

Il Trattato sulla Carta dell'Energia del 1994

10.6.1 Introduzione

Il Trattato sulla Carta dell'Energia (Energy Charter Treaty) è stato sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue Parti Contraenti, fra le quali la Comunità Europea e tutti gli Stati che allora ne erano membri, la Federazione Russa (che applica il Trattato in via provvisoria) e altri Stati nati, dopo il dicembre 1991, da repubbliche già appartenenti alla disciolta Unione Sovietica, Stati dell'Europa orientale, altri Stati europei, la Turchia, il Giappone e l'Australia (quest'ultima, tuttavia, non ha ancora depositato il suo strumento di ratifica).

Il Trattato, insieme all'annesso Protocollo sull'Efficienza Energetica e i Connessi Aspetti Ambientali (Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects), è entrato in vigore il 16 aprile 1998, al momento del raggiungimento delle prime trenta ratifiche.¹

Il Trattato sulla Carta dell'Energia costituisce essenzialmente la riproposizione in forme giuridiche precise e vincolanti dei principi generali affermati a livello politico generale qualche anno prima con la Carta Europea dell'Energia sottoscritta all'Aia il 17 dicembre 1991 dalla Comunità Europea e dai suoi Stati membri.

La Carta era intesa a promuovere lo sviluppo accelerato dei paesi dell'Est europeo anche con investimenti provenienti dai paesi comunitari e ad assicurare un rifornimento stabile e un accesso sicuro alle risorse energetiche proprie di quei Paesi (petrolio, gas naturale ed elettricità) per gli Stati della Comunità.

Essendo il fine della Carta quello della creazione di un mercato aperto e concorrenziale nell'intero settore energetico, due erano gli obiettivi che assumevano rilievo in maniera del tutto prevalente: quello dell'approvvigionamento e del trasporto dei prodotti energetici fino al territorio comunitario e quello, successivo, della libera pratica di tali prodotti all'interno della Comunità.²

10.6.2 Commercio, transito, ambiente ed efficienza energetica, concorrenza

I principali settori disciplinati dal Trattato sulla Carta dell'Energia sono quelli del commercio, del transito dei prodotti energetici, dell'efficienza energetica e delle relative questioni ambientali, nonché il settore degli investimenti. Sono poi previsti dei meccanismi per la risoluzione delle controversie e una certa struttura istituzionale, incentrata sulla Energy Charter Conference e su di un Segretariato con sede a Bruxelles.

Il settore del commercio di prodotti energetici

In materia di commercio le originarie disposizioni del Trattato erano basate sulle regole del GATT all'epoca in vigore e sono state poi modificate con il Trade Amendment adottato nell'aprile del 1998, al momento

¹ Per la lista aggiornata delle Parti Contraenti, lo stato delle ratifiche del Trattato, del Protocollo sulla Efficienza Energetica e i Connessi Aspetti Ambientali e dell'Emendamento del 1998 alle disposizioni del Trattato concernenti il commercio, nonché degli Stati che applicano questi strumenti in via provvisoria, può consultarsi il sito internet www.encharter.org. La bibliografia sul Trattato è molto vasta. Si vedano in particolare: Brazell, 1994; Babadji, 1996; Touscoz, 1996; Wälde, 1996a; Schaeffer, 1998 (lavoro dedicato particolarmente agli aspetti di libera circolazione dei prodotti energetici importati e alla concorrenza all'interno della Comunità Europea); Happ, 2002; Wälde, 2004.

² La Carta Europea sull'Energia, ricompresa nel Documento conclusivo della Hague Conference on the European Energy Charter, è stata sottoscritta da cinquantuno Parti Contraenti fra le quali le Comunità Europee, paesi dell'Europa occidentale ed orientale, paesi membri dell'ex URSS, gli Stati Uniti e altri paesi non europei membri dell'OCSE, quali il Giappone e l'Australia. Il testo della Carta è riprodotto nella pubblicazione dell'Energy Charter Secretariat, 2004.

dell'entrata in vigore del Trattato.³ L'Emendamento ha avuto come finalità quella di armonizzare le norme del Trattato con le disposizioni e la prassi adottate in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio. I principi comuni ai due sistemi, e che costituiscono la base di entrambi, sono la non discriminazione, la trasparenza delle decisioni e l'impegno alla progressiva liberalizzazione del commercio dei prodotti energetici riguardati dal Trattato. L'Emendamento estende l'ambito materiale di applicazione del Trattato anche al commercio degli equipaggiamenti e strumenti collegati all'energia. Esso poi predispone un meccanismo per introdurre in futuro un sistema vincolante di *stand-still* per i dazi e le restrizioni doganali relativi alle importazioni ed esportazioni nel settore energetico.

