

Dottorato di ricerca in
Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti della persona
nella prospettiva europea e internazionale

XXXI Ciclo

***Curriculum* di Diritto internazionale e dell'Unione europea**

Coordinatore: Prof. Angelo Davì

**LA TUTELA DEGLI INTERESSI NON ECONOMICI
NEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE.
MODELLI NORMATIVI E PROBLEMI DI COORDINAMENTO**

Dottoranda

Azzurra Muccione

Supervisore

Prof.ssa Maria Irene Papa

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

LA PROTEZIONE DI INTERESSI NON ECONOMICI ATTRAVERSO LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE

SEZIONE I - LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE NEGLI ACCORDI OMC

1. L'obiettivo dello sviluppo sostenibile indicato nel Preambolo dell'Accordo di Marrakech e le clausole di eccezione a tutela di valori non commerciali contenute nei principali Accordi allegati.....	4
1.1. Le clausole di eccezione nel GATT e nel GATS.....	6
1.2. I meccanismi di flessibilità nell'Accordo TRIPs: la disciplina dei brevetti e la tutela della salute.....	9
2. La rilevanza della tutela dei valori non commerciali ai fini dell'accertamento della similarità delle merci. Il caso <i>EC - Asbestos</i> e la dottrina del cd. <i>Aim and Effect Test</i>	12
3. L'applicazione delle clausole di eccezione del GATT e del GATS: le diverse fasi dell'accertamento della conformità della misura alle condizioni previste.....	17
4. I motivi di giustificazione venuti in rilievo nella prassi OMC.....	23
4.1. La tutela della moralità pubblica e lo standard di controllo sul contenuto della nozione. Il caso <i>EC-Seal Products</i>	24
4.2. La tutela della vita e della salute delle persone, degli animali e dei vegetali. Il caso <i>Brazil-Retreaded Tyres</i>	35
4.3. La tutela delle risorse naturali esauribili. Il caso <i>US-Shrimp</i>	38
5. L'approccio degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC rispetto al problema dei limiti territoriali dell'ambito di applicazione dell'art. XX GATT.....	42
6. La rilevanza dell'art. XX, lett. a) e lett. e), GATT per giustificare misure adottate in relazione alle condizioni di lavoro esistenti in altri Stati membri.....	47

SEZIONE II - LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE PER LA TUTELA DI VALORI NON COMMERCIALI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE

1. La diffusione di clausole di deroga formulate sul modello dell'art. XX del GATT 1947.....	51
2. La prassi relativa all'invocazione delle deroghe a tutela di interessi non economici nell'ambito dell'Unione europea.....	57
2.1 L'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.....	58
2.2 La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle esigenze imperative degli Stati membri.....	70
2.3 Il problema della sfera di applicazione territoriale delle deroghe. L'approccio della Corte di giustizia.....	78
3. La prassi relativa all'invocazione delle clausole di eccezione in altri accordi di integrazione economica regionale. Il contesto del MERCOSUR.....	83

CAPITOLO II

OBBLIGHI DI ARMONIZZAZIONE E TUTELA DI INTERESSI NON ECONOMICI

SEZIONE I - GLI ACCORDI OMC RELATIVI AGLI OSTACOLI TECNICI

1. Introduzione.....	89
2. La disciplina dell'Accordo TBT sui regolamenti tecnici.....	91
2.1. L'applicazione dell'Accordo TBT alle misure sui processi e metodi di produzione (<i>Processes and Production Methods</i> , PPMs).....	95
2.2 La nozione di «standard tecnici internazionali» rilevante ai fini dell'Accordo TBT.....	100
2.3 Gli obiettivi legittimi delle regolamentazioni tecniche dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. La prassi rilevante.....	103
3. La disciplina dell'Accordo SPS.....	113
3.1. L'interpretazione degli obblighi in materia di fondamento scientifico delle misure SPS: la rilevanza del principio di precauzione.....	116
3.2. Misure restrittive a tutela della biodiversità e ambito di applicazione dell'Accordo SPS.....	128

SEZIONE II - LA RIDUZIONE DEGLI OSTACOLI TECNICI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE
ECONOMICA REGIONALE

1. La diffusione di obblighi di armonizzazione cd. <i>WTO-Plus</i> negli accordi che istituiscono aree di libero scambio.....	131
2. L'eliminazione o la riduzione degli ostacoli tecnici nell'ambito degli accordi che istituiscono forme di integrazione economica particolarmente avanzata.....	133
2.1. L'integrazione positiva nell'Unione europea: l'art. 114 TFUE.....	134
2.2. <i>Segue</i> : l'esempio del regolamento (CE) 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalle foche. I riflessi nel sistema OMC del ricorso per l'annullamento del regolamento.....	138
2.3. Le deroghe alle misure di ravvicinamento adottate in base all'art. 114 TFUE.....	140
2.4. <i>Segue</i> : l'invocazione delle deroghe nella prassi relativa al commercio di OGM.....	141
3. Il crescente rilievo della protezione di interessi non economici quale finalità delle organizzazioni regionali di integrazione economica. L'Unione europea ed altre esperienze: <i>cenni</i>	146

CAPITOLO III

**IL COORDINAMENTO TRA GLI OBBLIGHI COMMERCIALI E GLI OBBLIGHI A TUTELA
DI VALORI NON COMMERCIALI NELLA PROSPETTIVA DEL REGIONALISMO E DEL
MULTILATERALISMO ECONOMICO**

SEZIONE I - GLI OBBLIGHI IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI DIRITTI DEI
LAVORATORI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE CHE
ISTITUISCONO AREE DI LIBERO SCAMBIO

1. Il contenuto e la <i>ratio</i> di tali obblighi.....	150
2. Potenzialità e limiti delle disposizioni in materia di tutela ambientale e sociale contenute negli accordi preferenziali.....	154

3. La (scarsa) presenza negli accordi preferenziali di clausole di subordinazione in favore di altri accordi internazionali.....	157
--	-----

SEZIONE II - L'INTERAZIONE TRA IL DIRITTO OMC E GLI OBBLIGHI CONVENZIONALI
ESTERNI

1. L'assenza negli Accordi OMC di norme di coordinamento con altri regimi convenzionali e il rischio della c.d. frammentazione del diritto internazionale.....	159
2. Alcune ipotesi di interferenze o di conflitti tra gli Accordi OMC ed altri accordi.....	163
3. Il rilievo delle regole sulla soluzione dei conflitti tra accordi.....	166
4. Il dibattito sull'applicabilità di norme esterne al sistema OMC da parte dei <i>panels</i> e dell'Organo d'appello alla luce della DSU.....	171
5. Il rilievo delle norme esterne ai fini dell'interpretazione degli Accordi OMC, in particolare alla luce del principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.....	174
6. <i>Segue</i> : il rilievo attribuito a strumenti internazionali esterni come «prove di fatti» nella prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC.....	181
7. <i>Segue</i> : considerazioni in merito alla possibile compatibilità di misure ricollegabili a regimi esterni con i requisiti previsti dalle clausole di eccezione del sistema OMC o dalle disposizioni che hanno una funzione simile a queste ultime.....	182
8. Le proposte di coordinamento tra il sistema multilaterale del commercio e altri regimi convenzionali emerse nell'ambito del <i>Doha Round</i>	185
8.1. Il rapporto tra la disciplina dell'OMC e i <i>Multilateral Environmental Agreements</i>	186
8.2. Il rapporto tra l'Accordo TRIPs e gli obblighi internazionali in materia di protezione della diversità biologica e delle conoscenze tradizionali delle comunità indigene.....	192
8.3. La riforma della disciplina dei sussidi alla pesca per la tutela delle risorse marine.....	199

8.4. Le trattative in vista dell'adozione di un accordo plurilaterale sul commercio di beni ambientali (<i>Environmental Good Agreement</i>).....	202
---	-----

CONCLUSIONI	204
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	209
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca intende affrontare lo studio degli interessi o valori non economici nel diritto del commercio internazionale, materia caratterizzata da un certo grado di complessità poiché al sistema di accordi multilaterali gestito dall'Organizzazione mondiale del commercio (di seguito OMC) si affianca, ormai, una fitta rete di accordi di integrazione economica regionale. Gli obblighi internazionali che derivano da tali accordi possono incidere in vario modo sulla tutela di interessi o valori non economici. Pertanto, la ricerca è volta a verificare se e in che modo tali obblighi consentano agli Stati di attuare misure e politiche pubbliche orientate alla tutela di interessi non economici.

Il tema della ricerca è, da tempo, oggetto di attenzione da parte della dottrina internazionalistica. Le indagini sullo spazio di tutela riservato agli interessi non economici riguardano, peraltro, non solo la materia degli scambi commerciali bensì molteplici aspetti del diritto internazionale dell'economia. L'interesse crescente verso lo studio di tale tema si deve, in particolar modo, al fatto che la tutela di valori non economici è imposta da norme internazionali, in molti casi attraverso obblighi che hanno un contenuto dettagliato, e, pertanto, vi è un'interazione tra regimi internazionali che perseguono finalità divergenti, interazione che comporta considerevoli problemi di rilievo teorico e pratico attinenti alla cosiddetta frammentazione dell'ordinamento internazionale. Lo studio dei problemi indicati è quindi mosso da una preoccupazione di fondo che riguarda il rischio di una prevalenza degli interessi economici a discapito della tutela di valori sociali, dovuta al fatto che i primi, in linea generale, sono garantiti da obblighi internazionali caratterizzati da un maggiore grado di effettività rispetto a quella degli obblighi posti a tutela dei secondi.

Il dibattito della dottrina, talvolta, si è concentrato su aspetti che si situano *a monte*, per così dire, della disciplina del commercio internazionale. Infatti, soprattutto a partire dall'istituzione dell'OMC con l'Accordo di Marrakech del 1994 (Accordo che, come noto, ha dotato l'Organizzazione di un sistema di risoluzione particolarmente efficace), si è molto discusso circa la portata degli effetti degli accordi di libero scambio sul rispetto dei diritti umani o sulla tutela dell'ambiente negli Stati

membri. Il dibattito si è intensificato, poi, soprattutto a seguito di alcune controversie, e dei rapporti dei *panels* o dell'Organo d'appello ad esse relativi, che hanno riguardato specifiche questioni attinenti alla tutela di valori non economici, in particolar modo la tutela della salute e la preservazione di risorse naturali esauribili.

Il presente lavoro di ricerca muove da una prospettiva *interna*, per così dire, agli accordi multilaterali e regionali in materia di commercio. L'intento, infatti, è anzitutto quello di offrire un quadro ricostruttivo delle modalità di tutela degli interessi non economici all'interno di tali accordi. Infatti, tanto gli Accordi OMC quanto gli accordi di integrazione economica regionale prevedono norme che consentono agli Stati di adottare misure che perseguono obiettivi di tutela non economici nonostante queste ultime abbiano natura discriminatoria nei confronti delle merci importate o effetti restrittivi sugli scambi commerciali.

Per quanto riguarda l'OMC, a distanza di oltre venti anni dalla sua istituzione, si è sviluppata una prassi relativa a tali disposizioni, alla luce della quale sembra possibile ed opportuno evidenziare alcune linee di tendenza rispetto alla protezione degli interessi o valori sociali. La scelta di prendere in esame anche negli accordi di integrazione economica regionale si deve, invece, alla necessità di valutare le modalità di protezione degli interessi non economici nel contesto attuale nel quale avvengono gli scambi internazionali, contesto caratterizzato, appunto, da accordi che assicurano tipologie differenti di trattamenti commerciali preferenziali.

Ad ogni modo, si precisa che nella presente disamina verrà dedicata particolare attenzione all'analisi della prassi del sistema OMC, in quanto gli Accordi dell'Organizzazione costituiscono un limite rilevante per l'adozione di misure commerciali restrittive che, pur essendo eventualmente consentite (o tollerate) nell'ambito di un determinato contesto di integrazione regionale potrebbero essere contestate dagli Stati che non siano parti all'accordo commerciale regionale rilevante e che ne asseriscano l'incompatibilità con gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'OMC. Peraltro, il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'OMC può trovarsi in competizione con i meccanismi previsti dagli accordi di integrazione economica regionale quando il ricorso al sistema OMC sia consentito dall'accordo regionale o sia comunque disponibile in via di fatto.

Nel Capitolo I si esamineranno le disposizioni formulate in termini di *clausole di deroga*, nonché la prassi ad esse relativa, che consentono l'adozione di misure a tutela di valori non economici contrarie ai *principali obblighi* contenuti negli accordi commerciali, obblighi che in relazione alla disciplina sugli scambi di merci, ad esempio, riguardano il principio di non discriminazione tra merci nazionali e merci straniere (e, nel caso dell'OMC, tra merci straniere), e il divieto di restrizioni quantitative alle importazioni e alle esportazioni.

Nel Capitolo II, invece, si esaminerà lo spazio riservato alla tutela degli interessi non economici dagli obblighi che attengono alla *riduzione degli ostacoli non tariffari* agli scambi, quindi all'*armonizzazione* delle normative tecniche che disciplinano la commercializzazione di beni e servizi.

Nel Capitolo III, infine, si analizzeranno anzitutto gli *obblighi positivi* relativi alla tutela di valori ed interessi non economici introdotti in alcune tipologie di accordi commerciali. Questi particolari tipi di obblighi realizzano forme di coordinamento con i regimi convenzionali *esterni*, soprattutto con quelli dedicati alla tutela dei diritti dei lavoratori e dell'ambiente. Considerata l'assenza di obblighi simili nel sistema OMC, si esamineranno, quindi, le questioni che attengono al rapporto, talvolta conflittuale, tra gli obblighi derivanti dagli Accordi OMC e gli obblighi derivanti da accordi esterni posti a tutela di rilevanti valori non economici.

