



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 1 | 2016

TORNARE AI FONDAMENTALI: LA SOLIDARIETÀ

## ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo

di ALESSANDRA ALGOSTINO

**ISDS (*INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT*),  
IL CUORE DI TENEBRA DELLA  
*GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE*,  
E IL COSTITUZIONALISMO**

di *Alessandra Algostino*  
Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), punta di diamante della *global economic governance*: come e perché una materia apparentemente estranea al *côté* del costituzionalista, è, invece, essenziale - ed esiziale - per il costituzionalismo e la democrazia. I meccanismi ISDS esautorano gli organi giudiziari statali e con la loro forza, sanzionatoria e deterrente, comprimono la potestà decisionale degli Stati, a livello politico e normativo. È in atto un conflitto fra due prospettive, in senso lato costituzionali, differenti, che incide sul rapporto fra economia e politica, sulla sovranità (degli Stati e popolare), sui principi fondanti l'ordinamento, sulla garanzia dei diritti, sul sistema delle fonti, sul ruolo degli organi costituzionali.

Lo studio analizza la struttura, il funzionamento e gli effetti degli arbitrati internazionali presso l'ICSID (sistema *World Bank*), quanto alla legittimazione, all'organizzazione, al quadro giuridico di riferimento, per poi riflettere su alcune dicotomie (pubblico-privato, *government-governance*) e sulla torsione che la razionalità neoliberista impone alla democrazia, alla sovranità, al diritto.

EN

ISDS (Investor-State Dispute Settlement) as leading edge of global economic governance: how and why a subject which apparently has nothing to do with the constitutionalist's field, is on the contrary essential - and harmful - for constitutionalism and democracy. The ISDS procedures weaken the State judicial bodies and - by their penalty and deterrent power - reduce the decision capability of the States both at political and deliberative level. We are dealing with a conflict between two perspectives which are, broadly speaking, constitutional and different. This contrast affects the relationship among economics and politics, the concept of sovereignty (popular and of the States), the founding principles of the system, the guarantee of rights, the system of sources of the law and the role of constitutional authorities.

The purpose of this study is to analyse the structure, the functioning and the effects of international arbitrations inside ICSID (World Bank system), for what concerns the legitimacy, the organization, the relevant legal framework. The resulting reflection highlights some remarkable dichotomies (public-private, government-governance) as well as the "torsion" imposed by neo-liberalism to democracy, sovereignty and law.

# ISDS (*INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT*), IL CUORE DI TENEBRA DELLA *GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE*, E IL COSTITUZIONALISMO

di Alessandra Algostino

**SOMMARIO:** 1. *Il dilagare dei meccanismi ISDS (Investor-State Dispute Settlement) e il loro interesse per il costituzionalista*; 2. *Le clausole ISDS nel contesto del diritto del commercio internazionale*; 3. *L'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) presso la Banca Mondiale e la global economic governance*; 4. *L'ISDS quale obbligo internazionale: posizione nel sistema delle fonti e vincoli costituzionali*; 5. *La competenza dell'ICSID e i rapporti con la giurisdizione statale*; 6. *Gli arbitri internazionali: quid iuris in ordine a imparzialità e indipendenza?*; 7. *Sulla procedura e sul diritto applicabile nei "tribunali" ICSID*; 8. *L'esecutività immediata (e senza appello) del lodo arbitrale*; 9. *I costi e gli esiti delle cause ISDS: un potente deterrente*; 10. *L'oggetto delle controversie e l'eteronomo self-restraint dello Stato*; 11. *Un case study: i ricorsi ISDS versus la Repubblica italiana*; 12. *Le proposte di riforma del meccanismo ISDS nel TTIP: l'International Court System*; 13. *"Tribunali speciali per la sicurezza degli investitori" quali emblema delle trasformazioni della democrazia (a mo' di osservazioni conclusive)*.

## **1. Il dilagare dei meccanismi ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) e il loro interesse per il costituzionalista**

L'acronimo ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), per anni noto solo ad esperti ed operatori nel campo degli investimenti internazionali, è entrato negli ultimi anni nella discussione pubblica, specie con il processo di negoziazione fra Unione europea e Stati Uniti del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)<sup>1</sup>, divenendo

---

<sup>1</sup> Sono ormai numerose le analisi sul TTIP; *ex multis*, restando ai contributi critici con un approccio generale, cfr. J. HILARY, *Il partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti*, Bruxelles, 2014; K. BIZZARRI (with contributions from PIA EBERHARDT to chapter 7), *A Brave New Transatlantic Partnership, The proposed EU-US Transatlantic*

uno degli elementi cardine della campagna di opposizione al TTIP<sup>2</sup>, nonché materia di una consultazione *ad hoc* promossa dalla Commissione europea<sup>3</sup>.

La volontà dell'esecutivo dell'UE, peraltro, come testimonia la segretezza che ha circondato la prima fase delle negoziazioni del TTIP (apertesi nel luglio 2013)<sup>4</sup>, era mantenere il massimo riserbo possibile sulle trattative, certo non ultimo anche nell'intento di impedire, dato l'oggetto del trattato, la nascita di mobilitazioni come quelle che hanno contribuito, nel 1998, ad affossare un trattato analogo al TTIP, l'Accordo Multilaterale sugli Investimenti<sup>5</sup>, e, nel 2012, a indurre il Parlamento europeo a respingere l'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA).

Solo la pressione dell'opinione pubblica, una volta filtrate le prime indiscrezioni, attraverso iniziative di informazione e manifestazioni di

*Trade and Investment Partnership (TTIP/TAFTA), and its socio-economic & environmental consequences*, published by the Seattle to Brussels Network (S2B), Brussels, October 2013, trad. it. a cura di Attac Torino, *TTIP, Un trattato dell'altro mondo. Partenariato transatlantico tra US e UE per il commercio e gli investimenti*, I quaderni di Attac Torino, n. 7, gennaio 2014; M. BERSANI, M. DI SISTO, A. ZORATTI, *Nelle mani dei mercati. Perché il TTIP va fermato*, Emi, Bologna, 2015. Nello specifico, con particolare attenzione ad un approccio attento alla prospettiva costituzionale, si segnala P. BILANCIA (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, al quale ci si permette di aggiungere A. ALGOSTINO, *Transatlantic Trade and Investment Partnership: quando l'impero colpisce ancora?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014.

<sup>2</sup> La campagna, sia a livello italiano sia a livello europeo, è coordinata in particolare dai comitati Stop TTIP; cfr., per l'Europa, il sito <https://stop-ttip.org/>, e, per l'Italia, il sito <http://stop-ttip-italia.net/>.

<sup>3</sup> Il riferimento è, in specie, alla consultazione aperta *on line* tra il 27 marzo e il 13 luglio 2014 (si veda il relativo *Report*: European Commission, MEMO/14/560, 13 January 2015); per un inquadramento delle varie consultazioni sul TTIP, cfr., S. SASSI, *La partecipazione democratica al Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Federalismi.it*, n. 17/2015, spec. pp. 12 ss. Non si entra in questa sede nel merito in ordine alle consultazioni, ma è evidente il rischio che esse siano utilizzate come mere operazioni di *marketing*, o che attraverso la formulazione dei quesiti si possano distorcerne gli esiti, o, ancora, che esse non abbiano alcuna influenza sul processo decisionale.

<sup>4</sup> Alla data in cui si scrive si è ormai svolto il dodicesimo round di negoziati, tenutosi a Bruxelles dal 22 al 26 febbraio 2016 (il relativo *Report* è consultabile in <http://trade.ec.europa.eu>), mentre il tredicesimo è in programma dal 25 al 29 aprile 2016 a New York.

<sup>5</sup> Cfr. L. CASTELLINA, *Ami, quando la politica ha sconfitto le multinazionali*, in *Sbilanciamoci.info*, 24 gennaio 2014.

protesta<sup>6</sup>, ma anche con il lancio di una raccolta di firme<sup>7</sup>, accompagnate dalla richiesta del Mediatore europeo<sup>8</sup>, ha indotto la Commissione europea ad alcune aperture.

Al di là del richiamo alla trasparenza, ormai divenuto un *must* degli interventi di Juncker sul tema<sup>9</sup>, con chiari intenti di *marketing*, la Commissione ha reso disponibili alcuni documenti: in particolare, il 9 ottobre 2014 ha declassificato, rendendole pubbliche, le «Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America» (ovvero il testo del mandato negoziale conferito, il 14 giugno 2013, dal Consiglio alla Commissione europea), e il 7 gennaio 2015 ha pubblicato alcuni testi negoziali, fra i quali otto proposte testuali dell'Unione europea in temi come la competizione, i controlli doganali, i beni alimentari, gli animali e le piante, la cooperazione normativa, le dispute fra governi<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Da ultimo, per una ricostruzione delle differenti azioni di protesta, cfr. F. SPINELLI, *Piccoli e grandi no al trattato commerciale tra Europa e Stati Uniti*, in *www.internazionale.it*, 29 luglio 2015.

<sup>7</sup> Nell'ambito della campagna europea Stop-TTIP viene presentata alla Commissione il 15 luglio 2014, ai sensi dell'art. 11, par. 4, TUE, la richiesta di registrare una proposta di iniziativa legislativa popolare denominata "STOP TTIP", nella quale si chiede di raccomandare al Consiglio dell'Ue di revocare il mandato per il TTIP e di non concludere il CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) con il Canada. La Commissione il 10 settembre 2014 respinge la richiesta, affermando che «la proposta d'iniziativa esula manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati» (Commissione europea, C(2014) 6501 final). I promotori proseguono comunque la raccolta firme, raggiungendo e superando i tre milioni di adesioni ad ottobre 2015.

<sup>8</sup> Cfr. il caso Caso OI/10/2014/RA (consultabile sul sito del Mediatore europeo, E. O'Reilly, <http://www.ombudsman.europa.eu>), relativo alla trasparenza e alla partecipazione pubblica in relazione ai negoziati TTIP.

<sup>9</sup> Emblematiche sono le dichiarazioni programmatiche contenenti gli «Orientamenti politici per la prossima Commissione europea», nonché il Discorso di apertura della plenaria del Parlamento europeo, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*, Strasburgo, 15 luglio 2014, dove il riferimento al TTIP è sempre affiancato dal richiamo alla trasparenza: «sotto la mia presidenza la Commissione negozierà con gli Stati Uniti d'America un accordo commerciale realistico e equilibrato, in uno spirito di reciproco beneficio e di *trasparenza*»; «insisterò per una maggiore *trasparenza*», «facciamo sì che questi negoziati avvengano nella massima *trasparenza*» (corsivo mio).

<sup>10</sup> I documenti sono reperibili sul sito <http://ec.europa.eu/trade>. Alla pubblicazione dei primi documenti segue quella di altre proposte negoziali, *position papers*, guide ed elenchi (da ultimo si segnala la pubblicazione di 19 documenti a marzo 2016), nonché sintetici *report* dei vari round, ma restano segreti i contenuti più delicati, come quelli svelati (nelle

Sul tema specifico della clausola ISDS, al centro delle contestazioni, la Commissione ha recentemente rivisto la propria posizione, riformando il sistema di arbitrato a presidio degli investimenti<sup>11</sup>. È evidente il tentativo di rispondere sia alla decisa condanna del meccanismo da parte di un movimento di opposizione in crescita in tutti i paesi dell'Unione europea (ma anche negli Stati Uniti) sia alle notevoli perplessità, per usare un eufemismo, emerse nella consultazione promossa dalla stessa Commissione europea<sup>12</sup>, nonché la volontà di proporre una soluzione che possa prevenire le obiezioni, invero timide, da parte del Parlamento europeo<sup>13</sup>.

Oggi, dunque, il capitolo ISDS nel progetto TTIP con molta probabilità non sarà configurato, come era nelle intenzioni originarie della Commissione, sulla falsariga del sistema istituito dal *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*<sup>14</sup>, accordo tra Unione euro-

more della presente pubblicazione) il 2 maggio 2016 da Greenpeace Olanda (<https://www.ttip-leaks.org/>). Da ultimo, sul tema della trasparenza, cfr. M. MORVILLO, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del Transatlantic Trade and Investment Partnership?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 136 ss.

<sup>11</sup> Cfr. il *Commission draft text TTIP – investment* (un documento interno dell'UE e non ancora una formale proposta negoziale), in calce al comunicato stampa del 16 settembre 2015, *Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations* (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>), preceduto dal *Concept paper*, sempre 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*, pubblicato il 5 maggio 2015; nonché, da ultimo, la proposta testuale analizzata *infra* (par. 12).

<sup>12</sup> Gli esiti della consultazione sono sintetizzati in Commissione europea, Comunicato stampa, *Presentata oggi una relazione sulla consultazione sulla protezione degli investimenti nell'ambito dei negoziati commerciali UE-USA*, Strasburgo, 13 gennaio 2015, nonché riportati ampiamente in Commissione europea, Commission Staff Working Document, Report, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Bruxelles, 13 gennaio 2015 (SWD(2015) 3 final).

Per una risposta critica alla consultazione, a firma di numerosi accademici di vari Paesi europei, cfr. *Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment* (reperibile in [http://www.kent.ac.uk/law/isds\\_treaty\\_consultation.html](http://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html)).

<sup>13</sup> Si veda la c.d. Risoluzione Lange (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)), che recepisce subito con favore le prime aperture della Commissione in senso riformista risalenti al maggio 2015.

<sup>14</sup> Per un compendio del sistema ISDS previsto nel CETA, oltre quanto si osserverà *infra*, cfr. M. FRIGO, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e stato*

pea e Canada, recentemente negoziato<sup>15</sup>, ma non ancora ratificato<sup>16</sup>. Il meccanismo previsto dal CETA è strutturato – se pur con alcuni accorgimenti tesi a smorzarne gli aspetti più criticati – secondo la configurazione storicamente consolidata dell'arbitrato internazionale deputato a risolvere le controversie investitore-Stato; quest'ultima, tuttavia, come proprio la vicenda del TTIP dimostra, è, in ultimo, oggetto di varie proposte di riforma<sup>17</sup>. Tutto ciò, peraltro, non esclude, come si vedrà, che potrebbe essere relativamente semplice per un investitore, ove il CETA, o altri trattati, offrirono soluzioni più favorevoli, utilizzare queste ultime, aggirando con un *escamotage* gli strumenti eventualmente previsti nel TTIP<sup>18</sup>.

Ma cosa sono le clausole ISDS? E perché possono interessare il costituzionalista?

La devoluzione della competenza a risolvere le controversie investitore-Stato ad un arbitrato internazionale è parte del più ampio capitolo riguardante la protezione degli investimenti<sup>19</sup>, che, a sua volta, rappresenta un settore del commercio internazionale o, più ampiamente, del diritto internazionale dell'economia<sup>20</sup>, costituendo una compo-

*ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico*, cit., pp. 199 ss.

<sup>15</sup> La chiusura dei negoziati è datata 26 settembre 2014.

<sup>16</sup> È disponibile la versione consolidata del testo sul sito della Commissione europea, ai seguenti indirizzi internet:

[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)

[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_it.htm).

<sup>17</sup> Sulle sollecitazioni e i progetti inerenti la revisione della regolamentazione in tema di protezione degli investimenti, cfr. *infra*, par. 12.

<sup>18</sup> Si rinvia a quanto osservato *infra*, par. 12.

<sup>19</sup> Per una ricostruzione sintetica ma completa della materia, cfr. F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 131 ss.; più ampiamente, fra gli altri, si segnala, oltre le opere citate *infra*, G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>20</sup> *Ex multis*, per un approccio generale e sistematico al tema, nella dottrina italiana, cfr. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, v. LIV, Cedam, Padova, 2010; G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2006; si veda anche, per una ricca raccolta di approfondimenti su temi specifici, A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

nente della *global economic governance*, per molti aspetti, come si vedrà, iconica rispetto alle tendenze in atto.

Si ragiona, dunque, di questioni che concernono il diritto internazionale (commerciale), una materia *apparentemente* estranea al *côté* del costituzionalista: “apparentemente”, perché in realtà, come il presente contributo si propone di evidenziare, numerose sono le tensioni, sì da configurare un aperto conflitto, fra clausole ISDS e Costituzione italiana, nonché fra il canale privilegiato assicurato alla tutela degli investimenti e il costituzionalismo o fra la struttura degli arbitrati e i principi cardine della democrazia<sup>21</sup>.

Le controversie Stato-investitore vengono a porsi come emblema dello scontro fra la tensione di un diritto e di una democrazia, propri del costituzionalismo, che nei suoi geni costitutivi ha la limitazione del potere, nel nome del libero sviluppo della persona, e la vocazione egemonica delle *élites* economico-finanziarie, il cui fine è il conseguimento di livelli sempre più elevati di profitto. È un conflitto fra due prospettive, in senso lato costituzionali, differenti, che coinvolge, specificamente, principi e norme costituzionali, con un impatto – come vedremo – sulla sovranità (degli Stati e popolare), sui principi fondanti l’ordinamento, sulla garanzia dei diritti, sul sistema delle fonti, sul ruolo degli organi costituzionali. I meccanismi ISDS, infatti, *prima facie* esautorano gli organi giudiziari statali, e, indirettamente, data la forza, sanzionatoria e deterrente, che possiedono, comprimono la potestà decisionale degli Stati, a livello politico e normativo. Ciò integra ovviamente un *vulnus* alla sovranità, ma anche una multipla violazione della democrazia (nel senso che intacca, ad esempio, la sovranità popolare, il potere legislativo, la tutela dei diritti, il progetto di emancipazione sociale), aggravata dalla considerazione che i lodi arbitrati si svolgono in un contesto che spesso non risponde a canoni democratici quanto alla legittimazione del potere, al suo controllo, all’organizzazione, al quadro giuridico di riferimento.

---

<sup>21</sup> Da ultimo, sull’interesse per il costituzionalismo di un tema, sempre afferente al settore economico, come le agenzie di *rating*, cfr. G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 87-88, ma anche A. PISANESCHI, *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it.*, n. 24/2015, che rileva come le istituzioni economiche sovranazionali pongano «problemi nuovi al diritto costituzionale», non confinabili nel campo del diritto finanziario o commerciale.

Non è nemmeno una questione astratta, per così dire solo di principio, ma possiede rilevanti ricadute concrete, dato che l'attivazione degli arbitrati ISDS è in costante, ed esponenziale, crescita: fra il 2008 ed il 2012 vi sono stati 214 contenziosi (noti), con un aumento dei ricorsi da parte di investitori dell'area europea<sup>22</sup>.

Nel 2014 sono *noti* – è lo stesso UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) ad usare tale aggettivo («known»), a dimostrazione dell'opacità che caratterizza la materia – 42 nuovi casi di attivazione del meccanismo ISDS, con un incremento dei ricorsi promossi contro i paesi sviluppati (il 40% rispetto ad uno storico 28%)<sup>23</sup>. Il totale dei procedimenti oggi conosciuti è 608<sup>24</sup>. Sempre restando ai dati relativi al 2014, risultano adottate nel corso dell'anno 43 decisioni, delle quali 34 pubbliche, incluse tre cause correlate nelle quali si ragiona di cifre da capogiro (50 miliardi di dollari)<sup>25</sup>.

Fra le controversie più famose, ne ricordiamo due: *Lone Pine Resources v. Canada* e *Vattenfall v. Germania*.

La *Lone Pine Resources*, azienda Usa, si appella nel 2013 al *North American Free Trade Agreement* (NAFTA, cap. XI), nei confronti della decisione del Quebec di imporre una moratoria sull'estrazione di gas o petrolio dal *fracking*, per i pericoli che ne possono derivare all'uomo e all'ambiente (Bill 18, *An Act to limit oil and gas activities*, adottato il 13 giugno 2011 dall'Assemblea Nazionale del Quebec). Ad essere eccepite sono in particolare l'espropriazione senza equo indennizzo e la mancanza dei previsti guadagni (ovvero la violazione dell'obbligo di un trattamento giusto ed equo): al governo canadese viene chiesto un risarcimento complessivamente stimato in oltre 250 milioni di dollari<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Dati UNCTAD, citati da Commissione europea, *Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie tra investitore e Stato negli accordi dell'UE*, novembre 2013, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc\\_151979.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151979.pdf).

<sup>23</sup> UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 1, febbraio 2015 (<http://unctad.org>).

<sup>24</sup> UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015 (<http://unctad.org>).

<sup>25</sup> Dati UNCTAD (*IIA – Issues Note*, nn. 2 e 5, 2015, cit.).

<sup>26</sup> *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2; per i relativi atti, cfr. il sito <http://www.italaw.com/cases/1606>, nonché, per una ricostruzione della vicenda, J. JUDGE, *The Impact of Technology on International Arbitration and the Nature of Substantive Claims Asserted in International Arbitration*, in A. W. ROVINE (ed. by), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013*, Leiden, Netherlands, 2014, pp. 414 ss.; *Quebec Fracking Ban Lawsuit: Lone Pine Resources Wants \$250M From Ottawa*, in *The Huffington Post*, by The Cas-

La *Vattenfall*, multinazionale con sede in Svezia, intenta due procedimenti contro la Germania, nel 2009 e nel 2012, utilizzando lo strumento offerto dall'*Energy Charter Treaty*. Nel primo caso la questione verte sul rilascio dei permessi necessari per la realizzazione di una centrale elettrica a carbone ad Amburgo: la Vattenfall consegue un accordo con il quale, oltre i permessi necessari, ottiene uno “sconto” sulle opere a suo carico previste per ridurre l’impatto ambientale della struttura<sup>27</sup>. Nel 2012, la causa è mossa in seguito alla decisione dello Stato tedesco di accelerare la dismissione dell’energia nucleare: il costo stimato del procedimento è di 9 milioni di euro, con una richiesta di risarcimento che si aggira intorno ai 4-5 miliardi di euro<sup>28</sup>.

Fra i meccanismi ISDS maggiormente attivati, figura quello relativo all'*Energy Charter Treaty*, che ha superato il NAFTA, tradizionalmente fra i più invocati<sup>29</sup>. Le condotte statali che hanno dato adito al maggior numero di controversie sono – come nei due esempi citati – legate ad annullamenti o presunte violazioni dei contratti e a revoche o modifiche nelle licenze, specie nei settori relativi alla produzione e fornitura di energia elettrica (almeno undici casi) e all’estrazione di petrolio e gas o alle miniere (dieci cause)<sup>30</sup>, spesso in conseguenza di scelte politiche che si traducono in adozione di atti normativi.

Le clausole ISDS, dunque, interessano il diritto costituzionale: il loro rapporto con oggetti di studio classici per il costituzionalista (quali democrazia, sovranità popolare, potere legislativo, potere giudiziario, diritti, sovranità degli Stati) costituisce la trama e il percorso argomentativo del presente intervento. Torniamo, dunque, alla doman-

---

nadian Press, 23 november 2012 ([http://www.huffingtonpost.ca/2012/11/23/quebec-fracking-ban-lawsuit-lone-pine\\_n\\_2176990.html](http://www.huffingtonpost.ca/2012/11/23/quebec-fracking-ban-lawsuit-lone-pine_n_2176990.html)).