Le disposizioni del Trattato, come emendato, rappresentano per i suoi firmatari che non erano o non sono ancora membri dell'OMC (la Russia e diversi Stati membri dell'ex URSS) uno strumento che induce ad applicare, sia pure in un settore particolare, principi e regole conformi a quelli dell'Organizzazione Mondiale del Commercio,⁴ favorendo nella sostanza anche la loro futura partecipazione a quest'ultima.

Trasporto e transito di prodotti energetici

Una disciplina particolarmente importante è quella del trasporto e transito dei prodotti energetici contenuta nell'art. 7 del Trattato. In effetti, il trasporto di prodotti quali petrolio e gas è spesso effettuato, specie nei paesi dell'Est europeo, da imprese pubbliche che operano in monopolio, impedendo la formazione di una qualsiasi forma di mercato nel settore di riferimento. D'altro canto, i paesi dell'Europa occidentale cercano di assicurarsi rifornimenti energetici sicuri e stabili, evitando sia la dipendenza da fornitori esclusivi, sia i rischi eventualmente determinati dai paesi di transito che, per possibili proprie necessità dei prodotti che sono in transito nei loro territori o per contrasti con il paese produttore, possono ostacolare o rendere insicuri i rifornimenti. Sono ben noti in proposito i problemi determinatisi in Europa occidentale, e in particolare in Italia nell'inverno 2006, a seguito dei contrasti fra Russia e Ucraina quanto al prezzo delle forniture russe di gas all'Ucraina e al prezzo da pagare a quest'ultimo paese per il transito nel suo territorio dei rifornimenti di gas per gli Stati europei consumatori.

Le Parti Contraenti si impegnano in particolare a facilitare il transito dei prodotti energetici e dei materiali connessi applicando il principio generale della libertà di transito senza discriminazioni fondate sull'origine, la destinazione o la proprietà dei prodotti e materiali in questione e in particolare senza discriminazioni sui prezzi basate sulle medesime ragioni (art. 7 del Trattato). In caso di controversie, uno Stato di transito non dovrà interrompere o ridurre il flusso dei prodotti e materiali

attraverso il suo territorio finché non saranno stati utilizzati ed esauriti i meccanismi contrattuali, o altrimenti previsti, per la soluzione delle controversie in questione. In ogni caso, una Parte Contraente che sia parte della controversia potrà rivolgersi al Segretario Generale, il quale nominerà un conciliatore per ottenere una soluzione concordata. Nel caso in cui un accordo non possa essere raggiunto entro tre mesi, il conciliatore raccomanderà una soluzione della controversia, o un meccanismo per la soluzione della stessa e al contempo fisserà le tariffe provvisorie e le altre condizioni che dovranno essere applicate al transito fintanto che la soluzione della controversia non sia raggiunta.

In materia di transito, al fine di migliorare i contenuti delle disposizioni del Trattato e di facilitarne l'applicazione, le Parti Contraenti stanno elaborando un Transit Protocol le cui negoziazioni sono iniziate nel 2000. Tuttavia, non sono stati ancora raggiunti risultati definitivi. Sono stati inoltre adottati, nel 2003, due Accordi Modello in materia di condotte transfrontaliere con le seguenti denominazioni: Inter-Governmental Model Agreement (IGA) e Host-Government Model Agreement (HGA).⁵

Questioni ambientali

L'art. 19 del Trattato contiene delle disposizioni generali in materia di ambiente. Nel perseguimento del suo sviluppo sostenibile e nel rispetto dei suoi obblighi internazionali in tema di protezione dell'ambiente, ogni Parte Contraente cercherà di minimizzare, in maniera economicamente efficiente, le conseguenze negative delle operazioni del cosiddetto *ciclo dell'energia*. Questo impegno è relativo sia alle conseguenze all'interno del proprio territorio, sia a quelle al di fuori di esso. Esso concerne tutte le operazioni della catena dell'energia, dalla prospezione ed esplorazione delle risorse, alla produzione, lo stoccaggio, il trasporto, la distribuzione e il consumo dei prodotti. Sono inoltre comprese le attività di disposizione dei rifiuti, quelle di messa a riposo e di chiusura degli impianti. Nelle loro operazioni le Parti Contraenti dovranno adottare quelle misure

³ Alla data del 3 maggio 2006, l'Emendamento ha raggiunto trenta ratifiche. Quattordici Stati lo applicano in via provvisoria. Sette Stati non lo applicano ancora. Fra questi: Australia (che non applica ancora nemmeno il Trattato), Romania, Norvegia, Giappone e Russia (che invece applica provvisoriamente il Trattato).

⁴ Per il testo dell'Emendamento e dell'Atto Finale della Energy Charter Conference che lo ha adottato, si veda Energy Charter Secretariat, 2004.