CAPITOLO I

LA PROTEZIONE DI INTERESSI NON ECONOMICI ATTRAVERSO

LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE

SOMMARIO: SEZIONE I. LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE NEGLI ACCORDI OMC. 1. L'obiettivo dello sviluppo sostenibile indicato nel Preambolo dell'Accordo di Marrakech e le clausole di eccezione a tutela di valori non commerciali contenute nei principali Accordi allegati. 1.1. Le clausole di eccezione nel GATT e nel GATS. 1.2. I meccanismi di flessibilità nell'Accordo TRIPS: la disciplina dei brevetti e la tutela della salute. 2. La rilevanza della tutela dei valori non commerciali ai fini dell'accertamento della similarità delle merci. Il caso *EC-Asbestos* e la dottrina del cd. *Aim and Effect Test*. 3. L'applicazione delle clausole di eccezione contenute nel GATT e nel GATS: le diverse fasi dell'accertamento della conformità della misura alle condizioni previste. 4. La tutela della moralità pubblica e lo standard di controllo sul contenuto della nozione. Il caso *EC-Seal Products*. 5. La tutela della vita e della salute delle persone, degli animali e dei vegetali. Il caso *Brazil-Retreaded Tyres*. 6. La tutela delle risorse naturali esauribili. Il caso *US-Shrimp*. 7. L'approccio degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC al problema dei limiti territoriali dell'ambito di applicazione dell'art. XX GATT. 8. La rilevanza dell'art. XX, lett. a) e lett. e), GATT per giustificare misure adottate in relazione alle condizioni di lavoro esistenti in altri Stati membri. Alcune considerazioni alla luce della prassi del sistema OMC. **SEZIONE II. LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE PER LA TUTELA DI VALORI NON COMMERCIALI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE** 1. La diffusione di clausole di deroga formulate sul modello dell'art. XX GATT 1947. 2. Le deroghe a tutela di interessi non economici nell'ambito dell'Unione europea. 2.1. L'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 2.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle esigenze imperative degli Stati membri. 2.3: Il problema della sfera di applicazione territoriale delle deroghe. L'approccio della Corte di giustizia. 3. La prassi relativa all'invocazione delle clausole di eccezione in altri accordi di integrazione economica regionale.

SEZIONE I. LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE NEGLI ACCORDI OMC

1. L'obiettivo dello sviluppo sostenibile indicato nel Preambolo dell'Accordo di Marrakech e le clausole di eccezione a tutela di valori non commerciali contenute nei principali Accordi allegati

Il Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC¹ precisa che gli obiettivi perseguiti dalle Parti sono l'aumento della produzione e l'espansione dello scambio di

¹ L'Accordo istitutivo dell'OMC (di seguito Accordo OMC, Accordo istitutivo o Accordo di Marrakech) è stato concluso a Marrakech il 15 aprile 1994 al termine dell'*Uruguay round*, l'ottavo ciclo di negoziati realizzatosi a partire dal 1986 tra gli Stati parti al *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) concluso a Ginevra il 30 ottobre 1947. Quest'ultimo Accordo, come noto, sebbene non sia mai entrato formalmente in vigore, ha disciplinato e facilitato il commercio internazionale per oltre quarant'anni sulla base di un Protocollo di applicazione provvisoria, fino all'entrata in vigore

beni e servizi nella prospettiva di innalzare i livelli di vita e di assicurare il pieno impiego nei Paesi membri². Si tratta, com'è evidente, di obiettivi di carattere essenzialmente *economico*. La protezione di interessi e valori non commerciali è quindi un obiettivo di per sé estraneo all'OMC. I Membri dell'OMC hanno precisato, però, di voler perseguire tali obiettivi *in modo conforme ai principi dello sviluppo sostenibile*, precisamente consentendo «the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development»³.

Nella disciplina contenuta negli accordi allegati all'Accordo di Marrakech⁴, e in particolar modo negli accordi che disciplinano i tre settori materiali principali del diritto dell'OMC relativi agli scambi di merci e servizi e alla tutela della proprietà intellettuale (rispettivamente: il *General Agreement on Tariffs and Trade*, di seguito GATT; il *General Agreement on Trade in Services*, di seguito GATS; e l'Accordo sui *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, di seguito Accordo TRIPs), la tutela di interessi e valori non economici assume rilievo in alcune disposizioni che consentono di giustificare misure non conformi agli obblighi previsti da ciascun accordo ma che siano state adottate dagli Stati per perseguire tali interessi. Si tratta

dell'Accordo OMC alla data del 1° gennaio 1995. Alla data in cui si scrive risultano parti all'OMC ben 169 Membri, tra i quali l'Unione europea. L'Accordo di Marrakech è stato autorizzato e reso esecutivo dall'Italia con l. n. 747 del 29 dicembre 1994 pubblicata in *GU Serie generale* n. 7 del 10 gennaio 1995, Suppl. ordinario n. 1. Il testo dell'Accordo di Marrakech è formato dal Preambolo seguito da soli sedici articoli, che regolamentano essenzialmente gli aspetti istituzionali dell'OMC. Gli organi principali dell'Organizzazione sono la Conferenza ministeriale, che si riunisce ogni due anni, e il Consiglio generale; ad essi si affiancano gli organi sussidiari permanenti, come i tre Consigli che hanno competenza generale, rispettivamente, in materia di scambi di beni, di servizi e di tutela della proprietà intellettuale, ed organi sussidiari *ad hoc*. Come noto, la normativa sostanziale in materia di commercio internazionale non è contenuta nell'Accordo istitutivo, ma in una serie di accordi ad esso allegati che si distinguono in accordi *multilaterali*, vincolanti per tutti i membri dell'Organizzazione, e *plurilaterali*, vincolanti solo per gli Stati che decidono di aderirvi. Tra gli accordi multilaterali allegati all'Accordo di Marrakech, vi è anche l'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU), contenuta nell'Allegato 2. I testi degli accordi e i documenti relativi all'OMC sono consultabili alla pagina www.wto.org.

² Cfr. il primo Considerando del Preambolo.

³ *Ibidem*.

⁴ V. *supra*, la nota 1.

delle *clausole di eccezione*, che hanno la funzione di consentire agli Stati il perseguimento di determinate politiche pubbliche in materia commerciale⁵.

1.1. *Le clausole di eccezione nel GATT e nel GATS*

Nel GATT⁶, le clausole di eccezione rilevanti ai fini del presente studio⁷ sono due: l'art. XX, che consente di giustificare misure adottate al fine di tutelare alcuni valori non economici⁸, e l'art. XXI, che consente di giustificare restrizioni al commercio internazionale al fine di proteggere settori produttivi strategici per la difesa, quindi per la *sicurezza nazionale*, o per adempiere agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Sebbene entrambe le disposizioni servano a tutelare valori *in senso lato* non economici, l'art. XXI non sarà oggetto di questo studio in quanto la tutela della sicurezza nazionale (e internazionale) è un interesse strettamente *politico*, che risponde

5 Come rilevato in dottrina, la finalità di queste deroghe è quella di garantire la «competenza esclusiva» degli Stati nella regolamentazione di settori riguardanti il commercio internazionale che incidono su esigenze e valori delle comunità nazionali di natura non soltanto economica: PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 321; v. anche STOLL, SCHORKOPF, *WTO – World Economic Order, World Trade Law, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Boston, 2006, par. 175; WOLFRUM, *Article XX, General Exceptions, Introduction*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, (a cura di Wolfrum, Stoll e Hestermeyer), Vol. 5, 2011, pp. 455-463; SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Fois (a cura di), Napoli, 2007, p. 77.

6 Il GATT è contenuto nell'Allegato 1A, nel quale sono inseriti altri tredici accordi che integrano o interpretano la normativa fondamentale contenuta nel GATT a titolo di *lex specialis*. Questi ulteriori accordi possono essere distinti a seconda che si occupino di barriere non tariffarie allo scambio di merci – tra i quali, ai fini del presente studio, rilevano soprattutto l'*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (Accordo SPS), l'*Agreement on Technical Barriers to Trade* (Accordo TBT), e l'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (Accordo SCM) – o di specifici settori merceologici. In realtà, il testo del GATT 1994 è privo di disposizioni materiali, in quanto esso si limita ad inglobare il GATT 1947 (ed altre fonti) attraverso la tecnica del richiamo redazionale. Il testo di quest'ultimo accordo è quindi confluito nell'ordinamento dell'OMC, ma con le modifiche ad esso apportate nel corso dell'*Uruguay round*, consistenti in una serie di esclusioni delle parti non più adeguate al nuovo sistema e di aggiunte. Cfr. PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 87 ss.

7 Si precisa che nell'ambito del GATT vi sono numerose eccezioni e clausole di salvaguardia che consentono agli Stati di derogare agli obblighi assunti, disposizioni previste però soprattutto al fine di tutelare interessi di natura economica.

8 Ma anche misure restrittive che riguardano particolari settori merceologici o situazioni di mercato: v. *infra*, la nota 11. Per questa suddivisione degli obiettivi consentiti dall'art. XX GATT v. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 322.

ad esigenze molto diverse da quelle che vengono in rilievo nell'ordinaria attività di regolamentazione del commercio per la tutela di interessi di natura non economica o sociale, come l'ambiente o la salute⁹.

Le due disposizioni differiscono, peraltro, anche per quanto riguarda la loro disciplina, se si considera che l'art. XXI non contiene le condizioni specificate, invece, nella parte introduttiva dell'art. XX (c.d. *chapeau*): tale parte introduttiva precisa, infatti, che le misure commerciali per le quali si invoca l'eccezione possano essere giustificate solo se «non vengano applicate in un modo che costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi dove esistono le stesse condizioni» o in un modo tale da rappresentare «una larvata restrizione al commercio internazionale»¹⁰.

Per quanto riguarda l'elenco degli obiettivi non economici, l'art. XX consente misure necessarie per la tutela della moralità pubblica (lett. *a*); necessarie per la protezione della vita o la salute delle persone, degli animali, e dei vegetali (lett. *b*); relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili (lett. *g*); relative ai prodotti provenienti dalle prigioni (lett. *e*); al fine di giustificare misure a tutela di interessi non economici possono rilevare, ancora, l'alinea *f*) relativo alle misure volte alla protezione dei tesori nazionali aventi un valore artistico, storico o archeologico, e l'alinea *d*), relativo alle misure per assicurare l'applicazione di leggi e regolamenti non incompatibili con le disposizioni del GATT¹¹. La clausola è di applicazione *generale*, nel senso che opera nei confronti di tutte le disposizioni del GATT; inoltre, essa è applicabile anche al di fuori del GATT quando ciò sia espressamente previsto: ad

⁹ Disposizioni in materia di tutela della sicurezza sono previste anche dal GATS (art. XIV *bis*) e dall'Accordo TRIPs (art. 73), ma nel prosieguo del lavoro non saranno menzionate.

¹⁰ Cfr. l'art. XX GATT.

¹¹ *Ibidem*. I restanti alinea dell'art. XX GATT riguardano l'adozione di misure: «(c) relating to the importations or exportations of gold or silver; [...] (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved; (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination; (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply».

esempio, l'art. 3 dell'*Agreement on Trade Related Investment Measures* (Accordo TRIMs)¹² dispone l'applicabilità di tutte le eccezioni previste dal GATT.

Nel GATS¹³, invece, rileva la clausola di eccezione di cui all'art. XIV, formulato in modo simile all'art. XX GATT. La possibilità di derogare alla disciplina GATS è prevista, in particolare, per adottare misure necessarie per la protezione della *morale pubblica* e dell'*ordine pubblico*, e per la protezione della *salute* e della *vita* delle persone, degli animali e delle piante.

A differenza dell'art. XX GATT, la clausola di eccezione contenuta nel GATS ha avuto finora scarso rilievo applicativo, in quanto è stata invocata soltanto in un caso. Sulla base dell'analogia tra l'art. XX del GATT e le eccezioni formulate nel GATS, le soluzioni interpretative elaborate dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC in merito alla prima disposizione sono state riprese anche nelle controversie riguardanti la seconda, e viceversa, come si vedrà più avanti.

È opportuno precisare che l'art. XX GATT e le clausole simili contenute negli altri accordi operano in modo automatico, non essendo richiesta un'autorizzazione preventiva per adottare le restrizioni previste. La funzione di tali clausole è apprezzabile in sede contenziosa: qualora uno o più Stati membri si ritengano danneggiati da una misura adottata da parte di un altro Stato membro e la questione non venga risolta nella fase delle consultazioni, lo Stato resistente può strutturare la propria difesa cercando di dimostrare, allo stesso tempo, la compatibilità della misura con gli obblighi materiali e l'applicazione delle clausole di eccezione dinanzi ad un *panel* istituito *ad hoc* dall'Organo per la risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB), *panel* i cui rilievi, contenuti in un rapporto, possono essere contestati dinanzi all'Organo d'appello dell'OMC. Più precisamente, in base all'Intesa sulla soluzione delle controversie (*Dispute Settlement Understanding*, DSU), l'Organo d'appello è chiamato ad esaminare esclusivamente le questioni giuridiche contemplate nella relazione del *panel* e le interpretazioni giuridiche sviluppate dal *panel*, potendo

¹² Si tratta di uno degli accordi su questioni relative allo scambio di merci presenti all'Allegato 1A dell'Accordo OMC.

¹³ Il GATS disciplina lo scambio di servizi ed è contenuto nell'Allegato 1B dell'Accordo OMC. Quest'Accordo è stato negoziato nell'ambito dell'*Uruguay round*, ed ha costituito una delle principali novità dell'ordinamento dell'OMC.

confermare, modificare o annullare le conclusioni raggiunte in primo grado, ma non a riesaminare gli elementi di fatto della causa¹⁴.

L'onere di provare che la misura oggetto della controversia sia conforme alle clausole di eccezione, infatti, è a carico dello Stato che invoca l'eccezione¹⁵.

Nel tempo, i *panels* e, soprattutto, l'Organo d'appello hanno precisato il contenuto e la portata dei diversi elementi delle clausole di eccezione, ma, come si vedrà più avanti, non tutte le questioni interpretative che sono emerse hanno trovato puntuale soluzione.

