertono sui settori in cui è presente una normativa UE[127]. Ciò, però, sempre a condizione che il diritto UE possa in qualche modo essere di rilievo nella controversia[128]. In caso contrario, il bisogno di rinviare la questione alla CGUE non sorgerebbe neppure né, con esso, il conflitto giurisdizionale.

Ciò che bisogna chiedersi, allora, è quando simili questioni trovino rilievo nella controversia davanti alla giurisdizione esterna sottoposta al vaglio di compatibilità. In sostanza, si sta parlando del punto di contatto tra giurisdizione terza e diritto UE, così come emerso dall'analisi della giurisprudenza pre-*Achmea*, di cui al Capitolo II.

Si è già avuto modo di notare che, in *Achmea*, la Corte individua questo punto di contatto nella formulazione dell'art. 8, par. 6, BIT, attraverso il quale il diritto UE può entrare nella controversia sottoposta al tribunale arbitrale sia sotto forma di diritto nazionale, sia sotto

---

[125] Art. 19, par. 1, TUE.

[126] Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*, causa C-64/16, cit., punto 40. Come è noto, ciò ha portato alla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 47 CDF oltre ai più ristretti limiti imposti dall'art. 51 CDF, tramite il combinato disposto del primo con l'art. 19 TUE. *Cfr*. Pech e Platon, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 6, 2018, p. 1827 e ss., pp. 1836-1843.

[127] *Cfr. Ivi*, p. 1838-1840.

[128] *Cfr.* Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p.291.

forma di diritto internazionale pattizio che vincola tra loro Slovacchia e Paesi Bassi. Il ragionamento della Corte è particolarmente snello e lineare e si basa su due considerazioni: la controversia attiene ad un settore disciplinato dal diritto UE, ossia quello delle libertà fondamentali, in particolare la libertà di stabilimento e quella di circolazione dei capitali[129]; il diritto UE in materia può essere applicato alla controversia (o comunque interpretato)[130]. *Ergo*, la controversia rientra nell'ambito di applicazione del principio di autonomia giurisdizionale, quale sopra identificato.

La linearità di questo passaggio contribuisce a fare chiarezza sul test, in riferimento all'elemento del punto di contatto. Tuttavia, la sua la stringatezza potrebbe esporre il ragionamento della Corte a critiche. In quest'ottica, è utile fare un confronto con le conclusioni dell'AG Wathelet. Questi ha sostenuto che la controversia in questione non potesse ritenersi come relativa all'interpretazione o all'applicazione del diritto UE. Ciò per vari motivi, legati all'esperienza della giurisprudenza precedente. In particolare, l'AG nota che nel caso in esame nessuna norma di diritto UE abbia incidenza di merito nella controversia[131]. A rilevare, infatti, sono esclusivamente le norme del BIT, che a sua volta non può essere considerato come parte del diritto UE[132]. Da ciò deriva la differenza tra *Achmea* da *MOX Plant*, in cui il punto di contatto si trova nel verificarsi proprio di queste due circostanze. Inoltre, dopo un'analisi approfondita, l'AG esclude che le norme del BIT possano considerarsi identiche a quelle del diritto UE[133]. Così, il caso si differenzia anche da quelli oggetto del parere 1/91, del parere 1/92 e del parere 1/00. L'AG, d'altronde, riconosce che vi

[129] Nello stesso senso della Corte, circa la sovrapposizione della normativa UE in materia di libertà fondamentali e il regime previsto dal BIT, si veda Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, op. cit., pp. 88-89 e Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 54. La Corte non menziona però un altro settore normativo di diritto UE che, seppure non sovrapponendosi alle norme del BIT, comunque regola direttamente la materia, ossia il diritto della concorrenza. Sul punto, si veda Eilmansberger, op. cit., pp. 413-415.

[130] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 39-42.

[131] Conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 177-178. L'AG riconosce però che il diritto UE potrebbe potenzialmente rientrare nel diritto applicabile. Ciò non solo in virtù della clausola compromissoria, ma anche per il tramite dell'art. 3, par. 5, BIT, il quale prevede l'applicazione delle norme più favorevoli all'investitore se contenute in un accordo concluso successivamente tra le Parti (come quello di adesione all'UE), o, in ogni caso, in virtù dell'art. 31, par. 3, lett. a) e c), CVDT. *Ivi*, punti 171-172.

[132] *Ivi*, punto 167.

[133] L'AG conclude che l'identità sia da escludersi poiché l'ambito di applicazione del BIT è più ampio di quello dei Trattati, il BIT contiene alcune norme che non trovano corrispondenti in quelle di diritto UE e poiché, nonostante la parziale sovrapposizione di alcune norme previste dal BIT con quelle di diritto UE, comunque non si arriva ad una situazione di incompatibilità con i Trattati; *ivi*, punti 181-228.

sia una sovrapposizione tra alcune norme del BIT e quelle di diritto UE[134]. Tuttavia, a differenza della Corte, ritiene che questo non giustifichi l'applicazione del principio di autonomia (in particolare dell'art. 344 TFUE)[135]. Per gli stessi motivi, poi, il caso differisce anche da quello oggetto del parere 2/13[136].

Eppure, anche se la Corte non lo dice, la situazione di *Achmea* trova un paragone in quella del caso del TB, nel parere 1/09. Anche in esso il punto di contatto si trovava nel fatto che il diritto UE in materia fosse applicabile alle controversie sottopostegli. Certo, in quel caso il contatto era lampante, poiché l'applicazione del diritto UE da parte del TB sarebbe stata inevitabile e sistematica, mancando un accordo internazionale di disciplina sostanziale. D'altra parte, l'applicazione del diritto UE da parte del tribunale arbitrale investitore-Stato in oggetto non può certo dirsi un'eventualità remota, per quanto solo potenziale (oltre alle norme sostanziali del BIT). Se è vero che nella controversia *Eureko*/*Achmea* il diritto UE non trova specifica applicazione, è vero anche che, come l'AG stesso nota[137], il tribunale arbitrale in esame aveva rivendicato per sé la possibilità di applicarlo o interpretarlo, sostenendo che la CGUE non abbia il monopolio dell'interpretazione del diritto UE, ma abbia l'esclusività solo sull'interpretazione *definitiva*[138]. Come è agevole notare, è esattamente questo il motivo dell'incompatibilità dell'arbitrato con il principio di autonomia giurisdizionale: il test in tre passaggi dimostra proprio che a mancare è la possibilità di rivolgersi alla Corte per l'interpretazione definitiva del diritto UE. Inoltre, non è difficile trovare casi in cui tribunali arbitrali investitore-Stato intra-*UE* abbiano effettivamente applicato o interpretato norme di diritto UE. Un esempio è quello del lodo in *Electrabel S.A. contro Ungheria*[139]. In esso, il

---

[134] *Ivi*, punto 210.

[135] Nello stesso senso, Eilmansberger, op. cit., pp. 404-405.

[136] In quel caso, si ricorderà, tra i molteplici punti di contatto tra giurisdizione della Corte EDU e diritto UE c'era sia quello dovuto all'identità tra i diritti fondamentali tutelati nei due ordinamenti, sia quello dovuto al fatto che la CEDU avrebbe fatto parte del diritto UE a seguito dell'adesione (si veda *supra*, Paragrafi II.4.1. e II.4.2.).

[137] Conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 170.

[138] Il passaggio merita di essere riportato per intero: "[f]ar from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise. The argument that the ECJ has an "interpretative monopoly" and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The *acte clair* doctrine is well-established in EU law. The fact that, at the merits stage, the Tribunal might have to consider and apply provisions of EU law does not deprive the Tribunal of jurisdiction. The Tribunal can consider and apply EU law, if required, both as a matter of international law and as a matter of German law", in *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, cit., parr. 281-282.

[139] *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19*, Award del 25 novembre 2015.

tribunale parte dalla considerazione che il diritto UE sia considerabile diritto applicabile alla controversia in quanto diritto internazionale[140], per poi procedere citando il passaggio sopra menzionato in *Eureko*[141] ed affermando la possibilità di applicare ed interpretare il diritto UE[142]. Infine, arriva ad interpretare l'ampiezza del margine di apprezzamento lasciato allo Stato da parte di una decisione della Commissione[143], visto che la controversia verteva proprio su questa questione ai fini del giudizio sul comportamento dello Stato nei confronti dell'investitore[144].

Alla luce di ciò, la Corte dimostra di aver applicato il principio di autonomia in maniera aderente alla portata delle norme di riferimento, in coerenza con la giurisprudenza precedente ed con il tenore dei rischi che il tribunale arbitrale è suscettibile di suscitare per l'uniforme interpretazione del diritto UE. Così, *Achmea* chiarisce che la portata del principio si estende ai casi delle controversie aventi ad oggetto materie in cui è presente una disciplina di diritto UE, laddove sia presente un punto di contatto tra queste norme di diritto UE e la giurisdizione terza. L'applicabilità di queste norme alla controversia, anche se solo potenziale, configura un punto di contatto.

Diversamente, la Corte non prende in considerazione l'eventualità che il diritto UE rilevi nella controversia come questione di fatto. Similmente a quanto visto in relazione al meccanismo di previo coinvolgimento in occasione del parere 2/13, infatti, il diritto UE potrebbe rilevare nella controversia sottoposta al tribunale arbitrale anche come oggetto stesso della valutazione, come elemento che contribuisce a costituire la condotta dello Stato membro nei confronti dell'investitore. Addirittura, non è possibile escludere che la condotta dello Stato consista esclusivamente in un atto dell'UE, attribuita allo Stato ai fini della responsabilità nei confronti dell'investitore[145]. Anche in questa occasione, come nel parere 2/13, la Corte non

[140] *Ivi*, parr. 4.119-4.123.
[141] *Ivi*, parr. 4.147-4-148.
[142] *Ivi*, par. 4.198.
[143] *Ivi*, parr. 6.77-6.89.
[144] In *Oostergetel e Laurentius contro Slovacchia*, il tribunale arriva alla stessa conclusione circa l'applicabilità del diritto UE, considerandolo come parte del diritto nazionale dello Stato convenuto. Di conseguenza, il tribunale dichiara di voler procedere ad un'interpretazione dello stesso che sia tale da minimizzare i contrasti tra questo e il BIT in questione; in *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Decision on jurisdiction, del 30 aprile 2010, par. 100. Un ulteriore esempio è quello di *AES contro Ungheria*, in cui il tribunale arbitrale interpreta l'art. 307 CE, per escluderne l'applicabilità al caso di specie; in *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award del 23 settembre 2010, parr. 7.6.10-7.6.11. *Cfr.* Contartese, *EU Law as Applicable Law in International Disputes and Its Procedural Implications*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), op. cit., p. 323 e ss., pp. 186-187.
[145] Eilmansberger, op. cit., p. 419.

distingue tra rilevanza del diritto UE come questione di fatto e rilevanza come questione di diritto. D'altronde, la formulazione della clausola compromissoria fornisce già un punto di contato nel momento in cui permette al tribunale di applicare il diritto UE alla controversia, pertanto ai fini del caso non c'è bisogno di cercarne altri, o di prefigurare scenari ipotetici. Come già osservato in riferimento al parere 2/13, alla fine ciò che conta è che vi sia o meno la possibilità che il tribunale interpreti il diritto UE.

Da ultimo, si può notare che nella sentenza non sia stata affrontata la questione degli effetti del lodo. Si è visto, nel capitolo precedente, che il contrasto con il principio di autonomia sorge ove gli effetti della decisione della giurisdizione terza vincolino i soggetti dell'ordinamento UE all'interpretazione del diritto UE fornita da quella giurisdizione. In questo caso, tali soggetti sarebbero gli Stati membri e gli investitori. In effetti, che il lodo abbia effetti vincolanti per le parti può dirsi ovvio[146]. Tuttavia, non è chiaro in che termini l'incompatibilità sia dovuta a tali effetti. Si vedrà come nel parere 1/17 la questione degli effetti del lodo abbia giocato un ruolo decisivo nello scrutinio della Corte. Scrutinio che, si è detto, ha esito opposto rispetto a quello in *Achmea*. Il fatto che in *Achmea*, al contrario, la questione non venga neppure presa in considerazione non semplifica la comprensione delle differenze tra le fattispecie oggetto dei due casi. Per ora, conviene sottolineare due aspetti che caratterizzano l'arbitrato in esame in *Achmea* con riferimento agli effetti del lodo: si tratta di effetti vincolanti sul piano del diritto internazionale, che vincolano reciprocamente tra loro due Stati membri; l'UE, in quanto tale, non è coinvolta nel rapporto giuridico creato dall'arbitrato e dal lodo da esso emesso.

III.2.1.4. Segue. Gli altri motivi di incompatibilità: una questione di "*membership*" e valori.

Si è visto come il test in tre passaggi sopra esposto abbia dato esito negativo e, pertanto, l'arbitrato sia stato ritenuto incompatibile con l'autonomia giurisdizionale. Nel ragionamento seguito della sentenza, però, si aggiungono al suddetto test due ulteriori motivi di incompatibilità[147]: accanto all'autonomia giurisdizionale (a cui attiene il test), vi sono anche

[146] Tanto che l'AG arriva a ritenere integrato il requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione, ai fini del rinvio pregiudiziale, proprio in virtù degli effetti vincolanti propri dei lodi da esso emessi, come disposto dall'art. 8, par. 7, BIT. In conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punti 115-119.

[147] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 58.

valutazioni concernenti la leale cooperazione e la reciproca fiducia tra Stati. Entrambi questi principi entrano in gioco per via del fatto che il BIT è un accordo che non è stato concluso dall'UE, ma dagli Stati membri, tra di loro[148].

Il dispositivo non riprende questi due motivi di incompatibilità, citati quasi *en passant* solo nella motivazione della sentenza, ma ciò non sminuisce la rilevanza attribuibile alla loro menzione in *Achmea*. Come emerso nel paragrafo precedente, i principi in questione potrebbero aver implicitamente contribuito a segnare la differenza tra arbitrato investitore-Stato e arbitrato commerciale, portando la Corte ad alzare l'asticella quanto allo standard di compatibilità dell'arbitrato in esame. Tuttavia, essi trovano menzione esplicita solo in un passaggio più generale, riguardante il contrasto dell'arbitrato con il diritto UE.

La sentenza non fornisce ulteriori spiegazioni in merito. Per comprendere il significato di questo passaggio, innanzitutto, si deve guardare al cappello teorico che introduce la motivazione. Qui viene sottolineato il legame intrinseco tra il rispetto dei valori fondanti da parte degli Stati membri e l'esistenza della fiducia reciproca fiducia tra di essi: è la condivisione dei valori da parte degli Stati membri che "implica e giustifica" l'esistenza di una fiducia reciproca tra loro. Inoltre, la Corte sottolinea l'importanza del principio di leale cooperazione, il quale ha sullo sfondo proprio i valori fondanti ed il principio di reciproca fiducia[149].

La Corte teorizza, così, una triangolazione tra questi tre elementi[150], i quali, come anticipato, attengono alla "*membership*" degli Stati membri all'Unione[151]. Questa dimensione teorica è utile per comprendere a pieno la rilevanza che i profili attinenti alla "*membership*" trovano all'interno della sentenza. Prima di trattarne, però, è bene analizzare l'applicazione pratica dei due principi al caso in esame.

Come già accennato, la premessa è che i due principi entrano in gioco poiché l'arbitrato in esame si fonda sul consenso prestato da parte di uno Stato membro, tramite una clausola

---

[148] *Ivi*, punto 57.

[149] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 34. La Corte riprende e rielabora quanto già affermato nel parere 2/13, cit., punti 168 e 173. *Cfr.* s*upra*, Paragrafo I.2.4.

[150] Da *Achmea* emerge chiaro il legame tra principio di leale cooperazione e valori, essendo il primo funzionale al rispetto dei secondi e, di conseguenza, all'esistenza della reciproca fiducia, la quale si fonda su di una presunzione del rispetto dei valori. Casolari parla, a riguardo, di una "formula *Achmea*", in Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 125.

[151] Sulla suddetta triangolazione si basa il concetto di "*mutual membership*", inteso come criterio per la partecipazione degli Stati all'Unione; in Casolari, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in Manzini e Vellano (a cura di), op. cit., p. 285 e ss., p. 297.

inserita in un trattato concluso con un altro Stato membro. Di conseguenza, la paternità della manifestazione del consenso da parte dello Stato membro attiva il principio di leale cooperazione dello Stato membro nei confronti dell'UE mentre, al contempo, la natura di accordo *intra*-UE del BIT attiva il principio di reciproca fiducia tra i due Stati membri e parti del BIT. Orbene, secondo la Corte, questo comporta che, oltre alla violazione del principio di autonomia giurisdizionale, si integri la violazione anche di questi due principi. La condotta che integra violazione dei tre principi è unica, e consiste nella sottrazione della controversia al sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE, cioè alla giurisdizione nazionale dello Stato membro che ospita l'investimento. I motivi della violazione, però, sono diversi.

La violazione del principio di autonomia è dovuta al fatto che, tramite la sottrazione, si impedisce alla CGUE di avere l'ultima parola sull'interpretazione del diritto UE. La violazione del principio di leale cooperazione è strettamente legata alla violazione del principio di autonomia. Infatti, è già stato detto che entrambi i principi trovano espressione nell'art. 344 TFUE. Calando il principio di leale cooperazione nel caso in esame, bisogna fare riferimento agli obblighi per gli Stati membri che derivano dal combinato disposto del principio con l'art. 19 TUE. In *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[152], pubblicata solo pochi giorni prima di *Achmea*, si dice che da tale combinato disposto discende l'obbligo, per gli Stati membri, di "[…] prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca un controllo giurisdizionale effettivo […]"[153], nei settori in cui trova applicazione il diritto UE. Sempre in virtù del principio di leale cooperazione, un tale sistema deve permettere il rinvio alla Corte giustizia, ove opportuno[154]. In tal modo, il principio di leale cooperazione è funzionale all'uniformità e all'effettività del diritto UE e, di conseguenza, alla sua autonomia[155]. Così, si chiarisce quanto lasciato in sospeso dal parere 1/09: la sottrazione

[152] Sul collegamento tra le due sentenze si veda Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., pp. 9-12.

[153] Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*, causa C-64/16,cit., punto 34. Per un commento al caso si rimanda a Pech e Platon, op. cit. Sul collegamento tra artt. 2 e 19 TUE, si veda Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, no. 19, 2020, p. iv e ss., pp. xxii-xxvii.

[154] *Cfr.* Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 298.

[155] Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., p. 9. Questa era la lettura che Castillo de la Torre dava del parere 1/09, cit., punto 68, in cui la Corte menzionava il principio di leale cooperazione al fine di preservare l'uniforme interpretazione del diritto UE e la sua stessa natura; in Castillo de la Torre, *Loyalty in External Relations Law: The Fabric of Competence, Autonomy and Institutional Balance*, in Neframi e Gatti (a cura di), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 385 e ss., pp. 390-391.

di una controversia avente potenzialmente ad oggetto l'interpretazione del diritto UE ai sistemi giurisdizionali interni al sistema di cui all'art. 19 TUE è incompatibile perché mette a repentaglio la competenza della CGUE a fornire l'interpretazione definitiva del diritto UE.

Quanto al principio di reciproca fiducia, giova ricordare che la *ratio* stessa della clausola compromissoria consiste nel permettere all'investitore di instaurare la controversia al di fuori dei sistemi giurisdizionali nazionali, a causa della sfiducia che le parti del BIT hanno (almeno in astratto) nell'effettività di questi nel tutelare reciprocamente i propri investitori. Alla luce di ciò, si comprende perché la clausola in sé comporti una violazione del principio di reciproca fiducia[156]. In virtù di tale principio, gli Stati membri non possono diffidare circa l'effettività della tutela giurisdizionale offerta dai sistemi giurisdizionali nazionali degli altri Stati membri, ma, al contrario sono tenuti a fare affidamento sul fatto che gli altri Stati membri offrano (ai propri investitori) rimedi giurisdizionali effettivi, proprio in ossequio al principio di leale cooperazione[157].

Da quanto emerso, si possono trarre due considerazioni. Da un lato, risulta chiaro il rapporto tra principio di autonomia e principio di leale cooperazione: dal punto di vista sostanziale, la loro applicazione al caso di specie si sovrappone. Dall'altro lato, con riferimento all'interazione tra principio di autonomia e principio di reciproca fiducia, questi due paiono invece procedere in parallelo, senza intersecarsi. Il primo si occupa di evitare l'interpretazione del diritto UE da parte di una giurisdizione terza. Il secondo, invece, è volto ad impedire che gli Stati membri avvertano la necessità di dover esternalizzare il controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti degli investitori all'interno degli altri Stati membri. Autonomia e reciproca fiducia rappresentano così i due principali pilastri su cui poggia l'impalcatura di *Achmea*[158].

---

[156] Già così Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, op. cit., p. 92. Sul punto anche Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., p. 11, e Centeno Huerta e Kuplewatzky, op. cit., p. 67-68. Si noti che la questione era già stata sollevata all'interno dei procedimenti arbitrali *intra*-UE precedenti alla sentenza *Achmea*, senza venire accolta dal tribunale arbitrale. In veda *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, cit., par. 171. Nello stesso caso *Achmea*, la questione era stata sollevata da parte della Commissione, intervenuta come *amicus curiae*, in *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, cit., par. 185. Secondo l'AG, invece, il caso non porrebbe la questione del rispetto della reciproca fiducia, poiché lo scopo della clausola compromissoria non sarebbe stato quello di ovviare alle presunte deficienze dei sistemi giurisdizionali nei due Stati parti del BIT, ma, piuttosto, quello di offrire una tutela giurisdizionale all'investitore di cui altrimenti non avrebbe goduto, in AG, punti 261-271. A questa posizione è possibile ribattere che, essendo il BIT precedente all'adesione della Slovacchia all'UE, non è possibile escludere che tra gli scopi del BIT ci fosse anche quello di tutelare gli investitori del paese esportatore di capitali (i Paesi Bassi) da un sistema giurisdizionale (quello della Slovacchia, paese beneficiario degli investimenti) di cui ancora non ci si poteva fidare al pari di quello di uno Stato membro.

[157] *Cfr.* Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., pp. 11-12.

[158] Così anche Centeno Huerta e Kuplewatzky, op. cit., p. 65, e Eckes, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, op. cit., pp. 88-90.

Detto ciò, si nota che, tra i commentatori, vi è chi ha insistito particolarmente sull'importanza del principio di reciproca fiducia all'interno di *Achmea*, arrivando a ritenerlo il motivo centrale[159]. Anche Lenaerts, dal canto suo, ha enfatizzato questo punto[160]. Per comprenderne i motivi, bisogna tornare al cappello teorico che introduce la motivazione. Il *focus*, in particolare, è sui valori fondanti *ex* art. 2 TUE, sulla cui condivisione si fonda l'esistenza di una fiducia reciproca tra gli Stati membri. Nel caso di specie, il valore in gioco è quello dello Stato di diritto[161], nel rispetto del quale gli Stati membri devono approntare un sistema giurisdizionale idoneo a garantire l'effettività del diritto UE e dei diritti in capo ai singoli da questo derivanti, in ossequio all'art. 19 TUE, e, si è detto, al principio di leale cooperazione[162]. Il contraltare del dovere in questione consiste nel dovere di avere fiducia nei sistemi giurisdizionali approntati dagli altri Stati membri. Come visto, dunque, la "sfiducia" rinvenuta dalla Corte in *Achmea* riguarda proprio il rispetto del valore di Stato di diritto.

---

[159] In questo senso si esprime Hillebrand Poh, che propone una possible lettura di *Achmea* (in particolare del punto 58) secondo la quale "[…] the autonomy of the EU legal order is adversely affected by 'interpretations or applications' of EU law only insofar as the principle of mutual trust is thereby called into question"; in Hillebrand Poh, op. cit., p. 781. La tesi si basa su un'interpretazione particolarmente stringente dell'art. 344 TFUE, il quale si applicherebbe solo ai casi, sorti tra Stati membri, in cui l'oggetto della controversia sarebbe tale da mettere in discussione la reciproca fiducia tra essi. Secondo questa visione, la giurisprudenza *Achmea* non si estenderebbe al contesto *extra*-UE, poiché i rapporti tra UE e Stati terzi non sono regolati dal principio di reciproca fiducia, *ivi*, pp. 788-789. Qualcun altro ha sostenuto che la violazione del principio di reciproca fiducia rappresenti il principale (anche se non l'unico) motivo di incompatibilità dell'arbitrato in esame. Così Centeno Huerta e Kuplewatzky, op. cit., p. 65.

[160] Dal tenore delle sue considerazioni, il Presidente della CGUE sembra suggerire che, in realtà, pur senza mai negare l'importanza de gli aspetti attinenti all'autonomia (giurisdizionale), gli aspetti attinenti alla fiducia reciproca siano stati più rilevanti dei primi. Il riferimento è, in particolare, a Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., pp. 9-12 (significativamente, il contributo citato riprende ed espande il discorso pronunciato pochi giorni dopo la pubblicazione di *Achmea* davanti ai Membri della Corte suprema polacca: Lenaerts, *The Court of justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence*. 19 marzo 2018, disponibile al link https://www.nsa.gov.pl/archiwum-aktualnosci/konferencja-naukowa-stosowanie-prawa-europejskiego-w-orzecznictwie-sadowym-w-naczelnym-sadzie-administracyjnym,news,27,529.php (ultimo accesso 10/10/2022). *Cfr.* Biondi e Sangiuolo, op. cit., p. 14 e ss., p. 25.

[161] Una definizione di Stato di diritto è offerta dalla Commissione nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio del 3 aprile 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM/2019/163 final, p. 1. Sul valore giuridico attribuito al valore, si veda Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2022, disponibile al link https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-022-00176-8#citeas (ultimo accesso 10/10/2022), e Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, op. cit. Si noti che il concetto di Stato di diritto era già emerso nella giurisprudenza della Corte ben prima della sua positivizzatine all'art. 2 TUE. Esso appare nella celebre sentenza *Les Verts*, in cui rileva con riferimento all'effettività ed alla completezza dei rimedi giurisdizionali offerti dal diritto comunitario agli individui, tantoché si parla di "Comunità di diritto"; in sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83, cit., p. 23. *Cfr.* Van Elsuwege e Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, 2020, p. 8 e ss.

[162] Ciò è quanto emerge dalla già citata sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; si veda *supra*, Capitolo III, nota 101.

Una volta chiarito che, sullo sfondo di *Achmea*, si staglia il tema dei valori fondanti e dello Stato di diritto in particolare, la *gravitas* attribuita alla questione si spiega contestualizzando la sentenza all'interno del contesto della crisi dello Stato di diritto[163], consistente nella presenza di carenze sistemiche dello Stato di diritto[164] e nel fenomeno di "*rule of law backsliding*"[165], con riguardo a vari Stati membri[166]. Nell'impraticabilità di una soluzione di natura politica consistente nel meccanismo appositamente previsto dall'art. 7 TUE[167], la crisi dello Stato di diritto è divenuta oggetto di una copiosa giurisprudenza della Corte[168].

---

[163] *Editorial Comments: The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems*, in *Common Market Law Review*, Vol. 53, Issue 3, 2016, p. 597 e ss.

[164] Ioannidis e von Bogdandy, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 1, 2014, p. 59 e ss.

[165] Il concetto è definito in Pech e Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017, p. 3 e ss.

[166] La Commissione ha adottato un apposito strumento di dialogo tra le Istituzioni e gli Stati membri, il "meccanismo per lo Stato di diritto", che si basa su una relazione annuale, Stato per Stato, per tenere monitorato il livello del rispetto dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri. Per accedere alle relazioni sulla situazione nei vari Stati membri (iniziate nel 2020), si rimanda al link https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_en (ultimo accesso 10/10/2022). Notoriamente, i due Stati membri al centro della crisi dello Stato di diritto sono Ungheria e Polonia. Per un approfondimento, si rimanda a Drinóczi e Bień-Kacała (a cura di), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, Routledge, Londra, New York, 2021.

[167] Il meccanismo è stata attivato nei confronti della Polonia (Commissione, proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia del 20 dicembre 2017, *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, COM(2017) 835 final) e dell'Ungheria (risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)), in *G.U.U.E.* 2019, C 433/10, p. 66 e ss.), ma entrambe le procedure risultano attualmente arenate, stante la necessità di raggiungere l'approvazione da parte dei quattro quinti dei membri in Consiglio (o, successivamente, addirittura l'unanimità in Consiglio europeo). Sul meccanismo e sui suoi limiti, si veda Nascimbene, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017, disponibile al link https://rivista.eurojus.it/lo-stato-di-diritto-e-la-violazione-grave-degli-obblighi-posti-dal-trattato-ue/ (ultimo accesso 10/10/2022). Sull'inefficacia del meccanismo alla prova pratica e sul disinteresse mostrato da certi Stati membri nell'ambito delle due procedure, si veda Pech, *From "Nuclear Option" to Damp Squib?: A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date*, in *VerfassungsBlog*, 13 novembre 2019, disponibile al link https://verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib (ultimo accesso 10/10/2022).

[168] Per una ricognizione e sistematizzazione dei primi casi che hanno contribuito a comporre questa giurisprudenza, che prende le mosse da *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* e che è in continua evoluzione, si rimanda a Pech e Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice. A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *SIEPS Report No. 3 September 2021*, disponibile al link https://sieps.se/en/publications/2021/respect-for-the-rule-of-law-in-the-case-law-of-the-european-court-of-justice/ (ultimo accesso 10/10/2022). Tra questi casi, si richiama in particolare la Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, causa C-619/18, cit., che rappresenta la prima pronuncia in cui si arriva a dichiarare una violazione del valore dello Stato di diritto tramite una procedura d'infrazione *ex* art. 258 TFUE, aggirando così i limiti politici sottesi alla procedura d'infrazione *ad hoc ex* art. 7 TFUE. La sentenza inaugura così una nuova saga, in cui la Corte riesce a giudicare il rispetto del valore, da parte degli Stati membri coinvolti nel fenomeno di "*rule of law backsliding*", sia pur in via mediata, cioè tramite il combinato disposto degli artt. 2 e 19 TUE e dell'art. 47 CDF. Per un commento, si veda Taborowski e Marcisz, *The first judgment of the ECJ regarding a breach of the rule of law in Poland?*, in *VerfassungsBlog*, 29 maggio 2019, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-first-judgment-of-the-ecj-regarding-a-breach-of-the-rule-of-law-in-poland/ (ultimo accesso 10/10/2022);

È proprio nell'ambito di questa giurisprudenza che la Corte è arrivata ad affermare che "[i] valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono *l'identità stessa* dell'Unione quale ordinamento giuridico comune"[169]. Il

Bogdanowicz, e Taborowski, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: The Polish Experience: ECJ (Grand Chamber) 24 June 2019, Case C-619/18, European Commission v Republic of Poland*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, Issue 2, 2020, p. 306 e ss.; Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27, Issue 1, 2020, p. 105 e ss.; Caggiano, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XV, no. 2, 2020, p. 249 e ss.; Cinnirella, *"You cannot beat something with nothing": ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Fascicolo 2, 2020, p. 361 e ss.; Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it*, no. 2, 2020, p. 166 e ss.; Bárd *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, Vol. 27, Issue 1, 2021, p. 185 e ss. Sul possibile utilizzo della procedura d'infrazione *ex* art. 258 TFUE come alternativa generale a quella prevista dall'art. 7 TUE, in caso di una violazione sistemica dei valori, si veda Bogdanowicz e Schmidt, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 4, 2018, p. 1061 e ss.; Mori, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 363 e ss.; Scheppele, Kochenov e Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 39, No. 1, 2020, p. 3 e ss. Per un commento sui risvolti della crisi dello Stato di diritto in Romania, si veda Moraru e Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 2022, p. 82 e ss. Bisogna notare, inoltre, che in alcuni casi di questa giurisprudenza emerge in maniera chiara il legame tra valori e *mutual membership* (come intesa da Casolari, *supra* Capitolo III, nota 150). Un esempio è rappresentato dai casi che riguardano l'esecuzione del mandato d'arresto europeo. Infatti, sulla scorta della sentenza della Corte del 5 aprile 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, che poneva limiti all'applicazione del principio di reciproca fiducia in quest'ambito che fossero legati a circostanze eccezionali del caso specifico (per un commento, si veda Gáspár-Szilágyi, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, no. 2-3, 2016, p. 197 e ss.), alcuni casi successivi hanno affrontato il tema dell'applicazioni di questi limiti ai casi di carenze sistemiche concernenti il rispetto dei valori di Stato di diritto (sentenza della Corte del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586) e di tutela dei diritti fondamentali (per esempio, sentenza della Corte del 25 luglio 2018, *ML*, causa C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589). Per un commento, si veda Marino, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 4, 2018, p. 633 e ss.; Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., pp. 6-8; Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, op. cit., pp. xvii-xx. Per un'analisi degli ultimi sviluppi, si segnala Martuffi, *Effective judicial protection and the European arrest warrant: Navigating between procedural autonomy and mutual trust*, in *Common Market Law Review Volume*, Vol. 59, Issue 5, 2022, p. 1371 e ss. Un altro esempio è rappresentato, invece, dal caso *Repubblika*, in cui la Corte ha evidenziato il legame esistente tra valori (in particolare Stato di diritto) e adesione all'UE *ex* art. 49 TUE, concretizzandolo nel "principio di non regressione", in sentenza della Corte del 20 aprile 2021, *Repubblika contro Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, punti 60-66. Per un commento, si veda Leolup, Kochenov e Dimitrovs, *Opening the door to solving the "Copenhagen dilemma"? All eyes on Repubblika v Il-Prim Ministru*, in *European Law Review*, Vol. 46, Issue 5, 2021, p. 692 e ss. Da ultimo, sulle conseguenze del legame inscindibile tra rispetto (e condivisione) dei valori e "*membership*", si veda Hillion, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in Verfassungsblog, 27 aprile 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/ (ultimo accesso 10/10/2022).

[169] Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-156/21, cit., p. 127, e sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Repubblica di Polonia contro*

problema assume quindi i tratti di una questione esistenziale per la tenuta dell'ordinamento UE e dell'Unione stessa[170]. Alla luce di ciò, non stupisce che, di riflesso, anche la questione della reciproca fiducia in *Achmea* rivesta un'importanza fondamentale.

Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-157/21, cit., p. 145, corsivo aggiunto. Le due sentenze gemelle citate rappresentano due dei casi più importanti (nonché politicamente scottanti) sottoposti alla Corte. Per un commento, si veda Fisicaro, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 2, 2022, p. 334 e ss.; Bonelli, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, Vol. 7, No 2, 2022, p. 507 e ss.; Baraggia *The "conditionality" Regulation under the ECJ's scrutiny: a constitutional analysis*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 5, 2022, p. 687 e ss. Come noto, il caso riguarda l'impugnazione del regolamento sulla condizionalità legata allo Stato di diritto (regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *G.U.U.E.* 2020, L 433I, p. 1 e ss.), adottato in seguito al varo del programma di finanziamento Next Generation EU, in risposta all'emergenza economica dovuta alla pandemia da COVID-19. Sul regolamento, si veda Tridimas, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020, p. VII e ss.; Kirst, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, Vol. 6, No 1, 2021, p. 101 e ss.; Łacny, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020—Is it all About the Money?*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 13, p. 79 e ss.; Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, Fascicolo n. 3, 2021, p. 172 e ss. Sul compromesso politico sottostante al meccanismo di condizionalità, si veda *Editorial comments: Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 58, Issue 2, 2021 p. 267 e ss. Sulle criticità dell'atteggiamento del Consiglio europeo a margine dell'adozione del regolamento, si veda Alemanno e Chamon, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*. 11 dicembre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/ (ultimo accesso 10/10/2022). Sui recenti sviluppi, si veda Lanotte, *L'approvazione del PNRR polacco da parte della Commissione: una scelta (non) condivisibile? Le tensioni nelle e tra le istituzioni europee*, in *BlogDUE*, 2 settembre 2022, disponibile al link https://www.aisdue.eu/miriana-lanotte-lapprovazione-del-pnrr-polacco-da-parte-della-commissione/ (ultimo accesso 10/10/2022). Sul programma NextGenEU, si veda Calzolari e Costamagna, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in Manzini e Vellano (a cura di), op. cit., p. 169 e ss. Il programma stesso rappresenta una *novitas* di rilievo costituzionale per l'UE e i suoi Stati membri. *Cfr.*, *inter alia*, Leino-Sandberg e Ruffert, *Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 2, 2022, p. 433 e ss.

[170] Questo pericolo emerge chiaramente dalla sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021, caso K 3/21, in cui questa dichiara incostituzionali gli artt. 1, 2 e 19 TUE, nella misura in cui incidono sulle misure interne volte a regolare il potere giudiziario, ossia quelle misure al centro della crisi dello Stato di diritto in Polonia. In sostanza, i giudici costituzionali polacchi hanno messo sotto processo il principio del primato del diritto UE (e dell'efficacia diretta), con tutto quello che ciò significa con riguardo alla natura del diritto UE ed alla sua autonomia, nonché al processo di integrazione stesso. Per un commento al caso, si veda Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021, disponibile al link https://www.aisdue.eu/giacomo-di-federico-il-tribunale-costituzionale-polacco-si-pronuncia-sul-primato-della-costituzione-polacca-et-nunc-quo-vadis/ (ultimo accesso 10/10/2022); *Editorial. Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values*, in *European Papers*, Vol. 6, No 2, 2021, p. 1117 e ss.; Martin, *L'indépendance de la justice en Pologne: la guerre des juges aura bien lieu. À propos de la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du droit primaire de l'UE*, in *Blogdroiteuropeen Working Paper 5/2021*, ottobre2021, disponibile al link https://blogdroiteuropeen.com/2021/10/11/lindependance-de-la-justice-en-pologne-la-guerre-des-juges-aura-bien-lieu-anaelle-martin/ (ultimo accesso 10/10/2022); Krappitz e Kirst, *The Primacy of EU law Does Not Depend on the Existence of a Legislative Competence — Debunking the flawed analysis of the Polish Constitutional Court*, in *EU Law Live*, 20 ottobre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-the-primacy-of-eu-law-does-not-depend-on-the-division-of-legislative-competences-debunking-the-flawed-

III.2.1.5. Quali ripercussioni sull'arbitrato investitore-Stato *extra*-UE?

Alla luce di quanto detto, rimane da chiedersi fino a che punto si estenda la portata di questa sentenza. Come anticipato, in seguito alla pubblicazione di *Achmea* ci si è posti subito il problema della sua estensibilità all'ISDS nello scenario *extra*-UE[171], nell'attesa di delucidazioni dalla Corte col parere 1/17. In effetti, il ragionamento seguito in *Achmea* lascia il dubbio. Da un lato, la portata dell'art. 344 TFUE non può dirsi scontata: a meno di non accogliere l'interpretazione più estensiva, la norma copre le controversie che riguardano gli Stati membri, pur includendo quelle *vis-à-vis* i privati. Dall'altro, certo è che i principi attinenti alla "*membership*" che rilevano in *Achmea*, quello di leale cooperazione (sotteso all'art. 344 TFUE) e quello di reciproca fiducia, non trovano spazio nell'implementazione di un accordo concluso dall'UE con un Paese terzo. Detto questo, neppure si può ignorare il fatto che in *Achmea* trovi importanza centrale il test in tre passaggi, tramite cui la Corte è arrivata a considerare l'art. 267 TFUE come ostativo rispetto all'ISDS in esame. Ebbene, questo test sarebbe suscettibile di applicarsi a qualsiasi contesto di conflitto giurisdizionale, incluso

analysis-of-the-polish-constitutional-court-by-david-krappitz-a/ (ultimo accesso 10/10/2022); Biernat, e Łętowska, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment!: Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/ (ultimo accesso 10/10/2022). In maniera simile alla Corte costituzionale polacca, anche la Corte costituzionale rumena ha messo in discussione il primato del diritto UE sul diritto costituzionale nazionale, sempre all'interno del contesto della crisi sullo Stato di diritto. Si veda Selejan-Gutan, *A Tale of Primacy Part. II. The Romanian Constitutional Court on a Slippery Slope*, in *Verfassungsblog*, 18 giugno 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy-part-ii/ (ultimo accesso 10/10/2022), e Selejan-Gutan, *Who's Afraid of the "Big Bad Court"?*, in *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/whos-afraid-of-the-big-bad-court/ (ultimo accesso 10/10/2022). Nel primo caso, concernente la decisione n. 390/2021 della Corte costituzionale rumena dell'8 giugno 2021, la vicenda è tornata alla CGUE, che ha riaffermato il principio del primato, in sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, *Causa promossa da RS*, causa C-430/21, cit. Per un commento, si veda D'Ancona, *Primato del diritto europeo (indipendenza dei giudici nazionali nella decisione di rinviare le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia - art. 19 per. 1 TUE e art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, no. 5-6, p. 865 e ss.

[171] Oltre ai commenti citati alla nota, si segnala Declève, *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p 99 e ss., e Gatti, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p. 108 e ss. Già pre-*Achmea*, qualcuno dubitava della compatibilità degli arbitrati investitore-Stato contenuti in accordi *extra*-UE; si veda Burgstaller, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, no. 2, 2012, p. 207 e ss., Gallo e Nicola, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in *Fordham International Law Journal Volume*, Vol. 39, Issue 5, 2016, p. 1081 e ss., pp. 1117-1135, e Gáspár-Szilágyi, *A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the Court of Justice of the European Union*, in *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 17, Issue 5, 2016, p 701 e ss. Nel senso della possible compatibilità, invece, si veda Schill, *Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, Issue 3, 2013, p. 379 e ss.

quello *extra*-UE, a prescindere dalla portata dell'art. 344 TFUE e dal principio di reciproca fiducia[172].

Al contempo, la scansione logica in cui si articola la sentenza lascia margini anche all'argomento circa la non estensibilità di *Achmea*. Infatti, la Corte dapprima applica il suddetto test, con esito negativo. Poi, di seguito, cita la giurisprudenza precedente, laddove si afferma che un accordo che preveda un meccanismo di risoluzione delle controversie non sia di per sé incompatibile con il diritto UE, a meno che non contrasti con l'autonomia (ma l'esito del test non aveva già dimostrato l'esistenza di tale contrasto?)[173]. Infine, al punto successivo, la Corte spiega che, nonostante la compatibilità con il diritto UE non possa dirsi esclusa a priori, in questo caso si tratta di un accordo tra Stati membri. È questo che qualifica l'accordo e ne causa l'incompatibilità. Le parole della Corte sembrerebbero suggerire che l'esito negativo test, da solo, non sia idoneo a escludere la compatibilità dell'ISDS, ma che sia il contesto *intra*-UE a rendere questo incompatibile. In conclusione, l'esegesi della sentenza non basta a sciogliere il nodo. La risposta, però, può trovarsi nel parere 1/17.

III.2.2. Il parere 1/17.

Come accennato, il caso affronta il tema della compatibilità con il diritto UE dell'ICS contenuto nel CETA. La domanda di parere verte su tre quesiti in particolare, tra cui quello riguardante la compatibilità con l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione[174]. La Corte conclude per la compatibilità, in risposta a tutti e tre i quesiti[175]. Il parere segna un

---

[172] In questo senso, Andenas e Contartese, op. cit., p. 185, Gatti, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, op. cit., Declève, op. cit., Eckes, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, op. cit., pp. 4-9, Gaillard, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, op. cit., pp. 628-629.

[173] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 57.

[174] Gli altri due riguardano altri due temi particolarmente scottanti nel dibattito sull'ICS e sull'ISDS in generale, ossia la compatibilità con il principio di parità di trattamento e con l'effettività del diritto UE, e la compatibilità con il diritto di accesso ad un giudice indipendente. Su quest'ultimo punto, in particolare, si veda Neframi, *Article 47 of the Charter in the Opinion Procedure: Some Reflections Following Opinion 1/17*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 741 e ss.

[175] In questo caso, la pronuncia della Corte va nello stesso senso delle conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit. Per un commento, si veda Gaillard, *CJUE. Règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Journal du Droit International*, n. 3/2019, p. 833 e ss., Koutrakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, in *European Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2019, p. 293 e ss., Pantaleo *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XIV, 2019, no. 3, p. 775 e ss., de Abreu Duarte, *Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence?*, in *European Law Blog*, 31 maggio 2019, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2019/05/31/autonomy-and-opinion-1-17-a-matter-of-coherence/ (ultimo accesso 23/08/2022), Riffel, *The CETA Opinion of the European Court of Justice and its Implications- Not that Selfish After All*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Issue 3, 2019, p. 503 e ss., Lavranos, *CJEU*

momento fondamentale per il principio di autonomia, rappresentando l'altra faccia di *Achmea*. Da un lato (*Achmea*), ci sono i BIT *intra*-UE, dall'altro gli accordi commerciali e di protezione degli investimenti *extra*-UE; da un lato c'è l'arbitrato investitore-Stato *ad hoc*, dall'altro il nuovo modello di meccanismo ISDS concepito dalla Commissione, cioè l'ICS. Prima di analizzare i principali risvolti del caso ed il loro significato, è bene osservare nel loro insieme i passaggi rilevanti del parere.

III.2.2.1. I passaggi in cui trova applicazione il principio di autonomia.

Per rispondere al quesito sull'autonomia, la Corte parte dalla considerazione che l'ICS non rappresenta un organo giurisdizionale interno delle Parti dell'accordo, ma un organo internazionale, che è chiamato ad interpretare le norme dell'accordo tramite cui è istituito e che trova la propria *raison d'être* nel rapporto di reciprocità che lega le Parti dell'accordo[176]. In sostanza, questo è il senso di trovarsi all'interno di un contesto *extra*-UE. Ciò comporta

Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart, in *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 4, Issue 1, 2019, p. 240 e ss., Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., Leonelli, *CETA and the External Autonomy of the EU Legal Order: Risk Regulation as a Test*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 47, n. 1, 2020, p. 43 e ss., Fanou, *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 22, 2020, p. 106 e ss., Van der Loo, *Opinion 1/17: Legittimising the EU's Investment Court System but Raising the Bar for Compliance with EU Law*, in Hahn e Van der Loo (a cura di), *Law and Practice of the Common Commercial Policy*, Brill, Boston, 2020, p. 98 e ss., Lenaerts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, in Petrlík, Bobeck, Passer e Masson (a cura di), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 285 e ss., Paine, *Autonomy to set the level of regulatory protection in international investment law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70, Issue 3, 2021, p. 697 e ss., Kassoti e Odermatt, *The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17*, in *Questions of International Law* Zoom Out 73, 2020, p. 5 e ss., disponibile al link http://www.qil-qdi.org/the-principle-of-autonomy-and-international-investment-arbitration-reflections-on-opinion-1-17/ (ultimo accesso 23/08/2022), Pantaleo, *The future of investment arbitration in the light of Opinion 1/17*, in *Questions of International Law* Zoom Out 73, 2020, p. 21 e ss., disponibile al link http://www.qil-qdi.org/the-future-of-investment-arbitration-in-the-light-of-opinion-1-17/ (ultimo accesso 23/08/2022), Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., pp. 15-18, Damjanovic e de Sadeleer, op. cit., Metaxas, *Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 631 e ss., Melykian, *The Legacy of Opinion 1/17: To What Extent Is the Autonomous EU Legal Order Open to New Generation ISDS?*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 645 e ss., Boelaert, *Opinion 1/17 of the Court of Justice on the legality, under EU law, of the investor-to-state dispute settlement mechanism included in CETA agreement. A case of legal pragmatism or the dawn of a new era?*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), op. cit., p. 37 e ss., Zelazna, *The relationship between the Court of Justice of the European Union and international courts after Opinion 1/17*, in *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, op. cit., p. 89 e ss., Hindelang, *The price for a seat at the ISDS reform table: CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), op. cit., p. 127 e ss., Bradley, *Investor–State Dispute Tribunals Established under EU International Agreements: Opinion 1/17 (EU–Canada CETA)*, in Butler e Wessel (a cura di), op. cit., p. 959 e ss.

[176] Parere 1/17, cit., punto 117.

due conseguenze. La prima è che, diversamente da *Achmea*, in questo caso non entra in gioco il principio di reciproca fiducia[177]. Il principio, infatti, caratterizza le relazioni tra Stati membri, ma non rileva nel contesto *extra*-UE[178]. La seconda conseguenza è che, se è vero che l'ICS è estraneo al sistema giurisdizionale dell'UE e dei suoi Starti membri (così come a quello canadese), allora significa che esso non rientra nel novero delle giurisdizioni in grado di esperire il rinvio alla CGUE. Inoltre, il principio di reciprocità, che caratterizza il rapporto di natura pattizia che intercorre tra le Parti, ha l'ovvio corollario che non è possibile sottoporre un lodo emesso dall'ICS alla giurisdizione di un giudice che rientri nel sistema giurisdizionale *ex* art. 19 TUE. In questo modo, due dei tre passaggi del test utilizzato in *Achmea* danno esito negativo.

Alla luce di ciò, rimane da capire, quindi, quale sia l'esito di quello che in *Achmea* ha rappresentato il primo passaggio del test, quello, cioè, sulla competenza del meccanismo ISDS ad interpretare o ad applicare il diritto UE. Se l'esito di questo passaggio fosse positivo, come positivo era in *Achmea*, allora si avrebbe l'incompatibilità dell'ICS con l'autonomia giurisdizionale del diritto UE. Infatti, nel caso in cui l'ICS avesse competenza ad esprimersi sull'interpretazione del diritto UE, la questione non potrebbe essere rimessa alla CGUE, a discapito dell'autonomia. Nel parere, la Corte giunge a negare l'esistenza di un simile rischio, proprio perché l'esame compiuto porta a escludere l'esistenza di una tale competenza[179]. Come in *Achmea*, l'esame della Corte verte sul testo della clausola compromissoria, nella parte che riguarda il diritto applicabile alla controversia. La norma è l'art. 8.31, par. 2, CETA, la quale recita:

> "[i]l tribunale non è competente a statuire sulla legittimità di una misura che costituisca una presunta violazione del presente accordo ai sensi del diritto interno di una parte. Si precisa che, nel determinare la compatibilità di una misura con il presente accordo, il tribunale, ove opportuno, può considerare il diritto interno di una parte come una questione di fatto. A tal fine il tribunale segue l'interpretazione prevalente che del diritto interno danno i tribunali o le autorità di tale parte; qualunque significato attribuito dal tribunale al diritto interno non è vincolante per i tribunali o le autorità di tale parte"[180].

[177] *Ivi*, punto 129.
[178] Lo stesso vale anche per l'art. 344 TFUE (e per il principio di leale cooperazione di cui è espressione), che nel parere non viene nemmeno menzionato (si veda *infra*, Paragrafo III.2.2.2.).
[179] Parere 1/17, cit., punti 130-136.
[180] Art. 8.31, par. 2, CETA.

Secondo la Corte, la formulazione della norma secondo questi termini determina l'esito negativo del passaggio del test. In questo modo, il rischio per l'autonomia giurisdizionale è sventato.

Tuttavia, la Corte prende in considerazione altri due profili di potenziale incompatibilità con l'autonomia.

Il primo riguarda l'autonomia istituzionale ed è lo stesso che era già emerso nella giurisprudenza precedente ad *Achmea*. Si tratta del rischio che, in caso di violazione delle norme del trattato, il giudice internazionale arrivi ad esprimersi sulla ripartizione delle responsabilità tra Unione e Stati membri. L'ICS, infatti, è competente a valutare la responsabilità finanziaria delle Parti del CETA nei confronti dell'investitore (dell'altra Parte) leso. Siccome il CETA è un accordo misto, questa responsabilità può sorgere sia in capo all'UE che in capo a uno Stato membro, a seconda di chi, tra questi, abbia violato le norme sulla protezione degli investimenti previsti dall'accordo. Tuttavia, come constata la Corte[181], la determinazione di chi sia il convenuto (cioè colui potenzialmente responsabile della violazione) tra UE e Stati membri non è lasciata all'ICS, ma all'UE stessa. Infatti, qualora sorga una controversia tra un investitore canadese e l'UE o uno Stato membro, l'art. 8.21 del CETA prevede che la questione sia sottoposta all'UE, affinché questa individui il convenuto, senza che l'ICS possa discostarsi da tale determinazione.

Il secondo profilo, invece, è del tutto nuovo e compare per la prima volta nel parere 1/17. Esso riguarda l'impatto del meccanismo ISDS sul funzionamento delle Istituzioni dell'Unione conformemente al quadro costituzionale di quest'ultima. In sostanza, si tratta del c.d. "*right to regulate*", ossia il potere regolatorio interno da parte delle autorità pubbliche delle Parti dell'accordo. Questo è stato uno dei punti più politicamente sensibili del dibattito pubblico durante la negoziazione e conclusione del CETA (ma riguarda l'ISDS in generale)[182]. In breve, l'ICS è competente a valutare la compatibilità con le norme sulla protezione degli investimenti delle misure[183] regolatorie adottate dall'UE e dagli Stati membri che hanno un impatto sugli investitori canadesi (lo stesso vale per Canada e investitori UE): sulla base di questa valutazione, dispone il risarcimento dell'investitore da parte del convenuto. Come la

[181] Parere 1/17, cit., punto 132.
[182] *Supra*, Sezione III.1.
[183] La definizione di "misura", contenuta nel art. 1.1 CETA, è molto ampia e può arrivare a comprendere anche atti aventi portata generale (o atti esecutivi degli stessi), purché riguardino l'investitore o un suo investimento coperto dalla protezione offerta dal CETA, parere 1/17, cit., punti 141-143.

Corte riconosce[184], questo può avere l'effetto di indurre l'Unione (così come le altre Parti) a modificare tali misure o ad abrogarle, onde evitare ulteriori condanne nei confronti di altri investitori, oppure ad esimersi dall'adottare misure simili a quella sanzionata, in spregio alle motivazioni di interesse pubblico ad esse sottostanti (c.d. "*regualtory chill effect*"). Per quanto riguarda l'Unione, osserva la Corte, c'è in gioco il rispetto del principio democratico, nonché dei principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità, che ispirano l'azione normativa del legislatore UE, il quale è chiamato a bilanciare tra interessi pubblici ed altri interessi. Allo stesso modo, in gioco è anche il ruolo della CGUE, a cui sola spetta il controllo di conformità del livello di tutela degli interessi pubblici con i Trattati, la Carta dei diritti fondamentali e i principi generali del diritto UE[185]. In sostanza, non si può demandare tale bilanciamento ad un giudice esterno. Orbene, la Corte ritiene che nel CETA vi siano garanzie sufficienti affinché ciò non avvenga[186]. In particolare, la sezione sugli investimenti è coperta dalla clausola di eccezioni generali, la quale prevede che le disposizioni dell'accordo non possono essere interpretate nel senso di impedire alle Parti di adottare misure necessarie al perseguimento di interessi pubblici quali sicurezza, morale e ordine pubblico, tutela della vita e della salute dell'uomo, animali e piante (salvo il caso di misure discriminatorie e di restrizioni dissimulate)[187]. Inoltre, le ipotesi coperte dalla clausola di trattamento giusto ed equo sono elencate tassativamente[188], in modo da limitare la discrezionalità del tribunale ICS, mentre restano escluse dalla fattispecie dell'espropriazione indiretta le misure non discriminatorie adottate nel perseguimento di interessi pubblici legittimi, ad eccezione dei "[…] rari casi in cui l'impatto di una misura o di una serie di misure sia talmente grave da farle apparire manifestamente eccessive rispetto all'obiettivo perseguito"[189].