⁵ Sia sui negoziati per l'adozione del Transit Protocol, sia sui due Accordi Modello IGA e HGA, si veda Energy Charter Secretariat, 2005; per i testi degli Accordi, si veda il sito web sopra citato, nota 1. I testi presenti sono attualmente in corso di rinegoziazione e di revisione.

precauzionali utili a evitare il degrado ambientale. In ogni caso dovranno sopportare i costi dell'inquinamento causato, incluso l'inquinamento transfrontaliero, avendo riguardo per l'interesse pubblico e senza causare distorsioni in materia di investimenti e commercio internazionale.

Contemporaneamente al Trattato è stato sottoscritto il Protocollo sull'Efficienza Energetica e i Connessi Aspetti Ambientali (The Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, PEEREA), entrato anch'esso in vigore nel 1998.⁶ Il Protocollo impegna le Parti Contraenti a rinforzare le loro politiche di efficienza energetica sulla base dei principi generali che seguono: formazione di prezzi corrispondenti ai reali costi dell'energia e ai costi ambientali; trasparenza dei meccanismi regolamentari; diffusione e trasferimento delle tecnologie; adozione di programmi per il miglioramento dell'efficienza energetica; promozione degli investimenti in quest'ultimo settore. Al fine di promuovere e monitorare l'applicazione del Protocollo è stato costituito un *working group* che ha esaminato i programmi adottati o in via di adozione da parte di numerosi paesi membri, in particolare dell'Europa orientale. Il gruppo si occupa anche di temi di interesse generale, fra i quali spicca attualmente quello del collegamento fra efficienza energetica e fonti di energia rinnovabili.⁷

La concorrenza

Fra le altre disposizioni particolari del Trattato che meritano di essere ricordate vi è quella dell'art. 6 in tema di concorrenza. In essa le Parti Contraenti si impegnano a operare per ridurre gli ostacoli alla concorrenza nelle attività economiche nel settore dell'energia. Ogni Parte assicurerà l'applicazione nel suo territorio delle norme necessarie e adeguate a fronteggiare condotte anticoncorrenziali, sia unilaterali sia concertate, nelle attività economiche nel settore dell'energia. Le Parti che hanno esperienza nell'applicazione delle regole di concorrenza prenderanno nella massima considerazione la possibilità di fornire assistenza alle altre Parti nel formulare e applicare tali regole di concorrenza. In caso di controversia fra Parti Contraenti circa le attività anticoncorrenziali condotte nel territorio di una di queste, la disposizione prevede un reciproco scambio di informazioni e la collaborazione fra le Parti interessate o le rispettive Autorità a tutela della concorrenza. Oltre a questo meccanismo, la controversia potrà essere sottoposta esclusivamente alla procedura generale di arbitrato fra Parti Contraenti stabilita dall'art. 27 del Trattato, che sarà descritta successivamente. È quindi esclusa quella forma di ricorso individuale che è offerta, in materia di investimenti, agli investitori di una Parte Contraente contro un'altra Parte Contraente.

10.6.3 Promozione e protezione degli investimenti

In considerazione delle finalità generali del Trattato, grande attenzione è riservata alla materia degli investimenti e ai relativi meccanismi di risoluzione delle controversie. Una parte specifica del Trattato, la Parte III, è dedicata alla promozione e alla protezione degli investimenti. Peraltro ulteriori e varie disposizioni del Trattato contribuiscono a formulare la disciplina complessiva del settore. Si tratta dell'art. 1, contenente le definizioni (per esempio, quelle dei termini *investimento* e *investitore*), nonché dell'art. 18, concernente la sovranità sulle risorse naturali.

Come è tradizione anche negli Accordi Bilaterali sugli Investimenti (v. cap. 10.5), la definizione di investimento adottata è molto ampia e consiste in «ogni tipo di bene posseduto o controllato direttamente o indirettamente da un investitore». La definizione include espressamente ogni proprietà su beni materiali o immateriali e ogni altro diritto, quali l'affitto, il mutuo, il pegno e l'ipoteca; inoltre, una impresa o partecipazioni azionarie o quote in una società, obbligazioni o altri debiti di una impresa o società; crediti di denaro o diritto alle prestazioni derivanti da contratto collegato a un investimento; la proprietà intellettuale e i redditi di impresa; ogni diritto conferito da un contratto o da licenze e permessi di intraprendere attività nel settore dell'energia ottenuti in virtù di una legge. La disposizione prevede che la protezione fornita dal Trattato si applichi agli investimenti successivi alla sua entrata in vigore, ma anche agli investimenti precedenti, purché relativi a fatti e questioni successivi a tale entrata in vigore.

