

LA NATURA *ERGA OMNES PARTES* DEGLI OBBLIGHI DERIVANTI  
DALLA CONVENZIONE ICSID E IL RAPPORTO CON IL DIRITTO  
DELL'UNIONE EUROPEA

STEFANO SALUZZO \*

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito sul caso *Micula*. – 3. L'art. 351 TFUE e la sua inapplicabilità ai rapporti intra-UE. – 4. Trattati multilaterali e obblighi *erga omnes partes*. – 5. Obblighi *erga omnes partes* e art. 351 TFUE. – 6. La portata dell'art. 351 TFUE secondo la Corte Suprema del Regno Unito. – 7. L'identificazione di obblighi *erga omnes partes* nell'ambito della Convenzione ICSID: riconoscimento ed esecuzione dei lodi internazionali. – 8. Osservazioni conclusive.

**Abstract**

*Recent developments in the relationship between international law and EU law have raised numerous questions regarding normative clashes between the two legal orders. In the Micula v. Romania case, the UK Supreme Court was asked to rule on the conflict between EU law and international obligations deriving from the ICSID Convention. The case regarded the enforcement of an arbitral award against Romania before the UK national judge which, according to the European Commission, would be incompatible with State aid rules. In its decision, the UK Supreme Court has stated that, notwithstanding the obligations deriving from EU law, the UK was required to abide by the duty to enforce the award on the basis of the ICSID Convention. According to the Court, international obligations of Member States pre-dating accession to the EU should prevail over EU law when they are owed not simply to other EU Member States, but to the entirety of States parties to a multilateral treaty (including third countries). In other terms, EU law should not take precedence over erga omnes partes obligations.*

*The present article aims at analyzing such conclusions from the perspective of both international and EU law. It examines the debate regarding the inapplicability of art. 351 TFEU (the so called subordination clause) to intra-EU obligations in light of the CJEU case-law, in order to understand the extent to which this construction might be upheld when the international obligations at stake are of a collective nature. In the final part, the article attempts to identify the consequences of the UK Supreme Court's decision for future disputes on conflicts between EU law and international collective obligations.*

**Suggerimento di citazione**

S. SALUZZO, *La natura erga omnes partes degli obblighi derivanti dalla convenzione ICSID e il rapporto con il diritto dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricercatore in Diritto internazionale presso l'Università del Piemonte Orientale  
Contatto: [stefano.saluzzo@uniupo.it](mailto:stefano.saluzzo@uniupo.it)

## 1. Introduzione

Il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale degli investimenti ha fatto riemergere, in anni recenti, questioni che erano rimaste a lungo sopite e che oggi si ripresentano all'interprete con rinnovato vigore e crescente incertezza. La complessità del contesto si riflette anche sulle soluzioni che vengono di volta in volta individuate per tentare una composizione dei conflitti normativi tra obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione e obblighi internazionali. Evidentemente, un ruolo di primo piano spetta ancora agli Stati membri dell'Unione, che spesso sono anche gli unici titolari delle posizioni soggettive derivanti dalla partecipazione a trattati multilaterali.

Le istituzioni dell'Unione hanno compiuto sforzi rilevanti, nel tentativo di affermare la prevalenza del diritto UE sugli obblighi internazionali degli Stati membri, soprattutto al fine di tutelare l'autonomia dell'ordinamento europeo rispetto alle interferenze provenienti dall'esterno. Ancora di recente, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha avuto occasione di intervenire su tali questioni, riaffermando la necessità di garantire l'autonomia e l'integrità del diritto UE rispetto sia ad accordi bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri sia ad accordi di investimento conclusi direttamente dall'Unione con Stati terzi<sup>1</sup>.

In questo contesto si colloca anche la recente sentenza della Corte Suprema del Regno Unito sul caso *Micula v. Romania*, relativa all'esecuzione richiesta al giudice inglese di un lodo arbitrale in materia di investimenti, che la Commissione europea ha ritenuto, però, incompatibile con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Le questioni affrontate nella sentenza sono molteplici e assai diverse tra loro e non potranno essere tutte oggetto della presente analisi. Si è dunque scelto di prendere la pronuncia come punto di partenza per una più ampia riflessione sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e obblighi internazionali degli Stati membri derivanti da trattati multilaterali che coinvolgano anche Stati terzi. La ragione è duplice: da un lato, il rapporto tra ordinamenti nazionali e ordinamento UE in questi contesti segue una dinamica

<sup>1</sup> Si fa riferimento, in particolare, alla ormai nota sentenza sul caso *Achmea* e al recente parere 1/17 della Corte di giustizia, relativo alla compatibilità con il diritto dell'Unione dell'accordo commerciale concluso dall'UE con il Canada (CETA). Sul principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione nell'ambito di queste pronunce v. A. MIGLIO, *Autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, in A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie e problemi di attribuzione e di accertamento*, Milano, 2017, 301 ss.; S. CENTENO HUERTA, N. KUPLEWATZKY, *On Achmea, the Autonomy of Union Law, Mutual Trust and what Lies ahead*, in *European Papers*, 2019, 61 ss.; M. GATTI, *Opinion 1/17 in Light of Achmea: Chronicle of an Opinion Foretold?*, in *European Papers*, 2019, 109 ss.; A. CIAMPI, *EU's International Treaties, The New Investment Court System (ICS) and Human Rights*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

peculiare, che deve tenere conto degli interessi e delle aspettative di Stati che non appartengono all'Unione europea; dall'altro, la pronuncia della Corte Suprema riguarda una particolare categoria di obblighi convenzionali, vale a dire quelli aventi natura *erga omnes partes* (o collettiva), la quale renderebbe impossibile scindere la dimensione intra-UE della controversia dagli interessi giuridicamente tutelati di tutti gli altri Stati (terzi) parte del trattato multilaterale.

Il contributo ricostruisce, innanzitutto, i passaggi salienti della vicenda *Micula* e della pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito, per poi analizzare più nel dettaglio il conflitto tra obblighi di diritto dell'Unione e obblighi internazionali di natura collettiva. Una prima parte è dedicata ai profili interpretativi dell'art. 351 TFUE, clausola che conferisce prevalenza agli obblighi internazionali degli Stati membri assunti nei confronti di Stati terzi prima della loro adesione all'Unione. Successivamente, vengono presi in considerazione i presupposti necessari a identificare obblighi convenzionali *erga omnes partes*, per valutare la tenuta e la fondatezza delle argomentazioni svolte dalla Corte suprema in ordine alla necessità di derogare al diritto dell'Unione quando lo Stato membro si trovi di fronte all'adempimento di obblighi convenzionali collettivi.

Non sfugge certamente che la sentenza si colloca in un momento storico del tutto particolare, essendo stata adottata a poca distanza dall'uscita formale del Regno Unito dall'Unione europea<sup>2</sup>. Tuttavia, si cercherà di dimostrare che la ricostruzione offerta dalla Corte Suprema è suscettibile di applicazioni più ampie – riguardanti anche gli altri Stati membri dell'Unione – e costituirà comunque un precedente che le istituzioni europee saranno tenute a valutare attentamente.

## 2. La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito sul caso *Micula*

La pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2020 rappresenta solo una delle tante tappe intermedie nella nota saga *Micula*<sup>3</sup>. Nel

<sup>2</sup> Va ricordato che il diritto UE continuerà ad applicarsi fino alla scadenza del c.d. accordo di transizione. Cfr. Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (2019/C 384 I/01), in GUUE CI 384/1, 12 novembre 2019, artt. 126 ss. Per un'analisi sull'applicabilità del diritto dell'Unione europea durante il periodo di transizione cfr. P. CRAIG, *The Ratification of the Withdrawal Agreement: UK and EU Perspectives*, Brexit Institute, Working Paper 5/2020, disponibile all'indirizzo: [www.dubrexitinstitute.eu](http://www.dubrexitinstitute.eu).

<sup>3</sup> Sulla vicenda *Micula v., inter alia*, C. TIETJE, C. WACKERNAGEL, *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the "Micula" Arbitration*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2015, 205 ss.; H. WEHLAND, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: "Micula v Romania" and Beyond*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2016, 942 ss.; S. WILSKE, *The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and its Potential Collateral Damage*, in *Journal of International Arbitration*, 2016, 331 ss.; S. BATTINI, *Il 'caso Micula', diritto amministrativo e*

dicembre 2013 un tribunale arbitrale istituito sulla base della Convenzione IC-SID<sup>4</sup> aveva condannato la Romania al pagamento di un risarcimento a favore di alcuni investitori stranieri per la violazione di un trattato bilaterale di investimento (TBI), concluso nel 2002 tra Svezia e Romania e di poco precedente l'adesione di quest'ultima all'Unione europea<sup>5</sup>. Nel 2014, quando la Romania si accingeva a predisporre il pagamento del risarcimento, la Commissione europea adottava un'ingiunzione ai sensi del regolamento UE 659/1999, con la quale intimava alla Romania di sospendere ogni forma di esecuzione del lodo internazionale, in attesa di una verifica sulla compatibilità tra questo e le norme europee in materia di aiuti di Stato<sup>6</sup>. L'incompatibilità veniva poi confermata dalla Commissione con una decisione del 2015, con cui si riteneva che il pagamento del risarcimento a favore degli investitori stranieri – così come richiesto dalla pronuncia del tribunale arbitrale – doveva ritenersi un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE<sup>7</sup>. La decisione, impugnata dai fratelli Micula di fronte al Tribunale dell'Unione europea, è stata recentemente annullata per difetto di competenza della Commissione europea. La Commissione, infatti, non avrebbe potuto adottare una decisione in materia di aiuti di Stato avente ad oggetto situazioni giuridiche che si erano realizzate prima

*entanglement globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 325 ss.; G. ZARRA, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra EU investment agreements. Reflections on treaty law issues and on the EU's unsustainable position*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, 891 ss.