Infine, una disposizione apposita inserita nella sezione sugli investimenti "riafferma" il diritto delle Parti di legiferare per conseguire "[…] obiettivi politici legittimi come la tutela della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente e della morale pubblica, la protezione sociale e dei consumatori nonché la promozione e la tutela della diversità culturale"[190].

[184] *Ivi*, punto 150.
[185] *Ivi*, punto 151.
[186] *Ivi*, punti 152-160.
[187] Art. 28.3, par. 2, CETA.
[188] Art. 8.10, par. 2, CETA.
[189] Punto 3, Allegato 8-A, CETA.
[190] Art. 8.9, par. 1, CETA.

III.2.2.2. I riferimenti normativi del principio di autonomia e l'impatto del parere sulla saga *Achmea*.

Sotto il profilo dei riferimenti normativi posti alla base del principio di autonomia, bisogna notare che l'art. 344 TFUE non trova neppure menzione nel parere. Questa constatazione supporta una lettura restrittiva del ruolo della norma, una lettura dalla quale si può dedurre che, almeno in questa occasione, la Corte abbia inteso l'obbligo posto dalla norma come riguardante solo gli Stati membri, non anche l'UE nella conduzione della sua azione esterna. Significativo, inoltre, è anche il fatto che il test di autonomia giurisdizionale trovi applicazione a prescindere dalla rilevanza del principio di reciproca fiducia, la quale viene esclusa dalla Corte fin dall'inizio del suo ragionamento[191]. Il principio di autonomia e quello di reciproca fiducia, quindi, procedono su binari differenti, benché essi possano incrociarsi nel contesto *intra*-UE.

Sulla base di quanto detto, il parere 1/17 conferma l'estensibilità di *Achmea* anche al contesto *extra*-UE, almeno con riguardo all'applicazione del principio di autonomia. La valutazione compiuta parere 1/17, di per sé, porta ad escludere che l'ISDS rappresenti una potenziale minaccia per l'autonomia giurisdizionale soltanto nel contesto *intra*-UE. L'autonomia istituzionale, dal canto suo, si applica proprio nel contesto degli accordi misti, quindi sempre in un contesto *extra*-UE, mentre l'autonomia del funzionamento delle Istituzioni secondo il quadro costituzionale dell'UE riguarda, appunto, l'attività regolatoria dell'UE, non quella degli Stati membri. D'altra parte, anche nel parere 2/13 la Corte ha valutato la compatibilità con l'autonomia di un accordo concluso tra l'Unione e Stati terzi, così come pure negli altri pareri precedenti sopra esaminati. I dubbi sorti in occasione di *Achmea* sono quindi fugati definitivamente.

In termini generali, il lascito del parere consiste nel chiarire quali siano le condizioni che un meccanismo ISDS deve rispettare per essere compatibile con l'autonomia del diritto UE. Innanzitutto, la clausola compromissoria deve specificare che il diritto UE non è applicabile alla controversia, disponendo che questo possa essere considerato solo come questione di fatto, secondo l'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza CGUE. Inoltre, e in ogni caso,

[191] Più esplicito sul punto è l'AG, il quale, dopo aver scartato l'applicabilità dell'art. 344 TFUE e del principio di reciproca fiducia in virtù del contesto *extra*-UE di cui si tratta, afferma: "fatte queste precisazioni, sebbene i criteri di valutazione non possano essere identici a quelli applicati dalla Corte in relazione a un trattato bilaterale di investimento tra Stati membri, resta il fatto che l'istituzione di una procedura di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati mediante un accordo tra, da un lato, l'Unione e i suoi Stati membri e, dall'altro, uno Stato terzo deve rispettare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione" (conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punto 113). Di conseguenza, passa ad esaminare il rispetto dell'autonomia in relazione agli aspetti corrispondenti alle condizioni poste dalla Corte nel parere.

il lodo deve essere privo del potere di vincolare le Istituzioni UE ad un'interpretazione del diritto UE. In altre parole, utilizzando la griglia di analisi del precedente capitolo, la Corte sta dicendo che non vi deve essere punto di contatto e che, anche qualora vi sia il contatto, non devono esserci effetti vincolanti per l'UE. In aggiunta, l'accordo che istituisce il meccanismo ISDS deve lasciare all'UE la determinazione del convenuto. Infine, l'accordo deve prevedere clausole formulate in modo da permettere la salvaguardia del "*right to regulate*" delle Parti.
Nello specifico, poi, ciò che il parere 1/17 fa è salvare il nuovo modello ICS e, in prospettiva, il MIC, dalla falce del principio di autonomia, poiché tali meccanismi ISDS sono progettati in modo da rispettare le suddette condizioni. Ciò permette all'UE di continuare la propria politica commerciale, nella direziona intrapresa.

III.2.2.3. Le modalità di applicazione del principio di autonomia.

Di seguito, si esaminerà l'applicazione del principio di autonomia all'ICS, analizzando più nel dettaglio i vari passaggi del test di compatibilità descritto sopra.
Si anticipa che, osservando con attenzione la valutazione compiuta dalla Corte nel parere, è possibile notare una differenza tra le modalità di applicazione del principio di autonomia adottato in questa occasione e quelle seguite in precedenza, in *Achmea* e nel parere 2/13. In questo secondo caso, in particolare, la Corte era stata criticata per un formalismo eccessivo, che guardava al dato letterale del testo del progetto di accordo per poi individuare ogni possibile pertugio lasciato dalle maglie delle clausole così come formulate, pertugio attraverso cui sarebbe potuto filtrare un rischio anche ipotetico per l'autonomia. Qui, invece, la Corte guarda al dato letterale del testo del CETA e a questo si ferma, soddisfatta, senza sottoporre ad ulteriore "*stress-test*" la solidità degli strumenti posti a difesa dell'autonomia dalle clausole dell'accordo. Così, i due atteggiamenti formalisti portano ad esiti opposti.
Tale atteggiamento, nel parere 1/17, riguarda tutti gli aspetti dell'applicazione del principio di autonomia, in maniera più o meno evidente, come si osserverà di seguito.

III.2.2.3.1. Segue. L'autonomia istituzionale.

Questa forma di applicazione del principio di autonomia emerge, nel caso in esame come in passato, laddove si sia di fronte ad un potenziale conflitto giurisdizionale nel contesto di un accordo misto. Il fatto che la Corte si sia soffermata su questo aspetto, quindi, non sorprende

l'osservatore, né ha sorpreso il negoziatore, che aveva apprestato quelle che, a posteriori, si possono definire garanzie idonee.

Si è visto che la verifica di compatibilità compiuta nel parere si ferma alla constatazione della presenza di una clausola che sottrae alla giurisdizione del tribunale ICS la determinazione di chi sia il convenuto tra Stati membri e UE e la lascia all'Unione stessa[192]. Questo significa che l'UE e gli Stati membri devono risolvere internamente la questione della determinazione, per poi indicare il risultato all'ICS, il quale è vincolato all'indicazione fornitagli[193]. La Corte non va oltre. Non svolge un'analisi dell'effettiva idoneità degli strumenti interni attraverso cui l'Unione deve determinare e fornire al tribunale l'identità del convenuto, né verifica se ci siano eventuali lacune lasciate da questa clausola, diversamente da quanto fatto nel caso del meccanismo del convenuto aggiunto nel parere 2/13. In concreto, la determinazione del convenuto da parte dell'UE avverrà tramite il reg. 912/2014 per la gestione della responsabilità finanziaria tra UE e Stati membri[194]. La soluzione trovata dal CETA consiste, quindi, nell'utilizzo di uno strumento di diritto interno trasposto in una dinamica di diritto internazionale[195], ed è interessante notare che tale regolamento nasce (anche) per un'esigenza

[192] È la tecnica della c.d. "*proceduralisation*", in base alla quale gli accordi misti contenenti meccanismi di risoluzione delle controversie predispongono apposite procedure per la determinazione della parte convenuta tra UE e Stati membri. Un esempio già osservato è quello del convenuto aggiunto, inserito nel progetto di accordo di adesione alla CEDU. Si veda Contartese e Pantaleo, *Division of Competences, EU Autonomy and the Determination of the Respondent Party: Proceduralisation as a Possible Way-Out?*, in Neframi e Gatti (a cura di), op. cit., 2018, p. 409 e ss.; Stegmann, *Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements*, Springer, 2019, pp. 139-163. Per un approfondimento sui meccanismo per la ripartizione della responsabilità tra UE e Stati membri, nell'ambito degli accordi di investimento, oltre a Stegmann, op. cit., si veda Vezzani, *The International Responsibility of the European Union and of Its Member States for Breaches of Obligations Arising from Investment Agreements: Lex Specialis or European Exceptionalism?*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), op. cit., p. 281 e ss.

[193] Art. 8.21, par. 7, CETA.

[194] Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte, in *G.U.U.E.* L 257 del 28 agosto 2014, p. 121 e ss. In sintesi, il regolamento è volto a far coincidere il piano internazionale, cioè la determinazione del convenuto, con quello interno, cioè la ripartizione della responsabilità finanziaria tra UE e Stati membri, la quale a sua volta segue il criterio dell'allocazione delle competenze. Questo approccio, dunque, differisce dal regime generale previsto dal Progetto di articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni Internazionali della Commissione di diritto internazionale, secondo il quale la responsabilità sorge in capo a chi ha materialmente commesso (o adottato) l'atto, a prescindere dalle regole di competenza interne all'organizzazione internazionale. Per un approfondimento, si veda Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 1, 2016, p. 71 e ss.

[195] Su questo modello, basato sull'internalizzazione della questione riguardante la responsabilità di UE e Stati membri (*"internalisation model"*), si veda Pantaleo, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, op. cit., p. 99 e ss. A seguito della sua analisi, l'Autore conclude che "[…] the internalization operated by EU investment agreements appears capable of guaranteeing the participation of the EU in investment disputes without affecting the internal relations between the EU and the Member States", posto che "[…] this seems to be by far the most relevant component of the autonomy of the EU legal order" (*ivi*, p. 171).

di tutela dell'autonomia dell'UE nel contesto delle controversie tra investitore e Stato[196]. Tuttavia, anche questa soluzione non è del tutto esente da criticità. Innanzitutto, la clausola del CETA prevede comunque una scadenza di 50 giorni entro la quale l'UE deve comunicare il convenuto; spirato quel termine, provvederà il tribunale arbitrale[197]. Questa determinazione, che avverrà secondo un criterio stabilito dalla clausola stessa[198], è suscettibile di richiedere al tribunale una valutazione concernente la ripartizione delle competenze tra Stati membri e UE o, comunque, un'interpretazione degli atti in cui consistono le misure oggetto della controversia (o di atti potenzialmente collegati ad essi). Posto che il termine di 50 giorni può nei fatti rivelarsi piuttosto stretto[199], si capisce che il rischio per l'autonomia, se pur ridotto, non possa dirsi del tutto escluso a priori[200]. Inoltre, bisogna notare che c'è sempre la possibilità che il provvedimento di determinazione adottato dalla Commissione venga impugnato dallo Stato membro interessato[201]. La durata di un procedimento di annullamento dell'atto davanti alla CGUE, ovviamente, supera di gran lunga il termine di 50 giorni del CETA, per cui non è possibile rettificare l'indicazione fornita al tribunale, una volta resa la sentenza della CGUE, né è prevista una sospensione del procedimento davanti al tribunale, che procederà nei confronti del convenuto comunicato entro i 50 giorni. Per di più, UE e Stati membri rinunciano alla possibilità di invocare l'inammissibilità della domanda o la mancanza di giurisdizione del tribunale, né possono altrimenti contestare la domanda o il lodo argomentando che il convenuto non è stato correttamente determinato[202]. Questo significa che, alla fine, il risultato del lodo potrà avere esito diverso, quanto alla determinazione della responsabilità finanziaria tra UE e Stati membri, rispetto alla valutazione compiuta dalla CGUE, a cui i Trattati attribuiscono il compito di a statuire in via definitiva sull'allocazione

[196] Così Stegmann, op. cit., pp. 144-150.
[197] Art. 8.21, par. 4, CETA.
[198] CETA, art. 8.21, par. 4, lett. a) e b): "[…] se le misure indicate nella richiesta sono state adottate esclusivamente da uno Stato membro dell'Unione europea, tale Stato membro agisce in qualità di convenuto; […] se le misure indicate nella richiesta comprendono misure adottate dall'Unione europea, l'Unione europea agisce in qualità di convenuto".
[199] Il termine è solo di poco superiore rispetto a quelli previsti dalle procedure di consultazione interna tra Commissione e Stato membro interessato, previste dal regolamento per la gestione della responsabilità finanziaria. Per quanto sulla carta appaiano coordinati, non può escludersi l'eventualità che i termini interni non vengano rispettati e, di conseguenza, venga fatto scadere quello del CETA. *Cfr.* Munari e Cellerino, op. cit., p. 74 e ss., p. 101.
[200] Nello stesso senso Hindelang, *The price for a seat at the ISDS reform table: CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order*, op. cit., pp. 133-134.
[201] *Cfr.* Stegmann, op. cit., pp. 181-183.
[202] Art. 8.21, par. 6, CETA. Per un approfondimento sulle soluzioni alternative, poi scartate dai negoziatori, e sulle loro criticità, si veda Stegmann, op. cit., pp. 304-317.

delle competenze[203]. Il CETA accetta questa eventualità, e ciò non pare preoccupare la Corte, che non prende in considerazione lo scenario.

III.2.2.3.2. Segue. L'autonomia giurisdizionale.

Con riguardo all'autonomia giurisdizionale, il test segue tre passaggi, sulla scorta della clausola del CETA in esame che, a sua volta, è formulata in modo tale da fornire garanzie di tutela dell'autonomia in tre momenti consecutivi: il tribunale ICS considera il diritto UE come mera questione di fatto; l'ICS non interpreta il diritto UE, ma segue l'interpretazione prevalente della CGUE; in ogni caso, un'eventuale interpretazione del diritto UE da parte del tribunale non vincola il giudice e le autorità dell'UE e degli Stati membri. Confrontando questi passaggi con gli elementi del test della giurisprudenza precedente, è possibile riportare i primi due sotto l'elemento del contatto tra giurisdizione del tribunale e diritto UE, il terzo sotto quello degli effetti del lodo.

Tuttavia, in questo caso l'atteggiamento della Corte sembra di completa rottura rispetto a quello tenuto in precedenza e si espone a critiche circa la validità degli argomenti usati.

Partendo dal punto di contatto, esso viene rinvenuto nella possibilità che il diritto UE sia considerato come oggetto della valutazione del tribunale ICS, rilevando come questione di fatto, connessa al comportamento contestato al convenuto. Ciò differenzia la fattispecie in esame da quella di *Achmea*, in cui il diritto UE avrebbe potuto rilevare nella controversia arbitrale in qualità di diritto applicabile, e la rende paragonabile a quella del meccanismo di previo coinvolgimento nel parere 2/13. In quella occasione, però, la Corte aveva concluso per l'incompatibilità, a prescindere dalla distinzione tra questione di fatto e questione di diritto. Ciò che importava, infatti, era che vi fosse o meno la possibilità che la Corte EDU interpretasse le norme di diritto UE. Nel parere 1/17, invece, l'argomento della questione di fatto viene utilizzato a sostegno della compatibilità dell'ICS. Questo evidenzia una prima incoerenza con la giurisprudenza precedente, di cui sia il negoziatore della clausola che la Corte sembrerebbero essere consapevoli, visto che l'attenzione si sposta sul secondo passaggio, ossia quello dell'interpretazione del diritto UE da parte del tribunale ICS. Il CETA la esclude e per la Corte questo basta. Ma l'argomento è molto fragile.

[203] Sulle possibili conseguenze, si veda Dimopoulos, *The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 6, 2014, p. 1671 e ss., p. 1710.

Innanzitutto, è lecito domandarsi se la distinzione teorica tra diritto interno come fatto (non soggetto a interpretazione) e diritto interno come diritto a tutti gli effetti regga anche nella prassi. Da una parte, se è vero che l'esclusione del diritto interno ai fini della soluzione di una controversi tra investitore e Stato è inusuale[204], è vero anche che la considerazione del diritto interno come questione di fatto da parte di una corte internazionale è in linea con il diritto internazionale[205]. D'altra parte, in dottrina, da sempre vi è chi dubita dell'esistenza di un confine netto tra il prendere in considerazione una norma di natura interna e l'interpretarla[206], e ciò vale anche nel caso delle controversie tra investitore e Stato[207]. Infatti, un tribunale ISDS può trovare necessario volgersi al diritto interno dello Stato convenuto per risolvere questioni legate all'esistenza di un diritto di proprietà[208], o di un contratto[209]. Ancora, può rendersi necessario valutare il comportamento delle autorità giurisdizionali interne, quindi anche la sua eventuale contraddittorietà rispetto al diritto interno applicabile, o il comportamento delle autorità amministrative ed il rispetto della normativa procedurale amministrativa, in controversie concernenti la violazione degli standard di trattamento giusto ed equo[210]. Calando la problematica nel contesto UE, si nota che il campo normativo che funge da contesto di eventuali controversie tra investitore e Stato è ampiamente coperto dalla normativa

[204] Gallo e Nicola, op. cit., p. 1124.
[205] "[F]rom the standpoint of international law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of states, in the same manner as do legal decisions or administrative measures" in sentenza della Corte permanente di diritto internazionale del 25 maggio 1929, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A - No. 7, par. 52.
[206] Jenks, *The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice*, in *British Year Book of International Law*, Vol. 19, 1938, p. 67 e ss., p. 68.
[207] Hepburn, *Applicable Law in TPP Investment Disputes*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 17, no. 2, 2016, p. 349 e ss., pp. 363-368. Più in generale, sul tema del rapporto tra diritto interno e ISDS, si veda Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2017, e Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2017. Inoltre, è interessante notare come il problema si sia posto anche nel contesto dell'OMC, in particolare con riferimento al funzionamento dell'organo di appello (*Appellate Body*).
[208] "Investment disputes are about investments, investments are about property, and property is about specific rights over tangibles and intangibles cognisable by the municipal law of the host state. General international law contains no substantive rules of property law. […] Whenever there is a dispute about the scope of the property rights comprising the investment, or to whom such rights belong, there must be a reference to a municipal law of property. Insofar as investment treaties require a territorial nexus between the investment and one of the contracting state parties, that property law is the municipal law of the state in which the claimant alleges that it has an investment", in Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2009, p. 52.
[209] Esempio "classico" è *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award del 7 febbraio 2011.
[210] Questi esempi sono stati indentificati dalla dottrina sul CETA e sul parere 1/17, per esempio in Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause*, in *EJIL: Talk!*, 17 marzo 2016, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/cetas-new-domestic-law-clause/ (ultimo accesso 1/11/2022), ed in Metaxas, op. cit., p. 640.

UE (così come valeva per *Achmea*). Si tratta di norme concernenti la protezione degli investimenti nel mercato interno[211], il diritto della concorrenza o la regolamentazione del mercato stesso[212], ed anche di norme riguardanti direttamente gli investimenti esteri[213]. Qualora il tribunale si trovasse a dover prendere in considerazione tali norme di diritto UE ai fini della valutazione della condotta del convenuto, anche se solo in qualità di fatti, sarebbe difficile astenersi del tutto da un'operazione di interpretazione delle stesse, come dimostra la prassi di alcuni tribunali arbitrali[214].

Alla luce di ciò, rischia di restare lettera morta la clausola del CETA secondo cui il tribunale non può fornire una propria interpretazione del diritto UE e, in caso, esso sia comunque tenuto a seguire quella della CGUE. Infatti, rimane sempre possibile l'eventualità in cui una giurisprudenza della Corte di giustizia in materia manchi, oppure quella in cui questa giurisprudenza sia contradditoria, o comunque poco chiara. In queste situazioni, il tribunale potrà procedere ad una interpretazione autonoma, potrà scegliere tra più interpretazioni esistenti basate sulla giurisprudenza della Corte[215], o addirittura potrà dare la propria

[211] L'AG Bot riconosce l'esistenza di una almeno parziale sovrapposizione normativa, in conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punto 157. Iannuccelli si domandava se non vi fosse addirittura il rischio di un'identità tra le norme del CETA e quelle di diritto interno, in Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., pp. 303.

[212] Per esempio, Leonelli ipotizza lo scenario, complesso quanto verosimile, di un caso che richiede al tribunale ICS l'interpretazione della normativa UE che regolamenta il mercato OGM (tema politicamente sensibile per il CETA); in Leonelli, op. cit., pp. 57-61.

[213] Si tratta del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, PE/72/2018/REV/1, in *G.U.U.E.* L 79I del 21 marzo 2019, p.1 e ss., e del regolamento 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, in *G.U.U.E.* L 330 del 23 dicembre 2022, p. 1 e ss. Entrambi gli strumenti sono volti a regolare gli investimenti esteri all'interno dell'UE, prevedendo effetti restrittivi in possibile contrasto con gli standard di tutela previsti dagli accordi UE. Per un commento agli strumenti, si rimanda a Moberg e Hindelang, *The art of casting political dissent in law: The EU'S framework for the screening of foreign direct investment*, in *Common Market Law Review*, Vol.57, Issue 5, 2020, p. 1427 e ss., e Bergamaschi, *Shared Solutions or Territorial Extension of EU Law? A Possible Answer for the EU to the Foreign Subsidies Problem*, in Casolari e Gatti (a cura di), *The Application of EU Law Beyond Its Borders*, CLEER Papers 2022/3, disponibile al link https://www.asser.nl/cleer/publications/cleer-papers/cleer-paper-20223-casolari-gatti-m-eds/ (ultimo accesso 1/11/2022), p. 207 e ss.

[214] Per esempio, si è già visto il caso *Electrabel c. Ungheria* (*supra*, Capitolo III, nota 138), ove il tribunale procede ad interpretare il diritto UE senza chiarire se questo rilevi come questione di fatto o di diritto, in *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, cit., parr. 4.127-4.129. Un altro caso, anch'esso già menzionato, è *AES contro Ungheria* (*supra*, Capitolo III, nota 143), in cui il tribunale interpreta una norma di diritto primario pur considerando il diritto UE come mera questione di fatto (in quanto diritto interno dello Stato convenuto), in *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, cit., par. 7.6.6.

[215] Dello stesso avviso Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, 6 settembre 2019, disponibile al link https://diplomatie.belgium.be/en (ultimo accesso 10/11/2021), p. 5. In dottrina, *inter alia*, si veda Gatti, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, op. cit., p. 10. Sul punto esiste una prassi risalente alla sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale del 12 luglio 1929, *Brazilian Loans*, PCIJ Series A. No 21, p. 124 e ss. *Cfr.* Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, cit., p. 133. La

personale lettura sulla portata di una pronuncia della CGUE. D'altronde, il fatto che il diritto UE rilevi nella controversia solo come questione di fatto implica che l'onere della prova gravi in capo alle parti litiganti[216]. Quest'ultime, verosimilmente, forniranno al tribunale un'interpretazione favorevole alla propria posizione, col rischio che il tribunale si trovi a dover valutare e scegliere tra opzioni interpretative tra loro opposte[217], con ampi margini di manovra a disposizione dello stesso[218]. Sulla scorta di ciò, si capisce perché più di un commentatore abbia espresso scetticismo sulla solidità di tali argomenti, valutati dalla Corte a favore della compatibilità dell'ICS, e vi abbia visto la dimostrazione di un atteggiamento più morbido della Corte (se non incoerente) quanto all'applicazione del test[219].

Conseguentemente, l'attenzione si sposta sul terzo passaggio della valutazione della Corte, quello degli effetti del lodo. È qui che si gioca la compatibilità dell'ICS. Infatti, vista la fragilità dei passaggi precedenti, quest'ultimo diventa dirimente nello stabilire la compatibilità dell'ICS poiché, anche qualora esso arrivasse ad interpretare il diritto UE, comunque l'interpretazione resa nel lodo non vincolerebbe le autorità dell'UE. In sostanza, dal parere emerge che, alla fine, ciò che conta è che una tale interpretazione rimanga all'esterno dell'ordinamento UE.

Che la questione degli effetti sia quella dirimente, è opinione condivisa[220] e condivisibile. Focalizzarsi sugli effetti permette di superare le criticità degli argomenti sull'interpretazione. Cionondimeno, anche l'argomento degli effetti solleva qualche dubbio. La clausola sugli effetti contenuta nel CETA non incide sul valore del lodo tra le parti della controversia, né sul valore del lodo tra le parti dell'accordo, le quali sono reciprocamente vincolate, ai sensi del diritto internazionale, a rispettare il valore del lodo nella controversia e a darvi esecuzione[221].

---

necessità di un intervento della CGUE nel caso in cui vi siano più interpretazioni plausibili di una norma UE era già stato espresso nel parere 2/13, cit., punto 245 (*supra*, Paragrafo II.4.2.).

[216] Tinti, *Domestic law as a matter of fact in the international investment agreements signed by the European Union: Some practical reflections*, in *LAwTTIP Working Papers*, 2020/2, disponibile al link https://www.lawttip.eu/uploads/files/TINTI_WP_LAWTTIP_FINAL.pdf (ultimo accesso 1/11/2022), pp. 26-27.

[217] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction del 14 aprile 1988, par. 58. Cfr Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause* op. cit.

[218] Tinti, op. cit., p. 28.

[219] Così Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1744 e 1747, Metaxas, op. cit., p. 642, de Abreu Duarte, op. cit., Leonelli, op. cit., pp. 47-52, Gatti, *The EU and International Investment Agreements: To Diverge is to Converge*, op. cit., pp. 96-97. D'avviso opposto Gaillard, *CJUE. Règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Journal du Droit International*, op. cit.

[220] *Inter alia*, Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1748.

[221] Art. 8.41, parr. 1 e 2, CETA.

Su cosa incide, quindi? Secondo qualcuno, i lodi nelle controversie Stato-investitore non vincolerebbero mai le autorità dello Stato convenuto (o dell'UE) ad una data interpretazione del diritto interno, poiché l'unico elemento vincolante sarebbe il dispositivo, che si limita al risarcimento economico, nel singolo caso[222]. Se così fosse, allora la clausola sugli effetti si limiterebbe a ribadire l'ovvio. Eppure, non si spiegherebbe l'incompatibilità con l'autonomia giurisdizionale del tribunale in *Achmea*, da cui si desume che i lodi siano, di per sé, suscettibili di mettere a repentaglio il monopolio della Corte a fornire l'interpretazione definitiva del diritto UE. Si deve concludere, quindi, che la clausola un significato ce l'abbia. Un significato tale da impedire al lodo di esplicare alcun effetto all'interno dell'ordinamento UE. Invero, le norme del CETA, pur essendo prive di efficacia diretta[223], sono comunque parte dell'ordinamento UE e ne vincolano le Istituzioni, alla luce dell'art. 216, par. 2, TFUE. Tale clausola potrebbe interpretarsi nel senso di escludere ogni effetto di natura interna all'ordinamento UE in capo al lodo[224], di fatto svuotando di significato il recepimento cui all'art. 216, par. 2, TFUE, con riferimento al lodo emesso dal tribunale ICS[225]. Ciò significa che, oltre a non avere efficacia diretta, tali lodi non saranno presi in considerazione dagli organi giurisdizionali UE neppure ai fini dell'interpretazione conforme[226]. Inoltre, la clausola suona come un monito ai giudici degli Stati membri, i quali devono astenersi dal considerare eventuali interpretazioni del diritto UE fornite nei lodi dell'ICS come fonti autorevoli a cui fare riferimento[227]. Ciò che rimane è il mero vincolo di diritto internazionale, in capo all'UE, di adempiere al lodo, anche qualora esso si fondi su un'interpretazione del diritto UE da parte del tribunale ICS.

In ogni caso, la soluzione offerta dalla formulazione della clausola del CETA e accettata dalla Corte si pone sul piano formale dei rapporti tra le fonti, ma ignora il piano fattuale. Infatti, i lodi emessi dal tribunale ICS potrebbero avere un notevole effetto *de facto* sull'attività

[222] Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause*, op. cit. Sul punto anche Contartese, *EU Law as Applicable Law in International Disputes and Its Procedural Implications*, op. cit., p. 184-185.
[223] Art. 30.6 CETA.
[224] Secondo Eckes, ciò significa che non è possibile invocare l'interpretazione del diritto UE eventualmente fornita dall'ICS davanti ai giudici interni. In questo senso andrebbe letta anche la clausola per cui il diritto UE rileva davanti all'ICS solo come fonte di fatto. Come spiega l'Autrice: "[f]ormally stipulating that the ISDS mechanism under CETA cannot make normative claims on the interpretation of EU law explicates that no valid normative claim under EU law can be based on the interpretation of the ISDS mechanism", in Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 16.
[225] In senso simile anche Boelaert, op. cit., pp. 55-57.
[226] Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 16.
[227] *Ibidem*.

normativa interna del convenuto[228]. Se è vero che gli obblighi del convenuto si limitano al risarcimento del danno, non si può però ignorare che, data la potenziale notevole entità del risarcimento deciso dal tribunale ICS, un lodo sfavorevole potrebbe portare il convenuto a modificare la propria normativa interna che sta alla base della condotta giudicata come incompatibile con le norme del CETA, così da evitare ulteriori ricorsi da parte di altri investitori. Così, la mole degli eventuali risarcimenti sarebbe suscettibile di incidere *de facto* sull'ordinamento interno, anche in situazioni in cui il lodo si basasse su un'errata valutazione del diritto interno del convenuto.

Come visto, la Corte non prende in considerazione questo rischio. Si può quindi concludere che, ai fini del test di compatibilità con l'autonomia giurisdizionale (come applicato nel parere 1/17), ciò che rileva sono soltanto gli effetti formali dei lodi. In definitiva, ciò che rende l'ICS compatibile con il principio di autonomia giurisdizionale è la netta separazione delle fonti: il lodo, di diritto internazionale, da una parte; il diritto UE, dall'altra[229]. Questo approccio, basato sulla separazione formale tra ordinamenti, giustifica la mancata considerazione per gli effetti *de facto*[230]. Ciò non toglie che, anche in materia di effetti, la Corte sembri adottare un formalismo che va nel senso opposto al formalismo adottato in precedenza, dove aveva concluso per l'incompatibilità della giurisdizione in esame[231].

III.2.2.3.3. Segue. L'autonomia regolatoria.

Se gli effetti *de facto* del lodo non sono suscettibili di far scattare il principio di autonomia nella sua veste di autonomia giurisdizionale, essi sono comunque idonei ad incidere sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione conformemente al quadro costituzionale di quest'ultima. Come la Corte stessa riconosce, infatti:

[228] Sul punto, si veda Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., pp. 303, e Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1751.

[229] Boelaert, a riguardo, evoca l'immagine della Muraglia cinese, in Boelaert, op. cit., pp. 58-60. Rapoport parla di *"adequate impermeability*" tra gli ordinamenti, in Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1745. Per un approfondimento critico sul punto, si rimanda a Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 17-18.

[230] Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1751, e Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 16.,

[231] Kassoti e Odermatt, op. cit., 19.

> "[…] se il tribunale e il tribunale d'appello del CETA fossero competenti a pronunciare sentenze le quali accertassero che il trattamento di un investitore canadese sia incompatibile con il CETA a causa del livello di tutela di un interesse pubblico stabilito dalle istituzioni dell'Unione, quest'ultima rischierebbe di essere indotta, a pena di essere ripetutamente costretta dal tribunale del CETA a versare risarcimenti all'investitore ricorrente, a rinunciare a conseguire detto livello di tutela.
>
> Qualora l'Unione concludesse un accordo internazionale in grado di produrre l'effetto che l'Unione – o uno Stato membro, in sede di esecuzione del diritto dell'Unione – dovesse modificare o ritirare una normativa a causa di una valutazione, effettuata da un giudice esterno al suo sistema giurisdizionale, del livello di tutela dell'interesse pubblico stabilito, conformemente al quadro costituzionale dell'Unione, dalle istituzioni di quest'ultima, sarebbe giocoforza concludere che un siffatto accordo compromette la capacità dell'Unione di funzionare autonomamente nell'ambito del suo specifico quadro costituzionale"[232].

Il principio di autonomia arriva quindi a coprire l'opera di bilanciamento tra l'interesse economico e di libertà di impresa dell'investitore ed altri interessi pubblici, tutelati dall'UE nella sua azione regolatoria. Tale bilanciamento è prerogativa delle Istituzioni, cioè il legislatore e la CGUE, i quali la esercitano (rispettivamente *ex ante* ed *ex post* rispetto al momento legislativo) conformemente al quadro costituzionale dell'UE, con particolare riferimento al principio democratico ed al principio di attribuzione, secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità[233].

Laddove il principio di autonomia non arriva nelle sue forme di autonomia istituzionale e giurisdizionale, arriva sotto un'altra forma, che si può definire autonomia regolatoria. I fattori che ne compongono il test rimangono gli stessi, contatto ed effetti, ma lo standard di compatibilità ad essi applicato cambia.

Come si è visto, perché vi sia incompatibilità con il principio, non servono effetti vincolanti dal punto di vista formale, ma può trattarsi anche degli effetti *de facto*. Come già notato, si

[232] Parere 1/17, cit., punti 149-150.
[233] *Ivi*, punto 151.

tratta del rischio che il lodo causi un "*regualtory-chill effect*" sull'azione regolatoria delle autorità UE[234].

Il contatto, invece, è dato dalla possibilità del tribunale ICS di valutare la compatibilità dell'azione regolatoria interna con gli standard di protezione degli investimenti dell'accordo, laddove l'azione regolatoria abbia alla base un'opera di bilanciamento da parte delle autorità UE con gli interessi pubblici. In quest'ottica, il contatto si verifica a prescindere dal fatto che il tribunale arbitrale si trovi ad interpretare la normativa interna[235]. Il contatto, quindi, consiste in quella è la dimensione pubblicistica propria del lodo nel contesto ISDS, che qui emerge in tutta la sua rilevanza. Alla base del rischio per l'autonomia, infatti, vi è il presupposto che lo scrutinio dell'arbitrato verta su atti di natura pubblicistica, e questo presupposto è insito alla natura stessa dell'ISDS. Evidentemente, la rilevanza della dimensione pubblicistica del lodo è tale, da giustificare un test che prenda in considerazione anche gli effetti *de facto* del lodo.

Da un lato, quindi, con il parere 1/17 viene alla luce un'ulteriore forma di applicazione del principio, che rende più stringenti i requisiti di compatibilità. Dall'altro lato, però, l'applicazione al caso pratico dimostra, ancora una volta, un atteggiamento morbido nei confronti dell'ICS.

Infatti, le clausole poste dal CETA a garanzia dell'autonomia regolatoria, giudicate dalla Corte sufficienti a questo scopo, in realtà potrebbero rivelarsi carenti, se sottoposte ad un esame più approfondito rispetto a quello condotto dalla Corte, la quale, invece, si limita ad accertarne la presenza all'interno del testo dell'accordo. Vero è che le clausole in questione sono state redatte con l'intento di risultare il più precise possibile, in modo da limitare la discrezionalità del tribunale ICS[236]. Il CETA stesso, nel suo insieme, è stato negoziato seguendo un approccio volto alla tutela dello spazio regolatorio delle Parti, come dimostra la

[234] Sulla non perfetta sovrapposizione tra "*regualtory-chill effect*" e portata dell'autonomia regolatoria, si veda Ankersmit, op. cit., p. 9.

[235] Così la Corte, in parere 1/17, cit., punto 138. L'AG aveva ipotizzato l'eventualità, a suo dire "assolutamente necessaria", che l'ICS tenesse in conto il diritto interno UE, così che questa possa "far valere dinanzi al tribunale le [sue] norme interne nel caso in cui queste ultime prevedano la tutela di un pubblico interesse, al fine di giustificare la misura o il comportamento ad ess[a] contestato", in conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, cit., punto 130. In questo caso, il rischio che in realtà il tribunale ICS indulga all'interpretare la norma UE a cui il bilanciamento è sottostante. Questo a riprova del fatto che la clausola sull'interpretazione non è idonea ad escludere i rischi per l'autonomia giurisdizionale.

[236] Per un'analisi, si veda Henckels, *Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, 2016, Vol. 19, Issue 1, p. 27 e ss.

presenza di varie eccezioni, generali e specifiche, che vanno in questo senso[237]. Tuttavia, le clausole che secondo la Corte impediscono la compressione dell'autonomia regolatoria dell'UE sono formulate secondo termini che si prestano comunque ad un'interpretazione del tribunale ICS[238], interpretazione che potrebbe essere meno estesa di quella operata dalla CGUE, lasciando al tribunale margini di manovra nel valutare il bilanciamento operato dalle autorità interne[239]. Come nota Hindelang, la prassi degli arbitrati NAFTA dimostra come i tribunali possano riuscire a ritagliarsi margini di manovra nell'applicazione della clausola di trattamento giusto ed equo, aggirando gli eventuali limiti testuali posti dall'accordo[240].

Inoltre, la clausola di cui all'art. 8.9, par. 1, CETA, secondo cui le Parti "riaffermano il proprio diritto a legiferare" nel perseguimento dei proprio interessi pubblici legittimi, non è priva di ambiguità. Nessuno potrebbe razionalmente aspettarsi che le norme sulla protezione degli investimenti del CETA siano idonee a privare le Parti di un loro diritto "sovrano". Da questo punto di vista, la clausola sembra meramente dichiarativa. Se si vuole attribuire alla clausola un valore giuridico, essa deve quindi essere letta insieme alla clausola di eccezione generale, contenuta all'art. 28.3, par. 2, CETA, che si estende anche al capitolo sugli investimenti. Tale clausola, qualificabile come clausola "*Non-Precluded Measure*" (NPM)[241], oltre a contenere termini che si prestano all'interpretazione del tribunale nei modi di cui sopra, presenta anch'essa alcune ambiguità peculiari. Infatti, le clausole NPM contengono quello che in dottrina è stato definito come "*nexus requirement*"[242], che collega la misura oggetto di eccezione agli obiettivi legittimi che giustificano l'eccezione stessa. In questo caso si tratta del criterio della "necessità" della misura lesiva degli interessi dell'investitore ai fini della tutela dell'interesse pubblico legittimo (tra quelli tipizzati). Su questo sfondo, si pongono due

[237] Per un approfondimento, si veda de Mestral, *When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, Issue 3, 2015, p. 641 e ss.
[238] Per esempio l'eccezione generale di cui all'art. 28.3, par. 2, CETA, non si applica a misure regolatorie che consistano in una "discriminazione *arbitraria* o *ingiustificata*", corsivo aggiunto.
[239] Sul punto, si veda Henckles, op. cit. L'Autrice conclude la sua analisi sostenendo che "[d]espite notable moves towards greater precision, in some areas the text of these agreements leaves much to be desired"; *ivi*, p. 50. Nello stesso senso anche Gatti, *The EU and International Investment Agreements: To Diverge is to Converge*, op. cit., p. 97, Eckes, *EU Powers Under External Pressure: How the EU's External Actions Alter its Internal Structures*, op. cit., 2019, pp. 194-195, e Hindelang, *The price for a seat at the ISDS reform table: CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order*, op. cit., p. 140,
[240] *Ivi*, pp. 140-141.
[241] Burke-White e von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, Issue 2, 2008, p. 307 e ss.
[242] *Ivi*., pp. 330-331.

quesiti. Cosa si intende con il criterio "necessità"[243] e, soprattutto, a chi spetta il potere di valutare/sindacare la sussistenza di tale criterio? La Corte non si pone il problema, eppure la prassi ondivaga dei tribunali arbitrali ICSID nei casi legati alle misure adottate dall'Argentina in seguito al *default* del 2001 lascia intendere che i tribunali arbitrali possano attribuirsi un certo margine di apprezzamento[244]. Il problema non sussisterebbe se la valutazione fosse da intendersi come prerogativa esercitata a monte dall'autorità che ha adottato la misura. La clausola in questione, però, non è redatta nei termini di una c.d. clausola "*self-judging*"[245]. Supponendo che la Corte, nel parere, la ritenga essere "implicitamente *self-judging*"[246], non è detto che il tribunale ICS arrivi alla stessa conclusione[247]. Di conseguenza, i rischi per l'autonomia regolatoria non possono dirsi del tutto esclusi a priori, sulla sola base del testo del CETA[248]. In definitiva, la Corte pare fare un certo affidamento sul tribunale, confidando nella sua "collaborazione"[249].

III.2.2.3.4. L'approccio più morbido della Corte come semaforo verde per l'azione UE in materia di ISDS.

L'analisi del parere condotta fin qui conferma un certo grado di morbidezza della linea seguita dalla Corte nel valutare la compatibilità dell'ICS con il principio di autonomia[250]. Il parere 1/17, infatti, da un lato contribuisce all'elaborazione pretoria del principio di autonomia, allargandone la portata a questioni mai affrontate fino a quel momento, come quella

[243] *Ivi*, pp. 342-349.
[244] Henckles, op. cit., p. 50. Per un approfondimento sulla saga argentina, si veda Valenti, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'argentina: due soluzioni contrapposte*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 91, Fasciolo 1, 2008, p. 114 e ss. Sul margine di apprezzamento potenzialmente a disposizione del tribunale arbitrale, si veda Kingsbury e Schill, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality*, in Schill, (a cura di), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 75 e ss., pp. 98-102.
[245] Burke-White e von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, in Virginia Journal of International Law*, op. cit., pp. 376-381.
[246] *Ivi*, pp. 381-386.
[247] *Cfr*. Fanou, op. cit., p. 127.
[248] Nello stesso senso anche Lavranos, *CJEU Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart*, op. cit., pp. 248-252. Per l'esempio di un ipotetico caso in cui si potrebbe porre il problema, si veda Leonelli, op. cit., pp. 63-68. Su ulteriori limiti delle clausole del CETA ai fini della protezione dell'autonomia regolatoria dell'UE, si veda Ankersmit, op. cit., pp. 12-16.
[249] Diversamente dalla sfiducia dimostrata nei casi precedenti, in particolare nel caso del parere 2/13. *Cfr*. Koutrakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, op. cit., p. 294, e Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1755.
[250] La Corte ha seguito questa linea anche nella valutazione degli altri motivi di potenziale incompatibilità con il diritto UE. *Ivi*, p. 1760.

dell'autonomia regolatoria. Dall'altro, vede la Corte attenersi ad un'applicazione del principio che non prende in considerazione i rischi, più o meno nascosti, che le clausole del CETA non sono in grado di eliminare del tutto a priori. Il parere pone delle condizioni per la conduzione della politica commerciale dell'UE, affinché i meccanismi ISDS contenuti negli accordi siano compatibili con l'autonomia e, in generale, con il diritto UE. In questo modo, viene ridotto il margine lasciato alla Commissione in sede di negoziato[251]. Al contempo, però, il parere conferma la compatibilità del modello ICS del CETA, su cui si basa l'azione dell'UE in materia di ISDS[252].

Per questo motivo, Boelaert ha avanzato la possibilità di leggere il parere come il risultato di una scelta di *politique judiciare*, secondo la quale le garanzie offerte dal CETA potevano ritenersi sufficienti a permettere alla Corte di non ostacolare l'azione dell'UE in materia[253]. In effetti, si potrebbe parlare di una sorta di bilanciamento implicito, di natura extra-giuridica, sotteso all'atteggiamento della Corte[254]. A questo riguardo, Lenaerts ha confermato che il parere possa essere letto in questo modo[255], pur specificando che la decisione della Corte si sia basata esclusivamente su valutazioni di stampo prettamente giuridico[256].

Di sicuro, la Corte era ben consapevole dell'impatto del caso sulla posizione dell'UE nel contesto internazionale, come emerge dal parere stesso[257]. L'AG, dal canto suo, aveva dedicato molto spazio agli aspetti politici ed economici del contesto in cui si inserisce il caso, prima di accantonarli e concentrarsi sull'argomentazione giuridica[258]. D'altronde, l'AG aveva anche proposto di valutare un bilanciamento tra la protezione dell'autonomia e la realizzazione dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna[259]. Tuttavia, la Corte non segue tale proposta e non opera tale bilanciamento (almeno non esplicitamente).

---

[251] *Ivi*, p. 1767. Si veda anche Fanou, op. cit., pp. 128-129.
[252] *Supra*, Paragrafo III.1.3.
[253] Boelaert, op. cit., pp. 67-68. In questo senso, anche de Abreu Duarte, op. cit.
[254] Sul "prezzo" di tale bilanciamento, si veda, *The price for a seat at the ISDS reform table: CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order*, op. cit.
[255] Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, op. cit., p. 15. Per una lettura del parere in questo senso anche Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1770.
[256] Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, op. cit., p. 15. Dello stesso avviso anche Kassoti e Odermatt, op. cit., p. 6.
[257] Parere 1/17, cit., punto 117. Sul punto, Fanou, op. cit., p. 132.
[258] Conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punti 10-32.
[259] *Ivi*, punti 173-178. Similmente, secondo l'AG Szpunar: "[…] l'esistenza di due obblighi, ossia quello di contribuire al rispetto del diritto internazionale e quello di garantire il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, può dar luogo a tensioni che l'Unione deve risolvere", in conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA e Ente Registro Italiano Navale*, causa C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, punto 137.

Nei fatti, il parere risponde alle polemiche ed alle preoccupazioni politiche che avevano segnato la negoziazione del CETA, soprattutto con riferimento alla questione del "*right to regulate*", sicuramente tra le più scottanti[260]. Ovviamente, la risposta non può che essere giuridica. Così, la questione del "*right to regulate*" viene integrata nel test di compatibilità con il principio di autonomia.

Più in generale, l'esito del parere 1/17 permette all'UE di procedere con la sua politica in tema di riforma dell'ISDS, volta a superare le criticità dello strumento, in linea con gli obiettivi ed i valori che ispirano la politica commerciale comune, di cui all'art. 206 TFUE, e agli artt. 3, par. 5, e 21 TUE[261].

III.2.3. La sentenza *Repubblica di Moldavia* ed il parere 1/20: principio di autonomia *vs* applicazione *intra*-UE dell'arbitrato ISDS dell'ECT.

L'ECT consiste in un accordo multilaterale misto che - ad oggi – conta 51 membri (tra cui L'UE e 26 Stati membri). Esso viene considerato come il più importante accordo internazionale di protezione degli investimenti esistente[262], nonché oggetto di numerose controversie[263], tramite il meccanismo ISDS (arbitrato *ad hoc*) previsto all'art. 26 ECT. Quasi due terzi delle controversie registrate vedono come parti in causa un investitore di uno Stato membro contro un altro Stato membro. Queste controversie sembrano quindi rientrare nel contesto *intra*-UE, su cui si estende la portata di *Achmea*. Per questo motivo, gli Stati membri convenuti e la Commissione (in qualità di *amicus curiae*) hanno provato più volte ad eccepire la mancanza di giurisdizione del tribunale arbitrale, in quanto in contrasto con la sentenza

[260] *Cfr.* Koutrakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, op. cit., p. 294.
[261] *Supra*, Paragrafo III.1.3.
[262] Verburg, *Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 20, Issues 2-3, 2019, p. 425 e ss., p. 425.
[263] 150 controversie registrate al 1 giugno 2022; si veda la lista dei casi, disponibile al link https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/ (ultimo accesso 10/11/2022).

Achmea[264]. Tale argomento, però, è sempre stato rigettato dai tribunali, secondo i quali la situazione dell'ECT non sarebbe paragonabile a quella decisa in *Achmea*[265].

Vista la rilevanza del tema[266], era inevitabile che la CGUE arrivasse ad esprimersi sulla questione. La Corte, dal canto suo, ha colto la prima occasione utile, nel caso *Repubblica di*

[264] *Inter alia*, si segnala il caso *Cube Infrastructure c. Spagna*, con riguardo sia alla posizione della Spagna, in qualità di convenuta, sia alla posizione della Commissione, in qualità di *amicus curiae;* rispettivamente in *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain,* ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and a Partial Decision on Quantum del 19 febbraio 2019, parr. 83-100, ed in *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain,* cit., Brief of the European Commission on Behalf of the European Union as Amicus Curiae in Support of the Kingdom of Spain del 4 gennaio 2021. La posizione della Commissione emerge anche in comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., p. 4. Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la dichiarazione degli Stati membri del 15 gennaio: *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en (ultimo accesso 10/11/2022), p. 2. Tuttavia, più ambigua è la posizione espressa da cinque Stati membri (Svezia, Lussemburgo, Slovenia, Malta, Finlandia) in una dichiarazione separata: *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 16 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf (ultimo accesso 10/11/2022), p. 3. In senso contrario, invece, la dichiarazione dell'Ungheria: *Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 17 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://finance.ec.europa.eu/system/files/2021-09/190116-bilateral-investment-treaties-hungary_en.pdf (ultimo accesso 10/11/2022), p. 3. Significativamente, la questione non viene regolata dall'Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea SN/4656/2019/INIT, in *G.U.U.E.* L 169 del 29 maggio 2020, p. 1 e ss. Sul punto, la dottrina si è divisa. Vi è chi ha sostenuto l'estensibilità di *Achmea*, come Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 384. Vi è chi, invece, sostenuto la tesi opposta, come Dashwood, *Article 26 ECT and intra-EU disputes - the case against an expansive reading of Achmea*, in *European Law Review*, Vol 46, Issue 4, 2021, p. 415 e ss. Prima della sentenza in esame, L'AG Saugmandsgaard Øe si era espresso nel senso di estendere *Achmea* all'arbitrato ECT *intra*-UE, in conclusioni dell'avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Øe presentate il 29 ottobre 2020, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. contro Ministero dello Sviluppo Economico e Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, cause riunite C-798/18 e C-799/18, ECLI:EU:C:2020:876, nota 55. *Cfr.* Negret, *Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe in Anie and Others v. Italy – End of the Road for intra-EU ECT Arbitration?*, in *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 256 e ss.

[265] Oltre al caso alla nota precedente (*Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain,* cit., Decision on Jurisdiction, Liability and a Partial Decision on Quantum del 19 febbraio 2019, parr. 141-160), si segnalano altri due esempi "classici", di poco posteriori alla pubblicazione di *Achmea*, ossia *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award del 16 maggio 2018, parr. 678-683, e *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue del 31 agosto 2018. Un esempio più recente, invece, è *Sevilla Beheer c. Spagna*, in cui il tribunale, nell'esercizio della propria *kompetenz-kompetenz*, ritiene di non applicare né *Achmea*, né tantomeno *Repubblica di Moldavia*; in *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, dell'11 febbraio 2022, parr. 655-676.

[266] Da un lato la rilevanza politica avvertita da Stati membri, come la Spagna, sottoposti a particolare pressione per via dell'alto numero di controversie a proprio carico. Per un approfondimento in materia, si veda Otero García-Castrillón, *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion*, in de Mestral (a cura di), op. cit., p. 285 e ss. Dall'altro, quella giuridica legata agli sforzi dell'Unione (in particolare della Commissione) nell'ambito dei lavori di rinegoziazione dell'ECT (*supra*, Capitolo III, nota 41).

Moldavia[267]. Si tratta di un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice francese (Corte d'appello di Parigi), il quale si trovava a giudicare il ricorso di annullamento di un lodo arbitrale nell'ambito di una controversi investitore-Stato fondata sull'ECT. I quesiti del rinvio vertevano sull'interpretazione della nozione di "investitore", ai sensi degli art. 1, punto 6, e 26, par. 1, dell'ECT. Prima di procedere a rispondere ai quesiti, ha ritenuto necessario precisare quali siano le controversie che possano essere deferite ad un tribunale arbitrale *ex* art. 26 ECT[268]. Tramite questo espediente[269], la Corte ha avuto modo di chiarire che la giurisprudenza *Achmea* si estende anche all'arbitrato *intra*-UE *ex* art. 26 ECT, il quale non supera il test di compatibilità con il principio di autonomia. L'*obiter dictum*, quindi, esplicita l'incompatibilità dell'arbitrato investitore-Stato previsto dall'ECT nelle situazioni *intra*-UE[270].

Ciò è stato poi ribadito qualche mese dopo, in occasione del parere 1/20[271]. In questo caso, la Corte è stata chiamata ad esprimersi sulla compatibilità del progetto dell'ECT modernizzato,

---

[267] Per un commento, si veda Eckes e Ankersmit, *Komstroy: the beginning of the end for the Energy Charter Treaty?*, in *European Law Blog*, 4 ottobre 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/10/04/komstroy-the-beginning-of-the-end-for-the-energy-charter-treaty/ (ultimo accesso 10/11/2022), Odermatt, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 3, 2021, p. 1255 e ss., Dashwood, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2022, p. 127 e ss., e Böhme, *The future of the Energy Charter Treaty after Moldova v. Komstroy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 3, 2022, p. 853 e ss.

[268] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punto 40.

[269] Per un commento critico al ragionamento della Corte sulla questione della giurisdizione, si veda Odermatt, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, op. cit., pp. 1258-1263, e Cahill, *Komstroy (C-741/19): What is in the seat?*, in *EU Law Live*, 19 ottobre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-c-741-19-whats-in-the-seat-by-gillian-cahill/ (ultimo accesso 10/11/2022). Inoltre, dalla dottrina sono state mosse critiche quanto alla necessità dell'*obiter dictum* ai fini del caso in esame. Secondo Paschalidis, in particolare, "Komstroy seems however to mark the beginning of judicial monologues, whereby the Court of Justice takes the opportunity offered by a preliminary reference to ask itself a question of its own despite the fact that it bears no relevance to the dispute in the main proceedings nor is necessary to resolve it", in Paschalidis, *Komstroy: constitutional, procedural and substantive implications*, in *EU Law Live*, 24 settembre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-constitutional-procedural-and-substantive-implications-by-paschalis-paschalidis/ (ultimo accesso 10/11/2022). Nello stesso senso, si veda anche Dashwood, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, op. cit., p. 132.

[270] L'incompatibilità dell'arbitrato ECT nel contesto *intra*-UE sancita in *Repubblica di Moldavia* (ed in *PL Holdings*, nel frattempo intervenuta) ha portato il giudice svedese a ritirare il quesito pregiudiziale posto alla CGUE in merito, nel caso sorto nella controversia *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095; si veda ordonnance du Président de la Cour du 8 décembre 2021, *Republiken Italien contre Athena Investments A/S (anciennement Greentech Energy Systems A/S) e.a.*, causa C-155/21, ECLI:EU:C:2021:1032.

[271] Per un commento, si veda Contartese, *Opinion 1/20: A missed opportunity to shed further light on the principle of EU autonomy?*, in *EU Law Live*, 7 luglio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-opinion-1-20-a-missed-opportunity-to-shed-further-light-on-the-principle-of-eu-autonomy-by-cristina-

in particolare del suo art. 26, con l'art. 19 TUE e l'art. 344 TFUE, nel caso in cui tale clausola compromissoria dovesse essere interpretata come tale da permettere l'istaurarsi di una controversia *intra*-UE. Questa volta, però, la Corte non risponde nel merito, poiché ritiene irricevibile la domanda di parere[272]. Tuttavia, la Corte ricorda di essersi già pronunciata sulla questione, rinviando alla sentenza *PL Holdings*[273].