1.2. I meccanismi di flessibilità nell'Accordo TRIPs: la disciplina dei brevetti e la tutela della salute

L'Accordo TRIPs¹⁶ tutela diverse tipologie di proprietà intellettuale, quali i diritti d'autore, i marchi, i brevetti e le indicazioni geografiche¹⁷. Ciascuna di tali discipline è corredata da disposizioni che consentono di limitare i diritti di proprietà intellettuale, purché tali limitazioni non risultino ingiustificate.

La disciplina che è maggiormente in grado di incidere sulla tutela di valori non commerciali è quella dei brevetti¹⁸. L'art. 27, par. 1, dell'Accordo TRIPs stabilisce che i brevetti devono essere assicurati in tutti i settori della tecnologia, per qualsiasi invenzione che riguardi un prodotto o un processo *innovativo* e che possa ricevere

14 Cfr. l'art. 17, paragrafi 6 e 9 della DSU (cit. *supra*, nota 1). Il procedimento contenzioso nel sistema dell'OMC si articola in quattro fasi: la fase preliminare delle consultazioni dirette tra le parti; la fase giudicante di primo grado; la fase giudicante di secondo grado; la fase esecutiva. L'art. 2 della DSU affida il compito di amministrare il funzionamento delle diverse fasi del procedimento. Il DSB istituisce il *panel*, organo *ad hoc* che esamina il caso in prima istanza, e i membri dell'Organo d'appello, nominati per quattro anni. Il DSB è un organo plenario nel quale siedono i rappresentanti di tutti i membri; le sue decisioni, tra cui quelle riguardanti l'adozione dei «rapporti» dei *panels* e dell'Organo d'appello, vengono stabilite attraverso la tecnica del *consensus negativo*, ossia la necessità del voto unanime di tutti i membri per rigettare la proposta di adozione. I rapporti dei *panels* e dell'Organo d'appello, consultabili alla pagina www.docs.wto.org, saranno citati nel testo secondo lo *short title* ad essi assegnato nei documenti ufficiali.

15 Cfr. *United States – Gasoline*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS2/R del 29 gennaio 1996, par. 6.20.

16 L'Accordo TRIPs è contenuto nell'Allegato 1C all'Accordo di Marrakech. Anche la conclusione di quest'Accordo è stata negoziata nel corso dell'*Uruguay round*.

17 L'art. 7 dell'Accordo TRIPs precisa gli obiettivi dell'Accordo nel senso di contribuire «to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations».

18 Contenuta negli artt. 27-34 dell'Accordo TRIPs.

un'applicazione industriale. In relazione a tale obbligo rilevano, tuttavia, alcune eccezioni.

L'art. 27, par. 2, consente agli Stati di escludere la brevettabilità delle invenzioni quando lo sfruttamento commerciale di queste ultime debba essere evitato per motivi di ordine pubblico o di moralità pubblica, per proteggere la salute o la vita delle persone, degli animali o delle piante o per scongiurare seri pregiudizi all'ambiente; l'art. 27, par. 3, consente, invece, di escludere la brevettabilità dei metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici per la cura dell'uomo o degli animali, e la brevettabilità delle piante, degli animali e dei processi *essenzialmente biologici* per la produzione di piante o animali¹⁹.

L'art. 30 dell'Accordo TRIPs consente, inoltre, di adottare deroghe ai diritti di esclusiva conferiti al titolare del brevetto, a condizione che queste non pregiudichino ingiustificatamente un normale sfruttamento del brevetto e gli interessi legittimi del titolare. Infine, l'art. 31 dell'Accordo disciplina la concessione dei cosiddetti *brevetti obbligatori*, ossia la possibilità dello Stato di autorizzare le industrie nazionali ad utilizzare il brevetto senza il previo consenso del titolare del diritto in questione.

Nonostante nella disciplina sui brevetti contenuta nell'Accordo TRIPs siano presenti diverse clausole di deroga, deve rilevarsi che, alla luce dell'applicabilità dell'Accordo ai prodotti dell'industria farmaceutica, tali clausole non si sono rivelate strumenti utili per affrontare alcuni problemi emersi in relazione alla tutela del diritto alla salute nei Paesi in via di sviluppo²⁰. Per tali Paesi, infatti, l'accesso ai farmaci essenziali coperti da brevetto è eccessivamente oneroso ed impedisce un efficace contrasto alla diffusione di epidemie; inoltre, in alcuni Paesi, non esistendo un'industria farmaceutica locale, non può farsi ricorso alla produzione di farmaci attraverso *brevetti obbligatori*, consentiti alle condizioni previste dall'art. 31 dell'Accordo TRIPs. Nel corso della Conferenza di Doha nel 2001 gli Stati membri

19 Dalla disposizione da ultimo indicata sembra evincersi che non possano essere escluse dalla tutela brevettuale i prodotti e i processi *biotecnologici*. Questa limitazione pone alcuni problemi relativi alla tutela di interessi non economici che riguardano, in particolar modo, la tutela della biodiversità assicurata, come noto, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla tutela della diversità biologica adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992. Alla luce di tali problemi, sono state avanzate proposte di emendamento della disciplina dell'Accordo TRIPs da parte di un consistente numero di Stati membri dell'OMC. Tali proposte saranno esaminate più avanti, v. *infra*, Capitolo III, Sezione II, par. 8.2.

20 Sulla relazione tra l'Accordo TRIPs e la tutela del diritto alla salute v. per tutti HESTERMAYER, *Human Rights and the WTO, The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, 2007.

hanno adottato la *Dichiarazione ministeriale sul TRIPs e la salute pubblica* attraverso la quale si sono mostrati consapevoli dei limiti della disciplina dei brevetti in relazione ai farmaci, soprattutto per i Paesi in via di sviluppo vessati da gravi epidemie.

Questa dichiarazione è stata poi implementata attraverso l'adozione di deroga collettiva all'art. 31 – precisamente all'art. 31, lett. f), che specifica che la produzione senza l'autorizzazione del titolare del brevetto può essere consentita solo per soddisfare *esigenze nazionali* – che rende possibili le esportazioni di farmaci prodotti grazie alla concessione di brevetti obbligatori, quindi meno costosi, verso i Paesi bisognosi. La deroga collettiva all'art. 31, lett. f), dell'Accordo TRIPs è stata poi trasformata in un emendamento dell'Accordo recentemente entrato in vigore²¹.

Più in generale, occorre rilevare che le esigenze relative alla tutela del diritto alla salute possono essere assicurate anche alla luce di altre disposizioni dell'Accordo TRIPs, ad esempio assicurando i brevetti soltanto ai prodotti o processi farmaceutici *effettivamente innovativi*, adottando un'interpretazione rigorosa della nozione di «prodotti e processi innovativi» di cui all'art. 27 dell'Accordo TRIPs: ciò consente, infatti, di diminuire la mole dei diritti di brevetto riconosciuti alle industrie farmaceutiche estendendo la produzione di medicinali generici, quindi di aumentare la sostenibilità finanziaria della spesa pubblica relativa ai farmaci²².

21 Cfr. l'art. 31 bis dell'Accordo TRIPs. L'emendamento è entrato in vigore il 23 gennaio 2017. Questa vicenda ha dimostrato che l'istituto della deroga è uno strumento molto utile, in grado di assicurare flessibilità all'accordo per la gestione delle esigenze di tutela dei valori non commerciali: cfr. FEICHTNER, *The Law and Politics of WTO Waivers. Stability and Flexibility in Public International Law*, Cambridge, 2012.

22 In tal senso v. CONTALDI, *La tutela della salute nell'Accordo TRIPs*, in *Le nuove sfide dell'Organizzazione mondiale del commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, Venturini, Coscia e Vellano (a cura di), Milano, 2005, p. 267 ss.; MERCURIO, *Trade in Pharmaceuticals: Patent and Access to Medicines since TRIPs – Some Certainty and Several Lingering Questions*, in *International Economic Law and Governance*, Chaisse, Lin (a cura di), Oxford, 2016, p. 427 ss.; BOSCHIERO, *Intellectual Property Rights and Public Health: An Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Pineschi (a cura di), Napoli, 2017, p. 259 ss. Per alcune considerazioni sul problema dell'accesso ai farmaci in relazione alle evoluzioni del diritto internazionale in materia di tutela della salute v. anche ACCONCI, *La riduzione del prezzo dei farmaci essenziali: uno strumento necessario ma non sufficiente per la tutela della salute nel quadro del diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2013, p. 437 ss.

2. La rilevanza della tutela dei valori non commerciali ai fini dell'accertamento della similarità delle merci. Il caso EC-Asbestos e la dottrina del cd. Aim and Effect Test

Al fine di perseguire obiettivi di natura non economica, gli Stati possono *restringere o vietare* il commercio di alcuni beni, prevedere particolari *imposizioni fiscali*, stabilire le *caratteristiche fisiche* che queste ultime devono soddisfare per poter essere immesse in commercio, nonché operare distinzioni tra le merci in base ad aspetti che non riguardano le caratteristiche fisiche di queste ultime, ma ad esempio il *processo di produzione*²³.

Ciascuna di tali misure è soggetta alla disciplina materiale del GATT²⁴, che prevede obblighi improntati essenzialmente al principio della *parità di trattamento* tra le merci straniere (art. I GATT) e tra quelle nazionali e straniere (art. III GATT), e all'*eliminazione delle restrizioni quantitative* agli scambi (art. XI GATT).

Il divieto di restrizioni quantitative agli scambi, l'art. XI GATT è stato interpretato nel senso di applicarsi non solo alle misure che abbiano espressamente

23 Rispetto alle distinzioni da ultimo indicate, si parla prevalentemente di misure che non riguardano *le merci in quanto tali* bensì i *processi di produzione* (*Processes Products Measures, PPMs*). In dottrina è stata proposta una definizione più accurata che individua due tipologie di misure relative, rispettivamente, a *physical aspects* e a *non-physical aspects* dei processi di produzione, in considerazione del fatto che vi sono misure che pur non riguardando le merci in quanto tali non potrebbero dirsi strettamente correlate alle *tecniche* relative ai *processi di produzione*, come quelle che operano distinzioni in relazione alle caratteristiche dei *produttori* o agli standard in materia di rispetto dei diritti umani e di condizioni di lavoro: cfr. CONRAD, *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law. Interfacing Trade and Social Goals*, Cambridge, 2011, pp. 11-13.

24 Le misure che stabiliscono le *caratteristiche dei prodotti* ai fini della commercializzazione rientrano nell'ambito di applicazione dell'Accordo TBT (e dell'Accordo SPS), che si applica anche alle misure che regolamentano il *processo di produzione*: v. *infra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafi 2 e 2.1. Per quanto riguarda il GATT, non sembra essere stata mai risolta dagli organi di soluzione delle controversie la questione dell'applicabilità della disciplina sostanziale alle misure che regolamentano la commercializzazione dei prodotti in relazione al *processo di produzione* di questi ultimi: sembra esservi una presunzione di incompatibilità di tali misure con la disciplina del GATT, presunzione che deriva dalla posizione espressa dal *panel* nel caso *US -Tuna/Dolphin I* relativo al GATT 1947 (rapporto del *panel*, doc. DS21/R del 3 settembre 1991, rapporto che comunque non venne adottato dal DSB). Il *panel*, infatti, ritenne che l'art. III GATT potesse applicarsi soltanto ai «prodotti in quanto tali» e non ai «processi di produzione». Sul tema cfr. HUDEC, *The Product-Process Doctrine in GATT/WTO*, in *New Directions in International Economic Law*, 2000, The Hague, p. 187 ss. Come rilevato in dottrina, tuttavia, in precedenza l'art. III GATT 1947 era stato ritenuto applicabile nei confronti di una misura basata sul *processo di produzione* nel caso *US-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances* (detto *US-Superfund*, rapporto del *panel* del 17 giugno 1987, doc. L/6175) concernente una eco-tassa applicata sui prodotti chimici importati negli Stati Uniti in ragione dell'inquinamento avvenuto nel Paese di produzione (la misura venne ritenuta incompatibile con l'art. III poiché la tassa applicata sui prodotti importati risultava maggiore rispetto a quella applicata ai prodotti nazionali): cfr. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., pp. 114, 323.

l'intento di restringere gli scambi (restrizioni *de jure*), ma anche a quelle che rendano più onerosa l'importazione o l'esportazione di una merce dall'estero, costituendo un ostacolo effettivo o anche solo potenziale al commercio (restrizioni *de facto*)²⁵.

Per quanto riguarda gli obblighi sulla parità di trattamento, rileva in particolar modo l'art. III, par. 4, GATT che prevede che *qualsiasi regolamentazione interna* («laws, regulations and requirements») che incide sulla vendita o la messa in commercio, l'acquisto, il trasporto, la distribuzione o l'uso delle merci, non deve tradursi in un *trattamento discriminatorio per le merci similari importate*. Tale disposizione è stata interpretata nel senso di vietare le discriminazioni che prevedano un trattamento meno favorevole in base all'origine delle merci (discriminazioni *de jure*), così come le discriminazioni che causino l'effetto di proteggere la produzione nazionale a discapito di quella estera, pregiudicando quindi l'effettiva uguaglianza di opportunità competitive tra le merci nazionali e quelle straniere similari, pur non essendo state adottate espressamente con quest'intento (discriminazioni *de facto*). Al fine di accertare la compatibilità di una qualsiasi misura commerciale con l'art. III, par. 4, GATT, occorre anzitutto accertare la *similarità* tra le merci interessate dalla misura e quelle nazionali asseritamente avvantaggiate dalla stessa, ma soltanto qualora la misura non preveda un trattamento discriminatorio in base all'*origine* delle merci²⁶.

In relazione alle misure che perseguano obiettivi non economici, si pone il problema di comprendere se l'accertamento della similarità dei prodotti possa svolgersi alla luce degli obiettivi e interessi non economici che sono alla base della scelta che ha condotto all'adozione della misura. Nella prassi, gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC accertano la similarità delle merci prevista dall'art. III, par. 4, GATT²⁷ essenzialmente sulla base di una verifica circa la sussistenza di una *relazione competitiva* nel mercato nazionale dello Stato che ha adottato la misura tra i

25 La *ratio* della disposizione è quella di eliminare le *barriere non tariffarie*: nell'ambito del GATT, infatti, sono ammessi soltanto i dazi doganali (di cui è prevista la progressiva riduzione) o altre imposizioni di tipo tariffario quali *misure protettive della produzione nazionale*. I divieti di importazione o le restrizioni quantitative sono invece esclusi poiché altamente protettivi del mercato interno, visto che la concorrenza straniera «è eliminata in partenza»: cfr. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 125.