Ampia è anche la definizione di investitore, anch'essa in armonia con la tradizione degli Accordi Bilaterali. Con riferimento a una Parte Contraente, investitore è: una persona fisica che ha la cittadinanza o la nazionalità, o è permanentemente residente in una Parte Contraente in conformità con il suo diritto applicabile; una società o altra organizzazione costituita in conformità con il diritto applicabile in una Parte Contraente. Questa definizione è applicabile anche a persone fisiche e giuridiche di Stati terzi. A tale proposito è peraltro da ricordare una delle Decisioni che costituiscono l'Annesso 2 all'Atto Finale della Energy Charter Conference. Ai sensi di questa Dichiarazione, l'investimento di un investitore di una Parte Contraente che non è parte di un Energy Investment Agreement (EIA), di una zona di libero scambio o di una unione doganale avrà diritto al

⁶ Il Protocollo costituisce l'Annesso 3 all'Atto Finale della Energy Charter Conference del 1994. Il testo è riprodotto in Energy Charter Secretariat, 2005.

⁷ Per le attività del *working group*, si veda Energy Charter Secretariat, 2005.

trattamento accordato sulla base di detto EIA o zona di libero scambio o unione doganale a condizione che abbia la sede statutaria, la amministrazione centrale o svolga la sua attività principale nel territorio di una parte di tale EIA o zona di libero scambio o unione doganale, oppure che, nel caso abbia solamente la sede statutaria in tale territorio, abbia però un legame effettivo e continuo con l'economia di una delle parti di detto EIA, zona di libero scambio o unione doganale. La Dichiarazione dimostra, dunque, la cautela delle Parti Contraenti nell'attribuire il trattamento previsto dal Trattato a investimenti di investitori che hanno con il territorio rilevante solo il legame della sede statutaria dell'impresa che hanno costituito.

La sovranità sulle risorse naturali è un principio generale del diritto internazionale, ribadito in numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e in strumenti internazionali⁸. Il Trattato non poteva non darvi tutto il rilievo che il principio merita e cui è dedicato l'art. 18. Il modo e la misura in cui il principio è ribadito mettono tuttavia in luce come l'interesse principale tutelato dal Trattato sia quello della protezione degli investimenti.

In primo luogo si sottolinea che la sovranità e i diritti sovrani sulle risorse naturali vadano esercitati nel rispetto e in subordine alle regole del diritto internazionale. L'indicazione è indubbiamente corretta e da condividere, ma la stessa costituisce un'evidente puntualizzazione rispetto alle discussioni e i dubbi sollevati in proposito dal testo della Carta sui Diritti e Doveri Economici degli Stati⁹ del lontano 1974. Si afferma poi che nulla nel Trattato pregiudica le norme che negli Stati contraenti disciplinano il regime della proprietà delle risorse energetiche, senza, però, che ciò danneggi gli obiettivi di facilitare l'accesso alle risorse energetiche e il loro sfruttamento con criteri commerciali.

Le Parti Contraenti si impegnano a facilitare l'accesso alle risorse energetiche attribuendo in maniera non discriminatoria e sulla base di criteri resi pubblici, autorizzazioni, licenze, concessioni e contratti relativi alle risorse energetiche. In ogni caso, comunque, l'art. 8, co. 3 dichiara che ogni Stato continua a godere del diritto di decidere le aree geografiche in cui lo sfruttamento delle risorse energetiche è permesso, il ritmo di tale sfruttamento, le imposte e i diritti dovuti per lo sfruttamento stesso. Ogni Stato ha il diritto di regolamentare gli aspetti ambientali e di sicurezza delle operazioni nel settore, nonché il diritto a partecipare alle operazioni sia direttamente, sia attraverso proprie imprese pubbliche.

Quanto agli obblighi sostanziali di trattamento degli investimenti riguardati dal Trattato, questo fornisce le indicazioni precise e dettagliate che sono essenzialmente comprese nella Parte III, artt. 10-17. L'art. 10, co. 1 fornisce, in sintesi, il quadro e le caratteristiche generali della disciplina. Ogni Parte Contraente è tenuta

a incoraggiare e a creare per gli investimenti provenienti dalle altre Parti Contraenti condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti. In ogni caso agli investimenti verrà assicurato un trattamento *fair and equitable* (Happ, 2002; Wälde, 2004); gli investimenti dovranno godere inoltre della *most constant protection and security* e non dovranno essere impediti, con misure irragionevoli e discriminatorie, conduzione, manutenzione, uso, godimento e cessazione che li riguardino. In nessun caso a tali investimenti sarà accordato un trattamento meno favorevole di quanto richiesto dal diritto internazionale, ivi compreso il diritto internazionale convenzionale.¹⁰ Inoltre, le Parti Contraenti si impegnano a osservare ogni obbligazione che avranno contratto con gli investitori o gli investimenti protetti (*umbrella clause*).¹¹ In particolare, il trattamento da riservare agli investimenti protetti non sarà mai meno favorevole di quello che una Parte Contraente riserva ai suoi investitori o agli investitori di un'altra Parte Contraente, o di uno Stato terzo, se più favorevole (art. 16, co. 3).