<sup>4</sup> Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati, Washington, 1965, UNTS vol. 575, 159 ss.

<sup>5</sup> *Ioan Micula et al. v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, lodo dell'11 dicembre 2013. La controversia riguardava l'abrogazione, da parte della Romania, di alcuni strumenti di incentivi e di esenzione per facilitare l'ingresso nel mercato rumeno di investitori stranieri che operassero nelle regioni più sfavorite del Paese. L'abrogazione del programma nel 2005, durante i negoziati per l'adesione all'Unione europea, aveva prodotto, secondo il tribunale internazionale, una lesione dei diritti degli investitori stranieri ai sensi del trattato bilaterale di investimento tra Svezia e Romania, in particolare del loro legittimo affidamento rispetto alla stabilità del quadro normativo nazionale.

<sup>6</sup> Vanno brevemente ricordate le ragioni che hanno condotto la Commissione ad avviare tale procedura nei confronti della Romania. Nel 1998 le autorità rumene avevano adottato un programma di incentivi per attrarre investimenti stranieri in regioni sfavorite del Paese. Nel 2000, una serie di società straniere, tra cui quelle di proprietà dei fratelli Micula, avevano effettuato degli investimenti in tali aree sulla base dei menzionati incentivi. Nello stesso anno, venivano avviati i negoziati di adesione della Romania all'Unione europea, nell'ambito dei quali l'Unione rilevava che alcuni regimi di aiuti adottati dalla Romania non erano compatibili con l'*acquis communautaire*. La Romania decideva quindi, prima dell'adesione intervenuta nel 2007, di abrogare interamente i programmi di incentivi. Le misure di revoca degli incentivi venivano successivamente contestate dagli investitori stranieri di fronte a un tribunale arbitrale internazionale, in forza del TBI concluso nel 2002 tra Svezia e Romania. Quest'ultima, risultata soccombente, veniva condannata al risarcimento del danno scaturito dall'abrogazione degli incentivi in violazione del legittimo affidamento degli investitori stranieri.

<sup>7</sup> Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione – Lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013, in GUUE L 232/43, 4 settembre 2015.

dell'adesione della Romania all'Unione europea<sup>8</sup>. La sentenza del Tribunale è stata successivamente appellata e la controversia è attualmente in attesa di definizione da parte della Corte di giustizia.

Nel frattempo, intervenuta la definitività del lodo, i fratelli Micula avevano richiesto il riconoscimento e l'esecuzione dello stesso di fronte a diversi giudici nazionali di Paesi europei, tra cui anche al giudice inglese, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione ICSID. Nei confronti di tali iniziative, la Romania ha sempre eccepito la non eseguibilità del lodo per l'asserito contrasto con le norme del diritto dell'Unione europea, richiedendo la sospensione del procedimento di esecuzione in attesa del giudizio. Con sentenza del 27 luglio 2018, la Corte d'Appello di Londra ha confermato la sospensione dell'esecuzione del lodo già disposta in primo grado, in attesa della decisione del Tribunale dell'UE sull'impugnazione del provvedimento della Commissione e nel rispetto del principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni dell'Unione. La Corte aveva comunque richiesto alla Romania il versamento di una garanzia, tentando così un bilanciamento tra gli obblighi derivanti per il Regno Unito dalla Convenzione ICSID e dal diritto dell'Unione<sup>9</sup>.

Di fronte alla Corte Suprema del Regno Unito, la Romania ha richiesto, sulla base di diverse argomentazioni, l'annullamento della sentenza di appello nella parte riguardante il versamento della garanzia, mentre i fratelli Micula, con ricorso incidentale, hanno contestato la legittimità della sospensione del procedimento di esecuzione disposta in primo grado e poi confermata in appello.

La Corte Suprema ha innanzitutto confermato la rilevanza del principio di leale cooperazione, il quale imporrebbe di sospendere il procedimento di esecuzione del lodo internazionale, essendo pendente la definizione della controversia sulla legittimità della decisione della Commissione del 2015 di fronte alla CGUE<sup>10</sup>. Al tempo stesso, tuttavia, la Corte Suprema ha riconosciuto che una tale sospensione si porrebbe in contrasto con gli obblighi derivanti dalla Convenzione ICSID, la quale non prevede che il lodo, una volta divenuto definitivo, possa essere rimesso in discussione nel merito dal giudice nazionale richiesto della sua esecuzione<sup>11</sup>. Si tratta, in sostanza, di un evidente contrasto tra gli

<sup>8</sup> Il Tribunale ha negato rilevanza al fatto che il lodo fosse stato comunque pronunciato dopo l'adesione della Romania all'Unione. Secondo il Tribunale, infatti, il lodo si sarebbe limitato ad accertare le violazioni commesse dalla Romania in epoca antecedente l'adesione, momento al quale andrebbe riferito anche il sorgere del diritto al risarcimento. Cfr. sent. 18 giugno 2019, cause riunite T-624/15, T-694/15 e T-704/15, *European Food e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:423.

<sup>9</sup> Sent. 27 luglio 2018, *Micula and Ors v Romania* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 1801.

<sup>10</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania* [2020] UKSC 5, punto 56.

<sup>11</sup> Con l'unica eccezione, prevista dall'art. 55 della Convenzione ICSID, in cui il giudice nazionale è tenuto a riconoscere l'immunità dalla giurisdizione esecutiva dello Stato i cui beni siano oggetto del procedimento di esecuzione. Cfr. Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 68.

obblighi contestualmente derivanti per il Regno Unito dalla Convenzione IC-SID e dal diritto dell'Unione europea.

Per queste ragioni, la Corte ha ritenuto di dover spostare il baricentro della propria decisione sui motivi di appello riguardanti l'art. 351 TFUE, vale a dire la clausola di subordinazione attraverso la quale l'ordinamento dell'Unione garantisce protezione agli obblighi internazionali degli Stati membri assunti prima della loro adesione all'Unione europea.

La giurisprudenza costante della CGUE sull'ambito di applicazione dell'art. 351 TFUE ha sempre ritenuto che, quando il rapporto giuridico sottostante il contrasto normativo tra i due ordinamenti si realizza intra-UE, non vi sia possibilità per gli Stati membri di disattendere gli obblighi di diritto dell'Unione per adempiere obblighi internazionali assunti prima dell'adesione. In altre parole, la clausola di cui all'art. 351 TFUE potrebbe essere invocata dagli Stati membri dell'Unione al solo fine di adempiere obblighi internazionali a favore di terzi Stati, cioè di Stati non appartenenti all'Unione europea.

La pronuncia della Corte si presenta, sotto questo profilo, particolarmente innovativa e le argomentazioni da essa impiegate per affermare la prevalenza degli obblighi internazionali su quelli derivanti dal principio di leale cooperazione costituiscono l'oggetto principale della presente analisi. La Corte, infatti, ha ritenuto che la protezione offerta dall'art. 351 TFUE agli accordi internazionali vincolanti lo Stato membro debba trovare applicazione anche quando lo Stato si trovi ad adempiere obblighi di natura collettiva (o *erga omnes partes*), il rispetto dei quali non è interesse specifico di uno o più Stati contraenti, ma di tutti gli Stati parte di un trattato multilaterale. Secondo la Corte, pur avendo la controversia originaria una dimensione interamente intra-UE (investitore svedese, da un lato, e Romania, dall'altro), il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi ICSID costituirebbe un obbligo di natura collettiva, sicché il suo adempimento sarebbe garantito comunque dall'art. 351 TFUE, a scapito di altri obblighi di matrice UE.

### 3. L'art. 351 TFUE e la sua inapplicabilità ai rapporti intra-UE

Le questioni riguardanti il rapporto tra obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e obblighi internazionali assunti dagli Stati membri prima della loro adesione (o comunque prima del 1° gennaio 1958) hanno trovato ampio spazio nel dibattito dottrinale e nella giurisprudenza della CGUE<sup>12</sup>. Tali

<sup>12</sup> Sull'art. 351 TFUE la letteratura è assai vasta. Si veda, tra gli altri, A. GIARDINA, *Comunità europee e Stati terzi*, Napoli, 1964; K.M. MEESSEN, *The Application of Rules of Public International Law within Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1976, 485 ss.; P. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, 781 ss.; J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009; G. GAJA, *Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307*

obblighi internazionali (che per brevità chiameremo “precedenti”), dal punto di vista dell’ordinamento dell’Unione, divengono rilevanti soltanto in quanto potenzialmente confliggenti con le norme del diritto UE. Fin dalle prime versioni dei trattati istitutivi si era reso necessario prevedere una regola di conflitto atta a regolare queste ipotesi. L’art. 351, par. 1 TFUE incorpora in effetti una clausola di subordinazione<sup>13</sup>, prevedendo che «[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1o gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall’altra». La *ratio* sottostante dovrebbe rinvenirsi nella necessità di tutelare la posizione degli Stati terzi rispetto all’esecuzione di obblighi internazionali da parte degli Stati membri dell’Unione<sup>14</sup>, sebbene nel tempo la clausola abbia assunto anche un’importante funzione di garanzia dell’integrità dell’*acquis communautaire*<sup>15</sup>. Poiché l’art. 351 TFUE si configura in sostanza quale deroga al principio del primato<sup>16</sup>, i presupposti di applicabilità della clausola sono stati oggetto di un articolato e non sempre coerente sviluppo giurisprudenziale.

