



HAL
open science

La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019. hal-04431601

HAL Id: hal-04431601

<https://hal.science/hal-04431601>

Submitted on 5 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Riccardo Fornasari

**LA RESPONSABILITÀ DELLO
STATO PER ATTO NORMATIVO
DERIVANTE DALLA VIOLAZIONE
DELLE LEGITTIME ASPETTATIVE
DELL'INVESTITORE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore

SOMMARIO: 1. Le mobili frontiere del danno ingiusto e la responsabilità da atto normativo. — 2. La responsabilità dello Stato per omessa o errata applicazione del diritto europeo e per incostituzionalità della legge. — 3. La disciplina del *fair and equitable treatment* in relazione alle aspettative legittime dell'investitore. — 4. La legge applicabile alle controversie tra investitore e Stato ospitante. — 5. Il giudizio sulla violazione del *fair and equitable treatment*, ovvero dell'illecito per mutamento del quadro normativo [...]. — 6. (Segue): *Fair and equitable treatment* ed illecito aquiliano. — 7. Lo *standard* del *fair and equitable treatment*: vaghezza normativa e funzione creatrice degli arbitri. — 8. La responsabilità dello Stato come strumento per determinarne le scelte politiche.

1. — L'immagine delle « mobili frontiere »⁽¹⁾ del danno ingiusto, divenuta un *tópos* per i giusprivatisti, è icona dell'universo dai labili confini, sempre in movimento, della responsabilità civile, nonché degli istituti giuridici il cui ordine dogmatico e la cui tenuta sistematica sono messi in discussione dagli sconvolgimenti che hanno coinvolto e tuttora coinvolgono gli ordinamenti giuridici nazionali.

L'espansione dell'area dell'illecito e, conseguentemente, del risarcimento del danno, è giunta sino ad erodere l'immunità dello Stato nell'esercizio del potere legislativo. La responsabilità dello Stato per atto normativo, pressoché sconosciuta negli ordinamenti nazionali⁽²⁾, si è affermata con lo sviluppo del diritto europeo ed è oggi altresì dibattuta, in particolare nel sistema italiano, in relazione ai potenziali danni causati da una legge incostituzionale.

(1) Come noto, l'espressione è di Galgano: cfr. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss. Il medesimo a. ha poi ripreso l'espressione in GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 73 ss.

(2) L'aspetto sarà approfondito in séguito. In generale cfr. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, Oxford, 2003, *passim*; LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, *passim*; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, Torino, 2013, *passim*; BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, *passim*.

Vi è altresì un ulteriore ambito, ad oggi rimasto pressoché inesplorato dai giusprivatisti, nel quale si è da tempo riconosciuta la responsabilità dello Stato per atto normativo: ci si riferisce al diritto internazionale degli investimenti e, più specificamente, alla tutela delle legittime aspettative dell'investitore.

Tale responsabilità concerne uno dei temi più controversi del settore, ossia la disciplina del *fair and equitable treatment (FET)* ⁽³⁾ e, in particolare, la protezione delle *legitimate expectations* dell'investitore. Tali aspettative possono essere generate da accordi contrattuali, da specifiche rappresentazioni, anche informali, provenienti dagli organi dello Stato che ospita l'investimento, o dal quadro normativo dello Stato: quest'ultimo tipo di aspettative e la protezione che esse ricevono sono ciò che in questa sede più interessa, poiché è tramite un atto normativo che modifica il quadro nel quale è stato effettuato l'investimento che lo Stato viola il trattato internazionale e, di conseguenza, è ritenuto responsabile. Tale aspetto del *FET*, che coinvolge direttamente la concezione e le funzioni del potere normativo degli Stati, è estremamente attuale per differenti motivi: tra questi si ricordano la recente conclusione del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* tra Unione europea e Canada (del quale è in corso il processo di ratificazione), ed i numerosi lodi arbitrali che hanno ad oggetto la violazione del *FET*, i più recenti dei quali coinvolgono differenti Stati europei, tra cui anche l'Italia ⁽⁴⁾.

L'analisi della responsabilità per violazione delle legittime aspettative dell'investitore da una prospettiva civilistica può risultare interessante per molteplici ragioni: innanzitutto, essa costituisce un'ulteriore forma di responsabilità dello Stato derivante da atto normativo, che è opportuno analizzare e confrontare con la responsabilità per violazione del diritto dell'Ue, così da evidenziare criticamente similitudini e differenze; in secondo luogo, il giudizio relativo alla correttezza del trattamento riservato dallo Stato alle aspettative dell'investitore si basa anche sul principio di buona fede e, quindi, presenta alcune similitudini con il giudizio di ingiu-

⁽³⁾ Generalmente si sostiene che l'obbligo di fornire un trattamento giusto ed equo sia un'espressione del più generale principio di buona fede. Cfr., *ex multis*, NEWCOMBE-PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 277; WESTCOTT, *Recent Practice on Fair and Equitable Treatment*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2007, p. 409 ss.

⁽⁴⁾ Ci si riferisce ai lodi *Blusun, Lecorcier, Stein v. Republic of Italy*, ICSID (ARB 14/3), *Final Award*, 27 December 2016; *Ioan Micula v. Romania*, ICSID (ARB 05/20), *Final Award*, 11 December 2013; *Electrabel SA v. Republic of Hungary*, ICSID (ARB 07/19), *Award*, 25 November 2015; *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC (V 062/2012), *Award*, 21 January 2016, tutti in *italaw.com*. Su tali lodi cfr. MOREIRO GONZALEZ, *The convergence of recent international investment awards and case law on the principle of legitimate expectations: towards common criteria regarding fair and equitable treatment?*, in *Eur. Law Rev.*, 2017, p. 402 ss.

stizia del danno ⁽⁵⁾; in terzo luogo, nelle controversie nelle quali vengono esperite azioni fondate sul diritto internazionale degli investimenti sono generalmente applicabili normative differenti, tra cui anche quella dello Stato ospitante; infine l'investimento è, generalmente, costituito da un contratto: per quanto *investment arbitration* e *commercial arbitration*, quantomeno da un punto di vista teorico, siano fondati su azioni e diritti diversi ⁽⁶⁾, occorre rimarcare che la lesione delle legittime aspettative dell'investitore è sovente inestricabilmente legata al contratto stesso ed agli eventuali inadempimenti delle parti.

Al fine di analizzare gli àmbiti in cui si è riconosciuta la responsabilità dello Stato per atto normativo, in primo luogo si esaminano criticamente gli aspetti fondamentali e la funzione della responsabilità dello Stato per violazione delle norme Ue. In secondo luogo, si analizzano gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali concernenti il *FET* e gli obblighi che esso pone in capo agli Stati, evidenziando gli elementi centrali del giudizio, la sua funzione e le modalità con cui è stato effettuato dai Collegi arbitrali. In séguito, si procede ad una disamina critica di tale valutazione, mettendo in luce similitudini e differenze rispetto al giudizio di responsabilità derivante da violazione delle norme Ue, nonché ad ulteriori tipologie di illecito proprie del diritto interno. Infine, si analizza come muti la funzione del potere legislativo e le implicazioni che ne derivano da un punto di vista politico, normativo ed economico.

2. — Nel contesto dell'Ue, la responsabilità dello Stato per atto legislativo è stata configurata in relazione al mancato rispetto degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria. Come noto, tale responsabilità è stata per la prima volta ⁽⁷⁾ espressamente riconosciuta nel caso *Franco-*

⁽⁵⁾ Così come effettuato, ad esempio, secondo le norme degli ordinamenti italiano e francese. Sulle convergenze della disciplina della responsabilità civile nei paesi con sistemi giuridici differenti cfr. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, I, Milano, 2010, pp. 48-49; circa le analogie tra la clausola del danno ingiusto e l'art. 1382 *code civil* cfr. M. BARCELONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 18-19.

⁽⁶⁾ Mentre l'*investment arbitration* concerne il rapporto tra l'investitore e lo Stato, e l'azione dell'investitore si fonda sull'asserita violazione di un trattato di investimento (di conseguenza la responsabilità dello Stato deriva dalla violazione di tale trattato), il *commercial arbitration* concerne invece il rapporto contrattuale tra le parti e le azioni da esso derivanti. Circa tale distinzione cfr. SIWY, *Contract Claims and Treaty Claims*, in *ICSID Convention after 50 Years*, a cura di Baltag, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 209 ss.; SHANY, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *Am. Jour. Internat. Law*, 2005, p. 835 ss.; *Abaclat and others v. Argentina*, ICSID (ARB/07/5), *Decision on jurisdiction and admissibility*, 4 August 2011, in *italaw.com*.

⁽⁷⁾ Sul dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario negli anni antecedenti alla decisione *Fran-*

vich⁽⁸⁾, nel quale la Corte di giustizia ha affermato che qualora uno Stato membro violi l'obbligo di cui agli artt. 5 e 189, comma 3°, del trattato, ossia quello di prendere tutti i provvedimenti necessari ad implementare il contenuto di una direttiva, lo Stato è tenuto a risarcire il danno causato. Affinché sussista la responsabilità dello Stato è inoltre necessario che: 1) il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; 2) il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; 3) vi sia un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi. La Corte Ue ha altresì asserito che, benché il diritto al risarcimento trovi la propria fonte nel diritto comunitario, spetta alle norme degli ordinamenti nazionali individuare il giudice competente e la disciplina della responsabilità dello Stato, anche in relazione al risarcimento del danno⁽⁹⁾.

vovich cfr. STEINER, *From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1993, pp. 3-6.

⁽⁸⁾ Corte giust., sent. 19 novembre 1991, *Francovich c. Gov. Italia*, C-6/90, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145, con note di BARONE e R. PARDOLESI; PONZANELLI. Il dibattito dottrinale su tale sentenza è stato amplissimo, anche a livello internazionale. Senza alcuna pretesa di completezza v. TEMPLE LANG, *New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfil Obligations under European Community Law. The Francovich Judgement*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 1992, p. 2 ss.; SCHOCKWEILER, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté Européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 27 ss.; CARANTA, *Governmental Liability after Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 1993, p. 272 ss.

⁽⁹⁾ Sulla responsabilità dello Stato derivante da mancato rispetto della normativa comunitaria cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 957 ss.; ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 365 ss.; ID., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito « costituzionale » del legislatore)*, in *Contr. e impr. Europa*, 1999, p. 101 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 852 ss.; PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 150 ss.; ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 965; LAMORGESE, *La responsabilità dello Stato tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 427 ss.; LAZARI, *Modelli e paradigmi*, cit., p. 251 ss.; ID., *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 576 ss.; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, Torino, 2013, p. 17 ss.; BIFULCO, *La responsabilità dello Stato*, cit., p. 207 ss.; JACQUÉ, *La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire en France*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 618 ss.; SENDMEYER-FERRANTE, *La responsabilità dello Stato per mancata o inesatta applicazione delle direttive: un punto di vista italo-tedesco*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 626 ss.; CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 71 ss.; DEPETRIS, *La responsabilità dello Stato*, in *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, a cura di Inzitari, Torino, 2016, p. 784 ss.