<sup>27</sup> Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6 (cfr. <http://www.italaw.com/cases/1148>); per una sintesi, cfr. *Vattenfall v Germany (Energy Charter Treaty)*, in [www.iiapp.org](http://www.iiapp.org).

<sup>28</sup> Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12 (sul sito dell’International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org>, sono elencate le tappe del procedimento, ma non risultano, ad ottobre 2015, materiali disponibili); cfr., in tema, N. BERNASCONI-OSTERWALDER, M. DIETRICH BRAUCH, *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark*, in International Institute for Sustainable Development, [www.iisd.org](http://www.iisd.org), december 2014.

<sup>29</sup> UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015, cit.

<sup>30</sup> UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015, cit.

da: cosa sono i meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato?

## 2. Le clausole ISDS nel contesto del diritto del commercio internazionale

Senza ovviamente la pretesa di tracciare mappe dettagliate di territori generalmente poco noti al costituzionalista come quelli del commercio internazionale, è necessario inquadrare brevemente il meccanismo ISDS. Come accennato, esso è compreso nel capitolo “protezione degli investimenti”: quest’ultima si sostanzia in misure e garanzie differenti.

Molto sinteticamente, si possono menzionare la protezione dalla discriminazione (la clausola del trattamento della nazione più favorita e del trattamento nazionale); la protezione dall’espropriazione e/o nazionalizzazione (se non in determinati casi, ovvero per ragioni di pubblico interesse e con equo indennizzo)<sup>31</sup>; la protezione dal trattamento discriminatorio e ingiusto (ovvero il principio del trattamento giusto ed equo); la protezione della possibilità di trasferire i capitali.

In questo quadro si situano – quale strumento di garanzia delle (o di alcune delle) tutele citate – i meccanismi di risoluzione delle controversie fra investitore e Stato e, in specie, gli arbitrati internazionali<sup>32</sup>, i quali permettono agli investitori di denunciare gli Stati di fronte ad un “tribunale internazionale” qualora ritengano di aver subito un danno nei propri investimenti e profitti a causa di norme e politiche statali<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> L’indennizzo deve essere “pronto, adeguato ed effettivo”, nel senso di corrispondente al valore di mercato dell’investimento prima della nazionalizzazione o espropriazione, con un evidente favore per l’interesse dell’investitore a discapito dell’interesse pubblico.

<sup>32</sup> Per inciso, completando il quadro, si possono ricordare come strumenti per risolvere le controversie tra investitore e Stato, accanto all’arbitrato internazionale, il negoziato, la conciliazione, la mediazione e il ricorso ai tribunali nazionali.

<sup>33</sup> Si tratta di ipotesi – specifica la Commissione europea (*Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit.) – che non riguardano qualsiasi diminuzione di profitto causata da normative statali, ma la violazione delle garanzie previste dagli accordi; queste ultime, tuttavia, anche nel caso di protezione ad esempio (solo) dal trattamento discriminatorio e ingiusto, paiono fornire comunque agli investitori una garanzia sia strutturalmente ampia sia connotata da confini labili e arbitrari.

Essi risalgono agli anni Sessanta<sup>34</sup>, conoscono un'espansione nel periodo del liberismo thatcheriano e reaganiano<sup>35</sup>, e sono previsti nella maggior parte dei trattati bilaterali di investimento (*Bilateral Investment Treaties*, BIT)<sup>36</sup>, quali quelli – circa 1400 – siglati da Stati membri dell'Unione europea con Paesi terzi o, dopo le nuove competenze attribuite all'UE, direttamente da quest'ultima con Stati terzi<sup>37</sup>; negli accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements*, FTA), come il NAFTA, stipulato fra Stati Uniti, Canada e Messico, in vigore dal 1994<sup>38</sup>; e in accordi internazionali sul commercio, come l'*Energy Charter Treaty* (in vigore dal 1998, sottoscritto da 52 Stati, l'UE e l'Euratom)<sup>39</sup>. Si stima che a livello mondiale oggi siano in vigore oltre 3400 accordi bilaterali o multilaterali che contengono disposizioni per proteggere gli investimenti (alle quali sono collegati i sistemi ISDS)<sup>40</sup>.

Fra le sedi arbitrali specializzate, emerge il ruolo svolto dall'ICSID, l'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, previsto dal 1966 presso la Banca Mondiale (BM), che ne ha promosso l'istituzione, avvenuta con la Convenzione ICSID (Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti

<sup>34</sup> Tra i primi trattati bilaterali di investimento, che prevedono il meccanismo ISDS, si ricorda l'accordo concluso nel 1959 tra la Germania e il Pakistan.

<sup>35</sup> Cfr. UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2): «the number of treaties quintupled during the decade, rising from 385 at the end of the 1980s to 1,857 at the end of the 1990s», coinvolgendo 173 Stati; al 2007, i BIT sono già circa 3000 (P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 249).

<sup>36</sup> Sui BIT, ci si limita a segnalare R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. e), TFUE, l'UE ha competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune; per un primo riferimento, ed altre indicazioni bibliografiche, cfr. F. MARRELLA, S. DE VIDO, *Sugli investimenti esteri diretti regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>38</sup> Il NAFTA viene concluso il 17 novembre 1992 ed entra in vigore il 1 gennaio 1994; nello stesso periodo, con il Trattato di Asunción del 26 marzo 1991, siglato tra alcuni Paesi del Sudamerica (Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, a cui si aggiungono successivamente Venezuela e, in corso di adesione nel 2015, Bolivia), nasce il *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR), nell'ambito del quale – specie con il Protocollo di Olivos del 1 febbraio 2002, in vigore dal 1 gennaio 2004 – si prevede la possibilità di rivolgersi, oltre che ai sistemi previsti nel contesto del MERCOSUR, a meccanismi di arbitrato internazionale.

<sup>39</sup> L'*Energy Charter Treaty* (che segue la Carta europea dell'energia del 1991, priva di efficacia vincolante) viene siglato il 17 dicembre 1994 ed entra in vigore il 16 aprile del 1998.

<sup>40</sup> Cfr. Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 4.

tra Stati e cittadini di altri Stati), detta anche Convenzione di Washington, adottata il 18 marzo 1965, ed entrata in vigore il 14 ottobre 1966, trenta giorni dopo la ratifica da parte dei primi 20 Stati<sup>41</sup>. Ad oggi l'ICSID conta 159 Stati aderenti<sup>42</sup>.

La risoluzione delle controversie presso l'ICSID avviene applicando la citata Convenzione di Washington del 1965 o il Meccanismo Supplementare (*Additional Facility Rules*). Quest'ultimo, introdotto dal Consiglio di amministrazione dell'ICSID il 27 settembre 1978, viene utilizzato in materia di investimenti quando lo Stato interessato o lo Stato nazionale dell'investitore non sono parte della Convenzione di Washington<sup>43</sup> e dà luogo a sentenze arbitrali non immediatamente efficaci<sup>44</sup>.

Altro sistema spesso previsto è quello fondato sul Regolamento di arbitrato dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 ottobre 1976, definito arbitrato «non amministrato»<sup>45</sup>, in quanto contiene regole, o, meglio, un modello di clausole, in relazione al procedimento arbitrale, senza prevedere una istituzione arbitrale permanente<sup>46</sup>.

Attualmente esistono tre versioni del Regolamento di arbitrato UNCITRAL: quella del 1976, la versione rivista e integrata del 2010 e infine quella aggiornata al 2013 (con l'inclusione di una norma relativa al «Regolamento sulla Trasparenza», *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, entrata in vigore il 1 aprile 2014)<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> L'Italia ha ratificato la Convenzione con L. 10 maggio 1970, n. 1093 (ed essa è entrata in vigore, con il deposito della ratifica, il 18 aprile 1971).

<sup>42</sup> Dati dal sito ICSID, <https://icsid.worldbank.org> (aggiornati ad ottobre 2015).

<sup>43</sup> Oppure, ma non rileva in questa sede, quando la controversia non deriva direttamente da un investimento.

<sup>44</sup> Le sentenze arbitrali in questi casi non godono delle norme della Convenzione di Washington in tema di *exequatur* ma devono essere sottoposte al procedimento di riconoscimento ed esecuzione previsto in via generale per le sentenze arbitrali dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

<sup>45</sup> *Ex multis*, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 126.

<sup>46</sup> Nel silenzio del contratto e nell'inerzia delle parti, tuttavia, un ruolo nell'individuazione dell'autorità competente a nominare gli arbitri è affidato al Segretario Generale della Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja.

<sup>47</sup> Sempre in ambito UNCITRAL, in materia di arbitrato internazionale, è da segnalare anche l'adozione della Legge modello sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, adottata nel 1985 e modificata nel 2006 (*UNCITRAL Model Law On International Commerce*

Vi sono quindi tutta una serie di arbitrati, come l'Istituto arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma, la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC)<sup>48</sup>; per tacere dei sistemi con competenze più ampie, come la Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja (CPA), istituita con la Convenzione del 1899 (poi confermata e rivista nel 1907), o, in materia di contenzioso fra i membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, più nota come WTO, *World Trade Organization*), l'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB), una delle vesti che assume il Consiglio Generale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio<sup>49</sup>.

Fra le fonti internazionali, in tema di arbitrato, si possono menzionare il Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole arbitrali, la Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Tali fonti si raccordano quindi con i vari sistemi continentali (da citare è in specie la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961), multilaterali e bilaterali, con le discipline nazionali, con la *lex mercatoria* e – *last but not least* – con lo spazio lasciato all'autonomia contrattuale, ovvero alla volontà delle parti<sup>50</sup>.

Tornando in specifico ai meccanismi in tema di protezione degli investimenti, è da rilevare come, fra gli accordi regionali prima citati, sia il NAFTA (cap. XI, art. 1120) sia l'*Energy Charter Treaty* (art. 26, c. 4, lett. a) e b)) prevedano la possibilità di utilizzare per la risoluzione

*Arbitration*, UN Doc. A/40/17), che consiste in una proposta di regolazione della materia rivolta agli Stati, che dovrebbero utilizzarla come riferimento nel legiferare sul tema.

<sup>48</sup> Per un primo approccio, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., pp. 116 ss.

<sup>49</sup> *Ex multis*, cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002.

<sup>50</sup> Un riferimento sintetico alle varie fonti è presente, fra gli altri, in G. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 549 ss.; sempre nello stesso volume, sottolineano la centralità, fra le fonti dell'arbitrato internazionale, della volontà delle parti, F. BESTAGNO, D. RUSSETTI, *L'organo arbitrale*, p. 714.

ne delle controversie la Convenzione di Washington del 1965 (la fonte convenzionale più importante in materia), il Meccanismo Supplementare e il Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL<sup>51</sup>. Anche molti BIT fanno riferimento ai meccanismi istituiti presso l'ICSID; per tutti, si può ricordare il CETA, il cui cap. X, sez. 4, affida un ruolo privilegiato all'ICSID, al suo Meccanismo Supplementare e alle Regole UNCITRAL.

### **3. L'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) presso la Banca Mondiale e la global economic governance**

Oggetto di questo studio sono in specie i procedimenti arbitrari previsti dalla Convenzione di Washington presso l'ICSID, la tipologia più rilevante di meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato.

Il Centro Internazionale per la Risoluzione di Controversie in materia di Investimenti è stato istituito, come anticipato, con la Convenzione di Washington del 1965, sotto l'egida della Banca Mondiale, con sede presso la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BIRS) a Washington D.C. Esso è una istituzione internazionale autonoma, dotata di personalità giuridica internazionale<sup>52</sup>, ma mantiene un legame con la Banca Mondiale.

L'ICSID, infatti, fa parte del Gruppo Banca Mondiale: come è noto, quest'ultimo è formato dalla Banca Mondiale (di cui fanno parte la Banca Mondiale per la Ricostruzione e lo Sviluppo, IBRD, e l'Associazione Internazionale di Sviluppo, IDA), dalla Società Finanziaria Internazionale (IFC), dall'Agenzia Multilaterale per la Garanzia degli Investimenti (MIGA) e, per l'appunto, dal Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie in materia di Investimenti.

Come si legge sul sito della *World Bank*, si tratta di «cinque istituzioni distinte, ma tra loro fortemente legate da una comune vocazione

---

<sup>51</sup> L'*Energy Charter Treaty* contempla anche la possibilità di ricorrere al Regolamento dell'Istituto Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma (art. 26, c. 4, lett. c)), accanto al ricorso a corti e tribunali amministrativi del Contraente (art. 26, c. 2), e previa ricerca di una risoluzione amichevole della controversia (art. 26, c. 1).

<sup>52</sup> Convenzione di Washington, art. 18 (si cita dalla traduzione non ufficiale pubblicata nella G.U. 12 gennaio 1971, n. 8).

istituzionale»<sup>53</sup>, che operano attraverso una «*close coordination*»<sup>54</sup>: l'ICSID, dunque, è pienamente inserito nel sistema delle istituzioni economico-finanziarie deputate a governare la globalizzazione economica. Del resto, il Presidente della Banca Mondiale è di diritto Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'ICSID<sup>55</sup>.

Esso è parte, dunque, della c.d. *global economic governance*, che contempla, oltre le citate istituzioni internazionali, *corporations* multinazionali, *law firms*, e – ma non in posizione privilegiata – gli Stati.

È un sistema di *governance* fluido, liquido per dirlo à la Bauman, con la precisazione però che non si deve scambiare la liquidità per debolezza, essendo anzi altissimo il grado di coercitività di tale ordinamento, anche se il diritto è sempre più deformalizzato, privatizzato e contrattualizzato. È un diritto che proviene sempre meno dalle convenzioni internazionali e sempre più dai modelli contrattuali elaborati dagli uffici legali delle grandi multinazionali<sup>56</sup>, con una palese indifferenza per criteri di legittimazione e processi democratici: in questo senso è fluido e flessibile, non certo perché non sia coattivo.

Esemplare di questo tipo di rapporto economia-politica-diritto è la risposta di Sergio Marchionne, amministratore delegato di FCA e presidente di CNH Industrial, alla domanda «lei non si sente in qualche modo gestito dai politici?»: «Assolutamente no. Zero. Ma proprio zero. Quello che i politici possono fare è fissare norme che mi obblighino ad adeguarmi. In ultima analisi, però, sta a me decidere: se mi conviene mi adeguo, altrimenti cerco, nei limiti della legalità ovviamente, di trovare alternative»<sup>57</sup>.

Le grandi *corporations* acquistano un peso sempre maggiore, con una concentrazione di potere, che, muovendo dal settore economico,

<sup>53</sup> <http://web.worldbank.org>.

<sup>54</sup> <http://www.worldbank.org/en/about/history>.

<sup>55</sup> Convenzione di Washington, art. 5.

<sup>56</sup> Restando alla dottrina italiana, in questo senso, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 245; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 88 ss.; sul ruolo e sul legame delle *transnational corporations* e delle *law firms*, quali «braccio giuridico» delle prime (p. 107), nonché in senso ampio, sul diritto e sugli attori, istituzionali e privati, della globalizzazione economica, cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>57</sup> S. MARCHIONNE, «*Il mondo secondo Marchionne*», conversazione a cura di L. CARACIOLO e F. MARONTA, in *Limes*, n. 10/2015, p. 273.

pervade la sfera politica e il campo normativo<sup>58</sup>. Gli stessi tentativi di circoscrivere la libertà di azione delle imprese transnazionali tradiscono spesso paradossalmente la loro capacità di influenza.

Un esempio recente: il 14 luglio 2014 il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite ha approvato una Risoluzione sulla *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, detta “Risoluzione Ecuador”, dal Paese primo firmatario<sup>59</sup>.

L'intento è sviluppare, mutandone l'approccio, la responsabilità sociale delle imprese, trasferendola dalla *soft law*, al quale oggi è rimessa, all'*hard law*, con l'obiettivo di un progressivo passaggio da un regime di “autogestione”, ovvero dalla volontaria sottoscrizione da parte delle imprese, alla previsione del rispetto di standard obbligatori stabiliti da istituzioni ed agenzie internazionali<sup>60</sup>: un passo nel senso della limitazione del potere (economico) e, quindi, dell'evoluzione del costituzionalismo, internazionale o globale<sup>61</sup>.

Tuttavia si tratta di una risoluzione: un atto, dunque, non giuridicamente vincolante; inoltre, Paesi “pesanti”, come Stati Uniti e molti Stati dell'Unione europea (fra i quali l'Italia), hanno votato contro la

<sup>58</sup> *Ex multis*, cfr. J. H. ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Hegoa, Bilbao, 2009, ma anche ID., *The new global corporate law*, in N. BUXTON, M. BÉLANGER DUMONTIER (eds.), *State of Power 2015. An annual anthology on global power and resistance*, The Transnational Institute, Amsterdam, 2015, p. 6; Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200, La crescita del potere delle multinazionali*, in [www.cnms.it](http://www.cnms.it), ottobre 2015.

<sup>59</sup> A/HRC/RES/26/9. Per un primo breve commento al testo della Risoluzione, cfr. A. JR GOLIA, *Responsabilità delle imprese transnazionali e “Risoluzione Ecuador” delle Nazioni Unite: uno strumento per la costituzionalizzazione del diritto internazionale?*, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it), 29 maggio 2015.

<sup>60</sup> Vari sono stati nel corso degli anni i tentativi di regolazione della responsabilità sociale delle imprese, tutti peraltro semplicemente esortativi; cfr., ad esempio, c.d. *Global Compact* dell'ONU (1999), la *Tripartite Declaration Concerning Multinational and Social Policy* dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (1977-2000) e le *Guidelines for Multinational Enterprises* del 2000 dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (2000). Per una prima ricognizione della materia, cfr. F. MARRELLA, *Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, in A. PERULLI (a cura di), *L'impresa responsabile. Diritti sociali e corporate social responsibility*, Halley, 2007; A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 61 ss.

<sup>61</sup> Per una disamina di varie tesi in tema di costituzionalismo globale o internazionalizzazione del diritto costituzionale, cfr., da ultimo, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

sua adozione<sup>62</sup>. Quanto poi al contenuto, la Risoluzione, premesso un apprezzamento per il ruolo delle imprese transnazionali, prevede, considerando anche il loro possibile impatto negativo sulla tutela dei diritti umani, l'istituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo, con il mandato di elaborare uno strumento giuridicamente vincolante per regolare le attività delle imprese, con il coinvolgimento degli Stati e degli *stakeholders*.

Ora, senza misconoscere l'importanza di iniziare a ragionare della necessità di limitare, con un atto giuridicamente vincolante, le *corporations*, vi sono più elementi – il tipo di atto, l'analisi del voto e il contenuto – che mostrano la forza della globalizzazione economica e la debolezza del “costituzionalismo globale”. Ciò, fermo restando che una lettura disincantata non deve tradursi in una passiva accettazione ma deve costituire uno stimolo a pensare e ad elaborare strumenti in grado di arginare e controllare – e, perché no?, indirizzare – il potere economico.

Dunque, una globalizzazione economica dove dominano le multinazionali e dove, quindi, il principio fondante è la ricerca del profitto.

Quanto alle istituzioni economiche internazionali, quali Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale (FMI) e Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), esse si conformano alla scarsa attenzione per la democrazia che impera nella *global economic governance* e si mostrano fedeli portavoce del neoliberalismo, interpretato secondo le più rigide (ovvero, le più labili) regole del libero mercato, in sistematica collusione con le imprese transnazionali.

Restando sul piano dei principi, sia sufficiente qui, quanto al Fondo Monetario Internazionale e all'Organizzazione Mondiale per il Commercio, rilevare come fine principale del primo sia la stabilità del sistema monetario (e finanziario), da perseguire attraverso la cooperazione fra gli Stati, in considerazione dell'interdipendenza dell'economia e nella prospettiva della crescita economica e dell'espansione del commercio internazionale. Lo sviluppo di quest'ultimo costituisce, quindi, lo scopo specifico del WTO ed è perseguito attraverso strumenti che assicurino al commercio libertà e pre-

---

<sup>62</sup> La Risoluzione è stata approvata con 20 voti a favore, 14 contro e 13 astensioni. Fra gli Stati che hanno votato a favore: Cina, Federazione Russa, India, vari Paesi africani, qualche Paese asiatico, Cuba e Venezuela; contro si sono espressi, fra gli altri, Germania, Stati Uniti, Francia, Italia, Giappone, Regno Unito.

vedibilità; di conseguenza, fra gli obiettivi vi sono l'eliminazione delle barriere commerciali, la creazione di un mercato competitivo (senza, ad esempio, sovvenzioni alle esportazioni o misure analoghe), l'applicazione tra i membri del principio di non discriminazione.

La Banca Mondiale individua, invece, le sue priorità odierne nella lotta alla povertà e nel sostegno allo sviluppo, ma basta considerare le sue politiche e, in specie, la sua attività prevalente, cioè l'erogazione di aiuti finanziari, per notare come ciò avvenga in perfetta consonanza rispetto alla prospettiva del libero mercato. I finanziamenti concessi dalla BM sono infatti subordinati al rispetto delle clausole di condizionalità, in base alle quali il Paese beneficiario deve adottare politiche macroeconomiche orientate nel senso della liberalizzazione, privatizzazione e deregolamentazione (specie in relazione ai servizi sociali)<sup>63</sup>.

Quando poi si passi a considerare la struttura di FMI, WTO e BM, è facile riscontrare come le regole di organizzazione e di funzionamento non rispettino canoni democratici quanto piuttosto la forza economica.

I sistemi di voto utilizzati sono in vario modo ponderati in relazione alle quote versate dagli Stati, ovvero su base censitaria e diseguale<sup>64</sup>, sul modello delle società di capitale e non di un ordinamento democratico.

La composizione degli organi mostra come vi sia una distanza siderale rispetto alla legittimazione democratica, che è adombrata solo nella riconducibilità dei membri all'esecutivo nazionale (laddove essi siano ministri) o, in forma ancora più indiretta, nella previsione di una loro nomina governativa (come spesso accade quando i membri sono i governatori delle banche centrali). Il *Board of Governors* – l'organo di vertice – della Banca Mondiale, ad esempio, è composto da un Governatore e da un sostituto per ciascun Paese membro, nominati per 5 anni, e la carica di Governatore è per lo più ricoperta dal governatore

---

<sup>63</sup> Tale richiesta si accompagna a quella di riforme strutturali (nella prospettiva di sostenere un "buon governo").

<sup>64</sup> Per riferimenti più specifici sui sistemi di voto nelle varie organizzazioni che compongono il Gruppo BM, cfr. <http://www.worldbank.org/en/about/leadership/VotingPowers>; per una prima disamina del voto ponderato in seno alla BM e al FMI, si veda C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, che ricorda anche come, a fronte della palese violazione dell'eguaglianza fra Stati, siano state adottate riforme nel senso di una attenuazione della diseguaglianza.

della banca centrale o dal ministro delle finanze. Quanto all'organo amministrativo – il *Board of Executive Directors* – al quale sono generalmente delegati i poteri del *Board of Governors*, esso riflette la disegualianza fra gli Stati: è composto da 25 Direttori esecutivi nominati o eletti dai paesi membri (i cinque principali azionisti, Francia, Germania, Giappone, Regno Unito, Stati Uniti, esprimono ciascuno un Direttore; gli altri Paesi i rimanenti 20).