Un primo aspetto problematico riguarda l’accezione di conflitto impiegata ai fini di riconoscere operatività alla clausola. Secondo la Corte di giustizia, il conflitto tra diritto UE e obblighi internazionali precedenti deve essere attuale e concreto, dovendosi invece escludere l’applicazione dell’art. 351 TFUE ad accordi internazionali che configurino l’adozione di misure incompatibili con il diritto UE come una mera facoltà e non come obbligo<sup>17</sup>.

*of the EC Treaty?*, in M. CREMONA, F. FRANCONI, S. POLI (a cura di), *Challenging the EU Counter-Terrorism Measures through the Courts*, in *Academy of European Law*, EUI Working Paper AEL 2009/10, 2009, 7 ss.; M. FORTEAU, *La place des conventions internationales dans l’ordre juridique de l’Union européenne*, in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (a cura di), *Union européenne et droit international. En l’honneur de Patrick Daillier*, Parigi 2013, 587 ss.; L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, 307 ss.

<sup>13</sup> Possibilità espressamente riconosciuta anche dall’art. 30, par. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: «[q]uando un trattato precisa di essere subordinato ad un trattato anteriore o posteriore o non debba essere considerato come incompatibile con quest’altro trattato, prevalgono le disposizioni contenute in quest’ultimo».

<sup>14</sup> Cfr. E.-U. PETERSMANN, ‘Article 234’, in H. VON DER GROEBEN, J. THIESING, C.-D. EHLERMANN (a cura di), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden Baden, 1991, 5728; K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *The European Union as an Actor under International Law*, in *Yearbook of European Law*, 1999/2000, 114.

<sup>15</sup> P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Oxford, 2015, 322.

<sup>16</sup> R. SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, Cambridge, 2012, 138. Ciò è confermato anche dal fatto che l’art. 351 TFUE consente l’adempimento di obblighi internazionali confliggenti anche con il diritto primario dell’Unione europea. Cfr. sent. 4 luglio 2000, causa C-62/98, *Commissione c. Portogallo*, ECLI:EU:C:2000:358.

<sup>17</sup> Cfr. Sent. 28 marzo 1995, causa C-324/95, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Evans Medical Ltd and Macfarlane Smith*, ECLI:EU:C:1995:84, punto 32; sent. 14 gennaio 1997,

L'elemento che in questa sede maggiormente rileva, però, riguarda le categorie di rapporti giuridici tutelati dalla clausola. La giurisprudenza della Corte ha ripetutamente confermato la prevalenza dei trattati sugli accordi conclusi tra Stati membri (c.d. accordi *inter se*)<sup>18</sup>, ma ha altresì negato che gli accordi precedentemente conclusi con Stati terzi possano essere invocati dagli Stati membri per far valere un proprio diritto. Fin dalla pronuncia sul caso *Commissione c. Italia*, la Corte ha infatti affermato che «in omaggio ai principi di diritto internazionale, uno Stato il quale assuma un nuovo obbligo contrario ai diritti riconosciutigli da un Trattato anteriore, rinuncia per ciò stesso a valersi di tali diritti nei limiti necessari a dare esecuzione al nuovo obbligo»<sup>19</sup>. Si tratta del primo caso in cui la CGUE ha delimitato l'ambito di applicazione dell'art. 351 TFUE, ritenendo che la clausola possa essere invocata da uno Stato membro soltanto nei casi in cui si renda necessario tutelare i diritti di uno Stato terzo scaturenti dal trattato precedente. Anche rispetto ad accordi multilaterali precedenti, gli Stati membri non potrebbero invocare l'art. 351 TFUE quando il rapporto o la controversia sottostanti siano esclusivamente intracomunitari. Si tratta, come è evidente, di una interpretazione volta a tutelare l'autonomia e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione<sup>20</sup>, il quale non può subire deroghe in forza di accordi precedentemente conclusi dagli Stati membri quando non siano in gioco i diritti di Stati terzi<sup>21</sup>.

L'esclusione dei rapporti giuridici intra-UE dall'ambito di applicazione dell'art. 351 TFUE è confermata dunque per tutti gli accordi internazionali precedenti, siano essi bilaterali o multilaterali. In relazione a questi ultimi, tuttavia, si è posto a più riprese il problema di comprendere se tale impostazione

causa C-124/95, *The Queen v. HM Treasury and Bank of England ex parte Centro-com S.r.l.*, ECLI:EU:C:1997:8, punto 61. Su quest'ultima pronuncia, riguardante l'attuazione da parte degli Stati membri di misure sanzionatorie adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, si veda R. PAVONI, *UN Sanctions in EU and National Law: The Centro-com Case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 582 ss.

<sup>18</sup> Cfr., ex multis, sent. 27 settembre 1988, causa C-235/87, *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, ECLI:EU:C:1988:460, punto 14. Sulle conseguenze derivanti dalla prevalenza dei Trattati in questo contesto la giurisprudenza non è uniforme. V. J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, 123-124. La Corte ha in certi casi stabilito che l'art. 351 TFUE «non autorizza» gli Stati membri a far valere convenzioni precedenti nei rapporti comunitari. Cfr. sent. 7 luglio 2005, causa C-147/03, *Commissione c. Austria*, ECLI:EU:C:2005:427, punto 73.

<sup>19</sup> Sent. 27 febbraio 1962, causa C-10/61, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1962:2, punti 20-21.

<sup>20</sup> Si noti che proprio il principio di autonomia si atteggia diversamente a seconda della fonte degli obblighi internazionali, producendo effetti maggiormente significativi quando tali obblighi scaturiscano da accordi conclusi dagli Stati membri e non dall'Unione europea. Sul punto cfr. A. CIAMPI, *EU's International Treaties*, cit., 8.

<sup>21</sup> In evidente ossequio anche al principio di irrilevanza dei trattati per i terzi di cui all'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Cfr. sul punto M. FORTHEAU, *La place des conventions internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (a cura di), *Union européenne et droit international – En l'honneur de Patrick Daillier*, Parigi, 2013, 597.

debba valere anche quando l'accordo multilaterale contempra obblighi di natura c.d. collettiva o *erga omnes partes*.

#### 4. Trattati multilaterali e obblighi *erga omnes partes*

Come anticipato, anche nel contesto di accordi internazionali multilaterali l'applicazione dell'art. 351 TFUE sarebbe consentita soltanto quando a uno Stato membro sia richiesto l'adempimento di un obbligo a favore di uno Stato terzo che sia parte del trattato multilaterale. Viceversa, il diritto UE dovrebbe prevalere nei rapporti tra Stati membri, impendendo l'eventuale esecuzione di obblighi multilaterali confliggenti, quando tale esecuzione vada a beneficio di un altro Stato membro. Una simile costruzione, tuttavia, può considerarsi valida nel caso in cui gli obblighi derivanti da un trattato multilaterale possano essere ricostruiti in chiave sinallagmatica o di reciprocità<sup>22</sup>.

Con sempre maggior frequenza, tuttavia, la prassi e la giurisprudenza internazionale hanno riconosciuto l'esistenza di obblighi convenzionali di natura collettiva o *erga omnes partes*, vale a dire obblighi caratterizzati dall'assenza di reciprocità<sup>23</sup> e il cui adempimento è simultaneamente dovuto nei confronti di tutti gli Stati contraenti il trattato multilaterale, collettivamente considerati<sup>24</sup>. Si tratta, in sostanza, di obblighi non suscettibili di essere scorporati in rapporti bilaterali, poiché tutte le parti del trattato hanno un interesse diretto e attuale al loro corretto adempimento da parte di tutti gli altri contraenti<sup>25</sup>. La categoria degli obblighi collettivi troverebbe una conferma già nella giurisprudenza più risalente, almeno a partire dal parere reso nel 1951 dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) sulle Riserve alla Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, trattato rispetto al quale la Corte riconobbe che i «contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest»<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Si tratta delle ipotesi in cui il trattato multilaterale si presenta «as a bundle of bilateral rights and obligations», secondo la definizione proposta da B. SIMMA, *Bilateralism and Community Interest in the Law of state Responsibility*, in Y. DINSTEIN, M. TABORY (a cura di), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honor of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/Londra, 1989, 821-822.

<sup>23</sup> M.I. PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia e tutela di valori collettivi nella sentenza sul caso "Belgio c. Senegal"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 82-83.

<sup>24</sup> P. PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 21.

<sup>25</sup> Giova fin da ora premettere che il tema che in questa sede rileva è interamente circoscritto al diritto internazionale convenzionale. Esulano quindi dalla presente analisi i profili, pure estremamente rilevanti, del rapporto tra diritto dell'Unione europea e norme internazionali generali. La letteratura sul tema è vasta: v., *ex multis*, M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 2000; C.J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, 2009; P. PICONE, *Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2012, 957 ss.; ID., *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, 2017.