Nel caso *Brasserie du Pêcheur* ⁽¹⁰⁾ la Corte Ue ha ulteriormente precisato i requisiti affinché si possa configurare tale responsabilità, asserendo che la violazione del diritto comunitario, per comportare un obbligo risarcitorio, deve essere manifesta e grave, e che il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno ad una condotta dolosa o colposa, intesa quale elemento differente ed ulteriore rispetto alla violazione grave e manifesta. Tale requisito, che sembra sostituire l'elemento soggettivo dell'illecito (anche se la conclusione non è affatto univoca) ⁽¹¹⁾, è stato peraltro quello che ha permesso alla Corte Ue di scardinare l'automatismo tra violazione del diritto comunitario ed obbligazione risarcitoria ⁽¹²⁾, nonché il criterio maggiormente utilizzato dalle corti nazionali per escludere il diritto al risarcimento ⁽¹³⁾. Inoltre, si è precisato che la responsabilità può derivare anche dalla mancata attuazione di direttive o altri atti comunitari che siano *self-executing* e che il risarcimento deve essere comunque adeguato al danno patito dal singolo ⁽¹⁴⁾.

Nel caso *Dillenkofer* ⁽¹⁵⁾ si è affermato che la mancata adozione di un provvedimento di attuazione della normativa comunitaria entro il termine da questa prestabilito costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario e comporta il diritto al risarcimento, qualora sussistano gli ulteriori requisiti sopra menzionati. Infine, nelle sentenze

⁽¹⁰⁾ Corte giust., sent. 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Riv. dir. internaz.*, 1996, p. 469 ss.

⁽¹¹⁾ Tra i molti aa. che si sono occupati del tema, con posizioni differenti, si v.: FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 960; ALPA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitari*, in *Contr. e impr. Europa*, 1999, p. 97 ss.; DANTONEL-COR, *La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l'État*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 91 ss.; LAZARI, *Modelli e paradigmi*, cit., p. 301 ss.; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, cit., p. 38 ss.; SIMON, *La responsabilité de l'État*, cit., p. 489 ss.; BIFULCO, *La resposanbilità dello Stato*, cit., p. 207 ss.; CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario*, cit., p. 82 ss.

⁽¹²⁾ Cfr., ad esempio, Corte giust., sent. 26 marzo 1996, *The Queen v. H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications*, C-392/93, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631 ss.; Corte giust., sent. 17 ottobre 1996, *Denkavit International and others v. Bundesamt für Finanzen*, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5063 ss.

⁽¹³⁾ LOCK, *Is Private Enforcement of EU Law through State Liability a Myth? An Assessment 20 Years after Francovich*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2012, p. 1693 ss.

⁽¹⁴⁾ Segue la medesima linea delle sentenze *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur* anche la pronuncia Corte giust., sent. 1 giugno 1999, *Konle*, C-302/97, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 1076 ss.

⁽¹⁵⁾ Corte giust., sent. 8 ottobre 1996, *Dillenkofer c. Gov. Germania Federale*, C-189/94, in *Danno e resp.*, 1997, p. 822 ss., con nota di BASTIANON e CATALANO; in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 101 ss., con nota di PECCHIOLI.

Köbler ⁽¹⁶⁾ e *Traghetti* ⁽¹⁷⁾ (le cui statuizioni sono state ribadite anche in *Commissione v. Italia*) ⁽¹⁸⁾, la Corte Ue ha sancito che la responsabilità dello Stato sussiste anche qualora la mancata o scorretta attuazione del diritto comunitario sia causata dall'organo giurisdizionale di ultima istanza, come nel caso di interpretazione manifestamente errata o non conoscenza della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Sulla base dei principi stabiliti dalla Corte Ue sono state instaurate numerose controversie nazionali, nelle quali lo Stato è convenuto in giudizio in ragione del mancato rispetto della normativa comunitaria ⁽¹⁹⁾. In Italia, dottrina e giurisprudenza si sono in particolare confrontate circa la natura della responsabilità, dibattendo se questa derivi dalla violazione di un'obbligazione *ex lege* (la cui fonte è l'art. 1173 c.c. ed il cui inadem-

⁽¹⁶⁾ Corte giust., sent. 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 77 ss., su cui cfr. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte di giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, p. 135 ss. Sulla responsabilità dello Stato per errata decisione giudiziale in relazione al diritto Ue cfr. DAVIES, *State Liability for Judicial Decisions in European Union and International Law*, in *Internat. & Comp. Law Quart.*, 2012, p. 595 ss.; ANAGNOSTARAS, *Erroneous Judgments and Prospect of Damages: the Scope of the Principle of Governmental Liability for Judicial Breaches*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, pp. 744-745; SAVADOGO, *Déni de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions*, in *Jour. dr. int.*, 2016, p. 827 ss.; BEUTLER, *State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, pp. 781-782; PASQUINELLI, *La responsabilità civile per atti giurisdizionali tra diritto italiano ed esperienza europea. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 356 ss.

⁽¹⁷⁾ Corte giust., sent. 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo s.p.a. v. Repubblica Italiana*, C-173/03, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 1105 ss.

⁽¹⁸⁾ Corte giust., sent. 24 novembre 2011, *Commissione europea v. Repubblica italiana*, C-379/10, in *Giur. it.*, 2012, p. 1029 ss.; su cui cfr. le osservazioni di DI FEDERICO, *Responsabilità civile dei magistrati e diritto dell'Unione Europea*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, p. 301 ss.; un caso analogo è Corte giust., sent. 23 ottobre 2003, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, C-109/02, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12691 ss.

⁽¹⁹⁾ Ci si riferisce, in particolare, alla vicenda relativa alla mancata attuazione della dir. Cee 20 ottobre 1980, n. 987, concernente la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, nonché alla tardiva trasposizione della dir. Cee 26 gennaio 1982, n. 76, relativa alla retribuzione dei medici specializzandi, cfr. Corte giust., sent. 24 gennaio 2018, *Pantuso e a.*, C-616/16, in *curia.europa.eu*; Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147; Cass., 3 giugno 2009, n. 12814; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, tutte in *Corr. giur.*, 2009, p. 1345 ss., con nota di DI MAJO; Cass., 17 maggio 2011, n. 10813; Corte giust., sent. 19 maggio 2011, *Iaia e al. C. Min. Istruzione e Università e al.*, C-452/02, entrambe in *Corr. giur.*, 2011, p. 1411 ss., con nota di DI MAJO. Sulle due vicende cfr. anche MANFRON, *La vicenda dei medici specializzandi: il risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 121 ss.

pimento comporta un'obbligazione indennitaria per comportamento non anti-giuridico), oppure se essa sia una responsabilità da illecito aquiliano.

Mentre la dottrina maggioritaria considera tale responsabilità di natura aquiliana⁽²⁰⁾, la giurisprudenza prevalente, facendo leva su una concezione oggi minoritaria del rapporto tra ordinamento interno e comunitario, intesi come due ordinamenti separati⁽²¹⁾, ritiene che la fonte di tale responsabilità sia l'art. 1173 c.c.⁽²²⁾. Se la natura della responsabilità è controversa, è invece ormai pacifico che lo Stato, qualora non sia adempiente rispetto agli obblighi derivanti da norme Ue, sia tenuto a risarcire il danno subito dal privato in ragione di tale inadempimento⁽²³⁾.

Il riconoscimento di tale responsabilità ha portato giurisprudenza e dottrina ad interrogarsi circa l'ulteriore ipotesi di responsabilità dello Stato per i danni causati da una legge dichiarata incostituzionale⁽²⁴⁾. Mentre la giurisprudenza, nonostante sporadiche pronunce di merito favorevoli⁽²⁵⁾, non ha generalmente riconosciuto tale forma di responsabilità⁽²⁶⁾, la dottrina ha rilevato come il modello di responsabilità per atto normativo

⁽²⁰⁾ Così MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 857-858; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2015, p. 619 ss.; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, cit., p. 151 ss.; CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario*, cit., p. 97 ss.; CONTI, *La natura « non illecita » dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 28 ss.; a favore della qualificazione della responsabilità come violazione di un'obbligazione *ex lege* DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1351 ss.

⁽²¹⁾ Sul punto cfr. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063 ss., con nota di TIZZANO.

⁽²²⁾ La dottrina ha peraltro rilevato l'incoerenza del ragionamento della suprema Corte: da un lato si nega che il comportamento dello Stato sia anti-giuridico, in quanto esso è un inadempimento di un obbligo derivante da un ordinamento autonomo e distinto; dall'altro si afferma che da tale ordinamento derivano obbligazioni *ex lege*: cfr. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 620 spec. nota 221.

⁽²³⁾ La Corte di giustizia è giunta ad affermare che persino l'Ue stessa può essere responsabile per violazione del diritto comunitario, con particolare riferimento alla lesione del diritto di proprietà e della libertà di esercizio delle attività professionali, Corte giust., sent. 9 settembre 2008, *FIAMM/Fedon*, cause riunite C-120/2006 e C-121/2006, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6513 ss.

⁽²⁴⁾ Il tema non è peraltro nuovo in dottrina: cfr. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 153 ss.

⁽²⁵⁾ Ad esempio, cfr. Trib. Ancona, 20 gennaio 2012, in *Dejure*.

⁽²⁶⁾ Cass., 22 novembre 2016, n. 23730, in *Foro it.*, 2017, I, c. 174 ss.; Cons. Stato, 14 aprile 2015, n. 1862, in *Danno e resp.*, 2015, p. 662 ss. L'argomentazione principale si fonda sull'unicità dell'ordinamento interno e sulla insussistenza di un diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo, che è invece libero nei fini. Per una critica di tale sentenza cfr. MATTIONI, *Una sentenza d'altri tempi sulla responsabilità del legislatore per danni da legge incostituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1911 ss.

possa altresì applicarsi al caso di specie⁽²⁷⁾. Tale argomentazione non è tuttavia pacifica, specie in ragione della valutazione dei limiti della responsabilità civile rispetto all'esercizio del potere legislativo⁽²⁸⁾.

Si consideri infine che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto Ue, benché differente, presenta punti di contatto con la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'interesse legittimo⁽²⁹⁾. Come noto, la responsabilità della pubblica amministrazione, riconosciuta anche negli altri principali Stati membri dell'Ue⁽³⁰⁾, ha generalmente come presupposto l'illegittimità del provvedimento amministrativo⁽³¹⁾ e l'analisi si concentra sulla pretesa soggettiva rilevante⁽³²⁾, lesa dall'errato esercizio del potere amministrativo⁽³³⁾.

Tali due forme di responsabilità presentano analogie sia perché costituiscono ambiti nei quali è stato superato il principio *the King can do no*

(27) ROPPO, *Responsabilità pubblica*, cit., p. 374 ss.; ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 972; LAMORGESE, *La responsabilità dello Stato*, cit., p. 447 ss.

(28) FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 964.