Dunque, quanto all'ICSID, in prima istanza si può constatare come sia incardinato in una struttura di governo, che, se pur in questa sede solo sommariamente evocata, appare non democratica e fondata su principi (il perseguimento di un neoliberalismo inteso in senso ortodosso) difficilmente compatibili con la prospettiva dell'eguaglianza (formale e sostanziale), del libero sviluppo della persona, della limitazione del potere.

L'organizzazione, poi, dell'ICSID prevede, come detto, un Presidente (*ex officio* il Presidente della BM), un Consiglio di amministrazione e un Segretariato. Il Consiglio di amministrazione è formato da un rappresentante per ciascuno Stato membro e fra i suoi compiti più significativi sono da annoverare l'approvazione dei regolamenti procedurali relativi alla conciliazione e all'arbitrato e l'adozione del bilancio annuale del Centro<sup>65</sup>. Degna di nota è la previsione di un voto che, a differenza di quanto avviene nella BM e nel FMI, è riconosciuto a ciascuno Stato, a prescindere dal peso economico. Quanto al Segretariato, esso è composto dal Segretario generale, da uno o più Segretari generali aggiunti e dal personale. I segretari generali sono eletti dal Consiglio di amministrazione, a maggioranza dei due terzi dei membri, su designazione del Presidente<sup>66</sup>. Il Segretario generale appare figura centrale nell'organigramma dell'ICSID, essendo a lui affidata la rappresentanza legale del Centro, la sua direzione, la responsabilità dell'amministrazione (compreso il reclutamento del personale)<sup>67</sup>. La nota "positiva" della previsione di un Consiglio che vede la partecipazione paritaria di tutti gli Stati si stempera nei poteri riconosciuti ad un organo monocratico (il Segretario generale), eletto sì con maggioranza qualificata, ma designato dal Presidente della Banca Mondiale.

---

<sup>65</sup> Convenzione di Washington, art. 4 e 6.

<sup>66</sup> Convenzione di Washington, artt. 9 e 10.

<sup>67</sup> Convenzione di Washington, art. 11.

#### 4. L'ISDS quale obbligo internazionale: posizione nel sistema delle fonti e vincoli costituzionali

Ciò precisato, si può iniziare l'analisi dell'arbitrato, verificando la sua coerenza rispetto al contesto costituzionale, inteso *ça va sans dire* in senso prescrittivo, come diritto che concerne i principi, i diritti e l'organizzazione propri di uno Stato democratico, che limita il potere nella prospettiva della garanzia delle libertà e della separazione dei poteri, nel senso sintetizzato all'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e poi sviluppato con l'evoluzione del costituzionalismo moderno sino alla sua versione «emancipante»<sup>68</sup> della metà del XX secolo.

All'ICSID, come abbiamo visto, devolvono la risoluzione dei contenziosi investitore-Stato molti BIT (fra i quali, da ultimo, il CETA), nonché importanti accordi multilaterali di libero scambio, come il NAFTA, o trattati internazionali sul commercio, come l'*Energy Charter Treaty*: esso, dunque, nasce da un trattato fra Stati (la Convenzione di Washington del 1965) e interviene in ragione di un accordo sottoscritto fra Stati.

Quali sono i limiti che circoscrivono il potere dello Stato – e, nel caso specifico, di quello italiano – nel sottoscrivere obblighi ed impegni nei confronti di altri Stati o soggetti presenti nella comunità internazionale?

In primo luogo, senza dubbio imprescindibile è l'osservanza dei principi fondamentali della Costituzione. Essi rappresentano «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale», in quanto tali sottratti alla revisione costituzionale e costituenti un limite rispetto all'ingresso del diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, così come un controlimite rispetto alle norme comunitarie (nonché a quelle concordatarie): la giurisprudenza costituzionale in proposito è chiara e costante<sup>69</sup>.

Quanto in particolare al diritto internazionale convenzionale pare poi utile richiamare sinteticamente, aprendo una breve parentesi, la sua posizione nel sistema delle fonti. Innanzitutto si può ricordare co-

---

<sup>68</sup> Cfr. A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, n. 2/1993, pp. 321 ss.

<sup>69</sup> Da ultimo, Corte cost., sent. n. 238 del 2014 (spec. *Considerato in diritto*, 3.2.).

me, in assenza di specifici riferimenti nel testo costituzionale l'interpretazione prevalente assegna al trattato la stessa forza ed efficacia della fonte interna di adattamento, per cui, se, come avviene solitamente, si procede alla ratifica e all'esecuzione del trattato con legge ordinaria, quest'ultimo avrà la posizione e l'efficacia di una norma primaria. La riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3/2001) ha peraltro modificato – come è noto – parzialmente il quadro<sup>70</sup>, aprendo alla possibilità che le norme internazionali fungano da norma interposta nel determinare l'incostituzionalità, per violazione del rispetto degli obblighi internazionali sancito dall'art. 117, c. 1, di norme legislative interne con esse in contrasto. La Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, confermate da pronunce successive<sup>71</sup>, ha chiarito la portata del nuovo testo dell'art. 117, c. 1: «se da una parte [esso] rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU [n.d.r.: nel caso di specie le norme interposte nel giudizio] rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale»<sup>72</sup>. Gli obblighi internazionali, detto altrimenti, integrano e rendono operativo il parametro costituito dall'art. 117, c. 1, Cost.

Le norme che prevedono obblighi internazionali, cioè le norme interposte, possiedono in tal modo una particolare forza, ma non acquistano per questo una posizione costituzionale: esse rimangono ad un livello sub-costituzionale o, meglio, al livello proprio della fonte che le ha introdotte nell'ordinamento<sup>73</sup> (diversamente dalle norme che hanno una specifica copertura costituzionale come quella assicurata alle fonti comunitarie dall'art. 11 o alle consuetudini internazionali dall'art. 10, c.1). La Corte costituzionale, in proposito, afferma, in relazione alle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificate e rese

<sup>70</sup> Il novellato primo comma dell'art. 117 stabilisce che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

<sup>71</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 39 e 311 del 2009.

<sup>72</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>73</sup> Da ciò evidentemente consegue che nel caso in cui l'adattamento avvenga con legge costituzionale le norme internazionali saranno di livello costituzionale.

esecutive in Italia con legge ordinaria, la l. 4 agosto 1955, n. 848, che la loro funzione quali norme interposte non significa che esse «acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale»: «si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale», per cui «è necessario che esse siano conformi a Costituzione»<sup>74</sup>. Lo scrutinio di costituzionalità non si limita, dunque, in queste ipotesi alla lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma si estende «ad ogni profilo di contrasto fra le “norme interposte” e quelle costituzionali»<sup>75</sup>. La valutazione della conformità a Costituzione delle norme internazionali integrative del parametro di costituzionalità «è assoluta e inderogabile», per evitare il paradosso che una norma legislativa sia dichiarata incostituzionale in relazione ad un'altra norma sub-costituzionale anch'essa contrastante con la Costituzione<sup>76</sup>. Nell'ipotesi in cui la norma interposta risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte dichiara «l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»<sup>77</sup>.

Ora, la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione ICSID (L. 10 maggio 1970, n. 1093)<sup>78</sup> è una legge ordinaria, che contempla, come è prassi, l'autorizzazione alla ratifica<sup>79</sup> e contestualmente l'ordine di esecuzione («piena ed intera esecuzione è data...»)<sup>80</sup>. Essa, dunque, da un lato, può vantare una resistenza passiva a norme primarie posteriori in contrasto con gli obblighi internazionali che dalla stessa sorgono; dall'altro, è tenuta ad osservare non solo i principi fondamentali ma anche tutte le norme di rango costituzionale.

A ciò è da aggiungersi la considerazione che anche qualora non si accertasse *ab origine* un vizio di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione, permane la necessità di operare comunque

---

<sup>74</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>75</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>76</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>77</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>78</sup> Analogo discorso può essere fatto per la legge 10 novembre 1997, n. 415, a proposito dell'*Energy Charter Treaty*.

<sup>79</sup> Non avrebbe potuto essere altrimenti, stante la lettera dell'art. 80 Cost.: «le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

<sup>80</sup> Cfr. rispettivamente gli articoli 1 e 2 della l. 10 maggio 1970, n. 1093.

un «bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»<sup>81</sup>.

Nel ragionare di vincoli costituzionali rispetto agli obblighi che lo Stato può contrarre nei confronti di soggetti appartenenti alla comunità internazionale, un posto di rilievo spetta all'art. 11 Cost., nel caso di specie relativamente alla previsione che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»<sup>82</sup>.

Come è noto, l'organizzazione internazionale alla quale pensava il costituente erano le Nazioni Unite, mentre storicamente l'art. 11 è stato utilizzato per fornire copertura costituzionale al processo di integrazione europea. Quanto alle istituzioni economiche internazionali, come BM, FMI e WTO, da un lato, è da escludersi, stante la loro natura, struttura e obiettivi, che l'art. 11 possa fungere da fonte legittimante limitazioni di sovranità *à la* Unione europea. Dall'altro lato, resta che l'art. 11 delinea i parametri che devono ispirare e delimitare gli obblighi internazionali contratti dallo Stato, specie quando essi, se pur non nelle forme di diretta applicabilità del diritto derivato proveniente da una organizzazione sovranazionale, come nel caso dell'Unione europea, danno luogo, di diritto e di fatto, a restrizioni della sovranità statale. Fra le domande, alle quali si cercherà di rispondere, analizzando nel dettaglio la procedura ISDS, vi sono, dunque, quelle relative alle limitazioni di sovranità: sussistono in tale ipotesi? E, se si ritengono esistenti, come si pongono in relazione ai fini di pace e giustizia fra le Nazioni? E, ancora, quali sono le implicazioni della clausola delle «condizioni di parità con gli altri Stati»?

Ma, soprattutto, occorrerà valutare, più ampiamente, la compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato con il rispetto, *in primis* dei principi fondamentali, e, quindi, di tutte le norme costituzionali. Le possibilità sono, alla luce del

<sup>81</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>82</sup> Da ultimo, sull'art. 11 Cost., anche per riferimenti bibliografici precedenti, si veda L. CARLASSARE, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013.

quadro descritto *ante*, di riscontrare sia una incostituzionalità *tout court* degli obblighi internazionali sia una incostituzionalità derivata quale esito del bilanciamento fra tali obblighi e altri interessi costituzionalmente tutelati.

L'indagine andrà condotta su due livelli: quello *ex lege*, relativo alla lettera delle norme, e quello di fatto, considerando le prassi e gli effetti concreti del meccanismo ISDS. Ciò sia perché si interpreta in senso sostanziale, e non meramente formale, il rispetto della Costituzione, nella prospettiva dell'effettività, sia perché ci si muove in un campo – quello del commercio internazionale – dove il diritto è dominato da fatti e consuetudini, più che da regole predisposte secondo procedimenti formali prestabiliti.

Ora, quanto ai fini di pace e giustizia e al rispetto dei principi fondamentali, fra i quali certamente la centralità della persona e il perseguimento del suo libero sviluppo (principio personalista)<sup>83</sup>, strettamente connessi al principio di eguaglianza (formale e sostanziale) e a quello di solidarietà, per non scomodare il principio democratico, non si può non rilevare *prima facie*, come già anticipato, una tensione con uno strumento – l'ISDS – che, come argomentato, è parte di una *governance* mondiale dove sono egemoni i principi del modello economico neoliberista e dove la protezione degli investitori costituisce in sé un fine (in ipotesi, e in concreto, anche contro la tutela della persona)<sup>84</sup>. Non si contempla nemmeno la possibilità che gli investimenti possano produrre effetti nocivi e, per questo, debbano essere non tanto protetti, quanto circoscritti e limitati<sup>85</sup>, come, invece, ad esempio, è sostenuto nella *Public Statement on the International Investment Regime* (31 agosto 2010) sottoscritta da numerosi accademici di vari

<sup>83</sup> Sul ruolo del principio personalista, e, in specie, sulla sua eccedenza assiologica, cfr., fra gli altri, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>84</sup> *Contra* questa prospettiva cfr. la *Public Statement on the International Investment Regime*, 31 agosto 2010: «the protection of investors, and by extension the use of investment law and arbitration, is a means to the end of advancing the public welfare and must not be treated as an end in itself» (il testo è disponibile sul sito della Osgoode Hall Law School, <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>).

<sup>85</sup> Nella Convenzione di Washington, al primo *Considerando*, si sottolinea *tout court* il ruolo svolto dagli «investimenti privati internazionali», ruolo dal quale discende l'opportunità di istituire un meccanismo internazionale per le controversie che possano sorgere in materia fra gli Stati e i soggetti (*alias* investitori) appartenenti ad altri Stati.

Paesi<sup>86</sup>. È evidente la distanza con una prospettiva costituzionale, come quella italiana, che, nel disciplinare la libertà di attività economica, «dubita che il suo esercizio sia di per sé in armonia con il bene comune»<sup>87</sup>.

Quanto in specifico alla «giustizia», che l'articolo 11 declina come «fra le Nazioni», due istantanee fotografano nitidamente la sua assenza nel caso di specie. Prima: utilizzando il grandangolo e ragionando sugli effetti del neoliberismo, nel cui orizzonte sono iscritti i meccanismi ISDS, è pacifico constatare come esso produca e acuisca le diseguaglianze (fra i Paesi e fra le persone)<sup>88</sup>. Seconda: pensando alla giustizia come «condizioni di parità» tra gli Stati, le condizioni di parità risultano negate in maniera lampante dall'immagine del voto ponderato (in uso, come detto, non direttamente nell'ICSID, ma un *must* nelle sue istituzioni di riferimento).

Da un lato, la centralità della persona, l'eguaglianza, la limitazione del potere; dall'altro, la centralità del profitto, una diseguaglianza strutturale (come meglio si argomenterà *infra*), un potere che costitutivamente si propone di essere *legibus solutus* (il “libero” mercato).

Dunque, pare riscontrabile un contrasto fra l'approccio ISDS e i principi fondamentali della Costituzione; ma, prima di concludere in tal senso, conviene analizzare il funzionamento dell'arbitrato investitori-Stati.

## 5. La competenza dell'ICSID e i rapporti con la giurisdizione statale

Il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti ha competenza, in base alla Convenzione di Wa-

---

<sup>86</sup> Nei principi generali, i sottoscrittori sostengono che: «Foreign investment may have harmful as well as beneficial impacts on society and it is the responsibility of any government to encourage the beneficial while limiting the harmful»; «States have a fundamental right to regulate on behalf of the public welfare and this right must not be subordinated to the interests of investors where the right to regulate is exercised in good faith and for a legitimate purpose».

<sup>87</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli, 2014, pp. 3 ss.

<sup>88</sup> Si rinvia ai dati citati *infra*.

shington<sup>89</sup>, in materia di «controversie di natura giuridica tra uno Stato contraente (o ente pubblico od organismo dipendente dallo Stato stesso, che esso indica al Centro) e un soggetto di altro Stato contraente, le quali siano in relazione diretta con un investimento e che le parti abbiano consentito per iscritto di sottoporre al Centro»<sup>90</sup>. Per soggetto di un altro Stato contraente si intende sia una persona fisica sia una persona giuridica<sup>91</sup>, *alias* l'investitore privato.

Senza scendere in temi che appartengono più strettamente al diritto commerciale, quali quello di definizione dell'oggetto delle controversie – l'investimento – sul quale ci si limita a segnalare come nella Convenzione non vi sia alcuna precisazione e dottrina e giurisprudenza, pur individuando dei criteri, non abbiano raggiunto una definizione univoca condivisa<sup>92</sup>, la prima questione da affrontare concerne l'obbligatorietà o meno del ricorso al Centro e il rapporto fra la “giurisdizione” del Centro e la giurisdizione statale (senza scordare che un problema di competenza si pone anche in relazione alla giurisdizione sovranazionale, come nel caso della Corte di Giustizia dell'Unione europea).

Il consenso rispetto all'intervento dell'arbitrato ICSID, dato per iscritto, può essere oggetto di una specifica clausola in un contratto di investimento, essere prestato successivamente al sorgere di una controversia o, come frequentemente accade – ed è l'ipotesi ricordata *ante* – essere contenuto in un BIT oppure in un trattato multilaterale in tema di libero commercio. In queste ultime ipotesi il consenso è per così

---

<sup>89</sup> Per completezza, si ricorda come le *Additional Facility Rules* del 1978 amplino poi la competenza, estendendola a controversie che non derivano direttamente da un investimento o in cui lo Stato parte o lo Stato nazionale dell'investitore non sono membri dell'ICSID.

<sup>90</sup> Convenzione di Washington, art. 25, c. 1.

<sup>91</sup> Convenzione di Washington, art. 25, c. 2.

<sup>92</sup> Cfr. G. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, cit., p. 558; M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 632; F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 140 ss.; per un primo sintetico riferimento alla prassi Icsid, cfr. M. B. DELI, *ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, v. IV, p. 2848; in senso più ampio, cfr. C. H. SCHREUER (with L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2014.

dire generale e permanente e viene poi integrato con il deposito della richiesta arbitrale da parte dell'investitore nel caso specifico<sup>93</sup>.

Qui si scopre la natura unilaterale del meccanismo: se è immediato e permanente, con la sottoscrizione del trattato che lo contempla, l'obbligo per lo Stato di sottoporsi all'arbitrato, non altrettanto può dirsi in relazione all'investitore, che risulta protetto in quanto lo Stato di cui è cittadino ha firmato il trattato, ma non è obbligato non avendo personalmente sottoscritto alcun impegno specifico<sup>94</sup>. L'investitore è libero di scegliere se ricorrere o sottostare al meccanismo ISDS, lo Stato vi è obbligatoriamente soggetto e può ricorrervi solo se l'investitore accetta l'apposita clausola arbitrale: è evidente la disparità di trattamento a favore degli investitori.

L'origine pattizia dell'arbitrato denota poi come il fondamento dello stesso risieda nella volontarietà delle parti, il che, d'altro canto, non impedisce che il consenso produca effetti obbligatori. Detto altrimenti, l'assenso dato all'intervento dell'ICSID non può essere revocato: l'art. 25 della Convenzione di Washington stabilisce che «quando le parti hanno dato il loro assenso, nessuna di esse può ritrarlo unilateralmente». La Convenzione può essere denunciata (art. 71) ma tale denuncia ha effetto solo sei mesi dopo la recezione della relativa notifica e comunque non può essere invocata per sottrarsi all'arbitrato, ovvero ai diritti e agli obblighi sorti prima della ricezione della notifica (art. 72). Non solo: alcuni trattati, come ad esempio vedremo l'*Energy Charter Treaty*, prevedono che, anche in caso di denuncia del trattato, la clau-

---

<sup>93</sup> Cfr. E. SAVARESE, *L'investitore straniero dinanzi ai Tribunali ICSID: diritto all'arbitrato e legge applicabile*, paper del Seminario per il Centro studi sui diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti, 27 ottobre 2005 ([www.centrodirittumani.unina.it](http://www.centrodirittumani.unina.it)).

<sup>94</sup> Cfr. M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 633, che rileva «una mancanza di equilibrio tra le parti» a proposito della prassi per cui «lo Stato ospite può formulare un'offerta di ricorso all'arbitrato internazionale non a favore di un soggetto specifico ma di una categoria indeterminata di investitori stranieri e manifestare tale offerta in un accordo internazionale o in una legge nazionale, che verrà accettata successivamente dall'investitore interessato», in quanto «mentre l'investitore può avviare la procedura senza la manifestazione di un consenso dello Stato ospite rispetto al caso specifico, lo Stato non può agire in assenza della sottoscrizione da parte dell'investitore di una apposita clausola arbitrale»; ad «elementi di squilibrio... a favore del privato investitore» si riferisce anche F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., p. 162, che sottolinea come l'investitore «potrà decidere in via unilaterale il momento, se, ed in che tempi, dare inizio alla procedura».

sola ISDS resti in vigore, pur non essendo lo Stato più parte del trattato, negli anni successivi (nel caso citato, per ben venti anni)<sup>95</sup>.

Dunque, il ricorso all'ICSID, una volta prestato il consenso, anche per così dire *una tantum*, come avviene in caso di investimenti riconducibili ad un BIT o ad un accordo multilaterale di libero scambio, risulta obbligatorio: ma questo significa escludere la possibilità di ricorrere ad altri fori? Ovvero, l'esautoramento della giurisdizione statale, o anche delle sedi sovranazionali come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea?

La lettera della Convenzione di Washington, invero, pare ad una prima lettura ambigua, anche se l'arbitrato è previsto proprio per individuare una sede più agevole e rapida dove l'investitore possa ottenere soddisfazione<sup>96</sup>.

L'art. 26 esordisce con una affermazione forte, che contiene però al suo interno la possibilità di una deroga: «il consenso delle parti a sottoporsi ad arbitrato nel quadro della presente Convenzione viene considerato, *salvo stipulazione contraria*, come implicante la rinuncia ad ogni altra forma di ricorso» [corsivo mio].

In questo senso viene considerata «essenziale per il funzionamento del meccanismo ICSID» la *rule of abstention* del giudice nazionale, ovvero il suo obbligo, a fronte di una previsione contrattuale dell'arbitrato, di dichiarare, in caso sia adito da una delle parti, la propria incompetenza, con conseguente rinvio al Centro<sup>97</sup>. Affermazione, questa, che si accompagna all'individuazione – *ex art. 41 della Convenzione di Washington* – del tribunale arbitrale come «giudice della propria competenza».

La regola pare essere quella dell'autonomia dell'arbitrato in questione, anche se è contemplata l'eccezione, come specificato nel prosieguo dell'articolo: «uno Stato contraente può esigere, come condizione al suo consenso a sottoporsi ad arbitrato... che siano esauriti i

---

<sup>95</sup> Così, ad esempio – come si vedrà meglio *infra* –, l'Italia, pur avendo deciso di recedere dall'*Energy Charter Treaty* dal 2016, sarà soggetta all'arbitrato ICSID sino al 2036, in quanto «the provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date» (art. 47, c. 3).

<sup>96</sup> M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 630: «il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato ospite poteva non essere agevole per l'investitore straniero, né rapido...».

<sup>97</sup> P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 277.

ricorsi amministrativi o giudiziari interni». Nel Preambolo, poi, pare finanche espressa una posizione di favore nei confronti dell'intervento della giurisdizione statale: «riconoscendo che, mentre tali controversie dovrebbero normalmente formare oggetto di procedimenti legali nazionali, in taluni casi il regolamento di dette controversie mediante metodi internazionali può essere opportuno»; nel prosieguo, peraltro, si torna a discorrere di «particolare importanza» dei meccanismi per la conciliazione e l'arbitrato internazionale<sup>98</sup>.