<sup>26</sup> Corte internazionale di giustizia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, parere consultivo del 28 maggio 1951, 23.

L'identificazione di obblighi *erga omnes partes* è funzionale a definire il funzionamento di talune regole in materia di diritto dei trattati e di responsabilità internazionale<sup>27</sup>. In linea generale, infatti, può affermarsi che la natura collettiva di un obbligo convenzionale incide sia sul piano della validità ed efficacia dei trattati sia su quello delle conseguenze derivanti dalla loro violazione (specialmente in termini di legittimazione ad invocare la responsabilità internazionale, riconosciuta anche agli Stati non direttamente lesi dalla condotta antigiusridica).

La categoria degli obblighi *erga omnes partes* ha infatti trovato parziale riconoscimento nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, innanzitutto per quanto attiene alla sospensione totale o parziale del trattato multilaterale nel caso di violazione di un obbligo collettivo<sup>28</sup>. Innanzitutto, nell'art. 60, par. 2, lett. c) della Convenzione di Vienna, il quale consente a qualsiasi Stato contraente di sospendere in tutto o in parte il trattato nei confronti di tutte le altre parti contraenti «se detto trattato è di natura tale che una violazione sostanziale delle disposizioni compiuta da una parte modifichi radicalmente la situazione di ciascuna delle parti relativamente al successivo adempimento dei propri obblighi in base al trattato». Al tempo stesso, l'art. 60, par. 5 della Convenzione esclude la possibilità di sospensione *erga omnes* per le disposizioni «riguardanti la protezione della persona umana che sono contenute nei trattati di carattere umanitario»<sup>29</sup>. Infine, gli obblighi di natura collettiva contenuti in un trattato

<sup>27</sup> Ciò che ricollega la presente questione al più risalente dibattito sulle differenze tra i trattati contrattati e i trattati normativi. Sul punto v. ampiamente D. RUSSO, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012, 281 ss.

<sup>28</sup> P.M. DUPUY, *General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, 1059.

<sup>29</sup> La distinzione operata tra queste categorie di trattati riprende la classificazione proposta dal relatore speciale Fitzmaurice durante i lavori di codificazione sul diritto dei trattati. Si tratterebbe di due sotto-categorie di obblighi collettivi: i primi, definiti interdipendenti, sarebbero obblighi per i quali «performance by any party is necessarily dependent on an equal or corresponding performance by all other parties», la cui violazione consentirebbe una sospensione *erga omnes partes* invocabile da qualsiasi Stato contraente; alla seconda categoria, quella degli obblighi definiti integrali, dovrebbero invece ricondursi tutti quegli obblighi «self-existent, absolute and inherent for each party», non soggetti ad applicazione differenziata e per i quali sarebbe preclusa ogni forma di sospensione o estinzione. Cfr. Second Report on the Law of Treaties by Gerald Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/107, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, Vol. II, 54, nonché Third Report on the Law of Treaties by Gerald Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/115, *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, Vol. II, 27-28. Per una più ampia disamina sugli obblighi collettivi durante i lavori di codificazione del diritto dei trattati v. J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *European Journal of International Law*, 2003, 911 ss. Sull'identificazione di obblighi *erga omnes partes* nel diritto internazionale umanitario v. M. LONGO-BARDO, *The Contribution of International Humanitarian Law to the Development of the Law of International Responsibility Regarding Obligations Erga Omnes and Erga Omnes Partes*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2018, 383 ss.

multilaterale non sarebbero suscettibili di successiva modificazione tramite accordo concluso tra alcuni soltanto degli Stati contraenti<sup>30</sup>.

Anche le norme in materia di responsabilità internazionale contengono riferimenti alla categoria degli obblighi collettivi e alle conseguenze derivanti dalla loro violazione. Innanzitutto, l'art. 42, lett. (b)(i) del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale disciplina l'ipotesi della violazione di obblighi collettivi che ledano "specialmente" uno Stato contraente, anche nei casi in cui l'obbligo violato non possa ritenersi dovuto a quel singolo Stato «individualmente»<sup>31</sup>. L'art. 42, lett. (b)(ii) prende altresì in considerazione l'ipotesi in cui la violazione di un obbligo collettivo sia «tale da modificare radicalmente la posizione di tutti gli altri Stati nei confronti dei quali l'obbligo sussiste rispetto al successivo adempimento dell'obbligo», sì che ogni Stato contraente potrà considerarsi leso dalla condotta illecita<sup>32</sup>. Infine, l'art. 48, par. 1, lett. a) del Progetto dispone che ogni Stato diverso da quello leso è titolato a invocare la responsabilità di un altro Stato quando la violazione riguardi un obbligo che «sussiste nei confronti di un gruppo di Stati comprendente quello Stato, ed è stabilito per la tutela di un interesse collettivo del gruppo».

Va ricordato che anche la giurisprudenza internazionale ha confermato che la violazione di un obbligo *erga omnes partes* dà titolo a qualsiasi Stato contraente ad agire in giudizio nei confronti dello Stato responsabile per la tutela dell'interesse collettivo. Nella sentenza *Belgio c. Senegal*, la CIG ha riconosciuto al Belgio la legittimazione ad invocare la responsabilità del Senegal derivante dalla violazione della Convenzione contro la tortura, pur in assenza di una specifica lesione subita dallo Stato attore<sup>33</sup>. Ancora di recente, la Corte è tornata a esprimersi sulla Convenzione sul crimine di genocidio, nell'ambito di un procedimento per misure cautelari richieste dal Gambia nei confronti del Myanmar. La Corte, nel confermare lo *jus standi* del Gambia, ha rilevato che «any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to

<sup>30</sup> Cfr. l'art. 41, par. 1, lett. b) della Convenzione di Vienna: «Due o più parti di un trattato multilaterale possono concludere un accordo avente lo scopo di modificare il trattato soltanto nei loro reciproci rapporti [...] se la modifica in questione non è vietata dal trattato, a condizione che essa: i) non pregiudichi in alcun modo per le altre parti il godimento dei diritti derivanti dal trattato né l'adempimento dei loro obblighi; e ii) non verta su di una disposizione dalla quale non si possa derogare senza che vi sia una incompatibilità con effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato».

<sup>31</sup> *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, 119.

<sup>32</sup> *Ibid.* Cfr. sul punto L.-A. SICILIANOS, *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, 1134 ss.

<sup>33</sup> Sent. 20 luglio 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, par. 69 ss.

ascertaining the alleged failure to comply with obligations *erga omnes partes*, and to bring that failure to an end»<sup>34</sup>.

### 5. Obblighi *erga omnes partes* e art. 351 TFUE

Dalle considerazioni finora svolte, emerge con chiarezza quali possano essere le difficoltà insite nel ricostruire gli effetti dell'art. 351 TFUE secondo uno schema basato sulla sinallagmaticità dei rapporti intercorrenti tra le parti di un trattato multilaterale. Se si considerano le peculiarità che il diritto internazionale ricollega alla natura *erga omnes partes* di certi obblighi convenzionali, dovrebbe concludersi che in questi casi la clausola di subordinazione debba trovare applicazione. Non sarebbe, infatti, esigibile dall'Unione un comportamento di un proprio Stato membro che, pur se direttamente riferibile ad un altro Stato membro, sia suscettibile di pregiudicare l'interesse di Stati terzi al rispetto di un trattato precedente che contempra obblighi di natura collettiva.

La Corte di giustizia ha avuto occasione di intervenire sulla questione con diverse pronunce, nelle quali è dato rinvenire un tentativo di armonizzazione tra le necessità dell'ordinamento europeo e le garanzie apprestate dall'ordinamento internazionale nel caso di obblighi convenzionali collettivi.

Un primo esempio è offerto dal caso *Henn and Darby*, relativo al rapporto tra la libertà fondamentale di circolazione delle merci e la Convenzione di Ginevra del 1923 sulla repressione della circolazione e del traffico di materiale osceno<sup>35</sup>. Qualche anno dopo, la questione è stata riproposta nel caso *British Communications*, relativo alla compatibilità dell'accordo istitutivo dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni con le norme comunitarie in materia di concorrenza (nello specifico, con l'allora art. 83 del TCE)<sup>36</sup>.

In entrambi i casi, la Corte ha però evitato di affrontare direttamente la questione, fondando invece la decisione di inapplicabilità della clausola di cui all'art. 351 TFUE sulla mancanza di una concreta incompatibilità tra il regime convenzionale e quello comunitario. In questo senso, il caso *Henn and Darby* risulta di particolare interesse, proprio per la motivazione impiegata dalla Corte. La controversia aveva ad oggetto la legittimità di una misura adottata dal Regno Unito, restrittiva dell'importazione di materiale pornografico, che lo Stato giustificava alla luce della normativa contenuta nella Convenzione del 1923 e nella Convenzione Postale Universale di Losanna<sup>37</sup>. Secondo la Corte, però, la misura restrittiva non si poneva necessariamente in contrasto con gli

<sup>34</sup> Ord. 23 gennaio 2020, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, par. 41.

<sup>35</sup> Sent. 14 dicembre 1979, causa C-34/79, *Henn and Darby*, ECLI:EU:C:1979:295.