26 Se la misura prevedesse un trattamento meno favorevole sulla base dell'*origine* delle merci, la discriminazione è in *eo ipsa* e non è necessario stabilire la similarità tra i prodotti.

27 I criteri elaborati dalla giurisprudenza per la valutazione della similarità tra le merci non sono uniformi per tutte le disposizioni, ma variano a seconda che il requisito di similarità riguardi una disposizione piuttosto che un'altra.

due gruppi di merci rilevanti, relazione viene che valutata sulla base di alcuni criteri (considerati non esaustivi), quali: le proprietà fisiche dei prodotti; la capacità che questi possano servire a soddisfare gli stessi utilizzi; il grado in cui essi vengono percepiti dai consumatori come tra loro alternativi; la classificazione internazionale che viene assegnata per calcolare le tariffe doganali²⁸.

Tali criteri evidenziano la tendenza degli organi di soluzione delle controversie a valutare la nozione di similarità *in termini oggettivi*, che non sembrano lasciare spazio alle scelte di politica pubblica legate alla tutela di interessi non economici in base alle quali sia stata adottata una determinata misura. Questo approccio si evince, in particolar modo, dal caso *EC – Asbestos*²⁹, sul quale sembra opportuno soffermarsi qui di seguito.

Il Canada contestava la compatibilità con l'art. III GATT del decreto adottato dalla Francia che aveva vietato la produzione, la vendita o l'importazione di tutte le fibre di amianto³⁰, al fine di proteggere la salute dei lavoratori e quella dei consumatori. A titolo eccezionale, la misura in questione stabiliva che il divieto di fabbricazione, vendita o importazione non si applicasse alle *fibre di amianto crisotilo* qualora, per raggiungere lo stesso livello di prestazioni, non fossero stati disponibili *materiali sostitutivi* scientificamente ritenuti sicuri o comportanti un livello di rischio per la salute più basso rispetto alle fibre di amianto. Secondo il Canada, la misura adottata dalla Francia alterava le condizioni di competizione sul mercato tra le fibre di amianto crisotilo prodotte sul territorio canadese e i materiali sostitutivi privi di amianto prodotti in Francia (quali l'alcool polivinilico, le fibre di cellulosa o di vetro e il fibrocemento), sul presupposto che questi ultimi fossero simili alle fibre di amianto³¹. Al contrario, secondo la Comunità europea, non vi era similarità tra le due categorie

28 Cfr. HESTERMEYER, *Article III*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, (a cura di Wolfrum, Stoll e Hestermeyer), Leiden, 2011, p. 143 ss; CHOI, BAETENS, *Like Products*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ultimo aggiornamento maggio 2014, paragrafi. 8-9.

29 *EC – Asbestos*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS135/R del 18 settembre 2000; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS135/AB/R del 12 marzo 2001.

30 Misure come quella in questione, vietando sia l'importazione che la vendita di un determinato prodotto, potrebbero essere esaminate in astratto sia nell'ambito dell'art. XI GATT, che vieta le restrizioni quantitative, sia nell'ambito dell'art. III GATT, in quanto misure interne volte a regolamentare il commercio. Un tale approccio, tuttavia, non è auspicabile poiché separa due aspetti (il divieto di importazione e il divieto di produzione) di una misura che persegue un unico obiettivo, cioè bandire *in via generale* l'uso di un determinato prodotto all'interno del territorio dello Stato. Pertanto, la misura dovrebbe essere esaminata interamente nell'ambito dell'art. III GATT: cfr. HESTERMEYER, op. ult. cit., p. 126.

31 *EC – Asbestos*, rapporto del *panel*, paragrafi. 8.151-8.152.

di prodotti indicati, in ragione dei rischi sulla salute derivanti dall'uso delle fibre di amianto; inoltre, la misura non era contraria all'art. III GATT poiché chiaramente non adottata allo scopo di proteggere il mercato nazionale di materiali sostitutivi, ma per salvaguardare la salute dei lavoratori e dei consumatori³².

Il *panel* ha ritenuto che le due categorie di prodotti fossero *similari* e che la misura avvantaggiasse la produzione nazionale di materiali sostitutivi. Tale rilievo, tuttavia, non è stato confermato dall'Organo d'appello che ha stabilito che il *panel* era incorso in un errore poiché non aveva dato alcuna rilevanza alle *preferenze e abitudini dei consumatori*: i rischi per la salute posti dall'uso delle fibre di amianto incidono significativamente sulla scelta dei consumatori tra prodotti aventi le stesse proprietà tecniche e gli stessi usi finali³³. Anche se, di fatto, la scelta di tutela della salute operata dalla Francia in materia di protezione della salute è stata ritenuta legittima rispetto agli obblighi di non discriminazione, è opportuno evidenziare come ciò sia avvenuto esclusivamente sulla base di *una caratteristica intrinseca della merce* (la pericolosità per la salute) in relazione alle *preferenze dei consumatori*³⁴.

Per evitare indebite interferenze nella potestà regolamentare degli Stati in materia di commercio, la dottrina ha suggerito di valutare la conformità di una misura agli obblighi di non discriminazione alla luce di criteri alternativi rispetto a quelli di

32 *Ibidem*, par. 8. 153.

33 *EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 121 ss.

34 Come osserva MUSSELLI, *Alla ricerca di un difficile equilibrio tra commercio e diritti sociali: la nozione di «similarità» dei prodotti ex art. III del GATT*, in *Diritto del commercio int.*, 2001, p. 873 ss., l'Organo d'appello nel caso *EC – Asbestos* «sembra suggerire che considerazioni extra-economiche attinenti alla dimensione 'sociale' del commercio, non possano rilevare in sé, ma solo se e nei limiti in cui, condizionando la percezione dei consumatori, alterino le condizioni competitive tra prodotti» (p. 890). Considerata la numerosità degli Stati membri all'OMC e l'elevata possibilità che essi possano ritenere «differenti» merci simili ai sensi del GATT in ragione di concezioni socioculturali non omogenee, l'Autore prospetta due alternative: «o usare estensivamente le eccezioni del GATT disciplinate dall'art. XX» oppure accettare una nozione di similarità «maggiormente aperta alle istanze socio-culturali degli Stati membri» (p. 891). In dottrina si è molto discusso della possibilità di ritenere *non tra loro similari* i prodotti nazionali e quelli importati della medesima tipologia quando il processo di produzione dei secondi si svolga in violazione di standard internazionali in materia ambientale o gravi violazioni dei diritti umani in base al c.d. *market based approach*, ossia il criterio delle preferenze espresse dai consumatori. Emergono, tuttavia, due perplessità. La prima è di *ordine logico*: i consumatori potrebbero esprimere delle preferenze se le differenze venissero segnalate attraverso l'etichettatura dei prodotti, ma ciò implicherebbe che i prodotti siano necessariamente ritenuti simili in partenza. La seconda, invece, riguarda l'*opportunità* di affidarsi ad un criterio basato sulle preferenze espresse nel mercato se l'obiettivo di queste misure è sostanzialmente quello di regolamentare il mercato stesso, e considerato che i consumatori infatti esprimono delle preferenze anzitutto in base al prezzo delle merci. Per questi due validi rilievi v., rispettivamente, HESTERMEYER, *Article III*, op. cit., pp. 146-147, e CONRAD, op. cit., p. 235 e pp. 245-246.

tipo oggettivo descritti poco sopra, se tale misura non stabilisca un trattamento discriminatorio sulla base dell'*origine* delle merci.

In particolare, è stato suggerito di accertare una condizione di *similarità* tra i prodotti direttamente interessati dalla misura e quelli (eventualmente) svantaggiati, alla luce dello scopo perseguito dalla misura e dei suoi effetti sul mercato (cd. *aim and effects test*). Sulla base di un tale approccio, occorrerebbe verificare se la misura persegua un obiettivo legittimo di tutela oppure la protezione della produzione nazionale, considerando altresì gli *effetti* della misura nel mercato interno al fine di controllare l'*entità dei vantaggi* assicurati ai produttori nazionali³⁵. Sebbene quest'approccio sia stato seguito in qualche occasione dai *panels* nel contesto del GATT 1947³⁶, la sua rilevanza ai fini dell'accertamento della similarità delle merci è stata espressamente esclusa dall'Organo d'appello³⁷.

35 In tal senso v. HUDEC, *GATT/WTO Constraint on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test*, in *The International Lawyer*, 1998, pp. 618-649; CHOI, BAETENS, op. cit., par. 12, che specificano che «a measure could have the *aim* of affording protection if the analysis of the circumstances in which it was adopted, in particular an analysis of the instruments available to achieve the declared policy goal, demonstrated that a change in competitive opportunities in favour of domestic products was a desired outcome and *not merely an incidental consequence* of the pursuit of a legitimate policy goal». Inoltre, il test dovrebbe concentrarsi «on the *qualitative alteration of the competitive conditions, such as the targeting of imports and any evidence of cross-elasticity of demand between the favoured and disfavoured categories*». V. anche CONRAD, op. cit., p. 220, che definisce questo test «a public policy approach to Article III».

36 Gli unici due rapporti nei quali è stato attribuito un rilievo ad elementi quali lo scopo e gli effetti della misura, peraltro in relazione alla nozione di *similarità* contenuta nell'art. III, par. 1 (disposizione che riguarda la parità di trattamento in materia fiscale), sono i seguenti: *US – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, rapporto del 19 giugno 1992, paragrafi 5.25, 5.71; *US – Taxes on Automobiles*, rapporto del 11 ottobre 1994, par. 5.9.

37 La rilevanza di questi elementi ai fini della valutazione è stata espressamente rigettata dall'Organo d'appello dell'OMC (v. ad esempio *Japan – Alcoholic Beverages*, rapporto adottato dall'Organo d'appello il 4 ottobre 1996, par. 18). Questa posizione è stata mantenuta anche nel caso *EC – Seal Products*, vertente sulla compatibilità con gli artt. I e III GATT di un regolamento adottato dall'Unione europea che vietava la commercializzazione e l'importazione dei prodotti derivati dalle foche prevedendo però due eccezioni: *a)* nei confronti dei prodotti derivati dalle foche cacciate a fini di sussistenza dagli Inuit e dalle comunità indigene; *b)* nei confronti dei prodotti derivanti dalla caccia effettuata per fini di gestione sostenibile delle risorse marine. Il Canada e la Norvegia, parti ricorrenti, lamentavano la violazione degli artt. I e III poiché il regolamento avrebbe dato luogo ad un trattamento meno favorevole a discapito dei loro prodotti nazionali avvantaggiando, da una parte, le condizioni del mercato nei Paesi in cui la caccia di questi animali veniva effettuata (esclusivamente) da comunità indigene, come la Groenlandia, e, dall'altra parte, le condizioni del mercato dell'Unione europea in ragione dell'eccezione *b)*. Dinanzi all'Organo d'appello, l'Unione europea sosteneva che la valutazione in merito all'obbligo di non discriminazione dovesse prendere in considerazione *l'intento legittimo* alla base della regolamentazione, come la volontà di aiutare (o meglio, di non danneggiare) le popolazioni indigene. I giudici però hanno escluso la possibilità di una tale interpretazione sia rispetto all'art. I che all'art. III, ritenendo che nel caso in cui una misura modifichi le opportunità competitive per prodotti simili, questa sia contraria agli obblighi in questione. Cfr. *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, del 22 maggio 2014, paragrafi 5.90 e 5.117.

Peraltro, una parte della dottrina giudica non opportuno introdurre una valutazione sulla legittimità dello scopo perseguito dalla misura nell'ambito dell'art. III GATT in quanto si forzerebbe il testo della disposizione e si aggirerebbero i requisiti previsti dall'art. XX GATT, primo fra tutti l'onere a carico dello Stato resistente di provare che la misura persegue un obiettivo legittimo³⁸. Inoltre, come attentamente rilevato, le potenzialità attribuite al cd. *aim and effects test* per evitare lo scrutinio degli organi dell'OMC su una serie di politiche pubbliche degli Stati membri non andrebbero sopravvalutate, in quanto anche le misure interne più «genuine e razionali» comportano spesso degli *effetti protettivi* per il mercato interno³⁹.

Alla luce di queste osservazioni, sembra evidente che nell'ambito del GATT lo spazio riservato alla tutela di interessi non economici possa venire in rilievo quasi esclusivamente attraverso il ricorso alle eccezioni previste dall'art. XX, sul quale verterà l'esame che segue.

3. L'applicazione delle clausole di eccezione del GATT e del GATS: le diverse fasi dell'accertamento della conformità della misura alle condizioni previste

Prima di esaminare la prassi relativa ai singoli motivi di giustificazione qui rilevanti, è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti generali dell'applicazione delle clausole di eccezione che si evincono dall'interpretazione, ormai consolidata, elaborata dai *panels* e soprattutto dall'Organo d'appello – Organo che ha apportato un contributo considerevole all'«apertura» del diritto OMC alla tutela degli interessi non economici⁴⁰.

Di seguito si farà riferimento, per problemi di spazio, soltanto all'art. XX GATT alla luce del fatto che le soluzioni interpretative ormai affermate in relazione

38 Cfr. HESTERMEYER, *Article III*, op. cit., p. 132; CHOI, BAETENS, op. cit., par. 16.

39 Per il semplice fatto che, a causa della globalizzazione, i produttori esteri non sono nelle condizioni di potersi adeguare permanentemente alle modifiche che provengono dagli ambienti giuridici interni, così come invece accade per i produttori presenti sul mercato nazionale: cfr. CONRAD, op. cit., p. 222.