III.2.3.1. Segue. l'applicazione del principio di autonomia all'arbitrato ISDS dell'ECT.

Come anticipato, la sentenza *Repubblica di Moldavia* espande la portata di *Achmea* fino a coprire la fattispecie in esame. La Corte, però, non si limita a constatare la somiglianza della fattispecie in oggetto del caso con quella in oggetto di *Achmea*. Per arrivare a tale risultato, infatti, essa ripete il test di compatibilità con il principio di autonomia (giurisdizionale)[274].

Il primo passaggio del test consiste nell'identificare la presenza di un punto di contatto tra il diritto UE e la giurisdizione dell'arbitrato. Tale punto di contatto viene rinvenuto nella competenza del tribunale arbitrale a interpretare le norme dell'ECT stesso[275]. L'accordo, infatti, essendo misto, fa parte del diritto dell'Unione. Ciò rende il caso dissimile dal parere 1/17, ed assimilabile a *MOX Plant*.

Tra i più critici della sentenza, Dashwood sostiene che con essa la Corte contraddirebbe se stessa nel parere 1/17, in cui si conclude per la compatibilità, nonostante l'ICS sia competente a interpretare le norme del CETA (in materia di investimenti)[276]. D'altronde, si è visto come, dal parere 1/76 in poi, non sia possibile escludere a priori la compatibilità di una giurisdizione

contartese/ (ultimo accesso 10/11/2022); Dashwood, *Komstroy and Opinion 1/20 – curious and curiouser*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 2, 2022, p. 51 e ss., pp. 56-58.

[272] Secondo la Corte, la domanda è irricevibile perché, da un lato, il testo dell'art. 26 ECT non era stato oggetto di modifiche secondo il progetto di ECT modernizzato sottoposto alla Corte, dall'altro, perché neppure si poteva escludere che tale articolo non sarebbe stato modificato nei negoziati successivi. Secondo la Corte, "[…]dal momento che la domanda di parere riguarda la questione della compatibilità di un tale accordo con i trattati, è necessario che la Corte disponga di elementi sufficienti in merito al contenuto stesso di detto accordo" (parere 1/20, cit., punto 39). In sostanza, era troppo presto affinché la Corte si potesse esprimere, secondo le condizioni *ex* art. 218, par. 11, TFUE.

[273] *Ivi*, punto 47.

[274] Tanto che la Corte, prima di procedere alla verifica di compatibilità, inserisce anche in questa occasione un cappello teorico sull'autonomia e sul quadro costituzionale, come nei casi precedentemente visti; in Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punti 42-46.

[275] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punti 48-50.

[276] Dashwood, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, op. cit., p. 136.

terza competente a interpretare le norme dell'accordo stesso, come riaffermato anche in *Repubblica di Moldavia*[277].

Per capire la distinzione tra i due casi, con riferimento al punto di contatto, è necessario guardare a quello che, in realtà, è il l'argomento che sorregge l'intero ragionamento dell'*obiter dictum*:

> "[…] nonostante il carattere multilaterale dell'accordo internazionale di cui fa parte, una disposizione come l'articolo 26 ECT è intesa a disciplinare, in realtà, *relazioni bilaterali tra due parti contraenti*, in modo analogo alla disposizione del trattato bilaterale di investimento oggetto della causa che ha dato luogo alla sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea*"[278].

Questa affermazione, anch'essa bersaglio di critiche in dottrina[279], risponde al principale argomento di chi non ritiene corretto estendere *Achmea* all'art. 26 ECT[280]. Su questo presupposto si spiega la differenza con il parere 1/17: le clausole dell'ECT devono essere considerate come diritto UE, non sottoponibile alla giurisdizione di un giudice terzo, all'interno delle relazioni tra Stati membri, cioè nel contesto *intra*-UE. È la stessa situazione vista in *MOX Plant*, in cui il punto di contatto era dato dall'applicazione di norme UNCLOS (rientranti nella competenza UE) in una controversia tra due Stati membri, da parte del tribunale arbitrale[281]. Insomma, è il contesto *intra*-UE che qualifica il punto di contatto. È una questione di punti di vista: la Corte addotta quello interno dell'ordinamento dell'Unione[282].

Ciò che la Corte non considera, invece, è la presenza di eventuali ulteriori punti di contatto. Innanzitutto, il diritto UE potrebbe essere oggetto di interpretazione da parte del tribunale arbitrale anche se considerato come elemento di fatto, come emerso nell'esame precedente della sentenza *Achmea* e del parere 1/17. Ad ogni modo, non stupisce che la Corte non si soffermi sul punto. Infatti, questo aspetto non era stato preso in considerazione neppure in

---

[277] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punto 61.

[278] *Ivi*, punto 64, corsivo aggiunto.

[279] Dashwood, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, op. cit., p. 138. Nello stesso senso della Corte, invece, Böhme, op. cit., pp. 862-863.

[280] Per citare un esempio: "[…] the Achmea Judgment […] cannot be applied to multilateral treaties, such as the ECT, to which the EU itself is a party", in *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, cit., par. 679.

[281] *Supra*, Paragrafo II.3.1.

[282] Sul punto, in chiave critica, si veda Odermatt, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, op. cit., p. 1266.

Achmea. Inoltre, e soprattutto, considerare questo punto in *Repubblica di Moldavia* avrebbe svelato l'inconsistenza del passaggio del parere 1/17 secondo cui la rilevanza del diritto UE come questione di fatto sarebbe da considerare come argomento a favore della compatibilità, nonostante tutte le criticità dell'argomento sopra esaminate[283].

Secondariamente, bisogna notare che il diritto UE potrebbe rilevare, potenzialmente, anche come diritto applicabile alla controversia. Infatti, la clausola sul diritto applicabile permette al tribunale di applicare, oltre alle disposizioni dell'ECT, anche altre norme di diritto internazionali rilevanti[284]. Come nota l'AG, questa clausola potrebbe fungere da ingresso per le norme del diritto UE, che potrebbero essere qualificate come norme di diritto internazionale da parte del tribunale arbitrale[285]. Tuttavia, un'argomentazione in questo senso avrebbe richiesto un esame piuttosto approfondito e complesso della clausola in esame, che risulta differente rispetto a quella corrispondente in *Achmea*[286]. Pertanto, è ipotizzabile che la Corte abbia scelto di limitarsi al punto di contatto consistente nell'applicazione e interpretazione delle norme ECT quali norme di diritto UE, ritenendo questo più immediato, senza dilungarsi in analisi di ipotesi ulteriori.

Una volta individuato il punto di contatto, la Corte procede ad applicare i restanti due passaggi del test seguito anche in *Achmea*, arrivando ad un esito abbastanza ovvio[287]. Il tribunale arbitrale *ex* art. 26 ECT non è considerabile come giurisdizione degli Stati membri ai fini dell'art. 267 TFUE, e la possibilità che una questione di interpretazione del diritto UE

---

[283] *Supra*, Paragrafo III.2.2.3.2.

[284] Art. 26, par. 6, ECT.

[285] Conclusioni dell'avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 3 marzo 2021 Causa C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians*, causa C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164, punto 75. Si è già visto, in *Electrabel c. Ungheria* (*supra*, Paragrafo III.2.1.3.), che un tribunale arbitrale ECT può ritenere che il diritto UE sia da considerarsi come diritto applicabile in qualità di diritto internazionale. A dire il vero, la prassi delle numerosissime pronunce arbitrali in merito è piuttosto ambivalente. Una parziale ricostruzione è offerta da un tribunale arbitrale, in *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/16/4), Decision on Jurisdiction and Liability del 17 marzo 2021, par. 231. *Cfr.* Böhme, op. cit., p. 864. Vero è che vari tribunali hanno interpretato la clausola di cui all'art. 26, par. 6, ECT nel senso di non ritenere applicabile il diritto UE, come nota Dashwood, *Article 26 ECT and intra-EU disputes - the case against an expansive reading of Achmea*, op. cit., pp. 428-429. Tuttavia, esistono anche casi che vanno nella direzione opposta, come, per esempio, *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award del 28 agosto 2019, par. 292.

[286] C'è chi, come Dashwood, ha sostenuto che la differenza tra le due clausole fosse uno dei principali motivi per cui *Achmea* non potesse essere estesa al caso dell'ECT. Questa posizione si basa, in particolare, su una lettura dell'inciso "come l'articolo 8 del TB" contenuto nel dispositivo di *Achmea* come limitante la portata della sentenza al solo caso delle clausole uguali a quelle del BIT in esame in *Achmea*; in Dashwood, *Article 26 ECT and intra-EU disputes - the case against an expansive reading of Achmea*, op. cit., pp. 420-425. In senso contrario, Odermatt, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, op. cit., pp. 1263-64.

[287] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punti 51-55.

sollevata nella controversia arbitrale non arrivi alla CGUE non può dirsi esclusa, sulla base degli stessi argomenti già visti in *Achmea*. Anche in questo caso, la Corte spiega perché il tribunale arbitrale in esame non possa considerarsi paragonabile ad un tribunale commerciale, al quale si applicherebbe un test meno stringente. In questo passaggio, la Corte utilizza le stesse parole già usate in *Achmea*[288]. Pertanto, *Repubblica di Moldavia* non contribuisce a sciogliere del tutto i dubbi sorti in quel caso. Eppure, la ripetizione delle stesse parole potrebbe far pensare che la dimensione pubblicistica dell'arbitrato investitore-Stato giochi un ruolo minore di quanto non si sia supposto in precedenza[289]. Infatti, la sentenza in esame è successiva al parere 1/17, in cui la rilevanza pubblicista dell'ISDS ha trovato grande spazio nell'analisi della Corte, con riguardo all'autonomia regolatoria. Dunque, il fatto che in *Repubblica di Moldavia* questo tema non trovi spazio potrebbe essere frutto di una scelta consapevole da parte della Corte. D'altra parte, nella sentenza non trova spazio neppure l'altro pilastro su cui la questione poggiava in *Achmea*, cioè il principio di reciproca fiducia[290]. A distinguere l'arbitrato in esame dalla fattispecie dell'arbitrato commerciale, quindi, non resta che il principio di leale cooperazione, ossia l'altro principio legato alla *membership* rilevante in *Achmea*.

Da ultimo, così come in *Achmea*, anche in questo caso non viene affrontata la questione degli effetti. Certo, può darsi per scontato che questi siano vincolanti, nel senso che il lodo, in quanto tale, vincola le parti della controversia. Tuttavia, è bene notare che, in un passaggio della sentenza, la Corte tiene a specificare che l'incompatibilità riscontrata non riguarda le controversie tra gli Stati membri e gli Stati terzi parti dell'ECT[291]. Se bastassero gli effetti vincolanti di diritto internazionale propri del lodo a far scattare l'incompatibilità, allora non si capirebbe perché le controversie tra Stato membro e investitore di uno Stato terzo non sarebbero tali da rappresentare un pericolo per l'autonomia[292]. A differenziare le situazioni, quindi, è, ancora una volta, il contesto *intra*-UE. Il lodo produce effetti vincolanti di diritto internazionale sempre e comunque, ma quando tali effetti si verificano nella relazione tra Stati

[288] *Ivi*, punto 59.
[289] *Supra*, Paragrafi III.2.1.1. e III.2.2.3.3.
[290] *Cfr.* Dashwood *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, op. cit., p. 138. Diversamente, l'AG menziona il principio tra i motivi di incompatibilità, in conclusioni dell'avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 3 marzo 2021 Causa C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians*, causa C-741/19, cit., punto 89.
[291] Sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, cit., punto 65.
[292] Dashwood, in proposito, parla di incoerenza, in Dashwood *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, op. cit., p. 136.

membri, allora si verifica il rischio per l'autonomia. In questo contesto, infatti, l'eventuale interpretazione del diritto UE fornita dal tribunale, pur esistendo sul piano internazionale, vincola tra loro due Stati che non sono solo soggetti del diritto internazionale, ma sono anche Stati membri, in una situazione caratterizzata da una dimensione al contempo esterna e interna.

Tramite questa lettura, *Repubblica di Moldavia* contribuisce a fare luce sul test come applicato in *Achmea*, in cui la questione degli effetti rimaneva in parte oscura. Inoltre, viene chiarito che il principio di autonomia non opera nel contesto delle controversie tra Stati membri e Stati terzi[293].

Per quanto riguarda il parere 1/20, infine, è interessante notare che, sebbene questo non risponda nel merito dei quesiti, e si limiti a ricordare quanto già affermato *nell'obiter dictum* in *Repubblica di Moldavia*, vi è comunque un punto in cui la Corte afferma che "[…] il rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione, *sancito dall'articolo 344 TFUE*, impone di interpretare l'articolo 26, paragrafo 2, lettera c), dell'ECT nel senso che esso non è applicabile alle controversie tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro in merito ad un investimento realizzato da quest'ultimo nel primo Stato membro"[294]. Per la prima volta, dunque, l'articolo 344 TFUE non è menzionato come espressione particolare del principio, ma come unico riferimento normativo, nonostante il quesito del parere riguardasse la compatibilità dell'art. 26 del progetto dell'ECT modernizzato rispetto sia all'art. 344 TFUE, che all'art. 19 TUE.

III.2.4. La sentenza *PL Holdings*: principio di autonomia *vs* compromesso arbitrale *ad hoc intra*-UE.

Il caso *PL Holdings* nasce da un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice svedese (la Corte suprema), nel contesto di una controversia arbitrale tra un investitore lussemburghese (PL Holdings) e la Polonia, basata sul BIT tra Belgio e Lussemburgo da una parte e Polonia dall'altra[295]. Più precisamente, il giudice svedese era chiamato ad esprimersi circa la validità

[293] Nulla viene detto, invece, con riguardo alla compatibilità dell'ECT nel caso delle controversie tra investitori extra-UE e UE. In assenza delle clausole presenti nel CETA, l'esisto verosimile sarebbe quello dell'incompatibilità. Sul punto anche De Boeck, *Republic of Moldova v Komstroy (C-741/19): what next for the Energy Charter Treaty?*, in *EU Law Live*, 15 settembre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-republic-of-moldova-v-komstroy-c-741-19-what-next-for-the-energy-charter-treaty-by-michael-de-boeck/ (ultimo accesso 10/11/2022), e Eckes e Ankersmit, op. cit.

[294] Parere 1/20, cit., p. 47, corsivo aggiunto.

[295] Per un commento, si veda Zarra, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 novembre 2021, disponibile al link

del lodo (sfavorevole al convenuto) alla luce di *Achmea*. Gli effetti di *Achmea* sui lodi basati su BIT *intra*-UE al cospetto dei giudici nazionali erano già stati chiariti dalla Corte federale di giustizia tedesca, la quale si è rifiutata di dare esecuzione al lodo nel caso *Achmea* stesso, ritenendo invalido il consenso alla base del compromesso arbitrale, sulla scorta della sentenza della CGUE[296]. Tuttavia, la vicenda oggetto di *PL Holdings* solleva un interrogativo ulteriore, sul quale la Corte suprema ha chiesto il soccorso della Corte. Infatti, la Corte di appello che si era pronunciata in prima istanza sulla validità del lodo aveva accolto l'argomento dell'investitore secondo il quale il comportamento del convenuto (che ha sollevato l'eccezione tardivamente) avrebbe comunque integrato il suo consenso alla conclusione di un nuovo compromesso arbitrale *ad hoc*, anche posta l'invalidità della clausola compromissoria del BIT, poiché tale comportamento sarebbe consistito in una rinuncia implicita ad eccepire il difetto di giurisdizione. La Corte suprema, quindi, chiede alla Corte di giustizia se un simile compromesso arbitrale *ad hoc* sia parimenti nullo, perché in contrasto con gli artt. 267 e 344 TFUE.

La sentenza stabilisce che gli artt. 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano alla conclusione di un simile compromesso arbitrale *ad hoc* da parte di uno Stato membro, così come in *Achmea* ostavano alla clausola arbitrale contenuta nel BIT. Il ragionamento seguito dalla Corte, però, si basa sul presupposto che, a monte, vi sia una clausola arbitrale già da considerarsi nulla, quella del BIT. Infatti, la vicenda giudiziaria può essere vista sostanzialmente come un tentativo di eludere l'incompatibilità dell'arbitrato sancita in *Achmea*. Alla luce di questo, la Corte non applica il principio di autonomia al compromesso arbitrale *ad hoc* in generale, ma si limita al caso in cui quest'ultimo permetta "[…] la prosecuzione di un procedimento arbitrale avviato sulla base di una clausola compromissoria di contenuto identico a tale convenzione, presente in un accordo

http://www.sidiblog.org/2021/11/05/la-decisione-della-corte-di-giustizia-ue-nel-caso-pl-holdings-la-legge-del-piu-forte-e-la-sconfitta-del-diritto/ (ultimo accesso 10/11/2022), Zasheva e Lentner, *ECJ in PL Holdings: ad hoc arbitration agreement between EU investor and Member State not compatible with EU law*, in *European Law Blog*, 8 novembre 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/11/08/ecj-in-pl-holdings-ad-hoc-arbitration-agreement-between-eu-investor-and-member-state-not-compatible-with-eu-law/ (ultimo accesso 10/11/2022), e Cellerino, *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/01/10/to-arbitrate-or-not-to-arbitrate-versus-member-states-after-pl-holding-an-eu-law-perspective-on-intra-eu-investment-arbitration-in-the-post-bits-era/ (ultimo accesso 10/11/2022).

[296] Si veda Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, op. cit.

internazionale concluso tra i due Stati membri suddetti e nulla a causa della sua contrarietà ai medesimi articoli [267 e 344 TFUE]"[297].

Come osserva Cellerino, la sentenza sembra riscontrare un'incompatibilità "per effetto" dell'arbitrato con il principio di autonomia[298], cioè un'incompatibilità indiretta. Infatti, l'elusione dell'invalidità della clausola del BIT tramite il compromesso *ad hoc* comporta che "[…] una siffatta convenzione di arbitrato ad hoc [produce], nei confronti della controversia nell'ambito della quale essa [è] stata conclusa, *gli stessi effetti di una clausola del genere*"[299]. Questo significa che il test di compatibilità con il principio di autonomia si applica a tale fattispecie (il compromesso *ad hoc*) in conseguenza al fatto che si applichi alla clausola del BIT (lo stesso deve intendersi per il principio di reciproca fiducia e per il principio di leale cooperazione)[300]. Le due fattispecie, però, non sono equivalenti. È la nullità della clausola del BIT che permette l'estensibilità di *Achmea* alla fattispecie in esame. Pertanto, rimane il dubbio se un compromesso arbitrale *ad hoc intra*-UE, che non abbia alle spalle una clausola nulla, sia o meno compatibile *per se* con il principio di autonomia[301].

La questione ruota attorno a due punti. Il primo punto riguarda la possibilità o meno di considerare tale compromesso come un arbitrato commerciale. Cosa distingue i due arbitrati? Preliminarmente, si può escludere la rilevanza del principio di reciproca fiducia, visto che il

[297] Così recita il dispositivo della sentenza.

[298] Cellerino, *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, op. cit.

[299] Sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punto 48, corsivo aggiunto. La Corte insiste sul fatto che tale situazione mantiene gli stessi effetti del vincolo assunto con la clausola del BIT invalida (*ivi*, punto 50) e che il consenso prestato a tale compromesso corrisponde al consenso alla conclusione della clausola del BIT (*ivi*, punto 51).

[300] *Ivi*, punto 55. Oltre all'incompatibilità con i principi di autonomia, reciproca fiducia e leale cooperazione che risulta dall'"estensione" di *Achmea*, la Corte rinviene *en passant* anche un altro motivo per cui un simile compromesso *ad hoc* è incompatibile con il diritto UE. Infatti, dopo *Achmea*, i principi del primato e di leale cooperazione impongo agli Stati membri l'obbligo di astenersi dal "[…] sottrarre al sistema giurisdizionale dell'Unione le controversie che possono avere ad oggetto l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione, ma anche che, qualora una siffatta controversia sia portata dinanzi ad un organismo arbitrale in forza di un impegno contrario a tale diritto, essi sono tenuti a contestare, dinanzi a tale organismo arbitrale o dinanzi al giudice competente, la validità della clausola compromissoria o della convenzione di arbitrato ad hoc in forza della quale tale organismo è stato adito", come confermato dall'art. 7, lett. b), dell'Accordo di estinzione dei BIT(*ivi*, punti 51-52).

[301] Sul punto Cellerino, *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, op. cit. Diversamente dalla Corte, questa indagine viene svolta dall'AG Kokott, in conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 22 aprile 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321. L'analisi dell'AG, che prescinde dal presupposto della nullità della clausola arbitrale, arriva alla conclusione che un compromesso arbitrale *ad hoc* deve ritenersi incompatibile sia con il principio di leale cooperazione che con quello di autonomia. Per un commento sulle conclusioni dell'AG, si veda De Boeck, *An upcoming landmark? AG Kokott in C-109/20 Poland v. PL Holdings*, in *European Law Blog*, 3 giugno 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/06/03/an-upcoming-landmark-ag-kokott-in-c-109-20-poland-v-pl-holdings/ (ultimo accesso 10/11/2022).

compromesso non è tra due Stati membri, ma riguarda un singolo investitore di uno Stato membro (quindi un privato)[302]. Al contrario, continua ad applicarsi il principio di leale cooperazione, in base al quale, si è detto, uno Stato membro non può sottrarre una controversia avente ad oggetto l'applicazione o l'interpretazione del diritto UE al sistema giurisdizionale di cui all'art. 19 TUE, così da impedire il rinvio alla Corte *ex* art. 267 TFUE[303]. Quanto alla rilevanza della dimensione pubblicistica di un arbitrato basato su di un compromesso *ad hoc*, il tema può essere dibattuto. Infatti, l'impatto sull'autonomia regolatoria dello Stato potrebbe dirsi ridotto, poiché non si tratta di una clausola generale di cui possono beneficiare un numero astrattamente indefinibile di investitori, ma di un compromesso che verte su una singola controversia. Pertanto, si potrebbe presumere che lo Stato abbia calcolato ed accettato consapevolmente il rischio di dover risarcire l'investitore a causa della propria condotta regolatoria[304]. Tuttavia, per quanto ridotto, l'impatto sull'autonomia regolatoria non è escluso del tutto. Inoltre, ci si potrebbe chiedere se lo Stato, nel consentire ad una compressione della propria autonomia regolatoria, sia legittimato a permettere una potenziale limitazione all'autonomia regolatoria dell'UE, visto che le misure contestate dall'investitore potrebbero basarsi su un bilanciamento con l'interesse pubblico operato a livello UE e non a livello dello Stato convenuto. Quindi, anche se non viene valorizzato dalla Corte, né in *Achmea* né in *Repubblica di Moldavia*, l'elemento pubblicistico non può comunque dirsi escluso.

Il secondo punto riguarda gli effetti del lodo emesso dal tribunale arbitrale fondato sul compromesso *ad hoc*. In questo caso, gli effetti non riguardano i rapporti tra due Stati membri, perché non vi è alcun vincolo internazionale reciproco tra lo Stato convenuto e lo Stato di

---

[302] Così anche Cellerino *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, op. cit. Significativamente, Lenaerts aveva sostenuto che un simile compromesso *ad hoc* dovesse considerarsi paragonabile ad un arbitrato commerciale, ai fini della compatibilità con il principio di autonomia, proprio perché si può escludere che tale compromesso possa compromettere la reciproca fiducia tra Stati membri; in Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, op. cit., p. 12.

[303] Si è già visto che la distinzione basata su questo argomento presenta alcune criticità (*supra*, Paragrafo III.2.1.1.). Tuttavia, si è visto anche che queste criticità vengono ignorate in *Repubblica di Moldavia* (*supra*, Paragrafo III.2.3.1.). Non si ritiene condivisibile la posizione dell'AG Szpunar nelle sue conclusioni sul caso *Repubblica di Moldavia*, secondo il quale il motivo dell'incompatibilità dell'arbitrato previsto da un accordo tra Stati si troverebbe nel fatto che questo, a differenza dell'arbitrato commerciale, corrisponde ad "un'offerta di arbitrato generale e permanente"; in conclusioni dell'avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 3 marzo 2021 Causa C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians*, causa C-741/19, cit., punti 61-62. Questo può avere un impatto sulla rilevanza pubblicistica del lodo, ma non sull'esistenza del divieto in sé. Ciò è chiarito nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 22 aprile 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punti 50-51. In senso favorevole all'equiparazione dell'arbitrato in esame all'arbitrato commerciale, Zarra, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, op. cit.

[304] Sul punto, si veda Van Harten e Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, op. cit., p. 144.

appartenenza dell'investitore. Di conseguenza, non sussiste un rischio per l'autonomia dovuto all'instaurarsi di un rapporto giuridico internazionale tra due Stati membri (avente ad oggetto il diritto UE). L'AG, nelle conclusioni, ipotizza che vi possa essere un rischio che l'interpretazione del diritto UE fornita dal tribunale arbitrale possa condizionare i giudici interni dello Stato convenuto, fungendo da interpretazione autorevole[305]. Tuttavia, questo rischio ci sarebbe anche nel caso di una controversia sorta tra uno Stato membro e l'investitore di uno Stato terzo e, come si è visto in *Repubblica di Moldavia*, questa situazione non rappresenta un rischio per l'autonomia del diritto UE. In conclusione, l'unico modo per ritenere gli effetti di un lodo come quello in esame come incompatibili con il principio di autonomia sarebbe quello di estendere la portata del principio di autonomia fino a ricomprendere tutte le controversie tra soggetti dell'ordinamento UE, comprese quelle tra privati e Stato. Una simile estensione potrebbe trovare un precedente nel parere 1/09. Il TB, infatti, era competente a risolvere le controversie tra privati. In quel caso, però, si trattava della sottrazione completa e definitiva di tutte le controversie in materia di brevetti dal sistema giurisdizionale di cui all'art. 19 TUE, compromettendo l'effettività del rinvio *ex* art. 267 TFUE in maniera sistematica. In questo caso, invece, si tratterebbe di un caso isolato. L'impatto sull'autonomia giurisdizionale sarebbe ben minore. Dunque, in mancanza di una pronuncia in tal senso della Corte, si ritiene improbabile una tale estensione del principio di autonomia.

In definitiva, in assenza di effetti tali da permettere all'interpretazione del diritto UE fornita dal tribunale arbitrale di penetrare all'interno dell'ordinamento UE, si può concludere che un compromesso arbitrale *ad hoc*, concluso tra uno Stato membro ed un investitore, non violi il principio di autonomia, qualora manchi una clausola compromissoria nulla a monte. Diversamente, ciò potrebbe integrare una potenziale violazione del principio di leale cooperazione, poiché permane la sottrazione della controversia al sistema giurisdizionale UE da parte dello Stato membro[306].

[305] Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 22 aprile 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punto 39.

[306] La violazione del principio di leale cooperazione è suggerita anche dall'AG Kokott, la quale insiste molto sul divieto posto in capo agli Stati membri, anche nel caso di controversie nei confronti di privati (*ivi*, punti 55-65). Si ricorda che l'AG Kokott ritiene che la fattispecie sia in violazione anche del principio di autonomia (*ivi*, punto 65).

III.2.5. La sentenza *European Food*: la saga *Achmea* incontra la saga *Micula*.

La sentenza *European Food*[307] della Corte di giustizia rappresenta il momento di incontro tra la saga *Achmea* ed un'altra saga giudiziaria che ha segnato la vita - e le vicissitudini – dei BIT *intra*-UE: la saga *Micula*[308]. Quest'ultima verte su una vicenda intricata e merita un approfondimento.

La saga *Micula* ruota intorno alla controversia tra le imprese facenti capo ai fratelli Micula, investitori svedesi in Romania, e quest'ultima. In breve, la controversia riguarda l'abolizione di alcuni incentivi agli investimenti concessi dallo Stato, di cui beneficiavano le imprese dei Micula, ai fini di adeguarsi alla disciplina sugli aiuti di Stato del diritto UE, in vista dell'imminente ingresso della Romania nell'Unione (nel 2007). I Micula hanno fatto ricorso all'arbitrato investitore-Stato nel contesto del BIT tra Svezia e Romania, contestando la violazione degli standard di protezione degli investimenti contenute in quel trattato, e hanno vinto la causa, ottenendo un lodo che impone alla Romania il risarcimento del danno causato[309]. Tuttavia, nel frattempo la Romania è diventata membro dell'UE. Di conseguenza, è intervenuta la Commissione, la quale ha riscontrato che il pagamento del risarcimento dei danni stabilito dal lodo sarebbe corrisposto, a sua volta, ad un aiuto di Stato vietato dal diritto UE. In questo modo, la Romania si è trovata nella scomoda situazione di dover scegliere se

---

[307] Per un commento, si veda Dolka, *News from Micula: Court of Justice Clarifies Temporal Application of EU State Aid Rules and Confirms Relevance of Achmea: Annotation of the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 January 2022 in Case C-638/19 P European Commission v European Food SA and Others ('Micula')*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 21, no. 1, 2022, p. 87 e ss., Hestermeyer, *When regimes collide: Micula – and the fragmentation of the international legal system*, in *EU Law Live*, 11 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-when-regimes-collide-micula-and-the-fragmentation-of-the-international-legal-system-by-holger-hestermeyer/ (ultimo accesso 11/11/2022), Fahner, *The Court of Justice Dodges the Real Question in the Micula case: Can an Investment Arbitration Tribunal Grant State Aid?*, in *EU Law Live*, 15 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-the-court-of-justice-dodges-the-real-question-in-the-micula-case-can-an-investment-arbitration-tribunal-grant-state-aid-by-johannes-fahner/ (ultimo accesso 11/11/2022), Paschalidis, *Micula: European Food for Thought*, in *EU Law Live*, 17 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-micula-european-food-for-thought-by-paschalis-paschalidis/ (ultimo accesso 11/11/2022), e Bergamaschi, *Il diritto UE ha un problema con la Convenzione ICSID? Gli Stati membri tra Scilla (Micula) e Cariddi (Achmea)*, in *BlogDUE*, 26 aprile 2022, disponibile al link https://www.aisdue.eu/il-diritto-ue-ha-un-problema-con-la-convenzione-icsid-gli-stati-membri-tra-scilla-micula-e-cariddi-achmea/ (ultimo accesso 11/11/2022).

[308] Per una ricostruzione della saga e delle problematiche che le fanno da sfondo, si veda Rovetta e Gambardella, *Intra-EU BITs and EU Law: What to Learn from the Micula Battle*, in *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 10, Issue 6, 2015, p. 194 e ss., Struckmann, Forwood e Kadri, *Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: conflict or Co-Existence*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 15, no. 2, 2016, p. 258 e ss., Wehland, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 17, 2016, p. 942 e ss., Northmore-Ball, Harvey e Courtier, *Micula v Romania – A Saga of Lasting Significance*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 74 e ss., e Struckmann e De Catelle, *State aid and international investment arbitration: the Micula case – taking stock in an ongoing saga*, in ERA Forum, Vol. 22, 2021, p. 101 e ss.

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

rispettare i propri obblighi internazionali, dando esecuzione del lodo e risarcendo i danni ai *Micula*, oppure rispettare il divieto di aiuti di Stato imposto dai Trattati, astenendosi dal risarcimento. Si tratta di una situazione in cui lo Stato membro si trova schiacciato, come un "*sandwich*", tra diritto UE e diritto internazionale, in maniera simile a quanto già visto accadere in seguito alla sentenza *Kadi*[310]. A fronte di ciò, la Romania ha deciso di dare esecuzione al lodo. Pertanto, la Commissione ha adottato una decisione che sancisce l'illegittimità del risarcimento, vieta ogni ulteriore pagamento e ordina il recupero delle somme versate[311]. In risposta, i Micula hanno impugnato la decisione della Commissione ottenendone l'annullamento da parte del Tribunale[312]. A sua volta, però, la Commissione ha impugnato la sentenza, portando la vicenda davanti alla Corte, la quale cassa la sentenza impugnata ma non decide nel merito, rinviando la causa al Tribunale.

In primo grado, Tribunale aveva accolto il ricorso presentato dai fratelli Micula e annullato la decisione, a causa del fatto che l'aiuto si sarebbe concretizzato in un momento precedente all'adesione della Romania all'UE. Per questo motivo, la Commissione non avrebbe avuto competenza a conoscere del presunto aiuto in questione, né l'aiuto si sarebbe potuto considerare come vietato dal regime *ex* art. 107 TFUE, *ratione temporis*[313]. Inoltre, secondo il Tribunale, la giurisprudenza *Achmea* non rileverebbe nel caso di specie, visto che il tribunale arbitrale non sarebbe stato tenuto ad applicare il diritto UE ai fatti della controversia, svoltisi prima dell'adesione all'UE[314]. In questo modo, l'effetto "*sandwich*" sarebbe scongiurato, venendo meno l'incompatibilità del risarcimento con il diritto UE.

La Corte, dal canto suo, arriva a conclusioni opposte. Essa parte dal presupposto che la concessione dell'aiuto sia da collocarsi nel momento della pronuncia del lodo, avvenuta successivamente all'adesione[315]. Di conseguenza, la concessione è soggetta alla disciplina UE

---

[310] *Supra*, Paragrafo I.3.2.

[311] Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione — Lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013, in *G.U.U.E.* L 232 del 4 settembre 2015, p. 43 e ss.

[312] Sentenza del Tribunale del 18 giugno 2019, *European Food SA e altri contro Commissione europea*, cause T-624/15, T-694/15 e T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423. Per un commento, si veda Momic, *Can an ICSID Arbitral Award for the Compensation of Damages Be Regarded as State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 18, no. 3, 2019, p. 346 e ss., Begona Perez, *Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 19, no. 3, 2020, p. 329 e ss., Struckmann e De Catelle, op. cit., pp. 110-113., e Collà Ruvolo, *La Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Micula: alcune novità in materia di aiuti di Stato e Investment Arbitration*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, Fascicolo 3, p. 745 e ss.

[313] Sentenza del Tribunale del 18 giugno 2019, *European Food SA e altri contro Commissione europea*, cause T-624/15, T-694/15 e T-704/15, cit., punti 86 e 88.

[314] *Ivi*, punto 87.

[315] *Infra*, Paragrafo III.2.5.1.

degli aiuti di Stato e, quindi, alla competenza della Commissione. Quanto alla rilevanza di *Achmea*, la Corte si esprime in senso affermativo, per i motivi che si esamineranno di seguito. In questo modo, si ripropone il rischio che il risarcimento dei danni previsto dal lodo possa essere considerato illegale, a seconda di quanto valuterà il Tribunale (e di nuovo la Corte, in caso di nuova impugnazione)[316]. Di sicuro, vi è che l'arbitrato che ha adottato il lodo debba essere considerato incompatibile con il diritto UE, sulla base di *Achmea*[317].

III.2.5.1. Segue. Perché l'arbitrato di *Micula* è incompatibile con il diritto UE?

La logica seguita in *European Food* rispetto alla questione della compatibilità dell'arbitrato con il diritto UE sulla base di *Achmea* può lasciare qualche perplessità.

Il ragionamento della Corte è lineare e si basa su quattro premesse. La prima è che il diritto UE (nella specie gli artt. 107 e 108 TFUE) fosse applicabile allo Stato membro, almeno nella parte inerente al risarcimento dei danni avvenuti dopo l'adesione[318]. La seconda è che, al pari dell'arbitrato in *Achmea*, non si tratti di una giurisdizione facente parte del sistema giurisdizionale di cui all'art. 19 TUE, né di un arbitrato commerciale[319]. La terza consiste nella lettura del dispositivo di *Achmea* riguardo l'interpretazione degli artt. 267 e 344 TFUE[320], da cui si deduce che gli Stati membri non possono concludere un accordo tra loro tale da "[…] sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di rimedi giurisdizionali che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. Un accordo del genere può quindi sfociare in una situazione in cui tali controversie non siano decise in modo da garantire la piena efficacia di detto diritto"[321]. La quarta è che, a seguito dell'adesione della Romania, la controversia rientra nella giurisdizione dei rimedi interni di cui all'art. 19 TUE, i quali si sono sostituiti alle procedure di risoluzione delle controversie esterne (ove rilevi il diritto UE). Da queste

[316] In particolare, rimane da considerare se sussista o meno il requisito dell'imputabilità dell'aiuto in capo alla Romania, e se il risarcimento dei danni sia qualificabile come vantaggio.
[317] Sulle conseguenze della sentenza, si rimanda a Bergamaschi, *Il diritto UE ha un problema con la Convenzione ICSID? Gli Stati membri tra Scilla (Micula) e Cariddi (Achmea)*, op. cit., e *infra*, Capitolo IV, nota 118.
[318] Sentenza della Corte del 25 gennaio 2022, *Commissione europea contro European Food SA e a.*, causa C-638/19 P, cit., punto 140. Questo è il motivo che porta la Corte ad una conclusione diversa da quella del Tribunale.
[319] *Ivi*, punti 141-144.
[320] *Ivi*, punto 138.
[321] *Ivi*, punto 139. Questo era emerso già in sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punto 45.

premesse, la Corte trae la conclusione che il compromesso arbitrale su cui si basa il lodo si debba considerare come venuto meno (almeno dalla prospettiva del diritto UE). Tuttavia, non viene chiarito il perché di questa conclusione. Il parametro di compatibilità con cui l'arbitrato è da considerarsi in contrasto non viene indicato.

Come è possibile notare, la Corte non applica il test di compatibilità con il principio di autonomia; non indaga sulla presenza di un punto di contatto, né sulla natura degli effetti del lodo[322]. L'autonomia del diritto UE non viene neppure nominata. L'intero ragionamento poggia sull'assunto che la soluzione delle controversie il cui oggetto rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE spetta ai giudici interni al sistema giurisdizionale UE, a cui gli Stati membri non possono sottrarle. Come si è visto in relazione ad *Achmea*, la condotta degli Stati membri consistente in una tale sottrazione è in contrasto sia con il principio di autonomia, che con il principio di leale cooperazione. È alla luce di questi due principi che deve dirsi illegittima la sottrazione della controversia ai giudici interni. Il fatto che la Corte in questo caso non menzioni nessuno dei due non confuta, anzi contribuisce a confermare la tesi proposta in precedenza[323], secondo cui questi principi trovano applicazione in maniera coincidente e sovrapposta al caso di un BIT concluso tra due Stati membri, come quello in *Achmea* ed in *European Food*[324].

III.2.6. Considerazioni conclusive: riepilogo e peculiarità dell'applicazione del principio di autonomia ai meccanismi ISDS.

I risultati dell'analisi dei casi che compongono la saga *Achmea* contribuiranno alla concettualizzazione del principio di autonomia, oggetto del prossimo Capitolo (IV). A questo proposito, è utile compiere un breve riepilogo di quanto emerso dall'analisi svolta in questo Capitolo (III)[325], mettendo in evidenza le peculiarità che segnano l'applicazione del principio

[322] Essendo la situazione identica a quella di *Achmea*, l'esito sarebbe stato lo stesso.
[323] *Supra*, Paragrafo III.2.1.4.
[324] L'AG compie lo stesso ragionamento per valutare la condotta in esame, ma, diversamente dalla Corte, afferma di compiere tale valutazione in applicazione del principio di autonomia. Ad ogni modo, egli conclude per la compatibilità, poiché, secondo lui, la controversia non sarebbe ricaduta nella giurisdizione di un giudice interno, idoneo ad esperire il rinvio alla CGUE, pertanto non si configurerebbe alcuna sottrazione della controversia al sistema giurisdizionale di cui all'art. 19 TUE; in conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 1° luglio 2021, *Commissione europea contro European Food SA e a*., causa C-638/19 P, cit., punti 78-95. L'AG applica poi il principio di reciproca fiducia, concludendo ancora per la compatibilità (*ivi*, punti 96-106). Al contrario, nelle conclusioni non si fa mai menzione del principio di leale cooperazione.
[325] Il presente paragrafo è inteso a fini meramente riassuntivi. Le conclusioni sui risultati della ricerca condotta nei capitoli II e III saranno tratte nel capitolo IV.

di autonomia ai meccanismi ISDS, le quali emergono dal confronto con i casi analizzati nel Capitolo precedente (II).

Innanzitutto, si nota che i casi esaminati in questo Capitolo attengono tutti ad un contesto di conflitto giurisdizionale. Secondariamente, è possibile osservare che, anche nei casi riguardanti l'ISDS, il principio si manifesta nelle forme di autonomia istituzionale e giurisdizionale, nelle quali si è manifestato sin dai primi casi della giurisprudenza presa in esame.

Con riguardo all'autonomia istituzionale, si consolida quanto già visto fin dal parere 1/91. Infatti, essa viene in gioco nell'ambito degli accordi misti, laddove la giurisdizione esterna si trovi a dover identificare le parti della controversia sottopostale. Questa situazione viene esaminata nel parere 1/17, con riferimento alle modalità determinazione chi debba essere il convenuto, tra UE e Stato membro, in una controversia sottoposta all'ICS.

L'autonomia giurisdizionale, invece, compare in tutti i casi, ad eccezione di *European Food,* in cui il principio non viene utilizzato dalla Corte come parametro. Tuttavia, anche in quel caso c'erano le condizioni per le quali avrebbe potuto trovare applicazione, sancendo l'incompatibilità dell'arbitrato in esame. I meccanismi ISDS, infatti, sono potenzialmente lesivi dell'autonomia giurisdizionale, nel momento in cui mettono a repentaglio il monopolio della Corte di giustizia a fornire l'interpretazione definitiva del diritto UE. Gli elementi del test per verificare l'esistenza di un simile rischio risultano essere gli stessi di quelli già riscontrati nei casi sul conflitto giurisdizionale precedenti ad *Achmea*. Anche nei casi sull'ISDS, infatti, il rischio si concretizza se si verifica un punto di contatto tra la giurisdizione dell'arbitrato e il diritto UE. Posto che la protezione degli investimenti esteri insiste su ambiti ampiamente regolati dal diritto UE, il contatto può avvenire in modalità diverse. Il diritto UE può essere diritto applicabile alla controversia, oppure può rilevare come questione di fatto. In entrambe le situazioni, infatti, il tribunale arbitrale è suscettibile di arrivare ad interpretare le norme del diritto UE. A ciò, poi, si aggiunge il contatto che avviene quando il tribunale è chiamato ad interpretare le norme dell'accordo stesso, nel caso in cui la controversia vede coinvolti tra loro gli Stati membri. Quanto agli effetti, invece, essi risultano idonei a ledere l'autonomia se riguardano una situazione *intra*-UE. Non è del tutto chiaro, invece, quale sia la soglia di compatibilità nel caso di accordi vincolanti per l'Unione. Stando al parere 1/17, la giurisdizione esterna è compatibile se gli effetti delle sue pronunce non vincolano le Istituzioni e la Corte ad una data interpretazione del diritto UE. Si potrebbe dire che, nonostante il recepimento delle norme dell'accordo *ex* art. 216, par. 2, TFUE, la giurisdizione

è compatibile nella misura in cui le sue pronunce non producono alcun effetto interno. In questo modo, il loro effetto vincolante è sostanzialmente limitato al piano del diritto internazionale. Detto questo, dai risultati dell'analisi non emerge chiaramente il potenziale esito del test, se applicato ad un meccanismo ISDS in mancanza di una clausola come quella prevista dal CETA.

Proseguendo nel riepilogo, si nota che, anche nel caso dei meccanismi ISDS, il contrasto con il principio di autonomia giurisdizionale può essere evitato, qualora venga garantita la possibilità per la Corte di avere l'ultima parola sull'interpretazione delle norme UE rilevanti nella la controversia. Su questo aspetto, però, si riscontra una particolarità dell'arbitrato investitore-Stato. Infatti, sebbene tale arbitrato non rappresenti una giurisdizione comune agli Stati membri e, quindi, non possa esperire il rinvio pregiudiziale al pari di un giudice nazionale, è anche vero che la possibilità di un rinvio alla Corte non è esclusa a priori, perché il lodo potrebbe comunque essere sottoposto ad un giudice di uno Stato membro (per l'impugnazione o per l'esecuzione). Per questo motivo, si è posto il problema della differenza tra questa tipologia di arbitrato e quello commerciale, rispetto al quale viene permessa l'applicazione di una forma di autonomia più leggera[326]. Il passaggio del test per individuare la differenza tra le due tipologie di arbitrato rappresenta una peculiarità di questo tipo di strumento di risoluzione delle controversie; il problema non si era mai presentato nella giurisprudenza precedente ad *Achmea*. Come si è visto, la differenza si basa sulla costatazione che il consenso all'arbitrato viene da uno Stato membro, non da due privati.

Una seconda differenza tra la giurisprudenza presa in esame in questo Capitolo e quella esaminata nel Capitolo precedente consiste nella rilevanza di considerazioni pubblicistiche nella valutazione di compatibilità compiuta dalla Corte. Ciò è dovuto alla natura almeno in parte pubblicistica propria del lodo arbitrale nel contesto ISDS. Come si è visto, considerazioni di tal guisa potrebbero avere un ruolo, seppur implicito, nella determinazione della differenza tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato. Di sicuro, la questione emerge con evidenza nel parere 1/17, in cui l'autonomia si manifesta nella forma finora inedita di autonomia regolatoria. In questo caso, si è visto che il test di compatibilità si basa sull'esistenza di un contatto, consistente nella possibilità del meccanismo ISDS di mettere in discussione il bilanciamento tra interessi dell'investitore ed interessi generali legittimi

[326] Come si è visto, i benefici dello strumento ai fini dell'efficacia della gestione del contenzioso tra privati permette all'arbitrato commerciale di superare il test di compatibilità con il principio di autonomia anche se il rinvio alla Corte di giustizia non può essere garantito a priori in ogni caso; *supra*, Paragrafo III.2.1.1.

compiuto dal legislatore UE, e sull'esistenza di effetti *de facto*, ossia di un potenziale impatto fattuale sull'attività regolatoria interna.

Sul piano dei riferimenti normativi, *Achmea* è esplicita nel porre gli artt. 267 e 344 TFUE alla base del principio di autonomia giurisdizionale, a cui si aggiunge l'art. 19 TUE. Quest'ultimo, si è detto, ha la stessa portata dell'art. 344 TFUE, ed è funzionale all'art. 267 TFUE (almeno quando si parla di autonomia). Da questo punto di vista, *Achmea* non innova rispetto alla giurisprudenza precedente, in cui già questi articoli venivano menzionati, ma contribuisce a chiarire il quadro. Ciò che non è ancora del tutto evidente, però, è quale sia l'esatto ruolo dell'art. 344 TFUE. Se nel parere 1/17 l'articolo non viene neppure menzionato, nel parere 1/20, invece, esso rappresenta l'unico riferimento normativo del principio. Rimane da capire, quindi, se tale articolo rappresenti una manifestazione particolare del principio, nel disporre un obbligo diretto agli Stati membri, oppure se possa fungere da norma a cui ancorare il principio in ogni situazione in cui quest'ultimo trovi applicazione. Nel secondo caso, la portata dell'articolo e la portata generale del principio corrisponderebbero.

Una terza peculiarità della saga *Achmea*, in particolare dei casi aventi ad oggetto clausole compromissorie ISDS *intra*-UE, consiste nell'importanza del principio di reciproca fiducia. L'applicazione di questo principio, infatti, è azionata della *ratio* stessa dell'arbitrato investitore-Stato, volto alla sottrazione delle controversie dal giudice nazionale dello Stato convenuto, a causa della sfiducia nutrita nell'imparzialità e indipendenza da parte sua nei confronti dell'investitore estero. Secondo la Corte, quando ciò si verifica tra Stati membri, il compromesso entra in conflitto con principio di reciproca fiducia.

Infine, si osserva che nella giurisprudenza sull'ISDS ha svolto un ruolo centrale il principio di leale cooperazione. Esso era già comparso nella giurisprudenza precedente, segnatamente nel caso *MOX Plant*, in quanto sotteso all'art. 344 TFUE. In *Achmea* e nei casi seguenti, invece, il principio si manifesta in maniera più netta, incidendo sulla differenza tra l'arbitrato commerciale e l'arbitrato investitore-Stato e, così, influenzando l'applicazione del principio di autonomia. Si è visto che autonomia e leale cooperazione si sovrappongono nel caso di un compromesso arbitrale tra Stati membri. A riguardo, rimane da capire fino a che punto arrivi la sovrapposizione della portata dei due principi, nel contesto dei casi sul conflitto giurisdizionale.

III.2.6.1. Tabella riepilogativa.

Casi / Elementi test	*Achmea*	Parere 1/17	*Repubblica di Moldavia*	(*PL Holdings*) compromesso arbitrale ad hoc	*European Food*
Autonomia giurisdizionale:	✓	✓	✓	✓	possibile, insieme a leale cooperazione
- contatto	diritto UE = diritto applicabile	diritto UE = questione di fatto	norme ECT sono diritto UE (*intra UE*) = diritto applicabile	diritto UE = diritto applicabile e/o questione di fatto	diritto UE = diritto applicabile
- effetti	di diritto internazionale, tra due Stati membri (*intra UE*)	solo di diritto internazionale?	di diritto internazionale, tra due Stati membri (*intra UE*)	tra Stato membro e privato di altro Stato membro	di diritto internazionale, tra due Stati membri (*intra UE*)
- interpretazione definitiva della CGUE	no: no rinvio / no arbitrato commerciale	no	no: no rinvio / no arbitrato commerciale	no: no rinvio / no arbitrato commerciale	no: no rinvio / no arbitrato commerciale
Autonomia istituzionale:	✗	✓	✗	✗	✗
- contatto		no (rinvio a UE)			
- effetti		solo di diritto internazionale?			
Autonomia regolatoria:	possibile, sottesa a distinzione con arbitrato commerciale	✓	possibile, sottesa a distinzione con arbitrato commerciale	possibile, sottesa a distinzione con arbitrato commerciale	possibile, sottesa a distinzione con arbitrato commerciale
- contatto		bilanciamento interessi pubblici			
- effetti		*De facto*			
Reciproca fiducia	✓	✗	possibile	✗	✗
Leale cooperazione	✓	✗	sottesa a distinzione con arbitrato commerciale	sottesa a distinzione con arbitrato commerciale	possibile, insieme ad autonomia giurisdizionale

NB: per "possibile" si intende che la Corte non menziona espressamente l'argomento o non lo valorizza nello scrutinio, ma se ne può comunque sostenere o ipotizzare la rilevanza.

Capitolo IV. Ricostruzione del modello di applicazione del principio di autonomia e implicazioni per l'ordinamento UE.

IV.1. Sintesi del test di compatibilità con il principio di autonomia: elementi del test e forme di applicazione del principio. IV.1.1. Il punto di contatto. IV.1.2. Gli effetti. IV.1.3. L'ultima parola alla Corte. IV.1.4. Struttura del test di compatibilità con il principio di autonomia. IV.2. Considerazioni sulle implicazioni del principio di autonomia sull'ordinamento UE. IV.2.1 L'interazione con gli altri principi e le norme dei Trattati. IV.2.2. Le giurisdizioni esterne compatibili con il principio di autonomia per mancanza di effetti "qualificati". IV.2.3. Dal conflitto giurisdizionale al conflitto normativo. IV.2.4. Le conseguenze del principio per gli attori dell'ordinamento. IV.2.5 Il problema dell'effettività del principio di autonomia sul piano del diritto internazionale. IV.2.6. L'approccio della Corte nell'applicare il principio di autonomia. IV.2.7. Un principio formale o sostanziale? IV.2.8. L'autonomia in senso funzionale: una nuova prospettiva per il principio?

Introduzione al Capitolo IV.

Questo quarto ed ultimo Capitolo è dedicato alla ricostruzione del modello di applicazione del principio di autonomia ed alle implicazioni che l'applicazione del principio, secondo le modalità individuate, presenta per l'ordinamento. Dapprima (Sezione IV.1.), si compie la sintesi dei risultati dell'analisi svolta nei Capitoli II e III, per arrivare all'elaborazione della struttura del test di compatibilità con il principio di autonomia, così come emergente dalla giurisprudenza presa in esame. Successivamente (Sezione IV.2.), sempre muovendo da quanto osservato in precedente, si svolgono alcune riflessioni volte a definire i contorni delle modalità di applicazione del principio e le implicazioni per l'ordinamento UE e i suoi attori, anche alla luce della cornice teorica descritta nel Capitolo I. In chiusura, verrà dedicata attenzione ad una lettura del principio di autonomia diversa da quella emersa nel corso dell'indagine *ivi* compiuta. Questa lettura potrebbe forse rappresentare una nuova prospettiva per il principio.

IV.1. Sintesi del test di compatibilità con il principio di autonomia: elementi del test e forme di applicazione del principio.

L'analisi dei casi che compongono la giurisprudenza esaminata nei Capitoli II e III permette di trovare una risposta alla domanda principale di ricerca di questo lavoro, relativa alle modalità con cui il principio di autonomia opera nella giurisprudenza della Corte ed alla possibilità di ricostruire un modello astratto di questo principio e della sua applicazione, facente capo ad un test unitario. I risultati ottenuti, infatti, consentono l'identificazione degli elementi che, insieme considerati, compongo tale test di compatibilità capace di conferire sostanza al contenuto normativo del principio, concretizzando nei singoli casi il precetto di cui quest'ultimo è portatore. Tramite il test, il principio di autonomia è idoneo a fungere da parametro per valutare la legittimità di un atto di diritto UE o la conformità del comportamento degli Stati membri rispetto agli obblighi scaturenti dal diritto UE.

È bene sottolineare, però, che tale test di compatibilità astratto può trovare applicazione in una specifica situazione: quella del conflitto giurisdizionale. Infatti, gli elementi del test di compatibilità comuni ai vari casi analizzati fanno capo a profili di compatibilità attinenti a questo tipo situazione. Al di fuori di questa, invece, non sono stati rintracciati elementi comuni ascrivibili ad un test unitario e, di conseguenza, le modalità di funzionamento del principio come parametro di compatibilità rimangono nell'incertezza. Il riferimento è a quei casi in cui la Corte valuta la compatibilità dell'accordo con l'autonomia dell'ordinamento UE, sotto il profilo dell'impatto dell'accordo internazionale sulle prerogative e funzioni delle Istituzioni UE. In particolare, si tratta dei pareri 1/76, 1/91, 1/92 e 1/00, esaminati nel Capitolo II. Sulla stessa linea si trova inoltre anche *Pringle*, di cui si è detto nel Capitolo I[1], anche se in quest'ultima sentenza la Corte non fa riferimento alla nozione di autonomia dell'ordinamento.

Detto questo, si può affermare che gli elementi che formano la struttura del test sono tre. La presenza cumulativa dei primi due di questi è causa del contrasto tra la giurisdizione esterna ed il principio di autonomia, mentre il terzo elemento rappresenta una condizione che, se realizzata, permette di salvaguardare il rispetto del principio e, quindi, la compatibilità della giurisdizione esterna con questo, nonostante la sussistenza dei primi due.