<sup>36</sup> Sent. 20 marzo 1985, causa C-41/83, *British Telecommunications*, ECLI:EU:C:1985:120.

<sup>37</sup> Rinnovata a Losanna nel 1974 e per questo ritenuta inapplicabile al caso di specie, poiché formalmente successiva all'adesione.

obblighi derivanti dal diritto comunitario, potendo essa essere giustificata sulla base dell'eccezione di moralità pubblica, espressamente contemplata dai Trattati. In questo modo, la Corte ha evitato di pronunciarsi sulla natura degli obblighi contenuti nelle convenzioni internazionali invocate dal Regno Unito a giustificazione della restrizione<sup>38</sup>. Questione che è stata, invece, affrontata dall'Avvocato generale, il quale ammetteva la possibilità che la Convenzione di Ginevra del 1923 prevedesse obblighi non strettamente sinallagmatici, bensì un sistema di diritti e obblighi interdipendenti ed inscindibili, nel quale, al di là dei singoli rapporti tra le parti, tutti gli Stati della Convenzione avevano il diritto di pretendere l'esatta esecuzione del trattato e la non frustrazione del suo oggetto<sup>39</sup>. In questo caso, quindi, secondo l'opinione dell'Avvocato generale, uno Stato membro dell'Unione potrebbe invocare la clausola dell'art. 351 TFUE anche nell'ambito dei rapporti con un altro Stato membro, purché l'obbligo convenzionale invocato presenti quei caratteri di indivisibilità e interdipendenza tipici degli obblighi *erga omnes partes*.

In realtà, tale interpretazione è stata rigettata dalla Corte nel successivo caso *Conegate*, che aveva peraltro ad oggetto le medesime convenzioni invocate nel caso *Henn and Darby*. La Corte, infatti, ha in quell'occasione ribadito che non vi è alcuno spazio per invocare la clausola di subordinazione, e dunque per dare prevalenza a regimi convenzionali anteriori, nell'ambito di rapporti tra Stati membri<sup>40</sup>, così, almeno implicitamente, confermando l'irrilevanza della natura degli obblighi convenzionali in siffatte ipotesi.

Di qualche anno successiva è la sentenza sul caso *Evans Medicals*, nel quale la Corte era chiamata a valutare la compatibilità tra gli articoli 30 e 36 del TCE con la normativa prevista dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul traffico di stupefacenti del 30 marzo 1961, invocata da una delle parti del procedimento nazionale in forza dell'allora art. 234 TCE. Poiché la controversia aveva ad oggetto l'importazione di sostanze stupefacenti dall'Olanda al Regno Unito, e dunque interessava unicamente due Stati membri, e poiché il regime previsto

<sup>38</sup> Secondo R. MASTROIANNI, *Art. 351 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2013, 2545, la decisione della Corte nel caso *Henn and Darby* avrebbe confermato «che uno Stato membro, che sia anche parte di uno di questi accordi [accordi che prevedono obblighi *erga omnes partes*], può certamente invocare, nell'ambito delle sue relazioni con altri Stati membri, l'applicazione dell'art. 351 TFUE onde ottemperare agli obblighi multilaterali di carattere obiettivo su di esso incombenti».

<sup>39</sup> Cfr. C-34/79, *Henn and Darby*, Conclusioni dell'Avvocato generale Warner, presentate il 25 ottobre 1979, ECLI:EU:C:1979:246, 3833: «Secondo l'altra interpretazione, la Convenzione crea obblighi multilaterali tra tutte le parti contraenti di guisa che gli Stati che sono parte della Convenzione ma che non sono membri della Comunità possono esigere che la Convenzione venga rispettata anche nell'ambito delle importazioni e delle esportazioni tra Stati membri, dato che, come la Commissione ha sostenuto in udienza, un commercio fiorente di materiale osceno nell'ambito della Comunità potrebbe frustrare gli sforzi degli Stati membri intesi a reprimere il traffico di detto materiale».

<sup>40</sup> Sent. 11 marzo 1986, causa C-121/85, *Conegate Ltd.*, ECLI:EU:C:1986:114, punto 25.

dalla Convenzione delle Nazioni Unite si caratterizzava per la presenza di obblighi evidentemente collettivi, una parte della dottrina ha ritenuto che la decisione della Corte riconosca implicitamente la possibilità di invocare l'art. 351 TFUE con riferimento a regimi convenzionali obiettivi, anche quando la fattispecie concreta coinvolga i rapporti tra due Stati membri.<sup>41</sup> Questa era anche la posizione dell'Avvocato generale Lenz, che aveva rilevato, in sede di conclusioni, che tutti gli Stati parte della Convenzione avessero certamente diritto di pretendere il rispetto degli obblighi convenzionali da parte degli altri Stati, a prescindere dal territorio in cui la fattispecie concreta si fosse realizzata<sup>42</sup>.

Per la verità, la portata della pronuncia andrebbe forse ridimensionata alla luce di una duplice considerazione: innanzitutto, perché la Corte evita di pronunciarsi sulla natura degli obblighi internazionali invocati, sebbene la questione fosse stata oggetto di attenta analisi da parte dell'Avvocato generale; in secondo luogo, perché essa risolve la questione non già facendo applicazione dell'art. 351 TFUE, bensì richiamando la precedente giurisprudenza sulla non invocabilità della clausola quando il regime convenzionale precedente non obblighi uno Stato membro ad adottare un comportamento o una misura contraria al diritto dell'Unione<sup>43</sup>. In altre parole, la Corte ha preferito eludere la questione, ritenendo che la clausola di subordinazione non applicabile per insussistenza di un conflitto concreto tra normativa comunitaria e obblighi convenzionali.

In generale, può osservarsi come la Corte abbia preferito non prendere una posizione definita sulla questione dei regimi convenzionali che prevedano obblighi *erga omnes partes* vincolanti per gli Stati membri dell'Unione.<sup>44</sup> La scelta di preferire altre soluzioni, dando precedenza al criterio della necessaria sussistenza di un conflitto concreto ed attuale tra norme dell'Unione e norme convenzionali può forse giustificarsi per la natura stessa del requisito che, così come interpretato dalla Corte, costituisce presupposto indefettibile per l'applicabilità dell'art. 351 TFUE. Non possono, però, non rilevarsi le difficoltà insite in un approccio di questo tipo, e derivanti principalmente dal fatto che la

<sup>41</sup> In questo senso cfr. R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997, 219-220. Secondo l'Autore «sembra si possa ricavare dalla giurisprudenza della Corte la conclusione per cui, al fine di chiarire la portata dell'art. 234, una particolare attenzione deve essere riservata all'oggetto e alle finalità delle convenzioni internazionali concluse precedentemente all'entrata in vigore del Trattato C.E.».

<sup>42</sup> Cfr. causa C-324/93, *Evans Medical*, Conclusioni dell'Avvocato generale Lenz, presentate il 4 ottobre 1994, ECLI:EU:C:1994:357, punti 31-33.

<sup>43</sup> In particolare la già citata sentenza nel caso *Centro-com*.

<sup>44</sup> Secondo SANDRINI, *Lo status degli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri dell'Unione europea, tra giurisprudenza recente e nuove soluzioni normative*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, 824, l'omissione si riscontrerebbe da ultimo anche in CGUE, causa C-301-08, *Bogiatzi*, sentenza del 22 ottobre 2009, ECLI:EU:C:2009:649, relativa al rapporto tra il Regolamento n. 2027/1997 e la Convenzione di Varsavia in materia di trasporto aereo internazionale.

decisione sull'eventuale compatibilità tra obblighi dell'Unione e obblighi internazionali convenzionali potrebbe non essere condivisa dagli Stati terzi parte del regime convenzionale rilevante, i quali ben potrebbero continuare a pretendere, da parte degli Stati membri dell'UE, l'esecuzione dell'accordo precedentemente stipulato.

In conclusione, anche se la giurisprudenza della Corte non fornisce indicazioni univoche al riguardo, non può negarsi la possibilità che la regola generale stabilita dalla Corte, secondo la quale l'art. 351 TFUE sarebbe inapplicabile ai rapporti intra-UE, possa trovare un'eccezione nelle ipotesi in cui l'accordo multilaterale precedente sia costitutivo di obblighi indivisibili e collettivi.

## 6. La portata dell'art. 351 TFUE secondo la Corte Suprema del Regno Unito

La definizione del perimetro applicativo dell'art. 351 TFUE rispetto a obblighi collettivi contenuti in un accordo precedente è stata espressamente sollevata dalla Romania di fronte alla Corte Suprema del Regno Unito nella sentenza in commento.

Secondo le argomentazioni avanzate dal Governo romeno, l'applicabilità dell'art. 351 TFUE sarebbe soggetta a una duplice verifica: *in primis*, sarebbe necessario identificare la norma internazionale in conflitto con l'obbligo di matrice UE e interpretarne il contenuto, al fine di determinare l'attualità e la concretezza del conflitto; successivamente, si imporrebbe una verifica sulla dimensione soggettiva della controversia sulla fattispecie concreta, la quale, pur potendo coinvolgere, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, obblighi dovuti a tutte le parti contraenti di un accordo precedente, non dovrebbe riguardare esclusivamente rapporti intra-UE<sup>45</sup>. In altri termini, secondo questa impostazione, a venire in rilievo non sarebbe tanto la definizione in astratto della natura collettiva dell'obbligo convenzionale, quanto la valutazione in concreto della dimensione intra-UE della controversia. Dunque, anche in caso di un conflitto tra un obbligo internazionale *erga omnes partes* e norme di diritto dell'Unione europea, il comportamento in concreto richiesto allo Stato membro dovrebbe sempre realizzarsi a fronte di una pretesa riferibile a uno Stato terzo.