Di sicuro interesse, in quanto innovative rispetto alle tradizionali normative degli Accordi Bilaterali di Investimento (v. cap. 10.5), sono le disposizioni circa l'ingresso degli investimenti stranieri (Tucker, 1998). Il *Making of Investment* è definito (art. 1, co. 8) come la realizzazione di un nuovo investimento, l'acquisizione totale o parziale di un investimento esistente o lo spostamento in un diverso settore di investimento. A questo proposito l'art. 10, co. 5 e 6 stabilisce che ogni Parte Contraente farà in modo di limitare al massimo le eccezioni

⁸ La più celebre Risoluzione è quella dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 1803 (VII) del 1962. Si veda Frigo, 1982.

⁹ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle NU n. 3281 (XXIX) del 1974, sulla quale per tutti gli ulteriori riferimenti si veda Di Blase, 1996.

¹⁰ Va qui osservato come fra gli Understanding delle Parti Contraenti, relativi a varie disposizioni del Trattato, che sono compresi nell'Atto Finale della Energy Charter Conference e che precedono lo stesso testo del Trattato, il numero 17, che concerne gli artt. 26 e 27, chiarisce il riferimento alle obbligazioni da trattato contenuto all'art. 10 co. 1 e non include le decisioni adottate dalle organizzazioni internazionali, anche se giuridicamente vincolanti, o i trattati entrati in vigore prima del 1° gennaio 1970.

¹¹ Si vedano in proposito le considerazioni e gli argomenti di Wälde, 2004 per quanto riguarda i singoli obblighi di trattamento degli investimenti provenienti da altre Parti Contraenti. In particolare pp. 381 ss., per il trattamento nazionale e non discriminatorio; pp. 385 ss., per il *fair and equitable treatment*; pp. 392 ss., per il rispetto delle obbligazioni contrattuali assunte con gli investitori (a quest'ultimo proposito si veda anche la nota 13); pp. 400 ss., per il trattamento non meno favorevole di quanto richiesto dal diritto internazionale, ivi compreso il diritto internazionale patrizio; p. 402, per le misure di effetto equivalente a una espropriazione. A quest'ultimo proposito si veda, infine, Schreuer, 2005, la sezione dedicata a Breach of Contract and Expropriation.

al trattamento più favorevole previsto dall'art. 16, co. 3. e rimuovere progressivamente le restrizioni che riguardano gli investitori delle altre Parti Contraenti. Inoltre, una Parte Contraente potrà in qualsiasi circostanza dichiarare alla Energy Charter Conference, tramite il Segretariato, la sua intenzione di non introdurre nuove eccezioni al *Making of Investment* rispetto al trattamento più favorevole previsto all'art. 16, co. 3. Infine, una Parte Contraente potrà, sempre in ogni circostanza, assumere un impegno volontario ad accordare all'ingresso degli investitori delle altre Parti Contraenti il trattamento più favorevole stabilito sempre dall'art. 16, co. 3. Questo impegno, notificato al Segretariato e indicato nell'Annesso VC, sarà vincolante ai sensi del Trattato.

Altre disposizioni importanti in tema di trattamento degli investimenti sono quelle sul risarcimento dei danni e sulle espropriazioni. Quanto al risarcimento dei danni diversi da quelli derivanti da espropriazioni, l'art. 12 stabilisce che per i danni derivanti da guerra o conflitto armato, stato di emergenza nazionale, agitazioni civili o altri eventi simili, un investitore di un'altra Parte Contraente dovrà ricevere il trattamento più favorevole che la Parte Contraente ospite dell'investimento riserva ai propri investitori o agli investitori di un'altra Parte Contraente o di uno Stato terzo. Quanto sopra si riferisce alle restituzioni, agli indennizzi, alle compensazioni o a ogni altro accordo per il risarcimento del danno. In ogni caso, l'investitore che subisca la requisizione di tutto o parte del suo investimento da parte delle forze o autorità della Parte Contraente ospite, oppure la distruzione totale o parziale dello stesso da parte delle medesime forze e autorità, distruzione non necessariamente richiesta dalla situazione, avrà diritto a una restituzione o compensazione che dovrà essere pronta, adeguata ed effettiva.

La disciplina delle espropriazioni è particolarmente dettagliata e con qualche caratteristica specifica.¹² In primo luogo è da notare che il concetto di espropriazione (utilizzato dall'art. 16) comprende anche le nazionalizzazioni e ogni altra misura avente effetti equivalenti a quelli delle espropriazioni e delle nazionalizzazioni. È specificamente chiarito che l'espropriazione include anche quelle situazioni in cui vengono espropriati i beni di una società o impresa in cui un investitore ha effettuato un investimento anche attraverso l'acquisto di azioni (art. 16, co. 3). Esse non possono essere effettuate nei confronti di un investimento protetto se non per un fine di pubblico interesse, in maniera non discriminatoria, attuate in conformità alla legge e accompagnate da un indennizzo pronto adeguato ed effettivo. Viene specificato in proposito che l'indennizzo dovrà corrispondere al *fair market value* dell'investimento al momento immediatamente precedente l'espropriazione.