40 Per una ricostruzione del contributo dell'Organo d'appello all'interpretazione e all'applicazione dell'art. XX GATT v. VENZKE, *Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy*, in *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, von Bogdandy, Venzke (a cura di), Heidelberg, 2012, p. 179 ss; BARONCINI, *Il funzionamento dell'Organo d'appello: bilancio e prospettive*, Bologna, 2018, p. 46 ss.

alla disposizione da ultimo indicata dovrebbero tendenzialmente trovare applicazione (laddove pertinenti) anche in relazione all'analogia clausola di eccezione contenuta nel GATS.

Secondo l'interpretazione fornita dall'Organo d'appello, l'applicazione dell'art. XX GATT richiede una verifica consistente in due fasi (cd. *two-tiered approach*): stabilire se la misura ad oggetto della controversia sia stata adottata per il perseguimento dell'obiettivo che si invoca a titolo di deroga; e, soltanto in seguito ad un accertamento positivo, verificare se la misura rispetti anche le condizioni poste dallo *chapeau*⁴¹.

Ai fini del primo accertamento indicato – che riguarda, quindi, il rapporto sussistente tra la misura adottata e l'obiettivo di tutela perseguito – sulla base del dato testuale della disposizione, la giurisprudenza degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC ha stabilito che rileva, più in particolare, l'accertamento della *necessità* delle misure adottate a tutela della moralità pubblica, e per quelle adottate a tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e delle piante.

Sempre sulla base del dato testuale, per l'obiettivo di conservazione delle risorse naturali previsto dall'art. XX, lett. g), GATT non rileva, però, l'accertamento della necessità delle misure, ma la più blanda circostanza che queste ultime siano *relative* all'obiettivo di conservazione purché adottate, come espressamente indicato dalla disposizione, *in congiunzione a misure restrittive della produzione e del consumo nazionale* delle medesime risorse⁴².

41 Questo modo di procedere nell'interpretazione della disposizione si deve in particolar modo all'Organo d'appello, che ha più volte affermato che il procedimento in due fasi corrisponde alla «struttura fondamentale dell'art. XX e alla sua logica». V. in particolare il rapporto dell'Organo d'appello sul caso *United States – Shrimps*, doc. WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998, par. 120, nel quale si è specificato che «the task of interpreting the *chapeau* so as to prevent the abuse or misuse of the specific exemptions provided for in Article XX is rendered very difficult, if indeed remains possible at all, where the interpreter *has not first identified and examined the specific exception threatened with abuse*».

42 Dagli elementi testuali dell'art. XX GATT è sembrato ragionevole dedurre che non si potesse esigere in relazione ad ognuna delle clausole eccezionali «the same kind or degree of connection or relationship between the measure under appraisal and the state interest or policy sought to be promoted or realized»; cfr. *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS2/AB/R del 29 aprile 1996, p. 17 ss. Quindi i termini «measures necessary to» di cui all'art. XX, lettere a) e b), e di «measures relating to» di cui all'art. XX, lett. g), descriverebbero un diverso grado di intensità della relazione che deve intercorrere tra la misura oggetto della controversia e l'interesse che essa intende perseguire.

3.1. Il requisito di necessità della misura

Per l'accertamento della *necessità* di una misura è stabilito un criterio tendenzialmente unitario rispetto a ciascun motivo di giustificazione nel quale tale requisito viene in rilievo. Come si vedrà più avanti, in relazione all'eccezione sulla tutela della moralità pubblica – la cui prassi si è sviluppata successivamente a quella relativa alla tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e dei vegetali – sembra emergere, però, una valutazione del requisito di necessità leggermente differenziata, in ragione della particolare natura delle esigenze che rilevano nell'ambito di questa eccezione.

Nel sistema del GATT 1947, era stata adottata un'interpretazione del requisito di necessità particolarmente restrittiva. Secondo tale approccio, non sarebbe stato possibile ritenere «necessaria» una misura incompatibile con gli obblighi materiali del GATT qualora fosse stata disponibile una *misura alternativa non incompatibile* con tali obblighi; in caso di indisponibilità di misure *compatibili* con gli obblighi materiali del GATT, lo Stato membro avrebbe avuto l'obbligo di adottare, tra quelle incompatibili ragionevolmente disponibili, quella comportante «the least degree of inconsistency with other GATT provisions»⁴³. Questa interpretazione del requisito di *necessità* è stata, però, respinta dall'Organo d'appello nel caso *Korea – Beef*, controversia nella quale veniva in rilievo l'art. XX, lett. d), GATT, disposizione che pure presenta l'espressione «necessary to»⁴⁴. L'Organo d'appello, richiamando il principio generale secondo il quale un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai suoi termini, ha affermato che il termine «necessary to» non deve essere considerato come sinonimo di indispensabile o inevitabile. Il termine, invece, interpretato secondo il suo senso ordinario, si riferisce «to a range of degrees of necessity», perciò «at one end of this *continuum* lies 'necessary' understood as 'indispensable'; at the other end, is 'necessary' taken to

43 Cfr. in particolare il caso *Thai – Cigarettes*, rapporto del *panel*, par. 72, nel quale era stata invocato dalla Thailandia l'eccezione a tutela della salute delle persone per giustificare un divieto di importazione di sigarette. Il *panel* aveva ripreso l'interpretazione del termine «measures necessary to» contenuta nell'art. XX, lett. d), GATT 1947 elaborata nel caso *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, rapporto del *panel*, doc. L/6439 del 7 novembre 1989, par. 5.26.

44 V. *supra* il testo corrispondente alla nota 10.

mean as ‘*making a contribution to*’»⁴⁵. Pertanto, per stabilire se una misura non indispensabile possa essere considerata comunque necessaria, bisogna effettuare «in every case a process of weighing and balancing a series of factors, which prominently include the *contribution* made by the compliance measure to the enforcement of the [interest] at issue, the *importance* of the common interests or values protected [...], and the accompanying *impact* of the [measure] on imports or exports»⁴⁶.

Tale interpretazione è stata applicata per la prima volta per valutare la necessità di una misura adottata a tutela di valori non commerciali, precisamente a tutela della salute pubblica, nel caso *EC – Asbestos*⁴⁷. Successivamente, questo approccio interpretativo è stato arricchito di elementi che, come si vedrà nell’analisi che segue, evidenziano la tendenza a voler garantire un’effettiva tutela dei valori non commerciali.

Il *test* di necessità si svolge, quindi, secondo un processo «of *weighing and balancing* a series of factors» che comincia con la valutazione dell’importanza degli interessi o dei valori che la misura persegue, prosegue con l’apprezzamento del contributo apportato della misura al raggiungimento dell’obiettivo da essa perseguito, quindi con la valutazione dell’impatto restrittivo della misura sugli scambi internazionali alla luce di eventuali *misure alternative* meno restrittive che sarebbero state ugualmente disponibili, la cui esistenza e disponibilità deve essere dimostrata dallo Stato che contesta la legittimità della misura oggetto della controversia. La valutazione complessiva di tali fattori va svolta, comunque, «in the light of the importance of the interests at issue»⁴⁸.

3.2. I requisiti dell’art. XX, lett. g), GATT

Per quanto riguarda l’art. XX, lett. g), lo Stato che voglia invocare l’eccezione deve dimostrare che la misura: *a*) abbia un legame («relate to») con il perseguimento del fine previsto, ovverosia la conservazione delle risorse naturali esauribili; *b*) sia implementata congiuntamente a delle restrizioni riguardanti il mercato interno della

⁴⁵ *Korea – Beef*, rapporto dell’Organo d’appello, doc. WT/DS161/AB/R del 31 dicembre 2000, par. 161, corsivo aggiunto.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 161 ss, corsivo aggiunto.

⁴⁷ *EC – Asbestos*, rapporto del *panel*, cit., par.

⁴⁸ *United States – Gambling*, rapporto dell’Organo d’appello, cit., par. 307.

risorsa protetta. È ormai ben attestato dalla giurisprudenza che il primo di questi due requisiti richieda una «*substantial relationship, i.e., a close and genuine relationship of ends and means*» fra la misura e l'obiettivo di conservazione delle risorse naturali⁴⁹. Per converso, si è precisato che una misura «*merely incidentally or inadvertently aimed at a conservation objective*»⁵⁰ non sarebbe in grado di soddisfare il requisito in questione. Il controllo in merito all'esistenza della «*substantial relationship*» è più flessibile rispetto al test sulla *necessità* della misura che si applica, come si è visto, in relazione alle altre eccezioni⁵¹. Il secondo dei due requisiti, invece, si riferisce al fatto che le misure per cui si invoca l'eccezione devono essere «*promulgated or brought into effect, and that operate together with restrictions on domestic production or consumption of exhaustible natural resources*»⁵². In sostanza, questo requisito indicherebbe che le restrizioni debbano riguardare non solo il commercio internazionale, ma anche la produzione e il consumo interno della risorsa che si intende conservare, in questo senso esso è ritenuto «*a requirement of even-handedness in the imposition of restrictions*»⁵³. È stato chiarito, inoltre, che la misura restrittiva riguardante il mercato interno deve essere *effettiva e reale* tanto quella adottata rispetto al commercio internazionale, e non meramente ipotetica⁵⁴.

49 *United States – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 136; *China – Raw Materials*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 355.

50 *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello p. 19.

51 L'Organo d'appello nel caso *US – Gasoline* ha sottolineato la diversità dei termini «*relating to*» e «*necessary to*» presenti nelle singole eccezioni dell'art. XX e ha modificato sul punto le conclusioni raggiunte dal *panel*, ritenendo che l'accertamento svolto da quest'ultimo avesse seguito criteri comparabili a quelli del *necessity test*.

52 *China – Rare Earths*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.92.

53 *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., pp. 20-21. In ogni caso, secondo l'Organo d'appello, la disposizione non imporrebbe allo Stato membro di assicurare un *identico trattamento* alle merci straniere rispetto a quelle nazionali. Un identico trattamento, infatti, non farebbe sorgere la violazione degli obblighi materiali del GATT, allo stesso tempo «*if no restrictions on domestically-produced like products are imposed at all, and all limitations are placed upon imported products alone, the measure cannot be accepted as primarily or even substantially designed for implementing conservationist goals. The measure would simply be naked discrimination for protecting locally-produced goods*»: *ibidem*.

54 Secondo l'Organo d'appello, infatti, «*in order to comply with the 'made effective' element of the second clause of Article XX(g), it would not be sufficient for domestic production or consumption to be subject to a possible limitation at some undefined point in the future; [...] rather, a Member must impose a 'real' restriction on domestic production or consumption that reinforces and complements the restriction on international trade*»: cfr. *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., p. 21.

3.3. Le condizioni poste dallo *chapeau*

Lo *chapeau* dell'art. XX GATT (corrispondente a quello contenuto nell'art. XIV GATS) precisa che la misura non deve risultare applicata in un modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi dove esistono le stesse condizioni, né rappresentare una restrizione dissimulata al commercio internazionale. Questi due requisiti, in particolar modo il primo di essi, hanno assunto grande rilievo nella prassi applicativa della disposizione, se si considera il fatto che soltanto in rarissime occasioni le misure adottate per la protezione di valori non commerciali, provvisoriamente giustificate in base ai singoli motivi sono state ritenute in definitiva compatibili con l'art. XX GATT⁵⁵.

La funzione dello *chapeau* è quella di impedire un uso improprio delle eccezioni generali da parte degli Stati membri. Più in particolare, secondo l'interpretazione elaborata dall'Organo d'appello nel caso *US – Gasoline*, poi ripresa nella giurisprudenza successiva, «while the exceptions of Article XX may be invoked as a matter of legal right, *they should not be so applied as to frustrate or defeat the legal obligations of the holder of the right under the substantive rules of the [GATT]*»⁵⁶. Seguendo quest'impostazione, l'Organo d'appello ha ritenuto inoltre che lo *chapeau* esprimesse «the need to maintain a balance of rights and obligations between the right of a Member to invoke one or another of the exceptions of Article XX, on the one hand, and the substantive rights of the other Members under the GATT 1994, on the other hand»⁵⁷.

Per quanto concerne la definizione dei termini «discriminazione arbitraria o ingiustificata», la discriminazione non può essere determinata avendo riguardo agli stessi criteri attraverso i quali sia stata stabilita l'incompatibilità della misura rispetto agli obblighi materiali previsti dall'Accordo. Infatti, se si procedesse in questo modo, si priverebbe l'art. XX di qualsiasi significato, contravvenendo al principio secondo il quale le disposizioni di un trattato non possono essere interpretate in un modo che ne

55 Precisamente nei seguenti casi: *EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, cit.; *US – Shrimp, Recourse to Article 21. 5 by Malesia*, rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS58/AB/RW, 22 ottobre 2001.

56 *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., p. 22 (corsivo aggiunto).

57 *United States – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 156.

comprometta l'efficacia⁵⁸. La discriminazione deve essere rintracciata «tra i Paesi nei quali esistono le stesse condizioni»: al fine di determinare se due o più Paesi possano essere posti sullo stesso piano, devono essere prese in considerazione soltanto le condizioni che siano rilevanti alla luce della misura in questione e delle circostanze del caso di specie⁵⁹. Il carattere arbitrario o ingiustificato della discriminazione va accertato guardando al *modo* in cui la misura viene applicata: a tal fine rilevano tutti gli elementi di cui essa è costituita: non solo quelli sostanziali ma anche quelli procedurali⁶⁰.

Per quanto riguarda l'espressione «restrizione dissimulata» è risultato chiaro che essa non si riferisce soltanto alle «*concealed or unannounced restriction or discrimination in international trade*». Secondo l'Organo d'appello questa caratteristica della misura può essere rilevata utilizzando come parametro lo stesso genere di considerazioni rilevanti ai fini del controllo sull'arbitrarietà della discriminazione posta in essere dalla misura oggetto della controversia⁶¹.

4. I motivi di giustificazione venuti in rilievo nella prassi OMC

Nella prassi del sistema OMC sono venuti in rilievo i seguenti motivi di giustificazione: la tutela della moralità pubblica, la tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e delle piante (ma solo in relazione al GATT, sebbene presente anche nel GATS), la conservazione delle risorse naturali esauribili di cui all'art. XX, lett. g), GATT. Il numero dei casi relativi a ciascun obiettivo di tutela non è particolarmente significativo, per motivi di spazio, tuttavia, non è possibile presentare ognuna di tali controversie. Pertanto, di seguito saranno messe in luce le tendenze interpretative maggiormente rilevanti, valutando poi soprattutto i casi nei quali sembra esservi stata la massima attenzione da parte degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC verso la tutela dei valori non commerciali.