(29) Come noto, riconosciuta nel nostro ordinamento con la sentenza Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata su tutte le principali riviste del settore, fra cui *Danno e resp.*, 1999, p. 965 ss., con note di CARBONE; PALMIERI e R. PARDOLESI; MONATERI; PONZANELLI; ROPPO. Per un inquadramento generale cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 1067 ss.; BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 335 ss.; ALPA, *La responsabilità civile*, cit., p. 914 ss.; ID., *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 907 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 521 ss.; GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 356 ss.; NAVARRETTA, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari e P. Rescigno e coordinato da Zoppini, IV, 3, Milano, 2009, p. 205 ss.; ID., *Forma e sostanza dell'interesse legittimo oltre la prospettiva della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 949 ss.; GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 47 ss.

(30) Tale responsabilità è stata riconosciuta anche dalla Corte Ue nel *leading case Lomas*, Corte giust., sent. 23 maggio 1996, *The Queen - Ministry of Agriculture, Fisheries and Food v. Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 323 ss. In generale, anche in una prospettiva comparata cfr. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort: a Comparative Law Study*, Oxford, 2003, *passim*; TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, 2007, p. 265 ss.; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 499 ss.

(31) Salvi i casi in cui vi è un dovere di indennizzo in caso di atto lecito dannoso, cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., pp. 1249-1255; ROPPO, *Responsabilità pubblica*, cit., pp. 365-370.

(32) La pretesa soggettiva è rilevante quando si coordina con l'interesse generale in ragione del quale la p.a. ha agito: cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 1078.

(33) FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 1079; M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi*, cit., p. 60 ss.

wrong ⁽³⁴⁾, sia perché la legislazione statale si pone rispetto alle norme sovraordinate così come il provvedimento amministrativo nei confronti della legge, ossia con un ruolo « esecutivo » ⁽³⁵⁾, il cui mancato rispetto rende lo Stato inadempiente agli obblighi internazionali nonché, qualora siano presenti anche gli ulteriori summenzionati requisiti, risarcibile il danno causato.

La configurabilità della responsabilità dello Stato in ragione dell'esercizio dell'attività normativa (o della sua omissione) costituisce uno sviluppo estremamente importante sia della funzione della responsabilità civile, sia della configurazione del rapporto fra Stato e cittadino, poiché chiama in causa la teoria dello Stato moderno, fondato sulla separazione dei poteri, e la teoria della sovranità, che trova un momento fondamentale nell'attività legislativa. Essa trae la propria ragione dalle trasformazioni del mondo politico, giuridico ed istituzionale contemporaneo, legate in particolare modo agli sviluppi del diritto internazionale e del diritto dell'Ue, nonché su una piena applicazione, anche in questo ambito, della teoria dello stato di diritto ⁽³⁶⁾.

La configurazione di una responsabilità di diritto privato in capo allo Stato istituisce un rapporto (ulteriore a quello più propriamente politico) tra privato e legislatore di aspettativa rispetto ad una norma avente un determinato contenuto. Tale responsabilità costituisce inoltre una forma di *private enforcement* del diritto comunitario poiché i privati, tramite l'azione risarcitoria, rafforzano la cogenza degli obblighi imposti allo Stato dal diritto dell'Ue ⁽³⁷⁾. Essa risulta infine rilevante anche in relazione alla funzione della responsabilità civile perché, come osservato già nei primi commenti alla sentenza *Francovich*, la Corte Ue si propone di ottenere un effetto di *deterrence* rispetto alla non attuazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 616-617.

⁽³⁵⁾ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 621-622.

⁽³⁶⁾ M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi*, cit., p. 23. Sullo stato di diritto cfr. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 1974, p. 99 ss., il quale afferma che lo stato di diritto è volto a preservare l'ordinamento del libero mercato tramite le libertà del diritto privato borghese e che gli interventi statali non autorizzati dalla legge sono carenti di quel tipo di razionalità che invece è insita e caratterizza l'interesse nel sistema capitalistico. Per una critica dello stato di diritto cfr. altresì MATTEI-NADER, *Plunder*, Oxford, 2008, *passim*.

⁽³⁷⁾ STEINER, *From Direct Effects to Francovich*, cit., p. 3 ss. Per un'analisi, anche quantitativa, della funzione di *private enforcement* della responsabilità dello Stato per mancata implementazione della normativa Ue cfr. LOCK, *Is Private Enforcement of EU Law*, cit., p. 1675 ss. Circa i dispositivi di *public* e *private enforcement* nell'Ue, specialmente nell'ambito *antitrust*, cfr. AA.VV., *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, a cura di Cortese, Alphen aan den Rijn, 2014, *passim*; WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, p. 3 ss.

⁽³⁸⁾ PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, cit., c. 151.

3. — Pressoché tutti i trattati internazionali di investimento, sia bilaterali, sia multilaterali, contengono una clausola con la quale lo Stato si impegna a garantire agli investitori dell'altro Stato contraente un trattamento giusto ed equo. Prima di evidenziare brevemente le caratteristiche di tale pattuizione, occorre specificare che la nozione di « investimento »⁽³⁹⁾ (in relazione alla quale si determina la nozione di investitore) è solitamente definita nei *BIT* (*Bilateral Investment Treaty*) e *MIT* (*Multilateral Investment Treaty*) in maniera decisamente ampia⁽⁴⁰⁾. Ad esempio, costituiscono un investimento le azioni di una società, anche avente sede legale nello Stato ospitante: l'investitore straniero è quindi tutelato contro gli atti dello Stato che, violando il *BIT*, influiscono sul valore delle partecipazioni sociali; inoltre, sono generalmente considerati investimenti le proprietà immobiliari, le licenze, le concessioni ed i diritti conferiti da un contratto, come un appalto. Ne consegue che tutte le operazioni classificate come investimenti ricevono la protezione fornita dal trattato concluso dallo Stato ospitante e dallo Stato di provenienza dell'investitore. Dal fatto che la nozione di investimento si riferisca sovente ad operazioni contrattuali deriva l'apparente duplicità della tutela nelle situazioni in questione: la protezione offerta dai *BIT* interviene e si aggiunge a quella già approntata dal diritto privato nonché, eventualmente, dal diritto amministrativo. L'effetto del trattato di investimento è quindi quello di coinvolgere un soggetto che, usualmente, è terzo rispetto al rapporto negoziale e, in ogni caso, in forza di profili di responsabilità che sono differenti da quelli contrattuali.

Il *FET*, tutelando le legittime aspettative dell'investitore, protegge i risultati che lo stesso si attende dall'esercizio della propria autonomia contrattuale, che non devono essere ostacolati dallo Stato o altri organismi o persone ad esso riferibili secondo i criteri del diritto internazionale (cfr., in particolare, artt. 4, 5 e 8 *International Law Commission*)⁽⁴¹⁾.

Lo *standard* del *FET* ed i conseguenti obblighi di condotta gravanti sullo Stato sono numerosi ed in costante evoluzione⁽⁴²⁾: ciò che in questa

⁽³⁹⁾ TANZI-CRISTIANI, *International Investment Law and Arbitration*, Padova, 2013, p. 105 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sulla nozione di investitore cfr. SCHLEMMER, *Investment, Investor, Nationality, and Shareholders*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di Muchlinski-F. Ortino-Schreuer, Oxford, 2008, p. 69 ss.; McLACHLAN QC-SHORE-WEINIGER QC, *International Investment Arbitration*, Oxford, 2017, p. 217 ss.

⁽⁴¹⁾ Tali articoli che fissano i criteri secondo cui la condotta di determinati soggetti o enti è ascrivibile allo Stato, cfr. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, Commentaries*, Cambridge, 2002, *passim*; HOBÉR, *State Responsibility and Attribution*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di Muchlinski-F. Ortino-Schreuer, Oxford, 2008, p. 550 ss.

⁽⁴²⁾ McLACHLAN QC-SHORE-WEINIGER QC, *International Investment Arbitration*, cit., p. 296 ss.; DOLZER-SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, p. 130 ss.; NEWCOMBE-PARADELL, *Law and Practice*, cit., p. 254 ss.

sede interessa è la tutela delle legittime aspettative nascenti dal quadro normativo dello Stato ospitante al momento in cui l'investimento è effettuato⁽⁴³⁾. Sul tema i Collegi arbitrali hanno adottato posizioni differenti: ad un primo filone di decisioni, estremamente favorevoli per l'investitore, si è contrapposta una seconda linea di argomentazione, attualmente prevalente, che tenta di bilanciare gli interessi in gioco.

Il primo approccio interpretativo tendeva a limitare considerevolmente la possibilità, per lo Stato ospitante, di modificare il proprio quadro normativo⁽⁴⁴⁾. Si è sostenuto che la protezione delle legittime aspettative generate dal quadro normativo (considerato al momento dell'investimento) è un elemento essenziale per il successo di un'operazione commerciale e che, di conseguenza, lo Stato è tenuto a rispettare tale bisogno di stabilità. Da ciò deriva che lo Stato non possa modificare la legislazione in maniera tale da danneggiare l'investimento, ledendo le legittime aspettative dell'investitore.

Tale tutela è, inoltre, sovente collegata al dovere di trasparenza⁽⁴⁵⁾, in base al quale lo Stato deve agire: « in modo coerente, senza alcuna ambiguità ed in maniera totalmente trasparente nelle relazioni con l'investitore, così che questi possa conoscere in anticipo tutte le regole ed i provvedimenti che governeranno i propri investimenti, così come gli obiettivi delle politiche, delle prassi amministrative o direttive rilevanti, al fine di poter pianificare il proprio investimento e rispettare tali disposizioni »⁽⁴⁶⁾.

Questa definizione, sebbene aspramente criticata⁽⁴⁷⁾, ha fornito la

⁽⁴³⁾ Infatti, come detto, le legittime aspettative tutelate dal *FET* possono nascere anche da accordi contrattuali o da specifiche rappresentazioni di soggetti il cui comportamento è imputabile allo Stato.

⁽⁴⁴⁾ Tipici esempi di questa tendenza sono i casi: *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA (UN 3467), Award, 1 July 2004, par. 183; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v. The Argentine Republic*, ICSID (ARB/01/3), Award, 22 May 2007, par. 260; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID (ARB/01/08), Award, 12 May 2005, par. 274, tutti in *italaw.com*.

⁽⁴⁵⁾ Tale *standard*, a cui normalmente i *BIT* non fanno riferimento, è stato elaborato dai Collegi arbitrali ed impone che il quadro normativo dello Stato ospitante sia chiaro ed immediatamente comprensibile, e che le decisioni concernenti l'investimento derivino in maniera logica da tale quadro. V. CAMPBELL, *House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law*, in *Jour. Internat. Arb.*, 2013, p. 363.

⁽⁴⁶⁾ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, ICSID (ARB(AF)/00/2), Award, 29 May 2003, in *italaw.com*, par. 154. La traduzione dal testo originale, come le seguenti, è stata effettuata dall'a.

⁽⁴⁷⁾ DOUGLAS, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, in *Arbitration International*, 2006, p. 28; MAYEDA, *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2007, p. 286.

base per i successivi sviluppi nella valutazione del comportamento degli Stati e permette di comprendere come le legittime aspettative dell'investitore siano strettamente legate alla chiarezza del quadro normativo ⁽⁴⁸⁾.