Tale ricostruzione si fonderebbe altresì su considerazioni di carattere sistematico quanto all'ambito di applicazione dell'art. 351 TFUE: secondo la Romania, se si dovesse ammettere che, in presenza di un conflitto tra norme di diritto UE e obblighi collettivi di origine pattizia, questi ultimi debbano prevalere, si finirebbe per ammettere che qualunque trattato multilaterale di cui siano contraenti anche Stati extra-UE ricadrebbe nel perimetro dell'art. 351 TFUE<sup>46</sup>. A

<sup>45</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 100.

<sup>46</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 102.

sostegno di ciò, la Romania richiama il precedente della Corte di giustizia UE nel caso *RTE*, in cui i giudici di Lussemburgo avevano confermato la dimensione intra-UE di una controversia tra Regno Unito e Irlanda, rispetto ad un trattato multilaterale (la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 1971) di cui erano parte anche Stati terzi<sup>47</sup>.

La Corte suprema si limita ad osservare che un'interpretazione così restrittiva si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza della CGUE, in cui l'applicazione dell'art. 351 TFUE è sempre stata subordinata alla sussistenza di un obbligo internazionale dovuto nei confronti di uno Stato terzo, senza la necessità che la controversia assumesse in concreto una dimensione extra-UE<sup>48</sup>. Questa è sola ragione in base alla quale la Corte afferma che «if the relevant obligations under the ICSID Convention are owed to ICSID contracting States which are non-member states, article 351 TFEU will be engaged».

La risposta della Corte appare piuttosto sbrigativa ed eccessivamente fondata su una giurisprudenza della CGUE che, come abbiamo già avuto modo di osservare, non fornisce risposte tanto certe. Vi è, però, una ragione di fondo per ritenere condivisibile l'approccio seguito nella sentenza *Micula* da parte della Corte suprema sul punto. In effetti, condurre una valutazione in concreto della portata del conflitto e se questo rilevi unicamente, nell'ambito di una controversia sottoposta al giudice nazionale, nelle relazioni tra Stati membri appare inconciliabile con la struttura stessa dell'obbligo *erga omnes partes*. L'adempimento di un obbligo collettivo, infatti, è oggetto di un interesse collettivo e indivisibile che prescinde dalla dimensione concreta della controversia. La definizione stessa di questa categoria di obblighi pattizi impone di ritenere che la condotta illecita, pur se direttamente riferibile a uno o più Stati contraenti singolarmente identificabili, costituisca un pregiudizio per l'insieme delle parti del trattato. Non vi sarebbe ragione, altrimenti, per attribuire la legittimazione a invocare la responsabilità dello Stato inadempiente a tutti gli altri Stati parte (diversi da quello individualmente leso), come previsto dall'art. 48, par. 1, lett. a) del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati.

<sup>47</sup> In realtà, il passaggio della sentenza *RTE* invocato dalla Romania non appare decisivo sul punto: v. sent. 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91, *RTE c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98, punto 84: «da una giurisprudenza costante risulta che le disposizioni di una convenzione conclusa prima dell'entrata in vigore del Trattato o, a seconda dei casi, prima dell'adesione di uno Stato membro non possono essere invocate nei rapporti intracomunitari allorché, come nel caso di specie, i diritti degli Stati terzi non vengono pregiudicati».

<sup>48</sup> *Ibid.*: «While it is correct that in order for article 351 TFEU to apply relevant obligations under the prior treaty must be owed to a non-member state, that does not impose an additional requirement that the particular dispute before the court must relate to extra-EU activities or transactions». La Corte fa altresì riferimento ad alcune pronunce della CGUE (tra cui il caso *Levy* e il già menzionato caso *Henn and Darby*) in cui la rilevanza dell'art. 351 TFUE non era stata messa in discussione, sebbene la controversia riguardasse situazione puramente interne ad un singolo Stato membro.

Dunque, si può affermare che i diritti dei terzi, garantiti dall'art. 351 TFUE, siano sempre pregiudicati dalla violazione di un obbligo collettivo da parte di uno Stato membro dell'Unione, anche quando la fattispecie concreta riguardi situazioni intra-UE o, addirittura, infra-statali<sup>49</sup>.

Da ultimo, va ricordato che la ricostruzione del contenuto e della portata degli obblighi internazionali precedenti è compito esclusivo del giudice nazionale<sup>50</sup>. La Corte ha costantemente ribadito che, pur nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, non spetta ad essa accertare il contenuto degli obblighi imposti da un accordo anteriore e, conseguentemente, stabilire se tali termini possano comportare una disapplicazione a livello nazionale di norme di diritto dell'Unione<sup>51</sup>. Di conseguenza, spetterà al giudice nazionale anche verificare la natura *erga omnes partes* di obblighi convenzionali, per valutare in concreto l'operatività della clausola di subordinazione<sup>52</sup>.

## 7. L'identificazione di obblighi *erga omnes partes* nell'ambito della Convenzione ICSID: riconoscimento ed esecuzione dei lodi internazionali

Una delle questioni più rilevanti poste dalla pronuncia in esame riguarda il processo di identificazione delle norme pattizie produttive di obblighi *erga omnes partes*. La Corte Suprema non sembra aver attribuito a questo aspetto di metodo una particolare importanza, sebbene esso risulti centrale sia sul piano dell'ordinamento internazionale che, come il caso in questione dimostra, su quello dell'ordinamento dell'Unione.

Occorre premettere che l'identificazione di obblighi *erga omnes partes* non può riguardare un trattato multilaterale nella sua interezza, ma va condotta prendendo in considerazione i singoli obblighi convenzionali<sup>53</sup>. Un trattato multilaterale, infatti, ben potrebbe contemplare contestualmente obblighi di natura reciproca e obblighi collettivi<sup>54</sup>. Sarà, dunque, necessario guardare al

<sup>49</sup> Come avviene, ad esempio, nel caso di trattati sui diritti umani o di trattati multilaterali a tutela dell'ambiente. Su questi ultimi cfr. A. CARDESA-SALZMANN, *Constitutionalising Secondary Rules in Global Environmental Regimes: Non-Compliance Procedures and the Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*, in *Journal of Environmental Law*, 2012, 103 ss.

<sup>50</sup> Cfr. J. RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue générale de droit international public*, 1990, 348-354.

<sup>51</sup> V., *ex multis*, sent. 3 febbraio 1994, causa C-13/93, *Office international de l'emploi c. Minne*, ECLI:EU:C:1994:39, punto 18; causa C-124/95, *Centro-Com*, cit., punto 58; sent. 4 maggio 2010, causa C-533/08, *TNT Express Netherlands*, ECLI:EU:C:2010:243, punto 61. Per una critica a questa impostazione cfr. P. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties*, cit., 787.

<sup>52</sup> Il compito del giudice nazionale in questo contest è stato espressamente riconosciuto anche dalla Corte suprema del Regno Unito. Cfr. sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punti 98-99.

<sup>53</sup> J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Obligations*, cit., 925.

<sup>54</sup> Anche per questo motivo, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in tema di obblighi collettivi ha sollevato qualche perplessità in dottrina. La ricostruzione offerta in quella sede,

contenuto della singola disposizione e alla sua struttura, per comprendere se l'obbligo in essa contenuto sia suscettibile di una ricostruzione in termini di reciprocità o se, al contrario, esso sia dovuto simultaneamente nei confronti di tutti gli Stati contraenti<sup>55</sup>. Da questo punto di vista, la pronuncia della Corte Suprema relativa alla Convenzione ICSID adotta un approccio che può dirsi condivisibile. Secondo la Corte, infatti, ciò che rileva non è tanto l'impianto generale della Convenzione, quanto la struttura e la finalità di una singola disposizione in essa contenuta, vale a dire quella relativa al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi internazionali di cui all'art. 54. Secondo la Romania, infatti, l'obbligo di esecuzione del lodo dovuto dal Regno Unito esclusivamente nei confronti della Svezia, Stato di cittadinanza degli investitori cui era stato riconosciuto il diritto al risarcimento. La Svezia sarebbe l'unico Stato contraente la Convenzione cui si potrebbe ricondurre un "interesse diretto" all'esecuzione del lodo<sup>56</sup>.

La Corte Suprema ha rigettato queste argomentazioni sulla base di alcuni elementi da cui emergerebbe la natura *erga omnes partes* degli obblighi dettati dall'art. 54 della Convenzione ICSID<sup>57</sup>. In forza di tale disposizione «[e]ach Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State». L'art. 54 costituisce uno dei tratti distintivi della Convenzione ICSID rispetto ad altri regimi relativi alla soluzione delle controversie, i quali, nella maggior parte dei casi, non disciplinano direttamente la fase di esecuzione della pronuncia internazionale o lasciano comunque al giudice nazionale un margine di sindacabilità della pronuncia medesima<sup>58</sup>.