Questo giusto prezzo di mercato sarà espresso a richiesta dell'investitore in una valuta convertibile al tasso di

cambio di mercato al momento della espropriazione e comprenderà un interesse, sempre a tasso commerciale, a partire dalla data dell'espropriazione fino a quella del pagamento. Infine, l'investitore avrà diritto a una *prompt review* alla stregua della legge della Parte Espropriante, e a opera di un organo giudiziario o altra autorità indipendente di tale Parte, della sua domanda, della valutazione del suo investimento e del pagamento dell'indennizzo, secondo quanto stabilito dal Trattato.

Al termine dell'analisi dei diritti e obblighi delle Parti Contraenti è il caso di sottolineare l'importanza della disposizione finale della Parte III del Trattato, l'art. 17, ai sensi della quale ogni Parte Contraente si riserva il diritto di negare i vantaggi stabiliti nella stessa Parte III in due casi particolari che coinvolgono Stati terzi. La prima eccezione è quella di una persona giuridica posseduta o controllata da cittadini o nazionali di uno Stato terzo se tale entità non svolge una sostanziale attività economica nel territorio della Parte Contraente nella quale è costituita.¹³ La seconda eccezione è quella di un investimento rispetto al quale la Parte Contraente ospite dimostra che si tratta dell'investimento di un investitore di uno Stato terzo con il quale tale Parte non intrattiene relazioni diplomatiche o rispetto al quale adotta o mantiene misure che vietano operazioni con investitori di quello Stato, oppure misure che sarebbero violate o aggirate se i vantaggi della Parte III fossero estese agli investitori o agli investimenti di quello Stato terzo.

10.6.4 Risoluzione delle controversie fra investitori e Stati e fra Stati

Quanto alla risoluzione delle controversie, apposite discipline vengono previste per le controversie fra un investitore e una Parte Contraente e per le controversie fra Parti Contraenti. Il primo tipo di controversie è disciplinato dall'art. 26 che è stato oggetto di numerosi commenti

¹² Si vedano la descrizione del tema e le argomentazioni di Schreuer, 2005.

¹³ Di questa eccezione si è occupato il Tribunale Arbitrale ICSID costituito in applicazione dell'art. 26 dell'ECT nel caso *Plama Consortium Ltd c. Republic of Bulgaria*. Il Tribunale Arbitrale nella sua sentenza sulla giurisdizione dell'8 febbraio 2005 ha deciso che la dichiarazione bulgara non poteva avere effetto retroattivo e che quindi avrebbe avuto l'effetto di escludere l'investitore dai benefici sostanziali a esso attribuiti dalla Parte III dell'ECT solo a partire dalla propria data e non per il periodo precedente. Inoltre, la dichiarazione stessa può incidere solo sui diritti sostanziali dell'investitore e non sui diritti procedurali, quali quello del diritto al ricorso all'arbitrato internazionale (nel caso di specie l'arbitrato ICSID) attribuito all'investitore dall'art. 26 ECT. Il testo della sentenza è riprodotto in Energy Charter Secretariat, 2005.

dottrinari per il suo indubbio interesse.¹⁴ È preliminarmente stabilito che ogni controversia di questo tipo e relativa all'applicazione della Parte III del Trattato deve, se possibile, essere risolta amichevolmente. Se la soluzione amichevole non è raggiunta entro tre mesi dalla richiesta che se ne è fatta, l'investitore potrà scegliere di sottoporre la controversia: alle corti o ai tribunali amministrativi della Parte Contraente parte della controversia; alle procedure di risoluzione precedentemente convenute; alle procedure indicate nello stesso art. 26. Con la sottoscrizione del Trattato ogni Parte Contraente dà il proprio incondizionato consenso all'arbitrato o alla conciliazione previsti dall'art. 26. Sono escluse le Parti Contraenti indicate nell'Annesso ID¹⁵ che non danno il loro consenso incondizionato nel caso in cui l'investitore abbia in precedenza sottoposto la disputa ai primi due meccanismi indicati sopra. Le Parti Contraenti indicate nell'Annesso IA (Australia, Canada, Norvegia e Ungheria) non danno il loro consenso con riguardo a controversie che hanno a oggetto l'applicazione dell'ultima frase dell'art. 10, co. 1, la quale prevede l'impegno a rispettare gli obblighi contrattualmente assunti con l'investitore (*umbrella clause*).¹⁶

Nel caso in cui un investitore abbia scelto il meccanismo previsto dall'art. 26, dovrà procedere a dare per iscritto il suo consenso a che la controversia sia sottoposta a uno dei tre meccanismi elencati nell'art. 26, co. 4. Questi meccanismi sono: il Centro di Washington per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) nel caso in cui i requisiti di nazionalità e di partecipazione alla Convenzione di Washington sussistano, o, in mancanza, secondo le Additional Facility Rules dello stesso ICSID; l'arbitrato secondo il Regolamento Arbitrale dell'UNCITRAL; l'arbitrato previsto dall'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Ogni arbitrato previsto dall'art. 26 si svolgerà, a richiesta di una parte, in uno Stato contraente della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali. Inoltre, le domande dedotte in arbitrato saranno ritenute derivanti da una relazione commerciale, ai sensi e ai fini dell'art. 1 di tale Convenzione.