A questa prima corrente interpretativa se ne è in séguito contrapposta un'altra: ad esempio, nei casi *Parkerings* ⁽⁴⁹⁾, *Saluka Investments* ⁽⁵⁰⁾ e *Paushok* ⁽⁵¹⁾ i Collegi arbitrali hanno rifiutato l'idea secondo cui il quadro normativo dovrebbe essere congelato al momento dell'investimento e, quindi, rimanere immutato. Questa seconda linea argomentativa evidenzia l'importanza del potere legislativo di uno Stato sovrano, che non dovrebbe essere completamente sacrificato rispetto alle priorità di un investimento straniero. Nei lodi *Parkerings* ⁽⁵²⁾ e *Total* ⁽⁵³⁾ gli arbitri hanno affermato che un investitore, al fine di essere protetto da eventuali modifiche normative, dovrebbe fare affidamento su specifiche clausole di stabilizzazione, appositamente inserite nel contratto di investimento; si è quindi dichiarato che il dovere di fornire un trattamento giusto ed equo non può svolgere la medesima funzione di tali clausole, a meno che l'alterazione del quadro regolamentare non sia « totale » ⁽⁵⁴⁾ o « irragionevole » ⁽⁵⁵⁾. Inoltre, si è evidenziata la necessità di valutare il comportamento tenuto dall'investitore, per stabilire se le aspettative fossero legittime e realmente giustificate dagli atti e comportamenti degli Stati ospitanti, oppure se una più approfondita analisi da parte dell'investitore avrebbe permesso di comprendere la situazione e, quindi, evitato la creazione di aspettative infondate ⁽⁵⁶⁾.

Questa seconda linea di ragionamento, che è stata adottata anche nelle

⁽⁴⁸⁾ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID (ARB/02/8), Award, 17 January 2007, par. 308; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID (ARB/01/7), Award, 25 May 2004, par. 163; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, par. 90; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID (ARB/02/5), Award, 19 January 2007, par. 174; *Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID (ARB/97/7), Award, 13 November 2000, par. 83, tutti in *italaw.com*.

⁽⁴⁹⁾ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID (ARB/05/8), Award, 11 September 2007, par. 332, in *italaw.com*.

⁽⁵⁰⁾ *Saluka v. Czech Republic*, cit., par. 351.

⁽⁵¹⁾ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on jurisdiction and liability, 28 April 2011, in *italaw.com*, par. 305.

⁽⁵²⁾ *Parkerings v. Lithuania*, cit., par. 331.

⁽⁵³⁾ *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID (ARB/04/01), Decision on Liability, 27 December 2010, in *italaw.com*, parr. 117, 429.

⁽⁵⁴⁾ *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID (ARB/03/15), Award, 31 October 2011, in *italaw.com*, par. 374.

⁽⁵⁵⁾ *Impregilo S.p.a. v. Argentine Republic*, ICSID (ARB/07/17), Award, 21 June 2011, in *italaw.com*, par. 291.

⁽⁵⁶⁾ *MTD v. Chile*, cit., parr. 165-167; DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 375; POTESTÀ, *Legitimate Expec-*

decisioni più recenti⁽⁵⁷⁾, risulta preferibile rispetto alla prima, poiché analizza più approfonditamente la problematica e tenta di trovare un equilibrio tra i vari interessi coinvolti. Tuttavia, rimangono numerose difficoltà ermeneutiche, dovute alla definizione ed alla successiva determinazione di cosa integri un'alterazione « totale » o « irragionevole »⁽⁵⁸⁾.

Nei casi in questione, infatti, né i trattati, né i Collegi hanno definito uno *standard*, oggettivamente valutabile, al quale i contraenti possano in futuro conformare i propri comportamenti. L'ambito di tutela delle legittime aspettative generate dal quadro normativo è caratterizzato da un'intrinseca soggettività, difficilmente eliminabile, ed è quindi estremamente complicato da valutare *ex ante*, soprattutto perché sembra riferirsi a criteri di *good governance*⁽⁵⁹⁾ implicitamente stabiliti dagli arbitri stessi.

4. — Prima di analizzare come sia effettuato il giudizio di responsabilità dello Stato in relazione alla violazione delle legittime aspettative dell'investitore, occorre esaminare la questione relativa alla legge applicabile alla controversia⁽⁶⁰⁾. La problematica è centrale poiché, a seconda della normativa applicabile, muta anche il tipo di aspettative meritevoli di protezione giuridica: tale giudizio può infatti portare a risultati differenti qualora venga effettuato solamente in relazione al diritto internazionale, oppure più normative di riferimento interagiscano tra loro.

Sovente sono gli stessi trattati di investimento a prevedere che la legge dello Stato ospitante sia applicabile alle eventuali controversie relative al

tations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, in *ICSID Review*, 2013, pp. 119-120.

⁽⁵⁷⁾ Si v., ad esempio, i lodi *Blusun v. Italy*, cit.; *Charanne v. Spain*, cit.

⁽⁵⁸⁾ Sulla problematicità del bilanciamento degli interessi coinvolti e della determinazione del criterio di ragionevolezza cfr. F. ORTINO, *Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing*, in *Leiden Jour. Internat. Law*, 2017, p. 71 ss.

⁽⁵⁹⁾ Circa le intersezioni tra *FET* e pretesi *standard* di *good governance* si v.: HELD, *Democracy and the Global Order*, Cambridge, 1995, pp. 6-12; KIM-HALLIGAN-CHO-HO-HEIKENBERRY, *Towards Participatory and Transparent Governance: Report on the Sixth Global Forum on Reinventing Government*, in *Public Administration Review*, 2005, pp. 646, 649; HAYNES, *The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing*, in *Jour. World Inv. & Trade*, 2013, pp. 115, 118.

⁽⁶⁰⁾ Per un inquadramento del problema cfr. SASSON, *The Applicable Law and the ICSID Convention*, in *ICSID Convention after 50 Years*, a cura di Baltag, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 273 ss.; REECE-MASSOT-BARTOLI, *Searching for the Applicable Law in WTO Litigation, Investment and Commercial Arbitration*, in *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, a cura di Huerta-Goldman-Romanetti-Stirinmann, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 207 ss.; BEGIC, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Utrecht, 2005, *passim*.

trattato⁽⁶¹⁾. Nel caso in cui tale scelta non sia effettuata e le parti non abbiano previsto nulla al riguardo⁽⁶²⁾, spesso è il regolamento della convenzione arbitrale che lo stabilisce; ad esempio, l'art. 42 della convenzione *ICSID* prevede l'applicabilità della legge dello Stato ospitante e le regole di diritto internazionale come norme residuali rispetto alla normativa scelta dalle parti.

La questione dell'interazione tra il diritto nazionale ed il diritto internazionale è stata e continua tuttora ad essere estremamente controversa⁽⁶³⁾: generalmente si sostiene che, qualora siano applicabili entrambi, il diritto internazionale debba avere un ruolo di *gap filling*⁽⁶⁴⁾. Nella casistica giurisprudenziale le domande degli investitori vengono a volte analizzate separatamente in base al diritto nazionale ed internazionale⁽⁶⁵⁾; in altri casi invece, ed è questo l'orientamento attualmente prevalente, il diritto internazionale ha un ruolo integrativo e correttivo⁽⁶⁶⁾.

Nel caso delle legittime aspettative create dal quadro normativo è chiaro il potenziale conflitto derivante dall'applicazione delle differenti normative. I Collegi arbitrali hanno, la maggior parte delle volte, semplicemente evitato di affrontare la questione, analizzando le stesse solamente in base al diritto internazionale. Un approccio più equilibrato, ed anche più rispettoso del dato normativo (a seconda del trattato di investimento e della convenzione arbitrale rilevanti nel caso specifico), avrebbe invece dovuto portare a valutare come le stesse siano regolate anche nell'ordinamento dello Stato ospitante, così da analizzare la tutela approntata alle legittime aspettative dal diritto applicabile alla controversia⁽⁶⁷⁾. Peraltro, in *Total v. Argentina*⁽⁶⁸⁾, il Collegio sembra consapevole di tale aspetto, dato che effettua una ricognizione, nell'ottica del diritto privato comparato, della tutela delle legittime aspettative nel diritto argentino, nonché in

⁽⁶¹⁾ Ad esempio, cfr. il *BIT Italia-Argentina*, art. 8, comma 7°; invece, il *NAFTA* e l'*ECT* prevedono quale legge applicabile il diritto internazionale.

⁽⁶²⁾ Su cui cfr. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, p. 545 ss.

⁽⁶³⁾ SPIERMANN, *Applicable Law*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di Muchlinski-F. Ortino-Schreuer, Oxford, 2008, p. 107 ss.

⁽⁶⁴⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention*, cit., p. 594 ss.; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID (ARB/84/3), Award, 20 May 1992, in *italaw.com*, par. 80.

⁽⁶⁵⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention*, cit., p. 618 ss.

⁽⁶⁶⁾ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID (ARB/81/2), Decision on Annulment, 3 May 1985, in 2 *ICSID Reports*, 95, par. 122; *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID (ARB/83/2), Award, 31 March 1986, in 2 *ICSID Reports*, 346, parr. 358-359.

⁽⁶⁷⁾ MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Portland, 2009, p. 369 ss.

⁽⁶⁸⁾ *Total v. Argentina*, cit., parr. 128-130.

altri ordinamenti nazionali⁽⁶⁹⁾. Tuttavia, da tale consapevolezza non derivano poi conseguenze giuridiche e la ricognizione si risolve in un mero *obiter dictum*: infatti, come rilevato dal Collegio stesso, le legittime aspettative nascenti dal quadro normativo nel diritto interno non riceverebbero pressoché alcuna tutela⁽⁷⁰⁾. Lo stesso può dirsi per *Azurix v. Argentina*, dove si è affermato che il diritto dell'Argentina rileva soprattutto nel valutare gli inadempimenti rispetto al contratto di concessione⁽⁷¹⁾, mentre lo stesso non viene utilizzato per valutare le legittime aspettative dell'investitore.

In relazione al *FET*, i Collegi fanno quindi generalmente riferimento al solo diritto internazionale, al fine di garantire una maggiore protezione delle aspettative dell'investitore, che risulterebbe invece estremamente ristretta, se non del tutto assente, qualora lo *standard* previsto dal trattato fosse valutato anche in relazione al diritto interno dello Stato ospitante⁽⁷²⁾. Infatti i principali ordinamenti non riconoscono la responsabilità dello Stato per attività legislativa che leda interessi dei privati, qualora questi non ricevano una tutela giuridica (gerarchicamente sovraordinata) che ne imponga il rispetto al legislatore⁽⁷³⁾.

5. — Al fine di accertare se lo Stato abbia violato il *FET* occorre valutare se la sua condotta sia stata giusta ed equa rispetto alle aspettative degli investitori. Tale disamina viene condotta anche sulla base del princi-

⁽⁶⁹⁾ *Total v. Argentina*, cit., par. 130; cfr. anche *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID (ARB(AF)/09/1), Award, 22 September 2014, in *italaw.com*, par. 576.

⁽⁷⁰⁾ *Total v. Argentina*, cit., par. 129; v. *infra* nota 73.