Il primo elemento consiste nella presenza di un punto di contatto tra la giurisdizione esterna e il diritto UE. Nel caso in cui la giurisdizione esterna presenti un simile punto di contatto, la

[1] *Supra*, Paragrafo I.2.3.

suscettibilità di questa a rappresentare un rischio effettivo per l'autonomia del diritto UE dipende dagli gli effetti delle sue pronunce all'interno dell'ordinamento UE. La presenza di effetti idonei a ledere l'autonomia rappresenta, quindi, il secondo elemento del test di compatibilità. Infine, il terzo elemento consiste nella circostanza per cui sia lasciata alla CGUE la possibilità di avere l'ultima parola sulla questione di diritto UE sorta davanti alla giurisdizione esterna a causa del suddetto punto di contatto. In presenza di tale circostanza, il rischio per l'autonomia è sventato e la giurisdizione esterna può dirsi compatibile con il diritto UE.

Questi elementi devono intendersi come la struttura di base del test di compatibilità, rinvenibile in tutti i casi analizzati. Il test, così delineato nei suoi elementi fondamentali, si ritrova in tutte le varie forme in cui si manifesta il principio di autonomia nei casi sul conflitto giurisdizionale.

Il riferimento è alle forme di autonomia istituzionale, giurisdizionale, regolatoria e normativa.

IV.1.1. Il punto di contatto.

Il punto di contatto rappresenta il primo elemento del test di compatibilità. Infatti, è al suo verificarsi che una giurisdizione esterna entra all'interno della portata del principio di autonomia. Il punto di contatto consiste nella circostanza per via della quale la giurisdizione esterna interagisce con il diritto UE, così da causare un potenziale attrito con l'autonomia di quest'ultimo. L'esistenza di un punto di contatto è rintracciabile in tutti i casi analizzati, con riferimento a tutte le forme del principio di autonomia.

Con riguardo all'autonomia giurisdizionale, i casi analizzati mostrano una situazione (solo) in apparenza disomogenea. Da un lato, è possibile osservare più modalità secondo cui una giurisdizione esterna possa entrare in contatto con il diritto UE. Dall'altro, tutte queste modalità portano alla medesima situazione: la giurisdizione esterna ha la possibilità di fornire un'interpretazione del diritto UE. È questo il motivo alla base dell'incompatibilità con l'autonomia giurisdizionale. Entrando più nel dettaglio di quanto emerso dall'analisi, è possibile individuare quattro modalità di interazione. La prima è quella secondo la quale la giurisdizione internazionale ha competenza ad interpretare norme di diritto internazionale che sono sostanzialmente identiche a norme di diritto UE. Questa modalità di contatto, rinvenibile

nei pareri 1/91, 1/92, 1/00 e 2/13[2], si manifesta soprattutto nel contesto di accordi internazionali volti ad esportare le norme UE in paesi partner, come nell'esempio emblematico dell'accordo SEE[3]. La seconda modalità è quella che si verifica allorquando le norme di un accordo internazionale, che la giurisdizione internazionale è chiamata ad applicare ed interpretare, vengono in rilievo in quanto facenti esse stesse parte del diritto UE. In particolare, è il caso degli accordi misti. Questa modalità di contatto è suscettibile di far scattare il test di compatibilità con il principio di autonomia solo in una determinata situazione, cioè quella in cui la controversia riguardi due o più Stati membri tra di loro, in quanto parti dell'accordo internazionale in questione, come nel caso di *MOX Plant* e *Repubblica di Moldavia*. Al contrario, tale modalità non può dirsi in contrasto con il principio di autonomia nel caso in cui la controversia coinvolgesse uno Stato terzo e l'UE. Infatti, come si è già avuto modo di osservare, da un lato, le norme di un accordo internazionale di cui l'UE è parte sono sempre, al contempo, anche parte del diritto UE, in virtù del recepimento automatico di cui all'art. 216, par. 2, TFUE. Dall'altro, la Corte ha sempre ribadito che la circostanza che l'UE si sottoponga alla giurisdizione di un organo giurisdizionale o decisionale internazionale competente ad interpretare il diritto sostanziale pattizio vincolante per l'UE non è in sé incompatibile con il diritto UE. Pertanto, l'avverarsi di questa modalità di contatto deve essere "tollerata" dal principio di autonomia laddove sia l'UE a essere parte della controversia. In caso contrario, all'UE verrebbe sempre e comunque precluso a priori la partecipazione ad un simile meccanismo giurisdizionale internazionale. Diversamente, la giurisprudenza esaminata mostra come, in presenza di tale modalità di contatto, il test di compatibilità con il principio di autonomia dà esito negativo all'interno di un contesto *intra*-UE. Ciò accade in virtù della *membership*, che qualifica le relazioni tra Stati membri ove rilevi il diritto UE. La terza modalità di contatto è quella per cui norme di diritto UE rientrano nel diritto applicabile alla controversia da parte della giurisdizione esterna. È questo il caso del tribunale arbitrale in *MOX Plant*, del TB nel parere 1/09 e dell'arbitrato investitore-Stato nei BIT in esame in *Achmea*, *PL Holdings* ed in *European Food*, nel cui ambito il diritto UE rileverebbe come questione di diritto. La quarta ed ultima forma è quella per cui il diritto UE viene preso in esame dalla giurisdizione esterna, pur non essendo applicabile. In questo caso, il diritto UE rileva nella controversia perché è in certa misura parte dell'oggetto della

[2] In quest'ultimo caso, questa modalità di contatto rileva con riguardo alla compatibilità con il principio di autonomia del Protocollo n. 16.
[3] Evidentemente, questo non è però il caso della CEDU.

valutazione della giurisdizione esterna, per cui quest'ultima potrebbe necessitare di prenderlo in considerazione, anche se solo come questione di fatto. Ciò si può riscontrare nel caso del parere 2/13, per quanto riguarda i motivi di incompatibilità inerenti al meccanismo di previo coinvolgimento, alle competenze che la Corte EDU avrebbe assunto con riguardo allo scrutinio di atti PESC ed al Protocollo n. 16. Inoltre, si può riscontrare anche nel caso del parere 1/17. Eppure, si è visto come quest'ultimo caso potrebbe far dubitare dell'incompatibilità di tale modalità di contatto con il principio di autonomia. Infatti, si ricorda che uno degli argomenti su cui la Corte basa il proprio parere positivo circa la compatibilità dell'ICS con il principio consiste proprio nel fatto che il CETA esclude l'applicazione del diritto UE come questione di diritto, anche se non la esclude come questione di fatto. Inoltre, a ben guardare, in nessuno dei casi sull'ISDS la Corte prende in considerazione tale modalità di contatto nella valutazione di compatibilità, nonostante questa fosse presente con riguardo alle fattispecie oggetto di valutazione nei vari cari, accanto alla modalità qui menzionata come terza. In vista di ciò, si potrebbe pensare che l'eventualità che una giurisdizione terza prenda in considerazione il diritto come mera questione di fatto non rappresenti di per sé un rischio per l'autonomia giurisdizionale del diritto UE. Ciò detto, si è già avuto modo di osservare come la differenza tra questione di diritto e questione di fatto non sia semplice da individuare in concreto. Inoltre, anche ammettendo che tale differenza sia individuabile, il diritto UE sarebbe comunque suscettibile di essere oggetto di interpretazione da parte della giurisdizione esterna in entrambi i casi. Pertanto, la differenza tracciabile tra le due modalità di contatto rispetto alla compatibilità con l'autonomia giurisdizionale risulterebbe piuttosto artificiosa. Si ritiene quindi preferibile ritenere che entrambe le modalità siano tali da integrare l'elemento del test consistente nell'esistenza di un punto di contatto, così come emerge dal parere 2/13.

Con riguardo alle altre forme di autonomia, il quadro appare più lineare. Nel caso dell'autonomia istituzionale, il punto di contatto consiste nella possibilità che la giurisdizione terza possa esprimersi sulla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri, fondata sul principio di attribuzione. Nei casi visti[4], questo può accadere laddove la giurisdizione in esame abbia il potere di individuare chi sia, tra UE e Stati membri, il convenuto della controversia che è chiamato a dirimere (trattandosi di accordi misti). Nel caso dell'autonomia regolatoria, invece, il punto di contatto consiste nell'eventualità che la giurisdizione esterna

[4] Si tratta del parere 1/91, del parere 2/13 e del parere 1/17.

si esprima sul bilanciamento tra gli obblighi previsti dall'accordo internazionale in questione e gli interessi pubblici, come effettuato dal legislatore dell'Unione. Infine, nel caso dell'autonomia normativa, il punto di contatto si verifica nel momento in cui le competenze e le caratteristiche della giurisdizione esterna sono tali da incidere direttamente sulle norme, sul funzionamento dei principi e sui precetti giurisprudenziali propri del diritto UE[5]. In quest'ottica, la forma di autonomia normativa rappresenta una categoria residuale, che include varie modalità di contatto.

IV.1.2. Gli effetti.

Se il punto di contatto si posiziona alla fonte del rischio per l'autonomia rappresentato dalla giurisdizione esterna, sono gli effetti delle pronunce di quest'ultima dispiegati all'interno dell'ordinamento UE a determinarne l'incompatibilità. Infatti, è logico aspettarsi che l'autonomia del diritto UE venga compromessa nel caso – e solo nel caso – in cui le pronunce della giurisdizione esterna in esame siano tali da avere una forza vincolante per i soggetti dell'ordinamento UE, ossia quando siano vincolanti internamente[6]. Altrimenti, l'esistenza di tale giurisdizione non è in grado di scalfire l'ordinamento UE, né tantomeno la sua autonomia. Quanto detto, che può essere preso per assunto, viene specificato a più riprese dalla Corte. Di conseguenza, ciò che bisogna domandarsi è cosa si intenda per forza vincolante delle pronunce dal punto di vista del diritto interno, posto che tutte le pronunce di tutte le giurisdizioni prese in considerazione sono vincolanti sul piano del diritto internazionale. Tuttavia, se è vero (*quod est*) che l'elemento degli effetti ha importanza dirimente quanto all'esito del test, è altrettanto vero che la giurisprudenza della Corte sul punto non brilla per chiarezza.

[5] Si sono osservati tre casi di applicazione del principio di autonomia nella forma di autonomia normativa, tutti nel parere 2/13. In particolare, sono i casi relativi ai motivi di incompatibilità del progetto di accordo di adesione dovuti all'impatto che questo avrebbe avuto sulla dottrina *Melloni*, sul principio di reciproca fiducia e sugli atti PESC adottati dall'UE.

[6] *Cfr*. Moreno-Lax e Ziegler, op. cit., p. 232; Servizio giuridico del Parlamento europeo, Legal Opinion del 1 giugno 2016, *Compatibility with the Treaties of investment dispute settlement provisions in EU trade agreements*, SJ-0259/16, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/110465/sj-0259-16-legal-opinion.pdf (ultimo accesso 28/12/2022), p. 12. Che il principio di autonomia (in particolare l'art. 344 TFUE) si applichi solo nel caso in cui la pronuncia della giurisdizione esterna abbia effetti tali da vincolare l'UE e le sue Istituzioni nell'esercizio delle loro competenze interne viene affermato dalla Corte anche in sentenza della Corte del 12 settembre 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-131/03 P, ECLI:EU:C:2006:541, punto 102. *Cfr*. Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, op. cit., p. 85.

Come si è osservato[7], da un lato, la Corte ha affermato che tutti gli atti vincolanti adottati da organi istituiti da un accordo concluso dall'UE vincolano le Istituzioni (inclusa la CGUE), in maniera non dissimile da quanto accade per le norme dell'accordo internazionale stesso[8]. Dall'altro, in tutti i casi analizzati, nei quali la giurisdizione esterna esaminata è stata trovata incompatibile con il principio di autonomia, gli effetti delle pronunce di tale giurisdizione erano in qualche modo "qualificati".

Guardando più da vicino, nel caso della Corte SEE gli effetti erano "qualificati" dal perseguimento dell'omogeneità di interpretazione tra le norme SEE e quelle comunitarie corrispondenti. Lo stesso può dirsi anche per gli effetti delle decisioni del Comitato misto previsto dal progetto di accordo ECAA oggetto del parere 1/00. Nel caso del parere 1/09, poi, il TB si sarebbe dovuto sostituire ai giudici interni, per cui le sentenze del primo avrebbero dispiegato gli stessi effetti di quelle dei secondi. Per quanto riguarda il parere 2/13, invece, da più parti si è sostenuto che, in caso di adesione dell'UE alla CEDU, gli effetti di una sentenza della Corte EDU vincolerebbero la CGUE (così come le altre Istituzioni) ad una data interpretazione del diritto UE, dispiegando quindi effetti in qualche modo rafforzati rispetto ai vincoli che discendono dal semplice recepimento della fonte esterna.

Alla luce di ciò, si può concludere che l'incompatibilità sia dovuta alla presenza di simili effetti "qualificati"[9]. In caso contrario, cioè se il valore vincolante dovuto al recepimento dell'atto di diritto internazionale dovesse ritenersi sufficiente a superare la soglia del test di compatibilità, allora si arriverebbe alla conseguenza per cui tutte le giurisdizioni esterne le cui pronunce sono vincolanti per l'UE ai sensi del diritto internazionale siano, in quanto tali, incompatibili con l'autonomia del diritto UE (in presenza di un punto di contatto). Ciò risulterebbe in netta contraddizione con la premessa secondo cui sottoporsi ad una simile giurisdizione di diritto internazionale rientra a pieno titolo nelle facoltà dell'UE, purché sia tutelata l'autonomia del suo ordinamento[10]. Tale premessa, si ricorda, è stata espressa proprio nel parere 1/91 ed è sempre stata ribadita dalla Corte (anche nel parere 2/13)[11].

Ciò detto, rimane da capire quale sarebbe l'esito del test nel caso in cui manchino tali effetti "qualificati", posto che le pronunce in esame sarebbero recepite comunque all'interno

[7] *Supra*, Paragrafo I.1.3.
[8] *Supra*, Paragrafo I.1.1.
[9] In questo senso Dimopoulos, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, op. cit. (il quale parla di "*special link*").
[10] Quindi, la conclusione qui sostenuta circa gli effetti "qualificati" si impone, giocoforza, come l'unica possibile.
[11] *Supra*, Introduzione al Capitolo II.

dell'ordinamento, al pari delle fonti internazionali pattizie di cui all'art. 216, par. 2, TFUE. Da un lato, l'incompatibilità a priori si deve escludere per i motivi appena menzionati. D'altro lato, la Corte è chiara nel sostenere che l'incompatibilità sia dovuta ad effetti aventi forza vincolante sul piano interno: effetti che il recepimento delle fonti consistenti nelle pronunce in esame comporterebbe ad ogni modo[12].

Il parere 1/17 sembra offrire una soluzione. Questa consiste nella clausola appositamente prevista dal CETA, secondo la quale un'eventuale interpretazione del diritto UE fornita dall'ICS non potrebbe comunque vincolare l'UE ed i giudici del sistema giurisdizionale interno, in combinato con la clausola che esclude esplicitamente l'efficacia diretta delle disposizioni del CETA (nonostante il silenzio della Corte in merito)[13]. In questo modo, si è detto, gli effetti del recepimento del lodo vengono neutralizzati. Di fatto, il lodo viene privato dell'effettività della forza giuridica propria delle fonti di rango interposto. Tuttavia, rimane il dubbio di cosa accadrebbe in mancanza di simili clausole. Si potrebbe ipotizzare che, a monte, tale giurisdizione sarebbe da considerarsi incompatibile con il principio di autonomia (sempre posta l'esistenza di un punto di contatto). A valle, invece, qualora venisse sottoposta alla CGUE una questione riguardante l'interpretazione del diritto UE fornita in una pronuncia da parte della giurisdizione esterna, i giudici di Lussemburgo potrebbero intervenire a negare gli effetti interni di tale pronuncia in via pretoria, similmente a quanto fatto nella giurisprudenza sull'efficacia diretta degli accordi internazionali[14].

Discorso a parte va fatto, invece, per le giurisdizioni che non vincolano l'UE, ma gli Stati membri *inter se*. È il caso di *MOX Plant* e dei BIT *intra*-UE. In questo scenario, si è detto, gli effetti sono qualificati dalla *membership* degli Stati membri[15].

---

[12] *Cfr.* Gallo e Nicola, op. cit., p. 1127.

[13] Sulla differenza quanto all'elemento degli effetti tra il caso del CETA e del progetto di accordo di adesione alle CEDU, dovuta proprio a questi due aspetti, si veda Schill, *Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, Issue 3, 2015, p. 379 e ss., pp. 384-385, van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., pp. 64-65, e Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1748.

[14] *Supra*, Paragrafo I.1.2. A tal riguardo, Uerpmann-Wittzack nota che nella giurisprudenza sulla mancanza di efficacia diretta delle norme OMC, la Corte non ha negato il vincolo interno che da queste deriva a causa del loro recepimento, ma ha spostato il problema dalla dimensione sostanziale a quella procedurale; in Uerpmann-Wittzack, op. cit., p. 144. In quest'ottica, è molto interessante notare quanto sostenuto da Mengozzi, secondo il quale la giurisprudenza con cui la Corte ha negato l'efficacia diretta delle norme OMC (e GATT prima), in definitiva, debba considerarsi volta alla salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento UE; in Mengozzi, *Private International Law and the WTO Law*, op. cit., pp. 315-317.

[15] Così anche Dimpoulos, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, op. cit.

Da ultimo, bisogna notare che l'elemento degli effetti assume connotati differenti con riguardo all'operare del principio di autonomia nella sua forma di autonomia regolatoria, poiché, in questo caso, gli effetti sono tali da rendere incompatibile la giurisdizione anche laddove essi abbiano forza solo sul piano fattuale, pur non vincolando l'UE sul piano formale-normativo. In questo senso, l'autonomia regolatoria rappresenta una forma peculiare del principio, in cui è la dimensione pubblicistica della pronuncia a qualificarne gli effetti.

IV.1.3. L'ultima parola alla CGUE.

Nel caso in cui la giurisdizione esterna presenti un punto di contatto ed effetti "qualificati", allora l'unica possibilità per essa di garantire la compatibilità con il principio di autonomia è che sia comunque consentito alla CGUE di intervenire, in modo da lasciarle l'ultima parola sulla questione oggetto del punto di contatto verificatosi nel caso di specie. In tal modo, la questione rientra all'interno dei meccanismi giurisdizionali propri dell'ordinamento sovrannazionale, facendone salve le caratteristiche essenziali dalla presenza di minacce esterne.

Esempi possono essere ravvisati nei pareri 1/92 e 1/00, in cui le giurisdizioni esterne previste dagli accordi oggetto dei pareri sono state giudicate, appunto, compatibili, mentre nei parere 1/09 e 2/13 i rimedi e le accortezze perviste nei progetti di accordo (il rinvio pregiudiziale da parte del TB ed il previo coinvolgimento nella procedura davanti alla Corte EDU) si sono rivelati inidonei a garantire l'intervento effettivo della CGUE e, di conseguenza, non hanno superato lo scrutinio della Corte. Inoltre, questo terzo elemento è al centro del test utilizzato dalla Corte in *Achmea*, di cui due (dei tre) passaggi sono volti a verificare proprio la possibilità che la CGUE possa avere l'ultima parola su una questione di diritto UE rilevante in una controversia davanti al tribunale arbitrale investitore-Stato.

La giurisprudenza sull'autonomia attribuisce grande importanza al ruolo della Corte di giustizia, posta al vertice del sistema giurisdizionale dell'UE[16]. Questo ruolo appare in tutta la sua evidenza nel caso dell'applicazione del principio nella sua forma di autonomia giurisdizionale. Questa, nel momento in cui impedisce l'eventualità che una giurisdizione esterna possa incidere sull'interpretazione del diritto UE, al contempo tutela anche il monopolio della Corte come interprete definitiva del diritto UE. Sotto questa luce, quindi, deve essere vista la centralità del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, più volte evidenziata

[16] *Supra*, Paragrafo I.2.4.

durante l'analisi nei Capitoli precedenti. In diverse occasioni, infatti, si è visto come la Corte abbia insistito sull'importanza del rinvio e della sua effettività ai fini della tutela dell'autonomia dell'ordinamento, tanto che si può affermare che l'art. 267 TFUE rappresenta uno dei riferimenti normativi del principio. Tuttavia, si ritiene che l'importanza attribuita al ruolo della Corte informi il principio in tutte le sue varie forme. Infatti, la previsione di meccanismi volti ad assicurare l'ultima parola da parte della Corte è idonea a salvaguardare l'autonomia anche nei casi delle altre forme di applicazione del principio.

A questo proposito, si nota che l'enfasi posta sul ruolo della Corte potrebbe fornire argomenti ai chi, in dottrina, ha ravvisato una vena di egoismo nell'atteggiamento della Corte[17]. Il riferimento è, in particolare, a de Witte, il quale ha sostenuto che:

> "[…] ostensibly, protecting the Court's exclusive jurisdiction is a means of preserving the autonomy of the EC legal order. In reality, it seems to be the other way round: the autonomy of the EC legal system is put forward as a rhetorical shield to help to protect the Court's own exclusive jurisdiction in Community law matters"[18].

D'altra parte, vi è anche chi sostiene che, in realtà, questa critica sia giustificata solo se si adotta una visione ristretta dell'autonomia[19]. Secondo una visione più ampia (qui condivisa), il principio, invece, mira a proteggere tutte le caratteristiche essenziali del quadro costituzionale[20]. Certo, l'analisi compiuta nei Capitoli precedenti non consente una risposta univoca. In effetti, la presenza di questo terzo elemento del test potrà sempre essere vista

---

[17] De Witte, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, op. cit.

[18] De Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, op. cit., p. 150. Similmente, in senso critico anche Koutrakos, *The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration*, op cit., p. 58. Koutrakos nota, non senza malizia, l'ironia della circostanza per cui, in *Achmea*, la Corte si preoccupa tanto di tutelare il dialogo tra sé e i giudici nazionali, all'interno di un caso consistente proprio in un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale. Questa circostanza, però, risulta ironica solo in prima battuta. Come spiega Edward, "[it] may seem paradoxical to say that the national courts are the powerhouse of Community law. Surely it is the Court of Justice that is the powerhouse. But there is a good reason why it is truly the national courts that generate the electricity". Infatti, continua, "[…] although the Court of Justice has been accused of being 'activist' in the development of Community law, it has been able to be so only because national courts have provided it with the material for activism"; in Edward, *National Courts—the Powerhouse of Community Law*, op. cit., pp. 2-3. In *Achmea*, è il Giudice del rinvio tedesco che si chiede (e chiede alla Corte) se il meccanismo ISDS in esame sia compatibile con il principio di autonomia. La Corte, in sostanza, non ha che da rispondere in senso negativo, proprio perché tale meccanismo non è idoneo ad assicurare sempre e comunque la possibilità del giudice nazionale di fare rinvio alla Corte qualora sorgesse una questione di diritto UE, come quella oggetto del rinvio in questione.

[19] Una visione che non tiene conto di "[…] how important a constitutional principle autonomy has become", in Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 313.

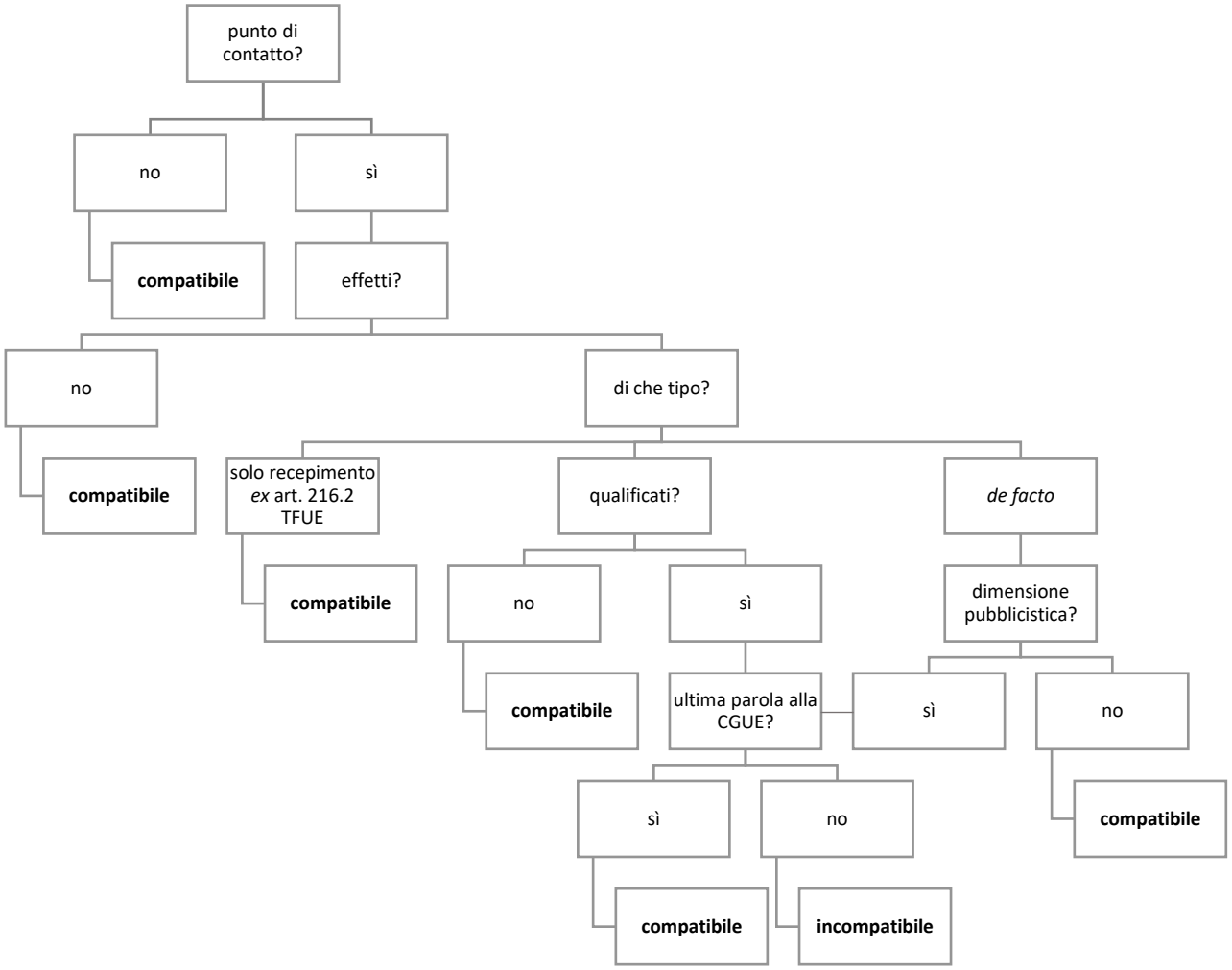
[20] *Ivi*, p. 316.

come indizio delle reali preoccupazioni della Corte circa la protezione delle proprie prerogative. D'altro canto, si è visto che il ruolo della Corte di giustizia trova una collocazione chiave all'interno del quadro costituzionale[21], e si è visto che le caratteristiche essenziali del quadro costituzionale, protette dal principio di autonomia, si fondano sull'autonomia normativa[22], la quale ha una valenza che si è definita come esistenziale[23]. Stando a questa visione teorica, la tutela delle prerogative della Corte è preposta alla protezione di tutto il quadro costituzionale. Di conseguenza, criticare l'approccio della Corte nella tutela delle sue prerogative significa criticare l'intera impalcatura, a partire dalla premessa stessa su cui questa si fonda: l'autonomia normativa. Effettivamente, se non si condivide tale premessa, non è possibile condividere le sue implicazioni a valle. D'altra parte, valutare la fondatezza di questa premessa e delle critiche ad essa rivolte va oltre le ambizioni di quest'opera. Nel Capitolo I, infatti, si è visto come l'autonomia normativa del diritto UE venga postulata dalla CGUE nella sua giurisprudenza. La correttezza di questa asserzione non è stata oggetto di verifica durante il lavoro, ma, piuttosto è stata accettata come assunto. Pertanto, in questa sede non è possibile reagire nel merito alle suddette critiche circa l'atteggiamento della Corte[24]. Tuttavia, se si arrivasse a dimostrarne l'insussistenza, tali critiche potrebbero forse trovare riscontro.

IV.1.4. Struttura del test di compatibilità con il principio di autonomia.

Di seguito, è possibile trovare uno schema che rappresenta la struttura del test di compatibilità in tutti i suoi elementi, in quali formano i passaggi logici del test.

[21] *Supra*, Paragrafo I.2.4.
[22] *Ibidem*. Il punto è chiarito molto bene in Eckes, *EU Autonomy: Jurisdictional Sovereignty by a Different Name?*, in *European Papers*, Vol. 5, 2020, No. 1, p. 319 e ss., pp. 326-327.
[23] *Supra*, Paragrafo I.3.1.
[24] Vi è anche chi, come van Rossem, critica la Corte perché rinviene nella sua giurisprudenza la tendenza a fondere e sovrapporre la questione dell'autonomia e quella della sua giurisdizione, finendo per allargare troppo le maglie del principio e per eccedere nel proteggere la seconda, così allontanandosi proprio dalla premessa del principio, basata sul concetto di autonomia normativa; in van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., pp. 52-55.


punto di contatto?
no
sì
compatibile
effetti?
no
compatibile
di che tipo?
solo recepimento *ex* art. 216.2 TFUE
compatibile
qualificati?
no
compatibile
sì
ultima parola alla CGUE?
sì
compatibile
no
incompatibile
de facto
dimensione pubblicistica?
sì
no
compatibile

IV.2. Considerazioni sulle implicazioni del principio di autonomia sull'ordinamento UE.

IV.2.1. L'interazione con gli altri principi e con le norme dei Trattati.

Schematizzato il test che dà concretezza al contenuto normativo del principio di autonomia, si può passare a chiedersi in che modo l'applicazione di questo principio interagisca con quella degli altri principi dell'ordinamento UE, all'interno dei casi analizzati[25], e quale sia il rapporto di questo con le norme codificate nei Trattati che costituiscono i riferimenti normativi del principio.

Partendo dall'interazione tra l'applicazione del principio di autonomia e quella degli altri principi, sulla base di quanto emerso dall'analisi della giurisprudenza, questa può essere di due tipi. Nel caso del primo tipo di interazione, i principi vengono protetti dall'esistenza di interferenze provenienti dalla giurisdizione esterna, per mezzo del principio di autonomia. Così, questi principi sono oggetto della tutela dell'autonomia, in quanto appartenenti al quadro costituzionale dell'ordinamento UE. Guardando al funzionamento del test di compatibilità, essi rilevano con riguardo all'elemento del punto di contatto, contatto che può sussistere proprio nella potenziale interferenza tra questi e la giurisdizione esterna. È il caso del principio di reciproca fiducia nel parere 2/13, ma anche del principio di attribuzione, nei casi in cui si applica il principio di autonomia nella sua veste di autonomia istituzionale. In queste situazioni, i principi non rilevano in quanto tali, ma in quanto espressione di norme facenti parte del diritto UE. Pertanto, l'interferenza con il loro funzionamento diventa un'interferenza con l'autonomia normativa, mentre avere l'ultima parola a riguardo rientra nelle prerogative della CGUE quale giudice al vertice del sistema giurisdizionale interno[26].

Il secondo tipo di interazione, invece, è quello per cui i principi, quello di autonomia e gli altri, trovano applicazione contemporanea alla stessa fattispecie, come visto in *Achmea* con riferimento ai principi di reciproca fiducia e di leale cooperazione. In questo scenario, la questione è quella di capire fino a che punto la portata degli altri principi combacia con quella

[25] Per quanto riguarda l'interazione del principio di autonomia e dell'autonomia normativa con gli altri principi dell'ordinamento da un punto di vista teorico e generale, si rimanda al Capitolo I, in cui si è parlato del ruolo del principio di autonomia all'interno del quadro costituzionale dell'Unione (*supra*, Paragrafo I.2.4.), si è fatto menzione della definizione del principio di autonomia come principio strutturale e sistemico (*supra* Paragrafo I.2.5.), e si è sottolineato il valore esistenziale dell'autonomia per l'ordinamento sovrannazionale (*supra* Paragrafo I.3.1.). In questa sede, invece, si intende considerare l'interazione tra principi dal punto di vista delle loro modalità di applicazione nei casi di specie.

[26] Dello stesso avviso sembra essere Castillo de la Torre, almeno per quanto riguarda il principio di attribuzione, in *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, op. cit., p. 1383. Van Rossem si esprime in termini simili con riferimento al principio di reciproca fiducia nel caso del parere 2/13, anche se lo fa in senso critico rispetto all'approccio della Corte; in van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., p. 52.

del principio di autonomia. Se nel caso del principio di reciproca fiducia è piuttosto agevole tracciare la distinzione tra l'applicazione di questo e quella del principio di autonomia[27], nel caso del principio di leale cooperazione risulta più difficile[28]. La questione è collegata al rapporto tra il principio di autonomia ed i suoi riferimenti normativi.

I riferimenti normativi del principio, si è visto, sono tre: l'art. 19 TUE e gli artt. 267 e 344 TFUE. Questi, in realtà, rappresentano i riferimenti normativi del principio solo quando esso opera nella forma di autonomia giurisdizionale, pertanto si può concludere che il principio di autonomia abbia una portata che va oltre a quella delle norme dei Trattati a esso cui fa riferimento. Nel corso dell'analisi, si è posto il dubbio che l'articolo 344 TFUE potesse fungere da riferimento normativo per il principio nel suo complesso. Si ritiene che si debba dare risposta negativa. È vero che, in certe pronunce della Corte, l'art 344 TFUE (o le sue versioni precedenti) è stato indicato come conferma dell'esclusività del ruolo della Corte quale interprete finale del diritto UE[29], oppure come espressione particolare del principio[30], anche se poi l'articolo in sé non ha trovato applicazione al caso di specie[31]. Tuttavia, i riferimenti all'art. 344 TFUE sembrano indicare quest'ultimo come solo un esempio di norma informata dal principio. Soltanto nel parere 1/20, invece, il principio viene detto come "sancito" dall'art. 344 TFUE[32]. Inoltre, è vero anche che la norma ha visto estendere progressivamente la propria portata nella giurisprudenza della Corte, passando dall'essere applicata alle sole controversie tra Stati membri (*MOX Plant*), all'esserlo anche a quelle tra Stati membri e UE (parere 2/13) e tra Stati membri ed individui (*Achmea*). Questo potrebbe deporre a favore di un'interpretazione della norma che segua quella del principio, fino a coincidervi. D'altro canto, bisogna osservare, in risposta, che esistono casi in cui l'articolo

[27] L'applicazione di entrambi alla stessa fattispecie, in *Achmea*, è dovuta al fatto che la clausola compromissoria in esame è suscettibile di pregiudicare tanto la reciproca fiducia quanto l'autonomia giurisdizionale (*supra*, Paragrafo III.2.1.4.), le quali, però, tutelano beni differenti. Tuttavia, non tutte le giurisdizioni esterne tra Stati membri che risultano incompatibili con il principio di autonomia sono sempre al contempo incompatibili anche con il principio di reciproca fiducia (un esempio è il tribunale UNCLOS in *MOX Plant*).

[28] In questo caso, invece, si può sostenere che tutte le giurisdizioni esterne tra Stati membri che risultano incompatibili con il principio di autonomia sono al contempo incompatibili anche con il principio di reciproca fiducia (un esempio è, ancora, è il tribunale UNCLOS in *MOX Plant*).

[29] Parere 1/91, cit., punto 35. Come nota Lock, si tratta dell'unica norma dei Trattati a farlo; in Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, op. cit., p. 81. Così anche van Rossem, il quale aggiunge che la norma non copre l'intera gamma dei rapporti tra CGUE e giurisdizioni esterne, in van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., p. 54.

[30] Parere 2/13, cit. punto 201.

[31] Oppure ha trovato applicazione, ma solo rispetto ad alcuni specifici profili di incompatibilità con il principio, come nel caso del parere 2/13, in cui il contrasto con l'obbligo di cui alla norma rappresenta solo uno dei motivi che rendono il progetto di accordo di adesione incompatibile con il principio di autonomia.

[32] Parere 1/20, cit., punto 47.

non compare nemmeno come esempio di norma espressione del principio. È il caso del parere 1/09, la cui anomalia era già stata notata da Iannuccelli[33]. Ma è il caso anche del più recente parere 1/07, il quale, al contrario del parere 1/09, è successivo al parere 2/13 e alla sentenza *Achmea*. Dunque, la mancata menzione all'articolo non può essere frutto di una svista. La conclusione che deve trarsi è che la norma individua un obbligo coincidente, sì, con il principio di autonomia, ma riguardante solo gli Stati membri, non anche l'Unione. D'altronde, il testo dell'articolo sembra andare in questa direzione, e così anche la dottrina[34]. Accogliendo questa lettura, a risultare un caso isolato è (per ora) il parere 1/20[35]. Si tratterà, quindi, di osservare la giurisprudenza a venire.

Diversamente, l'art. 19 TUE e l'art. 267 TFUE costituiscono riferimenti normativi del principio di autonomia giurisdizionale anche nei casi in cui questo si applichi ad accordi conclusi dall'UE con Stati terzi, nel senso che anche le Istituzioni dell'UE devono rispettare il principio di autonomia, evitando di sottrarre al sistema giurisdizionale interno controversie rispetto alle quali la CGUE avrebbe il monopolio sull'interpretazione finale[36]. Tali articoli, dunque, costituiscono un riferimento normativo del principio di autonomia, poiché rappresentano i due pilastri normativi del sistema giurisdizionale, istituito dai Trattati "[p]er garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento giuridico" e "[…] destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione"[37]. Laddove, però, trovi applicazione l'art. 344 TFUE (in quanto ad agire sono

[33] *Supra*, Capitolo II, nota 96.

[34] Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 389; Iannucelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 292; Gallo e Nicola, op. cit., p. 1120; Burgstaller, op. cit., p. 217. Così anche l'AG Sharpston, secondo cui "tale disposizione costituisce un impegno da parte degli Stati membri e non un limite alla libertà di azione delle istituzioni"; in conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 6 aprile 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-131/03 P, ECLI:EU:C:2006:228, punto 89. Sul punto, si veda Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, op. cit., p. 85.

[35] Una lettura del parere un po' creativa, ma conciliante con l'interpretazione dell'art. 344 TFUE qui accolta, è quella per cui, in realtà, l'art. 344 TFUE sancisca (cioè codifichi) l'obbligo di rispettare il principio, ma non l'esistenza del principio in sé.

[36] Critico nei confronti della Corte è van Rossem, secondo cui la Corte tende ad interpretare il suo ruolo come detentrice del monopolio interpretativo *tout court*, non solo di quello finale, mentre, invece, "[t]his role is one of a final arbiter; jurisdiction is not considered to be exclusive but ultimate"; in van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., p. 54.

[37] Parere 2/13, cit., punto 174. La procedura di rinvio pregiudiziale, in particolare "[…] è essenziale per la salvaguardia dell'indole comunitaria del diritto istituito dal trattato ed ha lo scopo di garantire in ogni caso a questo diritto la stessa efficacia in tutti gli Stati della Comunità"; in sentenza della Corte del 16 gennaio 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 166-73,ECLI:EU:C:1974:3, punto 2. *Cfr.* Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 389.

gli Stati membri), allora la tutela delle prerogative della Corte viene assorbita dal primo articolo, poiché la sottrazione della controversia alla Corte ne implica la violazione.

Una volta chiarito che l'art. 344 TFUE ha una portata minore rispetto a quella del principio di autonomia, bisogna però verificare se il primo si applichi solo nella misura in cui dia espressione al secondo. Al riguardo, si è già osservato che, secondo la Corte, l'articolo è informato anche dal principio di leale cooperazione (così come pure l'art. 19 TUE, per quanto riguarda gli obblighi che questo impone agli Stati membri[38]). Pertanto, è necessario affrontare più da vicino il rapporto tra i due principi in questione.

Sicuramente, i due principi sono legati a doppio filo[39]. Secondo Castillo de la Torre, il principio di leale cooperazione informa e coadiuva altri principi, tra cui il principio di autonomia[40]. In particolare, stando all'Autore, sarebbe il principio di leale cooperazione ad aver permesso alla Corte di espandere la portata dell'art. 344 TFUE nel parere 2/13[41]. Questo non è di per sé evidente dalle parole della Corte. Eppure, sembra in linea con quanto osservato nel caso *Achmea*, ove la leale cooperazione ha giocato un ruolo di primo piano nella distinzione tra arbitrato commerciale e arbitrato investitore-Stato, facendo scattare l'applicazione del principio di autonomia[42]. Si può quindi concludere che il principio di leale cooperazione sia di supporto a quello di autonomia, nell'impedire che uno Stato membro sottragga una controversia al sistema giurisdizionale interno (*ex* art. 19 TUE) in maniera tale da pregiudicare l'interpretazione uniforme del diritto UE, garantita dalla CGUE (*ex* art. 267 TFUE). In questo caso, la condotta dello Stato membro sarebbe vietata *ex* art. 344 TFUE, in violazione di entrambi i principi. Tuttavia, mentre il principio di autonomia trova applicazione laddove sussistano gli elementi del test sopra descritti, in particolare quello del punto di contatto e quello degli effetti, stando alla lettera dell'art. 344 TFUE il divieto da questo previsto sembra scattare al ricorrere del solo elemento di contatto, a prescindere dagli effetti. Certo, la *ratio* ultima della norma è quella di preservare l'uniformità di interpretazione del diritto UE (tramite la protezione della giurisdizione della Corte). Tuttavia, questo compito non è lasciato al solo principio di autonomia. Anche il principio di leale cooperazione può

[38] *Supra*, Paragrafo III.2.1.4.

[39] Diffusamente, sul tema, Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 179 e ss.

[40] Castillo de la Torre, *Loyalty in External Relations Law: The Fabric of Competence, Autonomy and Institutional Balance*, op. cit., pp. 390-394.

[41] *Ivi*, p. 394. Secondo Iannuccelli, il principio di leale cooperazione avrebbe svolto un ruolo nel fissare il legame tra la norma e l'autonomia già nel caso *MOX Plant*, in Iannucelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 286.

[42] *Supra*, Paragrafo III.2.1.1.

trovare applicazione a tale scopo. Come nota Castillo de la Torre, questo principio può portare ad ampliare le competenze della Corte ai fini di garantire un'uniforme interpretazione del diritto UE, anche laddove la materia non rientri tra le competenze dell'Unione[43]. Secondo l'Autore, questo è un esempio di come il principio possa proteggere l'autonomia dell'ordinamento UE (intesa forse da lui come autonomia normativa, anche se menzionata come principio), la quale dipende dall'interpretazione uniforme del diritto UE. Tuttavia, in questo caso non trova applicazione il principio di autonomia giurisdizionale, con il suo specifico test. Dunque, se il principio di leale cooperazione può tutelare l'uniforme applicazione anche là dove non arriva il principio di autonomia, così potrebbe fare l'art. 344 TFUE, da questo informato. Nel paragrafo successivo, si vedrà in che contesto questo potrebbe verificarsi.

IV.2.2. Le giurisdizioni esterne compatibili con il principio di autonomia per mancanza di effetti "qualificati".

Il test di compatibilità delimita la portata del principio di autonomia. Quindi, una volta tracciatone lo schema, è possibile individuare quali giurisdizioni esterne si trovino al di fuori del raggio di azione del principio. In particolare, è interessante notare quali giurisdizioni risultano compatibili a motivo del fatto che nel loro caso non sussiste l'elemento degli effetti. In questo scenario, infatti, il principio di autonomia non si oppone all'esistenza di giurisdizioni esterne, anche qualora presentino un punto di contatto con il diritto UE e che, pertanto, con questo interagiscono.

Una prima tipologia di giurisdizioni facenti parte di questo gruppo è quella che fa capo ad accordi conclusi dall'UE con Stati terzi. A tal riguardo, un caso di sicuro interesse è quello del meccanismo di risoluzione delle controversie OMC, il *Dispute Settlement Body*[44]. Questo, infatti, rappresenta uno dei meccanismi di risoluzione delle controversie *par excellence* nel panorama internazionale e di cui l'UE è parte. La compatibilità dell'ICS previsto dal CETA, sancita dal parere 1/17, induce a chiedersi se il DSB supererebbe il test di compatibilità.

[43] Castillo de la Torre, *Loyalty in External Relations Law: The Fabric of Competence, Autonomy and Institutional Balance*, op. cit., pp. 392-393. Il caso in questione è Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contro TUK Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk contro Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV*, cause riunite C-300/98 e C-392/98, cit., punto 35-39. Si noti che la sentenza non parla di principio di leale cooperazione, ma di un "obbligo di stretta cooperazione" tra UE e Stati membri. Questo, che pare essere legato dalla necessità di unità della rappresentanza esterna, la quale, però, fa sempre capo alla leale cooperazione. Sul punto, si veda Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 226.

[44] *Supra*, Capitolo I, nota 101.

Pertanto, esso offre un ottimo caso di studio. Cercare di rispondere alla domanda circa la sua compatibilità permette di mettere alla prova il test, alla luce delle modalità di recepimento ed interazione tra diritto UE e diritto internazionale illustrate nel Capitolo I. Quanto emerso finora suggerisce di rispondere affermativamente, con qualche riserva. Innanzitutto, si nota che la prassi dei Panel del DSB permette di individuare abbastanza agevolmente l'esistenza di un punto di contatto, consistente nel fatto che il Panel necessita di prendere in considerazione ed interpretare il diritto interno dell'UE, al fine di verificare l'esistenza di una violazione del diritto OMC (in caso, prendendo in considerazione anche le pronunce della CGUE sulla questione in esame)[45]. Detto questo, se è vero che i Panel del DSB non possono esprimersi sulla validità delle norme di diritto UE, è vero anche che, al pari di tutti le fonti di terzo grado, le pronunce dei panel adottati dal DSB vincolano l'UE sul piano internazionale e, pertanto, vengono recepiti all'interno dell'ordinamento UE *ex* art. 216, par. 2, TFUE. Di conseguenza, bisogna verificare se gli effetti dispiegati all'interno dell'ordinamento possono dirsi "qualificati" nel senso sopra esposto, integrando così il secondo elemento del test di compatibilità. In caso contrario, il DSB può dirsi compatibile con il principio di autonomia. Innanzitutto, si ricorda quanto visto nel Capitolo I[46]: le pronunce dei Panel OMC hanno gli stessi effetti delle norme OMC di natura sostanziale. Quindi, così come queste ultime, le pronunce non dispiegano effetti diretti all'interno dell'ordinamento UE (al di fuori di limitati casi) e, pertanto, non possono essere prese in considerazione ai fini della valutazione della legittimità degli atti delle Istituzioni, né ai fini della responsabilità extracontrattuale dell'UE. In vista di ciò, il DSB sembra rispettare il principio di autonomia[47]. Tuttavia, il DSU non presenta una clausola simile a quella del CETA che preveda esplicitamente che l'interpretazione delle norme UE eventualmente fornita dal DSB non abbia affetto

[45] Sul punto, si veda Van der Loo, *Opinion 1/17: Legittimising the EU's Investment Court System but Raising the Bar for Compliance with EU Law*, op. cit., p. 118. L'Autore individua due esempi evidenti di questa prassi: *European Union — Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*, WT-DS405- R, Report of the Panel del 28 ottobre 2011, par. 7.630 e ss.; *European Union - Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina*, WT-DS473-R, Report of the Panel del 29 marzo 2016, par. 7.146 e ss. In entrambi i casi i Panel esaminano ed interpretano la portata di alcune disposizioni del diritto UE, in particolare del regolamento Antidumping; si trattava del regolamento (CE) n. 1225/2009 del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di paesi non membri della Comunità europea, in *G.U.U.E.* L 343 del 22 dicembre 2009, p. 51 e ss.

[46] *Supra*, Paragrafo I.1.3.

[47] Secondo più voci, la mancanza di efficacia diretta delle norme OMC rende il DSB compatibile con il principio di autonomia. Così Schill, *Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, op. cit., p. 385; Servizio giuridico del Parlamento europeo, op. cit., p. 14; Klamert, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, op. cit., pp. 825-826; Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, op. cit., p. 395.

nell'ordinamento UE. Ciò cosa comporta? Innanzitutto, dalla giurisprudenza della CGUE emerge che l'interpretazione delle norme OMC sostanziali fornita dal DSB deve essere tenuta in conto dalla Corte nel valutare la condotta di uno Stato membro, nell'ambito di una procedura d'infrazione[48]. Inoltre, c'è chi sostiene che le pronunce adottate dal DSB dovrebbero essere prese in considerazione dalla CGUE ai fini dell'interpretazione conforme[49] e la Corte, dal canto suo, sembra andare in questa direzione[50]. Alla luce di ciò, la compatibilità del DSB potrebbe essere messa in discussione nel caso in cui la CGUE o i giudici nazionali si rifacessero all'interpretazione del diritto UE fornita dai Panel. Per quanto teoricamente ipotizzabile, però, ciò risulta improbabile nella pratica. Inoltre, bisogna considerare che, in una simile situazione, la questione sarebbe rientrata all'interno del sistema giurisdizionale dell'UE, con la possibilità da parte della Corte di arrivare a pronunciarsi in ultima istanza[51]. Ad ogni modo, al di fuori di questa ipotesi, le pronunce adottate dal DSB sono prive di quegli effetti "qualificati" incompatibili con l'autonomia del diritto UE.

Una seconda categoria di giurisdizioni esterne, compatibili con il principio di autonomia per via della mancanza di effetti "qualificati", è quella degli accordi conclusi tra gli Stati membri e gli Stati terzi (inclusi gli accordi misti, nella parte che riguarda gli Stati membri). Infatti, solo nello scenario *intra*-UE gli effetti sono (sempre) "qualificati". Questo è il motivo per cui la compatibilità con il principio di autonomia del CETA è stata esaminata solo con riguardo alla partecipazione dell'UE, mentre quella del TCE solo nella parte afferente ai rapporti *intra*-UE. L'insussistenza dell'elemento degli effetti, però, non preclude che anche in questi casi possa sussistere il punto di contatto e che la giurisdizione esterna possa interpretare il diritto UE. Da questo punto di vista, i BIT conclusi tra uno Stato membro ed uno Stato terzo

[48] Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792, punto 92. Per un commento, si veda Andersen, *Time to reconsider direct applicability of WTO law to ECJ jurisprudence? - The three arguments from Commission v Hungary (higher education)*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 4, 2022, p. 550 e ss.

[49] Gattinara, op. cit.

[50] Sentenza della Corte del 10 novembre 2011, *X contro Inspecteur van de Belastingsdienst / Y e X BV contro Inspecteur van de Belastingdienst P*, cause riunite C-319/10 e C-320/10, ECLI:EU:C:2011:720. Sul punto, Andersen, op. cit., p. 556.

[51] Secondo Gattinara, l'interpretazione conforme alla luce delle pronunce adottate dal DSB non pregiudicherebbe né l'autonomia del diritto UE né le prerogative della CGUE; in Gattinara, op. cit., p. 285. Verosimilmente, la CGUE prenderà in considerazione il Panel solo nella parte inerente all'interpretazione delle norme OMC, non le eventuali considerazioni del Panel sul diritto UE, a meno che non le condivida (in questo caso, l'interpretazione sarebbe *contra legem*); *Cfr.* sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-66/18, cit., punto 92. Qualche rischio in più potrebbe venire dai giudici nazionali, i quali, in caso di dubbio, dovrebbero rimettere la questione alla Corte (in virtù del principio di leale cooperazione).

ripropongono le stesse problematiche di quelli *intra*-UE[52]. Conseguentemente, lo Stato membro potrebbe risultare vincolato, sul piano del diritto internazionale, ad un lodo basato sull'interpretazione del diritto UE fornita da una giurisdizione esterna. Ciò non è in contrasto con il principio di autonomia. Eppure, si potrebbe avanzare l'idea che questa fattispecie sia coperta dall'art. 344 TFUE e dall'art. 19 TUE, informati dal principio di leale cooperazione. Infatti, questo scenario potrebbe sfociare in un vero e proprio conflitto normativo, nel caso in cui gli obblighi internazionali dello Stato membro risultassero in contrasto con il diritto UE. Per conseguenza, si rischierebbe un pregiudizio all'uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto UE, così come della sua effettività, da parte degli Stati membri. La questione merita di essere approfondita, nel Paragrafo seguente.

IV.2.3. Dal conflitto giurisdizionale al conflitto normativo.

Il rischio che si verifichi una situazione di conflitto normativo come quella sopra menzionata ha carattere più ampio[53]. A ben guardare, un conflitto normativo può sorgere in tutti i casi in cui la giurisdizione internazionale abbia competenza a dirimere controversie che vertono su materie disciplinate anche dal diritto UE[54], anche senza che ciò risulti necessariamente in contrasto con il principio di autonomia. In questi casi, infatti, gli obblighi di diritto

[52] Per esempio, nel caso *Maffezzini c. Spagna*, instaurato nel contesto del BIT tra Spagna e Argentina, il tribunale arbitrale prende in considerazione una direttiva comunitaria, delle cui norme il comportamento della Spagna risulta essere rispettoso. In questo caso la norma comunitaria è di facile lettura. Tuttavia, se così non fosse stato, si sarebbe resa necessaria un'esegesi più articolata da parte del tribunale arbitrale; in *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7*, Award del 13 novembre 2000, parr. 65-71.

[53] D'altronde, come nota la Commissione di diritto internazionale, "normative conflict is endemic to international law", in Koskenniemi (a cura di), *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682 e Add.1, 13 aprile 2006, disponibile al link https://digitallibrary.un.org/record/574810 (ultimo accesso 28/12/2022), par. 486.

[54] Adottando una nozione ristretta, per "conflitto normativo" si intende una situazione di incompatibilità tra obblighi esistenti in capo ad uno stesso soggetto. Citando le parole del Gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale: "[t]his is the basic situation of incompatibility. An obligation may be fulfilled only by thereby failing to fulfil another obligation"; in Koskenniemi (a cura di), op. cit., par. 24. Questa definizione si inquadra nella visione tradizionale di conflitto normativo, rintracciabile, per esempio, nell'opera di Jenks, secondo il quale "[a] conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties", in Jenks, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Year Book of International Law*, Vol. 30, 1953, p. 401 e ss., p. 426, o nell'opera di Kelsen, secondo cui "[a] conflict exists between two norms when that which one of them decrees to be obligatory is incompatible with that which the other decrees to be obligatory, so that the observance or application of one norm necessarily or possibly involves the violation of the other", in Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 123. Nel tempo, sono state proposte alter definizioni, che prendono in considerazione ulteriori sfaccettature del fenomeno del confitto normativo, allargandone la nozione o precisandola. Si veda, per esempio, Vranes, *The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory*, in *European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 2, 2006, p. 395 e ss., o Jeutner, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

internazionale dei soggetti del diritto UE (Unione e Stati membri) derivanti dalla pronuncia potrebbero risultare contrastanti con gli obblighi che il diritto UE pone in capo a quegli stessi soggetti, i quali si trovano schiacciati tra i due regimi normativi. Si può quindi sostenere che, quando il principio di autonomia non interviene a risolvere il conflitto giurisdizionale (a scapito della giurisdizione esterna), allora si può assistere al passaggio da uno scenario di conflitto tra giurisdizioni ad uno di un conflitto tra norme o, meglio, di conflitto tra gli obblighi da queste norme previsti.