La Corte Suprema muove dal presupposto per cui il regime normativo della Convenzione ICSID sarebbe strutturato sulla reciproca fiducia tra i contraenti, di cui gli obblighi in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi

infatti, sembrerebbe riconoscere la natura *erga omnes partes* degli obblighi pattizi sulla base di una valutazione complessiva dell'oggetto e dello scopo perseguito dal regime convenzionale, trascurando così un esame puntuale della struttura delle singole disposizioni. Sul punto cfr. M.I. PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia*, cit., 83-84.

<sup>55</sup> Secondo la definizione adottata in G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth report on State responsibility*, UN Doc. A/CN.4/444 e Add.1-3, 12 e 25 maggio e 1° e 17 giugno 1992, par. 92.

<sup>56</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 101.

<sup>57</sup> Va ricordato che una parte della dottrina ritiene operante in questi contesti una presunzione circa la natura non collettiva degli obblighi previsti da un trattato multilaterale. Cfr. J. CRAWFORD, *Third Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/507, 10 marzo 2000, 92. Alla luce di tale presunzione si rende ancor più evidente la necessità di condurre un esame specifico delle singole disposizioni del trattato per stabilire la titolarità delle posizioni giuridiche soggettive che da esse discendono.

<sup>58</sup> Come previsto, ad esempio, dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrari stranieri, nella quale sono elencate una serie di ipotesi al ricorrere delle quali il giudice nazionale può rifiutare l'esecuzione del lodo.

costituirebbero la massima espressione<sup>59</sup>. La struttura stessa della Convenzione confermerebbe questa impostazione. In realtà, il fondamento della posizione della Corte risiede soprattutto nell'analisi degli articoli 54 e 64 della Convenzione, quest'ultimo dedicato alla risoluzione delle controversie tra i contraenti relative all'applicazione della Convenzione medesima.

Quanto all'art. 54, la Corte osserva – rifacendosi alle argomentazioni addotte dai ricorrenti – che esso dimostrerebbe l'esistenza nella convenzione di un «*network of mutual enforcement obligations*». Viene rilevato, infatti, che lo scopo della Convenzione risiede nel promuovere gli investimenti stranieri, fornendo agli investitori gli strumenti di tutela necessaria al fine di ottenere l'esecuzione di un lodo favorevole in qualunque giurisdizione degli Stati contraenti. Inoltre, se lo Stato richiesto dell'esecuzione dovesse rifiutarla, l'investitore potrebbe sempre avviare un nuovo procedimento esecutivo di fronte a un altro Stato, producendo dunque un dispendio di risorse aggiuntivo che la Convenzione mirerebbe a evitare<sup>60</sup>. La Corte non si esprime sul punto, ma sembra intendere anche questo elemento quale prova di un interesse di tutti gli Stati contraenti all'esecuzione del lodo nel primo Stato richiesto.

In sostanza, la natura collettiva dell'obbligo di esecuzione sembrerebbe fondarsi sulla sua portata soggettiva. A differenza di quanto previsto dall'art. 53, secondo il quale il lodo produce effetti vincolanti soltanto per le parti della controversia, l'art. 54 pone a carico di tutti gli Stati parte l'obbligo di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali<sup>61</sup>. Tali considerazioni non appaiono comunque decisive: il testo dell'art. 54 determina l'ambito di applicazione soggettiva dell'obbligo ivi previsto, il quale si estende a tutti gli Stati contraenti, al fine di fornire la massima tutela possibile al diritto al risarcimento riconosciuto in capo all'investitore. Nulla impedirebbe, comunque, di ricostruire il rapporto sottostante in termini di reciprocità in relazione a ogni singola richiesta di esecuzione. Del resto, né queste considerazioni, né tantomeno quelle legate allo scopo generale della Convenzione, sembrano idonee a dimostrare da sole un interesse genuinamente collettivo. L'idea che il trattato multilaterale garantisca un beneficio comune non può infatti essere equiparata all'esistenza di un

<sup>59</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 104: «The Convention scheme is one of mutual trust and confidence which depends on the participation and compliance of every Contracting State. The importance within this scheme of the effective recognition and enforcement of awards is apparent from the preamble which emphasises the requirement that 'any arbitral award be complied with'».

<sup>60</sup> *Ivi*, punto 106. La Corte non si esprime sul punto, ma sembra intendere questo elemento quale prova di un interesse di tutti gli Stati contraenti all'esecuzione del lodo nel primo Stato richiesto.

<sup>61</sup> Va ricordato che, durante il negoziato della Convenzione, questa estensione fu oggetto di ampio dibattito e l'idea di rendere il lodo eseguibile in Stati terzi rispetto alla controversia aveva incontrato numerose opposizioni. Cfr. ICSID, *History of the ICSID Convention*, Washington, 1970, vol. I, 246-248 e vol. II, 176, 426).

interesse collettivo, costituito dalla somma degli interessi dei contraenti e non riferibile esclusivamente a solo alcuni di essi<sup>62</sup>.

Più rilevante appare, invece, l'analisi condotta dalla Corte suprema sulle conseguenze che deriverebbero dall'inadempimento dell'obbligo di esecuzione rispetto alla posizione di tutti gli altri Stati contraenti. Viene richiamato a questo proposito l'art. 64 della Convenzione, ai sensi del quale «[a]ny dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute [...]». Si tratta di una clausola generale di risoluzione delle controversie tra Stati contraenti relative all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione ICSID. La clausola, consentendo a qualunque Stato parte di avviare una controversia sulla corretta esecuzione degli obblighi della Convenzione, dimostrerebbe la natura *erga omnes partes* degli obblighi in essa contenuti<sup>63</sup>. La Corte ritiene, inoltre, che ciò sarebbe confermato anche dall'art. 27 della Convenzione, il quale consente allo Stato di nazionalità dell'investitore di agire in protezione diplomatica nei confronti dello Stato che sia venuto meno agli obblighi di cui art. 53, relativi agli effetti vincolanti del lodo arbitrale.

Come è evidente, anche queste argomentazioni presentano alcune criticità. Il tenore letterale della clausola contenuta nell'art. 64 non è tale da attribuire *a priori* una legittimazione ad agire a qualunque Stato parte della Convenzione nei confronti di uno Stato che non abbia adempiuto l'obbligo di esecuzione<sup>64</sup>. Il procedimento da seguire dovrebbe anzi essere quello inverso. Una volta stabilita la natura *erga omnes partes* dell'obbligo violato, ogni Stato contraente potrà invocare la responsabilità dello Stato inadempiente anche attraverso un procedimento giudiziale fondato sull'art. 64. In altre parole, vi è un problema di preordinazione logica dei termini della questione: l'identificazione di un obbligo collettivo si fa discendere dalle conseguenze che la sua violazione produce. Al contrario, si imporrebbe prima una verifica sulla natura collettiva

<sup>62</sup> Sul punto cfr. D. RUSSO, *L'efficacia*, cit., 283-284, secondo la quale l'assenza di reciprocità non priva gli Stati del loro interesse individuale all'adempimento, ma ne rafforza la dimensione collettiva e solidale.

<sup>63</sup> Sent. 19 febbraio 2020, *Micula and others v Romania*, cit., punto 105.

<sup>64</sup> Si veda anche C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, 1125: «[n]on-compliance with Art. 54, whether on the basis of local law or not, would carry the usual consequences of State responsibility, including diplomatic protection. The State of the nationality of an investor who has prevailed in an ICSID arbitration could bring an international claim against a State that was not a party to the arbitration but whose court and authorities have failed to recognize and enforce the award in violation of Art. 54». Secondo A. GIARDINA, *L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1982, 293, lo Stato di nazionalità dell'investitore potrebbe agire di fronte alla Corte internazionale di giustizia ai sensi dell'art. 64 nei confronti dello Stato che abbia rifiutato l'esecuzione.

della norma pattizia per poi farne derivare una legittimazione ad agire di fronte al giudice internazionale in capo a tutti gli Stati contraenti.

Alternativamente, si potrebbe sostenere che la formulazione, assai generica e ampia, dell'art. 64 consenta di ritenere qualunque Stato contraente legittimato a reagire nei confronti del soggetto inadempiente<sup>65</sup>. Tuttavia, anche in questo caso, non ci troveremmo necessariamente di fronte a una conferma della natura *erga omnes partes* degli obblighi in questione. È stato osservato in dottrina che la previsione di regole particolari sulla legittimazione a invocare la responsabilità nell'ambito di un trattato multilaterale potrebbero integrare l'ipotesi di una *lex specialis*, derogatoria rispetto alle norme generali sull'invocazione della responsabilità<sup>66</sup>. La semplice presenza di tali deroghe non sarebbe sufficiente – anche alla luce di quanto osservato poc'anzi – a dimostrare la natura collettiva degli obblighi pattizi<sup>67</sup>. In altre parole, la presenza di obblighi *erga omnes partes* e l'estensione a tutti gli Stati contraenti della legittimazione a reagire possono certamente coesistere all'interno di un medesimo trattato<sup>68</sup>, ma non sono tra loro reciprocamente dipendenti<sup>69</sup>.