⁽⁷¹⁾ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID (ARB/01/12), Award, 14 July 2006, in *italaw.com*, parr. 66-67; *CMS v. Argentina*, cit., par. 67; così anche in *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID (ARB/02/16), Award, 28 September 2007, in *italaw.com*, parr. 235-236.

⁽⁷²⁾ Si è osservato che l'orientamento che tende ad ampliare l'applicabilità del diritto internazionale, anche qualora sia stato scelto come diritto applicabile il diritto nazionale, è chiaramente volto ad estendere la protezione dell'investitore rispetto alle scelte, anche politiche, dello Stato ospitante: cfr. FEURLE, *International Arbitration and the Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Yale Studies in World Public Order*, 1977, p. 110 ss.; CURTIS, *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harvard Internat. Law Jour.*, 1988, p. 325 ss.

⁽⁷³⁾ MONTT, *State Liability*, cit., p. 222 ss.; LAZARI, *Modelli e paradigmi*, cit., p. 236; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, cit., p. 81 ss. Sulla particolarità del caso spagnolo e della ondivaga giurisprudenza del *Tribunal Supremo* circa la responsabilità del legislatore per lesione dell'affidamento, anche qualora la norma non sia illegittima cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi*, cit., p. 231 ss.; PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, cit., p. 86 ss.

pio di buona fede: i Collegi arbitrali e la dottrina ⁽⁷⁴⁾ hanno infatti asserito che il *FET* è espressione di tale principio generale ⁽⁷⁵⁾.

Come si deduce da quanto argomentato, il giudizio sul *FET* è intrinsecamente relazionale, poiché la legittimità della condotta dello Stato viene valutata in rapporto alle legittime aspettative dell'investitore, derivanti dal quadro normativo dello Stato stesso al momento dell'investimento. L'effetto dell'interpretazione corrente dell'ambito di tutela del *FET* è quello di far assurgere le legittime aspettative dell'investitore ad interessi meritevoli di tutela anche rispetto all'esercizio del potere regolamentare dello Stato.

Il *FET* impone quindi al legislatore nazionale di considerare le legittime aspettative dell'investitore ⁽⁷⁶⁾, a prescindere dalla validità dell'atto normativo rispetto a fonti sovraordinate. Da questo punto di vista, come si argomenterà in séguito, il *FET* presenta alcune somiglianze con l'illecito aquiliano: così come la clausola generale del danno ingiusto, le situazioni giuridicamente tutelabili non sono tipizzate e viene effettuata una valutazione degli interessi delle diverse parti.

Ciò che sembra invece quantomeno discutibile è la modalità con la quale detti interessi sono analizzati. Circa la posizione dell'investitore, il giudizio prende le mosse da quello che viene presentato, senza che vi sia una discussione critica sul punto, come una legittima aspettativa, ossia che il quadro normativo dello Stato ospitante non sia modificato in maniera tale da alterare il profitto atteso; in séguito, si valuta se l'investitore possa vantare legittime aspettative circa la stabilità di tale quadro nel caso concreto. Non vi è invece un'analoga profondità di analisi rispetto agli interessi che trovano realizzazione nell'esercizio del potere normativo: il potere di legiferare dello Stato viene degradato e parificato rispetto ad interessi particolari e, quindi, privato della sua peculiarità, ossia quella di rappresentare l'espressione della sovranità.

Di conseguenza, quella che può inizialmente sembrare una responsabilità per esercizio illegittimo del potere normativo presenta, invece, caratteri molto differenti dai casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto tale tipologia di illecito. Nel giudizio di responsabilità per mancato adempimento degli obblighi derivanti da norme Ue (e, ipoteticamente, anche in quello relativo ad una norma incostituzionale) vi è un parametro normativo

⁽⁷⁴⁾ DOLZER-SCHREUER, *Principles*, cit., p. 132; NEWCOMBE-PARADELL, *Law and Practice*, cit., p. 277; SMUTNY, *Investment Treaty Protections, Political Risks, and Tribunal Decision-Making*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, a cura di Rovine, Leiden, 2015, p. 45; PANIZZON, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Portland, 2006, p. 130 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. l'art. 38 dello statuto della Corte Internazionale di giustizia, secondo cui le controversie devono essere decise secondo i principi generali del diritto, fra i quali rientra il principio di buona fede.

⁽⁷⁶⁾ Si è sottolineato come tale *standard* ponga sullo stesso piano l'interesse generale perseguito tramite la legislazione e l'interesse al profitto dei privati: cfr. URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2016, p. 105 ss.

sovraordinato rispetto al quale la condotta dello Stato è valutata; nel caso del *FET* invece tale parametro, formalmente rappresentato dal trattato di investimento, è in concreto determinato dalla valutazione delle legittime aspettative dell'investitore.

Nel primo caso vi è un punto di riferimento, esso stesso espressione di un potere normativo, in base al quale determinare l'illegittimità della condotta dello Stato ⁽⁷⁷⁾: l'importanza che riveste tale parametro è dimostrata dalle decisioni che hanno escluso la responsabilità qualora la direttiva Ue fosse eccessivamente vaga e generica, così da non risultare chiara nel contenuto ⁽⁷⁸⁾. Inoltre, affinché lo Stato sia responsabile nei confronti dei privati occorre che, oltre alla trasgressione della fonte sovraordinata, vi siano ulteriori requisiti, quali la chiara attribuzione di un diritto al singolo e la violazione grave e manifesta.

Nel diritto internazionale degli investimenti, invece, la condotta che frustra le legittime aspettative dell'investitore e, quindi, viola il *BIT* non è illegittima *erga omnes*, ma solamente rispetto allo specifico investitore. Ciò è particolarmente evidente sia nei casi in cui, esaminando fattispecie analoghe, i Collegi arbitrali sono giunti a conclusioni differenti e, a volte, contraddittorie ⁽⁷⁹⁾, sia nei casi in cui la decisione contrasta o potrebbe contrastare con altre norme fondamentali dell'ordinamento, come il diritto Ue o costituzionale dello Stato ospitante ⁽⁸⁰⁾. Ulteriore dimostrazione di

⁽⁷⁷⁾ Lo stesso può dirsi anche nel caso di configurazione della responsabilità derivante da norma incostituzionale.

⁽⁷⁸⁾ DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo*, cit., p. 143.

⁽⁷⁹⁾ Ad esempio, mentre nel caso *Total v. Argentina* il Collegio arbitrale ha ritenuto legittime le misure adottate dall'Argentina in séguito alla crisi, ed ha considerato che il *FET* fosse stato violato in relazione ad uno dei principi generali che vigevano nel settore, nel caso *Impregilo v. Argentina* si è considerato che l'alterazione dell'equilibrio della concessione derivasse dalla radicale modifica del quadro normativo dovuta all'abolizione della *Convertibility Law* ed ai successivi decreti: la lesione delle legittime aspettative derivava quindi dall'incapacità dell'Argentina di ripristinare l'equilibrio contrattuale, totalmente trasformato dalla legislazione d'emergenza. In *CMS v. Argentina*, il Collegio arbitrale ha ritenuto che l'eliminazione del tasso di conversione rappresentasse una violazione del dovere di fornire un trattamento giusto ed equo. In *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID (ARB/03/9), Award, 23 October 2009, consultabile al sito www.italaw.it, il Collegio ha invece ritenuto che la « pesificazione » non fosse contraria al *FET*. Sulla contraddittorietà di tali decisioni cfr. URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction*, cit., pp. 114-116; PERERA, *Equity-Based Decision-Making and the Fair and Equitable Treatment Standard: Lessons from the Argentine Investment Disputes - Part II*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2012, p. 446 ss.

⁽⁸⁰⁾ Tale contrasto è evidente in tutta una serie di casi che hanno visto convenuti Stati europei a causa della modifica delle norme sugli ecoincentivi, effettuata in ragione della normativa Ue, secondo la quale gli ecoincentivi devono essere considerati aiuti di Stato vietati dal *TFEU* (*Micula v. Romania*; *Electrabel v. Hungary*; *Charanne v. Spain*). In alcuni lodi si afferma esplicitamente che, qualora il Collegio ritenga che tali norme

ciò è quanto affermato, ad esempio, nel caso *Impregilo v. Argentina*: lo Stato è ritenuto responsabile in quanto non ha adeguatamente rinegoziato la concessione, utilizzando i poteri attribuiti allo stesso ed alla Provincia dalla legislazione di emergenza. Il fatto che la rinegoziazione della concessione possa eliminare la responsabilità dello Stato dimostra che il punto nodale del giudizio non è l'illegittimità della norma, ma la lesione delle aspettative dell'investitore.

Nel caso del *FET* non vi è una norma chiaramente attributiva di diritti che debba essere violata in maniera grave e manifesta: vi è invece una norma dal contenuto sostanzialmente indeterminato, attributiva di un diritto che si definisce solo in base alle aspettative dello specifico investitore nella situazione concreta ⁽⁸¹⁾.

Nel giudizio relativo alla responsabilità per la violazione della norma Ue, inoltre, non vi è la necessità di un bilanciamento degli interessi del singolo e dello Stato, in quanto è la stessa fonte gerarchicamente sovraordinata ad attribuire un diritto al soggetto, che deve essere attuato e rispettato dal legislatore nazionale. Di conseguenza, verificata la sussistenza di tutti i requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia, il singolo avrà

violino il *FET*, la decisione potrebbe risultare di difficile esecuzione nello Stato convenuto, poiché in contrasto con la costituzione dello stesso. In altri casi, al fine di aggirare il problema, il Collegio ha asserito di essere tenuto a giudicare solamente sulla base del diritto internazionale, senza prendere in considerazione le norme Ue e costituzionali dello Stato ospitante. Peraltro, premesso che la tutela dell'affidamento fa parte anche del diritto comunitario (Corte giust., sent. 3 maggio 1978, *Töpfer v. Commissione*, C-112/77, in *Recueil*, 1978, p. 1019 ss., par. 19; Corte giust., sent. 19 maggio 1992, *Mulder e al. v. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-104/89 e C-37/90, in *Raccolta*, I, p. 3061 ss., par. 15; Tribunale I grado, sent. 8 maggio 2007, *Citymo SA v. Commissione*, T-271/04, in *Raccolta*, I, p. 1 ss.), le Corti europee hanno più volte specificato che tale principio non concerne situazioni giuridiche che possono essere modificate, ad esempio, dalla Commissione (Corte giust., sent. 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e al. v. Commissione*, C-189/02, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1951 ss., par. 171), e che gli Stati non possono avvalersi di tale principio al fine di non implementare normative Ue che modificano la legislazione precedente (Corte giust., sent. 19 aprile 2016, *Dansk Industri (DI) v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14, in *Foro it.*, 2016, 6, c. 305 ss., con nota di PERRINO; Corte giust., sent. 10 giugno 1993, *Commissione europea v. Repubblica ellenica*, C-183/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3131 ss.) e che il principio di affidamento non coincide con l'esigenza di certezza del diritto, che non può essere tutelata tramite il rimedio risarcitorio (Corte giust., sent. 30 novembre 1983, *Ferriere San Carlo*, C-352/82, in *Raccolta*, 1983, I, p. 3949 ss.). Sull'apparentemente insanabile contrasto tra le norme *antitrust* dell'Ue ed il diritto internazionale degli investimenti, con particolare attenzione al caso *Micula v. Romania*, cfr. SAAVEDRA PINTO, *The Narrow Meaning of the Legitimate Expectation Principle in State Aid Law Versus the Foreign Investor's Legitimacy Expectations*, in *Eur. State Aid Law Quart.*, 2016, p. 270 ss.; STANIVUKOVIC, *Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania*, in *Year. Internat. Arb.*, 2017, p. 166 ss.