Ciò può accadere nel caso in cui la giurisdizione esterna prenda in considerazione il diritto UE e ne dia un'interpretazione erronea (cioè diversa da quella della CGUE), oppure nel caso in cui non prenda in considerazione il diritto UE applicabile alla fattispecie in esame. Paradossalmente, questa seconda circostanza dovrebbe essere quella maggiormente auspicabile dal punto di vista dell'autonomia, perché in tal modo si eviterebbe il verificarsi del punto di contatto, ossia il primo elemento del test. Così sembra indicare, per esempio, la clausola del CETA volta ad impedire all'ICS di applicare ed interpretare il diritto UE. Eppure, proprio il fatto che il tribunale arbitrale non abbia considerato gli obblighi della Romania in materia di aiuti di Stato sta alla radice del conflitto normativo in *Micula*.

Comunque sia, le conseguenze della situazione di conflitto normativo sono differenti, a seconda che questo sia insorto nel contesto di un accordo tra l'UE e uno Stato terzo, oppure nel contesto di un accordo tra uno Stato membro ed uno Stato terzo.

Nel primo caso, l'UE è certamente vincolata ai propri obblighi internazionali, nel rispetto del principio *pacta sunt servanda*, nonché dell'art. 216, par. 2, TFUE, anche nel caso in cui questi siano in contrasto con il proprio diritto interno (in conformità all'art. 27 CVDT). Questo vale per il DSB OMC[55], così come l'ICS. Cosa significa? Sono possibili due conclusioni, di segno opposto. Da un lato, si può sostenere che l'UE accetti questa evenienza, in ragione della natura internazionale del rapporto giuridico in questione[56]. Dall'altro, si può sostenere anche l'UE si riservi la possibilità di disattendere i proprio obblighi internazionali, accettando le eventuali conseguenze, sulla base della reciprocità che regola il rapporto[57]. In effetti, questo

[55] Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-66/18, cit., punto 92.

[56] Così l'AG Kokott, in conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 22 aprile 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, cit., punto 61. Si tratta dello stesso ragionamento per cui l'UE accetta che l'accordo internazionale venga interpretato dalla giurisdizione esterna istituita a tal fine. Si veda il parere 1/17, cit. punto 117. Più diffusamente, *infra*, Paragrafo IV.2.6.

[57] Secondo Hindelang, per esempio, il motivo per cui la partecipazione dell'UE all'OMC non pregiudica l'autonomia del diritto UE sta proprio nel fatto che, in mancanza di efficacia diretta, l'UE può sempre scegliere di disattendere le pronunce del DSB, accettando il rischio di eventuali contromisure; in Hindelang,

ragionamento non sarebbe isolato nella giurisprudenza, potendo individuarsi alla base del mancato riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme OMC in *Portogallo c. Consiglio*[58]. Tuttavia, in quel caso la *ratio* era la tutela delle prerogative delle Istituzioni politiche UE, non la tutela dell'uniforme interpretazione del diritto UE. Il paragone non è immediato, ma neppure escluso. D'altronde, si tratterebbe di tutelare l'uniforme applicazione del diritto derivato[59], il quale è comunque frutto della scelta del legislatore (*lato sensu*)[60]. In definitiva, non si può escludere che la preservazione dell'autonomia dell'ordinamento, come intesa finora, richieda all'UE di disattendere i propri impegni internazionali[61].

Diverso, invece, è il caso del conflitto normativo sorto nel contesto di un accordo di uno Stato membro con uno Stato terzo. In questa evenienza, lo Stato membro si ritrova nella stessa situazione "*sandwich*" già osservata nel caso *Kadi*[62]e, soprattutto, nel caso *Micula*[63], il quale rappresenta l'esempio più evidente di come il fenomeno possa verificarsi nel contesto del conflitto giurisdizionale. Lo Stato membro, quindi, non ha la stessa libertà di azione che ha l'Unione, a causa del suo *status* di Stato membro. Come si è detto nel paragrafo precedente, è a rischio l'uniformità e l'effettività del diritto UE. Nei Trattati esiste una clausola che regola il conflitto, cioè l'art. 351 TFUE. Parlando di BIT, Dimopoulos scrive: "[…] Article 351 TFEU provides *some tolerance* towards Member States' international agreements with third countries"[64]. La tolleranza, però, non è assoluta[65]. Anzi, si può sostenere che tale norma fornisce al diritto UE proprio lo strumento per evitare i rischi menzionati. Infatti, anche nel caso in cui gli accordi in esame siano coperti dalla prima parte dell'articolo, perché conclusi anteriormente all'adesione dello Stato all'UE, la seconda parte dello stesso contiene un vero

Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective, op. cit., p. 395.

[58] *Supra*, Paragrafo I.1.2.

[59] Dal punto di vista della gerarchia delle fonti interne, il diritto primario prevale sempre e comunque sugli accordi internazionali *ex* art. 216, par. 1, TFUE, come si è visto in *Kadi*, *supra*, Paragrafo I.2.3.

[60] Come si è già avuto modo di notare, c'è chi ritiene che negare l'efficacia diretta alle norme OMC sia volto a tutelare l'autonomia dell'ordinamento UE, *supra*, Capitolo IV, nota 14. La questione sarà meglio sviluppata di seguito, *infra*, Paragrafo IV.2.8.

[61] Nel caso degli obblighi OMC, inoltre, la situazione potrebbe essere estesa anche agli Stati membri, loro malgrado; *cfr.* conclusioni dell'avvocato Generale F.G. Jacobs presentate il 14 giugno 2001, *Regno dei Paesi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329, punto 147.

[62] *Supra*, Paragrafo I.3.2.

[63] *Supra*, Paragrafo III.2.5.

[64] Dimopoulos, *The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities*, op. cit., p. 1717, corsivo aggiunto.

[65] Si veda *supra*, paragrafo I.3.2.

e proprio obbligo di risultato per gli Stati membri[66], che devono eliminare le incompatibilità tra i propri obblighi internazionali e quelli di diritto UE. Come spiega Casolari, la Corte sembra aver valorizzato tale parte dell'articolo, che deve considerarsi informata dal principio di leale cooperazione[67], come dimostra una prassi giurisprudenziale proprio in materia di BIT[68]. Nel caso di conflitto normativo, quindi, il principio di leale cooperazione può giocare un ruolo fondamentale, insieme al principio del primato[69], i quali agiscono a valle rispetto al verificarsi del conflitto, regolando i rapporti tra obblighi internazionali degli Stati membri e diritto UE e supplendo alla mancata applicazione del principio di autonomia in questo frangente.

In aggiunta, sarebbe possibile configurare un ruolo per il principio di leale cooperazione anche a monte della conclusione dell'accordo da cui potrebbe generarsi il conflitto. L'esempio è quello del caso *Kadi*, in cui l'AG Maduro ha sostenuto che, sulla base degli obblighi derivanti dal principio, sugli Stati membri "[…] incombe la responsabilità di ridurre al minimo il rischio di conflitti tra l'ordinamento giuridico comunitario e il diritto internazionale"[70]. Così, si eviterebbe a priori la possibilità di trovarsi poi in una situazione "*sandwich*". In quest'ottica, si potrebbe ipotizzare un obbligo per gli Stati membri o, meglio, un divieto, derivante dall'art. 344 TFUE in combinato disposto con l'art. 19 TUE. Secondo questa lettura, lo Stato non potrebbe sottrarre al sistema giurisdizionale UE una controversia che sia relativa all'applicazione o all'interpretazione del diritto UE, in base ad un divieto che prescinde dal test di compatibilità del principio di autonomia e dalla portata più estesa rispetto a quest'ultimo. Sicuramente, sarebbe difficile aspettarsi una procedura d'infrazione nei confronti di uno Stato che sia in procinto di concludere un accordo in contrasto con tale

[66] Cremona, *Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance*, in Cremona e de Witte (a cura di), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Bloomsbury Publishing Plc, 2008, p. 126 e ss., p. 133.

[67] Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., pp. 240-241.

[68] *Supra*, Paragrafo I.3.2. Nei casi in questione, però, non viene fatto riferimento ai rischi derivanti dall'ISDS, ma solo all'incompatibilità con il diritto UE delle norme sostanziali dei BIT in esame.

[69] Principio con il quale, pure, il principio di leale cooperazione intrattiene un rapporto "stretto". Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L*, causa 6-64, cit., p. 1144. Sul punto, si veda Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 23.

[70] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, cit., punto 32. Sul punto, si veda Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 51.

ipotetico divieto, né forse sarebbe auspicabile. Tuttavia, tale lettura appare comunque coerente con le premesse su cui si fonda[71], almeno da un punto di vista teorico[72].

IV.2.4. Le conseguenze del principio per gli attori dell'ordinamento UE.

L'esistenza di un principio di autonomia all'interno dell'ordinamento UE pone precise conseguenze giuridiche in capo agli attori dell'ordinamento UE, ossia le Istituzioni e gli Stati membri, che di seguito verranno analizzate.

[71] Diversamente, secondo Casolari, la Corte avrebbe già dato prova di aver riconosciuto "[…] la necessità di adottare un approccio meno radicale con riguardo alla cooperazione instaurata con Stati terzi", in particolare nel passaggio della sentenza *PL Holdings* in cui fa salva l'applicazione del meccanismo ISDS nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi; in Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in Adinolfi (a cura di), op. cit., p. 73 e ss., pp. 99-100.

[72] In quest'ottica, un caso di studio può essere rappresentato dai BIT tra Stati membri e Stati terzi di nuova conclusione (o modifica). Come visto, questi accordi sono sottoposti al regime di cui al regolamento n. 1219/2012 (*supra*, Capitolo III, nota 33). Osservando la prassi in materia, si nota che la Commissione ha concesso l'autorizzazione alla negoziazione o conclusione di tali accordi per la maggior delle richieste ricevute da parte degli Stati membri, senza prendere in considerazione l'esistenza dell'ipotetico divieto in questione come potenziale ostacolo all'autorizzazione. *Cfr.* comunicazione del 6 aprile 2020, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 1219/2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM(2020) 134 final. Tuttavia, nella sua attività di autorizzazione, la Commissione afferma di tenere nella massima considerazione il "[…] rinnovato approccio dell'UE alla protezione degli investimenti e alla risoluzione delle controversie in materia di investimenti" (*ivi*, p. 6). Il "rinnovato approccio" comprende, ovviamente, anche il modello ICS, incluse le clausole volte alla protezione dell'autonomia del diritto UE. Secondo quanto sostiene la Commissione stessa, essa "*per il momento*" si astiene dal richiedere agli Stati membri di prevedere un meccanismo ISDS uguale all'ICS nei loro accordi, in vista degli impegni negoziali degli Stati membri con i propri partner volti a rivolgersi al MIC, una volta (e se) istituito (*ivi*, p. 6). Ciò è prova del fatto che i meccanismi ISDS contenuti negli accordi degli Stati membri con gli Stati terzi non sono del tutto neutri agli occhi del diritto UE, tantoché gli accordi autorizzati dalla Commissione possono dirsi comunque allineati alla politica sugli investimenti dell'Unione, in particolare con riguardo all'istituzione del MIC. In questo quadro, la preoccupazione di evitare che l'arbitrato ISDS possa ostacolare l'adempimento ai propri obblighi di diritto UE da parte degli Stati membri può rintracciarsi nell'importanza che la Commissione attribuisce alla possibilità di intervenire nei procedimenti che vedano gli Stati membri come convenuti, in qualità di *amicus curiae* (*ivi*, p. 8). Proprio a tal fine, l'art. 13 del regolamento (UE) n. 1219/2012 prevede per gli Stati membri precisi obblighi di informazione e coordinamento con la Commissione. Detto questo, se si guarda più nel dettaglio ai BIT in questione, è possibile osservare che alcuni di questi di recente negoziazione contengono clausole sul "*right to regulate*" e sul diritto applicabile sostanzialmente uguali a quelle del CETA. Un esempio è quello del BIT tra Spagna e Colombia, il quale art. 26, par. 2, così recita: "[…] the arbitral tribunal may take into account, where appropriate, the national law of a Contracting Party as an element of fact. In doing so, the arbitral tribunal shall follow the prevailing interpretation given to the national law by the courts or authorities of that Contracting Party, including the Court of Justice of the European Union, and any meaning given to the national law by the arbitral tribunal shall not be binding on the courts or authorities of that Contracting Party" (una clausula sul *right to regulate* è invece prevista all'art. 14 del BIT); il testo del BIT è disponibile al link https://edit.wti.org/document/show/pdf/ba716330-0cae-4928-9b99-a51ae330f647 (ultimo accesso 28/12/2022). Per una panoramica sulla prassi inerente ai BIT tra Stati membri e Stati terzi, nel contesto definito dall'applicazione del regolamento (UE) n. 1219/2012, si veda Baetens, *The transitional mechanism regulating extra-EU bilateral investment treaties has turned 10: high time to re-assess*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 4, 2022, p. 437 e ss.

IV.2.4.1. Segue. Le conseguenze per le Istituzioni UE.

Partendo dalle Istituzioni, la principale conseguenza consiste nei paletti che il rispetto del principio pone nella negoziazione e conclusione di accordi internazionali[73]. Dal momento che il principio costituisce un parametro di compatibilità degli accordi dell'UE, gli accordi negoziati devono avere determinate caratteristiche che gli permettano di superare l'eventuale vaglio da parte della Corte[74]. Il problema si pone laddove l'accordo istituisca una giurisdizione idonea ad entrare in contatto (secondo le modalità già classificate) con il diritto UE[75].

Da un punto di vista logico, la via più semplice è quella di prevedere una clausola che permetta alla CGUE di avere l'ultima parola. Si è già osservato che è questa la soluzione che ha permesso agli accordi SEE e ECAA di essere compatibili con il principio. Nella prassi, esistono accordi che presentano questa caratteristica[76]. Per esempio, gli Accordi di

[73] Come spiegano Eckes e Ankersmit, il principio di leale cooperazione pone un vero e proprio obbligo in capo alle Istituzioni (così come agli Stati membri) di evitare accordi che possano ledere il diritto UE, in particolare il principio di autonomia. In questo senso, le Istituzioni sarebbero tenute a tentare di rinegoziare gli accordi potenzialmente incompatibili, come il TCE, o, se necessario, di recederne; in Eckes e Ankersmit, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, 21 aprile 2022, disponibile al link https://www.clientearth.org/media/2n2po04j/report-on-ect-compatibility-with-eu-law.pdf (ultimo accesso 28/12/2022). Tuttavia, questo vale solo ove vi sia la presenza di una incompatibilità riscontrata dalla CGUE, come nel caso dell'applicabilità *intra*-UE del meccanismo ISDS dell'ECT. Nel caso dei meccanismi ISDS *extra*-UE, per esempio, non vi è ancora stata una pronuncia della Corte che dichiari l'incompatibilità, quindi non vi è un vero e proprio obbligo. *Cfr.* Eckes e Ankersmit, op. cit., p. 42 e 44. Per questo, qui ci si riferisce più genericamente alle *conseguenze* del principio.

[74] Sul rispetto dell'autonomia come condizione per la conclusione di accordi che volti all'integrazione di Stati terzi nell'*acquis* UE, si veda Ott, *The Building Blocks and Stumbling Stones of Constructing the European Legal Space*, in Douma *et al.* (a cura di), *The evolving nature of EU external relations*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2021, p. 205 e ss., pp. 223-26.

[75] Nell'Accordo di Stabilizzazione e Associazione con il Kosovo, è presente una clausola che sembra impedire il verificarsi di un punto di contatto, nonostante l'accordo contenga clausole sostanzialmente identiche a norme di diritto UE; Accordo di stabilizzazione e di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da un lato, e il Kosovo, dall'altro, in *G.U.U.E.* L 71 del 16 marzo 2016, p. 3 e ss. In particolare, l'art. 13 del Protocollo V dell'Accordo recita: "[i]l collegio arbitrale non fornisce alcuna interpretazione dell'acquis dell'UE. Il fatto che una disposizione sia identica nella sostanza a una disposizione del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non è determinante per la sua interpretazione". A ben guardare, può sorgere qualche dubbio sul fatto che questa clausola debba intendersi come incidere sul punto di contatto, o piuttosto sugli effetti. Quel che è certo, è che tale clausola permette il rispetto del principio di autonomia da parte del meccanismo di risoluzione delle controversie in esame. Sul punto, si veda Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, op. cit., p. 85.

[76] Sul punto anche Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, op. cit., pp. 84-85.

Associazione (AA) conclusi con Ucraina[77], Moldavia[78] e Georgia[79] prevedono un meccanismo di risoluzione delle controversie con obbligo di rimettere alla CGUE qualsiasi questione sull'interpretazione o applicazione del diritto UE che rilevi all'interno di una controversia nell'ambito del ravvicinamento legislativo previsto dall'accordo, o vertente su un obbligo definito tramite rinvio al diritto UE[80]. Un altro esempio è quello del progetto di accordo istituzionale tra UE e Svizzera[81], il quale giace attualmente su un binario morto[82]. Come si può immaginare, però, nella pratica, la previsione di una simile clausola all'interno di un accordo con uno Stato terzo non è di facile negoziazione[83]. Questa soluzione, quindi, è praticabile solo con partner politicamente particolarmente vicini all'Unione[84]. A prova di ciò, si può notare che un meccanismo obbligatorio e vincolante di rinvio alla CGUE è previsto nell'Accordo sul recesso con il Regno Unito[85], ma non nel successivo Accordo sugli scambi

[77] Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, cit.. Per una disamina dell'Accordo, si veda Van Der Loo, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*. *A New Legal Instrument for EU Integration Without Membership*, BRILL, Leiden, 2016. L'Autore analizza anche la compatibilità dell'accordo con il principio di autonomia: *ivi*, pp. 296-300.

[78] Accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldova, dall'altra, in *G.U.U.E*. L 260/4 del 30 agosto 2014, p. 4 e ss.

[79] Accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Georgia, dall'altra, cit.

[80] Art. 322 AA UE-Ucraina; art. 403 AA UE-Moldavia; art. 267 AA UE-Georgia. Senza la pretesa di verificare in che misura tali accordi rappresentano una minaccia al principio di autonomia rispetto a tutti gli elementi del test, si nota che le decisioni del meccanismo di risoluzione delle controversie sono vincolanti per le Parti dell'accordo, quindi anche per gli Stati membri. Sul punto, si veda Van der Loo, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*. *A New Legal Instrument for EU Integration Without Membership*, op. cit., p. 299.

[81] Per il testo del Progetto, si veda *Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe*, disponibile al link https://www.eda.admin.ch/dam/europa/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf (ultimo accesso 28/12/2022). Il progetto prevede una procedura di rinvio alla Corte in caso di dubbi sull'interpretazione del diritto UE, da parte del tribunale arbitrate chiamato a dirimere la controversia (Art. 10 del Progetto e art. III.9 del Protocollo 3 del Progetto). In argomento, si veda Lazowski, *Draft EU-Swiss institutional agreement: Towards a new institutional paradigm?*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), op. cit., p. 154 e ss., pp. 170-171, e Sanna, *L'UE e i meccanismi di risoluzione delle controversie: il possibile rinvio pregiudiziale previsto nell'accordo quadro istituzionale Svizzera - UE e nell'accordo di recesso del Regno Unito*, in *Eurojus.it*, Fascicolo n. 3 – 2019, p. 189 e ss., pp. 192-194.

[82] *Cfr*. Hallak, *EU-Swiss trade relations and the institutional framework agreement*, EPRS | European Parliamentary Research Service, luglio 2021, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696174/EPRS_BRI(2021)696174_EN.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).

[83] Con riferimento in particolare alla natura obbligatoria dell'obbligo di rinvio alla Corte presente nell'AA UE-Ucraina, Van der Loo parla di "[…] extreme commitment which can only be explained by a strong political will of Ukraine to be integrated into the EU", in Van Der Loo, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*. *A New Legal Instrument for EU Integration Without Membership*, op. cit., p. 300.

[84] *Cfr*. Sanna, op. cit., p. 196.

[85] Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *G.U.U.E.* C 384 I del 12 novembre 2019, p. 1 e ss. L'art. 174

commerciali e la cooperazione (TCA)[86], rispetto al quale era forte la volontà politica del Regno Unito di segnare l'allontanamento dall'Unione (e dal suo diritto)[87].

Se la via del rinvio alla CGUE non è percorribile, il parere 1/17 dimostra che, almeno nell'ambito dell'ISDS, vi è una soluzione[88]. La Commissione, quindi, può fare tesoro dell'esperienza del CETA, cercando di esportarla anche in altri frangenti. Gli accordi che prevedono un meccanismo ISDS, infatti, possono dirsi compatibili con l'autonomia laddove contengano le stesse clausole che hanno portato l'ICS del CETA a superare il vaglio. A riguardo, si può agilmente notare che gli altri accordi di protezione degli investimenti, negoziati o in via di negoziato, contengono tali disposizioni, formulate in maniera sostanzialmente identica a quelle del CETA[89]. Attenzione merita anche la ri-negoziazione del TCE. Prescindendo dagli ostacoli di natura politica che ne determineranno l'effettiva

---

dell'Accordo sul recesso prevede la sospensione della procedura di risoluzione delle controversie ed il rinvio alla CGUE qualora la controversia "[…] solleva una questione d'interpretazione di un concetto di diritto dell'Unione, d'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione di cui al presente accordo o sull'eventuale conformità del Regno Unito agli obblighi di cui all'articolo 89, paragrafo 2". A conferma della pervasività del ruolo che l'accordo riserva alla CGUE, si noti che l'art. 89, par. 2, dell'Accordo sul recesso prevede l'obbligo per il Regno Unito di prendere i necessari provvedimenti nel caso in cui la CGUE accerti un inadempimento da Parte sua nell'esercizio dei poteri giurisdizionali che l'accordo le riserva. Sul meccansimo di rinvio alla CGUE e sul ruolo di questa nell'ambito del recesso del Regno Unito, si veda Fernández Tomás, *The Settlement of Disputes arising put from the United Kingdom's Withdrawal from the Eruopean Union*¸ doc. PE 596.819, novembre 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596819/IPOL_STU(2017)596819_EN.pdf (ultimo accesso 28/12/2022), pp. 58-63; Daniele, *Quel rôle pour la Cour de justice face au Brexit? Ambitions irréalistes et possibilités concrètes*, in Adam e Adinolfi (a cura di), op. cit., p. 257 e ss. Sul recesso dall'UE più in generale, si rimanda a Casolari, *Il recesso dall'Unione Europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, op. cit.

[86] Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, dall'altra, in *G.U.U.E*. L 149 del 30 aprile 2021, p. 10 e ss. Per una panoramica sul sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'accordo, si rimanda a Vellano, *Il sistema di risoluzione delle controversie*, in Adinolfi, Malatesta e Vellano (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p. 47 e ss. Si noti, che l'Accordo specifica espressamente che il lodo e le decisioni del collegio arbitrale (chiamato a dirimere le controversie tra le Parti) non creano nessun diritto in capo agli individui (art. 754, par. 2, TCA). Di conseguenza, il TCA sembra rispettare il principio di autonomia, per mancanza di effetti "qualificati".

[87] Si veda Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, cit., pp. 101-103.

[88] Sulle conseguenze del parere 1/17 per il futuro degli accordi di investimento dell'UE, si veda Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., p. 1767-1770.

[89] Quanto detto vale sia per l'EUSIPA che per l'EUVIPA (per i riferimenti, *supra*, Capitolo III, rispettivamente alle note 36 e 37). In particolare, tali accordi presentano clausole sostanzialmente identiche a quelle del CETA riguardanti l'individuazione del convenuto tra UE e Stati membri (art. 3.5, par. 2 EUSIPA; art. 3.32, par. 2, EUVIPA), il diritto applicabile (art. 3.13 EUSIPA; art. 3.42, parr. 1 e 2, EUVIPA), il "*right to regulate*" (art. 2.2 EUSIPA; art. 2.2 EUVIPA) e gli standard di trattamento dell'investitore (art. 2.4 EUSIPA; art. 2.5 EUVIPA). Inoltre, lo stesso sembra delinearsi per l'accordo di principio negoziato con il Messico e per quello in via di negoziazione con il Cile (per i riferimenti, *supra*, Capitolo III, nota 52).

conclusione (e ratifica), si nota che il progetto negoziato sembra contenere tutti gli accorgimenti necessari[90].

Infine, quanto agli sforzi di UE e Stati membri in seno all'UNCITRAL Working Group III per la creazione del MIC[91], in questo stadio dei lavori non è possibile esprimersi quanto alla presenza di clausole idonee a salvaguardare l'autonomia del diritto UE[92].

Un'ultima conseguenza per le Istituzioni, in particolare per la Commissione, è quella di collaborare con gli Stati affinché questi mettano fine agli accordi incompatibili con il principio, secondo la giurisprudenza *Achmea*[93].

IV.2.4.2. Segue. Le conseguenze per gli Stati membri.

La prima ed immediata conseguenza per gli Stati membri è quella dell'obbligo di astenersi dal concludere accordi in violazione al principio di autonomia. Per quanto riguarda gli accordi di protezione degli investimenti, ciò non suona come particolarmente problematico[94]. La conclusione di nuovi BIT *intra*-UE non rappresenta nemmeno un'ipotesi, mentre la conclusione di BIT con Stati terzi non è incompatibile con il principio di autonomia[95]. Tuttalpiù, si potrebbe ipotizzare un divieto di ratificare accordi misti, nel caso in cui il testo negoziato dalla Commissione presenti criticità riguardo al rispetto del principio in base alla giurisprudenza. In pratica, sarebbe l'improbabile caso di un accordo misto che permetta

---

[90] Stando al testo dell'*Agreement in principle on the modernisation of the Energy Charter Treaty* risultante dall'incontro del 24 giugno 2022 (*supra* Capitolo III, nota 41), l'ECT modernizzato conterrebbe una clausola uguale a quella del CETA sull'(in)applicabilità del diritto interno alla controversia, anche se prevista in una nota a pie' pagina dell'art. 26, par. 6 dell'accordo. Inoltre, verrebbe inserito un nuovo articolo, uguale a quello che riafferma il "*right to regulate*" nel CETA. Infine, all'art. 24, par. 3 dell'accordo di principio è stata inserita anche un'apposita clausola che esclude l'applicabilità dell'ISDS alle controversie tra Stati membri, in ossequio alla giurisprudenza della CGUE, nel rispetto del principio di leale cooperazione. L'inserimento di tali clausole è stato avanzato dal negoziatore UE, come può vedersi da *EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf (ultimo accesso 28/12/2022). Su tutte le sfide che l'ECT (nella sua versione non modernizzata) presenta circa la sua compatibilità con il diritto UE, si rimanda a Eckes e Ankersmit, op. cit.

[91] *Supra*, Capitolo III, nota 55.

[92] Le direttive del Consiglio per il negoziato non contengono riferimenti a specifiche clausole quanto alla protezione dell'autonomia del diritto UE (in tutte le sue forme). Valgono a riguardo le considerazioni in Van der Loo, *Opinion 1/17: Legittimising the EU's Investment Court System but Raising the Bar for Compliance with EU Law*, op. cit., pp. 120-122. Sul tema, si veda anche Jamienson, *Assessing the CJEU'S Decisions in Achmea and Opinion 1/17 in Light of the proposed Multilateral Investment Court*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol, 5, Issue 1, 2020, p. 213 e ss.

[93] *Cfr.* Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 63-64.

[94] Per quanto riguarda altre tipologie di accordi, il divieto non rappresenterebbe certo una novità, almeno da *MOX Plant* in poi.

[95] Inoltre, questa è oggetto di autorizzazione da parte della Commissione, in base al regolamento "*Grandfathering Regulation*" (*supra*, Capitolo III, nota 33).

l'arbitrabilità di controversie tra Stati membri. Viste le vicende sulla modernizzazione del TCE, il problema non sembra porsi.

Più interessante, invece, è il caso degli obblighi che gli Stati incontrano con riguardo agli accordi di protezione degli investimenti esistenti. In questo caso, le conseguenze della giurisprudenza *Achmea* sono di due tipi. Innanzitutto, in virtù del principio di leale cooperazione, gli Stati devo rimediare all'incompatibilità. Questo implica il porre termine ai BIT tra Stati membri esistenti. A tal fine, è stato concluso un apposito accordo tra gli Stati membri, coadiuvati dalla Commissione[96]. Questo accordo, innanzitutto, sancisce l'estinzione dei BIT e delle loro clausole di caducità[97]. Inoltre, è interessante notare come, tramite questo, gli Stati membri "confermano" l'incompatibilità dei BIT in questione con i Trattati[98], già riscontrata dalla Corte. In questo modo, come nota Malferrari[99], l'accordo congiunge il piano del diritto internazionale, sul quale opera la clausola che sancisce l'estinzione, con quello del diritto UE, rispetto al quale i BIT sono incompatibili, in particolare con i principi di autonomia, leale cooperazione e reciproca fiducia. Infine, l'accordo prevede anche l'obbligo per gli Stati membri di far valere l'estinzione degli accordi, nonché la loro incompatibilità, davanti ai tribunali arbitrali e giudici di Paesi terzi nei casi di controversie ancora pendenti[100]. L'accordo, quindi, codifica un obbligo che deriva direttamente dal principio di leale cooperazione[101].

Un secondo obbligo, parallelo a quello di porre termine ai BIT, è quello che incombe sulle autorità nazionali degli Stati membri, le quali, in virtù del primato e della leale cooperazione, sono tenute a disapplicare i BIT e a non dare esecuzione ai lodi emessi sulla base di questi, in quanto in contrasto con il diritto UE[102]. Lo stesso, ovviamente, vale anche in relazione all'applicazione *intra*-UE del meccanismo ISDS dell'ECT. Nella pratica, l'obbligo rileva in particolare con riguardo ai giudici degli Stati membri. Qualora gli vengano sottoposti lodi

---

[96] Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea, cit. In dottrina, si veda Lang, *L'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2020, disponibile al link https://rivista.eurojus.it/laccordo-sullestinzione-dei-trattati-bilaterali-di-investimento-tra-stati-membri-dellunione-europea/ (ultimo accesso 28/12/2022); Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, op. cit.

[97] Art. 2, parr. 1 e 2, dell'Accordo sull'estinzione. *Cfr*. Wackernagel, *The Consensual Termination of Investment Agreements Between EU Member States*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), op. cit., p. 153 e ss.

[98] Art. 4, par. 1, dell'Accordo sull'estinzione.

[99] Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, op. cit., pp. 222-223.

[100] Art. 7 dell'Accordo sull'estinzione.

[101] *Cfr*. Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, op. cit., p. 219.

[102] Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 63

adottati da arbitrati in contrasto con *Achmea* (e *PL Holdings*), questi dovrebbero considerare il lodo come in contrasto con l'ordine pubblico[103], agendo di conseguenza, o, comunque, disapplicare il compromesso arbitrale, in virtù del primato del diritto UE[104]. Questo, però, vale dal punto di vista del diritto UE[105]. Diversamente, al di fuori dell'ordinamento UE, garantire l'effettività del principio di autonomia con riguardo all'arbitrato investitore-Stato *intra*-UE è più complesso.

IV.2.5. Il problema dell'effettività del principio di autonomia sul piano del diritto internazionale.

I tribunali arbitrali, chiamati a confrontarsi con la giurisprudenza *Achmea*, hanno assunto una posizione di netta chiusura. Infatti, questi hanno (quasi) sempre rigettato tutti gli argomenti con cui Stati membri convenuti hanno sostenuto il difetto di giurisdizione dei tribunali, alla

[103] Nel concetto di ordine pubblico possono essere fatti senz'altro rientrare i principi di autonomia e leale cooperazione. Inoltre, ancora in virtù del principio di leale cooperazione, uno Stato membro è tenuto ad agevolare il rispetto del diritto UE da parte di un altro Stato membro, come in sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Matteucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, causa 235/87, ECLI:EU:C:1988:460, punto 19. Pertanto, un giudice di uno Stato membro deve astenersi dal dare esecuzione ad un lodo emesso nei confronti di un altro Stato membro, o lo costringerebbe a violare i propri obblighi di diritto UE. Sul punto, si veda Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., pp. 65-66.

[104] Nella prassi, i giudici degli Stati membri sembrano orientarsi in questa direzione, arrivando a considerare inesistente o invalido il compromesso arbitrale. Tuttavia, il procedimento logico-giuridico seguito da tali giudici non viene del tutto esplicitato in tutti i suoi passaggi (in particolare, non viene chiarito perché dall'incompatibilità del compromesso si arrivi alla sua invalidità). Per alcuni esempi, si vedano l'ordinanza della Corte federale di giustizia tedesca nel caso *Achmea* (ordinanza del 31 ottobre 2018 della Corte federale di giustizia tedesca, I ZB 2/15, ECLI:DE:BGH:2018:311018:BIZB2.15.0, par. 14), la sentenza della Corte di appello di Stoccolma nel caso *PL Holdings* (sentenza del 22 febbraio 2019 della Corte di appello di Stoccolma, T 8538-17 T 12033-17), l'ordinanza della *OLG* di Francoforte nel caso *Raiffeisen Bank International AG e Raiffeisenbank Austria d.d. c. Croatia* (ordinanza dell'11 febbraio 2021 della *OLG* di Francoforte, 26 SchH 2/20, ECLI:DE:OLGHE:2021:0211.26SCHH2.20.00), e le sentenze della Corte d'appello di Parigi nel caso *Raiffeisen Bank International AG e Raiffeisenbank Austria d.d. c. Croatia* (sentenza del 19 aprile 2022 della Corte d'appello di Parigi, N° RG 20/13085 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCLDI, parr. 90-91) e nel caso *Slot Group a.s. c. Polonia* (sentenza della Corte d'appello di Parigi del 19 aprile 2022, N° RG 20/14581 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCPBD, par. 69). *Cfr.* Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, op. cit., pp. 695-700; Sandberg e Svensson, *Achmea and the Implications for Challenge Proceedings before National Courts*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 5, Issue 1, 2020, p. 146 e ss.

[105] Altra cosa è considerare il lodo invalido, anche sul piano internazionale, a causa dell'invalidità del consenso prestato dalle Parti dovuta all'incompatibilità del diritto UE (e quindi della mancanza di giurisdizione del tribunale arbitrale). Questa differenza non pare venire in rilevo nelle pronunce dei giudici degli Stati membri in merito (*supra*, nota precedente). Sulle criticità di tale ambguità dal punto di vista del diritto internazionale, si veda Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, op. cit., pp. 695-700.

luce dell'incompatibilità con il diritto UE. In questa sede non è possibile passare in rassegna tutti gli argomenti avanzati dalle Parti, né le motivazioni dei tribunali[106].
Un esempio indicativo può trovarsi in *Muszynianka c. Slovacchia,* in cui il tribunale ha dichiarato:

> "[…] the CJEU appears to have assumed that the alleged incompatibility between the EU Treaties and intra-EU BITs 'must be considered through, and only through, the lens of EU law'. The Tribunal makes no observation about this, insofar as it relates to EU law; it notes, however, that the CJEU's assumption is not compatible with public international law, whether customary or conventional"[107].

In queste parole, si denota un atteggiamento di muro contro muro, che si traduce in uno scontro tra ordinamenti in cui al centro, ancora una volta, si trovano gli Stati membri. Infatti, la mancata applicazione di *Achmea*[108], da parte dei tribunali arbitrali, implica che gli Stati membri siano vincolati da un lodo (se sfavorevole nel merito) in contrasto con i principi di autonomia, leale cooperazione e reciproca fiducia, schiacciati tra la forza vincolante del lodo e l'obbligo di dare effettività alla giurisprudenza della CGUE. A quel punto, la parola passa ai giudici nazionali dinanzi ai quali viene chiesta l'esecuzione del lodo. Non è detto, però, che tali giudici appartengano ai sistemi giurisdizionali degli Stati membri. Gli investitori, infatti,

[106] Secondo l'ampia analisi condotta da Gáspár-Szilágyi e Usynin, è possibile rintracciare due gruppi di pronunce dei tribunali arbitrali, sulla base degli argomenti utilizzati dai tribunali per affermare la sussistenza della propria giurisdizione, nonostante *Achmea*. Da un lato, vi sono le pronunce in cui gli argomenti utilizzati hanno carattere procedurale. Dall'altro, vi sono le pronunce in cui i tribunali hanno esaminato l'applicabilità di *Achmea* alla questione della propria giurisdizione, rigettandola nel merito. Le pronunce appartenenti a questo secondo gruppo si basano su argomenti secondo i quali *Achmea* non sarebbe rilevante al caso di specie, oppure non vi sarebbe contrasto tra *Achmea* e la giurisdizione dell'arbitrato in questione, o, ancora, gli effetti di *Achmea* sulla giurisdizione sarebbero preclusi nei casi di arbitrati ICSID, in virtù del principio di irrevocabilità del consenso *ex* art. 25, par. 1, della convenzione ICSID; in Gáspár-Szilágyi e Usynin, *The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 4, Issue 1, 2019 p. 29 e ss., pp. 36-45. Sul tema, si veda anche Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, op. cit., pp. 700-710, e Anderle e Leontiev, *Here Comes Doomsday … Or Does It? – Implications of Achmea on Intra-EU Investment Arbitration in Light of Recent Case Law*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 154 e ss.
[107] *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, Award del 7 ottobre 2020, par. 216.
[108] Sul tema, si veda Restrepo Amariles, Farhadi e Van Waeyenberge, *Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 4, 2020, p. 907 e ss., p. 930-943.

possono rivolgersi alle corti di Stati terzi[109], le quali, ovviamente, non sono vincolate dal diritto UE.

In questa evenienza, laddove non si riuscisse a far valere l'effettività di *Achmea* tramite argomenti di diritto internazionale[110], una soluzione residuale potrebbe rinvenirsi nella *comity* tra giurisdizioni internazionali[111]. Un esempio illustre è rappresentato da *MOX Plant*, in cui il tribunale UNCLOS ha ritenuto di passare la palla alla CGUE, così evitando lo scontro tra giurisdizioni. Se il ricorso ad una simile soluzione da parte dei tribunali arbitrali stessi sembra piuttosto utopistico[112], lo scenario cambia nel caso dei giudici nazionali di Stati terzi[113]. In alcuni casi, infatti, questi si sono mostrati concilianti rispetto alle istanze della ricorrente basate sul diritto UE, proprio per motivi di *comity*[114]. La prassi, però, non è univoca. In *Micula*, in particolare, il giudice statunitense ha rigettato la mozione basata (anche) sull'argomento della *comity*, avanzata dalla Romania (parte ricorrente)[115], e sostenuta dalla Commissione (*amicus curiae*)[116].

A complicare ulteriormente il quadro, infine, vi è il regime specifico della convenzione ICSID, nella misura in cui impedisce al giudice nazionale di dare esecuzione al lodo, senza possibilità di riaprire il caso (artt. 53 e 54 della Convenzione ICSID). Si è visto come ciò rappresenti una minaccia per l'autonomia del diritto UE, poiché di ostacolo al rinvio alla

---

[109] *Supra*, Capitolo III, nota 88.

[110] Sugli argomenti utilizzabili dagli Stati membri per opporsi all'esecuzione del lodo negli Stati terzi, si veda Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., pp. 76-84.

[111] Così anche Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, op. cit., p. 222.

[112] Come notato in dottrina, né la CGUE né i tribunali arbitrali hanno dato segno di aperture ispirate alla *comity*, nel contesto dello scontro giurisdizionale in atto; in Gáspár-Szilágyi e Usynin. *Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in Commission v Micula?*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 53 e ss., p. 73. Talvolta, i tribunali arbitrali hanno espressamente escluso il ricorso alla *comity*, invocata dallo Stato membro ricorrente, sulla base dell'impossibilità di paragonare la situazione in esame a quella in *MOX Plant*. In particolare, si veda *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35*, Award del 9 ottobre 2018, parr. 276-279. Sulla questione, si veda Gáspár-Szilágyi e Usynin, *The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, op. cit., pp. 54-58.

[113] *Cfr.* Florou, *A Middle Path of ISDS Reform: The Principle of Comity as a Means of Strengthening the Role of National Courts in the Enforcement of Investment Arbitral Awards*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2021, p. 171 e ss., pp 189-191.

[114] Si veda il *Memorandum Opinion* del 18 settembre 2019 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Civil Action No. 18-2254 (JEB), nel caso *Masdar Solar c. Spagna*, ed il *Memorandum Opinion* del 18 settembre 2019 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Civil Action No. 18-cv-01148 (TSC), nel caso *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063.

[115] *Memorandum Opinion and Order* del 20 novembre 2020 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Case No. 17-cv-02332 (APM).

[116] *Final brief for amicus curiae the European Commission in support of reversal*, 23 marzo 2020, USCA Case 19-7127, Document 1834704, Filed: 03/23/2020, pp. 11-14.

CGUE da parte del giudice nazionale di uno Stato membro[117]. Ebbene, questo stesso regime risulta problematico anche a valle, nel garantire effettività ad *Achmea*. Infatti, tale regime rende più difficile la possibilità che un giudice di uno Stato terzo (che sia membro ICSID) neghi l'esecuzione del lodo. Diversamente, nel caso in cui l'esecuzione del lodo sia richiesta in uno Stato membro, l'effettività di *Achmea* dovrebbe essere comunque garantita[118]. Tuttavia, ciò comporterebbe una violazione dei propri obblighi di diritto internazionale, da parte degli Stati membri[119].

---

[117] *Supra*, Capitolo III, nota 88.

[118] Sono possibili due scenari alternativi, legati alla diversa qualificazione degli obblighi della convenzione ICSID come bilaterali, o come *erga omnes partes*. Se si qualificano tali obblighi come bilaterali, l'effettività di *Achmea* dovrebbe essere garantita in base al primato. In questo scenario, infatti, non troverebbe applicazione l'art. 351, par. 1, TFUE, trattandosi di obblighi di diritto internazionale tra lo Stato membro convenuto e lo Stato membro di appartenenza dell'investitore ricorrente. Se si qualificano come *erga omnes partes*, invece, l'art. 351, par. 1, TFUE troverebbe applicazione, trattandosi di obblighi nei confronti di tutti gli Stati parti della Convenzione ICSID. Tuttavia, si è visto in *Kadi* (*supra*, Paragrafo I.3.2.) che tale norma cede il passo al principio di autonomia; *cfr.* Paschalidis, *Micula: European Food for Thought*, op. cit. Di conseguenza, anche in questo caso, gli Stati membri dovrebbero disapplicare la convenzione ICSID, così da negare l'esecuzione del lodo. Si noti che la CGUE non si è mai espressa quanto alla qualificazione degli obblighi ICSID. L'occasione potrebbe arrivare nell'ambito della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione contro il Regno Unito; *cfr.* il comunicato stampa della Commissione del 9 febbraio 2022, *Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid*, 9 febbraio 2022, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_22_802 (ultimo accesso 28/12/2022). Oggetto della procedura è la sentenza della Corte suprema del Regno Unito, la quale, durante il periodo di transizione post-Brexit, non ha sospeso l'esecuzione del lodo *Micula* in attesa della pronuncia della CGUE (in *European Food*): sentenza della Corte suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2020, *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v Romania (Appellant/Cross-Respondent)*, [2020] UKSC 5, UKSC 2018/0177. L'argomento decisivo della sentenza della Corte suprema è proprio quello della natura *erga omnes partes* riconosciuta agli obblighi ICSID in questione, da cui consegue l'applicazione dell'art. 351, par. 1, TFUE (*ivi*, parr. 101-108). Nello stesso senso della Corte suprema, si veda Zarra, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra-EU investment agreements. Reflections on treaty law Issues and EU's unsustainable position*, op. cit., p. 407. Diffusamente, in argomento, si veda 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*, n. 2/2020, p. 883 e ss. Secondo l'Autore, pur presentando alcune criticità, la posizione della Corte suprema potrebbe non essere del tutto infondata (*ivi*, p. 899 e ss.). Sul tema, anche Sorace, *Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2023, p. 87 e ss., e Bergamaschi, *Il diritto UE ha un problema con la Convenzione ICSID? Gli Stati membri tra Scilla (Micula) e Cariddi (Achmea)*, op. cit. Nel caso *Micula*, la Corte di giustizia ha confermato l'obbligo del giudice nazionale dello Stato membro di non dare esecuzione al lodo, in ordinanza de 21 settembre 2022, *Romatsa e a.*, causa C-333/19, cit., punto 44 (*supra*, Capitolo III, nota 88). La Corte, però, non ha affrontato il problema legato al regime ICSID. Più articolato, invece, è il ragionamento della Corte di cassazione del Lussemburgo (nel senso della disapplicazione delle disposizioni ICSID), in sentenza del 14 luglio 2022 della Corte di cassazione del Lussemburgo, N° 116 /2022, Numéro CAS-2021-00061. Sulla non-esecuzione del lodo, nonostante il regime ICSID, si veda Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 78.

[119] Sul punto, anche Gáspár-Szilágyi e Usynin. *Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in Commission v Micula?*, op. cit., pp. 71-72. Tale inosservanza risulterebbe più grave nel caso in cui si qualificassero come *erga omnes partes* gli obblighi della convenzione ICSID. Diversamente, qualora si qualificassero come bilaterali, la violazione caratterizzerebbe solo il rapporto di diritto internazionale tra Stati membri.

Quanto detto, però, non esclude che vi siano altri modi in cui *Achmea* possa trovare effettività, anche al di fuori dei confini dell'ordinamento UE. In *Green Power c. Spagna*[120], un tribunale arbitrale ha, per la prima volta, declinato la propria giurisdizione, in ragione di argomenti basati sul valore dei principi di autonomia e primato. La particolarità del caso sta nel fatto che il tribunale non ha preso in considerazione tali principi del diritto UE in qualità di strumenti di diritto internazionale, come qualcuno sostiene possa farsi[121], ma tramite una lettura integrata del diritto UE e del diritto internazionale[122], passando attraverso un'operazione ermeneutica delle norme di diritto UE e della giurisprudenza della CGUE. Di conseguenza, se da un lato il tribunale arbitrale conferisce affettività ad *Achmea*, dall'altro, esso lo fa sconfinando all'interno dell'ordinamento UE. A ben guardare, una simile circostanza corrisponde a quanto il principio di autonomia mira ad evitare. Anche se in questa occasione il tribunale arbitrale si è attenuto correttamente alla giurisprudenza della CGUE, affidarsi all'interpretazione ed applicazione del diritto UE da parte un tribunale arbitrale, per risolvere il problema dell'effettività dell'autonomia, potrebbe non essere la soluzione migliore, proprio in termini di autonomia del diritto UE[123]. D'altro canto, nel caso in cui il tribunale arbitrale non applichi *Achmea* al procedimento, si profila una situazione "*sandwich*" per gli Stati membri. In definitiva, a fronte di un tale scenario, l'unico strumento che permette di garantire l'effettività del principio di autonomia consiste nel diritto internazionale pattizio.

[120] *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain,* cit., Award del 16 giugno 2022. Per un commento, si veda Lampo, *Tutto è bene quel che finisce (bene?): prime considerazioni sul lodo Green Power c. Spagna*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/07/14/tutto-e-bene-quel-che-finisce-bene-prime-considerazioni-sul-lodo-green-power-c-spagna/ (ultimo accesso 28/12/2022); Bergamaschi, *Il lodo Green Power and SCE v Spain e l'effettività dell'autonomia del diritto UE*, in *SIDIBlog*, 29 luglio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/07/29/il-lodo-green-power-and-sce-v-spain-e-leffettivita-dellautonomia-del-diritto-ue/ (ultimo accesso 28/12/2022); Lavranos, *Restricted Access Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v Kingdom of Spain: How EU Law Allegedly Trumps International Investment Law*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 166 e ss.

[121] Sull'utilizzo del primato come "*conflict rule*" rilevante ai sensi del diritto internazionale, si veda Eilmansberger, op. cit., p. 425-426; Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, op. cit., p. 81; Georgaki, *Conflict resolution between EU law and bilateral investment treaties of the EU Member States in the aftermath of Achmea*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 0, Issue 0, p. 1 e ss.

[122] Per esempio, in *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, cit., parr. 421-426.

[123] Su questo paradosso, si veda Bergamaschi, *Il lodo Green Power and SCE v Spain e l'effettività dell'autonomia del diritto UE*, op. cit.

IV.2.6. L'approccio della Corte nell'applicare il principio di autonomia.

Prima di arrivare alle considerazioni finali, è possibile soffermarsi ad osservare l'approccio generale tenuto dalla Corte nell'applicazione del principio di autonomia, ponendo particolare attenzione alla distinzione tra lo scenario *intra*-UE e quello *extra*-UE.

Nello scenario *intra*-UE, cioè nel caso di accordi conclusi tra Stati membri, il test di autonomia viene applicato in maniera particolarmente rigorosa. In questo scenario, il problema della protezione delle caratteristiche fondamentali assume valenza esistenziale per l'Unione ed il suo ordinamento. Si tratta, infatti, di situazioni aventi doppia dimensione, esterna e interna, che sono suscettibili di minacciare la tenuta dell'ordinamento, nei termini di quanto visto nel Capitolo I[124]. In questa ottica, si può concludere che le problematiche legate alla doppia dimensione si sposino con quelle legate alla *membership*, la quale caratterizza i casi in questione e suggella il connubio tra leale cooperazione e autonomia, di cui è indice la rilevanza attribuita all'art. 344 TFUE all'interno della giurisprudenza in esame. Quanto detto è evidente in *Achmea*[125], tanto che qualcuno ha definito il caso come questione attinente all'autonomia interna, quindi come una questione di diritto interno, riguardante il rapporto tra UE e Stati membri[126]. Ma tale lettura può anche spiegare la differenza dell'approccio mostrato dalla Corte nel parere 2/13 e nel parere 1/17 (nonché la divergenza degli esiti dei due pareri).

Apparentemente, entrambi i casi rientrano all'interno di uno scenario *extra*-UE, trattandosi di pareri sulla compatibilità con il diritto UE della partecipazione dell'UE ad una giurisdizione internazionale (una esistente, l'altra da istituirsi). Tuttavia, l'approccio particolarmente severo da parte della Corte, nell'indagare i rischi per le caratteristiche essenziali dovuti all'accordo di adesione alla CEDU, può dirsi motivato da una preoccupazione di natura interna. Questo traspare, in particolare, nei passaggi in cui la Corte esamina il pregiudizio che l'adesione avrebbe arrecato al funzionamento del principio di reciproca fiducia:

> "[L]'approccio adottato nell'ambito dell'accordo previsto, consistente nell'equiparare l'Unione ad uno Stato e nel riservare ad essa un ruolo del tutto identico a quello di

[124] *Supra*, Paragrafo I.3.2.

[125] Per Koutrakos, quella adottata in *Achmea* è una "*maximalist position*" da parte della Corte; in Koutrakos, *The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 51.

[126] Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, op. cit., p. 297. Per l'Autore, la nozione di autonomia interna è intesa nel senso di tutela delle caratteristiche dell'UE dalle ingerenze da parte degli Stati membri.

qualsiasi altra Parte contraente, contravviene proprio alla natura intrinseca dell'Unione e, in particolare, omette di considerare il fatto che gli Stati membri, in virtù della loro appartenenza all'Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti, relativamente alle materie costituenti l'oggetto del trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione stessa, fossero disciplinati dal diritto di quest'ultima, con esclusione, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto"[127].

Alla situazione è attribuibile una dimensione doppia, al contempo esterna ed interna. È vero che l'adesione alla CEDU non sarebbe avvenuta per atto degli Stati membri. Tuttavia, una volta avvenuta l'adesione, il diritto CEDU e la Corte EDU avrebbero rappresentato uno strumento di diritto internazionale di cui gli Stati membri avrebbero potuto fare uso, interferendo con i meccanismi previsti dal diritto UE. Come scrive Odermatt[128], il punto citato dimostra che la dimensione esterna dell'autonomia non riguarda solo l'azione dell'UE, ma anche il rapporto reciproco degli Stati membri in quanto tali[129], poiché regolato dal diritto UE[130]. Tuttavia, tale preoccupazione della Corte per l'impatto dell'eventuale adesione sulle dinamiche attinenti al rapporto tra UE e Stati membri non si limita solo al principio di reciproca fiducia, ma riguarda in generale l'assoggettamento dell'UE alla giurisdizione della Corte EDU, alla pari degli Stati membri[131]. Si è visto che l'elemento dirimente del test di compatibilità con il principio di autonomia in questo caso è quello degli effetti, che possono dirsi "qualificati" in quanto vincolanti per le Istituzioni e per la Corte. Come sostiene Eckes, tali effetti potrebbero offrire agli Stati membri e ai giudici nazionali uno strumento per mettere in discussione la funzione nomofilattica della Corte e, di conseguenza, la visione di questa dell'ordinamento UE come autonomo rispetto al diritto internazionale, minacciandone la tenuta dall'interno, per mezzo del diritto internazionale[132]. In questo modo, il rischio per

[127] Parere 2/13, cit., punto 193.
[128] Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 313.
[129] Qualcuno direbbe "*mutual membership*"; *cfr. supra*, Capitolo III, nota 150.
[130] Secondo Odermatt, questo, però, non implica il venir meno della differenza tra autonomia interna ed autonomia esterna. Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 313.
[131] A tal riguardo, Vezzani rinviene nell'atteggiamento della Corte la tendenza a trasferire sul piano esterno problemi interni, risolvibili nel quadro del proprio ordinamento; in Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, op. cit. p. 115.
[132] "[R]ulings of the ECtHR that challenge the CJEU's perspective of the EU as an autonomous legal order would after accession be a powerful tool in the hands of the Member States and national courts to challenge the EU legal order from within. This view of the EU law as international law, with the attached consequences both for the relation between EU law and international law and EU law and national law, would be binding on the CJEU. This would allow national courts to drive a wedge into the judicial construction of the EU as an

l'autonomia dell'UE rappresentato dalla Corte EDU (sulla base del progetto di accordo) potrebbe essere apparso alla Corte come ulteriormente amplificato, in vista di una minaccia di natura esistenziale per l'ordinamento[133], all'origine della quale sarebbero gli Stati membri[134].