Di fatto, gli ultimi accordi conclusi, nel tentativo di stemperare le critiche ai meccanismi ISDS, alludono all'intervento delle sedi giurisdizionali nazionali o internazionali, per lo più però concependolo come alternativo, senza imporre, per accedere alla sede arbitrale internazionale, il previo esaurimento dei ricorsi interni<sup>99</sup>. Nella versione consolidata del CETA, ad esempio, fra le condizioni per poter ricorrere all'arbitrato si chiede l'avvenuta chiusura di eventuali procedimenti davanti a tribunali o corti che applicano il diritto nazionale o il diritto internazionale, oppure la rinuncia agli stessi<sup>100</sup>. In sostanza, come si precisa nelle direttive di negoziato UE per il TTIP, l'orientamento è prevedere la «risoluzione delle controversie a livello di Stato», ma sempre che non si interferisca «con il diritto degli investitori di avvalersi dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato»<sup>101</sup>.

Detto in poche parole, e più prosaicamente, la regola pare essere la libertà per l'investitore di scegliere quale via seguire<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Punto fermo è l'esclusione della protezione diplomatica in caso di intervento dei meccanismi della Convenzione di Washington, salvo che eventualmente in fase di esecuzione della sentenza, nell'ipotesi in cui il soccombente non vi si conformi (Convenzione di Washington, art. 27).

<sup>99</sup> Cfr. S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 178 (spec. nota 46).

<sup>100</sup> *Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 21.

<sup>101</sup> Consiglio dell'Unione europea, *Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America*, 17 giugno 2013 (11103/13 DCL 1), desecretate e rese disponibili il 9 ottobre 2014, par. 23.

<sup>102</sup> M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 634: «l'investitore ha un potere unilaterale di scelta circa il procedimento da adottare tra i diversi meccanismi di soluzione delle controversie contemplati nelle leggi nazionali o nei trattati, mentre lo Stato deve subire tale scelta».

Nel CETA – come anticipato – si prevede che gli investitori in pendenza di giudizio arbitrale non possano utilizzare altri strumenti o debbano rinunciarvi (*Consolidated CETA*

I meccanismi di risoluzione delle controversie investitori-Stati confermano la loro natura di strumento a tutela degli investitori “contro” lo Stato: un “tribunale speciale per la sicurezza degli investitori”. Del resto, è diffusa la considerazione che imputa la scarsa propensione degli investitori a ricorrere a tribunali statali al timore che questi ultimi adottino un atteggiamento “nazionalista”, donde la creazione di arbitrati internazionali, che nascono «per garantire agli investitori stranieri una più efficace tutela dei loro interessi»<sup>103</sup>.

Non stupisce allora leggere nel progetto del CETA, nella sezione dedicata all’*“Investor-State Dispute Settlement”* (sez. 6 del cap. X), che «an investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim...»<sup>104</sup>: *an investor non a State*.

Il *forum shopping*, inoltre, produce una rincorsa fra gli Stati e fra le sedi arbitrali sovranazionali nel proporre strumenti sempre più efficienti per l’investitore, che assicurino ampio spazio al diritto a disposizione delle parti (contrattuale) e restringano i margini di intervento del diritto statale<sup>105</sup>. L’immagine che risulta è quella di una “giustizia” sempre più *di parte*, che assicura una tutela privilegiata agli interessi economici, a detrimento della concezione del giudice come soggetto deputato *in primis* alla tutela dei diritti della persona.

Vi sono, peraltro, delle resistenze, dei casi nei quali la prepotenza neoliberista incontra un ostacolo nei giudici, che fanno prevalere la Costituzione e, in particolare, i diritti fondamentali della persona. Esempio in questo senso è la vicenda che ha visto gli organi giudiziari ecuadoregni, nei vari gradi, sino alla Corte Suprema, contrapporsi alla Texaco-Chevron, citata in giudizio, nel nome del diritto interno

*Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 21), ma ciò – come acclara la richiesta della dimostrazione della chiusura finale di altri procedimenti – altro non significa che semplicemente non possono essere intrapresi più ricorsi contemporaneamente.

<sup>103</sup> F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 161-162.

<sup>104</sup> *Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 17.

<sup>105</sup> Su questa linea si situa il D. L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in L. 24 marzo 2012, n. 27, sulle liberalizzazioni adottato dal governo Monti, laddove istituisce il c.d. Tribunale delle imprese, ampliando la competenza di sezioni specializzate esistenti, nell’intento di creare «una giustizia civile *efficiente*, celere e in grado di attirare o, quanto meno, di non allontanare pregiudizialmente l’investitore straniero dal mercato italiano», «una giustizia *prevedibile*» e sempre «più «manageriale»» (così D. BIFULCO, *Il potere giudiziario*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2012, p. 361).

e, in specie, del diritto all'ambiente e alla salute, sanciti dalla Costituzione, per la devastazione dell'ecosistema e i danni, spesso letali, alla popolazione connessi alla sua attività di estrazione di idrocarburi nella zona amazzonica. La Chevron viene condannata ad un risarcimento miliardario (9.5 miliardi di dollari), in esplicito dissenso, fra l'altro, rispetto a quanto stabilito da un tribunale arbitrale internazionale (istituito presso la Corte Permanente di Arbitrato) favorevole – come è facile arguire – alla multinazionale<sup>106</sup>. Ma, si può citare anche il caso Novartis, che vede l'India, per voce sia della *High Court* sia della *Supreme Court*, respingere le richieste della potente casa farmaceutica (tese, nello specifico, ad ottenere il brevetto di un farmaco, negato anche in base alle disposizioni adottate dal legislatore indiano contro la pratica dell'*evergreening*, nonché ad affermare l'incostituzionalità della suddetta legge)<sup>107</sup>.

Certo, sono eccezioni e spesso deboli (difficile sarà per il giudice ecuadoregno, ad esempio, far eseguire la sentenza ed ottenere da Chevron il risarcimento fissato dalla Corte Suprema)<sup>108</sup> e paiono più una testimonianza che non il primo passo per un costituzionalismo globale. Sono, in altre parole, dei casi virtuosi che poco possono contro la forza devastatrice di un potere, quello economico, che, sempre più vittorioso nel conflitto sociale, sta facendo terra bruciata delle strutture e delle difese dei suoi oppositori.

La storia, però, mostra come, a volte, trasformazioni prima impensabili avvengano, come si fronteggino nel corso dei secoli il potere, nelle sue differenti forme, e i tentativi di limitarlo, e come, a volte, questi abbiano successo.

Ciò, fermo restando che i rapporti di forza si giocano a livello politico e sociale, non nelle aule di tribunale; i giudici, nonostante interventi, propri del loro ruolo di garanti, non possono arrestare esonda-

---

<sup>106</sup> Una precisa descrizione della vicenda è in A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali per violazione dei diritti fondamentali. Una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *www.gruppodipisa.it*, 2015, pp. 8 ss.

<sup>107</sup> Per riferimenti puntuali, si veda A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali*, cit., pp. 10-11.

<sup>108</sup> La Chevron – come è facile immaginare – non aveva alla data della sentenza beni sequestrabili in Ecuador; in altri Paesi, come Argentina e Stati Uniti, l'esecuzione della sentenza è stata negata (cfr. A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali*, p. 10), anche se, da ultimo, segnali di apertura arrivano invece dalla magistratura canadese (cfr. *Chevron: premio 2015 della vergogna*, in Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200*, cit., p. 16).

zioni che hanno la loro origine in un mutamento sociale. Aggiungerei che non solo non possono, ma nemmeno spetta solo a loro: fondamentale è il ruolo della dialettica politica, anche per evitare il rischio che si instaurino forme di oligarchia giudiziaria<sup>109</sup>.

Ora, tornando ai rapporti fra corti arbitrali e tribunali nazionali, palese è l'esautoramento della giurisdizione statale laddove il ricorso all'arbitrato sia configurato come alternativo – come generalmente avviene – rispetto ad eventuali istanze giurisdizionali interne sin dal sorgere della controversia, ma esso sussiste anche ove sia previsto il previo esperimento o esaurimento dei ricorsi interni. Infatti, in tali ultimi casi, l'intervento della giurisdizione statale può essere concepito, quando ovviamente non dia luogo all'esito sperato, unicamente come un adempimento burocratico, il quale magari allunga i tempi, creando "fastidio", ma non impedisce che l'ultima parola sia pronunciata in sede di arbitrato internazionale e non dal giudice statale.

Pare alquanto vacuo il riconoscimento dell'intervento della giurisdizione interna, se poi le decisioni da essa rese possono essere del tutto trascurate. Certo, si può obiettare che è quanto avviene anche con altre istanze, che richiedono il previo esaurimento dei ricorsi interni, come la Corte europea dei diritti dell'uomo, ma ben diversi paiono il contesto, gli obiettivi e la natura dell'organo. Quello della CEDU si può configurare come intervento nell'ambito di una tutela multilivello dei diritti, una possibilità in più per la garanzia delle libertà. Ora, per quanto l'idea *à la page* del costituzionalismo multilivello presenti molte ambiguità e si presti ad interpretazioni del diritto che possono dar luogo a circoli virtuosi ma anche viziosi, resta la sostanziale diversità rispetto ad una pronuncia resa nell'ambito di un arbitrato il cui scopo è la tutela degli investimenti. Una diversità che può condurre a due verdetti opposti quando si discorre di conformità a Costituzione.

Dunque, che sia alternativo o successivo rispetto a ricorsi interni, l'arbitrato dell'ICSID comporta un esautoramento della giurisdizione

---

<sup>109</sup> In argomento, non si può non richiamare G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, che, se pur con la consueta mitezza, disegna un ruolo da attore protagonista per i giudici costituzionali, respingendo però come infondate le critiche di «giuristocrazia»; sempre in tema, cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

statale, incidendo sulla competenza e/o sull'esercizio di un potere dello Stato, limitando la sua sovranità<sup>110</sup>.

La pericolosità dell'emarginazione della giurisdizione statale risulta poi aggravata dalla considerazione della difformità di principi e obiettivi fra contesto costituzionale statale e contesto ICSID e dalla struttura di quest'ultima in relazione alle qualità che deve possedere una istanza giurisdizionale. Non si tratta solo di rispetto per così dire delle sfere di competenza o dell'intangibilità della sovranità ma altresì dell'eventuale lesione di valori costituzionalmente tutelati.

Della distanza fra i due approcci si è detto *ante*, sia qui sufficiente anticipare anche come sia profondamente diverso il quadro di riferimento del giudice nazionale, vincolato dal diritto statale (dalla Costituzione e da un articolato complesso normativo primario), da quello dell'arbitro, che siede in una istituzione il cui compito è la tutela degli investimenti e decide, con ampia discrezionalità, sulla base di un sistema normativo molto più fluido.

Come chiarisce la Direzione Generale per il Commercio della Commissione europea, «il fatto che un paese disponga di un solido sistema giuridico non sempre garantisce che gli investitori stranieri siano protetti in modo adeguato»<sup>111</sup>. I giudici nazionali (o anche europei) sono inadeguati: forse che abbiano troppa indipendenza, forse che siano troppo vincolati al rispetto delle leggi, e soprattutto delle Costituzioni, con il loro catalogo di diritti?

Facile pensare al *Report* della J. P. Morgan, che stigmatizza le Costituzioni dei Paesi del Sud Europa, colpevoli di assicurare, ad esempio, «constitutional protection of labor rights»<sup>112</sup>.

Ma soffermiamoci ora sul funzionamento dell'arbitrato, muovendo dall'analisi della declinazione che in tale sede acquistano principi come quelli di indipendenza, neutralità e imparzialità del giudice.

---

<sup>110</sup> Cfr. A. CANTARO, *Libero scambio e forma di stato. Note storico-critiche sull'Accordo di Partenariato Transatlantico*, paper, novembre 2014 (reperibile sul sito [www.sbilanciamoci.info](http://www.sbilanciamoci.info)), che rileva una lesione dello stato di diritto, laddove si vanifica «la prerogativa pubblica di esercitare il potere giudiziario sul proprio territorio».

<sup>111</sup> Commissione europea, Directorate-General for Trade, *Domande e risposte*, 20 dicembre 2013 ([http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/index_it.htm)).

<sup>112</sup> *Report* della J. P. Morgan, Europe Economic Research, *The Euro area adjustment: about halfway there*, 28 May 2013.

## 6. Gli arbitri internazionali: *quid iuris* in ordine a imparzialità e indipendenza?

Il procedimento arbitrale ha una «completa autonomia» rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico nazionale ed è sottratto «a qualsiasi forma di controllo di giudici nazionali quanto alla validità e messa in opera della convenzione arbitrale, alla nomina o ricusazione degli arbitri e a qualsiasi aspetto o incidente della procedura»<sup>113</sup>. Si può aggiungere: è sottratto *tout court* a qualsiasi forma di controllo.

Ora, indubbiamente, una delle caratteristiche classiche, e imprescindibili, per l'esercizio della funzione giurisdizionale in una democrazia è l'indipendenza dei giudici, *in primis* nei confronti del potere esecutivo ma anche del potere legislativo<sup>114</sup>. Ciò, non solo si configura quale espressione del principio di separazione ed equilibrio dei poteri, ma anche come corollario di una democrazia che per non incorrere in una tirannia della maggioranza sottrae alla stessa alcuni organi, a tutela delle minoranze e dei diritti.

La garanzia dell'autonomia o, meglio, dell'indipendenza esterna, non si traduce però, in una democrazia, in arbitrarietà dell'organo: in una democrazia, l'indipendenza del giudice, correlata con la soggezione (soltanto) alla legge, è elemento coerente e imprescindibile per l'esistenza della democrazia, a garanzia di tutti (maggioranza e minoranze), in modo eguale.

Non pare, da quanto argomentato *ante*, potersi concludere nello stesso senso in relazione ai meccanismi ISDS: nella *governance* economica mondiale, l'autonomia degli arbitri è funzionale rispetto ad un sistema che deve essere fluido per meglio garantire il conseguimento del profitto – valore, questo sì, dotato della rigidità e intoccabilità propria dei principi fondamentali. Il profitto contiene in sé strutturalmente il germe della diseguaglianza; anche senza scomodare Marx e la teoria

---

<sup>113</sup> P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., pp. 281 e 277; *ex multis*, circa l'individuazione dell'autonomia ed autosufficienza, come caratteristica dell'arbitrato IC-SID, cfr. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 935.

<sup>114</sup> Il giudice è soggetto alla legge come atto generale ed astratto (o, meglio, che *dovrebbe essere* generale ed astratto, stante la prassi delle leggi *ad personam*, ma anche dei provvedimenti *omnibus* o delle leggi provvedimento), ma immune da interferenze dirette da parte dell'organo parlamentare.

del plusvalore e della sua appropriazione da parte del capitale, è evidente come esso non solo riguardi solo alcuni soggetti (come gli investitori) ma sia costruito sulla spoliazione di altri<sup>115</sup>.

Basti citare in proposito alcuni dati recenti: il patrimonio delle 62 persone più facoltose del pianeta è cresciuto negli ultimi cinque anni (2010-2015) del 41% (oltre 500 miliardi di dollari), mentre la metà più povera del pianeta si è impoverita in misura pari al 41%<sup>116</sup>.

Ma veniamo agli aspetti più tecnici.

Gli arbitri che compongono il tribunale arbitrale sono nominati in relazione a ciascuna controversia: nessuna precostituzione – come vorrebbe il principio del giudice naturale – ma designazione *ad hoc*.

Non solo: la regola è che siano le stesse parti a nominare gli arbitri. Emerge qui in modo chiaro ed inequivoco la forte connotazione in senso contrattualistico e privatistico che pervade tutto il procedimento (come è proprio di un sistema arbitrale, ma segnando la distanza dai canoni di un modello giurisdizionale).

Le parti, se non è diversamente disposto dalle stesse, nominano tre arbitri: ciascuna parte indica un arbitro ed il terzo, che assume la funzione di presidente del collegio, è scelto di comune accordo<sup>117</sup>. Nel caso in cui gli arbitri non siano designati dalle parti subentra il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio di amministrazione dell'ICSID (*alias* Presidente della Banca Mondiale)<sup>118</sup>.

Chi sono gli arbitri?

Presso il Centro è depositata una lista di arbitri (*Panel of Arbitrators*), composta da soggetti segnalati dagli Stati parte della Convenzione (ma non necessariamente aventi la nazionalità dello Stato desi-

<sup>115</sup> Indica come prima osservazione conclusiva del suo lavoro «la remontée des inégalités depuis les années 1970-1980», T. PIKETTY, in un testo ormai divenuto un dibattito bestseller, *Le capital au XXIe siècle*, Seuil, Paris, 2013; da ultimo, sull'«opzione disegualitaria» e, in specie, sul fallimento della teoria del *trickle-down*, M. REVELLI, *La lotta di classe esiste e l'hanno vinta i ricchi. Vero!*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

<sup>116</sup> Dati citati dal Rapporto Oxfam, presentato in occasione del Forum di Davos, *An economy for the 1%, How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 18 January 2016 (210 Oxfam Briefing Paper, [www.oxfam.org](http://www.oxfam.org)); per un primo commento, cfr. A. BARANES, *Il mondo in mano all'1% di supermiliardari*, in *il manifesto*, 19 gennaio 2016, che, fra l'altro, evidenzia come le diseguaglianze stiano non solo aumentando, ma anche accelerando.

<sup>117</sup> Convenzione di Washington, art. 37.

<sup>118</sup> Convenzione di Washington, art. 38.

gnante); ogni Stato<sup>119</sup> può indicare quattro nominativi<sup>120</sup>. A questi si aggiungono gli arbitri (dieci) individuati dal Presidente ICSID, che tiene conto nelle sue indicazioni della rappresentanza dei «principali sistemi giuridici del mondo» e dei «principali settori dell'attività economica»<sup>121</sup>.

Quanto ai requisiti, è previsto che le persone designate godano di «un'alta reputazione morale», possiedano «una riconosciuta competenza in materia giuridica» – competenza, questa, considerata «particolarmente importante» – «commerciale, industriale o finanziaria» e che offrano «garanzia di indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni»<sup>122</sup>.

Sul sito del Centro, si legge poi che è «highly desirable» la considerazione di alcuni criteri addizionali, quali la conoscenza e l'esperienza in materia di diritto internazionale degli investimenti e l'abilità nel trattare conciliazioni ed arbitrati<sup>123</sup>.

Quest'ultima precisazione rispecchia la realtà. Gli arbitri per lo più sono sempre gli stessi esperti – i giuristi degli investimenti internazionali – i quali, a volte intervengono in qualità di “giudici”, altre volte patrocinano le cause da avvocati, quando non operano quali consulenti di Capi di Stato, di Governi o di istituzioni economiche internazionali, o non figurano tra i negoziatori di trattati di libero commercio. L'incompatibilità e il conflitto di interessi paiono intrinseci al sistema<sup>124</sup>; il *revolving door* è la norma<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> Qui non si approfondisce il discorso, ma ovviamente non indifferente è anche la considerazione di chi, e con quale procedura, all'interno dello Stato individua i quattro nominativi.

<sup>120</sup> Convenzione di Washington, art. 13.

<sup>121</sup> Convenzione di Washington, art. 14, c. 2.

<sup>122</sup> Convenzione di Washington, art. 14, c. 1.

<sup>123</sup> *Qualifications for the Panels* (in <https://icsid.worldbank.org>).

<sup>124</sup> Interessante la ricostruzione di P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, 2012, pp. 34 ss.

<sup>125</sup> Per un esempio tipico di *revolving door* nell'ambito in questione, cfr. P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 44.

Per inciso, il *revolving door* è pratica antica: cfr. G. BERTA, *Oligarchie. Il mondo nelle mani di pochi*, il Mulino, Bologna, 2014, che ricorda un lavoro dello storico Lewis Namier (*The Structure of Politics at the Accession of George III*, 1929), o le considerazioni di Bagehot, che dimostrano come «i nomi dell'élite economica e soprattutto della finanza internazionale erano ormai di casa a Westminster» (p. 51); per altri esempi contemporanei di

«È un piccolo mondo: sono solo quindici persone a dividersi il 55% delle questioni trattate fino a oggi»<sup>126</sup>: sono per lo più avvocati o accademici, alcune volte con un passato in incarichi politici<sup>127</sup> (gli stessi soggetti che applicano il diritto, contribuiscono a produrlo e, non ultimo, ricavano da tale attività ingenti guadagni).

Come è stato osservato, «investor-state arbitration is a cat-and-mouse game that favours the arbitrators – most importantly, a few dozen repeat players who have driven interpretation of the treaties – who are not subject to judicial override if they interpret a treaty incorrectly or unreasonably and who have a track record of exploiting legal ambiguity to expand their power over states, investors, public money, and so on»<sup>128</sup>.

Numerosi sono i dubbi, dunque, circa l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza, la procedura di nomina, dei “giudici” – le osservazioni che precedono argomentano già sufficientemente l'uso delle virgolette – dell'ISDS<sup>129</sup>. Con un ossimoro si può dire che gli arbitri sono imparziali in quanto sono di parte.

A tutto ciò è da aggiungere che la lista degli arbitri non è vincolante, potendo le parti sceglierli anche al di fuori di essa<sup>130</sup>. Nemmeno nella forma altamente depotenziata della predisposizione di una lista

scambi fra finanza e politica, cfr. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011, pp. 75 ss.

<sup>126</sup> L. WALLACH, *Il trattato transatlantico, un uragano che minaccia gli europei*, in *Le Monde Diplomatique*, novembre 2013, e ora in *MicroMega on line*, 27 gennaio 2014; per una concretizzazione, ovvero un riferimento preciso a nomi, relative carriere e casi trattati, si veda P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 38, table 2.

<sup>127</sup> A titolo esemplificativo, attualmente (gennaio 2016), l'Italia ha designato quali suoi arbitri quattro professori universitari in materie coerenti rispetto all'incarico; gli Stati Uniti, alcuni noti avvocati, che spesso vantano nel curriculum un periodo di consulenza presso la Casa Bianca.

<sup>128</sup> G. VAN HARTEN, *Why arbitrators not judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration*, 3 luglio 2014, p. 3, al seguente indirizzo internet: [www.trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds](http://www.trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds).

<sup>129</sup> Si legga ancora, dal documento prima citato in risposta alla consultazione promossa dalla Commissione europea firmato da numerosi accademici (*Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment*): «The benefits to foreign investors include their exclusive right of access to a special adjudicative forum, ...their exceptional role in determining the make-up of tribunals,... the absence of institutional safeguards of judicial independence...».

<sup>130</sup> Convenzione di Washington, art. 40 (solo il Presidente, nel caso subentri, è vincolato ad attenersi alla lista predisposta).

di nomi dai quali attingere compare il principio del giudice naturale precostituito per legge (o, meglio, data la debolezza che comunque avrebbe, un suo pallido sosia).