⁽⁸¹⁾ PERERA, *Equity-Based Decision-Making*, cit., p. 253.

diritto al risarcimento: la norma Ue determina di per sé la meritevolezza dell'interesse attribuito, leso dallo Stato inadempiente. Da ciò consegue anche che il parametro della buona fede non è centrale⁽⁸²⁾: ad esempio, pur constatando la buona fede del legislatore, la *High Court* ha condannato lo Stato, poiché la sua condotta aveva violato il diritto comunitario⁽⁸³⁾.

All'opposto, invece, nel caso della violazione delle legittime aspettative la valutazione si concentra sull'analisi degli interessi in gioco. Nel giudizio sulla illegittimità si prende in considerazione l'impatto della nuova normativa sulle aspettative dell'investitore e si valuta se la compressione di queste sia legittima. Da quanto detto consegue che la responsabilità dello Stato per violazione del *FET* non è assimilabile a quella da illegittima attività normativa; essa presenta invece alcuni punti di contatto con determinate tipologie di illecito di diritto interno.

6. — Occorre preliminarmente evidenziare che il giudizio sul *FET* e la responsabilità che ne deriva si differenziano dalla disciplina, di elaborazione giurisprudenziale, della tutela aquiliana del credito. Come noto, costituisce lesione del credito il fatto del terzo che determini l'impossibilità della prestazione del debitore⁽⁸⁴⁾. Nel caso in esame, invece, lo Stato è responsabile non solo qualora, in ragione del mutamento normativo, la prestazione dovuta all'investitore divenga impossibile, ma anche nei casi in cui tale innovazione non incida in alcun modo sull'esecuzione della prestazione e questa sia regolarmente adempiuta⁽⁸⁵⁾. La medesima differenza sussiste con la lesione dell'aspettativa di realizzare un credito, che ricorre qualora la condotta del terzo renda temporaneamente impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore⁽⁸⁶⁾, e con la responsabilità derivante dalla cooperazione del terzo nell'inadempimento. Il caso *Bayindir v. Pakistan*⁽⁸⁷⁾ conferma tali considerazioni: l'azione contrattuale, esperita in sede di arbitrato commerciale⁽⁸⁸⁾ e fondata sui medesimi fatti posti alla

⁽⁸²⁾ La dottrina che ha proposto l'ampliamento della sfera dell'illecito statale per atto legislativo ha sottolineato la centralità che potrebbero svolgere, anche in tale ambito, la buona fede e l'abuso del diritto; tuttavia, si è sostenuto che la responsabilità non possa prescindere dall'illegittimità della legge rispetto ad una fonte sovraordinata: cfr. PASQUINELLI, *Le leggi dannose*, cit., p. 232 ss.

⁽⁸³⁾ House of Lords, 28 October 1999, *Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame Limited and Others*, in *publications.parliament.uk*.

⁽⁸⁴⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 995 ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, pp. 155 ss., 181 ss.; CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 554 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *Impregilo v. Argentina*, cit.

⁽⁸⁶⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 998 ss., dove sono esaminate numerose applicazioni giurisprudenziali.

⁽⁸⁷⁾ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID (ARB/03/29) Award, 27 August 2009, in *italaw.com*.

⁽⁸⁸⁾ Su cui v. *retro* nota 6.

base dell'arbitrato in materia di investimento, è stata abbandonata dall'investitore, in quanto destinata a non avere esito positivo; ciò non ha tuttavia impedito di esperire una successiva azione per violazione del *BIT*, ed il Collegio ha asserito che l'inadempimento del contratto da parte di un organo riconducibile allo Stato non è condizione necessaria affinché siano violati gli *standard* previsti dal trattato⁽⁸⁹⁾.

La tipologia di illecito che sembra presentare maggiori affinità con il giudizio sul *FET* è quella della lesione della facoltà di determinarsi liberamente nelle scelte economiche, poiché lo Stato, modificando il quadro normativo, muta il presupposto sulla base del quale l'investitore ha scelto di investire. Nell'elaborazione giurisprudenziale di diritto interno tale lesione, dipendente dalle errate informazioni fornite dal terzo, può esplicarsi sia in senso positivo⁽⁹⁰⁾ (ossia nel caso in cui una parte, sulla base delle scorrette informazioni ricevute, si determini a concludere un contratto che, qualora fosse stata a conoscenza della reale situazione, non avrebbe concluso, o avrebbe concluso a condizioni del tutto differenti), sia in senso negativo (il contraente, sulla base delle informazioni scorrette, non conclude un contratto che avrebbe altrimenti concluso). In questi casi vi è un soggetto che, con il proprio intervento e con le informazioni fornite, incide illecitamente sulla libertà contrattuale di una parte, ingenerando errate aspettative circa la situazione nella quale essa si trova a contrarre: diviene dunque determinante valutare in quali casi, secondo i parametri propri dell'art. 2043 c.c., l'interferenza nella sfera del terzo sia da considerarsi illecita⁽⁹¹⁾.

Tale responsabilità è analoga a quella dello Stato per le informazioni e le garanzie che sono state fornite da un soggetto o un ente riconducibile allo Stato stesso⁽⁹²⁾ nel corso della contrattazione, mentre nel caso delle legittime aspettative nascenti dal quadro normativo non vi è alcuna scorretta informazione fornita all'investitore, in ragione della quale egli si rappresenti una situazione differente rispetto alla realtà.

Infatti, non si può considerare il quadro normativo come un'informazione qualificata che lo Stato fornisce agli investitori, sostanzialmente reificandolo. Nel caso del *FET* non vi è dunque una lesione della facoltà di determinarsi autonomamente, in quanto non vi è una falsa rappresentazione da parte dello Stato, né alcuna esplicita garanzia rispetto all'immutabilità di determinate disposizioni. La lesione deriva dal fatto che l'investitore si aspetta, ed i Collegi arbitrali hanno conferito protezione giuridica a tale aspettativa, che il quadro normativo, benché suscettibile di varia-

⁽⁸⁹⁾ *Bayindir v. Pakistan*, cit., par. 137 ss.

⁽⁹⁰⁾ La distinzione è proposta da GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., p. 9 ss.

⁽⁹¹⁾ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 440 ss.; FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2013 ss.; Cass., 19 ottobre 2015, n. 21085, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1105 ss., con nota di PARTISANI.

⁽⁹²⁾ V. *retro* nota 41.

zioni, non muti radicalmente: l'illecita interferenza si risolve nella violazione di tale aspettativa. Non vi è quindi una falsa rappresentazione della realtà, ma una sua modifica in séguito all'effettuazione dell'investimento, resa possibile dal ruolo peculiare dello Stato.

Da questo punto di vista il *FET* funge da garanzia del fatto che un soggetto terzo, che per la particolarità del proprio ruolo ha il potere di mutare il contesto nel quale viene effettuato l'investimento, non adotti decisioni tali da modificare radicalmente detto contesto ed il profitto atteso. Il cambiamento radicale del quadro normativo è quindi considerato come una sorta di *venire contra factum proprium*, quasi un abuso⁽⁹³⁾ del potere normativo, con la rilevante specificazione che, in tale caso, l'abuso viene perpetrato nei confronti di uno solo della moltitudine dei soggetti coinvolti dall'attività normativa⁽⁹⁴⁾.

7. — Chiarite le modalità del giudizio di responsabilità, è necessario analizzare lo *standard* sulla base del quale viene valutata la condotta dello Stato ospitante e riconosciuta la sua eventuale responsabilità. Come si è visto, l'interpretazione del *FET* implica un alto grado di imprevedibilità⁽⁹⁵⁾, derivante dalla mancanza di solide basi normative che ne specifichino chiaramente il contenuto⁽⁹⁶⁾. Tale elemento è stato sottolineato da numerosi autori: quando si tratta delle legittime aspettative generate dal quadro normativo non vi sono regole precise cui fare riferimento⁽⁹⁷⁾ e la questione è sostanzialmente demandata all'attività creatrice degli arbitri stessi⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹³⁾ Sull'abuso del diritto nell'illecito aquiliano ed il suo carattere relazionale cfr. BUSNELLI-NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 77 ss.

⁽⁹⁴⁾ Negli ordinamenti inglese e francese, ad esempio, proprio sulla base del fatto che la legge coinvolge un numero indeterminato di soggetti si è escluso che lo Stato sia responsabile per l'attività legislativa qualora questa sia indirizzata alla generalità dei consociati, e non solamente ad alcuni specifici gruppi di interesse: cfr. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, cit., pp. 59 ss., 146 ss.

⁽⁹⁵⁾ In relazione ai casi che hanno coinvolto l'Argentina v. *retro* nota 79.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. CAMPBELL, *House of Cards*, cit., p. 380; GARCIA, *All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration*, in *Florida Jour. Internat. Law*, 2004, p. 347 ss.; DOLZER-STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Boston, 1995, p. 11.

⁽⁹⁷⁾ FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962, pp. 135-141; SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, 2009, p. 263; MUCHLINKSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1995, p. 625.

⁽⁹⁸⁾ KLÄGER, « *Fair and Equitable Treatment* » in *International Investment Law*, Cambridge, 2011, p. 37. È stato sottolineato che gli arbitri, nell'esercizio della funzione giudicante, espletano anche una funzione normativa: cfr. MONTT, *State Liability*, cit., pp. 133-134; ALVAREZ, *International Organizations as Law Makers*, New York, 2005, p.

Infatti, l'affermare che lo Stato debba fornire all'investitore un trattamento giusto ed equo, e che quindi violino tale *standard* modifiche « irragionevoli »⁽⁹⁹⁾ o « totali » del quadro normativo, non fornisce un criterio cui attenersi nel giudizio sulla responsabilità, considerando la vaghezza dei concetti in questione. Anche nei casi in cui gli arbitri analizzano ulteriori elementi, come la definizione dei termini « giusto » ed « equo »⁽¹⁰⁰⁾ o il preambolo dei trattati⁽¹⁰¹⁾, in cui sovente si dichiara che il *BIT* ha l'obiettivo di favorire gli investimenti, ciò non sembra contribuire a chiarire il significato giuridico della clausola; sembra invece che gli arbitri, più che individuare strumenti utili all'operazione ermeneutica, cerchino elementi volti a giustificare la propria decisione.