La situazione descritta con riferimento al parere 2/13 può essere paragonata a quella del caso *Commissione c. Lussemburgo e Belgio*[135], in cui la Corte ha affermato che "[…] nell'ordinamento comunitario, non sussiste una […] interdipendenza fra gli obblighi incombenti ai vari soggetti. Il Trattato non si limita infatti ad imporre ai singoli soggetti degli obblighi reciproci, bensì ha dato vita ad un nuovo ordinamento giuridico il quale determina i poteri, i diritti e gli obblighi dei soggetti stessi, come pure le procedure per far constare e reprimere le eventuali violazioni"[136]. Anche in quel caso, infatti, si trattava di tutelare la natura dell'ordinamento comunitario, impedendo agli Stati membri di ricorrere a strumenti di diritto internazionale al posto di quelli previsti dall'ordinamento comunitario stesso, in particolare quanto ai meccanismi di risoluzione delle controversie, cioè la Corte di giustizia. Alla base del ragionamento, vi è l'esclusione della reciprocità nelle relazioni tra Stati membri. Ciò segna la differenza tra le situazioni aventi dimensione sia esterna che interna, dalle situazioni

---

autonomous legal order"; in Eckes, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, op. cit., p. 20.

[133] Per Uerpmann-Wittzack, la difesa dell'autonomia in questo frangente deve essere vista come un mezzo per rafforzare l'identità dell'Unione, non potendo questa contare su una propria identità pari a quella degli Stati-nazione; in Uerpmann-Wittzack, op. cit., p. 160. Dello stesso parere Eckes, secondo la quale, mentre gli Stati appaiono come monoliti, anche quando interagiscono con altri soggetti del diritto internazionale, l'UE, invece, corre sempre il rischio di dissolversi negli Stati che la compongono; in Eckes, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, op. cit., p. 18. Si ritorna, quindi, a quanto detto nel Capitolo I, circa il valore esistenziale dell'autonomia (*supra*, Paragrafo I.3.1.)

[134] Il problema che le situazioni a doppia dimensione, esterna e interna, pongono per l'autonomia potrebbe leggersi alla luce di quanto sostiene Azoulai, secondo cui la questione dell'autonomia sul piano esterno non riguarda tanto la tutela dell'autonomia normativa, cioè del diritto UE come fonte autonoma, quanto piuttosto i rapporti istituzionali tra UE e Stati membri. Quanto visto finora, con riguardo al funzionamento del test, sembra smentire una simile lettura. L'importanza attribuita all'elemento del test di compatibilità attinente agli effetti, infatti, indica che il principio di autonomia è volto a tutelare l'autonomia normativa dell'ordinamento. Si vedrà di seguitò, però, che il principio si presta anche ad un'altra lettura, finora inesplorata, in certa misura vicina a quella di Azoulai (*infra*, Paragrafo IV.2.8.). Detto ciò, è interessante notare la conclusione a cui giunge tale Autore, secondo cui "[…] the problem of EU external relations law is to establish loyal and efficient relationship *between* the main European institutional players involved"; in Azoulai, op. cit., p. 40. Casolari identifica in questo la ragione che potrebbe aver spinto la Corte ad enfatizzare maggiormente gli obblighi di leale cooperazione posti in capo agli Stati membri nei confronti dell'UE, rispetto agli obblighi posti in capo alla seconda nei confronti dei primi, nel contesto dell'azione esterna; in Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, op. cit., p. 245. Con riferimento alla giurisprudenza sull'autonomia, la conclusione di Azoulai potrebbe giustificare, invece, l'importanza attribuita alla *membership* nell'applicazione del principio di autonomia, ed il conseguente approccio più severo da parte della Corte.

[135] *Supra*, Capitolo I, nota 279.

[136] Sentenza della Corte del 13 novembre 1964, *Commissione della Comunità economica europea contro il Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio*, cause riunite 90 e 91-63, cit., p. 1213.

puramente esterne. Quest'ultimo è il caso del parere 1/17, il quale fornisce un esempio dell'approccio della Corte nello scenario *extra*-UE.

Gli obblighi previsti dal CETA si basano sulla reciprocità tra le parti dell'accordo. Secondo l'AG Bot, questo comporta che l'esame della Corte circa la compatibilità del CETA con il principio di autonomia non possa prescindere dalla considerazione che l'UE, al pari degli altri soggetti del diritto internazionale, è vincolata dall'obbligo di reciprocità, che deve pertanto essere considerato come un principio che informa le relazioni esterne dell'Unione[137]. Nel caso di specie, l'AG sottolinea che la disciplina di tutela sostanziale e procedurale degli investimenti contenuta nel CETA è giustificata proprio alla luce della reciprocità che regola i rapporti tra UE (e Stati membri) e Canada, non trovando invece rilevanza il principio di reciproca fiducia tra le parti del CETA[138]. Nel parere, la Corte si sofferma a sua volta sull'importanza della reciprocità, nella quale identifica il fondamento della premessa su cui poggia tutta la giurisprudenza sul conflitto giurisdizionale, secondo cui la partecipazione dell'UE a meccanismi di risoluzione delle controversie previsti da accordi non è in principio incompatibile con il diritto UE. È proprio la reciprocità che porta la Corte ad accettare (già dal parere 1/76[139]) che un'altra giurisdizione (*lato sensu*) possa interpretare le norme dell'accordo che la istituisce, nonostante ai suoi occhi queste norme facciano parte dell'ordinamento UE[140]. Ciononostante, la Corte procede alla valutazione della compatibilità con il principio di autonomia applicando il test, all'interno del quale la reciprocità non assume un peso giuridicamente ponderabile[141]. Secondo Lenaerts, il parere 1/17 fornisce un esempio di un approccio "*particulièrment équilibrée*" da parte della Corte, per il quale si apre alla partecipazione dell'UE ai meccanismi ISDS, pur compiendo una verifica meticolosa del rispetto del principio di autonomia[142]. Tuttavia, l'analisi del parere 1/17 compiuta nel Capitolo III mostra come l'atteggiamento adottato dalla Corte in quel frangente mostri segni di un ammorbidimento rispetto a quello adottato in casi precedenti (come nel caso del parere 2/13,

[137] Conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punti 77 e 85. Per una visione di insieme sulla relazione tra diritto UE e reciprocità dei rapporti internazionali, si veda Dero, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2006, a cui l'AG stesso fa riferimento nei passaggi qui menzionati.

[138] Conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punto 81.

[139] *Supra*, Sezione II.1.

[140] Parere 1/17, cit., punto 117.

[141] Lo stesso si è osservato con riguardo ai principi ed obiettivi dell'azione esterna UE; *cfr. supra* Paragrafo I.2.2.3.4.

[142] Lenarts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, op. cit., p. 286.

o in *Achmea*)[143]. Quindi, da un una parte, si può presumere che la reciprocità dei rapporti di diritto internazionale, unita all'assenza di rischi esistenziali, abbia quantomeno ispirato l'approccio più rilassato della Corte, approccio che distingue l'applicazione del principio di autonomia nello scenario *extra*-UE da quella nello scenario *intra*-UE[144]. Dall'altra, ritornando alle parole di Lenaerts, tutto ciò non incide formalmente sul test, che viene applicato tale e quale in entrambi gli scenari. Questo porta a conseguenze di segno opposto.

Nei fatti, l'ammorbidimento nell'applicazione del test nel parere 1/17 va nella direzione indicata dall'AG Maduro con la celebre metafora utilizza in *Kadi*, secondo la quale la protezione dell'autonomia dell'ordinamento non implica che "[…] che l'ordinamento giuridico interno della Comunità e l'ordinamento giuridico internazionale si passino accanto ignorandosi come navi nella notte. Al contrario, la Comunità ha tradizionalmente detenuto un ruolo attivo e costruttivo sulla scena internazionale"[145]. Questo sembra riportare la giurisprudenza in esame alle sue origini, quando, nel parere 1/76, la Corte si mostrava comprensiva delle esigenze esistenti sul piano del diritto internazionale[146].

Diverso, però, è il rapporto che deve esserci a livello formale e normativo, cioè il livello del rapporto tra fonti del diritto, affinché l'ICS risulti compatibile con l'autonomia. Da questo punto di vista, le navi metaforiche dell'AG Maduro si passano accanto nella notte senza neppure scorgersi l'un l'altra. L'applicazione del test di compatibilità, infatti, richiede che l'interazione tra il diritto UE e il diritto internazionale del CETA sia pari a zero. La coesistenza

[143] Se questo è vero, bisogna però constatare che, con la clausola che esclude effetti vincolanti dei lodi che interpretano il diritto UE, il CETA esclude alla radice l'eventuale tentazione dei giudici nazionali degli Stati membri di farvi affidamento. In tal modo, si evitano le preoccupazioni viste nel caso del parere 2/13.

[144] In senso simile conclude Von Papp, la quale ritiene che la differenza di approccio della Corte negli scenari *intra*-UE ed *extra*-UE presenti una duplice spiegazione. Da un lato (quello *intra*-UE), la Corte vuole evitare un "*worst-case sceanrio*" in cui gli Stati membri arrivino a mettere in discussione il primato del diritto UE e, di conseguenza, la tenuta dell'Unione stessa. Da un lato (quello *extra*-UE), la Corte vuole presentare l'Unione (e se stessa) come un'attrice affidabile sul piano delle relazioni internazionali; in Von Papp, *EU Law and International Arbitration: Managing Distrust Through Dialogue*, Bloomsbury Publishing, Oxford e New York, 2021, p. 85. Si veda anche Cremona, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, op. cit., p. 471-472.

[145] Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, causa C-402/05 P, punto 22. Similmente, l'AG Bot afferma che "[…] la salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione non è sinonimo di autarchia", in conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, cit., punto 59. Secondo Moreno-Lax, lo stesso non poteva dirsi a seguito del parere 2/13, che aveva segnato una chiusura al diritto internazionale, in una logica isolazionista; in Moreno-Lax, op. cit., pp. 71-72.

[146] *Supra*, Sezione II.1. Secondo Bradley, nel parere 1/17 la Corte di mostra di riconoscere l'esistenza di altre giurisdizioni oltre sé, giurisdizioni che l'UE non può esimersi dal prendere in dovuta considerazione; in Bradley, op. cit., p. 966. L'approccio descritto potrebbe rientrare nella definizione di "*discursive autonomy*" proposta in Pirker e Reytemeyer, op. cit., p. 171. Koutrakos parla di pragmatismo da parte della Corte, nel riconoscere l'importanza della reciprocità nella conduzione delle relazioni esterne da parte dell'UE, in Kourtakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, op. cit., p. 293.

tra i due ordinamenti è possibile solo se questi rimangono del tutto distinti: le pronunce dell'ICS devono restare prive di qualsiasi effetto (formale) all'interno dell'ordinamento UE. Per questo Eckes parla di dualismo, per descrivere il ragionamento del parere 1/17[147], in maniera non dissimile da come Uerpmann-Wittzack parla di dualismo nel contesto della giurisprudenza che nega efficacia diretta alle norme OMC[148]. In definitiva, l'applicazione del test in questi termini esclude la possibilità di una "*harmonious co-existence*"[149] tra gli ordinamenti. Questo atteggiamento era già stato oggetto di critiche già in occasione di *MOX Plant*[150]. In riferimento a quel caso, però, valgono le considerazioni fatte sull'approccio della Corte nello scenario *intra*-UE.

In definitiva, se l'approccio della Corte porta ad una apertura nel caso di specie dell'ICS, l'applicazione del test porta ad una chiusura formale del diritto UE dal diritto internazionale. Questa duplice attitudine, caratterizzata da un'apertura e da una contestuale chiusura al diritto internazionale, viene spiegata da Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam parlando di "*relative flexibility*" che caratterizza il rapporto tra diritto UE e diritto internazionale, volta a garantire protezione funzionale al quadro costituzionale dell'UE, senza per questo compromettere l'effettività dell'azione esterna dell'Unione[151]. Ma cosa si intende quando si parla di protezione *funzionale*? Per rispondervi, è opportuno soffermarsi sul significato di autonomi regolatoria.

[147] Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 15 e ss.

[148] "[T]he ECJ chooses a dualist approach with regard to WTO law. Hence, the autonomy of the EU legal order is more important than its integration into an overarching international legal order", in Uerpmann-Wittzack, op. cit., p. 147. È interessante notare come la questione della reciprocità dei rapporti giuridici internazionali sia stata espressamente considerata dalla Corte come motivo per chiudere le porte dell'ordinamento interno alle norme OMC, mentre nel parere 1/17 la stessa questione sembra aver giocato un ruolo implicito nell'apertura al diritto internazionale.

[149] La nozione è mutuata da Koutrakos, che la utilizza con riferimento al rapporto tra diritto UE e diritto internazionale degli investimenti, per descrivere la più conciliante soluzione proposta dall'AG Wathelet nel caso *Achmea*, in Koutrakos, *The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 58.

[150] "The MOX Plant case is stunning because it falls squarely on the oldest, and most conservative trajectory of European thinking about the role of international law and its relations with national law. It shows the ECJ imagining the European Union as a sovereign whose laws override any other legal structure", in Koskenniemi, *International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, no. 1, 2007, p. 8 e ss., pp. 8-9. Klabbers, invece, parlava di recinzione costruita intorno al diritto UE, che rischia di estromettere l'Unione dal diritto internazionale, in Klabbers, *Treaty Conflict and the European Union*, op. cit., p. 148.

[151] Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, op. cit., p. 68.

IV.2.7. Autonomia formale o sostanziale?

L'autonomia regolatoria rappresenta una delle principali innovazioni che la saga *Achmea*, in particolare il parere 1/17, apporta alla teorizzazione del principio di autonomia. La novità di questa forma di applicazione del principio non è solo quantitativa, ma anche qualitativa. Essa è stata definita, infatti, come una forma sostanziale di autonomia[152]. Fino all'introduzione dell'autonomia regolatoria, il test di compatibilità atteneva esclusivamente al piano formale e normativo. Se si osservano gli elementi che compongono il test, infatti, si può notare che questi riguardano il rapporto tra fonti: quelle di diritto UE e quelle di diritto internazionale. In quest'ottica, l'elemento degli effetti è particolarmente significativo. Si è visto, infatti, che il rispetto del principio di autonomia arriva a richiedere una separazione tra gli ordinamenti, tale per cui le pronunce delle giurisdizioni esterne (sempre posta la presenza di un punto di contatto) non possano dispiegare effetti interni. Si tratta, in somma, di impedire a fonti esterne di avere un impatto sulle fonti interne. Questo si spiega per via del fatto che, come visto nel Capitolo I[153], il principio di autonomia può essere fatto discendere dall'autonomia normativa del diritto UE, la quale riguarda proprio l'essere - il diritto UE - una fonte autonoma.

Nel caso dell'autonomia regolatoria, invece, il test si basa sugli effetti *de facto* della pronuncia della giurisdizione esterna, il che equivale a dire che non si deve guardare alla capacità delle pronunce (i lodi ICS) di penetrare all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento UE, ma all'impatto sostanziale di queste sull'ordinamento. Una spiegazione di ciò potrebbe basarsi su una lettura di stampo assiologico. Come visto, l'autonomia regolatoria opera in un contesto caratterizzato dalla dimensione pubblicistica propria del lodo nel contesto delle controversie investitore-Stato[154]. Il motivo che ha spinto la Corte a valorizzare gli effetti sostanziali, e non solo quelli formali, può trovarsi nell'importanza attribuita alla necessità di tutelare il perseguimento di obiettivi legittimi di interesse generale da parte dell'UE[155]. Tuttavia, questa spiegazione non è sufficiente, poiché non prende in

[152] Così, *inter alia*, Kourtakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, op. cit., p. 294.
[153] *Supra*, Paragrafo I.2.4.
[154] *Supra*, Paragrafo III.2.2.3.3.
[155] Più in generale, si ricorda che la questione di un fondamento assiologico e valoriale dell'autonomia era stata sollevata Da Moreno-Lax con riferimento a *Kadi* (*supra*, Capitolo I, nota 182). Secondo l'Autrice, però, questo fondamento sarebbe venuto meno nel parere 2/13, assestandosi sulla nozione di autonomia formale vista fino a questo momento, consistente in una chiusura in senso dualista al diritto internazionale. Nel parere 2/13, infatti la tutela dei diritti fondamentali (intesa come valore dell'ordinamento UE) passa in secondo piano rispetto alla tutela delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento; in Moreno-Lax, op. cit., pp. 55-61. In quest'ottica, l'emergere dell'autonomia regolatoria potrebbe segnare un'ulteriore novità. Questo punto è oggetto di attenzione di Pantaleo, il quale traccia un parallelismo tra la tutela dei diritti fondamentali in *Kadi* e la tutela della democraticità delle scelte del legislatore UE nel parere 1/17, trattandosi in entrambi i casi di valori fondanti

considerazione il bene tutelato dal principio di autonomia nel caso di specie. Infatti, a prima vista, si tratta di tutelare le norme del diritto UE dalle interferenze esterne[156]. A ben guardare, però, considerare l'autonomia regolatoria come una forma di protezione dell'autonomia in senso normativo risulterebbe sterile e solo parziale. In realtà, la Corte è molto chiara nel sostenere che l'autonomia regolatoria è volta garantire "[…] la capacità dell'Unione di *funzionare autonomamente* nell'ambito del suo specifico quadro costituzionale"[157]. Più precisamente, nel caso di specie si tratta di tutelare l'esercizio del potere di bilanciamento tra differenti interessi da parte del legislatore, sulla base di quanto previsto dal diritto UE, in particolare secondo i principi di attribuzione, proporzionalità e sussidiarietà, in esito ad un processo democratico. Inoltre, su tale operazione di bilanciamento ha giurisdizione solo la CGUE[158].

Questo può dirsi in linea con quanto avviene anche sul piano interno, con riguardo ai limiti che la giurisprudenza della CGUE ha posto alla responsabilità finanziaria delle Istituzioni (*ex* art. 340 TFUE) e degli Stati membri rispetto al danno per violazione del diritto UE[159]. Il riferimento è, in particolare, al limite consistente nella condizione per cui la violazione sia grave e manifesta[160]. La *ratio* di questo limite sta nel garantire un margine di manovra al legislatore e, così, evitare un effetto paragonabile al "*regulatory chill*" nel contesto della protezione degli investimenti[161]. Inoltre, un paragone può essere fatto anche con la

dell'UE; in Pantaleo, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, op. cit., pp. 790-792.

[156] In particolare i principi che regolano le competenze dell'UE e l'azione normativa delle Istituzioni e delle norme che assegnano al giudice UE la prerogativa di sindacare il bilanciamento; Parere 1/17, cit., punto 151.

[157] *Ivi*, punto 150, corsivo aggiunto.

[158] *Ivi*, punto 151.

[159] *Cfr*. Gatti, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, op. cit., p. 11; Sulla diversa portata degli standard di responsabilità si veda Munari e Cellerino, op. cit., pp. 103-104.

[160] La Corte ha tratto questo limite alla responsabilità extracontrattuale per esercizio della potestà legislativa dell'UE dagli ordinamenti degli Stati membri; sentenza della Corte del 25 maggio 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG ed altri contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77, ECLI:EU:C:1978:113, punti 5-6. Per quanto riguarda la responsabilità degli Stati membri, si veda sentenza della Corte del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, punti 44-45. In dottrina, si veda Tridimas, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 38, Issue 2, 2001, p. 301 e ss.; Biondi e Farley, *Damages in EU law*, in Schütze and Tridimas (a cura di), op. cit., p. 1040 e ss.

[161] Come si legge in *FIAMM*: "[…] la concezione restrittiva della responsabilità della Comunità derivante dall'esercizio delle proprie attività normative si spiega con la considerazione che l'esercizio del potere legislativo, anche nei casi in cui esiste un controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti, non deve essere ostacolato dalla prospettiva di azioni risarcitorie ogni volta che esso deve adottare, *nell'interesse generale della Comunità*, provvedimenti normativi che possono ledere interessi di singoli e che, per altro verso, in un contesto normativo caratterizzato dall'esistenza di un ampio potere discrezionale, indispensabile per l'attuazione di una politica comunitaria, la responsabilità della Comunità può sussistere solo se l'istituzione di cui trattasi ha disconosciuto, in modo palese e grave, i limiti che si impongono all'esercizio dei suoi poteri", in sentenza della

giurisprudenza sull'efficacia diretta delle norme OMC. Come visto, tra gli argomenti a sostegno della negazione dell'invocabilità delle norme OMC vi è quello della necessità di lasciare un margine di manovra al legislatore UE, che è libero di valutare se ed in che misura adempiere agli impegni derivanti dal diritto OMC[162]. In questo caso, la *ratio* è da rintracciarsi nel rispetto dell'equilibrio istituzionale da parte del giudice nei confronti del legislatore, sulla base del margine di manovra previsto dal sistema OMC[163]. Eppure, in fin dei conti, si tratta sempre di permettere alle Istituzioni UE di operare il bilanciamento tra differenti interessi, perseguendo il bene comune sulla scorta di un procedimento democratico[164].

Si può quindi concludere che l'autonomia regolatoria presenti un profilo sostanziale perché non si limita a proteggere la mera esistenza, in astratto, di determinati poteri in capo alle Istituzioni, in particolare quello di bilanciamento in sede di adozione delle norme. Piuttosto, essa è volta a garantire che tale potere possa venire esercitate in concreto, secondo il quadro costituzionale, senza interferenze esterne. L'idea è di tutelare l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico, da parte delle Istituzioni a ciò preposte, sulla base delle regole di democrazia proprie dell'ordinamento[165]. Per questo è necessario guardare agli effetti

---

Corte del 9 settembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, cit., punto 174. Tuttavia, se la *ratio* è la stessa, il limite alla responsabilità opera in maniera diversa. Nel caso dell'ICS, il limite si attiva in vista degli interessi legittimi perseguiti dalla misura normativa lesiva degli interessi dell'investitore. Nel caso della responsabilità extracontrattuale interna, invece, il margine di discrezionalità lasciato al legislatore è definito dalla norma violata stessa (la cui interpretazione spetta alla CGUE).

[162] Sulla questione dell'impatto degli obblighi OMC sull'ordinamento interno e sulle decisioni politico-normative delle Istituzioni UE, si veda de Búrca e Scott, *The Impact of the WTO on EU Decision-Making*, in de Búrca and Scott (a cura di), op. cit., p. 1 e ss.; Princen, *EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics*, in *European Journal of International Law*, Vol. 15, no. 3, 2004, p. 555 e ss. Più in generale, si veda, Tancredi, *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*, op. cit., pp. 259-264.

[163] Tancredi, *EC Practice in the WTO: How Wide is the Scope for Manoeuvre*, in *European Journal of International Law*, Vol. 15, no. 5, 2004, p. 933 e ss., p. 942. *Cfr.* conclusioni dell'Avvocato Generale Capeta presentate il 17 novembre 2022, *Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd contro Commissione europea*, causa C-123/21 P, ECLI:EU:C:2022:890, punto 41.

[164] Rosas, *Case C-149/96, Portugal v. Council. Judgment of the Full Court of 23 November 1999*, op. cit., p. 816. Sul punto Tancredi, *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*, op. cit., pp. 261-262. Sul legame tra equilibrio istituzionale e "*common good*", si veda Lenaerts e Verhoeven, *Institutional Balance As a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in Joerges and Dehousse (a cura di), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 35 e ss., pp. 42-43.

[165] Sulla democraticità del processo decisionale tutelato il parere pone molta enfasi (parere 1/17, cit., punti 151-160). Secondo Lenaerts, "[w]hat the Court is protecting instead is the essence of the democratic process leading to the adoption of EU norms protecting public interests, a process which forms part of the EU constitutional framework", in Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, op. cit., p. 16. Si veda anche Lenaerts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, op. cit., pp. 303-304. *Cfr.* Rapoport, *Balancing on*

sostanziali e concreti, per valutare l'impatto dell'ICS sul funzionamento del processo legislativo in chiave democratica dell'UE[166]. In quest'ottica, è possibile parlare di autonomia funzionale.

IV.2.8. L'autonomia in senso funzionale: una nuova prospettiva per il principio?

Secondo la lettura di Lenaerts[167], l'autonomia in senso funzionale è un concetto che non si limita alla sola forma di autonomia regolatoria, ma al principio in quanto tale. Secondo il Presidente della CGUE, infatti, si dovrebbe parlare di una vera e propria equipollenza tra l'autonomia dell'UE ed il funzionamento di questa secondo il proprio quadro costituzionale[168]. Nel caso del parere 1/17, in effetti, la verifica della compatibilità dell'ICS con il principio potrebbe dirsi interamente volta ad accertare che l'ICS non sia "[…] tale da impedire all'Unione di funzionare conformemente al suddetto quadro costituzionale"[169].

Ma cosa comporta tale lettura, rispetto alle modalità di applicazione del principio di autonomia?

In accordo ad essa, il contenuto del principio di autonomia non consiste nella protezione delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento (facenti parte del quadro costituzionale) da un punto di vista formale e normativo. Il punto di vista formale e normativo, infatti, attiene al piano del rapporto tra fonti. In base a quest'ultimo, le caratteristiche essenziali dell'ordinamento trovano il proprio fondamento nell'autonomia normativa del diritto UE, la

---

a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS), op. cit., p. 1754. Sul ruolo del principio democratico nella giurisprudenza della Corte, si veda Lenaerts, *The principle of democracy in the case law of the European Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 62, 2013 p. 271 e ss. Recentemente, il principio democratico (più precisamente, il "principio di democrazia partecipativa"), ha avuto un ruolo rilevante in quanto attinente al funzionamento dell'UE, in sentenza della Corte del 19 dicembre 2019, *Procedimento penale a carico di Oriol Junqueras Vies*, causa C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115, punto 63. Significativamente, come nota Pantaleo, il parere 1/17 rappresenta il primo caso in cui tale principio trova spazio nel contesto dell'azione esterna, in Pantaleo, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, op. cit., p. 791.

[166] Detto ciò, si può comunque considerare presente una dimensione assiologica e valoriale, che spiegherebbe perché gli effetti *de facto* vengono considerati, ai fini del test di compatibilità, solo con riferimento all'autonomia regolatoria, mentre le altre forme di autonomia vengono considerate nel parere solo da un punto di vista formale, non sostanziale. Ad ogni modo, ad una tale conclusione da parte della Corte potrebbe avere influito la pressione politica, che rendeva quello del "*right to regulate*" un discorso particolarmente sensibile. Sul punto, oltre alle considerazioni svolte *supra*, Sezione III.1., si veda Kourtakos, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, op. cit., p. 294, e Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, op. cit., pp. 1753-1754.

[167] Il riferimento è a Lenaerts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, op. cit., p. 295-304.

[168] *Ivi*, p. 295.

[169] Parere 1/17, op. cit., punto 112.

quale concerne, *in primis*, la natura dell'ordinamento UE come fonte autonoma[170]. Diversamente, secondo il passaggio del parere 1/17 citato, il principio è volto a tutelare la dimensione sostanziale del quadro costituzionale, ponendosi in qualche modo a valle rispetto alla dimensione formale e normativa, la quale riguarda le norme su cui il quadro costituzionale poggia. In definitiva, si tratta di tutelare i poteri delle Istituzioni pervisti da e nel quadro costituzionale, non (semplicemente) le norme che li prevedono. Questo cambia totalmente la situazione. Il test di autonomia elaborato fin qui non copre l'applicazione del principio secondo questo differente punto di vista.

Invero, si può sostenere che riaffiori una concezione del principio di autonomia che è sempre stata presente nella giurisprudenza della Corte, soprattutto nei primi casi. Secondo questa concezione, il principio mira alla preservazione della natura dei poteri e delle competenze delle Istituzioni, cioè della CGUE, ma anche della Commissione[171]. Effettivamente, durante l'analisi si sono osservate situazioni in cui il principio ha trovato applicazione in questo senso; in esse, la Corte ha valutato la compatibilità di un accordo internazionale con le prerogative delle Istituzioni. Si è già osservato, a più riprese[172], che l'applicazione del principio di autonomia in simili occasioni non rientra nel modello unitario rappresentato dal test sopra ricostruito, poiché tali profili di incompatibilità non riguardano un contesto di conflitto giurisdizionale. D'altronde, a minacciare le prerogative delle Istituzioni in questi casi non è una giurisdizione esterna, ma l'accordo internazionale nella sua interezza.

A ben guardare, si potrebbe sostenere anche che la valutazione di compatibilità con il principio di autonomia sotto il profilo dell'impatto di un accordo internazionale sulle prerogative e funzioni delle Istituzioni mal si concili con la concezione del principio formale e normativa. Certo, la tutela dei poteri delle Istituzioni potrebbe rientrare nelle tradizionali forme di autonomia istituzionale e giurisdizionale, ma questo solo se si intende il principio di autonomia in senso funzionale. Per fare degli esempi più concreti: un conto è impedire che una giurisdizione esterna interferisca con l'allocazione delle competenze tra UE e Stati membri sulla base del principio di attribuzione, un altro è tutelare le modalità concrete di esercizio delle competenze attribuite all'UE, da parte delle Istituzioni; un conto è impedire

[170] *Supra*, Paragrafo I.2.3.

[171] Questa concezione può ravvisarsi nelle parole della Corte in alcuni passaggi delle pronunce esaminate. In particolare, in parere 1/76, cit., punto 12; *MOX plant*, in sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03 cit., punto 123; Parere 1/09, cit., punto 76; Parere 2/13, cit., punto 183.

[172] In particolare, si veda *supra*, Paragrafo IV.1.

che una giurisdizione esterna interferisca con l'interpretazione uniforme delle norme di diritto UE, un altro è tutelare la natura del ruolo della Corte dai rischi indiretti per le sue prerogative, derivanti da un accordo che permette a giudici di Stati terzi di fare rinvio alla Corte senza prevedere effetti vincolanti per le pronunce di questa. Come si può osservare dagli esempi, la natura e l'esercizio dei poteri delle Istituzioni non possono essere tutelate dal principio inteso in senso formale e normativo, poiché la minaccia non arriva da un'interazione tra fonti. Tuttalpiù, si ha un contrasto tra l'accordo internazionale ed il sistema istituzionale previsto dai Trattati. Dal punto di vista dell'autonomia, questo attiene all'autonomia intesa come qualità, ma non all'autonomia intesa come principio in senso normativo.

Invece, adottando una lettura del principio in senso funzionale, esso può essere inteso a tutelare l'autonomia-qualità, derivante dalle caratteristiche essenziali dell'ordinamento UE, anche in quelle situazioni che non attengono al rapporto tra fonti, ma all'impatto sostanziale sull'esercizio dei poteri delle Istituzioni, a prescindere dall'esistenza di un conflitto giurisdizionale. Così, si chiariscono meglio situazioni fin qui considerate "anomale" quanto all'utilizzo del principio di autonomia come parametro di compatibilità. Inoltre, possono venire ricomprese sotto l'ala dell'autonomia situazioni ad essa apparentemente estranee. In questo senso, per esempio, si avvalora il ragionamento secondo cui Mengozzi ha individuato nella protezione dell'autonomia la *ratio* della giurisprudenza sull'efficacia diretta delle norme OMC (e GATT prima)[173]. Infine, il principio così inteso è idoneo a coprire la totalità delle situazioni in cui l'integrità dell'ordinamento UE ed il suo funzionamento sono minacciati dall'azione degli Stati membri sul piano esterno. Qualsiasi rischio, anche sostanziale, apportato alle caratteristiche essenziali dell'ordinamento potrebbe essere oggetto dell'applicazione del principio di autonomia in senso sostanziale e funzionale, anche a prescindere dalla presenza di effetti formali ("qualificati") all'interno dell'ordinamento. D'altro canto, una concezione sostanziale e funzionale del principio potrebbe agevolare un bilanciamento esplicito della protezione dell'autonomia con altre istanze, come per esempio l'effettività dell'azione esterna, riducendo al minimo indispensabile il limiti posti dal

[173] Parlando del rapporto tra la sentenza *Portogallo c. Consiglio* e i pareri 1/91 e 1/92, l'Autore scrive: "[…] the wide use of the negotiating power argument by the Court to deny direct effect to WTO law was made precisely in the spirit of the philosophy underlying these two Opinions"; in Mengozzi, *Private International Law and the WTO Law*, op. cit., p. 316. Sul ruolo dell'autonomia nella giurisprudenza sugli effetti nell'ordinamento UE delle norme OMC, si veda anche Tancredi, *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*, op. cit., pp. 264-268.

principio[174]. In questo senso potrebbe intendersi il riferimento al il rapporto tra diritto UE e diritto internazionale in termini di "*relative flexibility*"[175].

Tuttavia, tale concezione non è immune da problemi. Se da un lato si amplia la portata del contenuto normativo del principio, dall'altro, il test non basta più a spiegare l'operare del principio secondo un modello unitario e astratto[176]. In questo senso, l'autonomia regolatoria potrebbe segnare una pietra miliare nello sviluppo del principio in una nuova prospettiva. Nel caso dell'autonomia regolatoria, infatti, l'applicazione del principio può essere riportata al modello del test utilizzato anche per le altre forme di autonomia, che invece operano in senso normativo e formale. D'altro canto, ciò è possibile solo perché ci si trova ancora nell'ambito di una situazione di conflitto giurisdizionale. Se, come ipotizzato, si uscisse da questo ambito, il principio sarebbe sprovvisto di un test di compatibilità. A quel punto, come si può immaginare, si rischierebbe di ricadere nell'indeterminatezza, quanto alle modalità di applicazione del principio.

Si ritornerebbe, così, alla situazione di incertezza di cui parla l'AG Mazàk nella citazione riportata nella Premessa[177]. I rischi che ne scaturirebbero sono molteplici. Ampliare la portata del principio potrebbe portare ad un uso smodato di questo da parte della CGUE[178]. Inoltre, a prescindere dal grado di moderazione della Corte nell'uso, si ricadrebbe comunque in uno scenario frammentato, in cui il principio si applica differentemente caso per caso. Il contenuto normativo del principio resterebbe chiaro in astratto (la protezione delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento, tra cui le prerogative delle Istituzioni), ma nebuloso in concreto. La tutela delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento UE avverrebbe per se stessa, perdendo la propria giustificazione nell'autonomia normativa, e trovandola nell'autonomia-qualità, proprio quella che, invece, consegue alla tutela delle caratteristiche essenziali. In definitiva, i concetti di autonomia-principio e autonomia-qualità rischierebbero una almeno

[174] Lenaerts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, op. cit., p. 301.
[175] *Supra*, Paragrafo IV.2.6.
[176] L'utilizzo del test non verrebbe meno, poiché le forme di applicazione coperte dal test verrebbero integrate all'interno del principio inteso in senso sostanziale e funzionale. Così sembra sostenere Lenaerts, secondo cui la tutela del monopolio dell'interpretazione definitiva del diritto UE proprio della Corte corrisponde alla tutela dell'esercizio dei poteri dell'Istituzione secondo quanto previsto dal quadro costituzionale; in Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, op. cit., pp. 11-12.
[177] *Supra*, Premessa.
[178] *Cfr.* Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 316.

parziale sovrapposizione e confusione[179], in un avvitamento logico da cui sarebbe difficile uscire.

[179] Ci si troverebbe in una situazione non dissimile da quella descritta da Moreno-Lax e Ziegler, secondo cui già allo stato dell'arte l'autonomia dovrebbe intendersi solo come qualità dell'ordinamento; in Moreno-Lax e Ziegler, op. cit., p. 235.

Riepilogo e conclusioni.

L'obiettivo del lavoro consiste nell'indagare l'applicazione del principio di autonomia del diritto UE da parte della Corte di giustizia nella sua giurisprudenza.

A tal fine, nel Capitolo I, si è partiti da una questione di ordine teorico, relativa al significato da attribuirsi al concetto di autonomia nella giurisprudenza in esame. In questo senso, come primo passo, si è ricostruito brevemente il contesto normativo e giurisprudenziale del rapporto tra diritto UE e diritto internazionale pattizio. Infatti, la prassi della Corte in materia di autonomia afferisce segnatamente alla dimensione esterna, inerente al suddetto rapporto. Come emerso dalla ricostruzione svolta, un primo e più immediato significato di autonomia riguarda proprio la regolazione di tale rapporto, da parte del diritto dell'Unione. Si tratta dell'autonomia normativa dell'ordinamento UE, in virtù della quale quest'ultimo può dirsi in grado di determinare da sé gli effetti che le fonti esterne di diritto internazionale dispiegano al proprio interno. Oltre a questo significato, poi, se ne sono rinvenuti due ulteriori. Uno consiste nell'autonomia come qualità dell'ordinamento. In base ad esso, l'ordinamento dell'Unione può qualificarsi come autonomo, sulla scorta ed in conseguenza delle caratteristiche essenziali che compongono il quadro costituzionale dell'Unione, tra le quali si inserisce anche l'autonomia normativa. L'altro significato, cioè il terzo, è quello di autonomia come principio. In questo senso, si attribuisce all'autonomia un valore precettivo, fondato sull'autonomia normativa e consistente nella tutela delle caratteristiche essenziali del quadro costituzionale nonché, conseguentemente, dell'autonomia-qualità propria dell'ordinamento.

Focalizzandosi sull'autonomia normativa, poi, sempre nel corso del Capitolo I, è stato sottolineato il valore esistenziale che la contraddistingue. In particolare, si è parlato di "valore esistenziale" per due motivi. Per un verso, "esistenziale" perché l'autonomia normativa attiene al momento stesso in cui l'ordinamento viene ad esistere. A riguardo, si è notato che il valore esistenziale dell'autonomia prescinde dalla qualificazione della natura giuridica dell'UE che si adotti. Per altro verso, "esistenziale" perché funzionale all'esistenza dell'ordinamento dell'Unione. Ciò è vero, in particolare, nella dimensione interna, ossia quella attinente al rapporto tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti degli Stati membri. In questa dimensione, infatti, l'autonomia normativa dell'ordinamento si pone alla base della preservazione dell'ordinamento come sistema giuridico autosufficiente, coerente e completo e, in definitiva, della sua unità. Nella dimensione esterna, diversamente, l'autonomia non sembra presentare tale natura. Infatti, quando si interfaccia con il diritto

internazionale, il diritto UE non corre gli stessi rischi esistenziali di quando entra in rapporto con il diritto degli Stati membri.

Sulla scorta di quanto precede, le considerazioni circa il valore esistenziale dell'autonomia non sembrerebbero riguardare il principio di autonomia, almeno in prima battuta. L'applicazione del principio, si è detto, può osservarsi nella prassi riguardante la dimensione esterna[1]. Ciononostante, si è avuto modo di mostrare come sia possibile rinvenire l'esistenza di situazioni aventi doppia natura, al contempo esterna ed interna. Queste si determinano allorché l'autonomia del diritto UE viene minacciata dall'azione degli Stati membri (fattore interno) sul piano del diritto internazionale (fattore esterno). In questi casi, quindi, il principio di autonomia può trovare applicazione e può arrivare anch'esso ad assumere una connotazione di tipo esistenziale. Infatti, in simili situazioni viene in gioco almeno in potenza, l'esistenza stessa dell'ordinamento dell'Unione, dal momento che gli Stati smettono di agire come Stati membri e si muovono al di fuori del perimetro dell'ordinamento sovrannazionale.

A questo punto della disamina, l'esistenza del principio di autonomia non è stata verificata, ma è stata assunta come ipotesi, desumendola logicamente dall'esistenza della autonomia normativa. Quest'ultima, a sua volta, viene afferita dalla Corte. D'altronde, nella Premessa, si è osservato che l'utilizzo del principio come parametro di compatibilità, ai fini dello scrutinio della Corte, implica il fatto che questo possegga una valenza di tipo prescrittivo. Conseguentemente, esaminare analiticamente le modalità di applicazione del principio nella prassi, si è detto, equivale a definirne il contenuto normativo, per via induttiva.

Tale analisi è stata svolta, in particolare, nei Capitoli II e III. In essi, sono state prese in esame tutte le pronunce della CGUE in cui il principio di autonomia ha trovato sin qui applicazione con riguardo a situazioni di conflitto giurisdizionale. Si tratta, cioè, di quei casi in cui le minacce all'autonomia, effettive o presunte, provengono da una giurisdizione di diritto internazionale.

Nel Capitolo III, in particolare, l'analisi si è focalizzata sulle pronunce aventi ad oggetto la compatibilità con il principio di autonomia dei meccanismi ISDS. Dal punto di vista di una comparazione tra i casi analizzati nel Capitolo II ed i casi analizzati nel Capitolo III, non si rinvengono differenze particolarmente rilevanti. Invero, i meccanismi ISDS presentano alcune peculiarità, legate alla natura stessa di questo tipo di strumenti, che effettivamente trovano riflesso quanto all'applicazione del principio. Ciononostante, il principio di

[1] Quest'affermazione è valida con riferimento allo stato dell'arte corrente, ossia con riguardo alla prassi qui analizzata.

autonomia non sembra trovare applicazione secondo modalità che divergano, nei loro aspetti essenziali, da quanto osservato nel corso della disamina compiuta nel Capitolo II.

Più nel dettaglio, in tutti i casi sono stati rinvenuti alcuni elementi costanti del test compatibilità. Sinteticamente, il primo elemento riguarda la sussistenza di un punto di contatto tra la giurisdizione di diritto internazionale in esame ed il diritto UE. In pratica, si tratta di capire se il giudice esterno sia o meno competente ad esprimersi su una questione di diritto UE. Il secondo elemento attiene agli effetti che la pronuncia del giudice è suscettibile di dispiegare all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Da ultimo, il terzo elemento verte sulla possibilità o meno che la questione di diritto UE oggetto del contatto possa essere sottoposta alla CGUE, lasciando quindi a questa l'ultima parola sul punto.

Inoltre, sono state rinvenute quattro forme in cui il principio è solito manifestarsi nella prassi. Si tratta della forma di autonomia istituzionale, che interviene quando la giurisdizione esterna ha facoltà di esprimersi sull'allocazione delle competenze tra Unione e Stati membri; della forma di autonomia giurisdizionale, che riguarda la possibilità della giurisdizione esterna di pregiudicare l'uniforme interpretazione del diritto UE, così come garantita dalla CGUE; dell'autonomia regolatoria, che è volta a tutelare il potere di bilanciamento tra diversi interessi proprio del legislatore dell'Unione[2]; dell'autonomia normativa, che costituisce una forma di applicazione residuale, relativa a quelle circostanze in cui la giurisdizione esterna è suscettibile di incidere in una qualche misura sulle norme del diritto UE. Tali varie forme assunte dal principio si manifestano a seconda delle specifiche circostanze del caso in esame. Tuttavia, in tutte e quattro le forme rimangono costanti gli stessi tre elementi del test. Pertanto, si può concludere che le modalità di applicazione del principio non cambiano, al variare di tali forme.

Infine, nel corso della disamina sono stati rinvenuti anche alcuni casi di applicazione del principio che esula dal contesto del conflitto giurisdizionale. In essi, il principio pare volto a tutelare l'esercizio dei poteri delle Istituzioni dal rischio di una sua eventuale distorsione causa dall'accordo internazionale in esame. In questo contesto, però non è stato possibile identificare elementi comuni ascrivibili ad un possibile test di compatibilità unitario.

[2] Con riguardo a questa forma, bisogna notare che essa è stata rinvenuta solo nel caso del parere 1/17, con riguardo ad un meccanismo ISDS (l'ICS). Ciò è dovuto proprio alla particolare natura della giurisdizione in esame, caratterizzata da una connotazione pubblicistica. D'altro canto, anche in questo caso il test è stato applicato seguendo lo stesso modello degli altri casi. Inoltre, non si può escludere a priori che questa forma del principio possa trovare applicazione anche in contesti differenti.

A partire dai risultati dell'analisi sopra brevemente riportati, nel Capitolo IV si è ricostruito un test di compatibilità idoneo a rappresentare un modello unitario e astratto dell'applicazione del principio, anche se limitatamente ai casi riguardanti una situazione di conflitto giurisdizionale. Esso è composto dei tre elementi sopra ricordati. L'esistenza di questo test unitario permette di confermare l'esistenza di un principio di autonomia, di cui il test concretizza il contenuto normativo.

Gli elementi del test attengono al piano del rapporto tra le fonti, con la sola eccezione del caso dell'autonomia regolatoria. Nello specifico, questi elementi riguardano il rapporto tra il diritto internazionale, al cui livello opera la giurisdizione esterna in esame, e l'ordinamento UE, le cui caratteristiche essenziali il principio è volto a tutelare. Di conseguenza, si può concludere che il principio, applicato per tramite del test, opera su un piano formale e normativo, trovando il proprio fondamento nell'assunto dell'esistenza di un'autonomia normativa del diritto UE, secondo la quale l'ordinamento UE trova in se stesso il proprio fondamento giuridico. Se si guarda ai tre elementi del test, quanto detto appare nella sua chiarezza. Il primo elemento, quello del punto di contatto, consiste nel contatto tra i due sistemi normativi a rischio di conflitto, quello esterno e quello interno. Il secondo elemento, quello degli effetti, consiste nella possibilità che quanto avviene fuori dall'ordinamento UE possa riverberarsi all'interno di quest'ultimo, compromettendolo. In mancanza degli effetti, invece, quanto avviene esternamente all'ordinamento rimane esterno, senza rischi per la sua autonomia. Il terzo elemento, infine, si basa sull'esistenza di uno strumento posto a chiusura dell'ordinamento, grazie al quale esso può esistere e sussistere in maniera autonoma. In tutta evidenza, si sta parlando della funzione nomofilattica della CGUE, la cui giurisdizione è posta al vertice di un sistema giurisdizionale complesso e completo.

In vista di ciò, lo sviluppo del principio in questi termini potrebbe essere visto, in una certa qual misura, come una evoluzione della giurisprudenza sulle modalità di interazione tra diritto UE e diritto internazionale, in particolare di quella concernente il recepimento e gli effetti delle norme di diritto internazionale convenzionale all'interno dell'ordinamento UE. Questo ambito è disciplinato da una norma, l'art. 216, par. 2, TFUE, che rappresenta un punto fermo attorno al quale la Corte ha elaborato, e continua ad elaborare, le regole del gioco sul recepimento delle norme di diritto internazionale. Osservando il caso del parere 1/17, in particolare con riguardo all'elemento degli effetti nell'applicazione del principio di autonomia giurisdizionale, si può concludere che la Corte stia aggiungendo un ulteriore pezzetto al *puzzle*

sugli effetti di diritto UE delle fonti esterne, svuotando di significato pratico il regime di recepimento delle norme di diritto internazionale, di cui all'art. 216, par. 2, TFUE.

A questo riguardo, si denota una spinta in senso dualista (o, più genericamente, di chiusura), presente nella giurisprudenza presa in esame, che porta verso una demarcazione (più) netta tra ordinamenti, interno ed esterni. L'elemento concernente gli effetti delle pronunce, in particolare, sembra indicare che la coesistenza tra il diritto UE ed il diritto internazionale talvolta necessita di una separazione totale, volta ad impedire qualsiasi interferenza con l'autonomia (normativa) del diritto UE[3]. Questo, a scapito di chi si ritrova in mezzo ai due ordinamenti tra loro non comunicanti, ossia gli Stati membri, che possono trovarsi schiacciati come in un "*sandwich*" tra obblighi tra loro confliggenti, in una situazione di conflitto normativo. Da qui il "dramma" (per ora) irrisolto di *Micula*. Inoltre, la separazione tra gli ordinamenti ha la conseguenza di complicare l'effettività del principio di autonomia. Questo, infatti, è un principio per sua natura relazionale, nel senso che attiene alle relazioni tra ordinamenti. Pertanto, posto che il principio esiste in qualità di norma solo all'interno dell'ordinamento UE, la sua effettività non può che passare attraverso il riconoscimento da parte dei soggetti esterni all'ordinamento UE, almeno nei suoi effetti pratici. In assenza di un tale riconoscimento, l'unica via è quella del ricorso a strumenti di diritto internazionale pattizio.

Per quanto riguarda gli attori dell'ordinamento UE, invece, il principio comporta, innanzitutto, dei divieti posti in capo agli Stati membri. Nel frangente del conflitto giurisdizionale, il principio di autonomia opera insieme ad altri due principi, attinenti alla "*membership*". Si tratta del principio di reciproca fiducia e del principio di leale cooperazione. Il primo di questi principi, in realtà, trova applicazione congiunta a quello di autonomia sono in alcune particolari situazioni, cioè nel caso in cui l'azione degli Stati sul piano internazionale rischia, da un lato, di pregiudicare l'uniformità di interpretazione del diritto UE come garantita dal sistema giurisdizionale interno, dall'altro lato, di minare la fiducia reciproca tra gli Stati membri con riguardo al rispetto dei valori fondanti. È il caso specifico dei BIT *intra*-UE. Il principio di leale cooperazione, invece, opera sempre accanto a quello di autonomia, sovrapponendosi ad esso. Infatti, il divieto di cui all'art. 344 TFUE, in combinato con l'art. 19 TUE, è informato tanto dalla leale cooperazione, quanto dall'autonomia. Il principio di

[3] Sostanzialmente l'opposto di quanto proposto in Ziegler, *Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 667 e ss.

leale cooperazione, però, potrebbe essere dotato di una portata più ampia, sempre nel contesto del conflitto giurisdizionale. Questo principio, infatti, potrebbe rappresentare lo strumento di diritto UE con cui affrontare le situazioni di conflitto normativo (assieme al principio del primato), laddove il principio di autonomia non riesca ad arrivare. Inoltre, ponendosi a valle della giurisprudenza della Corte sui BIT *intra*-UE, dall'applicazione del principio di leale cooperazione deriva l'obbligo, per gli Stati membri, di non dare esecuzione a lodi incompatibili con il principio di autonomia e di terminare i BIT esistenti. In questo senso, tale principio sta alla base degli obblighi degli Stati membri volti a garantire l'effettività della giurisprudenza *Achmea*.

Con riguardo alle Istituzioni dell'Unione, invece, l'applicazione del principio di autonomia osservata in giurisprudenza indica le condizioni alle quali è possibile concludere accordi istitutivi di giurisdizioni di diritto internazionale. In mancanza di tali condizioni, l'accordo risulta incompatibile con il principio di autonomia. Si tratta dunque di una chiusura dell'UE al diritto internazionale? La risposta deve essere negativa. Il parere 1/17 conferma la possibilità dell'UE di perseguire la propria azione esterna, a certe condizioni, secondo gli obiettivi ed i principi previsti dai Trattati. Detto ciò, si assiste invece ad una chiusura con riguardo al piano del rapporto tra fonti. Questa chiusura porta con sé l'accettazione della possibilità di un conflitto normativo tra gli ordinamenti. D'altronde, questo rischio può dirsi insito all'esistenza stessa di un'interazione tra ordinamenti diversi e separati.

Ad ogni modo, si è osservato che l'approccio della Corte, in termini di apertura o chiusura, varia a seconda del contesto. In una situazione segnata da una dimensione prettamente esterna, come nel caso del parere 1/17, l'approccio è più rilassato. Laddove, invece, ci si trovi in una situazione avente doppia dimensione, interna ed esterna, l'approccio si fa più stringente. In questi casi, infatti, l'applicazione del principio di autonomia sembra condizionata da preoccupazioni di natura esistenziale, legate al rischio, reale o percepito che sia, di un fenomeno di disgregazione dell'ordinamento UE.

A tal riguardo, si può dibattere se il livello di maturità dell'ordinamento UE legittimi certe posizioni di chiusura rispetto al diritto internazionale. Secondo quanto affermava Uerpmann-Wittzack, l'ordinamento UE "[…] appears to be an order *in statu nascendi*. It cannot do without international constitutional elements. However, as long as the European constitutional order has not established itself, the Community will endeavour to water down the significance of international constitutional elements and place its own claims to autonomy

in the foreground"[4]. Nel 2007, Bronckers sosteneva che l'ordinamento fosse maturo a sufficienza per essere un attore a pieno titolo sulla scena del diritto internazionale, senza doversi preoccupare della propria sopravvivenza[5]. Ma come stabilire se l'ordinamento è effettivamente maturo a sufficienza? Si potrebbe sostenere, come fa Odermatt, che il fatto che la Corte avverta la necessità di insistere sulla protezione dell'autonomia, tanto che si renda necessario inserire apposite clausole negli accordi negoziati dall'UE, sia esso stesso indice di immaturità dell'ordinamento[6]. In definitiva, a prescindere dal livello di maturità dell'ordinamento, la protezione dell'autonomia, in senso normativo, è funzionale all'integrità dell'ordinamento. Valgono, a riguardo, le considerazioni di Eckes, secondo la quale "[…] if we accept that the EU is a legal construction and can only exist through law, protecting the conceptual autonomy of EU law is about protecting the existence of the EU as such"[7].

Da ultimo, si è visto che si potrebbe prospettare una diversa lettura del principio di autonomia, in senso sostanziale e funzionale[8]. In questa nuova prospettiva, il principio potrebbe trovare applicazione su un piano diverso da quello formale e normativo. Il principio, così inteso, è volto a tutelare l'effettività delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento e non solo il loro fondamento, cioè l'autonomia normativa. Quest'ultima pure verrebbe tutelata, in via indiretta, in quanto inglobata nel principio in senso funzionale. Tuttavia, accogliendo questa concezione, si correrebbe il rischio di assistere ad un'inversione tra premessa e conseguenza. Per esempio, la tutela del ruolo della Corte di giustizia come interprete ultima del diritto UE non sarebbe funzionale alla necessità di salvaguardare l'uniforme interpretazione di questo. Al contrario, la tutela dell'uniforme interpretazione del diritto UE verrebbe tutelata in quanto oggetto dell'esercizio delle prerogative della Corte secondo il quadro costituzionale. In concreto, il risultato potrebbe non cambiare, ma si perderebbe il presupposto del principio, da cui questo trae la propria legittimità. Il baricentro passerebbe dall'autonomia normativa del diritto dell'Unione, all'autonomia-qualità.

Detto ciò, non si può fare a meno di notare che lo slittamento verso l'autonomia in senso funzionale e sostanziale avvicina il principio ad una declinazione del concetto che pare al

[4] Uerpmann-Wittzack, op. cit., p. 160. *Cfr.* Van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case Law of the European Court of Justice*, op. cit., pp. 49-50.
[5] Bronckers, *The relationship of the EC courts with other international tribunals: Non-committal, respectful or submissive?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2007, p. 601 e ss., p. 621.
[6] Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, op. cit., p. 315.
[7] Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, op. cit., p. 19.
[8] In particolare secondo la visione proposta dal Presidente della CGUE.

momento avere una portata più squisitamente politica: l'autonomia strategica[9]. Questo concetto rappresenta un approccio di *policy* sotteso a più ambiti dell'azione dell'UE[10], di cui non esiste una definizione univoca. In dottrina, è stata utilizzata questa definizione:

> "[s]trategic autonomy is defined here as the political, institutional and material ability of the EU and its member states to manage their interdependence with third parties, with the aim of ensuring the well-being of their citizens and implementing self-determined policy decisions"[11].