Si palesa senza veli il carattere di giustizia privata, e gestita dai privati, dei meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato, a testimonianza di un processo di privatizzazione della giustizia sia con riguardo ai soggetti che la dispensano sia per quanto concerne gli interessi tutelati.

Simbolico è in tal senso l'art. 39 della Convenzione di Washington, una disposizione, se si vuole, "minore", che si limita a stabilire che «la maggioranza degli arbitri deve essere costituita da cittadini di Stati diversi dallo Stato contraente parte nella controversia e dello Stato contraente il cui soggetto è parte della controversia», per poi concedere subito che «tuttavia tale disposizione non si applica se l'arbitro unico o ciascuno dei membri del Tribunale sono nominati d'accordo tra le parti».

## 7. Sulla procedura e sul diritto applicabile nei "tribunali" ICSID

L'egemonia della volontà delle parti nei "tribunali" ICSID è confermata dalle previsioni in tema di procedura da seguire nonché da quelle relative al diritto applicabile per dirimere le controversie.

Quanto alla procedura, le *Arbitration Rules*, ovvero il Regolamento sull'arbitrato, adottato dal Consiglio di amministrazione dell'ICSID ed in vigore dal 2006, prevedono che i termini siano fissati *ad hoc* da ciascuna corte arbitrale in relazione alla singola controversia e che la cadenza delle rispettive memorie e repliche sia decisa dalle parti con il presidente della corte. Le parti, ad esempio, esprimono «their views» in ordine al *quorum* richiesto per le decisioni del tribunale; alla lingua o alle lingue da utilizzare nel procedimento; al numero, alla sequenza e ai termini delle memorie scritte; alla possibilità di prescindere dalla procedura scritta o da quella orale<sup>131</sup>. Un procedimento, dunque, dalle forme morbide ed elastiche, gestito consensualmente fra le parti, con regole che dallo stesso Regolamento sono concepite come aperte e ri-

---

<sup>131</sup> *Arbitration Rules (Rules for Procedure of Arbitration Proceedings)*, art. 20; per un primo riferimento, cfr. L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010.

messe alla volontà dei contendenti<sup>132</sup>. Come se il bando nei confronti delle forme predeterminate<sup>133</sup> non fosse sufficiente, l'art. 44 della Convenzione di Washington precisa poi che «ogni procedimento arbitrato è condotto in conformità con le disposizioni della presente sezione e, *salvo diverso accordo tra le parti*, col Regolamento di arbitrato in vigore alla data in cui esse hanno convenuto il ricorso all'arbitrato» (corsivo mio).

Come è stato osservato, «la disciplina del procedimento assume un ruolo particolarmente importante nell'arbitrato internazionale ed è essenziale al fine di consentire il conseguimento degli obiettivi che generalmente sottendono la scelta delle parti a favore di questa modalità di soluzione delle controversie, tra cui la speditezza, l'efficienza e la “neutralità” anche rispetto alle diverse tradizioni giuridiche delle parti ...», a differenza del giudizio ordinario che è «retto da norme che, oltre ad essere generalmente in gran parte inderogabili, sono assai diverse da Stato a Stato e spesso poco congeniali alle esigenze del contenzioso commerciale internazionale»<sup>134</sup>.

Al di là della necessità di mediare tra esperienze giuridiche differenti, si palesa di nuovo la natura dei meccanismi ISDS come strumenti al servizio degli investitori e non come sedi imparziali di risoluzione delle controversie. Si noti anche come siano citati alcuni dogmi della nostra epoca: la flessibilità (la presenza di norme inderogabili è un ostacolo da aggirare), nonché la velocità e l'efficienza, spesso concepiti quali valori in sé, a prescindere dal parametro (ad esempio governo efficiente, per chi o per che cosa?), anche se, in verità, nel caso di specie, sono correlati ad un principio, quale, per l'appunto, la tutela degli investitori.

Mancano poi nel procedimento – come è facile immaginare, data la natura privatistica e “informale” del meccanismo – pubblicità e trasparenza. La Commissione europea constata, ad esempio, come, nella

<sup>132</sup> P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 282, descrive il primo atto della procedura come convocazione delle parti in una speciale riunione «per stabilire i loro *desideri* in ordine a vari temi» (corsivo mio).

<sup>133</sup> Per tutti, basti ricordare Tocqueville (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997, Libro III, parte IV, cap. VII, ed. cit., p. 740), quando scrive delle «forme», il cui «principale merito è di servire di barriera fra il forte e il debole...».

<sup>134</sup> C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 767.

maggior parte dei trattati già stipulati, i procedimenti si svolgono a porte chiuse<sup>135</sup> e sostiene la necessità di rendere «il sistema più trasparente, mettendo i documenti a disposizione del pubblico, garantendo l'accesso alle udienze e consentendo alle parti interessate (ad esempio le ONG) di presentare osservazioni»<sup>136</sup>.

Del resto – come è stato evidenziato – spesso la dottrina annovera proprio «confidenzialità e riservatezza... tra i principali vantaggi dell'arbitrato rispetto alle procedure ordinarie»<sup>137</sup>. La regola – anche se gli arbitrati sugli investimenti sono considerati oggetto di un obbligo di confidenza meno stringente rispetto ad altri arbitrati commerciali – è la riservatezza, non sono la pubblicità e la trasparenza.

In coerenza con quanto detto, la Convenzione di Washington, all'art. 48, c. 5, prevede ad esempio che la decisione arbitrale non possa essere pubblicata in assenza del consenso delle parti. Nella prassi invero non mancano tribunali arbitrali che hanno stabilito l'inesistenza di un obbligo generico di confidenzialità (per inciso, concretizzando l'asserita derogabilità delle già scarse regole procedurali)<sup>138</sup>, ma ciò segna comunque la distanza rispetto alla sanzione dell'obbligo, inverso, di pubblicità.

Passiamo ora al diritto applicabile per risolvere la controversia.

L'art. 42 della Convenzione di Washington in primo luogo prevede che «il Tribunale si pronuncia sulla controversia conformemente alle norme di diritto convenute tra le parti». Solo in mancanza di accordo tra le parti «il Tribunale applica la legge dello Stato contraente parte nella controversia – ivi comprese le norme di diritto internazionale privato – come pure i principi di diritto internazionale in materia» (art. 42, c. 1). La norma si premura quindi di precisare che quanto stabilito non pregiudica «la facoltà del Tribunale, se le parti sono d'accordo in tal senso, di statuire *ex aequo et bono*» (c. 3).

<sup>135</sup> Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 7.

<sup>136</sup> Commissione europea, *Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie investitore-Stato (ISDS) negli accordi dell'UE*, marzo 2014, p. 2, al seguente indirizzo internet: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/april/tradoc\\_152418.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/april/tradoc_152418.pdf). In questa prospettiva nel CETA figura un articolo in tema di trasparenza, che richiama, fra l'altro, le nuove *UNCITRAL Transparency Rules (Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. VI, art. 33, p. 174).

<sup>137</sup> Cfr., anche per indicazioni bibliografiche nel senso indicato, C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, cit., p. 802.

<sup>138</sup> Per una prima indicazione dei casi, si rinvia a C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, cit., p. 803.

Il principio della legge uguale per tutti è sostituito dalla *grundnorm* della legge a disposizione delle parti<sup>139</sup>: ritorna l'approccio contrattualistico e privatistico, con un conseguente misconoscimento dell'orizzonte pubblico (statale ma anche internazionale), particolarmente sconcertante considerato che si discute di controversie fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico e che – come si vedrà – spesso oggetto del contenzioso sono provvedimenti adottati da enti pubblici statali, fra i quali, non di rado, leggi ordinarie.

Sono le parti a stabilire quali norme applicare, esautorando la potestà normativa, e politica, degli Stati. Un solo esempio: nel contratto di investimento può essere inserita una clausola di stabilizzazione, che fissa il diritto dello Stato al momento della sottoscrizione, divenendo irrilevanti, ai fini della risoluzione di una futura controversia, successive modifiche legislative introdotte dagli organi nazionali<sup>140</sup>. La volontà delle parti incide, se pur in relazione al caso specifico, sull'efficacia di una fonte del diritto statale, determinandone una sorta di extra-vigenza, in contrasto con l'eventuale scelta abrogativa o modificativa.

Il diritto statale, comunque, non è il riferimento privilegiato quando si discorre di diritto applicabile nelle controversie ISDS. Esso, infatti, pare relegato ad un ruolo sussidiario: interviene in mancanza di indicazioni differenti da parte dei soggetti coinvolti nella controversia e sempre in connessione con «i principi di diritto internazionale». Questi ultimi, inizialmente concepiti come integrativi rispetto al diritto statale, vanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante e autonomo rispetto al diritto nazionale<sup>141</sup>.

In concreto il diritto applicato risulta da un *pot-pourri* di elementi scelti dalle parti che spaziano da disposizioni del diritto statale (per lo più intese come congelate alla data del contratto), a principi comuni fra l'ordinamento dello Stato parte in causa e l'ordinamento dello Stato nazionale dell'investitore (*tronc commun*), al diritto internazionale,

---

<sup>139</sup> A. ODDENINO, *Il diritto applicabile al merito della controversia: volontà delle parti, suoi limiti e ruolo dell'arbitro internazionale*, in R. CAVALIERI, F. BALBI, R. BONUZZI, A. CECCHINATO, F. MUTASCIO, *Brics: una nuova geografia economica?*, FrancoAngeli, Milano, 2015, in relazione all'arbitrato commerciale internazionale, ragiona di «“dogma” della volontà sovrana delle parti» (p. 146).

<sup>140</sup> Cfr. M. B. DELI, *Icsid*, cit., p. 2850.

<sup>141</sup> Per richiami giurisprudenziali e bibliografici relativi all'evoluzione interpretativa citata, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 287.

al riferimento agli usi, alle decisioni arbitrali stesse e alle norme facenti capo alla *lex mercatoria*. Di quest'ultima, non si può non ricordare la connivenza con gli interessi degli investitori: essa, se pur eterogenea, è per lo più opera del braccio giuridico delle maggiori *corporations* (ovvero delle più influenti *law firms*, specie statunitensi)<sup>142</sup>. È un diritto dunque *di parte*, prodotto al di fuori di un processo di mediazione politica democratico, malleabile rispetto alle esigenze degli attori del commercio internazionale e applicato nell'interesse di *una parte*<sup>143</sup>.

Insomma, esiste un *parterre*, fluido e variegato, per non dire nebuloso, di norme (non di rado prive di legittimazione democratica) al cui interno le parti scelgono quelle che ritengono maggiormente consone ai propri intenti, formando un *patchwork*<sup>144</sup>.

Ciò, unito ad un approccio pragmatico nell'individuazione del diritto<sup>145</sup>, sfocia inevitabilmente nel riconoscimento di ampi margini di manovra agli arbitri<sup>146</sup> (non di rado i soggetti che quelle norme contribuiscono a creare) e alle parti stesse.

Per inciso, si ragiona qui di parti, ma il riferimento è in specie agli investitori: non solo – come si va argomentando – il meccanismo ISDS è costruito a loro tutela, ma si assiste spesso ad una sproporzione di potere fra l'investitore e lo Stato, a tutto vantaggio del primo.

In proposito sia sufficiente qui richiamare i dati relativi rispettivamente al fatturato di alcune imprese transnazionali e al PIL di alcuni

<sup>142</sup> Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, spec. p. 14 e pp. 248 ss.

<sup>143</sup> È la stessa Commissione europea (*Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 7), che sponsorizza i meccanismi ISDS, ad osservare che «la qualità delle decisioni degli arbitri dipende dalla qualità delle norme che sono chiamati ad applicare. Norme vaghe, di regola, lasceranno spazio all'interpretazione. Pertanto è necessario garantire che... le norme per la protezione degli investimenti negli accordi commerciali vengano chiaramente definite e non lascino spazio all'ambiguità interpretativa».

<sup>144</sup> Emblematico è il c.d. *dépeçage*: le varie parti di uno stesso contratto sono regolate da leggi diverse.

<sup>145</sup> Si veda, fra gli altri, A. MALATESTA, *Il diritto applicabile al merito della controversia*, in M. V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 833.

<sup>146</sup> F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., rileva come «il carattere aperto delle disposizioni pattizie fa sì che gli organi arbitrali godano di ampia discrezionalità interpretativa, potendo, così, svolgere una funzione creativa» (p. 139); inoltre, ad esempio, gli arbitri possono esaminare indizi obiettivi e comportamenti delle parti, per individuare la presenza di una eventuale scelta tacita o implicita delle stesse (sinteticamente, cfr. A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., p. 839).

Stati (espressi in milioni di dollari), tutti fra le prime 100 economie mondiali: Wal-Mart Stores, 485.651; Austria, 436.344; Exxon Mobil, 382.597; Colombia, 377.740; Volkswagen, 268.567; Cile, 258.061; Chevron, 203.784; Perù, 202.903; Apple, 182.795; Ungheria, 137.104<sup>147</sup>.

Il *patchwork* del diritto applicabile può essere realizzato con qualsiasi materiale? ovvero, esistono dei limiti al diritto applicabile?

Nella dottrina di settore la questione è affrontata in relazione alle c.d. norme ad applicazione necessaria (le quali pretendono applicazione a prescindere dal loro richiamo ad opera delle parti) e all'ordine pubblico (o ordine pubblico internazionale), inteso come complesso dei valori fondamentali di un ordinamento (o della comunità internazionale); nella prospettiva del costituzionalista, sarebbero da chiamare in causa (quantomeno) i c.d. controlimiti.

Manca in materia un orientamento univoco e si tende a valorizzare, ancora una volta, il ruolo dell'autonomia delle parti e il carattere arbitrario – e non giudiziario – della risoluzione delle controversie<sup>148</sup>. Si insiste quindi sulla diversità che sussiste fra arbitro e giudice nazionale (o sovranazionale), nella prospettiva che «l'attribuzione di rilievo all'ordine pubblico ed alle norme di applicazione necessaria potrebbe contrastare con le aspettative dei compromittenti, i quali con la scelta dell'arbitrato intenderebbero sottrarre la disciplina del proprio rapporto a limitazioni cogenti derivanti dagli ordinamenti nazionali o ridurre le interferenze statali»<sup>149</sup>. Una conferma dell'orientamento pro investitore (o pro *corporation*) degli arbitrati e della volontà di liquidare ogni velleità regolativa degli Stati.

Ma può uno Stato sottoporsi ad un procedimento e sottomettersi ad una decisione assunta senza tener conto (quantomeno) dei principi fondamentali del suo ordinamento? Si sottolinea “quantomeno”, perché – come detto *ante* – non è affatto scontato che la sottoscrizione di obblighi internazionali possa comportare deroghe alla Costituzione. Oltre il discorso dei controlimiti, esiste la valutazione di legittimità costituzionale delle norme che danno luogo agli obblighi internaziona-

<sup>147</sup> Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200*, cit., p. 12 (i dati sono relativi al 2014 e tratti da *Fortune Global 500*, ed. 2015, <http://fortune.com/global500/>, e Fondo Monetario Internazionale).

<sup>148</sup> Per un primo approccio, si veda A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., pp. 844-846.

<sup>149</sup> A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., p. 844.

li nonché, eventualmente, un bilanciamento fra interessi costituzionalmente tutelati.

Lo Stato italiano può accettare, vista anche la giurisprudenza costituzionale in tema di limiti al diritto internazionale consuetudinario e all'ordinamento comunitario, che un arbitro non consideri i principi fondamentali e assoggettarsi ad un lodo arbitrale reso a queste condizioni?

Gli arbitri si pongono come poteri *legibus soluti*?

Una volta di più il meccanismo ISDS pare costituire il simbolo di un'epoca – quella presente – che registra l'egemonia e l'arroganza dei poteri economici privati, che applicano categorie ed istituti del diritto commerciale allo Stato, travolgendone le peculiarità che discendono dalla sovranità e dalla natura pubblicistica<sup>150</sup>.

## 8. L'esecutività immediata (e senza appello) del lodo arbitrale

Si è accennato alla sottoposizione al lodo arbitrale: le sentenze rese dagli arbitri dell'ICSID sono, a differenza di altri arbitrati commerciali internazionali, immediatamente obbligatorie ed esecutive. Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Washington – tutti, non solo le parti – sono tenuti a riconoscere e dare esecuzione ai lodi arbitrali<sup>151</sup>. Questi ultimi hanno gli effetti propri di una *res judicata*, alla stregua di una decisione definitiva adottata da un giudice nazionale<sup>152</sup>, senza nessuna forma di controllo da parte degli organi giurisdizionali interni.

«Ne risulta» – come è stato osservato – «un rafforzamento della tutela dell'investitore privato in ipotesi di mancata esecuzione spontanea

---

<sup>150</sup> *Ex plurimis*, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 37: «se oggi possiamo dire, come cosa ovvia, che lo Stato può fallire, è perché il suo attributo fondamentale – la sovranità – è franato. Di fronte a lui si erge un potere che non solo lo può condizionare, ma lo può addirittura spodestare. Lo Stato che fallisce china la testa di fronte a una nuova sovranità, la sovranità dei creditori».

<sup>151</sup> Convenzione di Washington, art. 54, c. 1: «ogni Stato contraente riconosce come vincolante ogni sentenza resa in conformità alla presente Convenzione e assicura, nel proprio territorio, l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie disposte dalla sentenza...».

<sup>152</sup> ...«come se si trattasse di una sentenza definitiva di un tribunale funzionante sul territorio dello Stato stesso», recita la Convenzione di Washington (art. 54, c. 1).

del lodo, aumentando così la fiducia degli investitori»<sup>153</sup>: l'ennesima conferma dell'orizzonte unilaterale del meccanismo in esame<sup>154</sup>.

È prevista una salvaguardia per il «diritto vigente in uno Stato contraente in materia di immunità dello Stato stesso, o di uno Stato estero, dall'esecuzione»<sup>155</sup>, ma nulla in relazione ad eventuali controlimiti, quali quelli consistenti nei principi fondamentali dell'ordinamento.

Dunque, un atto – il lodo arbitrale – che esautora totalmente il potere giudiziario nazionale e si impone allo Stato: cosa resta della sovranità nazionale e, soprattutto, della democrazia?

Non è solo la sovranità statale in sé ad essere intaccata e, invero, non vi sarebbe nulla da eccepire – lo prevede la Costituzione stessa – se essa venisse limitata in favore di un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11); ciò che è censurabile è che l'espropriazione delle prerogative statali si traduca in una confisca di spazio democratico, nello sfilacciarsi dei confini nei quali il costituzionalismo nel corso dei secoli ha ristretto il potere, nell'abbandono del progetto costituzionale di emancipazione sociale e di eguaglianza sostanziale (con la connessa limitazione dell'attività economica<sup>156</sup>). Lo Stato abdica in favore di un sistema non democratico, teso alla garanzia del profitto, connotato dall'arbitrarietà, come si è visto analizzando l'organizzazione e il funzionamento dell'ICSID.

Non stupisce, quindi, leggere che per le sentenze ICSID non è contemplata alcuna possibilità di appello. Ad essere prevista nella Convenzione di Washington è solo l'ipotesi di annullamento, come rimedio eccezionale per alcuni motivi specificamente individuati: vizio nella costituzione del Tribunale; manifesto eccesso di potere da parte del Tribunale; corruzione di un membro del Tribunale; inosservanza

<sup>153</sup> F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 936.

<sup>154</sup> Cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 18: «la definitività della decisione arbitrale è un altro elemento positivamente apprezzato dagli operatori internazionali» [n.d.r.: ovvero, dai soggetti per i quali l'arbitrato è “pensato”].

<sup>155</sup> Convenzione di Washington, art. 55.

<sup>156</sup> Sul collegamento fra l'«utilità sociale», di cui all'art. 41, c. 2, e l'art. 3, c. 2, Cost., cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit. («quella di cui si parla in Costituzione non può che essere una società in corso di edificazione, quella che gradualmente è (dovrebbe essere) destinata a costruirsi attuando il programma di sviluppo tracciato dall'art. 3, comma 2, al quale (come aveva ben colto... Alberto Predieri) l'art. 41 intimamente si collega»).

grave di una norma procedurale fondamentale<sup>157</sup>; difetto di motivazione della sentenza<sup>158</sup>. I tempi, fra l'altro, per la formazione di un giudicato assolutamente inoppugnabile sono molto brevi: la domanda di annullamento deve essere presentata dalle parti entro 120 giorni dalla data della sentenza<sup>159</sup>.

A giudicare è un Comitato *ad hoc*, composto da tre arbitri, nominati dal Presidente ICSID e scelti fra le persone iscritte nella lista degli arbitri<sup>160</sup>.

Quanto alla prassi concreta, di interesse è in specie l'ipotesi del «manifesto eccesso di potere da parte del Tribunale» laddove nei primi ricorsi vi sono stati due annullamenti «per il manifesto eccesso di potere degli arbitri costituito dall'aver gli stessi disapplicato la legge dello Stato»: un orientamento poi abbandonato, ma che ha suscitato preoccupazioni e «timore che la diffusione del ricorso a questo mezzo di attacco delle sentenze ICSID potesse vanificare gli sforzi volti all'affermazione di questo particolare metodo di soluzione delle controversie»<sup>161</sup>. Come a dire che il meccanismo ISDS ha la sua ragion d'essere nel consentire agli investitori di derogare al diritto statale?

La mancanza di un secondo grado di giudizio è una delle tante critiche mosse al sistema ISDS, invero – sembra – non la più rilevante; il che, ragionando con realistica malizia, spiega il perché probabilmente sarà accolta e superata con la riforma, da più parti ventilata ed in alcuni casi già allo stato progettuale, dei meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> L'insistenza sul «grave» e sul «fondamentale» testimoniano una volta di più come il procedimento sia informale, per non dire arbitrario.

<sup>158</sup> Convenzione di Washington, art. 52, c. 1.

<sup>159</sup> Convenzione di Washington, art. 52, c. 2 (nella sola ipotesi di corruzione di un arbitro – la previsione di questa ipotesi specifica fra i pochi motivi di annullamento è forse una realistica presa d'atto dell'alta possibilità che ciò accada? – i termini decorrono dalla scoperta della corruzione, con il limite di tre anni dalla data della sentenza).

<sup>160</sup> Convenzione di Washington, art. 52, c. 3.

<sup>161</sup> P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit. p. 288, al quale si rinvia anche per l'indicazione specifica dei casi e dell'evoluzione della prassi.

<sup>162</sup> Nel CETA, ad esempio, è contemplata l'istituzione di un meccanismo di appello, in un momento però successivo alla conclusione dell'accordo e senza prevedere alcuna indicazione precisa (*Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 42, p. 180); quanto alle proposte relative al TTIP, si rinvia *infra*.

## 9. I costi e gli esiti delle cause ISDS: un potente deterrente

Sinora si è ragionato soprattutto sulla disciplina prevista – o, meglio, sui poteri delle parti (*rectius*: dell’investitore) –, vi sono però anche degli elementi di fatto, che esercitano una forza deterrente che comprime la sovranità dello Stato, limitando le sue scelte politiche e normative; tra questi i costi del procedimento e le *chances* relativamente agli esiti.