⁵⁸ *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., p. 23. In tal senso, v. anche *United States – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 150: «the nature and the quality of this discrimination is different from the discrimination in the treatment of products which was already found to be inconsistent with one of the substantive obligations of the GATT 1994».

⁵⁹ *United States – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 120.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 160.

⁶¹ *United States – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., p. 25.

4.1. La tutela della moralità pubblica e lo standard di controllo sul contenuto della nozione. Il caso EC-Seal Products

L'eccezione sulla tutela della moralità pubblica non è mai venuta in rilievo in relazione al GATT 1947, infatti è stata invocata per la prima volta nel caso *US – Gambling* in relazione al GATS, l'Accordo in materia di servizi introdotto nel sistema multilaterale degli scambi con l'istituzione dell'OMC⁶².

Nel caso *US – Gambling*, gli Stati Uniti invocavano tale eccezione per giustificare una misura non conforme agli impegni di liberalizzazione dei servizi da essi liberamente assunti secondo quanto previsto dal GATS⁶³, precisamente per giustificare una disciplina che vietava i servizi transfrontalieri di giochi e scommesse *online*, contestata dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC dallo Stato di Antigua e Barbuda.

Gli Stati Uniti affermavano, infatti, che le misure in questione fossero necessarie a tutelare la moralità pubblica (nonché l'ordine pubblico, obiettivo specificamente previsto dall'art. XIV GATS ma non dall'art. XX GATT), in quanto volte a prevenire la fornitura illegale di servizi di giochi e scommesse, data la maggiore facilità di violare la normativa nazionale attraverso gli strumenti della tecnologia informatica da parte del crimine organizzato, e ad evitare che la disponibilità di giochi e scommesse *online* aggravasse un fenomeno sociale dannoso come quello della dipendenza dal gioco, soprattutto per i soggetti deboli, come ad esempio i minorenni⁶⁴.

Per verificare se le misure statunitensi potessero rientrare nell'ambito di applicazione materiale dell'art. XIV, lett. a), GATS, il *panel* ha sottolineato in primo luogo che: «[...] the content of these concepts for Members *can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values*. Members, in applying similar societal concepts, have the right to

⁶² Va rilevato però che tale eccezione ha ricevuto grande attenzione da parte della dottrina, ben prima che venisse invocata in una controversia: v. *infra*, in questa Sezione, il par.6.

⁶³ Per una ricostruzione di tutti gli elementi rilevanti ai fini della controversia si rinvia all'analisi di MENGOZZI, *Libera prestazione dei servizi, scommesse e giochi d'azzardo: Organo d'appello dell'OMC e Corte di giustizia dell'Unione europea a confronto*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber amicorum in onore di Paolo Picone, Ligustro e Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011, p. 405 ss.

⁶⁴ *US – Gambling*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS285/R del 10 novembre 2004, paragrafi 275, 282, 288.

determine the level of protection that they consider appropriate [and they] should be given *some scope to define and apply for themselves* the concepts of ‘public morals’ and ‘public order’ in their respective territories, *according to their own systems and scales of values*»⁶⁵.

Dopo aver svolto queste considerazioni, che lasciavano intendere una certa disponibilità ad accettare la determinazione in via unilaterale da parte degli Stati di ciò che è degno di tutela nel perimetro della nozione di «moralità pubblica» (e di «ordine pubblico»), il *panel* ha intrapreso, però, una valutazione di tipo oggettivo della questione che era chiamato ad affrontare. Infatti, dapprima ha rilevato che il significato ordinario dell’espressione «moralità pubblica» denota «standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or a nation»⁶⁶, e poi ha preso in considerazione elementi della prassi internazionale risalente⁶⁷ e di quella interna relativa ad altri Stati membri⁶⁸ per stabilire, in definitiva, che misure in materia di gioco d’azzardo e di scommesse possono rientrare nell’ambito di applicazione materiale dell’art. XIV, lett. *a*), GATS. Inoltre, le misure rilevanti nel caso di specie erano state *previste* proprio al fine di perseguire gli obiettivi invocati⁶⁹. Il *panel*, tuttavia, ha ritenuto le misure oggetto della controversia non conformi al requisito di necessità. Investito del ricorso da parte degli Stati Uniti, l’Organo d’appello ha innanzitutto confermato le conclusioni raggiunte dal *panel* rispetto all’interpretazione della nozione di moralità pubblica (e di ordine pubblico), e ha poi stabilito che le

65 *US – Gambling*, rapporto del *panel*, par. VI. 847.

66 Tale significato è stato rinvenuto nello *Shorter Oxford English Dictionary: ibidem*, par. VI. 849 ss.

67 *US – Gambling*, rapporto del *panel*, par. VI.858. In particolare, è stato fatto riferimento ai lavori preparatori della *Convenzione sull’abolizione dei divieti e delle restrizioni alle importazioni e alle esportazioni* che si svolsero nell’ambito della Conferenza di Ginevra indetta dal Comitato economico della Società delle Nazioni. Infatti, nel corso dei lavori il delegato dell’Egitto chiese se un divieto sull’importazione di biglietti di una lotteria straniera potessero rientrare nell’ambito dell’eccezione che consentiva l’adozione di misure per ragioni di moralità o umanitarie: il presidente della Conferenza rispose affermativamente.

68 *US – Gambling*, rapporto del *panel*, par. 6.857-859. Il *panel* ha richiamato una *Trade Policy Review* relativa ad Israele ed un’altra relativa alle Filippine. Nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, notando che la Corte ha consentito agli Stati di giustificare per motivi di «public policy» le discipline adottate in materia di scommesse e gioco d’azzardo in deroga ai principi di liberalizzazione dei servizi contenuti nei Trattati, e le legislazioni vigenti in questa materia in tanti altri Stati membri dell’OMC (v. in particolare la nota n. 914 del rapporto).

69 *US – Gambling*, rapporto del *panel*, paragrafi 6.864-873. Ciò è stato desunto, in particolare, dal fatto che «[statements of the Congress] regarding the respective purposes underlying [the measures] indicate that various arms of the government of the United States consider these Acts were adopted to address concerns such as those pertaining to money laundering, organized crime, fraud, underage gambling and pathological gambling»: cfr. par. 6.872.

misure fossero, invece, necessarie ai fini dell'obiettivo di tutela ma comunque non conformi ai requisiti posti dallo *chapeau* essenzialmente in ragione del fatto che le misure statunitensi oggetto della controversia vietavano i servizi di scommesse *online* ma prevedevano la possibilità di una deroga soltanto per in favore dei servizi nazionali e non anche per quelli transfrontalieri⁷⁰.

Il caso *US – Gambling* ha dato luogo a commenti contrastanti in dottrina. Da una parte, infatti, è stata messa in risalto la scelta di prendere in esame la prassi di altri Stati membri per verificare se, in linea generale, le questioni relative al gioco d'azzardo potessero essere considerate pertinenti alla tutela della moralità pubblica. Questo tentativo di determinare in modo obiettivo il contenuto della nozione è stato fortemente contestato poiché considerato troppo restrittivo della sovranità degli Stati, soprattutto in ragione della molteplicità e diversità dei membri dell'OMC⁷¹.

Dall'altra parte, invece, è stata messa in evidenza l'affermazione del *panel* di voler attribuire un certo margine di apprezzamento agli Stati nel definire e applicare in autonomia la nozione di moralità pubblica. Anche se non è chiaro quale rilievo abbia avuto nel caso concreto⁷², quest'affermazione è stata comunque apprezzata poiché ritenuta in linea con lo scopo delle eccezioni generali, che sarebbe quello di consentire agli Stati di perseguire determinati obiettivi di politica pubblica a livello nazionale⁷³. Un simile approccio sarebbe corretto anche alla luce di un'analisi di tipo comparativo, rivolta alla giurisprudenza affermata in relazione alle disposizioni contenute in altri

⁷⁰ *US – Gambling*, rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS285/AB/R, par. 369.

⁷¹ V. ad esempio MARWELL, *Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling*, in *New York University Law Review*, 2006, pp. 816-819.

⁷² È stato opportunamente osservato come, in realtà, quest'affermazione non fosse necessaria, considerato che il *panel* aveva già riconosciuto che il gioco d'azzardo fosse una questione riconducibile alla tutela della moralità pubblica attraverso una valutazione della prassi risalente e di quella di altri Stati: v. WU, *Free Trade and the Protection of Public Morals: An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine*, in *Yale Journal of Int. Law*, 2008, p. 231. Secondo quest'Autore, precisando che agli Stati membri deve essere riconosciuto un margine di apprezzamento per definire e applicare la nozione di moralità pubblica, gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC hanno rigettato un «universalist approach», pur lasciando aperta la questione di decidere «to what extent must other nations agree that a particular topic is an issue of public morality before a nation can enact a trade restriction to protect it» (pp. 232-233).

⁷³ DIEBOLD, *The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and The Undermining Mole*, in *Journal of International Economic Law*, 2008, p. 43 ss, p. 54. Secondo l'Autore «an international interpretation that fails to protect the subjective values of individual Members would render the morals and order exceptions largely ineffective, turning it into a toothless tiger».

regimi internazionali che pure consentono agli Stati di giustificare la loro condotta sulla base di motivi di «moralità pubblica»⁷⁴.

Motivi di tutela della moralità pubblica sono stati invocati, poi, nel caso *China – Audiovisual*⁷⁵. La controversia riguardava diverse misure adottate dalla Cina e contestate dagli Stati Uniti, misure che assicuravano il diritto di importare materiale audiovisivo e pubblicazioni di ogni tipo soltanto ad alcune imprese cinesi di proprietà statale⁷⁶. La Cina invocava l'art. XX, lett. a), GATT poiché le misure sarebbero state necessarie a realizzare un meccanismo di censura statale, per evitare la diffusione sul mercato di prodotti culturali che avrebbero potuto avere un grave impatto «on societal and individual morals»⁷⁷. Peraltro, la Cina, per rafforzare l'idea che un sistema di controllo del contenuto dei prodotti culturali in commercio fosse idoneo a tutelare la moralità pubblica richiamava la Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla diversità culturale, che prevede che i beni culturali non dovrebbero essere trattati «as mere commodities or consumer goods», in quanto «vectors of identity, values and meaning»⁷⁸. Gli Stati Uniti, comunque, non mettevano in discussione che un meccanismo di censura perseguisse la tutela della moralità pubblica, concentrandosi invece a dimostrare che le misure oggetto della controversia non fossero uno strumento *necessario* a tutelare l'obiettivo indicato⁷⁹.

74 DIEBOLD, op. cit., p. 55 ss. L'Autore richiama, in particolare, sia l'approccio seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che quello seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

75 *China – Publications and Audiovisual Products*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS363/R del 12 agosto 2009; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS363/AB/R del 21 dicembre 2009.

76 Le misure in questione assicuravano il diritto di importare questa tipologia di beni soltanto nei confronti di alcune selezionate imprese di proprietà statale, escludendo quindi le imprese straniere dalla possibilità di commerciare questi prodotti. Pertanto, gli Stati Uniti contestavano la violazione degli obblighi assunti dalla Cina con attraverso la sua adesione all'OMC.

77 Secondo la Cina, infatti, le entità imprenditoriali selezionate dall'amministrazione avrebbero avuto il compito di controllare i prodotti evitando la diffusione di quelli veicolanti contenuti contrari ai valori della società cinese. A titolo di esempio, la Cina affermava che i contenuti con un potenziale effetto negativo sulla moralità pubblica avrebbero potuto riguardare «a wide range of issues, ranging from the depiction or condoning of violence or pornography, to other important values, including the protection of Chinese culture and traditional values»: *China – Publications*, rapporto del *panel*, par. VII.714. Il regime restrittivo nei confronti degli importatori avrebbe trovato quindi la sua ragion d'essere nel fatto che tali beni avessero «an essential role in the evolution and definition of elements such as societal features, values, ways of living together, ethics and behaviours»: *ibidem*, par. 7.751.

78 Art. 8 della Dichiarazione Universale UNESCO sulla diversità culturale, adottata all'unanimità durante la trentunesima sessione della Conferenza generale dell'UNESCO, tenutasi a Parigi il 2 novembre 2001.

79 Secondo gli Stati Uniti il meccanismo di censura avrebbe potuto e dovuto essere indipendente dall'importazione, considerato che non fosse necessario effettuare la revisione dei

Dopo aver richiamato l'interpretazione della nozione di moralità pubblica fornita nel caso *US – Gambling*⁸⁰ e rilevato che gli Stati Uniti contestavano soltanto la proporzionalità delle misure, il *panel* ha valutato la compatibilità della misura con il requisito di *necessità* e con le condizioni previste dallo *chapeau* dell'art. XX GATT. L'esame svolto dal *panel* su questo punto è stato poi confermato dall'Organo d'appello. La controversia, dunque, non presenta elementi di rilievo in relazione all'interpretazione della nozione di moralità pubblica, anzi da essa si evince che misure restrittive derivanti dall'implementazione di meccanismi di censura (in quanto volti ad esaminare il contenuto di *qualsiasi genere di prodotto culturale*) sono state considerate dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC *ragionevolmente* poste a tutela della moralità pubblica, dal momento che non è stata intrapresa da questi ultimi alcuna valutazione al riguardo dell'appropriatezza dell'invocazione di tale motivo di giustificazione.

Come rilevato dalla dottrina, i principi sulla libertà di espressione, largamente affermatasi nel diritto internazionale, avrebbero potuto avere, invece, un ruolo nel caso di specie ai fini dell'accertamento della corrispondenza della misura oggetto della controversia alla tutela della moralità pubblica⁸¹.

contenuti dei prodotti al momento dell'importazione, ma anzi tale attività poteva essere svolta da entità pubbliche in qualsiasi momento prima, durante o dopo tale processo.