Inoltre, seguendo l'argomentazione dei Collegi, si nota che il *FET* è uno *standard* privo di significato normativo condiviso: il contenuto dello stesso si determina solo nel momento in cui gli arbitri concretizzano e sviluppano la disposizione, adattandola al caso concreto⁽¹⁰²⁾. Dalle analisi dei lodi emerge con chiarezza il fatto che i termini di paragone utilizzati al fine di stabilire cosa sia un trattamento « giusto ed equo », più che elementi giuridici, sono principi di *good governance* tramite i quali valutare la normativa dello Stato ospitante⁽¹⁰³⁾. Per questa ragione si è affermato che il meccanismo

531 ss., ed una funzione di *judicial review* delle normative nazionali, effettuata rispetto agli *standard* contenuti nei trattati internazionali: cfr. URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction*, cit., p. 106.

⁽⁹⁹⁾ Sulla imprecisione e genericità del requisito di ragionevolezza cfr. F. ORTINO, *Investment Treaties*, cit., p. 87 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Nell'esaminare la definizione fornita da autorevoli dizionari di tali termini i Collegi si espongono alla critica che Bourdieu ha mosso alla linguistica di Saussure, secondo cui la *langue* esiste indipendentemente dal suo utilizzo e dei suoi utilizzatori; Bourdieu ha invece sottolineato come la definizione del linguaggio ufficiale e del suo significato sia intrinsecamente correlata alle dinamiche di potere e le relazioni di dominio tra i vari attori che interagiscono nel campo: cfr. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, Cambridge, 1991, p. 44 ss.; di conseguenza, la semplice definizione dei termini « giusto » ed « equo » non può in realtà fornire alcun elemento oggettivo per l'operazione ermeneutica degli arbitri. Sul rapporto tra linguaggio, interpretazione e rapporti sociali cfr. anche NIETZSCHE, *Verità e menzogna*, Milano, 2009, p. 125 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Si v., ad esempio, *Occidental v. Ecuador*, cit., par. 183; *CMS v. Argentina*, cit., par. 274.

⁽¹⁰²⁾ KLÄGER, « *Fair and Equitable Treatment* », cit., p. 37; LEITE, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements*, in *Am. Un. Internat. Law Rev.*, 2016, p. 386 ss.

⁽¹⁰³⁾ Tale processo di *review* della normativa dello Stato ospitante, effettuato sulla base degli *standard* inclusi nei trattati, fa sì che lo Stato ospitante possa essere portato ad abrogare una determinata normativa o si astenga dall'adottare politiche connotate in una determinata maniera. In secondo luogo, tali giudizi impongono agli Stati ospitanti di adottare *standard* di *governance* ritenuti appropriati, influenzando altresì sulle leggi e sulle procedure amministrative nazionali: cfr. URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction*, cit., p. 102 ss.; CHOUDHURY, *Recapturing Public Power: Is*

dell'*investor-state dispute settlement (ISDS)* funge da strumento di *governance* globale ⁽¹⁰⁴⁾, tramite il quale si esercita un potere che ha un impatto diretto anche su individui terzi rispetto alle parti della controversia ⁽¹⁰⁵⁾.

Il riferimento a principi di *governance*, stabiliti dagli arbitri stessi, viene addirittura esplicitato nel lodo *Total v. Argentina*, dove si afferma: « tale quadro è coerente con una corretta gestione delle utenze in un'economia di mercato, dove imprenditori privati devono riuscire a coprire i propri costi ed ottenere un ragionevole profitto al fine di operare e raccogliere capitale per fornire un servizio efficiente, considerando soprattutto che gli investimenti in tali utenze sono basati su una pianificazione di lunga durata » ⁽¹⁰⁶⁾.

È interessante notare che in tale caso gli arbitri richiamano anche, come mero strumento interpretativo (poiché non applicabile nel caso di specie), l'art. VI del GATS, il quale prevede che gli Stati membri debbano assicurare che il settore dei servizi sia regolamentato in maniera « ragionevole, imparziale ed oggettiva ». Questa definizione, di per sé, non sembra fornire criteri utili al procedimento ermeneutico, poiché si basa su concetti generici il cui contenuto dipende dalla soggettività dell'interprete (in materia di politiche normative, come si stabilisce cosa sia ragionevole od oggettivo?).

Il fatto che gli arbitri si riferiscano ad una norma appartenente ad un trattato concluso nel contesto del *WTO*, ritenendo tali termini un utile strumento interpretativo, palesa quali debbano essere i canoni di *good governance* in base ai quali valutare l'attività normativa dello Stato, che sebbene presentati come oggettivi e di per sé corretti, sono invece ideologicamente connotati: dai casi analizzati emerge il carattere normativo ed il potere disciplinare del giudizio di responsabilità svolto nelle decisioni arbitrali rispetto all'autonomia legislativa e regolamentare della sfera pubblica di uno Stato ⁽¹⁰⁷⁾.

Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, in *Vanderbilt Jour. Transnat. Law*, 2008, p. 778 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 390 ss.; ID., *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica*, Napoli, 2017, p. 54 ss.; VAN HARTEN-LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *Eur. Jour. Internat. Law*, 2006, pp. 148-150; STEWART, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*, in *N.Y.U. Journ. Internat. Law & Pol.*, 2005, p. 701.

⁽¹⁰⁵⁾ URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction*, cit., p. 102; NALIN, *Le ricadute costituzionali dei meccanismi di protezione degli investimenti internazionali: dall'ISDS all'ICS*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 578 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ *Total v. Argentina*, cit., par. 167.

⁽¹⁰⁷⁾ IRELAND-PILLAY, *Corporate Social Responsibility in a Neoliberal Age*, in *Corporate Social Responsibility and Regulatory Governance*, a cura di Utting e Marques, New York, 2013, pp. 93-94; GILL, *Globalisation, market civilisation and disciplinary neoliberalism*, in *Millennium: Journal of International Studies*, 1995, p. 399 ss.

Ne deriva che la problematica delle legittime aspettative dell'investitore lese da una modifica normativa concerne non tanto l'interpretazione giuridica di una regola, quanto piuttosto le pratiche ritenute virtuose o accettabili da un Collegio arbitrale, anche in ragione del bilanciamento degli interessi in gioco ⁽¹⁰⁸⁾.

Tale bilanciamento è tuttavia estremamente complicato a causa di alcuni peculiari aspetti che devono essere attentamente considerati. Innanzitutto, quando si valuta il bilanciamento delle legittime aspettative dell'investitore con il diritto dello Stato ospitante di modificare il proprio quadro normativo, occorre considerare che non si stanno comparando due generi omogenei di interessi ⁽¹⁰⁹⁾. Infatti, da un lato, vi è l'investitore e l'operazione commerciale da questi realizzata (che egli spera gli garantirà un profitto ragionevole, come affermato nel caso *Total v. Argentina*) ⁽¹¹⁰⁾; dall'altro c'è lo Stato e gli interessi che vengono realizzati tramite l'esercizio del potere normativo ⁽¹¹¹⁾.

Tuttavia, l'esercizio di tale potere concerne i principi fondamentali delle moderne democrazie rappresentative, considerato che (semplificando notevolmente) il quadro normativo è il risultato dell'attività del Parlamento, dove siedono i rappresentanti del popolo al fine di realizzare uno specifico programma politico. Data questa premessa, il quadro normativo è di per sé soggetto a cambiamenti, anche radicali, essendo il risultato di uno specifico impegno politico. Ciò che viene bilanciato non sono quindi semplicemente gli interessi contrapposti delle parti, come nel caso di una relazione contrattuale o dell'illecito. Piuttosto, nel caso in esame, la protezione del profitto dell'investitore è confrontata, e opposta, al potere di uno Stato di determinare il proprio quadro normativo.

Tale bilanciamento è poi ulteriormente problematico poiché non vi è una definizione di cosa sia un cambiamento « totale » o « irragionevole », tale da frustrare le legittime aspettative dell'investitore: si è affermato che esso deve essere apprezzato in ogni caso specifico ⁽¹¹²⁾, senza però precisare i parametri in riferimento ai quali esso debba essere valutato. Ne

⁽¹⁰⁸⁾ Ad esempio, nel caso *Total v. Argentina*, cit., par. 160, il Collegio effettua una approfondita disamina delle scelte di politica economica dell'Argentina e su tale analisi basa la propria valutazione circa la violazione del FET.

⁽¹⁰⁹⁾ CHEN, *A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes*, in *Yale Jour. Internat. Law*, 2015, p. 297 ss. Si è sottolineato che l'ISDS è strutturato secondo modelli propri delle controversie fra privati e tende a porre sullo stesso piano, trascurandone la diversa natura, gli interessi dell'investitore e quelli dello Stato ospitante: cfr. URUEÑA, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction*, cit., p. 105 ss. La *Supreme Court* statunitense è addirittura giunta ad affermare che il BIT è contratto, sebbene concluso tra Stati (Supreme Court USA, 5 March 2014, *BG Grp. PLC v. Republic of Argentina*, n. 12-138, in *supremecourt.gov*, p. 6).

⁽¹¹⁰⁾ *Total v. Argentine Republic*, cit., par. 333.

⁽¹¹¹⁾ CHOUDHURY, *Recapturing Public Power*, cit., p. 779 ss.

⁽¹¹²⁾ POTESTÀ, *Legitimate Expectations*, cit., p. 117; NEWCOMBE-PARADELL, *Law and Practice*, cit., p. 278; *Micula v. Romania*, cit., par. 526.

deriva che un ristretto numero di arbitri diviene giudice delle politiche adottate dallo Stato ospitante ⁽¹¹³⁾ (e, come accade nella maggior parte dei casi, tali misure possono anche non essere specificamente rivolte all'investimento), sulla base di criteri soggettivi, poiché non vi è una determinazione pubblica e condivisa sul punto.

8. — Lo *standard* di *good governance* implicito nella protezione delle legittime aspettative e la responsabilità in caso di sua violazione hanno il potere di modellare le scelte politiche dello Stato ospitante ⁽¹¹⁴⁾. Essi definiscono infatti la relazione tra determinate aspettative dell'investitore, prima fra tutte quella ad ottenere un profitto, ed i principi fondamentali delle democrazie rappresentative, nonché i diritti tutelati ed attuati attraverso la legislazione (tra cui anche i diritti umani) ⁽¹¹⁵⁾. Data la pervasività del controllo permesso agli arbitri e l'impatto che le loro decisioni hanno sulle politiche dei governi, si è addirittura parlato di costituzionalizzazione di determinati principi del diritto internazionale degli investimenti. L'idea di una costituzionalizzazione è inizialmente penetrata nel diritto commerciale internazionale soprattutto grazie alla creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio e del suo quadro normativo ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹³⁾ C. SALVI, *Teologie della proprietà privata*, Soveria Mannelli, 2017, p. 100.

⁽¹¹⁴⁾ DOLZER-SCHREUER, *Principles*, cit., p. 122; FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria*, cit., p. 394 ss.; HAYNES, *The Evolving Nature*, cit., p. 115. Si è inoltre evidenziato che lo scopo principale dei trattati di investimento sta evolvendo da quello della semplice protezione dell'investitore a quello della liberalizzazione dei flussi di investimenti, rimuovendo le barriere al commercio e così favorendo la globalizzazione: cfr. DIEHL, *The Core Standard*, cit., p. 48.