I costi medi per partecipare e resistere in un arbitrato superano per le parti gli 8 milioni di dollari, raggiungendo in alcuni casi i 30<sup>163</sup>. Di questi, circa l’82% è costituito dal compenso percepito dagli assistenti legali e dagli esperti; relativamente basse, il 2%, sono invece le somme corrisposte alle organizzazioni che provvedono all’arbitrato e svolgono funzioni di segreteria, come l’ICSID<sup>164</sup>.

Questi sono solo i costi del procedimento, ai quali ovviamente occorre aggiungere eventualmente, in caso di perdita della causa, il pagamento delle spese della controparte (il principio generalmente seguito è quello della soccombenza)<sup>165</sup> e l’importo per un eventuale risarcimento (e qui le somme, come anticipato, sono per lo più espresse in decine di milioni, a fronte di richieste che sono dell’ordine delle centinaia)<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Dati da studi dell’OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*): D. GAUKRODGER, K. GORDON, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>), p. 19. Per un riferimento ampio ai costi, cfr. L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, cit., pp. 154 ss.

<sup>164</sup> Agli arbitri – per fare un esempio – viene corrisposto un compenso di 3000 dollari al giorno per le riunioni o altri compiti inerenti il procedimento, oltre il rimborso spese ed una diaria (*Cost of Proceedings*, in <https://icsid.worldbank.org>), ma queste, come detto, sono le spese minori.

Dati riportati in uno studio stimano i costi istituzionali (arbitri, oneri all’istituzione e simili) medi del procedimento di fronte all’ICSID in 769.000 dollari (M. HODGSON, *Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take?*, 18 febbraio 2014, in <http://www.allenoverly.com>).

<sup>165</sup> Cfr. E. SANTORO, M. ZAMBONI, *I costi dell’arbitrato*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 942.

<sup>166</sup> Per una ricognizione di casi, cfr. S. D. FRANCK, *Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration*, in *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007 (available at <http://ssrn.com/abstract=969257>), pp. 55 ss.; ID., *Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide*, in *Washington & Lee Legal Studies Paper*, n. 2014-13, February 2, 2014 (available at <http://ssrn.com/abstract=2389763>).

Inevitabilmente uno Stato, al momento di modificare la propria legislazione, ad esempio per introdurre normative ambientali più rigorose – e suscettibili di diminuire il profitto degli investitori – o all’atto di concedere o meno determinate autorizzazioni, terrà conto degli eventuali costi di una causa ISDS: è indubbia la funzione deterrente nei confronti delle scelte statali.

Da un lato i costi certi del procedimento, dall’altro l’eventuale risarcimento multimilionario, esercitano una forza persuasiva che mina in concreto l’autonomia, e la sovranità, dello Stato, ovvero, in ultima istanza le libere scelte politiche dei cittadini. Si neutralizza la democrazia sociale, incidendo sulla forma di Stato.

Quanto alle prospettive di perdere o vincere la causa, i dati – non facili da reperire stante la segretezza e l’opacità che caratterizzano i procedimenti in questione – sono oggetto di controversa interpretazione. Le letture maggioritarie, a partire da dati UNCTAD<sup>167</sup>, ad esempio, a fronte di un numero complessivo di 356 procedimenti conclusi entro il 2014, riferiscono di un 37% (132 casi) deciso a favore dello Stato (per motivi di merito, ma anche di competenza); un 27% (94 casi), chiuso con la vittoria dell’investitore e l’imposizione (tranne che in 7 casi) di un risarcimento pecuniario; mentre i restanti casi risultano, per il 28% (101 casi), risolti, senza ulteriori precisazioni, e, per l’ultimo 8%, sospesi per cause ignote<sup>168</sup>.

Ora, occorre considerare, in primo luogo, come lo Stato non vinca mai, ma al massimo non perda: «only investors win awards of damages; states may at best, receive an award of costs»<sup>169</sup>; in secondo luogo, come l’interpretazione dei dati non sia univoca.

---

<sup>167</sup> UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 1, febbraio 2015, cit., *Recent trends in IIAs and ISDS*, p. 8.

<sup>168</sup> Cfr., in questo senso, Commissione europea, *Composizione delle controversie investitore-Stato (ISDS)*. *Alcuni fatti e cifre*, 12 marzo 2015, p. 8, al seguente indirizzo internet: [trade.ec.europa.eu/doclib/html/153342.htm](http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/153342.htm).

<sup>169</sup> H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, in International Institute for Sustainable Development (IISD), *Investment Treaty News, Breaking News Analysis*, June 2015; in argomento, cfr. anche M. TORAL, T. SCHULTZ, *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations*, in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.H. L. CHUNG, C. BALCHIN (ed. by), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 577 ss.

Sempre muovendo dai dati forniti dall'UNCTAD (*World Investment Report 2015*)<sup>170</sup>, altri, infatti, propongono una lettura che distingue le decisioni a seconda che vertano sulla giurisdizione o sul merito, disaggregando i dati relativi<sup>171</sup>. Il risultato ribalta l'argomentazione, utilizzata dai sostenitori dell'arbitrato, che vede gli Stati "più vincitori che perdenti": gli investitori risultano vittoriosi nel 72% delle questioni relative alla giurisdizione e nel 60% dei casi decisi nel merito<sup>172</sup>.

In conclusione, l'instaurazione di un procedimento ISDS si traduce quasi sempre in un danno per lo Stato, più o meno ingente, a seconda che ai costi "normali" siano da aggiungere quelli derivanti da un esito infausto, con risarcimento pecuniario al seguito: un motivo in più per gli Stati per praticare un eteronomo *self-restraint*, un ossimoro che rende bene la condizione di sudditanza degli Stati.

## 10. L'oggetto delle controversie e l'eteronomo *self-restraint* dello Stato

Non ultimo per importanza, vi è un altro elemento dal quale si evince la compressione della sovranità e della libera autodeterminazione degli Stati: l'oggetto delle controversie.

I due casi citati nel primo paragrafo, relativi alla *Lone Pine Resources* e alla *Vattenfall*, sono rappresentativi dei due tipi di condotte statali che più inducono le aziende ad agire contro lo Stato: l'adozione di leggi e di provvedimenti amministrativi (gli atti che hanno dato adito al maggior numero di ricorsi riguardano in specie – come ricordato *ante* – licenze amministrative nel settore relativo all'energia e all'estrazione di materie prime)<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, Geneva, 2015, cap. III, *Recent Policy Developments and Key Issues*.

<sup>171</sup> H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, cit.

<sup>172</sup> H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, cit.

<sup>173</sup> A quanto citato *ante*, adde uno Studio realizzato per il Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione allo sviluppo e il Ministro degli Affari esteri dei Paesi Bassi (C. TIETJE E ALTRI, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 24 giugno 2014), che, nonostante si esprima in termini ottimistici sulla tutela dell'interesse pubblico («international investment law recognizes both individual economic interests of investors and public interests of the host state») e sul fatto che «legislative acts are subject to ISDS procedures only in exceptional

Si rivela assolutamente fondato il timore che determinate scelte normative o amministrative possano dar luogo ad una causa ISDS, donde l'*eteronomo self-restraint* di cui si discorreva sopra (*alias* la forza deterrente degli arbitrati)<sup>174</sup>.

Il legislatore (ma il discorso vale anche per il soggetto che esercita funzioni amministrative) è in libertà condizionata: è libero ma solo nei limiti in cui rispetta determinati parametri. Sin qui nulla di strano, principio di costituzionalità e principio di legalità *docent*, ma in questo caso il parametro non è nell'ordinamento costituzionale, bensì nell'interesse dell'investitore.

Il legislatore è libero, ma se "sbaglia" – ovvero, se nuoce agli utili dell'investitore – lo Stato paga (in termini letterali, dato che si discute di denaro) le conseguenze. È come se esistesse una norma, o meglio, un principio, di rango costituzionale, che interviene restringendo e indirizzando la discrezionalità del legislatore.

"Come se": ma tale principio non è dato rinvenire nel testo costituzionale, anzi, la nostra Costituzione non lascia adito a dubbi sulla centralità, quale principio fondamentale, della persona e del suo libero sviluppo, e sulla subordinazione degli interessi economici ai fini sociali (per tutti, basti ricordare l'art. 41, c. 2 e c. 3). Certo, si è consci che la partecipazione all'Unione europea e, da ultimo, l'inserimento del pareggio di bilancio, con la modifica di alcuni articoli della Costituzione (in specie l'art. 81)<sup>175</sup>, hanno intaccato il quadro della Costituzione del 1948.

Ora, non è questa la sede per affrontare la *querelle* fra chi sostiene la contrarietà rispetto alla Costituzione dell'ordinamento comunitario per come è strutturato intorno al principio della libera concorrenza, con conseguente illegittimità dell'adesione allo stesso, e chi ritiene che ciò non porti a ragionare di *vulnus* della Costituzione, bensì a ritenere superate alcune parti (in primo luogo, l'art. 41), così come non è

cases, and these claims are hardly, if ever, successful», sottolinea come comunque questo «does not mean that there is no room for improvement of the system» (p. 127, punti 283 e 284).

<sup>174</sup> Si segnala la proposta del Ministro tedesco dell'economia, S. Gabriel, di modificare il CETA nella prospettiva di sottrarre la legge all'azione giudiziaria, anche quando essa riduca i guadagni di un'azienda (cfr. *Germania. Una proposta per il Ceta*, in *Internazionale* 1091, 27 febbraio 2015).

<sup>175</sup> Legge cost. 20 aprile 2012, n.1.

questo lo spazio per trattare delle complesse questioni, *in primis* di coerenza del testo costituzionale, sollevate dalle modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 2012<sup>176</sup>. Tuttavia non si può non riconoscere come la copertura costituzionale dell'integrazione comunitaria *ex art.* 11 e il rango costituzionale del "principio" di pareggio di bilancio portino lo scontro all'interno del testo della Costituzione. Non si può sottacere, ad esempio, la presenza di una collisione fra il novellato art. 81 e principi fondamentali quali la centralità della persona o l'eguaglianza sostanziale. È uno scontro fra due visioni del mondo differenti: da un lato, la priorità accordata alle esigenze dell'economia (del neoliberalismo); dall'altro, un progetto di emancipazione sociale (il costituzionalismo emancipante del secondo Novecento). Dove stava la volontà del costituente è chiaro; non pare sufficiente la revisione di alcune norme<sup>177</sup> per accantonare il disegno armonico di una Costituzione centrata sul libero sviluppo della persona e per relegare nella soffitta della storia un percorso secolare, quale quello del costituzionalismo, o per subordinarne l'attuazione a stringenti vincoli economici. Il bilanciamento invero pare diseguale: da un lato, un testo armonico; dall'altro, una dissonanza, ovvero una nota errata<sup>178</sup>.

Ciò, sempre confidando nell'esistenza di forze sociali e politiche che considerino la Costituzione del 1948 come propria: tra le funzioni della Costituzione vi è senza dubbio quella di valere per i "tempi difficili", ma non può aspirare all'eternità se non ha un riscontro all'interno della società. Il diritto, anche (per non dire in primo luogo)

---

<sup>176</sup> Fra i moltissimi interventi sul tema, cfr. F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, par. 3; I. CIOLLI, *I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012, e ID., *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in *Federalismi.it*, n. 10/2012; G. FERRARA, *Regressione costituzionale*, in *il manifesto*, 18 aprile 2012.

<sup>177</sup> Revisione – si ricorda – approvata sì a maggioranza dei due terzi (e, dunque, senza la conferma referendaria), ma con una composizione del Parlamento segnata da un sistema elettorale nettamente sbilanciato in senso maggioritario.

<sup>178</sup> Per tutti, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 138: «se tentiamo di mettere a confronto il limite posto dall'art. 81 e l'interesse da esso tutelato con gli interessi da esso limitati, ci troviamo dinnanzi ad un incommensurabile divario: a fronte di quella disposizione sta infatti la Costituzione intera, nel suo disegno complessivo, nei suoi fondamentali».

quello costituzionale, è un fenomeno sociale: la sua forza prescrittiva esercita una funzione di indirizzo nei confronti della società ma esso non può prescindere dal riconoscimento sociale.

Tornando ai meccanismi ISDS, si può ricordare come sia la Commissione europea, che ne è una patrocinatrice, a reputare «legittime» le preoccupazioni in ordine alla possibilità di un abuso delle norme a protezione degli investimenti «per impedire ai paesi di compiere scelte politiche legittime», affermando che «alcune disposizioni fondamentali sulla protezione degli investimenti non sono chiare», sì da pregiudicare le capacità degli Stati di regolamentare nell'interesse pubblico<sup>179</sup>, anche se poi, per voce della sua Direzione Generale per il Commercio, stempera la sua osservazione, sostenendo che «inserire misure per la protezione degli investitori non impedisce ai governi di adottare leggi, né comporta l'abrogazione di leggi. Al massimo, può portare al pagamento di un risarcimento»<sup>180</sup>. Lo Stato è libero di “sbagliare”, incorrendo quindi nella “giusta” punizione?

Il privato si impone sul pubblico, comprimendo l'interesse pubblico e generale in nome di quello privato e individuale: più forte del principio di costituzionalità si rivela il principio della tutela del profitto dell'investitore. A uscirne deprivata non è solo la potestà normativa dello Stato, e, con essa, la sovranità popolare, ma anche la tutela dei diritti: non sono pochi i casi nei quali oggetto delle controversie sono discipline in materia di tutela della salute e dell'ambiente, ma anche del lavoro.

Oltre ai casi citati *ante* – *Lone Pine Resources* e *Vattenfall* – molto noto è il ricorso promosso dalla *Philip Morris* contro l'Australia, in seguito all'adozione del *Tobacco Plain Packaging Act* del 2011, che aveva istituito l'obbligo di apporre sui pacchetti di sigarette, al posto del marchio, avvertimenti circa la loro nocività per la salute<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., pp. 6-7.

<sup>180</sup> Commissione europea, *Domande e risposte*, cit.

<sup>181</sup> In questa controversia ad essere applicato, sulla base del BIT tra l'Australia ed Hong Kong (sede della filiale asiatica di *Philip Morris*, e tipico esempio di come le multinazionali riescano di fatto a scegliere la propria sede) è il Regolamento UNCITRAL del 2010; una ricostruzione della vicenda, con il rinvio ai relativi atti arbitrali, è sul sito dell'Australian Government, Attorney-General's Department, al seguente indirizzo: [https://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging#\\_paad](https://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging#_paad)).

Causa “gemella” è *Philip Morris* contro Uruguay.

Osserva Stiglitz: «questi accordi [n.d.r.: relativi alla risoluzione delle controversie investitore-Stato] impediscono ai governi di svolgere le loro funzioni essenziali: tutelare la salute e la sicurezza dei cittadini, assicurare la stabilità economica e proteggere l'ambiente»<sup>182</sup>.

## 11. Un *case study*: i ricorsi ISDS *versus* la Repubblica italiana

Nella difficoltà, data l'opacità che caratterizza la materia, di reperire le informazioni, alla data in cui si scrive<sup>183</sup>, risultano quattro cause ISDS intentate contro l'Italia<sup>184</sup>, tutte riguardanti l'*Energy Charter Treaty*<sup>185</sup> e tutte molto recenti (confermando così l'aumento esponenziale, prima rilevato, dell'utilizzo del meccanismo negli ultimi anni).

Il primo ricorso è promosso da tre investitori nel campo delle energie rinnovabili: il belga Blusun S. A., il francese J.P. Lecorcier e il tedesco M. Stein (ICSID Case No. ARB/14/3, registrato il 21 febbraio 2014). Oggetto della controversia è la revisione della disciplina del sistema incentivante l'energia fotovoltaica, con le ricadute concrete su un progetto di costruzione in Puglia di 120 impianti fotovoltaici da 1 MW ciascuno. Nello specifico ad essere contestato è il D. Lgs. 3 marzo 2011, n. 28, recante "Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e

---

<sup>182</sup> J. E. STIGLITZ, *Il libero scambio non c'entra niente*, in *Internazionale* 1123, 9 ottobre 2015, p. 40; dello stesso Autore, cfr. anche *On the Wrong Side of Globalization*, in *The New York Times*, 15 marzo 2014.

<sup>183</sup> L'ultima verifica dei dati risale al gennaio 2016.

<sup>184</sup> Informazioni su stato del procedimento, costituzione del collegio arbitrale e materiali, ove resi disponibili, sono consultabili sul sito dell'Icsid, sotto la voce *Cases* (<https://icsid.worldbank.org>).

Per un primo riferimento alle cause, cfr. M. DI SISTO, *Stop Ttip: in Italia c'è già una causa Isds*, 29 giugno 2015, e A. TRICARICO, *Ttip: altre due cause contro l'Italia*, 1 settembre 2015, entrambi in *Sbilanciamoci.info* ([www.sbilanciamoci.info](http://www.sbilanciamoci.info)).

<sup>185</sup> Sempre riguardo al Trattato sull'energia risulta anche una causa intentata contro lo Stato italiano presso la Camera di commercio di Stoccolma (fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n.5-05924 De Rosa, *Procedura giudiziaria internazionale nei confronti della Repubblica italiana per la revisione del sistema incentivante sull'energia fotovoltaica*, interrogazione a risposta in commissione presentata dall'On. De Rosa ed altri il 1 luglio 2015 con risposta del 5 novembre 2015, reperibile in [www.infoparlamento.it](http://www.infoparlamento.it)).

2003/30/CE”, e i decreti ministeriali di attuazione (D.M. 5 maggio 2011 e D.M. 5 luglio 2012)<sup>186</sup>.

Il secondo e il terzo ricorso hanno ad oggetto le disposizioni, sempre riguardanti gli incentivi relativi agli impianti fotovoltaici, previste nell’art. 26 del D. L. 24 giugno 2014, n. 91, recante “Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l’efficientamento energetico dell’edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea” (convertito, con modificazioni, in L. 11 agosto 2014, n. 116)<sup>187</sup>. A citare davanti all’ICSID l’Italia sono, l’11 agosto 2015, la tedesca Silver Ridge Power BV (ICSID Case No. ARB/15/37) e, con richiesta registrata il 22 settembre 2015, la lussemburghese Belenergia S.A. (ICSID Case No. ARB/15/40).

Ancora in materia di energie rinnovabili, ma senza che al momento siano reperibili notizie più precise, è il quarto ricorso, registrato in data 22 dicembre 2015: la causa promossa da Eskosol S.p.A. in liquidazione (non risulta alcuna nazionalità) v. Repubblica italiana (ICSID Case No. ARB/15/50).

I quattro procedimenti risultano tutti pendenti e ancora nella fase iniziale; il Tribunale è stato, ad oggi<sup>188</sup>, costituito solo in relazione alla prima controversia<sup>189</sup>.

La legittimità ad adire l’ICSID in questi casi, come detto, è conferita dall’*Energy Charter Treaty*, con la particolarità – cui si è accennato *ante* – che l’Italia nel frattempo ha deciso di recedere dal Trattato (con decorrenza dal 2016), ma per i prossimi venti anni potrà comunque essere citata in giudizio di fronte al Centro di Washington<sup>190</sup>.

Da notare, nelle cause nelle quali è coinvolta l’Italia<sup>191</sup>, come oggetto del contendere sia una fonte normativa primaria, rendendo evidente concretamente come i meccanismi ISDS si pongano ad un livello “costituzionale”, o meglio, sopra-costituzionale, quali procedimenti che giudicano sul rispetto del principio “tutela dell’interesse

<sup>186</sup> Fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

<sup>187</sup> Fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

<sup>188</sup> Gennaio 2016.

<sup>189</sup> ICSID Case No. ARB/14/3, costituzione del Tribunale: 12 giugno 2014.

<sup>190</sup> Art. 47, c. 3, dell’*Energy Charter Treaty* citato *ante*.

<sup>191</sup> Il discorso riguarda in specie le prime tre controversie, mancando al momento informazioni sulla quarta.

dell'investitore". Il Governo italiano, fra l'altro, in relazione al caso in stadio più avanzato – quello che concerne il D. Lgs. n. 28 del 2011 – fa presente come molte delle questioni sollevate dai ricorrenti siano già state vagliate, senza dar luogo a rilievi, dai giudici nazionali sia in relazione alla legittimità costituzionale sia per quanto concerne la conformità ai principi comunitari (come visto, si trattava di attuazione di normativa UE)<sup>192</sup>. Tutto ciò però non è sufficiente, perché il metro di giudizio non è la Costituzione, e nemmeno la normativa dell'Unione europea, ma il *superiore* interesse dell'investitore.

La libertà di scelta, politica e normativa dello Stato, è limitata e ristretta in nome di un parametro eteronomo; la Costituzione è subordinata ad un interesse ad essa estraneo; le esigenze dell'economia si impongono sulla politica.

Si potrebbe certamente obiettare che alla base del sistema ICSID vi sia un atto dello Stato, che ha conferito all'arbitrato internazionale i poteri in questione.

Due a questo punto sono le domande: lo Stato, ovvero il Governo, con la negoziazione sostanziale dei relativi trattati, il Parlamento, con la legge di autorizzazione alla ratifica, ed il Presidente della Repubblica, con la ratifica, possono farlo<sup>193</sup>? È conforme a Costituzione la legge che autorizza la ratifica della Convenzione di Washington? L'analisi del meccanismo ISDS che precede mostra – come si è visto – più di un profilo di collisione con il quadro costituzionale.

E, ancora, ammesso – e non concesso – che non vi siano ostacoli in tal senso, non dovrebbero comunque essere opponibili, diciamo, in

---

<sup>192</sup> Non è molto chiaro, invero, nella risposta del Governo all'interrogazione (Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.), come siano intervenuti i giudici nazionali. Ad esempio nel testo si legge che questi ultimi «hanno definitivamente dichiarato la legittimità costituzionale», formulazione che pare di dover interpretare o come adozione di una sentenza di rigetto (che però, come è noto, ha efficacia solo *inter partes*) ovvero come decisione del giudice *a quo* di non sollevare questione di legittimità costituzionale, rilevando una manifesta infondatezza (decisione certamente priva di alcuna definitività *erga omnes*).

<sup>193</sup> Il Governo, per voce del Viceministro dello sviluppo economico, Carlo Calenda, nella risposta all'interrogazione citata (Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa), considerate anche le riforme che riguardano la protezione degli investimenti, volte a rispondere alle critiche avanzate ai meccanismi ISDS, afferma: «l'Italia rimane, pertanto, favorevole a dei meccanismi di risoluzione delle controversie attraverso corti internazionali e crede – nel medio periodo – alla creazione di una vera e propria Corte Internazionale Permanente sugli investimenti che possa garantire massima terzietà...».

corso d'opera, dei controlimiti, non dovrebbero prevalere (quantomeno) i principi costituzionali?