In sostanza, si tratta di agire nella scena globale attuale, segnata dalla crisi del multipolarismo, dalla crisi climatica, dal post-pandemia da COVID-19, dall'instabilità economica e finanziaria, dalla guerra all'interno dei confini del continente ed dalle crescenti tensioni geopolitiche su scala globale, perseguendo i propri interessi strategici.
Se l'autonomia dell'ordinamento in senso normativo può considerarsi come il presupposto giuridico dell'autonomia strategica, che concretizza la prima sul piano fattuale dell'azione dell'Unione[12], l'autonomia dell'ordinamento in senso funzionale sembra rafforzare ancora di più questo nesso. Ci si chiede, quindi, se la salvaguardia dell'esercizio delle prerogative delle istituzioni secondo il quadro costituzionale, insieme alla tutela l'effettività delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento, siano prodromi di un tentativo di compattare

[9] "[S]trategic autonomy could be said to refer to factual underpinnings of the autonomous legal order of the EU, guaranteeing essential prerequisites that have to be met so that EU citizens can live by the laws they regard as their own", in *Editorial comments: Keeping Europeanism at bay? Strategic autonomy as a constitutional problem*, in *Common Market Law Review*, Vo. 59, Issue 2, 2022, p. 313 e ss., p. 315.
[10] Per un quadro di insieme, si rimanda alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'8 settembre 2021, *Relazione di previsione strategica 2021. Capacità e libertà di azione dell'UE*, COM(2021) 750 final.
[11] In Helwig, *Strategic autonomy and the transformation of the EU: New agendas for security, diplomacy, trade and technology*, FIIA Report 67, 28 aprile 2021, disponibile al link https://www.fiia.fi/en/publication/strategic-autonomy-and-the-transformation-of-the-eu (ultimo accesso 28/12/2022), p. 21. Così anche in Helwig e Sinkkonen, *Strategic Autonomy and the EU as a Global Actor: The Evolution, Debate and Theory of a Contested Term*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 27, Special Issue, 2022, p. 1 e ss. *Cfr*. Tocci, *European Strategic Autonomy: What It Is, WhyWe Need It, How to Achieve It*, 2021, disponibile al link www.iai.it/sites/default/files/9788893681780.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
[12] *Cfr*. Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, op. cit., pp. 103-104.

l'Unione, a partire dal suo ordinamento[13], in vista delle imminenti sfide che l'Unione ed il suo processo di integrazione sono chiamati ad affrontare[14].

[13] Potrebbe non bastare. *Cfr.* Azoulai, *"Integration through law" and us*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol.14, Issue 2, 2016, p. 449 e ss.

[14] Casolari si chiede fino a che punto un approccio dell'Unione troppo assertivo sul piano esterno possa giovare alla sua posizione e credibilità nei confronti dei partner internazionali, in Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, op. cit., pp. 104-105. Si è visto che l'autonomia in senso sostanziale viene intesa come idonea a garantire una "*relative flexibility*" del diritto UE rispetto al diritto internazionale (*supra*, paragrafo IV.2.6). Il parere 1/17 sembra andare in questa direzione, anche se solo implicitamente. Resta da capire quanto questo si avvererà nella prassi a venire, anche alla luce dei rischi che siffatta concezione del principio può comportare.

Bibliografia

- Adinolfi, *Gli obiettivi e la sfera di operatività degli accordi preferenziali dell'Unione europea*, in Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 3 e ss.
- Adinolfi, *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il contenzioso euro-statunitense*, in Venturini, Adinolfi, Dordi e Lupone (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 155 e ss.
- Afilalo, *Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 25, no. 2, 2005, p. 279 e ss.
- Alberti, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, Fascicolo 2, p. 367 e ss.
- Alemanno e Chamon, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Alemanno, *Judicial enforcement of the WTO hormones ruling within the European Community: Toward EC liability for the non-implementation of WTO dispute settlement decisions*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, Issue 2, 2004, p. 547 e ss.
- Alemanno, *What Has Been, and What Could Be, Thirty Years after Les Verts/European Parliament*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 324 e ss.
- Alvarez, *Is Investor-State Arbitration 'Public'?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, 2016, p. 534 e ss.
- Andenas e Contartese, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, Vo. 56, Issue 1, 2019, p. 157 e ss.
- Anderle e Leontiev, *Here Comes Doomsday … Or Does It? – Implications of Achmea on Intra-EU Investment Arbitration in Light of Recent Case Law*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 154 e ss.
- Andersen, *Time to reconsider direct applicability of WTO law to ECJ jurisprudence? -*

The three arguments from Commission v Hungary (higher education), in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 4, 2022.

- Andolfi, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2019, no. 1, p. 136 e ss.
- Ankersmit, *Regulatory autonomy and regulatory chill in Opinion 1/17*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, disponibile al link https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2020.25 (ultimo accesso 22/11/2022).
- Arnull, *Judicial Dialogue in the European Union*, in Dickson e Eleftheriadis (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 109 e ss.
- Avery, *The European Economic Area revisited*, in *European Policy Centre*, 13 marzo 2012, disponibile al link https://www.epc.eu/en/Publications/The-European-Economic-Area-rev~2450e0 (ultimo accesso 10/11/2022).
- Azoulai, *Structural Principles in EU Law: Internal and External*, in Cremona (a cura di), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 32 e ss.
- Baetens, *The transitional mechanism regulating extra-EU bilateral investment treaties has turned 10: high time to re-assess*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 4, 2022, p. 437 e ss.
- Baraggia *The "conditionality" Regulation under the ECJ's scrutiny: a constitutional analysis*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 5, 2022, p. 687 e ss.
- Baratta, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 5, 2013, p. 1305 e ss.
- Baratta, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, 2012, no. 2, p. 403 e ss.
- Baratta, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 23, no 4, 2011, p. 297 e ss.
- Barausova, *Slovak Republic v. Achmea from a public international law perspective: is state consent to arbitrate under intra-EU BITs still valid?*, in *European Investment Law*

and Arbitration Review, 2018 Vol. 3, Issue 1, p. 129 e ss.

- Bárd *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, in *European Law Journal*, Vol. 27, Issue 1, 2021, p. 185 e ss.
- Barents, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, L'Aia, 2004.
- Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, no. 4, 2015, p. 367 e ss.
- Been e Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, in *New York University Law Review*¸ Vol. 78, No. 1, 2003, p. 30 e ss. E
- Begona Perez, *Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 19, no. 3, 2020, p. 329 e ss.
- Bergamaschi, *Il diritto UE ha un problema con la Convenzione ICSID? Gli Stati membri tra Scilla (Micula) e Cariddi (Achmea)*, in *BlogDUE*, 26 aprile 2022, disponibile al link https://www.aisdue.eu/il-diritto-ue-ha-un-problema-con-la-convenzione-icsid-gli-stati-membri-tra-scilla-micula-e-cariddi-achmea/ (ultimo accesso 11/11/2022).
- Bergamaschi, *Il lodo Green Power and SCE v Spain e l'effettività dell'autonomia del diritto UE*, in *SIDIBlog*, 29 luglio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/07/29/il-lodo-green-power-and-sce-v-spain-e-leffettivita-dellautonomia-del-diritto-ue/ (ultimo accesso 28/12/2022).
- Bergamaschi, *Shared Solutions or Territorial Extension of EU Law? A Possible Answer for the EU to the Foreign Subsidies Problem*, in Casolari e Gatti (a cura di), *The Application of EU Law Beyond Its Borders*, CLEER Papers 2022/3, disponibile al link https://www.asser.nl/cleer/publications/cleer-papers/cleer-paper-20223-casolari-gatti-m-eds/ (ultimo accesso 1/11/2022), p. 207 e ss.
- Bermann, *Understanding ICSID Article 54*, in *ICSID Review*, 2020, p. 311 ss.
- Bernhardt, *Le fonti del diritto comunitario: la "costituzione" della Comunità*, in Olmi (a cura di), *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1991, p. 71 e ss.
- Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, Issue 3, 2002, p. 397 e ss.
- Biernat, e Łętowska, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment!: Commentary*

to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/ (ultimo accesso 10/10/2022).

- Bilanova e Kudrna, *Achmea: the end of investment arbitration as we know it*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018, p. 261 e ss.
- Bingham, *The rule of law*, Penguin Books, London, 2011
- Biondi e Farley, *Damages in EU law*, in Schütze e Tridimas (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1040 e ss.
- Biondi e Sangiuolo, *Three years after Achmea: What is said, what is unsaid, and what could follow*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, p. 14 e ss.
- Bjorklund, *Contract without Privity: Sovereign Offer and Investor Acceptance*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 183 e ss.
- Blokker, *'International organizations belong to all members and to none' –Variations on a theme*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 1, 2004, p. 139 e ss.
- Boelaert, *Opinion 1/17 of the Court of Justice on the legality, under EU law, of the investor-to-state dispute settlement mechanism included in CETA agreement. A case of legal pragmatism or the dawn of a new era?*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, p. 37 e ss.
- Boelaert-Suominen, *The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 23, 2008, p. 643 e ss.
- Bogdanowicz e Schmidt, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 4, 2018, p. 1061 e ss.
- Bogdanowicz, e Taborowski, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: The Polish Experience: ECJ (Grand Chamber) 24 June 2019, Case C-619/18, European Commission v Republic of Poland*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, Issue 2, 2020, p. 306 e ss.

- Böhme, *The future of the Energy Charter Treaty after Moldova v. Komstroy,* in *Common Market Law Review,* Vol. 59, Issue 3, 2022, p. 853 e ss.
- Boisson de Chazournes e McLachlan, *Preface: The Intersection of Investment Arbitration and Public International Law*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, Issue 2, 2016, p. 255 e ss.
- Bonelli, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, Vol. 7, No 2, 2022, p. 507 e ss.
- Brown, *The contribution of the European Union to the rule of law in the field of international investment law through the creation of a Multilateral Investment Court*, in *European Law Journal*, Vol. 27, 2021, p. 96 e ss.
- Bradley, *Investor–State Dispute Tribunals Established under EU International Agreements: Opinion 1/17 (EU–Canada CETA)*, in Butler e Wessel (a cura di), *EU External Relations Law The Cases in Context*, Bloomsbury Publishing, 2022, p. 959 e ss.
- Brandtner, *The 'Drama' of the EEA. Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *European Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 2, 1992, p. 300 e ss.
- Bridge, *American Analogues in the Law of the European Community*, in *Anglo-American Law Review*, Vol. 11, no. 2, 1982, p. 130 e ss.
- Briguglio, *Achmea and the Day after Achmea*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2018, p. 504 e ss.
- Broches, *Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution*, in *ICSID Review*, 1987, p. 320 e ss.
- Broude e Haftel, *The growing pains of actorness: the European Union in global investment governance*, in *Journal of European Integration*, Vol. 44, Issue 5, 2022, p. 749 e ss.
- Brower e Lee, *Who Then Should Judge: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 193 e ss.
- Brower e Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, No. 2, 2009, p. 471 e ss.

- Brown, *Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 76, Issue 1, 2005, p. 195 e ss.
- Bungenberg e Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, Springer Open, 2020, disponibile al link https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/23089 (ultimo accesso 23/08/2022).
- Burdeau, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'État*, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 3 e ss.
- Burgstaller, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, no. 2, 2012, p. 207 e ss.
- Burke-White e von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, Issue 2, 2008, p. 307 e ss.
- Burke-White e von Staden, *Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, in *Yale Journal of International Law*, Vol. 35, no. 2, 2010, p. 283 e ss.
- Butler, *The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 13, Issue 4, 2017, p. 673 e ss.
- Butler, *The Court of Justice as an inter-state court*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 36, No. 1, 2017, p. 179 e ss.
- Caggiano, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XV, no. 2, 2020, p. 249 e ss.
- Caggiano, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno VIII, 2013, no. 3, p. 441 e ss.
- Cahill, *Komstroy (C-741/19): What is in the seat?*, in *EU Law Live*, 19 ottobre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-c-741-19-whats-in-the-seat-by-gillian-cahill/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Calamita, *Il nuovo "doppio binario" della politica commerciale dell'Unione europea*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2018, p. 855 e ss.
- Callewaert, *Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU*

accession to the ECHR and its consequences, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 6, 2018, p. 1685 e ss.

- Calzolari e Costamagna, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in Manzini e Vellano (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM - Kluwer, Milano, 2021, p. 169 e ss.
- Candelmo, *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XIV, no. 2, 2019, p. 447 e ss.
- Cannizzaro, *The neo-monism of the European legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 35 e ss.
- Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, Vol. 2, No 1, 2017, p. 251 e ss.
- Cannizzaro, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, Vol. 1, No 1, 2016, p. 3 e ss.
- Cannizzaro, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case*, in *Yearbook of European Law*, Volume 28, Issue 1, 2009, p. 593 e ss.
- Canor, *My brother's keeper? Horizontal solange: "An ever closer distrust among the peoples of Europe*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 2, 2013, p. 383 e ss.
- Cappiello, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 1, 2016, p. 71 e ss.
- Cardwell, French e White, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v council and Commission (Joined Cases C-402/05 and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, p. 229 e ss.
- Cardwell, *Who Decides? The ECJ's Judgment on Jurisdiction in the MOX Plant Dispute*, in *Journal of Environmental Law*, Vol. 19, no. 1, 2007, p. 121 e ss.
- Carrera, den Hertog e Stefan, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, CEPS Policy Insights 15 (2017), disponibile al link

https://www.ceps.eu/pub-lications/it-wasn%E2%80%99t-me-luxembourg-court-orders-eu-turkey-refugee-deal (ultimo accesso 17/06/2021).

- Casolari, *Delimiting the outer limits of EU law while dealing with a border dispute between Member States: Slovenia v. Croatia*, in Butler e Wessel (a cura di), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Bloomsbury Academic, Oxford, 2022, p. 981 e ss.
- Casolari, *Giving indirect effect to international law within the EU legal order: the doctrine of consistent interpretation*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 395 e ss.
- Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Casolari, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in Manzini e Vellano (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM - Kluwer, Milano, 2021, p. 285 e ss.
- Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 73 e ss.
- Casolari, *Il recesso dall'Unione Europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Fascicolo 4, 2019, p. 1006 e ss.
- Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Casolari, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, XII, p. 327 e ss.
- Cassese, *Advanced introduction to global administrative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham e Northampton, 2021.
- Castillo de la Torre, *Loyalty in External Relations Law: The Fabric of Competence, Autonomy and Institutional Balance*, in Neframi e Gatti (a cura di), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 385 e ss.

- Castillo de la Torre, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, in *Common Market Law Review*, Vol. 39, Issue 6, 2002, p. 1373 e ss.
- Cattabriga, *La corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998.
- Cellerino, *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull'accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, in *Eurojus.it*, 27 luglio 2017, disponibile al link http://rivista.eurojus.it/il-parere-215-della-corte-di-giustizia-sullaccordo-di-libero-scambio-ue-singapore-luci-e-ombre/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Cellerino, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and... "less" on its impact on the ICS*, in *The European Legal Forum*, 2019, Issue 4, p. 1 e ss.
- Cellerino, *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/01/10/to-arbitrate-or-not-to-arbitrate-versus-member-states-after-pl-holding-an-eu-law-perspective-on-intra-eu-investment-arbitration-in-the-post-bits-era/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Centeno Huerta e Kuplewatzky, *On Achmea, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and What Lies Ahead*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p. 61 e ss.
- Chamon, *Implied exclusive powers in the ECJ'S post-Lisbon jurisprudence: The continued development of the ERTA doctrine*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, 2018, Issue 4, p. 1101 e ss.
- Choudhury, *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, no. 3, 2008, p. 775 e ss.
- Chris, *Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 11, no. 2, 2002, p. 183 e ss.
- Churchill e Scott, *The MOX Plant Litigation: The First Half-Life*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, no. 3, 2004, p. 643 e ss.
- Cinnirella, *"You cannot beat something with nothing": ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello*

spazio giuridico europeo, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Fascicolo 2, 2020, p. 361 e ss.

- Collà Ruvolo, *La Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Micula: alcune novità in materia di aiuti di Stato e Investment Arbitration, in Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, Fascicolo 3, p. 745 e ss.
- Conforti, *La personalità internazionale delle unioni di stati*, in *Diritto Internazionale*, Vol. XVIII, 1964, p. 324 e ss.
- Contartese e Pantaleo, *Division of Competences, EU Autonomy and the Determination of the Respondent Party: Proceduralisation as a Possible Way-Out?*, in Neframi e Gatti (a cura di), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 409 e ss.
- Contartese, *EU Law as Applicable Law in International Disputes and Its Procedural Implications*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 323 e ss.
- Contartese, *Opinion 1/20: A missed opportunity to shed further light on the principle of EU autonomy?*, in *EU Law Live*, 7 luglio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-opinion-1-20-a-missed-opportunity-to-shed-further-light-on-the-principle-of-eu-autonomy-by-cristina-contartese/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Contartese, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, 2017, Issue 6, p. 1627 e ss.
- Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.
- Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 6, Issue 1, 2006, p. 87 e ss.
- Cottier, *Dispute settlement in the World Trade Organization: characteristics and structural implications for the European Union*, in *Common Market Law Review*, Vol. 35, Issue 2, 1998, p. 335 e ss.
- Craig, *EU Membership: Formal and Substantive Dimensions*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 22, 2020, p. 1 e ss.

- Craig, *The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Bloomsbury Publishing Plc*, 2010, p. 185 e ss.
- Cremona, *EU external relations: unity and conferral of powers*, in Azoulai (a cura di), *The question of competence in the European Union*, Oxford University Press, New York e Oxford, 2014, pp. 65 e ss.
- Cremona, *Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance*, in Cremona e de Witte (a cura di), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Bloomsbury Publishing Plc, 2008, p. 126 e ss.
- Cremona, *Extending the Reach of EU Law: The EU as an International Legal Actor*, in Cremona e Scott (a cura di), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 64 e ss.
- Cremona, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in Craig e de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU Law 2nd ed.*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 217 e ss.
- Cremona, *External Relations of the European Union: The Constitutional Framework for International Action*, in Craig e de Búrca (a cura di), *The Evolution of EU Law 3rd ed.*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 431 e ss.
- Cremona, *Member States Agreements as Union Law*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 291 e ss.
- Cremona, *Shaping EU Trade Policy Post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017 Case Note*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, Issue 1, 2018, p. 231 e ss.
- Cremona, *Structural Principles and their Role in EU External Relations Law*, in Cremona (a cura di), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 3 e ss.
- Cremona, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity, in Common Market Law Review*, Vol. 41, 2004, p. 553 e ss.
- Curtin e Eckes, *The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008,

p. 365 ss.

- D'Aspremont e Dopagne, *Kadi: The ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders,* in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 371 e ss.
- D'Aspremont e Dopagne, *Two constitutionalisms in Europe: pursuing an articulation of the European and international legal orders,* in *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 69, 2009, p. 939 e ss.
- Da Cruz Vilaça e Piçarra, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les CE ?*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1993, p. 3 e ss.
- Da Cruz Vilaça, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la «sanctuarisation» du renvoi préjudiciel. Étude d'une limite matérielle à la révision des traités*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 247 e ss.
- Dahlquist, Lenk e Rönnelid, *The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden*, in *Sieps European Policy Analysis*, N. 4, 2016, disponibile al link https://www.sieps.se/en/publications/2016/the-infringement-proceedings-over-intra-eu-investment-treaties--an-analysis-of-the-case-against-sweden-20164epa/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Damjanovic e de Sadeleer, *Values and objectives of the EU in light of Opinion 1/17: 'Trade for all', above all*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, disponibile al link https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2020.24 (ultimo accesso 12/11/2022).
- D'Ancona, *Primato del diritto europeo (indipendenza dei giudici nazionali nella decisione di rinviare le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia - art. 19 per. 1 TUE e art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, no. 5-6, p. 865 e ss.
- Danisi, *Taking the 'Union' out of the 'EU': the EU – Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an Agreement Between States under International Law*, in *EJIL: Talk!* (20 Aprile 2017), disponibile al link https://www.ejiltalk.org/taking-the-union-out-of-eu-the-eu-turkey-statement-on-the-syrian-refugee-crisis-as-an-agreement-between-states-under-international-law/ (ultimo accesso 17/06/2021).
- Dashwood, *Article 26 ECT and intra-EU disputes – the case against an expansive*

reading of Achmea, in *European Law Review*, Vol 46, Issue 4, 2021, p. 415 e ss.

- Dashwood, *Komstroy and Opinion 1/20 – curious and curiouser*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 2, 2022, p. 51 e ss.
- Dashwood, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum*, in *European Law Review*, Vol. 47, Issue 1, 2022, p. 127 e ss.
- Daukšienė e Grigonis, *Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism*, in *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 1, Issue 2, 2015, p. 98 e ss.
- De Abreu Duarte e Mota Delgado, *It's the Autonomy (Again, Again and Again), Stupid. Autonomy Between Constitutional Orders and the Definition of a Judicial Last Word*, in *Verfassungsblog*, 6 giugno 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/its-the-autonomy-again-again-and-again-stupid/ (ultimo accesso 21/06/2021).
- De Abreu Duarte, *Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence?*, in *European Law Blog*, 31 maggio 2019, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2019/05/31/autonomy-and-opinion-1-17-a-matter-of-coherence/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 9 e ss.
- De Boeck, *An upcoming landmark? AG Kokott in C-109/20 Poland v. PL Holdings*, in *European Law Blog*, 3 giugno 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/06/03/an-upcoming-landmark-ag-kokott-in-c-109-20-poland-v-pl-holdings/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- De Boeck, *EU Law and International Investment Arbitration. The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law*, Brill Nijhoff, Leiden e Boston, 2022.
- De Boeck, *Republic of Moldova v Komstroy (C-741/19): what next for the Energy Charter Treaty?*, in *EU Law Live*, 15 settembre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-republic-of-moldova-v-komstroy-c-741-19-what-next-for-the-energy-charter-treaty-by-michael-de-boeck/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- De Boer, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 4, 2013, p. 1083 e ss.

- De Branbandere, *Investment treaty arbitration as public international Law: procedural aspects and implications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- De Búrca e Scott, *The Impact of the WTO on EU Decision-Making*, in de Búrca and Scott (a cura di), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2001, p. 1 e ss.
- De Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, No.1, 2010, p. 1 e ss.
- De Luca, *The EU Regulation Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements Between Member States and Third Countries: the Destiny of Member States' BITS*, in *Diritti Comparati*, 27 novembre 2012, disponibile al link https://www.dirittocomparati.it/the-eu-regulation-establishing-transitional-arrangements-for-bilateral-investment-agreements-between/?print-posts=pdf (ultimo accesso 23/08/2022).
- De Mestral, *When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA*, in J*ournal of International Economic Law*, Vol. 18, Issue 3, 2015, p. 641 e ss.
- De Nanteuil, *Settlement of disputes in new EU free trade agreements: 'democratizing' international adjudication?*, in *The Conclusion and Implementation of EU Free Trade Agreements*, Bosse-Platière e Rapoport (a cura di), Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 255 e ss.
- De Schutter, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nr. 83, 2010, p. 535 e ss.
- De Witte, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, in *The European Court of Justice and External Relations Law*, a cura di Cremona e Thies, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 33 e ss.
- De Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 65, 2010, p. 141 e ss.
- De Witte, *The Continuous Significance of Van 294nterna Loos*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 9 e

ss.

- De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, in de Búrca e Weiler (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 19 e ss.
- De Witte, *The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of Justice*, in Popelier, Van de Heyning e Van Nuffel (a cura di), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, 2011, Intersentia, p. 17 e ss.
- Declève, *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p 99 e ss.
- Depalma, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*, *New York Times*, 11 marzo 2001, disponibile al link https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html (ultimo accesso 23/09/2022).
- Dero, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- Dhooge, *The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol. 10, no. 2, 2001, p. 209 e ss.
- Di Comite, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità Internazionale*, Vol. 70, no. 2, 2015, p. 223 e ss.,
- Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021, disponibile al link https://www.aisdue.eu/giacomo-di-federico-il-tribunale-costituzionale-polacco-si-pronuncia-sul-primato-della-costituzione-polacca-et-nunc-quo-vadis/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Dickson-Smith, *Does the European Union Have New Clothes? Understanding the EU's New Investment Treaty Model*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 17, 2016, p.773 e ss.
- Dimopoulos, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and*

extra-EU BITs, in *EJIL: Talk!*, 27 marzo 2018, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/ (ultimo accesso 26/12/2022).

- Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Dimopoulos, *The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 4, Issue 4, 2008, p. 101 e ss.
- Dimopoulos, *The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 6, 2014, p. 1671 e ss.
- Dimopoulos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 1, 2011, p. 63 e ss.
- Docksey e Fitzpatrick, *The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 20, no. 2, 1991, p. 113 e ss., p. 117 e ss.
- Dolka, *News from Micula: Court of Justice Clarifies Temporal Application of EU State Aid Rules and Confirms Relevance of Achmea: Annotation of the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 January 2022 in Case C-638/19 P European Commission v European Food SA and Others ('Micula')*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 21, no. 1, 2022, p. 87 e ss.
- Dony, *L'avis 2/15 de la Cour de justice: un "jugement de Salomon" ?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 3, 2017, p. 525 e ss.
- Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, Issue 1, 2003, p. 151 e ss.
- Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2009.
- Doyle, *Trojan Horses and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog*, 23 novembre 2022, disponibile al link https://verfassungsblog.de/trojan-horses-and-constitutional-identity/ (ultimo accesso 29/01/2023).
- Drinóczi e Bień-Kacała (a cura di), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, Routledge,

Londra, New York, 2021.

- Dubout, *Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 73 e ss.
- Eckes e Ankersmit, *Komstroy: the beginning of the end for the Energy Charter Treaty?*, in *European Law Blog*, 4 ottobre 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/10/04/komstroy-the-beginning-of-the-end-for-the-energy-charter-treaty/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Eckes e Ankersmit, *Member States Hold all the Necessary Bargaining Power to Decide the Future of the Energy Charter Treaty, Not the European Union*, in *European Law Blog*, 18 ottobre 2022, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2022/10/18/member-states-hold-all-the-necessary-bargaining-power-to-decide-the-future-of-the-energy-charter-treaty-not-the-european-union/ (ultimo accesso 29/01/2023).
- Eckes e Ankersmit, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, 21 aprile 2022, disponibile al link https://www.clientearth.org/media/2n2po04j/report-on-ect-compatibility-with-eu-law.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
- Eckes, *Case C-188/07, Commune de Mesquer v. Total France and Total International Ltd., Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2008 [2008] ECR I-4501*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 3, 2010, p. 899 e ss.
- Eckes, *Conceptual Toolkit – Bonding Structures, Autonomy, Effectiveness, and Legitimacy, in EU Powers Under External Pressure*, Oxford Studies in European Law, New York, 2019, p. 15 e ss.
- Eckes, *EU Counter-Terrorist Sanctions against Individuals: Problems and Perils*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 17, no. 1, 2012, p. 113 e ss.
- Eckes, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, in *CLEER Papers*, no. 2, 2016, https://www.asser.nl/media/3002/cleer16-2_complete_web.pdf (ultimo accesso 21 giugno 2021).
- Eckes, Main-Klingst e Schaugg, *Why a coordinated withdrawal from the Energy Charter Treaty is inevitable*, in *EURACTIV*, 24 gennaio 2023, disponibile al link https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/why-a-coordinated-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-is-inevitable/ (ultimo accesso 29/01/2023).

- Eckes, *Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order*, in *European Law Journal*, Vol. 18, no. 2, 2012, p. 230 e ss.
- Eckes, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p 79 e ss.
- Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, Vol. 4, Issue 1, 2020, https://uclpress.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewlj.2019.19 (ultimo accesso 29/01/2023).
- *Editorial comments: Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 58, Issue 2, 2021 p. 267 e ss.
- *Editorial comments: Keeping Europeanism at bay? Strategic autonomy as a constitutional problem*, in *Common Market Law Review*, Vo. 59, Issue 2, 2022, p. 313 e ss.
- *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law* Review, Vol. 52, Issue 1, 2015, p. 1 e ss.
- *Editorial Comments: The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems*, in *Common Market Law Review*, Vol. 53, Issue 3, 2016, p. 597 e ss.
- *Editorial Comments: Union membership in times of crisis*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 1, 2014, p. 1 e ss.
- *Editorial. Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values*, in *European Papers*, Vol. 6, No 2, 2021, p. 1117 e ss.
- Edward, *CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 173 e ss.
- Edward, *National Courts—the Powerhouse of Community Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 5, 2003, p. 1 e ss.
- Eeckhout, *Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 3 June 2008*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 6, 2009, p. 2041 e ss.
- Eeckhout, *Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC*,

EJIL:Talk!, 25 febbraio 2009, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/ (ultimo accesso 21/06/2021).

- Eeckhout, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, 2015, p. 955 e ss.
- Eeckhout, *The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems*, in *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, p. 11 e ss.
- Ehlerman, *Applicaiton of GATT rules in the European Community*, in Hilf, Jacobs e Petersmann (a cura di), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 127 e ss.
- Eilmansberger, *Bilateral investment treaties and EU law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 2, 2009, p. 383 e ss.
- Everling, *The European Union as a Federal Association of States and Citizens*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2010, p. 701 e ss.
- Fabbrini e Larik, *The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 2016, p. 1 e ss.
- Fabbrini, *The Role of the Judiciary in Times of Emergency: Judicial Review of Counter-Terrorism Measures in the United States Supreme Court and the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 664 e ss.
- Fahner, *The Court of Justice Dodges the Real Question in the Micula case: Can an Investment Arbitration Tribunal Grant State Aid?*, in *EU Law Live*, 15 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-the-court-of-justice-dodges-the-real-question-in-the-micula-case-can-an-investment-arbitration-tribunal-grant-state-aid-by-johannes-fahner/ (ultimo accesso 11/11/2022).
- Fanou, *The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 22, 2020, p. 106 e ss.
- Fennelly, *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past*

and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 39 e ss.

- Fernández Tomás, *The Settlement of Disputes arising put from the United Kingdom's Withdrawal from the Eruopean Union*¸ doc. PE 596.819, novembre 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596819/IPOL_STU(2017)596819_EN.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
- Fisicaro, *Protection of the Rule of Law and 'Competence Creep' via the Budget: The Court of Justice on the Legality of the Conditionality Regulation: ECJ Judgments of 16 February 2022, Cases C-156/21, Hungary v Parliament and Council and C-157/21, Poland v Parliament and Council*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 2, 2022, p. 334 e ss.
- Florou, *A Middle Path of ISDS Reform: The Principle of Comity as a Means of Strengthening the Role of National Courts in the Enforcement of Investment Arbitral Awards*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2021, p. 171 e ss.
- Fois, *La problematica degli accordi degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, p. 432 e ss.
- Franklin e Haukeland Fredriksen, *Of pragmatism and principles: The EEA Agreement 20 years on*, in *Common Market Law Review*, Vol. 52, Issue 3, 2015, p. 629 e ss.
- Fumagalli, *344*, in Pocar e Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1537 e ss.
- Fumagalli, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, Fascicolo 3, p. 896 e ss.
- Gaillard, *CJUE. Règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Journal du Droit International*, n. 3/2019, p. 833 e ss.
- Gaillard, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, in *Revue critique de droit international privé*, 2018, n. 3, p. 616 e ss.
- Gaja, *Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the EC Treaty?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 664 e ss.
- Gaja, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not*

yet reported, in *Common Market Law Review*, Vol. 33, Issue 5, 1996, p. 975 e ss.

- Gallo e Nicola, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in *Fordham International Law Journal Volume*, Vol. 39, Issue 5, 2016, p. 1081 e ss.
- Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018.
- García Andrade, *EU external competences in the field of migration: How to act externally when thinking internally*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 1, 2018, p. 157 e ss.
- García-Castrillón, *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion*, in de Mestral (a cura di), *Second Thoughts Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 285 e ss.
- Gáspár-Szilágyi e Usynin, *The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 4, Issue 1, 2019 p. 29 e ss.
- Gáspár-Szilágyi e Usynin. *Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in Commission v Micula?*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 53 e ss.
- Gáspár-Szilágyi, *A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the Court of Justice of the European Union*, in *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 17, Issue 5, 2016, p 701 e ss.
- Gáspár-Szilágyi, *It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, Vol. 3, no. 1, 2018, p. 357 e ss.
- Gáspár-Szilágyi, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, no. 2-3, 2016, p. 197 e ss.
- Gáspár-Szilágyi, *Opinion 2/15: Maybe it is time for the EU to conclude separate trade and investment agreements*, in *European Law Blog*, 20 giugno 2017, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2017/06/20/opinion-215-maybe-it-is-time-for-the-eu-to-conclude-separate-trade-and-investment-agreements/ (ultimo accesso 23/08/2022).

- Gáspár-Szilágyi, *The Relationship between EU law and International Agreements. Restricting the Fediol and Nakajima Exceptions in Vereniging Milieudefensie*, in *Common Market Law Review*, Vol. 52, Issue 4, 2015, p. 1059 e ss.
- Gatti e Ott, *The EU-Turkey Statement: Legal Nature and Compatibility with EU Institutional Law*, in Carrera *et al*. (a cura di), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham e Northampton, 2019, p. 175 ss.
- Gatti, *La politica commerciale dopo il parere 2/15: Verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?*, in *SIDIBlog*, 19 giugno 2017, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2017/06/19/la-politica-commerciale-dopo-il-parere-215-verso-accordi-eu-only-senza-isdsics/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Gatti, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, in *European Papers*, Vol. 4, no. 1, 2019, p. 108 e ss.
- Gatti, *The EU and International Investment Agreements: To Diverge is to Converge*, in Fahey (a cura di), *Framing Convergence with the Global Legal Order The EU and the World*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 83 e ss.
- Gattinara, *Consistent Interpretation of WTO Rulings in the EU Legal Order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 269 e ss.
- Gattini, *Joined Cases C–402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 1, 2009, p. 213 e ss.
- Gazzini, *The relationship between international legal personality and the autonomy of international organizations*, in Collins e White (a cura di), *International organizations and the idea of autonomy: Institutional independence in the international legal order*, Routledge, Oxon e New York, 2011, p. 196 e ss.
- Georgaki, *Conflict resolution between EU law and bilateral investment treaties of the EU Member States in the aftermath of Achmea*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 0, Issue 0, p. 1 e ss.
- Geraets, *Changes in EU Trade Policy After Opinion 2/15*, in *Global Trade and Customs*

Journal, Volume 13, Issue 1, 2018, p. 13 e ss.

- Ghazaryan, *Who Are the 'Gatekeepers'?: In Continuation of the Debate on the Direct Applicability and the Direct Effect of EU International Agreements*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 37, No. 1, 2018, p. 27 e ss.
- Giardina, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 609 e ss.
- Gourgourinis, *After Achmea: maintaining the EU law compatibility of intra-EU bits through treaty interpretation*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, Issue 1, 2018, p. 282 e ss.
- Govaere, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU legal order: A ballon Dynamic*, in *The Interface Between EU and International Law*, a cura di Govaere e Garben, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 19 e ss.
- Govaere, *The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order*, Research Papers in Law, 1/2009, disponibile al link https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/research_paper_1_2009_govaere.pdf?download=1 (ultimo accesso 21/06/2021).
- Gori, *Sulla competenza negoziale esterna delle organizzazioni intergovernative con particolare riguardo alle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1971, p. 186 e ss.
- Gradoni e Tanzi, *Diritto Comunitario: una lex specialis molto speciale*, in Rossi e Di Federico (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 37 e ss.
- Gragl, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2013.
- Griller, *Judicial enforceability of WTO law in the European Union. Annotation to Case C-149/96, Portugal V. Council*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, Issue 3, 2000, p. 441 e ss.
- Groux, *Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne. À propos de l'Avis 1/76 de la Cour de justice du 26 avril 1977*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1978, no. 1, p. 3 e ss.

- Gutiérrez-Fons e Lenaerts, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 6, 2010, pp. 1629 e ss.
- Hachez e Wouters, *International investment dispute settlement in the 21st Century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model?*, in *KU Leven Working Papers* n. 81, 2012, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009327 (ultimo accesso 23/08/2022).
- Hafner-Burton, Puig e Victort, *Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement*, in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 42, no. 2, 2017, p. 279 e ss.
- Hainbach, *The CJEU's Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and Law-Making*, in *Legal Issues of Economic Integration* Vol. 45, Issue 2, 2018, p. 199 e ss.
- Halberstam e Stein, *The United Nations, the European Union and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Right in a Plural World Order*, in *Common Market Law Review*, Vol. 46, Issue 1, 2009, p. 13 e ss.
- Halberstam, *Could there be a Rule of Law Problem at the EU Court of Justice? The Puzzling Plan to let U.K. Advocate General Sharpston Go After Brexit*, *Verfassungsblog*, 23 febbraio 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/could-there-be-a-rule-of-law-problem-at-the-eu-court-of-justice/ (ultimo accesso 17/06/2021).
- Halberstam, *It's the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German Law Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 105 e ss.
- Halberstam, *Pluralism in Marbury and Van Gend*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 26 e ss.
- Hallak, *EU-Swiss trade relations and the institutional framework agreement*, EPRS | European Parliamentary Research Service, luglio 2021, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/696174/EPRS_BRI(2021)696174_EN.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).

- Hannum e Lillich, *The Concept of Autonomy in International Law*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 4, 1980, p. 858 e ss.
- Hardy, *Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making Powers of the Community*, in *Common Market Law Review*, Vol. 14, Issue 5, 1977, p. 561 e ss.
- Hartley, *International Comeptence of the Community*, in *European Law Review*, Vol. 2, 1977, p. 275 e ss.
- Haukeland Fredriksen, *One Market, Two Courts: Legal Pluralism vs. Homogeneity*, in *the European Economic Area*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 79, Issue 4, 2010, p. 481 e ss.
- Helwig e Sinkkonen, *Strategic Autonomy and the EU as a Global Actor: The Evolution, Debate and Theory of a Contested Term*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 27, Special Issue, 2022, p. 1 e ss.
- Helwig, *Strategic autonomy and the transformation of the EU: New agendas for security, diplomacy, trade and technology*, FIIA Report 67, 28 aprile 2021, disponibile al link https://www.fiia.fi/en/publication/strategic-autonomy-and-the-transformation-of-the-eu (ultimo accesso 28/12/2022).
- Henckels, *Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, 2016, Vol. 19, Issue 1, p. 27 e ss.
- Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fascicolo 1, 2017, pp. 133 e ss.
- Hepburn, *Applicable Law in TPP Investment Disputes*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 17, no. 2, 2016, p. 349 e ss.
- Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause*, in *EJIL: Talk!*, 17 marzo 2016, disponibile al link https://www.ejiltalk.org/cetas-new-domestic-law-clause/ (ultimo accesso 1/11/2022).
- Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Herrmann, *Case C–351/04, IKEA Wholesale Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, Judgment of the Court of Justice of 27 September 2007, Second Chamber [2007]*

ECR I-7723, in *Common Market Law Review*, Vol.45, Issue 5, 2008, p. 1507 e ss.

- Hess, *The Private-Public Divide in International Dispute Resolution*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 388, p. 55 e ss.
- Hestermeyer, *When regimes collide: Micula – and the fragmentation of the international legal system*, in *EU Law Live*, 11 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-when-regimes-collide-micula-and-the-fragmentation-of-the-international-legal-system-by-holger-hestermeyer/ (ultimo accesso 11/11/2022).
- Hillebrand Poh, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 14, 2018, p. 767 e ss.
- Hillion e Wessel, *The European Union and International Dispute Settlement: Mapping Principles and Conditions*, in Cremona, Thies e Wessel (a cura di), *The European Union and International Dispute Settlement*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 7 e ss.
- Hillion, *Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy*, in *European Papers*, 2016, Vol. 1, no. 1, p. 55 e ss.
- Hillion, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in *Verfassungsblog*, 27 aprile 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Hindelang e Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court. Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, European Parliament Think Thank, 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EXPO_STU%282017%29603844, (ultimo accesso 23/08/2022).
- Hindelang, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, Issue 2, 2012, p. 179 e ss.
- Hindelang, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law – the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *European Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2019, p. 383 e ss.
- Hindelang, *Part II: Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, in *Investor-State*

Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements, Publication Office of the EU, 2014, disponibile al link https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/5108db7a-770a-4326-bbaa-4a7bba89f07d (ultimo accesso 23/08/2022), p. 56 e ss.

- Hindelang, *The price for a seat at the ISDS reform table: CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, p. 127 e ss.
- Hinojosa Martínez, *Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 339 e ss.
- Hix, *Indirect Effect of International Agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts*, *Jean Monnet Working Paper Series 03/13*, 2013, disponibile al link https://jeanmonnetprogram.org/paper/indirect-effect-of-international-agreements-consistent-interpretation-and-other-forms-of-judicial-accommodation-of-wto-law-by-the-eu-courts-and-the-us-courts-2/ (ultimo accesso 28/12/2022).
- Hofmann, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 60 e ss.
- Holdgaard, *External Relations Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.
- Iannuccelli, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 397 e ss.
- Iannuccelli, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 281 e ss.

- IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration*, novembre 2018, disponibile al link https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf (ultimo accesso 23/09/2022).
- Ioannidis e von Bogdandy, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 1, 2014, p. 59 e ss.
- Jacqué, *Les Verts v The European Parliament*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 316 e ss.
- Jacqué, *Pride and/or prejudice? Les lectures possible de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 19 e ss.
- Jacqué, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 4, 2011, p. 995.
- Jamienson, *Assessing the CJEU'S Decisions in Achmea and Opinion 1/17 in Light of the proposed Multilateral Investment Court*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol, 5, Issue 1, 2020, p. 213 e ss.
- Jenks, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Year Book of International Law*, Vol. 30, 1953, p. 401 e ss.
- Jenks, *The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice*, in *British Year Book of International Law*, Vol. 19, 1938, p. 67 e ss.
- Jeutner, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Johansen, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, in *German Law Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 169 e ss.
- Kassoti e Odermatt, *The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17*, in *Questions of International Law* Zoom Out 73, 2020, p. 5 e ss., disponibile al link http://www.qil-qdi.org/the-principle-of-autonomy-and-international-investment-arbitration-reflections-on-opinion-1-17/

(ultimo accesso 23/08/2022).

- Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Kennedy e Lee, *The Potential Direct Effect of GATT 1994 in European Community Law*, in *Journal of World Trade*, Vol. 30, Issue 1, 1996, pp. 67 e ss.
- Kingsbury e Schill, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality*, in Schill, (a cura di), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 75 e ss.
- Kingsbury, Krisch, Stewart e Wiener, *Global Governance as Administration – National and Transnational Approaches to Global Administrative Law The Emergence of Global Administrative Law: Foreword*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, Issues 3 e 4, 2005, p. 1 e ss.
- Kirst, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, Vol. 6, No 1, 2021, p. 101 e ss.
- Klabbers, *A Moral Holiday – Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *ESIL Reflection*, Vol 11, Issue 6, disponibile al link https://esil-sedi.eu/esil-reflection-a-moral-holiday-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/#_ftn1 (ultimo accesso 29/01/2023).
- Klabbers, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 21, Issue 1, 2001, p. 263 e ss.
- Klabbers, *The Changing Image of International Organizations*, in Coicaud and Heiskanen (a cura di), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, Tokyo, 2001, p. 221e ss.
- Klabbers, *The Reception of International Law in the EU Legal Order*, in Schütze e Tridimas (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 1208 e ss.
- Klabbers, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Klamert, *Article 48 TEU*, in Kellerbauer, Klamert e Tomkin (a cura di), *The EU Treaties and the Charters of Fundamental rights. A commentary*, Oxford University Press,

Oxford, 2019.

- Klamert, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *European Law Review*, Vol. 42, Issue 6, 2017, p. 815 e ss.
- Kleimann e Kübek, *The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It*, in *Verfassungsblog*, 23 maggio 2017, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-singapore-opinion-or-the-end-of-mixity-as-we-know-it/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Kleimann, *Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court's Discretion, and the Legal View of the Advocate General*, in *EUI Working Paper RSCAS* 2017/23, disponibile al link https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46104/RSCAS_2017_23REVISED.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).
- Knahr, *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010.
- Kochenov e Butler, *CJEU's Independence and Lawful Composition in Question (Part V)*, *Verfassungsblog*, 19 giugno 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/cjeus-independence-and-lawful-composition-in-question-part-v/ (ultimo accesso 21/06/2021).
- Kochenov e Butler, *CJEU's Independence in Question, Part IV. Ousted AG Sharpston brings an Appeal to the Court*, *Verfassungsblog*, 23 dicembre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/cjeus-independence-in-question-part-iv/ (ultimo accesso 17/06/2021).
- Kochenov e Butler, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice of the European Union: Replacement of Advocate General Sharpston and the Battle for the Integrity of the Institution*, Jean Monnet Working Paper 2/20, disponibile al link https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-02-Dimitry-Kochenov-Graham-Butler.pdf (ultimo accesso 17/06/2021).
- Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 34, no. 1, 2015, p. 74 e ss.
- Komninos, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. V. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 2, 2000, p. 459 e ss.
- Konstadinides, *The Competences of the Union*, in Schütze e Tridimas (a cura di), *Oxford*

Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order, Oxford University Press, Oxford, 2018, p 191 e ss.

- Koskenniemi, *International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, no. 1, 2007, p. 8 e ss.
- Koutrakos, *EU international relations law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2015.
- Koutrakos, *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, p. 1 e ss.
- Koutrakos, *More on autonomy – Opinion 1/17 (CETA)*, in *European Law Review*, Vol. 44, Issue 3, 2019, p. 293 e ss.
- Koutrakos, *The anatomy of autonomy: themes and perspectives on an elusive principle*, in *Building bridges: central banking law in an interconnected world - ECB Legal conference 2019*, p. 90 e ss., disponibile al link https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings201912~9325c45957.en.pdf (ultimo accesso 8/10/2022).
- Koutrakos, *The Autonomy of EU Law and International Investment Arbitration*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, Issue 1, 2019, p. 41 e ss.
- Kovar, *Chroniques de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européenne, in Journal de Droit International*, 1978, no. 4, p. 936 e ss.
- Krajewski, *The Reform of Common Commercial Policy*, in Biondi Eeckhout e Ripley (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 292 e ss.
- Krappitz e Kirst, *The Primacy of EU law Does Not Depend on the Existence of a Legislative Competence — Debunking the flawed analysis of the Polish Constitutional Court*, in *EU Law Live*, 20 ottobre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-the-primacy-of-eu-law-does-not-depend-on-the-division-of-legislative-competences-debunking-the-flawed-analysis-of-the-polish-constitutional-court-by-david-krappitz-a/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Krenn, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *German Law Journal*, Vol. 16, Issue 1, 2015, p. 147 e ss.
- Kuijpers e Bronckers, *WTO law in the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, Vol. 42, Issue 5, 2005, p. 1313 e ss.
- Kwiatkowska, *The Ireland v United Kingdom (MOX Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism*, in *The International Journal of Marine and Coastal*

Law, Vol. 18, no. 1, p. 1 e ss.

- Łacny, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020—Is it all About the Money?*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 13, p. 79 e ss.
- Laird, *NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, no. 1, 2001, p. 223 e ss.
- Lampo, *Tutto è bene quel che finisce (bene?): prime considerazioni sul lodo Green Power c. Spagna*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2022, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2022/07/14/tutto-e-bene-quel-che-finisce-bene-prime-considerazioni-sul-lodo-green-power-c-spagna/ (ultimo accesso 28/12/2022).
- Lang, *L'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2020, disponibile al link https://rivista.eurojus.it/laccordo-sullestinzione-dei-trattati-bilaterali-di-investimento-tra-stati-membri-dellunione-europea/ (ultimo accesso 28/12/2022).
- Lang, *L'accordo sullo spazio economico europeo e la compatibilità col diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, p. 575 e ss.
- Lanotte, *L'approvazione del PNRR polacco da parte della Commissione: una scelta (non) condivisibile? Le tensioni nelle e tra le istituzioni europee*, in *BlogDUE*, 2 settembre 2022, disponibile al link https://www.aisdue.eu/miriana-lanotte-lapprovazione-del-pnrr-polacco-da-parte-della-commissione/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Lavranos, *CJEU Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart*, in *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 4, Issue 1, 2019, p. 240 e ss.
- Lavranos, *Commission v. Austria; Commission v. Sweden*, in *American Journal of International Law*, Vol. 103, n. 4, 2009, p. 716 e ss.
- Lavranos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004.
- Lavranos, *Protecting European Law from International Law*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 15, 2010, p. 265 e ss.
- Lavranos, *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-judgment of the ECJ*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, 2006, p. 479 e ss.

- Lavranos, *Restricted Access Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v Kingdom of Spain: How EU Law Allegedly Trumps International Investment Law*, *in European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 166 e ss.
- Lavranos, *The Chiquita and Van Parys Judgments: An Exception to the Rule of Law*, *in Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 32, Issue 4, 2005, p. 449 e ss.
- Lavranos, T*he MOX Plant and Ijzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 1, p. 223 e ss.
- Lazowski e Wessel, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *German Law Journal*, Vol. 6, no. 1, 2015, p. 179 e ss.
- Lazowski, *Draft EU-Swiss institutional agreement: Towards a new institutional paradigm?*, in Biondi e Sangiuolo (a cura di), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, p. 154 e ss.
- Leino-Sandberg e Ruffert, *Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 2, 2022, p. 433 e ss.
- Lenaerts e Desomier, *New Models of Constitution-Making in Europe: the Quest for Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 39, 2002, p. 1217 e ss.
- Lenaerts e Gutiérrez-Fons, *A Constitutional Perspective*, in Schütze e Tridimas (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law, Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 103 e ss.
- Lenaerts e Verhoeven, *Institutional Balance As a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in Joerges and Dehousse (a cura di), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 35 e ss.
- Lenaerts, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law*, in Govaere, Lannon, Van Elsuwege e Adam (a cura di), *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Brill, 2014, p. 45 e ss.
- Lenaerts, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, no. 5, 2010, p. 1338 e ss.
- Lenaerts, Gutiérrez-Fons e Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.

1/2021, p. 47 e ss.

- Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, Vol. 54, Issue 3, 2017, p. 805 e ss.
- Lenaerts, *Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique*, in Petrlík, Bobeck, Passer e Masson (a cura di), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 285 e ss.
- Lenaerts, *Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework: an insight into the balanced approach of Opinion 1/17*, 6 settembre 2019, disponibile al link https://diplomatie.belgium.be/en (ultimo accesso 10/11/2021), p. 5.
- Lenaerts, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in Verfassungsblog, 8 ottobre 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/no-member-state-is-more-equal-than-others/ (ultimo accesso 21/06/2020).
- Lenaerts, *The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 295 e ss.
- Lenaerts, *The Court of justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence*, 19 marzo 2018, disponibile al link https://www.nsa.gov.pl/archiwum-aktualnosci/konferencja-naukowa-stosowanie-prawa-europejskiego-w-orzecznictwie-sadowym-w-naczelnym-sadzie-administracyjnym,news,27,529.php (ultimo accesso 10/10/2022).
- Lenaerts, *The principle of democracy in the case law of the European Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 62, 2013 p. 271 e ss.
- Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, Vol. 44, 2007, Issue 6, p. 1625 e ss.
- Lenk, *An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada*, in *European Papers*, Vol. 1, No. 3, 2016, p. 665 e ss.
- Leolup, Kochenov e Dimitrovs, *Opening the door to solving the "Copenhagen*

dilemma"? All eyes on Repubblika v Il-Prim Ministru, in *European Law Review*, Vol. 46, Issue 5, 2021, p. 692 e ss.

- Leonelli, *CETA and the External Autonomy of the EU Legal Order: Risk Regulation as a Test*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 47, n. 1, 2020, p. 43 e ss.
- Lévesque, T*he European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?*, in De Mestral (a cura di), *Second Thoughts Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 59 e ss.
- Lickova, *European Exceptionalism in International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 19, no. 3, 2008, p. 463 e ss.
- Lindeboom, *The Autonomy of EU Law: A Hartian View*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, 2021, p. 271 e ss.
- Lock, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *European Law Review*, Vol. 36, Issue 4, 2011, p. 576 e ss.
- Lock, *The European Court of Justice and International Courts,* Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Lock, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, 2015, p. 239 e ss.
- Lock, *Third time lucky? The revised agreement on the EU's accession to the ECHR*, in *EU Law Live*, 19 aprile 2023, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-third-time-lucky-the-revised-agreement-on-the-eus-accession-to-the-echr-by-tobias-lock/# (ultimo accesso 11/05/2023).
- Lock, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, Issue 4, 2011, p. 1015 e ss.
- Malferrari, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, in Manzini e Vellano (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM - Kluwer, Milano, 2021, p. 199 e ss.
- Malferrari, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, in Berramdane e Trochu (a cura di), *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, Bruxelles, 2021, p. 43 e ss.

- Mann e von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment. Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, in *International Institute for Sustainable Development – IISD*, 16 gennaio 2002, disponibile al link https://www.iisd.org/publications/report/naftas-chapter-11-and-environment-addressing-impacts-investor-state-process-0 (ultimo accesso 23/09/2022).
- Manzini, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 1, n. 4, 2000, p. 781 e ss.
- Marescau, *The GATT in the case-law of the European Court of Justice*, in *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 127 e ss.p. 107 e ss.
- Marino, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 4, 2018, p. 633 e ss.
- Martin, *L'indépendance de la justice en Pologne: la guerre des juges aura bien lieu. À propos de la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du droit primaire de l'UE*, in *Blogdroiteuropeen Working Paper 5/2021*, ottobre2021, disponibile al link https://blogdroiteuropeen.com/2021/10/11/lindependance-de-la-justice-en-pologne-la-guerre-des-juges-aura-bien-lieu-anaelle-martin/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Martinico, *Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law Before National Courts*, in Kosta, Skoutaris e Tzevelekos (a cura di), *The EU Accession to the ECHR*, 2016, Hart Publishing, p. 141 e ss.
- Martuffi, *Effective judicial protection and the European arrest warrant: Navigating between procedural autonomy and mutual trust*, in *Common Market Law Review Volume*, Vol. 59, Issue 5, 2022, p. 1371 e ss.
- Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 16 e ss.
- McGoldrick, *The International Legal Personality of the European Community and the European Union*, in Dougan e Currie (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, p. 181 e ss.

- McLachlan, Shore e Weiniger, *International investment arbitration: substantive principles 2 ed.*, Oxford University Press, Oxford e New York, 2017.
- Melchionda, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, n. 3, p. 337 e ss.
- Melykian, *The Legacy of Opinion 1/17: To What Extent Is the Autonomous EU Legal Order Open to New Generation ISDS?*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 645 e ss.
- Mendez, *The enforcement of EU agreements: Bolstering the effectiveness of treaty law?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 6, 2010, p. 1719 e ss.
- Mendez, *The impact of WTO rulings in the Community legal order*, in *European Law Review*, Vol. 29, Issue 4, 2004, p. 517 e ss.
- Mendez, *The Legal Effects of EU Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Mengozzi, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia,* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 2, p. 1 e ss.
- Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2010, p. 231 e ss.
- Mengozzi, *Private International Law and the WTO Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy*, Vol. 292, 2001, p. 255 e ss.
- Metaxas, *Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 631 e ss.
- Moberg e Hindelang, *The art of casting political dissent in law: The EU'S framework for the screening of foreign direct investment*, in *Common Market Law Review*, Vol.57, Issue 5, 2020, p. 1427 e ss.
- Molnár, *The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal System of Member States*, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, p. 433 e ss.
- Momic, *Can an ICSID Arbitral Award for the Compensation of Damages Be Regarded*

as State Aid, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 18, no. 3, 2019, p. 346 e ss.