⁸⁰ *China – Audiovisual*, rapporto del *panel*, par. 7.759.

⁸¹ In tal senso v. PAUWELYN, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisual*, in *Melbourne Journal of Int. Law*, 2010, p. 119 ss. che critica gli Stati Uniti e l'Organo d'appello per il fatto di non avere neppure menzionato la possibilità che la Cina, attraverso il meccanismo di censura oggetto della controversia, stesse violando i principi fondamentali sulla libertà di espressione. L'Autore osserva che l'Organo d'appello avrebbe potuto interpretare in modo restrittivo la nozione di moralità pubblica al fine di condizionare l'utilizzo di questa clausola «on compliance with basic and universally accepted principles of free speech» (e ricorda, peraltro, una celebre interpretazione restrittiva di una clausola convenzionale operata alla luce del diritto internazionale generale: quella fornita dalla Corte internazionale di giustizia nel caso delle *Piattaforme petrolifere*): cfr. p. 133. *Contra* v. BONFANTI, *Public Morals in International Trade: WTO Faces Censorship*, in *International Courts and the Development of International Law*, (a cura di Boschiero, Scovazzi, Pitea e Ragni), The Hague, 2013, p. 688, che dubita della possibilità di interpretare restrittivamente la nozione di moralità pubblica alla luce delle norme internazionali in materia di libertà di espressione, sia in ragione della scarsa disponibilità degli organi di soluzione delle controversie a valutare l'eventuale corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario di norme esterne al sistema dell'OMC, sia in ragione del fatto che anche le norme convenzionali sulla libertà di espressione prevedono limiti per la tutela della *moralità pubblica*.

4.1.1. Il caso *EC-Seal Products*

Dalla controversia *EC – Seal Products*⁸² emergono elementi che vanno nel senso di attribuire un ampio margine di apprezzamento agli Stati nella definizione degli interessi riconducibili alla tutela della moralità pubblica. Oggetto della controversia era un regolamento adottato dall'Unione europea che disciplinava in modo restrittivo il commercio dei prodotti derivati dalle foche, consentendone l'importazione e la vendita soltanto in alcune ipotesi, in particolare per i prodotti derivati dalla caccia delle foche operata dagli Inuit e da altre comunità indigene per fini di sussistenza⁸³. Tale regolamento veniva contestato dal Canada e dalla Norvegia in relazione alla disciplina GATT e all'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (*Agreement on Technical Barriers to Trade*, Accordo TBT)⁸⁴. Per quanto riguarda il GATT, gli Stati ricorrenti ritenevano che il regolamento dell'Unione europea fosse contrario al divieto di restrizioni quantitative agli scambi previsto dall'art. XI GATT, e all'art. I GATT, che come si è visto prevede la parità di trattamento delle merci straniere tra loro similari, nella misura in cui l'applicazione del regolamento facilitava le importazioni dei prodotti provenienti dalle comunità di Inuit della Groenlandia a discapito di quelli provenienti dalle comunità indigene presenti in altri Paesi. La violazione di tali obblighi è stata accertata dal *panel* e confermata dall'Organo d'appello⁸⁵.

L'Unione europea invocava l'eccezione in questione poiché la misura adottata avrebbe perseguito l'obiettivo di rispondere ad una preoccupazione di ordine morale dei cittadini degli Stati membri dell'UE in merito al benessere di questi animali, considerando che tali prodotti sarebbero stati ottenuti dalle foche uccise con tecniche violente, in grado di causare loro «excessive pain, distress, fear, or other forms of suffering»⁸⁶. La Norvegia e il Canada, tuttavia, ritenevano che la tutela del benessere

82 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS400/R, WT/DS401/R del 25 novembre 2013.

83 Regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca.

84 V. *infra*, Capitolo II, Sezione I, par. 2, la nota 41.

85 *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 5.96.

86 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, par. 7. 367 La misura aveva anche un obiettivo di tipo *strumentale* rispetto al raggiungimento dell'esigenza morale avvertita dai cittadini dell'UE, cioè ridurre il numero delle foche uccise in modo inumano. V. par. 7.375: «Regarding the first objective, the European Union points to two aspects of the public's moral concerns: first, 'the incidence of inhumane

delle foche non potesse essere considerata come una questione riguardante la moralità pubblica: per il Canada, ad esempio, le preoccupazioni in merito al benessere delle foche erano «qualitatively different from moral concerns»⁸⁷; similmente per la Norvegia, le scelte dell'UE erano motivate «by political expediency and not by public morals»⁸⁸.

Chiamato a decidere se gli obiettivi perseguiti dall'Unione europea riguardassero la tutela della moralità pubblica o meno, il *panel* ha stabilito che la soluzione di tale questione richiedesse, in primo luogo, di accertare *se* la preoccupazione indicata dall'Unione europea *esistesse realmente* nella società, e, in secondo luogo, *se essa fosse di natura morale* secondo una nozione di moralità pubblica definita e applicata «by a regulating Member in its territory, according to its own systems and scales of values»⁸⁹. Il *panel* ha ritenuto quindi che vi fossero «concerns on seal welfare» nella società europea, analizzando il testo del regolamento e una serie di atti in materia di commercio dei prodotti derivati dalle foche adottati in precedenza dalle istituzioni dell'Unione europea, ma anche dal Consiglio d'Europa. Dopo aver esaminato gli elementi di prova riguardanti, tra le altre cose, le legislazioni in materia di protezione degli animali adottate dai Paesi membri dell'Unione o da Paesi terzi membri dell'OMC, nonché alcune convenzioni internazionali vincolanti per l'Unione⁹⁰, il *panel* ha accertato che la tutela del benessere degli animali potesse essere considerata come una questione di natura etica⁹¹. L'esame svolto dal *panel* in merito a

killing of seals'; and, second, EU citizens 'individual and collective participation as consumers in, and exposure to, the economic activity which sustains the market for commercially-hunted seal products'. Further, according to the European Union, the second objective can also be regarded as one of the instruments to achieve the first, broader and overarching, objective of addressing the public moral concerns on seal welfare».

87 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, par. 7.359, e aggiungeva che «although the treatment of animals may, for some, be a matter of ethics, this does not amount to a shared view that the public's concern about seal welfare stems from an ethical perspective».

88 *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, paragrafi, 7.360, 7.363, 7.366. Secondo la Norvegia, considerata la misura nel suo complesso, l'Unione europea tentava di presentare «multifarious and competing objectives as a single, coherent objective», descrivendoli «as traits of an umbrella 'public morals' objective». Infatti, le eccezioni previste in favore degli Inuit e degli indigeni, avrebbero dimostrato un'incongruenza nello standard morale perseguito dalla misura. Anche secondo il Canada, considerate le eccezioni al divieto, l'Unione europea non perseguiva un obiettivo di tutela di moralità pubblica che potesse definirsi coerente (par. 7. 372).

89 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, par. 7.383. Va precisato che quest'accertamento è stato svolto in relazione all'art. 2, par. 2 Accordo TBT, ma la stessa analisi è stata poi richiamata al momento della valutazione dell'applicabilità dell'art. XX, lett. a) GATT.

90 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, par. 7.405 ss.

91 *Ibidem*, par. 7.409.

questo profilo della controversia è stato confermato anche dall'Organo d'appello che ha respinto le argomentazioni presentate dal Canada. In particolare, secondo il Canada, il livello di sofferenza inflitto alle foche non sarebbe stato superiore a quello comunemente accettato dall'Unione in relazione alla macellazione e alla caccia di *altri animali*: pertanto non vi sarebbe stato un vero *rischio per la moralità pubblica* che giustificasse l'intervento normativo. L'Organo d'appello ha respinto questo profilo del ricorso poiché ha ritenuto che l'art. XX, lett. a), GATT consentisse agli Stati membri di stabilire *livelli diversi di protezione* in relazione ad *interessi di natura simile*. Più in particolare, secondo l'Organo d'appello, in relazione alla nozione di moralità pubblica non è opportuno accertare l'esistenza di un *rischio* (criterio cui solitamente si fa riferimento in relazione alla nozione di «protezione della vita e della salute»⁹²), né l'*esatto contenuto normativo* dello standard morale perseguito dalla misura oggetto della controversia⁹³.

L'approccio adottato nel caso *EC – Seal Products* conferma lo standard di controllo elaborato in occasione della controversia *US – Gambling*, secondo il quale agli Stati va attribuito un margine di apprezzamento nella definizione di ciò che è degno di tutela in nome della moralità pubblica. Il *panel*, infatti, ha specificato più volte di aver rintracciato «considerazioni etiche» nel testo del regolamento e in tutti i documenti relativi ai lavori preparatori dello stesso, ed ha specificamente affermato che le misure simili adottate da altri Paesi non erano *necessariamente* rilevanti al fine di identificare la natura dell'obiettivo perseguito dall'Unione europea⁹⁴.

92 V. *infra*, il par. 4.2.

93 *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, del 22 maggio 2014, paragrafi 5.198-5.200. L'assunto relativo all'inopportunità di verificare l'esatto contenuto normativo dello standard morale seguito è stato però criticato dalla dottrina: comprendere tale contenuto dovrebbe essere un momento ineludibile dell'analisi al fine di valutare il rispetto del requisito di necessità, ossia se l'obiettivo perseguito possa essere raggiunto attraverso misure alternative meno restrittive del commercio: cfr. PAUWELYN, *The Public Morals Exception After Seals: How to Keep It in Check?*, in *International Economic Policy Blog*, 27 maggio 2014; DU, *Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2016, p. 691; SERPIN, *The Public Morals Exception after the WTO Seal Product Dispute: Has the Exception Swallowed the Rules?*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, p. 244.

94 *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, par. 7.409. Secondo il *panel*: «international doctrines and measures of a similar nature in other WTO Members, while not necessarily relevant to identifying the European Union's chosen objective, illustrate that animal welfare is a matter of ethical responsibility for human beings in general» (*ibidem*, corsivo aggiunto).

La tendenza ad accettare una determinazione unilaterale dei contenuti che rilevano ai fini della tutela della moralità pubblica non dovrebbe però comportare lo svuotamento della nozione di cui all'art. XX, lett. a). La prassi di altri Stati potrebbe avere un rilievo al fine di escludere che si possano tutelare attraverso questa eccezione interessi ad essa estranei, nel caso in cui vi sia un *largo consenso* circa il fatto che una determinata questione non concerna *affatto* la moralità pubblica: se la prassi di altri Stati membri in alcuni casi non è *necessariamente* rilevante, ciò non toglie che in altri casi potrebbe esserlo. Quando si tratti di una questione sulla quale non vi sia un ampio consenso tra gli Stati, sarebbe preferibile assicurare agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento valutando esclusivamente le prove e i documenti di tipo *nazionale*⁹⁵, anche perché il timore che una definizione unilaterale dei contenuti della nozione di moralità pubblica comporti un abuso dell'invocazione dell'eccezione non sembra essere fondato alla luce degli ulteriori requisiti da soddisfare ai sensi dell'art. XX GATT.

Per quanto riguarda il requisito di necessità, gli Stati membri ricorrenti sostenevano che l'obiettivo di tutela della moralità pubblica sarebbe stato ugualmente raggiungibile se l'Unione europea avesse adottato misure meno restrittive di un divieto di importazione, ad esempio condizionando la commercializzazione di questi prodotti alla realizzazione di metodi di cattura rispettosi del benessere degli animali, stabilendo quindi obblighi di etichettatura dei prodotti con sistemi di certificazione relativi ai

⁹⁵ In tal senso v. CONWAY, *De quelques apports de la doctrine de la "marge d'appréciation" à l'interprétation de l'exception de la moralité publique en droit de l'Organisation mondiale du commerce*, in *Les Cahiers de droit*, 2013, p. 777 ss., che richiama la dottrina del «margine di apprezzamento» elaborata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; CONRAD, *Process and Production Methods*, cit., p. 322 ss., che rileva due possibili nozioni, in base ad un'interpretazione già espressa in dottrina: la prima, caratterizzata da un «core moral standard» basato su un «international consensus» in merito alla validità di alcuni valori; la seconda, espressiva di un «variable moral standard», ossia di quei valori che differiscono da uno Stato all'altro. Se per la prima categoria, il contenuto dello standard sarebbe auto-evidente oppure potrebbe essere definito guardando a documenti internazionali, per la seconda, invece, sarebbe necessario valutare accuratamente i documenti di carattere interno. V. ancora HOWSE, LANGILLE, SYKES, *Pluralism in practice: Moral Legislation and the Law of the WTO after Seal Products*, in *George Washington Int. Law Review*, 2015, p. 89 ss., che rilevano come un tale approccio sia maggiormente in linea con il ruolo istituzionale dell'OMC: almeno per quanto riguarda il GATT, infatti, la disciplina che gli organi di soluzione delle controversie sono chiamati a far rispettare si limita a prevedere obblighi di non discriminazione, ma non indirizza gli Stati a perseguire determinate politiche o fini, a differenza di altri regimi internazionali (come quelli sulla protezione dei diritti umani) che possono essere intesi come aventi lo scopo di creare comunità di valori condivisi: per questo motivo l'approccio *pluralista* evita crisi di legittimità dell'Organizzazione, crisi che potrebbero derivare, invece, da un atteggiamento più intrusivo nei confronti degli obiettivi perseguiti dagli Stati.

metodi «umani» di uccisione⁹⁶. Il *panel* significativamente ha ritenuto che tali misure alternative non fossero ragionevolmente disponibili per l'UE poiché insufficienti a raggiungere lo stesso livello di tutela desiderato⁹⁷. La correttezza di questo giudizio è stata confermata anche dall'Organo d'appello, che ha respinto il ricorso presentato sul punto dai Membri ricorrenti, i quali ritenevano che il *panel* non avesse valutato il «contributo materiale» che la misura apportava al benessere degli animali⁹⁸. In particolare, l'Organo d'appello ha precisato che il grado del contributo apportato è solo uno tra gli elementi della valutazione e che non deve essere apprezzato in termini necessariamente *materiali*. Quest'interpretazione del requisito di necessità è particolarmente confacente alle misure restrittive del commercio internazionale che si fondano su motivi di tutela della moralità pubblica, poiché gli obiettivi che sono alla base di questa tipologia di interventi normativi esprimono *valori intrinseci*, che possono anche non identificarsi con il raggiungimento di *risultati misurabili* sul piano materiale⁹⁹.