Infine, un inciso: nei ricorsi contro l'Italia gli investitori (se non altro nelle prime tre controversie) sono soggetti europei. Ciò testimonia, in primo luogo, l'espansione dei meccanismi ISDS, inizialmente utilizzati soprattutto nei confronti dei Paesi in via di sviluppo, fra i Paesi c.d. economicamente avanzati e, in specie, fra i Paesi europei: «nella maggioranza dei casi gli Stati membri dell'UE sono stati oggetto di contestazione da parte di investitori con sede nell'UE»<sup>194</sup>. In secondo luogo, il dato dell'aumento dei conflitti tra investitori europei e Paesi europei è suscettibile di essere interpretato nei termini di una defezione rispetto all'ordinamento comunitario (e in specifico rispetto alla giurisdizione della Corte di Giustizia) in favore della *global economic governance*. L'affermazione di quest'ultima, ragionando di geopolitica, può quindi essere valutata come indice – allo stesso modo di quanto si può sostenere a proposito del TTIP – dell'esistenza di un blocco neoliberista egemonico, o che aspira ad essere tale, fra i paesi occidentali, con il misconoscimento delle tesi che individuano una contrapposizione fra capitalismo europeo e capitalismo statunitense.

## 12. Le proposte di riforma del meccanismo ISDS nel TTIP: l'*International Court System*

La collisione degli arbitrati ICSID con l'orizzonte della democrazia e del costituzionalismo, come si evince da quanto argomentato nei paragrafi precedenti, è così difficilmente contestabile che anche i sostenitori di questa punta di diamante della *global economic governance* non possono semplicemente ignorare le critiche, ma sono costretti ad avanzare proposte di riforma: «il sistema... deve essere migliorato e aggiornato»<sup>195</sup>.

Una delle revisioni del meccanismo in stadio più avanzato è quella presentata dalla Commissione europea per il TTIP, ma di riforma del

---

<sup>194</sup> Così Commissione europea, *Composizione delle controversie investitore-Stato*, 12 marzo 2015, cit., p. 6.

<sup>195</sup> Commissione europea, *Il TTIP visto da vicino*, Unione europea, 2015, p. 44. Sottolinea come «anche i sostenitori dell'idea dell'arbitrato internazionale ammettono un notevole calo di credibilità verso queste strutture», J. HILARY, *Il partenariato transatlantico*, cit., p. 31.

sistema ICSID si occupa anche l'UNCTAD in uno dei suoi ultimi rapporti, il già citato *World Investment Report 2015*, che, non a caso, reca *Reforming International Investment Governance*<sup>196</sup>.

Nell'ambito del TTIP, l'ISDS dovrebbe essere declinato, secondo la proposta dell'Unione europea per il negoziato, resa pubblica il 12 novembre 2015, come ICS: *International Court System*<sup>197</sup>.

In primo luogo dovrebbe essere istituito un Tribunale di prima istanza, composto da 15 giudici, nominati dall'Unione europea e dagli Stati Uniti (cinque cittadini comunitari, cinque cittadini statunitensi e cinque cittadini di Paesi terzi), con un mandato di 6 anni, rinnovabile una volta. I giudici dovrebbero possedere competenze giuridiche e preferibilmente essere esperti in materia di diritto degli investimenti (il che lascia presupporre che si tratti sempre delle stesse persone)<sup>198</sup>.

Come di fronte ad una corte nazionale o internazionale, si prevede che non siano i ricorrenti a scegliere i propri giudici: essi dovrebbero ruotare, sì da assicurare che tutti i giudici svolgano la loro attività su basi paritarie, ma attraverso un'assegnazione casuale e imprevedibile. Il collegio dovrebbe essere composto da tre membri, provenienti dalle varie liste, quindi un giudice comunitario, uno statunitense ed uno cittadino di uno Stato terzo; quest'ultimo dovrebbe esercitare le funzioni di Presidente<sup>199</sup>.

Per ovviare ad una delle lacune dell'attuale sistema, viene quindi disciplinata la creazione di un Tribunale di appello permanente, composto da 6 membri, scelti (con un mandato di sei anni, rinnovabile una volta) congiuntamente da UE e USA (sempre in eguale numero fra cittadini statunitensi, comunitari e di Paesi terzi)<sup>200</sup>.

È contemplata anche una norma in materia di indipendenza dei giudici e di conflitto di interessi, con rinvio ad un codice di condotta; fra i requisiti etici che i giudici dovrebbero rispettare, figura in specie

<sup>196</sup> Qualche accenno di cambiamento affiora già, inoltre – come si è accennato in più punti *ante* –, nel CETA. In dottrina, da ultimo, cfr. J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill Nijhoff, 2015.

<sup>197</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, Chapter II – *Investment*, Sec. 3, Sub-sec. 4, consultabile dal seguente sito: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip>.

<sup>198</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 9.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 10.

un obbligo di astensione rispetto all'attività di consulente legale in controversie relative agli investimenti<sup>201</sup>. Ora, senza entrare ulteriormente nel merito di una riforma ancora in corso di elaborazione, e, fermo restando quanto si osserverà a breve in tema di revisione di un approccio "irriframabile", si può rilevare come il conflitto di interesse dovrebbe essere valutato in relazione all'intera carriera del giudice e tenendo nel debito conto la sua appartenenza ad esempio ad una *law firm*, che può vanificare in concreto una sua formale astensione.

La riforma vorrebbe ovviare, poi, alla prassi del *forum shopping*, ma invero, al di là delle regole previste per evitare che un soggetto si rivolga contemporaneamente a più organi arbitrali/giurisdizionali<sup>202</sup>, non pare escludere la possibilità di scegliere, in via alternativa, il giudice nazionale o l'arbitrato internazionale. Anzi, si può aggiungere, presumibilmente, se sarà dato scegliere tra ICS e ISDS, facilmente gli investitori – in grado, fra l'altro, di decidere sostanzialmente la propria sede (attraverso succursali, sussidiarie, controllate, etc.) – eviteranno le "migliorie", sfruttando i tradizionali ISDS previsti negli accordi sino ad oggi conclusi.

Da citare, nella prospettiva di una riforma complessiva del diritto in tema di protezione degli investimenti, è, infine, la volontà di tenere in maggior considerazione il «right to regulate», ovvero l'interesse pubblico dello Stato<sup>203</sup>. La Commissione europea muove dalla considerazione che «molti accordi in materia di investimenti già in vigore nei paesi dell'UE non soddisfano il giusto equilibrio che l'UE si attende tra la garanzia del diritto di legiferare dei governi e la necessità di tutelare gli investitori»<sup>204</sup>, per cui all'art. 2 della proposta testuale per il negoziato TTIP con gli USA, si legge: «the provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or pu-

---

<sup>201</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 11.

<sup>202</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 5, art. 14.

<sup>203</sup> Individua come obiettivo del processo di riforma della *governance* degli investimenti, la salvaguardia del «right to regulate», anche l'UNCTAD, *World Investment Report 2015*, cit.

<sup>204</sup> Commissione europea, *Il TTIP visto da vicino*, cit., p. 44.

blic morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity»<sup>205</sup>.

In verità l'affermazione citata pare più una petizione di principio in risposta alle critiche relative alla lesione della sovranità politica e normativa degli Stati che una concreta ed effettiva tutela della libertà di autodeterminazione degli Stati, assicurando che essi possano agire in conformità alle proprie costituzioni, senza l'obbligo di ottemperare al principio sovra-costituzionale dell'interesse dell'investitore.

In sintesi, le proposte di riforma recepiscono alcune critiche, proponendo soluzioni che paiono ammorbidire, ma non eliminare le contraddizioni, le lacune e le collisioni dei meccanismi di soluzione delle controversie investitore-Stato rispetto ai parametri di un ordinamento democratico e ai principi e alle norme proprie del costituzionalismo moderno.

Modifiche “sincere” o un'abile operazione di *marketing*? Sia il Parlamento europeo sia il Governo italiano, ad esempio, hanno buon agio a giustificare il proprio appoggio al meccanismo ISDS citando il suo “processo di democratizzazione”<sup>206</sup>, ovvero la versione *light* del TTIP<sup>207</sup>.

Comunque, quale che sia la risposta, oltre all'osservazione che di semplici progetti si discorre, resta il fatto che non viene messa in discussione l'esistenza di sedi deputate a difendere gli interessi di *una parte*, che persegue fini strutturalmente differenti, per non dire opposti, rispetto a quelli di uno Stato democratico. È difficile “democratizzare” un sistema che è in sé antitetico rispetto alla democrazia: più facile che si tenti semplicemente di smorzarne la natura strutturalmente

---

<sup>205</sup> *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 2, art. 2.

<sup>206</sup> Quanto al Parlamento europeo, cfr. risoluzione Lange citata *ante*; quanto al Governo italiano, si veda Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

Non mancano tuttavia anche prese di posizione da parte degli Stati quantomeno più dubitative circa la previsione di meccanismi ISDS; cfr., ad esempio, lo studio commissionato dal governo britannico alla London School of Economics, che si esprime negativamente circa l'inserimento di tali meccanismi («in sum, an EU-US investment chapter is likely to provide the UK with few or no benefits»), stanti il rischio di controversie, con i relativi costi, e, in parallelo, l'improbabilità che in tal modo si generi un aumento negli investimenti (L. N. SKOVGAARD POULSEN, J. BONNITCHA e J. WEBB YACKEE, *Costs and Benefits of an EU-USA Investment Protection Treaty*, London School of Economic, London, 2013, disponibile sul sito <https://www.gov.uk>).

<sup>207</sup> In tema cfr. *L'accordo sbagliato (Der Spiegel, Germania)*, in *Internazionale* 1125, 23 ottobre 2015, pp. 18 ss.

antidemocratica, con un sapiente *lifting*, che smussi le armi dell'opposizione.

Un'operazione in odore di mistificazione, che non smentisce la vocazione egemonica dell'economia.

### 13. “Tribunali speciali per la sicurezza degli investitori” quali emblema delle trasformazioni della democrazia (a mo' di osservazioni conclusive)

Le corti ICSID sono – e facilmente resteranno anche con il *make-up* – tribunali *speciali*, tali sia per la competenza sia per la composizione sia per le regole di funzionamento e di giudizio: dei tribunali speciali per la sicurezza degli investitori.

Esse fotografano in maniera iconica le posizioni ed i rispettivi rapporti di forza degli attori sociali, e, in specifico, ben ritraggono, nel loro offrire protezione privilegiata agli investimenti, il ruolo dominante oggi assunto dal capitalismo finanziario<sup>208</sup>: per questo esse possono essere considerate emblema e punta di diamante dell'attuale *governance mondiale*<sup>209</sup>.

Si precisa che il ricorso al termine “*governance*” non è un cedimento al canto delle sirene che da esso promana ma è scelto per la sua forza evocativa, per il bagaglio che esso reca con sé: commistione pubblico-privato, de-formalizzazione nella produzione del diritto, opachi connubi fra istituzioni dotate di legittimazione democratica e costituzionalmente limitate e poteri di fatto, autoreferenziali e aspiranti allo *status* di *legibus soluti*<sup>210</sup>. E ancora: non si è specificato *global eco-*

<sup>208</sup> *Ex multis*, sul dominio della finanza, nella dottrina italiana, si vedano le voci autorevoli di L. GALLINO (in specie *Finanzcapitalismo*, cit.), nonché, da ultimo, G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, cit.).

<sup>209</sup> Sul ruolo centrale dell'arbitrato investitore-Stato nel dibattito sulla *global economic governance* e, in specie, sul fatto che esso «costituisce il più compiuto riconoscimento dal punto di vista giuridico del ruolo sempre più rilevante degli attori non statali nelle relazioni economiche internazionali», cfr. le considerazioni di F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., p. 168.

<sup>210</sup> Per tutti, sulla *governance*, sulle sue opacità e sui suoi rischi, si vedano M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010; P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006 (trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009), spec. p. 264; P. MEAGLIA, *Governance e democrazia rappresentativa. Un confronto*, in *Teoria politica*, n.s., Annali I, 2011, pp. 381 ss.; R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G.

*nomie governance*, non per misconoscere il ruolo dei soggetti economici, ma, all'inverso, per suggerire come sia l'intera struttura della *governance* mondiale ad essere dominata dall'economia, con emarginazione delle istituzioni politiche internazionali e statali, donde una tendenziale coincidenza e sovrapposizione fra le due locuzioni, *governance* mondiale e *global economic governance*, ad indicare la natura delle trasformazioni in corso nei rapporti fra economia e politica.

Gli arbitrati internazionali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato sono un nodo della rete dei «nuovi sovrani globali»<sup>211</sup>, dell'oligarchia economico-finanziaria che aspira ad imporre le proprie volontà, ovvero ad espandere le proprie pulsioni predatorie, imponendo un nuovo modo di intendere i rapporti fra politica ed economia segnato dal netto predominio della seconda. «*Pecunia regit mundi*» è un brocardo che attraversa indenne i secoli; talora, nelle epoche che tentano di limitare il potere del denaro, quest'ultimo esercita la sua influenza nell'illegalità o nell'ombra, talaltra – come ora – vive la sua età d'oro, conformando a sé diritto ed istituzioni<sup>212</sup>. Il potere del dena-

ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, Cedam, Padova, 2011. Una efficace distinzione etimologica e storica di *governance* e *government*, con ulteriori indicazioni bibliografiche, è in A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, I, Dante&Descartes, Napoli, 2004, pp. 125 ss.

<sup>211</sup> G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 50 ss., che nella mappa annovera, fra gli altri, «i diversi «summit» dei capi di Stato e di governo, gli incontri «informali» bilaterali o plurilaterali, ovvero le riunioni «formali» dei G-7, G-8, G-20», gli ordinamenti sovranazionali locali, «le organizzazioni internazionali dal corpo privatistico, ma dall'anima pubblica, ... tipicamente la Wto, il Fmi, la Bce», «le differenti Corti internazionali», «soggetti strettamente privati, come sono i grandi studi legali internazionali, le law firms», le agenzie private di rating; ma vedi anche già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, pp. 164-165, che individua, nella politica nuova, che «ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato», dove «si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno di alcuni di essi: si pensi al ruolo sempre più significativo che è giuocato dal G7), di potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca Mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici», «il tentativo di creazione di un *antisovrano*».

<sup>212</sup> G. ZAGREBELSKY, *Moscacioca*, cit., si riferisce a due forze, denaro e potere, che la vita sociale tende a contenere, perché disgregatrici, mentre esse aspirano ad una sempre maggior espansione autoreferenziale: tale «processo – impoverimento di popoli, colonizzazioni, estrazioni, spoliazioni, inquinamenti, deforestazioni, ecc. – è in corso da secoli e, da ultimo, ha preso velocità: *motus in fine velocior*» (p. 30).

R. B. REICH (*Come salvare il capitalismo*, Fazi Editore, Roma, 2015) ragiona di circolo vizioso dell'oligarchia: la ricchezza si concentra progressivamente verso l'alto, cresce il suo

ro è una costante nella storia umana, oggi esso aspira ad una autoreferenzialità “assoluta”.

Il neoliberismo, con i suoi dogmi, le sue teorie, il suo linguaggio, il suo modello di società e la sua antropologia, si riversa nella sfera politica e giuridica, colonizzandole e trasfigurandole, ma la sua *mission* non è (per fortuna) ancora compiuta. E allora, pare consono ragionare di scontro, uno scontro fra due prospettive politiche. E si sottolinea “politiche”, contro il falso mito del mercato concepito alla stregua di una legge naturale, che sotto gli auspici benevoli della competitività, solo può perseguire la crescita (assunta acriticamente come un elemento positivo, prescindendo sia dalla distribuzione della ricchezza sia dagli impatti sociali e ambientali), donde, proteggere gli investitori si presenta come una scelta obbligata per raggiungere, mantenere ed incrementare il benessere (che i dati, prima ricordati, dimostrano essere inesorabilmente diseguale, ovvero parte di un progetto elitario). La competitività evoca inevitabilmente una logica diseguale, presuppone vincitori e vinti, gerarchizzazioni e distinzioni, un mondo dove non a caso un altro dei vocaboli *must* è “eccellenza”.

La razionalità tecnica neoliberista, con la sua aura di scientificità e inderogabilità, ha buon agio nel collocare la prospettiva della democrazia, dell’eguaglianza, dell’emancipazione sociale nello spazio dell’utopia, dell’ingenuo, e irrealizzabile, idealismo.

Essa è pensiero e azione *mainstream*, in grado di indossare la democrazia – conformandone la taglia, in modo che non stringa e non impedisca i movimenti – per migliorare il proprio *look* e, nel caso, proteggersi da eventuali freddi (fuor di metafora, creare condizioni favorevoli per il mercato, gestire il dissenso, etc.): le parole di Sergio Marchionne o le considerazioni della J. P. Morgan prima citate rendono superflue, con la loro arrogante nitidezza, ulteriori argomentazioni.

È l’era – quella odierna, che si può datare dagli anni Ottanta del secolo scorso – della decisione e non della discussione, del cooperativismo e non del conflitto. È in atto una battaglia, che si svolge su più campi: essa revoca in dubbio la titolarità e la forma assunta dalla sovranità, così come la configurazione del sistema delle fonti, e sposta gli equilibri nelle copie dicotomiche classiche, quali pubblico-privato,

---

peso politico e la sua capacità di influenzare la scrittura delle regole del gioco, il che, a sua volta, incrementa ulteriormente la concentrazione della ricchezza.

eguaglianza-diseguaglianza, e moderne, quale *governance-government*.

Scontando le inevitabili omissioni e genericità che il tentativo di tracciare una mappa di sintesi con i punti di collisione fra le prospettive citate e le linee delle trasformazioni in atto, già avvenute o possibili, inevitabilmente presenta, si può abbozzare una ricognizione delle fratture e delle tendenze che attraversano oggi concetti come sovranità, costruzioni come il sistema delle fonti, storie come quella della limitazione del potere. Senza pretesa, nei limiti di questo studio, di sviscerare, o anche solo di dar conto degli approcci teorici sviluppatisi intorno ai temi citati, seguono quindi alcuni *flash*, a mo' di vocabolario minimo dei termini coinvolti, tratteggiati attraverso esempi tratti dai meccanismi ISDS, quale raffigurazione e concretizzazione emblematica delle metamorfosi in atto.

**Conflitto.** La creazione di “tribunali speciali per la sicurezza degli investitori”, ovvero di una giustizia oligarchica, che si è visto essere strutturalmente *di parte*, è indice della vittoria, nel conflitto sociale, del capitale, ovvero, in altri termini, dell’egemonia di una classe sociale<sup>213</sup>. È una affermazione – quella delle *élites* economico-finanziarie<sup>214</sup> – che tende a negare ogni spazio ai vinti, finanche l’esistenza: si pensi, nel mondo del lavoro, alla logica della concertazione sulla base di interessi comuni fra lavoratore e datore di lavoro, o, nella sfera politica, alle torsioni centripete nella rappresentanza. Il conflitto tende ad essere sostituito da una visione cooperativa – che non a caso è quella propria dei sostenitori dell’ordoliberalismo<sup>215</sup> – connessa ad una

---

<sup>213</sup> Sul punto, cfr. L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 12: «non è affatto venuta meno la lotta di classe. Semmai, la lotta che era stata condotta dal basso per migliorare il proprio destino ha ceduto il posto ad una lotta condotta dall’alto per recuperare i privilegi, i profitti e soprattutto il potere»; similmente, M. TRONTI, *Lavoro*, in *Dem. e dir.*, nn. 1-2/2012, pp. 10-11: «la lotta di classe c’è», ma «è diventata unipolare»: «i capitalisti fanno lotta di classe a senso unico»; in senso ampio, sull’esistenza delle classi sociali, nonostante l’oscuramento da parte dei *maître à penser* dominanti, o la loro minore visibilità (ovvero, in termini marxisti, la loro esistenza *in sé* ma non *per sé*), oltre L. GALLINO, *La lotta di classe*, appena citato, si vedano J. HOLLOWAY, *Che fine ha fatto la lotta di classe?*, manifestolibri, Roma, 2007; D. LOSURDO, *La lotta di classe. Una storia politica e filosofica*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

<sup>214</sup> Sul tema delle *élites*, si segnala R. DI LEO, *Il ritorno delle élites*, Manifestolibri, Roma, 2012.

<sup>215</sup> Cfr. A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in ID. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino,

rappresentanza di interessi. Paradigmatica in questo senso è la costituzione della corte arbitrale ICSID: l'imparzialità discende dalla rappresentanza dei diversi interessi (i due giudici nominati dalle parti) e dal loro accordo (il terzo giudice).

**Costituzione.** L'analisi degli arbitrati ISDS mostra l'esistenza di un orizzonte che nella sua autoreferenzialità avanza pretese in senso lato costituzionali e con velleità egemoniche nei confronti della Costituzione (italiana, ma non solo) e del costituzionalismo. È in atto, dunque, come si è argomentato, uno scontro fra due prospettive in senso lato costituzionali, fra principi fondativi e parametri (in estrema sintesi, persona e mercato), fra stato di diritto e un potere che aspira ad essere *legibus solutus*.

È una contrapposizione che si riflette anche sulla concezione della costituzione e del costituzionalismo. Da un lato, l'approccio descrittivo: la costituzione come tavola che si limita a rispecchiare gli interessi del potere e ad esplicitare le modalità della sua organizzazione; dall'altro, l'approccio prescrittivo: la costituzione come espressione della sovranità popolare e sanzione delle forme che concretamente assumono la separazione e l'equilibrio fra i poteri e la garanzia dei diritti.

**Democrazia.** Osserva Crouch, a proposito del progetto TTIP e, in specifico, dei meccanismi ISDS: «an elite of business and governmental persons has been trying to make deals behind the back of the population – potentially undermining a mass of social and environmental policies – and in particular planning to enable tribunals of private corporate lawyers to judge corporation's complaints against government's policies. This is post-democracy in its purest form»<sup>216</sup>. La struttura della democrazia muta, divenendo altro da sé: postdemocrazia.

La democrazia nella sua forma statale è esautorata e espropriata, in favore – *ça va sans dire* –, non certo di una democrazia mondiale, ma di un complesso fluido di soggetti per lo più autoreferenziali.

---

2009, p. 170, e ID., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

<sup>216</sup> C. CROUCH, *Democracy at a TTIP'ing point: Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe*, in *Juncture*, IPPR's quarterly journal of politics and ideas (<http://www.ippr.org>), 6 dicembre 2014.

Alcuni invero ragionano, a partire dagli arbitrati in materia di investimenti, di *global administrative law*<sup>217</sup>, magari vedendovi l'embrione di una regolazione pubblica. Sono locuzioni, però, nelle quali facilmente si può rintracciare la presenza del «tempo esecutivo», dove l'esecuzione sostituisce la politica, o è espressione di una politica non democratica, dove il governo si riduce ad essere «il mero esecutore e garante della complessa necessità presupposta, della quale è al servizio»<sup>218</sup>.