- Monaco, *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, in *Scritti in onore di Perassi*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 136 e ss.
- Moraru e Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 2022, p. 82 e ss.
- Morelli, *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961.
- Moreno-Lax e Ziegler, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in Ziegler, Neuvonen, and Moreno-Lax (a cura di), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, 2022, Edward Elgar, p. 227 e ss.
- Moreno-Lax, *The Axiological Emancipation of a (Non-) Principle: Autonomy, International Law and the EU Legal Order*, in Govaere e Garben (a cura di), *The Interface Between EU and International Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2019, p. 45 e ss.
- Mori*, L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 363 e ss.
- Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it*, no. 2, 2020, p. 166 e ss.
- Möstl, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 2, 2010, p. 405 e ss.
- Munari e Cellerino, *EU law is alive and healthy: The Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *SIDIBlog*, 17 aprile 2018, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/ (ultimo accesso 26/08/22).
- Munari e Cellerino, *Investment Arbitration and EU General Principles of Law: Current Developments*, in Gattini, Tanzi e Fontanelli (a cura di), *General principles of law and international investment arbitration*, BRILL, Leiden, 2018, p. 74 e ss.
- Nascimbene, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017, disponibile al link https://rivista.eurojus.it/lo-stato-di-

diritto-e-la-violazione-grave-degli-obblighi-posti-dal-trattato-ue/ (ultimo accesso 10/10/2022).

- Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, Fascicolo n. 3, 2021, p. 172 e ss.
- Neframi, *Article 47 of the Charter in the Opinion Procedure: Some Reflections Following Opinion 1/17*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 1, 2021, p. 741 e ss.
- Negret, *Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe in Anie and Others v. Italy – End of the Road for intra-EU ECT Arbitration?*, in *European Investment Law and Arbitration Review Online*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 256 e ss.
- Northmore-Ball, Harvey e Courtier, *Micula v Romania – A Saga of Lasting Significance*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 74 e ss.
- Odermatt, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *European Papers*, Vol. 6, no. 3, 2021, p. 1255 e ss.
- Odermatt, *The Principle of Autonomy: an adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in Cremona (a cura di), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2020, p. 291 e ss.
- Odermatt, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, in *EUI Working Paper MWP* 2016/07, disponibile al link https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP_2016_07.pdf?sequence=1 (ultimo accesso 26/08/2022).
- Ohler, *Democratic Legitimacy and the Rule of Law in Investor-State Dispute Settlement under CETA*, in Bungenberg, Krajewski, Tams, Terhechte, e Ziegler (a cura di), *European Yearbook of International Economic Law 2017*, Springer, Cham, 2017, p. 227 e ss.
- O'Sullivan, *Burning Bridges: The Court of Justice and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Hibernian Law Journal*, Vol. 17, 2018, p. 1 e ss.
- Ott, *The Building Blocks and Stumbling Stones of Constructing the European Legal Space*, in Douma *et al.* (a cura di), *The evolving nature of EU external relations*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2021, p. 205 e ss.
- Paine, *Autonomy to set the level of regulatory protection in international investment*

law, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70, Issue 3, 2021, p. 697 e ss.

- Pantaleo *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *Studi sull'integrazione europea*, Anno XIV, no. 3, 2019, p. 775 e ss.
- Pantaleo, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 4, 2018, p. 688 e ss.
- Pantaleo, *The Court of Justice Finally Rules on the Analogical Application of Art. 351 TFEU: End of the Story?*, in *European Papers*, Vol. 7, 2022, No. 3, p. 1005 e ss.
- Pantaleo, *The future of investment arbitration in the light of Opinion 1/17*, in *Questions of International Law* Zoom Out 73, 2020, p. 21 e ss., disponibile al link http://www.qil-qdi.org/the-future-of-investment-arbitration-in-the-light-of-opinion-1-17/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Pantaleo, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement*, Asser Press, Springer, L'Aia, 2019.
- Paradell e Gatica, *ISDS landscape in Latin America for 2022*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 19 aprile 2022, disponibile al link http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/19/isds-landscape-in-latin-america-for-2022/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Parish, *International Courts and the European Legal Order*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 23, no. 1, 2012, p. 141 e ss.
- Paschalidis, *Micula: European Food for Thought*, in *EU Law Live*, 17 febbraio 2022, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-micula-european-food-for-thought-by-paschalis-paschalidis/ (ultimo accesso 28/12/2022).
- Paschalidis, *Komstroy: constitutional, procedural and substantive implications*, in *EU Law Live*, 24 settembre 2021, disponibile al link https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-constitutional-procedural-and-substantive-implications-by-paschalis-paschalidis/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Passchier e Stremler, *Unconstitutional constitutional amendments in European Union law: Considering the existence of substantive constraints on treaty revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 2, 2018, p.

337.

- Paulsson, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, Issue 2, 1995, p. 232 e ss.
- Pech e Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice. A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *SIEPS Report No. 3 September 2021*, disponibile al link https://sieps.se/en/publications/2021/respect-for-the-rule-of-law-in-the-case-law-of-the-european-court-of-justice/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Pech e Platon, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 6, 2018, p. 1827 e ss.
- Pech e Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017.
- Pech, *From "Nuclear Option" to Damp Squib?: A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date*, in *VerfassungsBlog*, 13 novembre 2019, disponibile al link https://verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib (ultimo accesso 10/10/2022).
- Pech, *Rule of law as a guiding principle of the European Union's external action*, in *CLEER Working Papers 2012/3*, disponibile al link https://www.asser.nl/cleer/publications/cleer-papers/cleer-wp-20123-pech/ (ultimo accesso 12/11/2022).
- Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2022, disponibile al link https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-022-00176-8#citeas (ultimo accesso 10/10/2022.
- Pech, *The Schrödinger's Advocate General*, *Verfassungsblog*, 29 maggio 2020, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-schroedingers-advocate-general/ (ultimo accesso 17/06/2021).
- Peers, *Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order*, in *European Foreign Affairs Review*, Vol. 4, Issue 2, 1999, p. 195 e ss.
- Peers, *Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice*¸ in de Búrca e Scott (a cura di), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2001, p. 111 e ss.

- Peers, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, no. 2, 2011, p. 229 e ss.
- Peers, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GermanLaw Journal*, Vol. 16, no. 1, 2015, p. 213 e ss.
- Peers, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, Issue 1, 2013, p. 37 e ss.
- Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit Communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, Vol. V, Book 2, Kluwer Law International, L'Aia, 1997, p. 201 e ss.
- Pernice, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 47 e ss.
- Pernice, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, no. 1, p. 47 e ss.
- Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 36, Issue 4, 1999, p. 703 e ss.
- Pernice, *The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years After Van Gend*, in *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di Tizzano, Kokott e Prechal, disponibile al link https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/de3db697-1f5c-4f83-8424-1663b43ac2d3 (ultimo accesso 21/06/2021), p. 55 e ss.
- Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, no. 3, 2009, p. 349 e ss.
- Pescatore, *International Law and Community Law—a Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, Vol. 7, Issue 2, 1970, p. 167 e ss.
- Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963—A View from Within*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010,

p. 3 e ss.

- Peters, *The Position of International Law within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 40, 1997, p. 9 e ss.
- Petersmann, *Application of GATT by the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, Vol. 20, 1983, p. 397 e ss.
- Petersmann, *The ECC as a GATT Member – Legal conflicts between GATT law and European Community Law*, in Hilf, Jacobs e Petersmann (a cura di), *The European Community and GATT*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 23 e ss.
- Piazza, *Il parere della Corte di giustizia sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 445 e ss.
- Pirker e Reytemeyer, *Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 17, 2015, p. 168 e ss.
- Pohjankoski, *Expulsion of a Member State from the European Union: Ultimate Remedy?*, in Lenaerts, Bonichot, Kanninen, Naomé e Pohjankoski (a cura di), *An Ever-Changing Union*,, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 321 e ss.
- Poli e Tzanou, *The Kadi Rulings: A Survey of the Literature*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 533 e ss.
- Poli, *The right to effective judicial protection with respect to acts imposing restrictive measures and its transformative force for the Common Foreign and Security Policy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 4, 2022, p. 1045 e ss.
- Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, Vol. 2, no. 1, 2017, p. 75 e ss.
- Prete, *The constitutional limits to the choice of mixity after EUSFTA, COTIF I, MPA Antarctic and COTIF II: towards a more constructive discourse?*, in *European Law Review*, Vol. 45, n. 1, 2020, p. 113 e ss.
- Princen, *EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics*, in *European Journal of International Law*, Vol. 15, no. 3, 2004, p. 555 e ss.
- Puccio e Harte, *From arbitration to the investment court system (ICS). The evolution of CETA rules*, European Parliamentary Research Service, 2017, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2017)607251

(ultimo accesso 23/08/2022).

- Qumba, *South Africa's move away from international investor-state dispute: a breakthrough or bad omen for investment in the developing world?*, in *De Jure Law Journal*, Vol. 52, Issue 1, 2019, p. 358 e ss.
- Rabinovych, *EU Free Trade Agreements as an Instrument of Promoting the Rule of Law in Third Countries: A Framework Paper*, in Bungenberg, Krajewski, Tams, Terhechte, e Ziegler (a cura di*), European Yearbook of International Economic Law 2019*, Springer, Cham, 2019, p. 469 e ss.
- Rapoport, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, Issue 6, 2020, p. 1725 e ss.
- Rasmussen, *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 69 e ss.
- Regan, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicolo 2, 2018, p. 231 e ss.
- Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Reinisch, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, no. 2, 2012, p. 157 e ss.
- Reinisch, *The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court*, in De Mestral (a cura di), *Second Thoughts Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 333 e ss.
- Restrepo Amariles, Farhadi e Van Waeyenberge, *Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 4, 2020, p. 907 e ss.
- Riffel, *The CETA Opinion of the European Court of Justice and its Implications- Not that Selfish After All*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Issue 3, 2019, p. 503 e ss.

- Robert, *Commission opposes European Citizens' Initiative against TTIP*, in *Euractive*, 12 settembre 2014, disponibile al link https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/commission-opposes-european-citizens-initiative-against-ttip/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, in *American Journal of International Law*, Vol. 107, Issue 1, 2013, p. 45 e ss.
- Romano A., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. II, Utet, Torino, 1987, p. 33 e ss.
- Romano S., *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1929, p. 226.
- Rosas e Armati, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford, London, New York, New Delhi e Sydney, 2018, p. 45.
- Rosas, *Case C-149/96, Portugal v. Council. Judgment of the Full Court of 23 November 1999*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 3, 2000, p. 797 e ss.
- Rosas, *International Dispute Settlement: EU Practices and Procedures*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 46, 2003, p. 284 e ss.
- Rosas, *The EU and international dispute settlement*, in *Europe and the World*, Vol. 1, Issue 1, 2017, p. 1 e ss.
- Rosas, *The European Court of Justice and Public International Law*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), *The Europeanisation of International Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2008, p. 71 e ss.
- Rosas, *The National Judge as EU Judge*, in *SMU Law Review*, Vol. 67, n. 4, 2014, p. 717 e ss.
- Rossi, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne, Droits Fondamentaux et Méthodes d'Intégrations des Valeurs "Externes"*, in *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Larcier, Parigi, 2020, p. 53 e ss
- Rossi, *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?*, in Rossi e Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 3 e ss.
- Rossi, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les*

principes "constitutionnelles" de l'Union européenne, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 4/2019, n. 1, p. 67 e ss.

- Rossi, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra corti?*, in *SIDIBlog*, 22 dicembre 2014, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2014/12/22/il-parere-213-della-cgue-sulladesione-dellue-alla-cedu-scontro-fra-corti/ (ultimo accesso 27/08/2022).
- Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, no. 19, 2020, p. iv e ss.
- Rovetta e Gambardella, *Intra-EU BITs and EU Law: What to Learn from the Micula Battle*, in *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 10, Issue 6, 2015, p. 194 e ss.
- Rovetta, *Investment Arbitration in the EU After Lisbon: Selected Procedural and Jurisdictional Issues*, in Bungenberg e Herrmann (a cura di), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer Link, 2013, p. 221 e ss.
- Rye, *Integration from the outside. The EC and EFTA from 1960 to the 1995 enlargement*, in Ikonomou, Andry e Byberg (a cura di), *European Enlargement across Rounds and Beyond Borders*, Routledge, Londra, 2017, p. 194 e ss.
- Sacerdoti, *Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 269, 1997, p. 251 e ss.
- Sadowski, *Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, Issue 4, 2018, p. 1025 e ss.
- Salmon (a cura di), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruxells, 2001.
- 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*, n. 2/2020, p. 883 e ss.
- Sandberg e Svensson, *Achmea and the Implications for Challenge Proceedings before National Courts*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 5, Issue 1, 2020, p. 146 e ss.
- Sanna, *L'UE e i meccanismi di risoluzione delle controversie: il possibile rinvio*

pregiudiziale previsto nell'accordo quadro istituzionale Svizzera – UE e nell'accordo di recesso del Regno Unito, in *Eurojus.it*, Fascicolo n. 3 – 2019, p. 189 e ss.

- Sarmiento, *Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 192 e ss.
- Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2017.
- Scheinin, *Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Fasc. 1, 2009, p. 637 e ss.
- Scheppele, Kochenov e Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 39, No. 1, 2020, p. 3 e ss.
- Schermers, *Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1992*, in *Common Market Law Review*, Vol. 29, Issue 5, 1992, p. 991 e ss.
- Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 2, 2010, p. 401 e ss.
- Schill, *Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, Issue 3, 2013, p. 379 e ss.
- Schill, *Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, Issue 3, 2017, p. 649 e ss.
- Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, no. 2, 1996, p. 389 e ss.
- Schrijver, *Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006, [2006] ECR I-4635*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Issue 3, 2010, p. 863 e ss.

- Selejan-Gutan, *A Tale of Primacy Part. II. The Romanian Constitutional Court on a Slippery Slope*, in *Verfassungsblog*, 18 giugno 2021, disponibile al link https://verfassungsblog.de/a-tale-of-primacy-part-ii/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Selejan-Gutan, *Who's Afraid of the "Big Bad Court"?*, in *Verfassungsblog*, https://verfassungsblog.de/whos-afraid-of-the-big-bad-court/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Shany, *The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 4, 2004, p. 815 e ss.
- Shuibhne, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, Issue 1, 2019, p. 9 e ss.
- Simma e Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 3, 2006, p. 483 e ss., p. 516.
- Slaughter e Burke-White, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, in Nijman e Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 110 e ss.
- Snyder, *The gatekeepers: The European courts and WTO law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 40, Issue 2, 2003, p. 313 e ss.
- Sokolowska, *Convergences and Divergences of Commercial and Investment Arbitration Under Achmea (C-284/16)*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 323 e ss.
- Sorace, *Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 2023, p. 87 e ss.
- Sørensen, *Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in The World Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, n. 3, 1983, p. 559 e ss.
- Sørensen, *The Effect of WTO Dispute Settlement Body Decisions in EU Law: Van Parys*,

in Butler e Wessel (a cura di), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Bloomsbury Academic, Oxford, 2022, p. 455 e ss.

- Spaventa, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13, in Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 22, Issue 1, 2015, p. 35 e ss.
- Stegmann, *Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements*, Springer, 2019.
- Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 1, 1981, p. 1 e ss.
- Stone Sweet, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: CILFIT and Foto-Frost*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 201 e ss.
- Struckmann e De Catelle, *State aid and international investment arbitration: the Micula case – taking stock in an ongoing saga*, in ERA Forum, Vol. 22, 2021, p. 101 e ss.
- Struckmann, Forwood e Kadri, *Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: conflict or Co-Existence*, in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 15, no. 2, 2016, p. 258 e ss.
- Svoboda, *UNCITRAL Working Group III and Multilateral Investment Court – Troubled Waters for EU Normative Power*, in *European Investment Law and Arbitration Review* Vol. 6, Issue 1, 2021, p. 104 e ss.
- Taborowski e Marcisz, *The first judgment of the ECJ regarding a breach of the rule of law in Poland?*, in *VerfassungsBlog*, 29 maggio 2019, disponibile al link https://verfassungsblog.de/the-first-judgment-of-the-ecj-regarding-a-breach-of-the-rule-of-law-in-poland/ (ultimo accesso 10/10/2022).
- Tancredi, *EC Practice in the WTO: How Wide is the Scope for Manoeuvre*, in *European Journal of International Law*, Vol. 15, no. 5, 2004, p. 933 e ss.
- Tancredi, *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 249. E ss.

- Thies, *International Trade Disputes and EU Liability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Thym, *Mixity after Opinion 2/15: Judicial Confusion over Shared Competences*, in *Verfassungsblog* 31 maggio 2017, disponibile al link https://verfassungsblog.de/mixity-after-opinion-215-judicial-confusion-over-shared-competences/ (ultimo accesso 23/08/2022).
- Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Environmental Law*, Vol. 7, Issue 2, 2018, p. 229 e ss.
- Tienhara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in Brown e Miles (a cura di), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, pp. 606 e ss.
- Tietje, *The status of international law in the European legal order: the case of international treaties and non-binding international instruments*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), *The Europeanisation of International Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2008, p. 55 e ss.
- Timmermans, *The Constitutionalization of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 21, Issue 1, 2001, p. 1 e ss.
- Tinti, *Domestic law as a matter of fact in the international investment agreements signed by the European Union: Some practical reflections*, in *LAwTTIP Working Papers*, 2020/2, disponibile al link https://www.lawttip.eu/uploads/files/TINTI_WP_LAWTTIP_FINAL.pdf (ultimo accesso 1/11/2022).
- Tizzano, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenza a stipulare della CEE*, in *Il Foro italiano*, 1971, Vol. 94, No. 11, parte IV, p. 339 e ss.
- Tizzano, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Fascicoli 2/3, 1998, p. 377 e ss.
- Tocci, *European Strategic Autonomy: What It Is, WhyWe Need It, How to Achieve It*, 2021, disponibile al link www.iai.it/sites/default/files/9788893681780.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
- Tollefson, *Metalclad v. United Mexican States Revisited: Judicial Oversight of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Claim Process*, in *Minnesota Journal of Global*

Trade, Vol. 11, no. 2, 2002, p. 183 e ss.

- Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27, Issue 1, 2020, p. 105 e ss.
- Torres Pérez, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 10, Issue 2, 2014, p. 308 e ss.
- Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, anno IX, 1963, p. 259 e ss.
- Tridimas, *Economic Sanctions, Procedural Rights and Judicial Scrutiny: Post-Kadi Developments*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 12, 2010, p. 455 e ss.
- Tridimas, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020, p. VII e ss.
- Tridimas, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 38, Issue 2, 2001, p. 301 e ss.
- Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- Tropper, *Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 novembre 2022, disponibile al link https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/ (ultimo accesso 29/01/2023).
- Tsagourias, *Conceptualizing the autonomy of the European Union*, in Collins e White (a cura di), *International organizations and the idea of autonomy: Institutional independence in the international legal order*, Routledge, Oxon e New York, 2011, p. 339 e ss.
- Tsymbrivska, *WTO DSB Decisions in the EC Legal Order: Approach of the Community Courts*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 37, Issue 3, 2010, p. 185 e ss.
- Uerpmann-Wittzack, *The Constitutional Role of International Law*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), Hart Publishing, Oxford e Portland, 2010, p. 131 e ss.
- Vajda, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *LAwTTIP Working Papers*, no. 1, 2019, https://www.lawttip.eu/uploads/files/UNIBO%20Vajda_WP.pdf (ultimo accesso 21/06/2021).
- Vajda, *The EU and Beyond: Dispute Resolution in International Economic Agreements*,

in *The European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 1, 2018, p. 205 e ss.

- Valenti, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'argentina: due soluzioni contrapposte*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 91, Fasciolo 1, 2008, p. 114 e ss.
- Van den Herik e Schrijver, *Eroding the Primacy of the Un system of Collective security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat*, in *International Organizations Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2008, p. 329 ss.
- Van der Loo, *Opinion 1/17: Legittimising the EU's Investment Court System but Raising the Bar for Compliance with EU Law*, in Hahn e Van der Loo (a cura di), *Law and Practice of the Common Commercial Policy*, Brill, Boston, 2020, p. 98 e ss.
- Van Der Loo, Van Elsuwege e Petrov, *The EU-Ukraine association agreement: assessment of an innovative legal instrument*, in *EUI LAW*, 2014/09, disponibile al link http://hdl.handle.net/1814/32031 (ultimo accesso 28/12/2022).
- Van Duzer, *Investor-state Dispute Settlement in CETA: Is it the Gold Standard?*, in *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, No. 44, 2016, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2860319 (ultimo accesso 23/11/2022).
- Van Elsuwege e Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, 2020, p. 8 e ss.
- Van Elsuwege, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *Common Market Law* Review, Vol. 58, Issue 6, 2021, p. 1731 e ss.
- Van Harten e Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 1, 2006, p. 121 e ss.
- Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Van Harten, *The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007, p. 371 e ss.
- Van Rossem, *Pushing Limits: The Principle of Autonomy in the External Relations Case*

Law of the European Court of Justice, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 35 e ss.

- Van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in *Between Autonomy and Dependence*, a cura di Wessel e Blockmans, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013, p. 13 e ss.
- Van Rossem, *The EU at crossroads: a constitutional inquiry into the way international law is received within the EU legal order*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 59 e ss.
- Van Vooren e Wessel, *EU external relations law*, Cambridge university Press, Cambridge, 2014.
- Vatsov, *The Mackerel War: testing the limits of the exlcusive jurisdiction of the Court of justice under Article 344 TFEU*, in *European Law Review*, 2014, Issue 6 p. 864 e ss.
- Vellano, *Il sistema di risoluzione delle controversie*, in Adinolfi, Malatesta e Vellano (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p. 47 e ss.
- Verburg, *Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 20, Issues 2-3, 2019, p. 425 e ss.
- Vezzani, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 e ss.
- Vezzani, *The International Responsibility of the European Union and of Its Member States for Breaches of Obligations Arising from Investment Agreements: Lex Specialis or European Exceptionalism?*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 281 e ss.
- Vidigal e Steven, *Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 19, Issue 3, p. 475 e ss.

- Von Bogdandy, *Defining the Field of European Constitutional Law*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart publishing, Oxford e Portland, 2010, p. 11 e ss.
- Von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2010, p. 95 e ss.
- Von Bogdandy, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC*, in *Journal of World Trade*, Vol. 39, Issue 1, 2005, p. 45 e ss.
- Von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, Issues 3-4, 2008, p. 397 e ss.
- Von Danwitz, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 1020 e ss.
- Von Papp, *Clash of "autonomous legal orders": can EU member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 4, 2013, p. 1039 e ss.
- Von Papp, *EU Law and International Arbitration: Managing Distrust Through Dialogue*, Bloomsbury Publishing, Oxford e New York, 2021.
- Vranes, *The Definition of Norm Conflict in International Law and Legal Theory*, in *European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 2, 2006, p. 395 e ss.
- Wackernagel, *The Consensual Termination of Investment Agreements Between EU Member States*, in Andenas, Pantaleo, Happold e Contartese (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2020, p. 153 e ss.
- Wahl, *Europeanisation Beyond Supremacy*, in Wouters, Nollkaemper e De Wet (a cura di), *The Europeanisation of International Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2008, p. 17 e ss.
- Waibel, Kaushal, Liz Chung e Balchin (a cura di), *The Blacklash against Investment Arbitration – Perception and Reality*, Walter Kluwer International, Austin, Boston,

Chicago, New York, Paesi Bassi, 2010.

- Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in Poiares Maduro e Azoulai (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Bloomsbury Publishing Plc, 2010, p. 333 e ss.
- Watts, *International rule of law*, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, p. 15 e ss.
- Weatherill, *From Myth to Reality: The EU's 'New Legal Order' and the Place of General Principles Within It*, in Vogenauer e Weatherill (a cura di), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 21 e ss.
- Wehland, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 17, 2016, p. 942 e ss.
- Weiler e Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, 1996, p. 411 e ss.
- Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in Nicolaidis e Howse (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford Scholarship Online, 2003, p. 1 e ss.
- Weiler, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, negli atti del convegno *50éme anniversaire de l'Arrêt Van Gen den Loos 1963-2013*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Lussemburgo, 13 maggio 2013, disponibili al link https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/en/ (ultimo accesso 28/12/2022), p. 11 e ss.
- Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 1, Issue 1, 1981, p. 267 e ss.
- Wessel, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, in *European Papers*, 2016, Vol. 1, no. 2, p. 439 e ss.
- Wessel, *Reconsidering the relationship between international and EU law: towards a content-based approach?*, in Cannizzaro, Palchetti e Wessel (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Matinus Nijhoff Publishers, Boston e Leiden, 2012, p. 7 e ss.

- Wiers, *One Day You're Gonna Pay: The European Court of Justice in Biret*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 31, Issue 2, 2004, p. 143 e ss.
- Winter, *Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 9, Issue 4, 1972, p. 425 e ss.
- Wouters, Odermatt e Ramopoulos, *World Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law*, in Cremona e Thies (a cura di), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2014, p. 139 e ss.
- Wyatt, Dougan, Rodger, Dashwood e Spaventa, *Wyatt and Dashwood's European Union Law (5th edn.)*, Sweet & Maxwell, Londra, 2006.
- Wyatt, *New Legal Order, or Old?*, in *European Law Review*, Vol. 7, 1982, p. 147 e ss.
- Zarra, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 novembre 2021, disponibile al link http://www.sidiblog.org/2021/11/05/la-decisione-della-corte-di-giustizia-ue-nel-caso-pl-holdings-la-legge-del-piu-forte-e-la-sconfitta-del-diritto/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Zarra, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra-EU investments agreements. Reflections on treaty law Issues and on the EU's unsustainable position*, in *Rivista del Commercio Internazionale*, Vol. 32, n. 4, 2018, p. 891 e ss.
- Zasheva e Lentner, *ECJ in PL Holdings: ad hoc arbitration agreement between EU investor and Member State not compatible with EU law*, in *European Law Blog*, 8 novembre 2021, disponibile al link https://europeanlawblog.eu/2021/11/08/ecj-in-pl-holdings-ad-hoc-arbitration-agreement-between-eu-investor-and-member-state-not-compatible-with-eu-law/ (ultimo accesso 10/11/2022).
- Zelazna, *The EU's Reform of the Investor-State Dispute Resolution System: A Bilateral Path towards a Multilateral Solution*, in *Geneva Jean Monnet Working Papers* 06/2019, disponibile al link https://www.ceje.ch/files/8516/0406/5822/ZELAZNA-final.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).
- Ziegler, *Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonization as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 667 e ss.

- Ziegler, *International Law and EU Law: Between Asymmetric Constitutionalisation and Fragmentation*, in Orakhelashvili (a cura di), *Research Handbook on the Theory of International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 268 e ss.
- Ziegler, *The New Competence of the European Union in the Area of Foreign Direct Investment (FDI): A Third Country Perspective*, in Bungenberg e Herrmann (a cura di), *Common Commercial Policy after Lisbon*, Springer Link, 2013, p. 235 e ss.
- Zonnekeyn, *EC liability for non-implementation of WTO dispute settlement decisions – Are the dice cast?*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Issue 2, 2004, p. 483 e ss.
- Zonnekeyn, *The Status of Adopted Panel and appellate Body Reports in the European Court of Justice of First Instance*, in *Journal of World Trade*, Vol. 34, Issue 2, 2000, p. 93 e ss.
- Zuleeg, *The advantages of the European Constitution*, in Von Bogdandy e Bast (a cura di), Hart Publishing, Oxford e Portland, 2010, p. 763 e ss.

Indice della giurisprudenza

Corte di giustizia dell'Unione europea:

- Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, *Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana*, Causa 10-61, ECLI:EU:C:1962:2.
- Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1.
- Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L*, Causa 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.
- Sentenza della Corte del 13 novembre 1964, *Commissione della Comunità economica europea contro il Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio*, cause riunite 90 e 91-63, ECLI:EU:C:1964:80.
- Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11-70, ECLI: ECLI:EU:C:1970:114.

- Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 22-70, ECLI:EU:C:1971:32.
- Conclusioni dell'avvocato generale Mayras del 25 ottobre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, ECLI:EU:C:1972:89.
- Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972 *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, ECLI:EU:C:1972:115.
- Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, *R. & V. Haegeman contro Belgio*, causa 181-73, ECLI: ECLI:EU:C:1974:41.
- Sentenza della Corte del 16 gennaio 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 166-73,ECLI:EU:C:1974:3.
- Sentenza della Corte del 19 novembre 1975, *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen contro Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, causa 38-75, ECLI:EU:C:1975:154.
- Sentenza della Corte del 5 febbraio 1976, *Conceria Daniele Bresciani contro Amministrazione italiana delle finanze*, causa 87-75, ECLI:EU:C:1976:18.
- Sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa 43-75, ECLI:EU:C:1976:56.
- Parere della Corte 1/76 del 26 aprile 1977, ECLI:EU:C:1977:63.
- Sentenza della Corte del 25 maggio 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG ed altri contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 83 e 94/76, 4, 15 e 40/77, ECLI:EU:C:1978:113.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti del 10 luglio 1980, *Attorney General contro Juan C. Burgoa*, causa 812/79, EU:C:1980:196.
- Sentenza della Corte del 5 maggio 1981, *Commissione delle Comunità europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, causa 804/79, ECLI:EU:C:1981:93.
- Sentenza della Corte del 16 dicembre 1981, *Pasquale Foglia contro Mariella*

Novello, causa 244/80, ECLI:EU:C:1981:302.

- Sentenza della Corte del 9 febbraio 1982, *Polydor Limited e RSO Records Inc. contro Harlequin Records Shops Limited e Simons Records Limite*, causa 270/80, ECLI: ECLI:EU:C:1982:43.
- Sentenza della Corte del 6 ottobre 1982, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.
- Sentenza della Corte del 26 ottobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, causa 104/81, ECLI: ECLI:EU:C:1982:362.
- Sentenza della Corte del 16 marzo 1983, *Società Italiana per l'oleodotto transalpino (SIOT) contro Ministero italiano delle finanze, Ministero della marina mercantile, Circoscrizione doganale di Trieste e Ente autonomo del porto di Trieste*, causa 266/81, ECLI:EU:C:1983:77.
- Sentenza della Corte del 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.
- Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.
- Sentenza della Corte del 30 settembre 1987, *Meryem Demirel contro Comune di Schwäbisch Gmünd*, causa 12/86, ECLI: ECLI:EU:C:1987:400.
- Sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.
- Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Matteucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, causa 235/87, ECLI:EU:C:1988:460.
- Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contro Commissione delle Comunità europee*, causa 70/87, ECLI:EU:C:1989:254.
- Sentenza della Corte del 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646.
- Sentenza della Corte del 14 novembre 1989, *Repubblica ellenica contro*

Commissione delle Comunità europee, causa 30/88, ECLI:EU:C:1989:422.

- Sentenza della Corte del 20 settembre 1990, *S.Z. Sevince contro Staatssecretaris van Justitie*, causa C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322.
- Sentenza della Corte del 13 novembre 1990, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, causa C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395.
- Sentenza della Corte del 7 maggio 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio delle Comunità europee*, causa C-69/89, ECLI:EU:C:1991:186.
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 luglio 1991, *Independent Television Publications Limited contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-76/89, ECLI:EU:T:1991:41.
- Parere della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.
- Parere della Corte del 10 aprile 1992, parere 1/92, ECLI:EU:C:1992:189.
- Sentenza della Corte del 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden contro Peter Michael Poulsen e Diva Navigation Corp.*, causa C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453.
- Sentenza della Corte del 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell AG contro Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, causa C-188/91, ECLI:EU:C:1993:24.
- Sentenza della Corte del 9 agosto 1994, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305.
- Sentenza della Corte del 5 ottobre 1994, *Repubblica federale di Germania contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367.
- Sentenza della Corte del 17 ottobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contro Repubblica federale di Germania*, causa C-70/94, ECLI:EU:C:1995:328.
- Sentenza della Corte del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.
- Parere della Corte del 28 marzo 1996, parere 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.
- Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione delle Comunità europee*

contro Repubblica federale di Germania, causa C-61/94, ECLI: ECLI:EU:C:1996:313.

- Sentenza della Corte del 14 gennaio 1997, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl contro HM Treasury e Bank of England*, causa C-124/95, ECLI:EU:C:1997:8.
- Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, causa C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517.
- Sentenza della Corte del 10 marzo 1998, *Repubblica federale di Germania contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94.
- Sentenza della Corte del 16 giugno 1998, Hermès International (società in accommandita per azioni) contro FHT Marketing Choice BV, causa C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292.
- Sentenza della Corte del 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. contro Hauptzollamt Mainz*, causa C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293.
- Conclusioni dell'avvocato Generale Antonio Saggio presentate il 25 febbraio 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, ECLI:EU:C:1999:92.
- Sentenza della Corte del 1° giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*, causa C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.
- Sentenza della Corte del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574.
- Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contro TUK Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk contro Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV*, cause riunite C-300/98 e C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688.
- Ordinanza della Corte del 2 maggio 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH contro Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, causa C-307/99, ECLI:EU:C:2001:228.
- Conclusioni dell'avvocato Generale F.G. Jacobs presentate il 14 giugno 2001, *Regno dei Paesi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329.
- Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 gennaio 2002, *Etablissements Biret*

et Cie SA contro Consiglio dell'Unione europea, causa T-210/00, ECLI:EU:T:2002:3.

- Parere della Corte del 18 aprile 2002, parere 1/00, ECLI:EU:C:2002:231.
- Sentenza della Corte del 16 gennaio 2003, *Libor Cipra e Vlastimil Kvasnicka contro Bezirkshauptmannschaft Mistelbach*, causa C-439/01, ECLI:EU:C:2003:31.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Alber del 15 maggio 2003, *Biret International SA contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-93/02 P, ECLI:EU:C:2003:291.
- Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Biret International SA contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-93/02 P, ECLI:EU:C:2003:517.
- Sentenza della Corte del 1º aprile 2004, *Bellio F.lli Srl contro Prefettura di Treviso*, causa C-286/02, ECLI:EU:C:2004:212.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 18 novembre 2004, *Léon Van Parys NV contro Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, ECLI:EU:C:2004:725.
- Sentenza della Corte del 1 marzo 2005, *Léon Van Parys NV contro Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121.
- Sentenza della Corte del 12 aprile 2005, *Igor Simutenkov contro Ministerio de Educación y Cultura e Real Federación Española de Fútbol*, causa C-265/03, ECLI:EU:C:2005:213.
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332.
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331.
- Sentenza della Corte del 10 gennaio 2006, *The Queen, ex parte International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association contro Department for Transport*, causa C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 6 aprile 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri contro Commissione delle Comunità*

europee, causa C-131/03 P, ECLI:EU:C:2006:228.

- Conclusioni dell'Avvocato Generale Legér del 6 aprile 2006, *Ikea Wholesale Ltd contro. Commissioners of Customs & Excise*, causa C-351/04, ECLI:EU:C:2006:236.
- Sentenza della Corte del 30 maggio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*, causa C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.
- Sentenza della Corte del 12 settembre 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-131/03 P, ECLI:EU:C:2006:541.
- Sentenza della Corte del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, causa C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, p. 181.
- Conclusioni dell'avvocato Generale Ján Mazák presentate il 15 febbraio 2007, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA*, causa C-411/05, ECLI:EU:C:2007:106.
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-201/04.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 20 novembre 2007, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, ECLI:EU:C:2007:689.
- Sentenza della Corte del 27 settembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contro Commissioners of Customs & Excise*, causa C-351/04, EU:C:2007:547.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro, 16 gennaio 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa C-402/05 P, EU:C:2008:11.
- Sentenza della Corte del 24 giugno 2008, *Commune de Mesquer contro Total France SA e Total International Ltd*, causa C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359.
- Sentenza della Corte del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International*

Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport, causa C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312.

- Sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.
- Sentenza della Corte del 9 settembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:476.
- Sentenza della Corte 19 febbraio 2009, *Mehmet Soysal e Ibrahim Savatli contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-228/06, ECLI:EU:C:2009:101.
- Sentenza della Corte del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118.
- Sentenza della Corte del 22 ottobre 2009, *Irène Bogiatzi, coniugata Ventouras contro Deutscher Luftpool e altri*, causa C-301/08, ECLI:EU:C:2009:649.
- Statement of position by the Advocates General Presented on 2nd July 2010, Opinion 1/09.
- Sentenza della Corte dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, causa C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503.
- Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, parere 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.
- Sentenza della Corte dell'8 marzo 2011, Lesoochranárske zoskupenie VLK contro Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, causa C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125.
- Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, ECLI:EU:C:2011:388.
- Sentenza della Corte del 10 novembre 2011, *X contro Inspecteur van de*

Belastingsdienst / Y e X BV contro Inspecteur van de Belastingdienst P., cause riunite C-319/10 e C-320/10, ECLI:EU:C:2011:720.

- Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e altri contro Secretary of State for Energy and Climate Change*, causa C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864.
- Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *N.S. (C-411/10) contro Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri (C-493/10) contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.
- Sentenza del Tribunale del 14 giugno 2012, *Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contro Commissione europea*, causa T-396/09, ECLI:EU:T:2012:30.
- Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.
- Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni contro Ministerio Fiscal*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.
- Presa di posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.
- Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025.
- Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.
- Sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, *Consiglio dell'Unione europea e a. contro Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, cause riunite C-401/12 P – C-403/12 P, ECLI:EU:C:2015:4.
- Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2015, *Elitaliana SpA c. Eulex Kosovo*, causa C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753.
- Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.
- Conclusioni dell'AG Wahl presentate il 7 aprile 2016, *H c. Consiglio*, causa C-

455/14 P, ECLI:EU:C:2016:212.

- Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016, *H c. Consiglio dell'Unione europea e a.*, causa C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:212.
- Ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, *NF contro Consiglio europeo*, causa T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128.
- Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, *PJSC Rosneft Oil Company, c. Her Majesty's Treasury e altri.*, causa C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.
- Sentenza del Tribunale del 10 maggio 2017, *Michael Efler e a. contro Commissione europea*, Causa T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323.
- Parere della Corte del 16 maggio 2017, parere 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.
- Conclusioni dell'avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699
- Consiglio, *EU-Chile Modernised Association Agreement Directives for the negotiation of a Modernised Association Agreement with Chile*, 8 novembre 2017, 13553/17 ADD 1.
- Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.
- Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, *Western Sahara Campaign UK contro Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs e Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, causa C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118.
- Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.
- Sentenza della Corte del 20 marzo 2018 *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193.
- Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.
- Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, *ML*, causa C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589.

- Conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona del 4 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, ECLI:EU:C:2018:978.
- Sentenza della Corte del 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999.
- Conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate il 29 gennaio 2019, parere 1/17, ECLI:EU:C:2019:72.
- Parere della Corte del 30 aprile 2019, parere 1/17, ECLI:EU:C:2019:341; sentenza della Corte del 2 settembre 2021, *Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC*, causa C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.
- Sentenza del Tribunale del 18 giugno 2019, *European Food SA e altri contro Commissione europea*, cause T-624/15, T-694/15 e T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423.
- Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.
- Sentenza della Corte del 19 dicembre 2019, *Procedimento penale a carico di Oriol Junqueras Vies*, causa C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 14 gennaio 2020, *LG contro Rina SpA e Ente Registro Italiano Navale*, causa C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349.
- Sentenza della Corte, del 21 gennaio 2020, *Banco de Santander SA***,** causa C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17.
- Sentenza della Corte del 31 gennaio 2020, *Repubblica di Slovenia contro Repubblica di Croazia*¸ causa C-457/18, ECLI:EU:C:2020:65.
- Sentenza della Corte del 19 marzo 2020, *ClientEarth contro Commissione europea*, causa C-612/18 P, ECLI:EU:C:2020:223.
- Ordinanza del Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, *Consiglio dell'Unione europea contro Eleanor Sharpston*, Causa C-423/20 P(R), ECLI:EU:C:2020:700.

- Ordinanza del Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, *Consiglio dell'Unione europea contro Eleanor Sharpston*, causa C-424/20 P(R), ECLI:EU:C:2020:705.
- Ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Corte di giustizia dell'Unione europea*, causa T-184/20, ECLI:EU:T:2020:474.
- Ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, ECLI:EU:T:2020:473.
- Ordinanza del Tribunale del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, ECLI:EU:T:2020:475.
- Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792.
- Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, *Bank Refah Kargaran contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-134/19 P, ECLI:EU:C:2020:793.
- Conclusioni dell'avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Øe presentate il 29 ottobre 2020, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. contro Ministero dello Sviluppo Economico e Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, cause riunite C-798/18 e C-799/18, ECLI:EU:C:2020:876.
- Conclusioni dell'avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 3 marzo 2021 Causa C-741/19, *Repubblica di Moldova contro Società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians*, causa C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164.
- Sentenza della Corte del 20 aprile 2021, *Repubblika contro Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 22 aprile 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321.
- Ordinanza della Corte di giustizia del 16 giugno 2021, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, ECLI:EU:C:2021:486.
- Ordinanza della Corte di giustizia del 16 giugno 2021, *Eleanor Sharpston contro Consiglio dell'Unione europea e Conferenza dei rappresentanti dei governi degli*

Stati membri, causa C-685/20 P, ECLI:EU:C:2021:485.

- Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 1° luglio 2021, *Commissione europea contro European Food SA e a.*, Causa C-638/19 P, ECLI:EU:C:2021:529.
- Sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA contro Rete Ferroviaria Italiana SpA, causa C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799.
- Sentenza della Corte del 26 ottobre 2021, *Republiken Polen contro PL Holdings Sàrl*, causa C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875.
- Ordonnance du Président de la Cour du 8 décembre 2021, *Republiken Italien contre Athena Investments A/S (anciennement Greentech Energy Systems A/S) e.a.*, causa C-155/21, ECLI:EU:C:2021:1032.
- Sentenza della Corte del 25 gennaio 2022, *Commissione europea contro European Food SA e a.*, causa C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50.
- Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-156/21, ECLI: ECLI:EU:C:2022:97.
- Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, *Repubblica di Polonia contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, p. 143.
- Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, *RS*, causa C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.
- Parere della Corte del 16 giugno 2022, parere 1/20, ECLI:EU:C:2022:485.
- Ordinanza de 21 settembre 2022, *Romatsa e a.*, causa C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749.
- Sentenza della Corte del 1° agosto 2022, *Sea Watch eV contro Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e a.*, cause riunite C-14/21 e C-15/21, ECLI:EU:C:2022:604
- Sentenza del 28 ottobre 2022, *Generalstaatsanwaltschaft München c. HF*, causa C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852.
- Conclusioni dell'Avvocato Generale Capeta presentate il 17 novembre 2022,

Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd contro Commissione europea, causa C-123/21 P, ECLI:EU:C:2022:890.

Pronunce di giudici e arbitrati internazionali:

- Sentenza della Corte permanente di diritto internazionale del 25 maggio 1929, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A - No. 7.
- Sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale del 12 luglio 1929, *Brazilian Loans*, PCIJ Series A. No 21, p. 124 e ss.
- Parere dell'11 aprile 1949, Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, in I.C.J. Reports 1949, p. 174 e ss.
- Parere del 20 dicembre 1980, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, in ICJ Reports 1980, p. 73 e ss.
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction del 14 aprile 1988.
- Parere dell'8 luglio 1996 della Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, in I.C.J. Reports 1996, p. 66 e ss.
- *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award del 30 agosto 2000.
- *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7*, Award del 13 novembre 2000.
- *MOX PLANT Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, PCA Case No. 2002-01, *Order on Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures*, 24 giugno 2003.
- *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award del 27 marzo 2007.
- *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL – Award on Jurisdiction del 6 giugno 2007.
- *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Decision on jurisdiction, del 30 aprile 2010.
- *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of*

Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award del 23 settembre 2010.

- *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension del 26 ottobre 2010.
- *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award del 7 febbraio 2011.
- *European Union — Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*, WT-DS405- R, Report of the Panel del 28 ottobre 2011.
- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award dell'11 dicembre 2013.
- *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19*, Award del 25 novembre 2015.
- *European Union - Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina*, WT-DS473-R, Report of the Panel del 29 marzo 2016.
- *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award del 16 maggio 2018.
- *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue del 31 agosto 2018.
- *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35*, Award del 9 ottobre 2018.
- *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republi*c, SCC Case No. V 2015/095, final Award del 23 dicembre 2018.
- *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and a Partial Decision on Quantum del 19 febbraio 2019.
- *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award del 28 agosto 2019.
- *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, Award del 7 ottobre 2020.

- *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/16/4), Decision on Jurisdiction and Liability del 17 marzo 2021.
- *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, dell'11 febbraio 2022.
- *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135 – Award del 16 giugno 2022.

Pronunce di giudici nazionali:

- Ordinanza del 31 ottobre 2018 della Corte federale di giustizia tedesca, I ZB 2/15, ECLI:DE:BGH:2018:311018:BIZB2.15.0.
- Sentenza del 22 febbraio 2019 della Corte di appello di Stoccolma, T 8538-17 T 12033-17.
- *Memorandum Opinion* del 18 settembre 2019 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Civil Action No. 18-2254 (JEB).
- *Memorandum Opinion* del 18 settembre 2019 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Civil Action No. 18-cv-01148 (TSC).
- Sentenza della Corte suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2020, *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v Romania (Appellant/Cross-Respondent)*, [2020] UKSC 5, UKSC 2018/0177.
- *Memorandum Opinion and Order* del 20 novembre 2020 della Corte distrettuale del distretto di Columbia, Stati Uniti, Case No. 17-cv-02332 (APM).
- Ordinanza dell'11 febbraio 2021 della *OLG* di Francoforte, 26 SchH 2/20, ECLI:DE:OLGHE:2021:0211.26SCHH2.20.00.
- Decisione n. 390/2021 della Corte costituzionale rumena dell'8 giugno 2021.
- Sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021, caso K 3/21.
- Sentenza del 19 aprile 2022 della Corte d'appello di Parigi, N° RG 20/13085 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCLDI.
- Sentenza della Corte d'appello di Parigi del 19 aprile 2022, N° RG 20/14581 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCPBD.

- Sentenza del 14 luglio 2022 della Corte di cassazione del Lussemburgo, N° 116 /2022, Numéro CAS-2021-00061.
- Sentenza della Corte suprema dell'11 novembre 2022, *Costello -v- The Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, 2021 No.1282 P.

Indice della normativa ed altri atti

- Consiglio delle Comunità europee, *EEC-Turkey Association Agreement and Protocols and other basic texts*, Office for Official Publications of the European Communities, Lussemburgo, 1992, disponibile al link https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/EEC-Turkey_association_agreements_and_protocols_and_other_basic_texts.pdf (ultimo accesso 5/10/2020).
- Accordo sullo Spazio economico europeo - Atto finale - Dichiarazioni comuni - Dichiarazioni dei governi degli Stati membri della Comunità e degli Stati AELS - Accordi - Verbale concordato - Dichiarazioni di una o più parti contraenti all'accordo sullo Spazio economico europeo, in *G.U.U.E.* L 1 del 3 gennaio 1994, p. 3 e ss.
- Decisione 94/800/CE del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round 1986-1994, in *G.U.U.E.* L 336 del 23 dicembre 1994, p. 1 e ss.
- Atto finale della Conferenza sulla carta europea dell'energia - Allegato 1: Il trattato sulla Carta dell'energia - Allegato 2: decisioni riguardanti il trattato sulla Carta dell'energia, in *G.U.U.E.* L 380 del 31 dicembre 1994, p. 24 e ss.
- Consiglio, ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882, Economic and Financial Committee, *Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments* (2006).
- Koskenniemi (a cura di), *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682 e Add.1, 13 aprile 2006, disponibile al link https://digitallibrary.un.org/record/574810 (ultimo accesso 28/12/2022).
- Accordo multilaterale tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, la Repubblica di Albania, la Bosnia-Erzegovina, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica di Croazia, l'ex

Repubblica iugoslava di Macedonia, la Repubblica d'Islanda, la Repubblica di Montenegro, il Regno di Norvegia, la Romania, la Repubblica di Serbia e la Missione delle Nazioni Unite per l'amministrazione ad interim nel Kosovo, relativa all'istituzione di uno Spazio aereo comune europeo, in *G.U.U.E.* L 285 del 16 ottobre 2006, p. 3 e ss.

- Regolamento (CE) n. 1225/2009 del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di paesi non membri della Comunità europea, in *G.U.U.E.* L 343 del 22 dicembre 2009, p. 51 e ss.
- CDI, *Draft articles on the responsibility of international organizations 2011*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, Vol. II, Part Two.
- European Commission for legality through law (Venice Commission), *Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)*, CDL-AD(2011)003rev-e, Study No. 512 / 2009.
- Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra (2011/265/UE), in *G.U.U.E.* L 127, del 16 settembre 2010, p. 1 e ss.
- Regolamento n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *G.U.U.E.* L 351, 20 dicembre 2012, p. 40 e ss.
- Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, in *G.U.U.E.* C 175 del 20 giugno 2013, p. 1 e ss.
- Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 161, del 29 maggio 2014, p. 3 e ss.
- Accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldova, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 260/4 del 30 agosto 2014, p. 4 e ss.
- Accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Georgia, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 261 del 30 agosto 2014, p. 4 e ss.
- Commissione, 13 gennaio 2015, SWD(2015) 3 *final Report Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*

- Commissione, *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 5 maggio 2015, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (ultimo accesso 23/08/2022).
- Commissione, *Pacchetto infrazioni di giugno: decisioni principali*, 18 giugno 2015 disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/MEMO_15_5162 (ultimo accesso 23/08/2022).
- Regional Group of the International Association of Judges, *Statement from the European Association of Judges (EAJ) on the proposal from the European Commission on a new Investment Court System*, Parigi, 9 novembre 2015, disponibile al link https://ala.org.es/wp-content/uploads/2017/02/Statement-European-Association-of-Judges.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).
- Consiglio europeo, *Dichiarazione UE-Turchia*, 18 marzo 2016, comunicato stampa 114/16.
- Dichiarazioni allegate all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, in *G.U.U.E.* C 202/335, 7 giugno 2016, p. 339.
- Regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte, in *G.U.U.E.* L 257 del 28 agosto 2014, p. 121 e ss.
- *Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*, 7 aprile 2016, disponibile al link http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2016/05/The-AFFGN-non-paper-160515.pdf (ultimo accesso 23/08/2022).
- Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione — Lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013, in *G.U.U.E.* L 232 del 4 settembre 2015, p. 43 e ss.

- Accordo di stabilizzazione e di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da un lato, e il Kosovo, dall'altro, in *G.U.U.E.* L 71 del 16 marzo 2016, p. 3 e ss.
- Servizio giuridico del Parlamento europeo, Legal Opinion del 1 giugno 2016, *Compatibility with the Treaties of investment dispute settlement provisions in EU trade agreements*, SJ-0259/16, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/110465/sj-0259-16-legal-opinion.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
- Commissione, *Pacchetto infrazioni di settembre: decisioni principali*, 29 settembre 2016, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/MEMO_16_3125 (ultimo accesso 23/08/2022).
- Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 e ss.
- Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2015 recante le raccomandazioni del Parlamento europeo alla Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP) (2014/2228(INI)), in *G.U.U.E.* C 265 dell'11 agosto 2017, p. 35 e ss.
- Commissione, proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia del 20 dicembre 2017, *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, COM(2017) 835 final.
- Consiglio, Direttive di negoziato relative a una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, 1° marzo 2018, 12981/17 ADD 1 DCL 1.
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra*-UE, COM(2018) 547 final.
- Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte

dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)), in *G.U.U.E.* 2019, C 433/10, p. 66 e ss.

- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio del 3 aprile 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM/2019/163 final, p. 1.
- Consiglio, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – Adoption*, 2 luglio 2019, 10745/19 ADD 1.
- *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en (ultimo accesso 10/11/2022).
- *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 16 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf (ultimo accesso 10/11/2022).
- *Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 17 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, disponibile al link https://finance.ec.europa.eu/system/files/2021-09/190116-bilateral-investment-treaties-hungary_en.pdf (ultimo accesso 10/11/2022).
- Assemblea Generale ONU, *Reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union and its Member States*, 24 gennaio 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1.
- Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, PE/72/2018/REV/1, in *G.U.U.E.* L 79I del 21 marzo 2019, p.1 e ss.
- Causa C-333/19, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour d'Appel de Bruxelles (Belgio) il 24 aprile 2019, in *G.U.U.E.* C 220 del 1 luglio 2019, p. 24 e ss.
- Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore ST/7972/2018/ADD/5, in G.*U.U.E.* L 294 del 14 novembre 2019, p. 3 e ss.

- Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *G.U.U.E.* C 384 I del 12 novembre 2019, p. 1 e ss.
- Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 7/1/20 text, disponibile al link https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between (ultimo accesso 23/09/2022).
- *Dichiarazione della Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri relativa alle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea sugli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, del 29 gennaio 2020, XT 21018/20.
- Cover note 5713/20 del 3 febbraio 2020 del Consiglio dell'Unione europea, *Letter from the President of the Court of Justice of the European Union to the President of the Council of the European Union and of the Conference of the Representatives of the Governments of the Member States*.
- *Final brief for amicus curiae the European Commission in support of reversal*, 23 marzo 2020, USCA Case 19-7127, Document 1834704, Filed: 03/23/2020.
- Comunicazione del 6 aprile 2020, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 1219/2012 che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM(2020) 134 final.
- Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea SN/4656/2019/INIT, in *G.U.U.E*. L 169 del 29 maggio 2020, p. 1 e ss.
- Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam ST/6051/2019/INIT, in *G.U.U.E*. L 186 del 12 giugno 2020, p. 3 e ss.
- Decisione (UE) 2020/1251 dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 2 settembre 2020 relativa alla nomina di tre giudici e di un avvocato generale della Corte di giustizia, in *G.U.U.E.* L 292 del 7 settembre 2020, p. 1 e ss.
- Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *G.U.U.E.* 2020, L 433I, p. 1 e ss.

- *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Brief of the European Commission on Behalf of the European Union as Amicus Curiae in Support of the Kingdom of Spain del 4 gennaio 2021.
- Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, dall'altra, in *G.U.U.E.* L 149 del 30 aprile 2021, p. 10 e ss.
- Commissione, *June infringements package: key decisions*, 9 giugno 2021, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743 (ultimo accesso 28/12/2022).
- Commissione, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal*, 22 dicembre 2021, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip (ultimo accesso 28/12/2022).
- Comunicato stampa della Commissione del 9 febbraio 2022, *Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid*, 9 febbraio 2022, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_22_802 (ultimo accesso 28/12/2022).
- Consiglio WK 9218/2022 INIT LIMITE, del 27 giugno 2022, reso disponibile al link https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf (ultimo accesso 28/12/2022).
- Regolamento 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, in *G.U.U.E.* L 330 del 23 dicembre 2022, p. 1 e ss.
- Commissione, *Overview of FTA and Other Trade Negotiations*, disponibile al link https://circabc.europa.eu/rest/download/a7aab8e0-085d-4e36-826f-cbe8e913cf13 (ultimo accesso 29/01/2023).
- Commissione, *The European Commission decides to refer POLAND to the Court of Justice of the European Union for violations of EU law by its Constitutional Tribunal*, 15 febbraio 2023, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_842 (ultimo accesso 09/05/2023).