Più convincente appare, invece, l'argomentazione della Corte suprema fondata sull'intenzione degli Stati contraenti e ricostruita attraverso i lavori preparatori della Convenzione. Da questi emerge, in effetti, che – pur con qualche incertezza – gli Stati che avevano partecipato ai negoziati avevano prospettato la natura *erga omnes partes* degli obblighi di esecuzione dei lodi arbitrali. In diversi passaggi è data riscontro la convinzione che la violazione degli artt. 53 e 54 della Convenzione dovrebbe considerarsi lesiva non soltanto dei diritti dell'investitore o dello Stato di cittadinanza, bensì dell'intera comunità degli Stati contraenti<sup>70</sup>. L'argomento potrebbe effettivamente dirsi fondato, se si considera che, in caso di violazione dell'art. 53 relativo al rispetto del lodo arbitrale, la Convenzione attribuisce allo Stato specialmente leso la facoltà di

<sup>65</sup> Si tratterebbe in ogni caso di un'indagine da condurre alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, al fine di valutare se una tale estensione sia funzionale al perseguimento degli obiettivi generali che i contraenti si sono prefissati.

<sup>66</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 55 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, il quale ammette la possibilità – generalmente riconosciuta per tutte le norme consuetudinarie – di derogare alle norme generali sulla responsabilità attraverso norme pattizie.

<sup>67</sup> J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations*, cit., 925-926. Nello stesso senso si veda anche C. DOMINICÉ, *The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations*, in *European Journal of International Law*, 1999, 355.

<sup>68</sup> Come avviene, ad esempio, nei trattati multilaterali in materia di tutela dei diritti umani. Sul punto v. anche C. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes*, cit., 125.

<sup>69</sup> Sul punto si vedano le considerazioni di M.I. PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia*, cit., 91 ss., nonché ID., *L'actio popularis nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, 575 ss.

<sup>70</sup> ICSID, *History of the ICSID Convention*, cit., vol. II, 425.

agire in protezione diplomatica a tutela del proprio cittadino<sup>71</sup>. A *fortiori* si potrebbe, quindi, ritenere che la mancata individuazione di uno Stato individualmente leso dalla violazione dell'art. 54 rappresenti un elemento di prova della natura *erga omnes partes* dell'obbligo di esecuzione<sup>72</sup>.

## 8. Osservazioni conclusive

Come osservato in apertura, le conclusioni cui giunge la Corte suprema nel caso *Micula v. Romania* sono suscettibili di produrre conseguenze significative sul piano dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e obblighi internazionali degli Stati membri. Se è vero che per l'ordinamento del Regno Unito queste conseguenze appaiono oggi meno rilevanti, stante l'intervenuto recesso dall'Unione a gennaio 2020, è però altrettanto vero che i principi affermati nella sentenza potrebbero influenzare ed essere di ispirazione anche per altri giudici nazionali degli Stati membri. Negare l'applicabilità del diritto dell'Unione (e dunque negare gli effetti del primato) in virtù di obblighi internazionali confliggenti non è questione di poco momento, specie se si considera che l'accertamento della natura *erga omnes partes* di tali obblighi è rimessa interamente al giudice nazionale<sup>73</sup>. Naturalmente, è sempre possibile (e auspicabile) che la Corte di giustizia si esprima in termini più chiari sull'applicabilità dell'art. 351 TFUE in relazione a obblighi pattizi collettivi. Tuttavia, la portata della pronuncia inglese ci sembra debba essere ridimensionata alla luce di considerazioni che la stessa Corte suprema ha scelto deliberatamente di ignorare.

Si è detto a più riprese che l'art. 351 TFUE tutela gli interessi degli Stati terzi che siano parte di un accordo concluso con uno o più Stati membri prima dell'adesione all'UE. Ciò consente allo Stato membro di invocare gli obblighi internazionali dovuti a uno Stato terzo per derogare al diritto dell'Unione. La protezione che l'art. 351 garantisce agli accordi precedenti è, però, solo temporanea<sup>74</sup>. Infatti, l'applicazione della clausola di subordinazione fa scattare contestualmente, per lo Stato membro che la invoca, gli obblighi previsti dall'art. 351, par. 2 TFUE, ai sensi del quale «[n]ella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate». Si tratta

<sup>71</sup> Anche la disposizione dell'art. 53 è comunque considerata da parte della dottrina come produttiva di obblighi dovuti nei confronti degli altri Stati contraenti. V. C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., 1100.

<sup>72</sup> Sul punto cfr. le considerazioni di G. ZARRA, *The enforceability of arbitral awards*, cit., 911-913.

<sup>73</sup> Inoltre, non va tralasciato che, una volta accertata l'operatività dell'art. 351 TFUE, sorge in capo alle istituzioni dell'Unione il dovere di non ostacolare l'adempimento di obblighi internazionali precedenti da parte di Stati membri. Cfr. sent. 14 ottobre 1980, causa C-812/79, *Attorney General c. Burgoa*, ECLI:EU:C:1980:231, punto 9.

<sup>74</sup> A. GIARDINA, *La Corte europea ed i rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1973, 594.

di obblighi riconducibili al principio di leale cooperazione<sup>75</sup> e che la CGUE ha interpretato in maniera particolarmente stringente. Lo Stato che si sia avvalso della clausola di subordinazione dovrà quindi adoperarsi, agendo sul piano internazionale, per porre fine alle incompatibilità riscontrate<sup>76</sup>. Tale risultato potrà realizzarsi attraverso modifiche dell'accordo precedente o, se necessario, attraverso la denuncia o il recesso dal regime pattizio incompatibile<sup>77</sup>. Sebbene la Corte di giustizia abbia ribadito che tali azioni devono essere intraprese solo se conformi al diritto internazionale (ad esempio quando il recesso o la denuncia siano ammessi dall'accordo internazionale)<sup>78</sup>, non sfugge certamente come l'adempimento di questi doveri possa rivelarsi particolarmente complesso nel contesto di trattati multilaterali che coinvolgono un elevato numero di Stati, come nel caso della Convenzione ICSID<sup>79</sup>. A ciò va aggiunto che, a fronte della violazione dell'accordo internazionale e della ipotetica reazione degli altri Stati contraenti, lo Stato membro che decida di invocare l'art. 351 TFUE si troverà

<sup>75</sup> P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Oxford, 2015, 324.

<sup>76</sup> La giurisprudenza della CGUE ha confermato il dovere del giudice nazionale di tentare un'interpretazione conforme al diritto UE delle norme internazionali rilevanti ai fini dell'art. 351 TFUE. Cfr. sent. 18 novembre 2003, causa C-216/01, *Budvar*, ECLI:EU:C:2003:618, punti 168-169. Sul punto v. F. CASOLARI, *Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R.A. WESSEL (a cura di), *International Law as the Law of the European Union*, Leiden, 2012, 395 ss.

<sup>77</sup> Una soluzione potrebbe essere rappresentata dall'introduzione nella Convenzione ICSID di una clausola di disconnessione, tramite la quale escludere l'applicazione della Convenzione nei rapporti intra-UE. Trattandosi di modifica che deve essere accettata da tutti gli Stati contraenti (cfr. art. 66 della Convenzione), essa avrebbe il pregio di evitare che il rispetto del diritto UE sia considerato una violazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione. Va invece segnalato che i tentativi di dimostrare l'esistenza di una clausola di disconnessione implicita, in relazione alla partecipazione di Stati membri dell'UE a trattati multilaterali, sono stati più volte respinti dalla giurisprudenza internazionale, specialmente nell'ambito Carta europea dell'energia. Cfr. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, lodo del 21 gennaio 2014, punto 433 ss. Sulla prassi dell'UE relativa all'introduzione delle clausole di disconnessione in trattati multilaterali v. M. CREMONA, *Disconnection Clauses in EU Law and Practice*, in C. HILLION, P. KOUTRAKOS (a cura di), *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Member States in the World*, Oxford 2010, 160 ss. L'operatività della clausola di disconnessione deve comunque essere attentamente valutata nel contesto di regimi che prevedono obblighi *erga omnes partes*, poiché i mutamenti dell'ordinamento richiamato dalla clausola di disconnessione finirebbero per assumere la natura di modifiche del trattato *inter se* (in questo senso M. KOSKENNIEMI, *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 292 ss.), con i limiti previsti dall'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Sul punto v. le considerazioni di M. LICKOVÁ, *European Exceptionalis in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2008, 486.

<sup>78</sup> Sent. 4 luglio 2000, causa C-62/98, *Commissione c. Portogallo*, ECLI:EU:C:2000:358, punto 35.

<sup>79</sup> La CGUE ha peraltro escluso che possano essere eccepite difficoltà di natura diplomatica per conformarsi agli obblighi discendenti dall'art. 351, par. 2 TFUE, confermando che, nell'impossibilità di ottenere una modifica dell'accordo, lo Stato membro ha il dovere di denunciarlo. Sul punto cfr. P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2012, 433-434.

soggetto ai meccanismi di garanzia apprestati dall'ordinamento dell'Unione, inclusi i poteri della Commissione in tema di procedimento di infrazione<sup>80</sup>.

In conclusione, se l'analisi condotta dalla Corte suprema del Regno Unito quanto alla natura *erga omnes partes* di certi obblighi della Convenzione ICSID desta più di una perplessità, essa ha certamente il merito di far riemergere un dibattito a lungo ignorato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e rispetto al quale è quanto mai oggi opportuna la definizione di parametri certi di comportamento, soprattutto al fine di evitare l'adozione, da parte degli Stati membri, di soluzioni frammentate e non coordinate sul piano internazionale.

<sup>80</sup> V. sul punto R. MASTROIANNI, *Art. 351*, cit., 2549.