⁽¹¹⁵⁾ WATT, *Investment Arbitration and Human Rights*, in *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, a cura di Mattli e Dietz, Oxford, 2014, p. 214 ss. Sullo scarso ruolo che hanno sino ad ora avuto i diritti umani nel campo dell'arbitrato in materia di investimenti cfr. DIEHL, *The Core Standard*, cit., p. 527; sul rapporto tra diritti umani e diritto internazionale degli investimenti cfr. SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: a Place for Human Rights?*, in *Internat. & Comp. Law Quart.*, 2011, p. 573 ss. Inoltre il possibile contrasto tra FET e normativa che tutela i diritti fondamentali è evidenziato in maniera paradossale dal fatto che alcuni Stati hanno inserito nei propri BIT clausole che specificano che una normativa volta a tutelare i diritti fondamentali (come il diritto alla salute) non può essere considerata una violazione del trattato. Nel 2004 gli USA hanno aggiunto al proprio modello di BIT una clausola che chiarisce che regolamentazioni ordinarie in materia ambientale o di *welfare* non possono costituire espropriazione. L'art. 9.6 del *Trans-Pacific Partnership* limita l'ambito di protezione del FET al MST di diritto internazionale consuetudinario; l'art. 9.6.4 restringe l'ambito di tutela delle legittime aspettative dell'investitore.

⁽¹¹⁶⁾ PETERSMANN, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in *Eur. Jour. Internat. Law*, 1995, p. 161 ss.; JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, 1997, p. 339 ss.

Per quanto concerne invece il diritto degli investimenti, la cui disciplina è frammentata in migliaia di trattati e non è gerarchicamente organizzata, l'idea della costituzionalizzazione è stata affrontata da differenti prospettive; in particolare, essa è stata fondata sull'evoluzione di principi che fungerebbero da norma fondamentale⁽¹¹⁷⁾ e, soprattutto, sulla possibilità di ricorrere ad un'autorità giudiziale in caso di violazione dei trattati⁽¹¹⁸⁾.

Tale idea è stata peraltro criticata, sia a causa della mancanza di un quadro istituzionale e normativo adeguato, sia perché il sistema di risoluzione delle controversie basato sull'arbitrato tra investitore e Stato è spesso percepito come illegittimo, tanto che ciò ha portato alcuni Stati a criticare radicalmente l'attuale regime e ad abbandonare i trattati vigenti⁽¹¹⁹⁾. Inoltre le applicazioni dei Collegi arbitrali del *FET* ed i conseguenti vincoli imposti agli Stati, nonché il fatto che molti dei paesi storicamente espor-

⁽¹¹⁷⁾ BOGDANDY, *Founding Principles*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di Bogdandy e Bast, Oxford, 2010, p. 11 ss.

⁽¹¹⁸⁾ AFILALO, *Constitutionalization through the Back Door*, in *N.Y.U. Jour. Internat. Law & Pol.*, 2001, p. 32 ss.; BEHRENS, *Towards the Constitutionalization of International Investment Protection*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2007, pp. 153-154.

⁽¹¹⁹⁾ Un esempio di questo sentimento diffuso è il fatto che Brasile, Australia e Norvegia abbiano deciso di non concludere più trattati che prevedano la possibilità dell'arbitrato tra Stato ed investitore; Venezuela, Bolivia ed Ecuador sono addirittura uscite dalla convenzione *ICSID*. Cfr. altresì AFILALO, *Constitutionalization*, cit., p. 17 ss.; SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, 2008, *passim*. Inoltre Canada, Messico e USA nel 2001 hanno concluso un accordo interpretativo del NAFTA con il quale si è stabilito che il *FET* coincide con il *MST* previsto dal diritto internazionale consuetudinario. La Norvegia non conclude *BIT* dal 1995 e ha abbandonato anche la bozza del trattato del 2007, in quanto si ritiene che esso restringa indebitamente la possibilità del governo di agire nell'interesse pubblico. Preoccupazioni relative al potere dei Collegi arbitrali di modificare o di fatto eliminare, tramite l'interpretazione dei trattati di investimento, legittime regolamentazioni pubbliche sono state espresse anche del Parlamento europeo, cfr. *European Parliament Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2011/2203(INI))*, parr. 24-31, in *europarl.europa.eu*. Circa la sempre maggiore diffidenza nei confronti del meccanismo arbitrale *ISDS* cfr. il rapporto conclusivo di Unctad — *International Investment Agreements: Investor-State Dispute Settlement: Review of Development in 2014*, in *UNCTAD-IIA Issues Note*, 2 May 2015; MARCHESIELLO, *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale?*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 129 ss.; JOHNSON-GIBSON, *The Objections of Developed and Developing States to Investor-State Dispute Settlement, and What They Are Doing About Them*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, a cura di Rovine, Leiden, 2015, p. 253 ss.; nonché i contributi in AA.VV., *The Backlash against Investment Arbitration*, a cura di Waibel-Kaushal-Chung-Balchin, Alphen aan den Rijn, 2010. Sulla costruzione di un sistema privato di giustizia transnazionale e sulle dinamiche di potere, i conflitti e le contraddizioni che caratterizzano l'arbitrato internazionale cfr. DEZALAY-GARTH, *Dealing in Virtue*, Chicago, 1996, *passim*.

tatori di capitali siano divenuti essi stessi importatori di capitali (e siano quindi soggetti ad azioni da parte degli investitori) ⁽¹²⁰⁾, hanno portato ad un momento di riconsiderazione dell'attuale disciplina, nonché ad una revisione delle modalità di stesura dei nuovi trattati ⁽¹²¹⁾.

A prescindere dal fatto che tale costituzionalizzazione vi sia effettivamente stata, si può quantomeno affermare, utilizzando un concetto elaborato da Teubner ⁽¹²²⁾, che gli investitori ed i Collegi arbitrali operino quali agenti « costituenti » nella costruzione di regole che riguardano l'intero ordinamento ⁽¹²³⁾. Infatti, l'interpretazione prevalente del *FET* limita in maniera consistente il potere normativo degli Stati ⁽¹²⁴⁾: la modifica del quadro normativo è stata ritenuta giusta ed equa solo qualora rispetti determinati principi, tra i quali primeggia l'aspettativa al profitto dell'investitore ⁽¹²⁵⁾.

Alcuni Collegi arbitrali hanno notato la pericolosità di un'interpreta-

⁽¹²⁰⁾ European Commission, Communication, *Towards a comprehensive European international investment police*, COM(2010)343 final, in trade.ec.europa.eu; KLEINHEISTERKAMP, *European Policy Space in International Investment Law*, in *ICSID Rev.*, 2012, pp. 416, 428; WOUTERS-DUQUET-HACHEZ, *International Investment Law, The Perpetual Search for Consensus*, in *Foreign Direct Investment and Human Development: the Law and Economics of International Investment Agreements*, a cura di De Schutter-Swinnen-Wouters, London, 2013, p. 47 ss.

⁽¹²¹⁾ Nel modello di *BIT* del 2015 l'India ha eliminato la clausola che prevedeva il *FET*, inserendo invece *standard* più circoscritti e delimitati. Il *report UNCTAD World Investment Report 2015*, in unctad.org, ha evidenziato che, dei diciotto trattati internazionali di investimento conclusi nel 2014, dodici contengono specifiche esenzioni, come la protezione dei diritti umani o dell'ambiente, e quattordici equiparano esplicitamente il *FET* al *MST*.

⁽¹²²⁾ TEUBNER, *Constitutional Fragments, Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012, *passim*; con particolare riferimento al diritto internazionale degli investimenti cfr. p. 57, spec. p. 77 ss.

⁽¹²³⁾ FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria*, cit., p. 402; SWEET-GRIESEL, *The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance*, in *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, a cura di Mattli e Dietz, Oxford, 2014, p. 33 ss.; IRELAND-PILLAY, *Corporate Social Responsibility*, cit., pp. 91-94.

⁽¹²⁴⁾ KNOLL-TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in *Human Rights in Internat. Investment Law and Arb.*, a cura di Dupuy-Francioni-Petersmann, Oxford, 2009, p. 323; DOLZER, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *N.Y.U. Jour. Internat. Law & Pol.*, 2006, p. 953.

⁽¹²⁵⁾ Si è sottolineato che i regolatori globali (tra cui si possono includere anche i Collegi arbitrali) tendono sistematicamente ed in ragione di fattori strutturali a proteggere e realizzare gli interessi di determinati attori, fra i quali si distinguono i detentori di capitale più rilevanti e meglio organizzati, nonché gli Stati più potenti: cfr. STEWART, *L'esclusione dagli standard di governance globali: i meccanismi di responsabilità, la partecipazione, la responsiveness*, in *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2016, p. 189.

zione particolarmente estensiva di tale *standard* e sono giunti ad affermare che i *BIT* « non sono polizze assicurative contro cattive decisioni imprenditoriali »⁽¹²⁶⁾; tuttavia non hanno rimesso in discussione il principio che è alla base della disciplina formatasi, invitando solamente ad una sua applicazione più limitata. Tale affermazione dei Collegi evidenzia il particolare funzionamento dei *BIT* e, soprattutto, della protezione delle legittime aspettative dell'investitore in base al *FET*, che svolge la funzione di garanzia di specifici interessi alla base dell'investimento straniero, usualmente realizzato tramite un atto di autonomia privata. Nonostante si sia tentato di bilanciare gli interessi in gioco, la loro ontologica alterità e la conseguente disomogeneità non permettono, tuttavia, di raggiungere soluzioni pienamente soddisfacenti⁽¹²⁷⁾. Inoltre, la legittimità di tali decisioni è quantomeno dubbia, data la mancanza di elementi normativi su cui basare una disciplina condivisa.

Non si vuole negare che gli investitori stranieri possano essere notevolmente danneggiati da un mutamento radicale delle politiche dello Stato ospitante. Al contrario, significa riconoscerlo ed evidenziare che, anche qualora un precario equilibrio possa essere trovato tra i differenti interessi in gioco, rimarrà sempre una fondamentale contraddizione che si manifesta ogniqualvolta lo Stato decida di esercitare il proprio potere sovrano effettuando scelte normative radicalmente in contrasto con gli interessi degli investitori stranieri.

RICCARDO FORNASARI
Dottorando di ricerca dell'Università di Bologna
e dell'Università di Paris Nanterre

Abstract

This paper investigates State liability arising from the violation of investor's legitimate expectations protected under international investment treaties, due to an alteration of State's legal framework. First, it assesses similarities and differences of this liability for normative act vis à vis the liability arising from the non-fulfilment of EU obligations; second, it compares the liability for normative act with specific torts regulated under domestic law; third, it points out aim and functioning of this liability. Finally, economic and political consequences of this liability are assessed, as well as the limitations to State's legislative powers that it entails.

⁽¹²⁶⁾ *Maffezini v. Spain*, cit., par. 64. Cfr. anche *MTD v. Chile*, cit., par. 178.

⁽¹²⁷⁾ MONTT, *State Liability*, cit., p. 177 ss., spec. p. 227, dove si evidenzia l'innata tensione fra i principi democratici e la piena protezione della proprietà e degli interessi privati.