**Eguaglianza.** L'esistenza in sé di tribunali specificamente deputati alla tutela degli interessi degli investitori (si può aggiungere, internazionali, con detrimento anche degli investitori nazionali, che non hanno accesso ad analogo trattamento) denuncia una situazione di diseguaglianza. La libera scelta del forum giudiziario/arbitrale, la disponibilità delle parti in ordine al diritto applicabile e, quindi, *forum shopping* ma anche *shopping* normativo<sup>219</sup>, mostrano come l'imperativo sia la competitività, che si fonda sulle diseguaglianze e le acuisce. Ciò, senza scordare che il meccanismo ISDS è parte di un modello economico strutturalmente diseguale e produttore di diseguaglianza, in rotta di collisione con il modello di eguaglianza sostanziale ed emancipazione sociale della Costituzione.

**Fonti del diritto.** La «volontà delle parti» è un mantra nella Convenzione di Washington e ben simboleggia il processo di contrattualizzazione e privatizzazione del diritto, ma si pensi anche alla fluidità del diritto applicabile nelle controversie ISDS, che denuncia la crescente de-formalizzazione del diritto e la frammentazione e liquefazione del sistema delle fonti, sempre più complesso, multilivello e policentrico, per non dire opaco e sfuggente<sup>220</sup>. L'immagine della pira-

---

<sup>217</sup> G. VAN HARTEN, M. LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n. 1, pp. 121 ss.

<sup>218</sup> G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., p. 16.

<sup>219</sup> D. BIFULCO, *Il potere giudiziario*, cit., p. 365: «il mercato globale dei servizi della giustizia trasforma le differenze giuridiche in svantaggi o vantaggi competitivi».

<sup>220</sup> A mo' di semplice suggestione sul tema, cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, che ragiona di «coordinamento eterarchico e spontaneo tra le più diverse produzioni giuridiche»; e J.-G. BELLEY, che intitola il suo lavoro, emblematicamente, «diritto solubile» (*Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996).

mide è sostituita da quella della rete<sup>221</sup>, instabile e mutante, ma allo stesso tempo a maglia d'acciaio rispetto agli interessi delle *élites* economico-finanziarie. Nel rapporto fra ordinamenti le parole d'ordine sono interazione e integrazione, vocaboli positivi che non di rado occultano eteronomia e competizione, all'insegna, ovviamente, del libero mercato. Il *forum shopping* di cui si è discusso, ma anche la libertà nella scelta del diritto applicabile, sono poi un esempio della competitività fra ordinamenti e sistemi delle fonti.

**Legittimazione.** Muta la legittimazione del diritto, ma anche della politica o della rappresentanza: quello che rileva è il risultato, l'efficacia, la governabilità (tutto, *ça va sans dire*, valutato alla luce dei parametri della razionalità neoliberista), con buona pace delle forme, delle procedure, delle istituzioni legittimate dal voto o dal ruolo di garanzia. Le corti arbitrali ISDS sono un concentrato di tutto ciò, svincolate da forme e procedure prestabilite, con una legittimazione che senza dubbio deve molto di più al loro costituire soluzioni efficienti per gli investitori che non al derivare da scelte politiche legittimamente assunte.

Quali simboli della nuova legittimazione – e della competitività fra ordinamenti – si possono citare i rapporti *Doing Business*, redatti nell'ambito di un progetto della Banca Mondiale, che stilano una classifica dei vari Paesi in relazione ai costi economici per le imprese legati alla disciplina normativa in alcuni settori-chiave, quali la costituzione dell'impresa, l'utilizzo dell'energia elettrica, le tasse, i tempi e i costi dei processi, le modalità del fallimento, ma anche il rapporto (neanche a dirlo, il termine utilizzato è “market”) di lavoro. Ovviamente i Paesi primi in graduatoria e, quindi, più attrattivi per gli investitori, sono quelli dove le regole, pur tutelando i diritti patrimoniali, presentano il minor grado di ingerenza<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> In argomento, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Brussels, 2002; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 2005, spec. pp. 427 ss.; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>222</sup> Nel Rapporto *Doing Business 2016* (<http://www.doingbusiness.org/>), nella tabella relativa al “Ease of doing business ranking” (p. 5), al primo posto vi è Singapore, seguita da Nuova Zelanda, Danimarca, Corea, Hong Kong, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia, Norvegia, Finlandia, Taiwan, Australia, Germania, ...; l'Italia è meno *business-friendly*, figura al 45° posto sui 189 Paesi considerati. Effetto collaterale – non da poco – dei Rapporti, facilmente prevedibile e “vantato” dai loro estensori, è l'adozione di riforme nei vari Paesi.

**Pubblico e privato.** Convenzioni e trattati sottoscritti dagli Stati e volontà delle parti, “giudici” privati ed esecuzione statale obbligatoria, sono due esempi concreti della commistione fra pubblico e privato, per tacere della pressione delle *lobbies* e dei conflitti di interesse che sono intrinseci alla costituzione e al funzionamento dei meccanismi ISDS<sup>223</sup>. Il pubblico tende a dissolversi e ad essere assorbito dal privato, a divenire una delle componenti della *lex mercatoria*, in un processo – si può dire – di privatizzazione ma anche di mercificazione. Allo stesso tempo, lo spazio del pubblico è ridotto<sup>224</sup> e strutturato secondo logiche privatistiche: il diritto pubblico o cede il proprio spazio al diritto privato o viene privatizzato. In specifico, come è stato osservato, con il meccanismo ICSID «sia pure tramite un accordo interstatale, si potenzia la posizione giuridica... dell’individuo (ossia delle imprese transnazionali) nel diritto internazionale degli investimenti, attribuendogli un ruolo attivo nell’applicazione e nell’esecuzione coattiva del diritto internazionale»<sup>225</sup>.

**Sovranità.** La struttura e i poteri degli arbitrati internazionali sono indice dell’allocazione della sovranità, senza più veli, nelle mani delle oligarchie economiche. Il fenomeno di *lobbying* dei poteri economici nei confronti delle istituzioni e della politica è sempre esistito, ma ora si assiste ad una vera e propria espropriazione e ad una subordinazione della sovranità intesa come sovranità degli Stati e popolare. Basti ricordare la funzione deterrente dei meccanismi ISDS nei confronti del potere legislativo o delle scelte politiche, o la loro sostituzione agli organi giudiziari nazionali. Ora, lo Stato ben può essere una forma di organizzazione sociale transeunte e legata ad una epoca storica, ma la dicotomia fra oligarchia e democrazia attraverso i secoli: lo scontro è fra *élites* economico-finanziarie e sovranità popolare<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Da ultimo, sull’attività di *lobbying* sui negoziati per il TTIP, cfr. L. WALLACH, *Il trattato transatlantico*, cit.; G. MONBIOT, *The lies behind this transatlantic trade deal*, in *The Guardian* ([www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)), 2 dicembre 2013: «from the outset, the transatlantic partnership has been driven by corporations and their lobby groups, who boast of being able to “co-write” it. Persistent digging by the Corporate Europe Observatory reveals that the commission has held eight meetings on the issue with civil society groups, and 119 with corporations and their lobbyists. Unlike the civil society meetings, these have taken place behind closed doors and have not been disclosed online».

<sup>224</sup> Potremmo dire, ricorrendo all’immagine che S. SASSEN (*Espulsioni. Brutalità e complessità nell’economia globale*, Bologna, il Mulino, 2015) individua come cifra dell’economia mondiale, che il diritto pubblico subisce un processo di progressiva *espulsione*.

<sup>225</sup> F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 934.

<sup>226</sup> La vicenda greca del 2015 è un esempio concreto di questo scontro; per dirlo con le parole di G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, cit., p. 40): il premier greco «che era lì in base alla

**Stato.** Lo Stato in questo disegno non scompare ma è sussunto nel sistema della *governance* globale; se non può (ancora) parlarsi di una vera e propria mutazione genetica, si può ragionare di torsione dei suoi fini e dei suoi strumenti<sup>227</sup>. Gli Stati rimangono, ma sotto tutela, sono commissariati, limitati e controllati, stretti fra la funzione di fornitori di servizi ed erogatori di appalti, e quella di gestori dell'ordine sociale<sup>228</sup>, nonché cassa alla quale attingere nei momenti di traversie, governati secondo le logiche aziendalistiche del finanzia-capitalismo. Essi devono garantire un terreno fertile e sicuro, dove gli attori economici possano liberamente muoversi e massimizzare i propri profitti. In altri termini, l'economia non è interessata a limitare il potere degli Stati, quanto piuttosto ad avvalersene (ovvio, senza il fastidio di costituzioni come quelle dei Paesi del Sud Europa, come insegna la J. P. Morgan<sup>229</sup>).

---

forza conferitagli dal suo popolo, confermata da un referendum, doveva smentire sé stesso e riconoscere l'esistenza di un'altra forza, una forza irresistibile», la sovranità della finanza internazionale.

<sup>227</sup> *Ex multis*, cfr., recentemente, W. BROWN, *Walled States, Waning Sovereignty*, 2010, trad. it. *Stati murati, sovranità in declino*, Laterza, Roma-Bari, 2013, che ragiona sulla disgiunzione fra sovranità e Stato-nazione, osservando come rimanga «vitale il ruolo svolto dagli Stati nello stabilizzare i mercati e nell'allestire condizioni favorevoli all'accumulazione di capitali», ma «tuttavia, lungi dall'essere un esercizio di sovranità» il loro intervento rivela la subordinazione al capitale» (p. 63); A. BURGIO, *Senza democrazia. Un'analisi della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2009, che discorre di stato organico al capitale; P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2014, n. 1, che rileva come il capitalismo finanziario «permea di sé dall'interno le funzioni» degli Stati (p. 13); P. DARDOT, C. LAVAL, *Le nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013, che sottolineano il ruolo dello Stato nel sorreggere il mercato (una interessante analisi del volume è in A. CIERVO, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, pp. 29 ss.); si veda anche, per primi riferimenti al concetto di "stato globale" e al grado della sua autonomia o etero direzione, L. PATRUNO, *Istituzioni globali e autonomia*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo, 6-7 giugno 2014.

<sup>228</sup> In tema, da ultimo, E. SCREPANTI, *L'imperialismo globale e la grande crisi*, Collana del Dipartimento di Economia Politica e Statistica, n. 14, luglio 2013, spec. pp. 130 ss.; L. GALLINO, *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013.

<sup>229</sup> Report della J. P. Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, cit.

Un meccanismo tossico – è stato definito – il sistema delle controversie fra investitore e Stato<sup>230</sup>; potrebbe aggiungersi, un virus, un virus endemico, o, meglio, pandemico, che colpisce la democrazia e il costituzionalismo, come forma acuta di un male che deforma l'eguaglianza in competitività, il conflitto in concertazione, il governo in *governance*, e via discorrendo.

Ora, la Costituzione italiana – come risulta dall'analisi condotta – senza dubbio può opporre validi anticorpi ai “tribunali speciali per la sicurezza degli investitori”. È in gioco la sovranità (dello Stato e popolare)<sup>231</sup>, il rispetto delle sue istituzioni e della loro autodeterminazione, i principi fondamentali (democrazia, centralità della persona), il progetto di emancipazione.

Certo, è in atto uno scontro, uno scontro che non si può facilmente archiviare con l'etichetta “incostituzionale”, sarebbe ingenuo: non si può non riconoscere l'esistenza di un conflitto tra due prospettive, come si è detto, in senso lato costituzionali (che coinvolgono la forma di Stato e il senso e l'esistenza del costituzionalismo), una sfida, che svela, per inciso, la natura antitetica di capitalismo e democrazia<sup>232</sup>. È

<sup>230</sup> Così G. MONBIOT, *The lies behind this transatlantic trade deal*, cit., che definisce il sistema delle controversie fra investitore e Stato «toxic mechanism» osservando come «where this has been forced into other trade agreements, it has allowed big corporations to sue governments before secretive arbitration panels composed of corporate lawyers, which bypass domestic courts and override the will of parliaments» e «this mechanism could threaten almost any means by which governments might seek to defend their citizens or protect the natural world».

<sup>231</sup> E, si può aggiungere, in relazione ad un contesto che non pare deputato ad assicurare «la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11 Cost.).

<sup>232</sup> Quello fra democrazia e capitalismo è stato definito un matrimonio non felice (S. BOWLES, H. GINTIS, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *La democrazia ibernata* (Dossier di *Le Monde Diplomatique*, n. 2), Torino, 1979, pp. 37 ss.) od anche d'interesse (così A. DI GIOVINE, *L'ingegneria costituzionale fra crisi delle istituzioni e strategie politiche*, in *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla Comunità Europea*, Tirrenia – Stampatori, Torino, 1981, p. 13), o, comunque, caratterizzato da una coesistenza contraddittoria (C. OFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Etas, Milano, 1977, p. 156) o parziale (N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino, 1976, p. 63); più recentemente, sul controverso rapporto democrazia-capitalismo, si segnalano, nell'ampia bibliografia sul tema, J.-P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004; R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, 2007, trad. it. *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi Editore, Roma, 2008; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2009; S. ŽIŽEK, *Dalla democrazia alla violenza divina*, in G. AGAMBEN, A. BADIOU, D. BENSÂÏD, W. BROWN, J.-L. NANCY, J. RANCIÈRE, K. ROSS, S.

un conflitto che coinvolge il diritto al suo massimo livello – le norme costituzionali – così come i principi fondamentali della convivenza sociale o istituzioni nodali come lo Stato o fattori essenziali come la sovranità.

Riconoscere la presenza di un contesto che revoca in dubbio la validità della Costituzione e mette in discussione le categorie novecentesche non deve, però, indurre a concludere nel senso del loro superamento. La legittimazione di una Costituzione non dipende dal consenso dei mercati ma dal riconoscimento da parte dei cittadini: dovrebbe essere un'affermazione scontata, ma oggi non lo è. Indubbiamente l'approccio da *homo oeconomicus* o «*homme compétitif*»<sup>233</sup> propugnato dal neoliberalismo può indurre trasformazioni sociali tali da privare la Costituzione delle forze materiali che la sostengono<sup>234</sup> e condurre ad una nuova “costituzione”, ma – per tacer del fatto che la Costituzione è scritta, e rigida, proprio anche per fungere da argine nei tempi difficili – il momento attuale è, a parer di chi scrive, configurabile in termini di conflitto e non *tout court* di transizione ad altro modello o, meglio, è in atto un attacco alla prospettiva del costituzionalismo, massiccio, indubbiamente, ma non ineluttabile.

Non pare un caso che molte delle locuzioni proposte per sintetizzare la forma di Stato odierna, mantengano, se pur ossimoricamente, la parola “democrazia” (per citarne alcune, postdemocrazia<sup>235</sup>, democra-

---

ŽIŽEK, *In che stato è la democrazia?*, Nottetempo, Roma, 2010, pp. 155 ss.; W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

<sup>233</sup> P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, cit., p. 403.

<sup>234</sup> La domanda è alla base del testo di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.

<sup>235</sup> Argomenta la tendenza all'affermazione di un modello postdemocratico, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, che così ne sintetizza i caratteri: «in base a questo modello, anche se le elezioni continuano a svolgersi e condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione... La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico... A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'interazione tra i governi eletti e le élite che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici» (p. 6). In precedenza, il neologismo «postdemocrazia» era già stato utilizzato da A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001-IV, pp. 1612 ss.

zia plebiscitaria<sup>236</sup>, democrazia dispotica<sup>237</sup>, democrazia senza democrazia<sup>238</sup>), evidenziando, certo, della democrazia, contraddizioni e trasformazioni, ma anche, forse, certificandone – e non per accanimento terapeutico – l’esistenza in vita.

Per dirlo con le parole di un insolito Bobbio: «non sono così pessimista. Nella storia non si sono mai realizzati i sogni degli utopisti, ma ho ragione di credere che non debbano neppure realizzarsi gli incubi degli utopisti a rovescio. Un popolo quando aveva toccato il fondo dell’abiezione ha saputo rinascere. È storia di ieri. Ma se ci guardiamo attorno nel mondo, è storia di oggi. Non si vede perché non dovrebbe essere storia di domani»<sup>239</sup>.

Si aggiunga che *ex parte* Costituzione non giocano solo la vigenza e il riconoscimento sociale della Costituzione del 1948, ma la considerazione che essa costituisce un tassello nel quadro del costituzionalismo, della limitazione del potere e del concetto prescrittivo di costituzione. Essa è parte di un percorso con radici profonde e presenza in contesti diversi, ovvero con un solido ancoraggio diacronico e sincronico<sup>240</sup>. Le categorie del costituzionalismo, democrazia, diritti, dignità

<sup>236</sup> Cfr. M. REVELLI, *Controcanto*, chiarelettere, Milano, 2010, che si riferisce ad una situazione di «liquefazione istituzionale» (spec. pp. 6 ss.), che approda ad una forma di «democrazia plebiscitaria, sempre meno democratica e sempre più plebiscitaria» (p. 81).

<sup>237</sup> Si veda M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

<sup>238</sup> M. L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>239</sup> E così prosegue: «la storia della libertà procede di pari passo con la storia delle privazioni della libertà. Non c’è né libertà perduta per sempre né una libertà conquistata per sempre: la storia è un intreccio drammatico di libertà e di oppressione, di nuove libertà cui fanno riscontro nuove oppressioni, di vecchie oppressioni abbattute, di nuove libertà ritrovate, di nuove oppressioni imposte e di vecchie libertà perdute» (N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 454-455); la citazione è “rubata” ad A. DI GIOVINE, *Laicità e immanentismo nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Dem. e dir.*, 2015, n. 4 (che così sintetizza la concezione bobbiana della storia: essa è «contrassegnata da una duplice vena: una che legge la storia in chiave ottimistica, come percorso che porta dall’oscurantismo alla luce, l’altra che esprime una visione tragica della storia al cui apice sta il ripetuto richiamo all’hegeliano «immenso mattatoio»»).

<sup>240</sup> M. LUCIANI, *L’antisovrano*, cit., p. 128, ricorda Aristotele, nella *Politica* (IV, 4): «dove le leggi non imperano non c’è costituzione»; in senso ampio, sulla storia del costituzionalismo, si vedano, fra gli altri, C. H. MCLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008; V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 52 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-

della persona, possiedono, in altri termini, una solidità storica, giuridica e sociale, che oggi è sotto attacco, ma che la storia mostra essere capaci di resistenze e progressi, nella dialettica sempiterna fra potere e limitazione del potere, tendenza al dominio e alla sopraffazione e aneliti all'eguaglianza e all'emancipazione.

Tornando alla concretezza dei meccanismi ISDS, si può quindi chiudere con il riferimento ad alcune resistenze all'apoteosi della globalizzazione finanzcapitalista: nella specie, la decisione di alcuni Stati di recedere dalla Convenzione di Washington. La Bolivia nel 2007, l'Ecuador nel 2009 e il Venezuela nel 2012, con l'obiettivo di sottrarsi agli arbitrati e recuperare la propria autonomia in tema di scelte di politica economica, notificano il proprio recesso<sup>241</sup>. Nel trattato di libero scambio stipulato nel 2004 fra Stati Uniti e Australia il meccanismo ISDS non viene incluso e l'Australia, negli anni successivi, dichiara di non voler più inserire l'arbitrato a tutela degli investitori nei propri accordi<sup>242</sup>.

Sono piccoli passi nel deserto politico e normativo afflitto dalla cappa del finanzcapitalismo, ma testimoniano la possibilità concreta di sfuggire al TINA (*There Is No Alternative*) della razionalità neoliberista. Nella consapevolezza della durezza, e della sproporzione, fra le opposte prospettive, *si può* non scivolare nel tritacarne della supposta necessità e scegliere la via della democrazia e del costituzionalismo, che è insieme reale, terreno di scontro politico concreto, e ideale, un luogo dove forgiare forme nuove: non dunque una mera resilienza, ma anche fantasia proiettata sull'avvenire<sup>243</sup>. Certo, occorre rifuggire dalla forza omogeneizzante che attrae, con la sua aura rassicurante da pen-

---

Bari, 2009; R. L. BLANCOVALDÉS, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza, Madrid, 2010.

<sup>241</sup> Il recesso della Bolivia, notificato il 2 maggio 2007, è operativo dal 3 novembre 2007; quello dell'Ecuador, notificato il 6 luglio 2009, opera dal 7 gennaio 2010, e quello del Venezuela, notificato il 25 gennaio 2012, esplica i suoi effetti dal 25 luglio 2012.

<sup>242</sup> F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 169-170.

<sup>243</sup> Sul «senso della possibilità», cfr., anche per le molte suggestioni letterarie e filosofiche, S. VECA, *Non c'è alternativa. Falso!*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

siero e sistema *mainstream*<sup>244</sup>, servi del potere ma anche semplici indifferenti, che del potere fanno il gioco<sup>245</sup>.

Se oggi il potere si presenta sempre più nella sua nuda forma economica, è questa che deve essere frantumata e indirizzata, nel nome di quella parte dell'umanità che oppone l'emancipazione della persona (il «libero sviluppo» dell'art. 3 Cost.) alla prevaricazione del potere<sup>246</sup>. Il costituzionalismo moderno, per sua natura, figura tra gli antagonisti al potere e può fornire il suo contributo, muovendo da un'opera di demistificazione e denuncia (come si è qui tentato di operare nei confronti dei meccanismi ISDS), per aprirsi quindi alle potenzialità intrinseche nel suo obiettivo di limitare il potere e perseguire la giustizia sociale che le forze ed i soggetti protagonisti dei conflitti politici e sociali sapranno immaginare.

---

<sup>244</sup> In argomento, sul ruolo di supporto degli economisti nel sostenere il modello neoliberista, cfr., fra gli altri, M. PERELMAN, *How economics bolstered power by obscuring it*, in N. BUXTON, M. BÉLANGER DUMONTIER (eds.), *State of Power 2015*, cit., pp. 88 ss.

<sup>245</sup> L'indifferenza, l'inerzia o l'opzione per una supposta "neutralità" non possono che risolversi in appoggio al potere dominante, non prendere posizione in un periodo di conflitto implica appoggiare la parte più forte: «dei fatti maturano nell'ombra, poche mani, non sorvegliate da nessun controllo, tessono la tela della vita collettiva, e la massa ignora, perché non se ne preoccupa... Ma i fatti che hanno maturato vengono a sfociare; ma la tela tessuta nell'ombra arriva a compimento; e allora sembra sia la fatalità a travolgere tutto e tutti...» (A. GRAMSCI, *Odio gli indifferenti*, 11 febbraio 1917, in ID., *Odio gli indifferenti*, Chiarelettere, Milano, 2011, p. 4).

<sup>246</sup> Il costituzionalismo, detto altrimenti, deve estendersi alla sfera economica, sfruttando, ad esempio, nell'ordinamento italiano, le potenzialità dell'art. 41 (per una sua lettura in chiave antitetica rispetto all'economia di mercato, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, spec. pp. 19-20, 23), invece di accordarsi all'interpretazione che ne dà una lettura riduttiva (quando non ne sostiene *tout court* il superamento in ragione dell'integrazione comunitaria).



# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULI**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano

**PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Giuliano

**SERGES**, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)