Un Tribunale costituito a termini dell'art. 26, co. 4 deciderà le questioni litigiose in conformità con il Trattato sulla Carta dell'Energia e con le regole e i principi del diritto internazionale.¹⁷ Le sentenze saranno definitive e vincolanti per le parti in controversia. Una sentenza concernente una misura adottata da una autorità governativa locale o altro ente locale dovrà prevedere che la Parte Contraente in controversia possa pagare danni monetari al posto di ogni altro rimedio che sia stato deciso. Ogni Parte Contraente darà esecuzione senza indugio alla sentenza arbitrale e adotterà misure per la effettiva esecuzione della sentenza nel suo territorio.

Quanto alle controversie fra Parti Contraenti concernenti l'interpretazione e l'applicazione del Trattato, l'art. 27 stabilisce che queste saranno risolte per via diplomatica.¹⁸ Se, invece, questa risoluzione per via diplomatica non si realizza in un tempo ragionevole, ogni Parte potrà, a seguito di notifica scritta all'altra

¹⁴ Si vedano, per tutti: Wälde, 1996b, in particolare pp. 442 ss.; Tucker, 1998; Hober, 2003.

¹⁵ Le Parti Contraenti che, nei due casi riferiti nel testo, non permettono a un investitore di ricorrere all'arbitrato internazionale di cui all'art. 26 del Trattato sono piuttosto numerose (24). Tra di esse, le Comunità Europee e alcuni loro Stati membri fra i quali l'Italia. È da notare al riguardo che la dichiarazione è stata fatta anche da alcuni Stati che non hanno ancora completato il procedimento di ratifica del Trattato, nonché da Canada e Stati Uniti che non lo hanno nemmeno sottoscritto. Su questa possibile riserva al Trattato si veda, in particolare, Vandeveld, 1996, pp. 415 ss., il quale osserva che la riserva permette agli Stati di evitare che una decisione dei propri tribunali possa poi essere rovesciata o superata da una successiva sentenza arbitrale internazionale, ma al contempo questa riserva scoraggerà gli investitori dallo scegliere il ricorso ai tribunali interni dello Stato ospite. Si veda, inoltre, Cremades, 2005.

¹⁶ L'art. 10, co. 1 del Trattato pone, ovviamente, il problema di stabilire quali siano i contratti la violazione dei quali assurge a violazione del Trattato. In effetti, non tutti i numerosissimi contratti che gli Stati stipulano con investitori stranieri possono assumere questa rilevanza. È stato giustamente affermato (Happ, 2002, in particolare pp. 345 ss.) che l'interpretazione sistematica dell'art. 10, co. 1 alla luce dell'intero Trattato conduce al risultato che i contratti così protetti sono esclusivamente quelli che riguardano direttamente gli investimenti e ne stabiliscono le condizioni (*investment agreements* o *State contracts*) e che la violazione dell'impegno contrattuale da parte dello Stato non deve rappresentare un semplice inadempimento contrattuale, ma l'esercizio di un potere di governo o comunque pubblico. Questa posizione appare del tutto convincente.

¹⁷ Per le ragioni di carattere generale che richiedono che le sentenze emanate alla stregua dei meccanismi propri del Trattato siano conformi al diritto internazionale, così come accade per le sentenze ICSID e quelle NAFTA, si veda Giardina, 2003, in particolare pp. 655-661. In effetti, lo Stato nazionale dell'investitore non potrà esercitare la protezione diplomatica del proprio cittadino contro la Parte Contraente ospite dell'investimento fintanto che è in corso di svolgimento una delle procedure arbitrali previste dall'art. 26 e nei confronti della Parte che si conforma alla sentenza arbitrale. Questa rinuncia alla protezione diplomatica non è esplicitata come invece è fatto nell'art. 27, co. 1 dell'ICSID, ma si ricava per necessaria implicazione dall'art. 27 del Trattato ai sensi del quale nessuna azione intrapresa da una Parte Contraente contro un'altra Parte Contraente potrà avere successo quando questa seconda Parte abbia rispettato e si comporti conformemente al Trattato. In effetti, quanto all'esecuzione delle sentenze arbitrali, l'art. 26, co. 8, ultima frase, stabilisce esplicitamente l'obbligo di adempimento di quanto stabilito nel lodo e quello di garantire l'effettiva esecuzione del lodo stesso.

¹⁸ Sul meccanismo di soluzione delle controversie fra Parti Contraenti si vedano soprattutto: Vandeveld, 1996; Wälde, 1996b.

Parte, sottoporre la controversia a un Tribunale Arbitrale costituito *ad hoc* secondo modalità previste nello stesso art. 27, con il Segretario Generale della Corte Permanente di Arbitrato dell'Aia che svolgerà la funzione di *appointing authority*. Il Tribunale applicherà, se le Parti non convengono diversamente, il Regolamento Arbitrale dell'UNCITRAL e avrà sede all'Aia. Anche questo Tribunale, così come quelli previsti per le controversie fra investitori e Stati, deciderà la controversia in conformità con il Trattato e con le regole e i principii del diritto internazionale applicabili.

Infine, tralasciando le controversie fra Parti Contraenti che finora non si sono verificate e che hanno comunque una possibilità di insorgere molto ridotta, è il caso di menzionare che anche le controversie fra investitori e Stati non sono finora state numerose. In due casi sono state pronunciate sentenze di merito, in un altro caso è stata pronunciata una sentenza sulla giurisdizione,¹⁹ tre casi sono pendenti. La scarsità delle controversie è certamente dovuta alla recente entrata in vigore del Trattato, ma sembra dimostrare anche come le Parti Contraenti siano essenzialmente impegnate a perfezionare gli strumenti applicativi del Trattato, nonché a sviluppare e ampliare gli impegni assunti con il Trattato stesso.

Bibliografia citata

- BABADJI R. (1996) *Le Traité sur la Charte Européenne de l'Énergie*, «Annuaire Français de Droit International», 2, 872.
- BRAZELL L. (1994) *The draft energy charter treaty: trade, competition, investment and environment*, «Journal of Energy & Natural Resources Law», 12, 299-341.
- CREMADES B.M. (2005) *Arbitration under the Energy Charter Treaty and other investment protection treaties: parallel arbitration tribunals and awards*, «Transnational Dispute Management», 2.
- DI BLASE A. (1996) *La Carta dei diritti e doveri economici degli Stati*, in: Giardina A., Tosato G.L., *Diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 147.
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT (2004) *The Energy Charter Treaty and related documents*, Bruxelles, Energy Charter Secretariat.
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT (2005) *Annual report*, Bruxelles, Energy Charter Secretariat.
- FRIGO M. (1982) *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in: Picone P., Sacerdoti G., *Diritto internazionale dell'economia. Raccolta sistematica dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi e note*, Milano, Franco Angeli, 245.
- GAILLARD E. (2005) *Energy Charter Treaty: international center for settlement decision*, «New York Law Journal», 66, 1-2.
- GIARDINA A. (2003) *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, «Revue de l'Arbitrage», 3, 647-666.
- HAPP R. (2002) *Dispute settlement under the Energy Charter Treaty*, «German Yearbook of International Law», 45, 331-362.
- HOBER K. (2003) *Investment arbitration in Eastern Europe. Recent cases on expropriation*, «The American Review of International Arbitration», 14, 377-446.
- SCHAEFFER E. (1998) *Le Traité sur la Charte de l'Énergie et l'accès des produits énergétiques des pays de l'Est aux marchés de l'UE*, in: Hafner G. (edited by) *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, den Haag, Kluwer, 593.
- SCHREUER C. (2005) *The concept of expropriation under the Energy Charter Treaty and other investment protection treaties*, in: *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty. Proceedings of the conference*, Stockholm, 9-10 June.
- TOUSCOZ J. (1996) *Le Traité de la Charte de l'Énergie. Aspects juridiques*, «Revue de l'Énergie», 481, 494-498.
- TUCKER A.E.L. (1998) *The Energy Charter Treaty and 'compulsory' international state/investor arbitration*, «Leiden Journal of International Law», 11, 513-526.
- VANDELDELDE K.J. (1996) *Arbitration provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty*, in: Wälde T.W., *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment and trade*, London, Kluwer, 409.
- WÄLDE T.W. (editor) (1996a) *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment and trade*, London, Kluwer.
- WÄLDE T.W. (1996b) *Investment arbitration under the Energy Charter Treaty*, «Arbitration International», 4, 429-467.
- WÄLDE T.W. (2004) *Energy Charter Treaty. Based investment arbitration*, «The Journal of World Investment & Trade», 3, 373-412.

ANDREA GIARDINA

Università di Roma 'La Sapienza'
Roma, Italia

¹⁹ Se ne vedano i riferimenti nella nota 13. Per una presentazione della sentenza, si veda Gaillard, 2005. Si vedano anche i riferimenti agli altri casi, pendenti o decisi.