Ad ogni modo, l'Organo d'appello ha ritenuto il regolamento dell'Unione europea venisse applicato in modo arbitrariamente discriminatorio, quindi non conforme allo *chapeau* dell'art. XX GATT, sulla base dei seguenti rilievi: in primo luogo, l'eccezione al divieto di importazione e commercializzazione dei prodotti derivati dalle foche prevista in favore degli Inuit non è parsa *razionalmente connessa*¹⁰⁰ all'obiettivo di affrontare le preoccupazioni di natura etica relative al benessere delle foche; in secondo luogo, il regolamento prevedeva criteri poco chiari per riconoscere quali prodotti provenissero effettivamente dalla caccia praticata per

⁹⁶ EC – Seal Products, rapporto del *panel*, par. 7.468 ss.

⁹⁷ *Ibidem*, par. 7. 503: «the alternative measure would not be able to address the EU public's moral concerns with respect to their wish to not participate as consumers in products derived from seal hunts in general, and the reopening of the EU market could stimulate global demand so as to incentivize the killing of more seals».

⁹⁸ EC – Seal Products, rapporto dell'Organo d'appello, par. 5. 213 ss. Come si vedrà più avanti (v. *infra*, Capitolo 1, paragrafo 7) l'analisi del livello di «contribuzione» all'obiettivo perseguito viene in rilievo nell'ambito della valutazione sulla necessità della misura.

⁹⁹ Per la valorizzazione di questa caratteristica delle misure volte alla protezione della moralità pubblica, v. HOWSE, LANGILLE, SYKES, op. cit., p. 116, che si riferiscono al perseguimento di *non-instrumental moral goals*.

¹⁰⁰ Nel precedente caso *Brazil – Retreaded Tyres* (v. *infra*, il par. successivo), l'Organo d'appello ha interpretato la nozione di discriminazione arbitraria contenuta nello *chapeau* che la discriminazione che risulta dall'applicazione della misura debba essere dovuta ad una «legitimate cause or rationale in the light of the objectives listed in the paragraphs of Article XX»: cfr. *Brazil – Retreaded Tyres*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 225.

fini di sussistenza anziché per fini commerciali; in terzo luogo, secondo l'Organo d'appello, non risultava dimostrato che l'Unione europea avesse fatto sufficienti sforzi per facilitare l'accesso al mercato europeo delle comunità di Inuit canadesi così come aveva fatto, invece, per le comunità di Inuit della Groenlandia¹⁰¹. Se gli ultimi due rilievi dell'Organo d'appello sembrano appropriati all'esigenza di garantire che una misura non crei discriminazioni arbitrarie tra Paesi nei quali prevalgono le medesime condizioni, il primo rilievo desta, invece, perplessità. Come osservato in dottrina, quando una determinata misura stabilisca le circostanze nelle quali *non prevalgono le medesime condizioni* tra i Paesi (nel caso di specie, la presenza di un commercio dei prodotti derivati dalla caccia delle foche effettuata dalle comunità Inuit), non è logicamente coerente svolgere il test sulla natura *arbitraria* della discriminazione (quindi sui vantaggi attribuiti ai Paesi nei quali *prevalgono* le medesime condizioni) alla luce dell'*obiettivo* perseguito dalla misura (la tutela del benessere delle foche) poiché la distinzione ha una *ratio indipendente* da tale obiettivo: se la *ratio* fosse la medesima, infatti, l'obiettivo della misura sarebbe in grado di giustificare *di per sé* la discriminazione¹⁰².

La tutela della moralità pubblica di cui all'XX, lett. a), GATT è stata poi invocata quale motivo di giustificazione in altre controversie, ma gli organi di soluzione delle controversie hanno rilevato che la misura non perseguisse realmente tale obiettivo. Sebbene il contenuto invocato attenesse senza dubbio alla nozione di moralità pubblica, la misura oggetto della controversia non era correlata all'obiettivo indicato, ossia *inidonea* a proteggere la moralità pubblica¹⁰³.

101 *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.338.

102 Cfr. BARTELS, *The Chapeau of General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction*, in *American Journal of Int. Law*, 2015, p. 95 ss., p. 124.

103 V. *Colombia – Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS461/AB/R del 7 giugno 2016. Ad oggetto della controversia vi era una misura adottata dalla Colombia che prevedeva l'imposizione di una *tariffa mista* sui prodotti importati, ritenuta incompatibile con l'art. II GATT. La Colombia sosteneva che l'imposizione della tariffa fosse dovuta all'esigenza di prevenire il riciclaggio del denaro sporco proveniente dal crimine organizzato attraverso l'importazione di prodotti nel Paese, ed invocava perciò la clausola sulla tutela della moralità pubblica. Riformando sul punto il rapporto del *panel*, l'Organo d'appello ha ritenuto che la misura non perseguisse l'obiettivo di tutelare la moralità pubblica in quanto *inidonea* a tal fine.

4.2. La tutela della vita e della salute delle persone, degli animali e dei vegetali. Il caso Brazil – Retreaded Tyres

I motivi di protezione della vita e della salute delle persone, degli animali e dei vegetali¹⁰⁴ sono stati invocati in alcune controversie già nel contesto del GATT 1947. L'obiettivo di proteggere la salute e la vita umana, animale e vegetale può coincidere spesso con quello di proteggere l'ambiente in senso lato. Per tale motivo, gli obiettivi di tutela qui in esame sono, insieme a quelli indicati all'art. XX, lett. g), quelli maggiormente in grado di conciliare la disciplina del commercio internazionale con le esigenze di protezione dell'ambiente¹⁰⁵.

L'Organo d'appello dell'OMC ha precisato che, al fine di invocare con successo i motivi indicati, è necessario dimostrare l'esistenza di un *rischio* per la salute¹⁰⁶. Pertanto, va prima accertata l'esistenza del rischio e, in secondo luogo, «whether the policy underlying the measure is to reduce such a risk»¹⁰⁷. L'esistenza sul piano scientifico di rischi per la salute è attestata sulla base delle prove presentate dalle parti, ma il *panel* può anche richiedere l'opinione di esperti, come è avvenuto in qualche occasione¹⁰⁸. Nel caso *EC – Asbestos*, di cui si è detto in precedenza, l'Organo

104 Se il significato di salute e vita delle *persone* è palese, la definizione di salute e vita degli *animali* e dei *vegetali* è meno immediata. Ci si chiede, ad esempio, se il concetto di «salute degli animali» sia diverso da quello di *benessere degli animali*, che nel caso *EC – Seal Products* ha trovato accoglimento nella nozione di tutela della *moralità pubblica*. Il problema si è posto nel caso *EC – Seal Products*, ma il *panel* ha evitato di affrontarlo (cfr. *EC – Seal Products*, rapporto del *panel*, cit., par. 7.640), probabilmente poiché in relazione all'art. XX, lett. b), GATT, sarebbe emerso con più evidenza la necessità di affrontare un altro problema, quello della portata territoriale delle eccezioni: v. *infra*, in questa Sezione, il par. 5. Per l'interpretazione della nozione di «salute e vita delle piante» si ritiene che possa essere rilevante la definizione del termine «vegetali» contenuta nella Convenzione internazionale sulla protezione dei vegetali, in base alla quale il termine suddetto designerebbe le piante e le parti di piante vive, comprese le sementi: Cfr. STOLL e STRACK, *Article XX, General Exceptions, Lett. b)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (a cura di), 2011, p. 497 ss., p. 504, par. 20.

105 V. per tutti BARONCINI, *La tutela ambientale nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e la posizione cinese nei negoziati di Doha*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2010, p. 923 ss.

106 Cfr. *EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 8.179: «the words 'policies designed to protect human life or health' imply the existence of a *health risk* inasmuch as they include the notion of 'protection'».

107 V. *Brazil – Retreaded Tyres*, rapporto del *panel*, cit., par. 7. 42.

108 Ad esempio, nel caso *EC – Asbestos*, il *panel* ha consultato degli esperti per valutare i rischi per la salute derivanti dall'amianto. L'Organo d'appello ha stabilito che il *panel* aveva correttamente valutato le prove, dal momento che i rischi erano stati confermati da tutti e quattro gli esperti, nonché da documenti prodotti da *international bodies*, quali l'Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro e l'Organizzazione mondiale della sanità (*EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 162). La consultazione di esperti da parte del *panel* è consentita dall'art. 13 della DSU, che prevede la

d'appello ha precisato che la valutazione sull'esistenza dei rischi può essere svolta non solo in termini quantitativi, ma anche in termini *qualitativi* attribuendo un peso maggiore alla gravità del danno a cui ci si espone piuttosto che alla probabilità che quest'ultimo si manifesti¹⁰⁹.

Il caso *Brazil – Retreaded Tyres* è particolarmente rilevante rispetto ai pochi altri casi nei quali è venuta in rilievo l'invocazione dell'eccezione sulla tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e dei vegetali di cui all'art. XX, lett. b), GATT. Tale caso ha riguardato un divieto di importazione di pneumatici rigenerati adottato dal Brasile contestato, dapprima, da parte dell'Uruguay, dinanzi agli organi di soluzione delle controversie disponibili nell'ambito del MERCOSUR¹¹⁰, e, in seguito, da parte dell'Unione europea, dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC.

Per giustificare tale misura nell'ambito del sistema OMC, il Brasile ha invocato l'art. XX, lett. b), in ragione dei danni che l'accumulo di questi prodotti era in grado di causare alla salute delle persone e all'ambiente, considerato, tra le altre cose, il moltiplicarsi di insetti nell'acqua piovana contenuta all'interno degli stock di pneumatici abbandonati. Contestando l'esistenza di un rischio effettivo per la tutela della salute, l'Unione europea sosteneva che la diffusione di malattie come la malaria dipendesse dal fatto che l'accumulo degli pneumatici 'fuori uso' non venisse correttamente gestito dal Brasile. In proposito, il *panel*, richiamando un principio già espresso in precedenza dall'Organo d'appello, ha affermato che la capacità dello Stato di *prevenire* un rischio per la salute non possa essere considerata come un elemento utile ai fini della valutazione dell'*esistenza* del rischio¹¹¹. Per cui, la verifica deve guardare a ciò che accade nella realtà dei fatti piuttosto che a ciò che lo Stato potrebbe fare per prevenire tali rischi.

possibilità di richiedere informazioni e opinioni tecniche a qualsiasi individuo o organismo che si ritenga appropriato in merito ad una determinata questione.

109 *EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 167.

110 Su tale controversia v. *infra*, in questo Capitolo, Sezione II, par. 3.

111 Il *panel* ha ricordato l'affermazione dell'Organo d'appello nel caso *EC – Hormones* riguardante l'interpretazione dell'Accordo SPS (v. *infra*, Capitolo II, Sezione I, par. 3.1), per cui la valutazione deve riguardare «risks in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the *real world*, where people live and work and die». Cfr. *Brazil – Retreaded Tyres*, rapporto del *panel*, par. 7.63-7.67.

La misura adottata dal Brasile, inoltre, è stata ritenuta conforme al requisito di necessità, soprattutto in base ad un'interpretazione del modo di valutare il contributo apportato dalla misura al raggiungimento dell'obiettivo: l'Organo d'appello infatti ha confermato una precedente interpretazione secondo la quale i *panels* possono effettuare tale valutazione sulla base di molteplici fattori che dipendono dalla tipologia, quantità e qualità delle prove esistenti¹¹². Più significativamente, si è ritenuto che quando la misura oggetto della controversia sia particolarmente restrittiva del commercio internazionale, come nel caso di un divieto di importazione, essa deve apportare un contributo consistente e concretamente osservabile («a material contribution») al raggiungimento dei fini per poter essere considerata necessaria¹¹³.

L'Organo d'appello ha specificato, tuttavia, che ciò non significa che l'apporto della misura deve essere riscontrabile nell'*immediato*: anzi, ha riconosciuto che alcune problematiche, come quelle riguardanti la protezione della salute pubblica e dell'ambiente, possono essere affrontate soltanto attraverso «a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures», i cui risultati possono essere apprezzati soltanto nel medio-lungo periodo¹¹⁴. In tali casi, la determinazione del contributo apportato dalla misura può consistere in «quantitative projections in the future, or qualitative reasoning based on a set of hypotheses that are tested and supported by sufficient evidence»¹¹⁵.

La misura adottata dal Brasile, tuttavia, non è stata considerata conforme allo *chapeau* dell'art. XX GATT risultando *arbitrariamente discriminatoria*, in ragione di un'eccezione nell'applicazione del divieto in favore dei Paesi del MERCOSUR. L'Organo d'appello, infatti, ha ritenuto che le ragioni addotte per giustificare la presenza di tale eccezione (ossia la necessità di rispettare una sentenza del Tribunale operante nell'ambito del MERCOSUR¹¹⁶) non erano riconducibili al perseguimento dell'obiettivo invocato in base all'art. XX, lett. *b*), del GATT (cioè la necessità di impedire l'importazione di pneumatici rigenerati per motivi di tutela della salute e dell'ambiente), ma anzi andavano addirittura *contro* tale obiettivo, considerata peraltro

112 V. ad es. *Brazil – Retreaded Tyres*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 145.

113 *Ibidem*, par. 150. Non così per la tutela della moralità pubblica, v. *supra* il passo del testo corrispondente alla nota 98.

114 *Ibidem*, par. 151.

115 *Ibidem*.

116 V. *infra*, in questo Capitolo, Sezione II, par. 3.

la possibilità del Brasile di avvalersi di una clausola di eccezione a tutela della salute e dell'ambiente anche nel contesto del MERCOSUR¹¹⁷.

4.3. La tutela delle risorse naturali esauribili. Il caso US - Shrimp

Come anticipato, l'art. XX, lett. g), consente agli Stati membri di adottare misure relative alla conservazione di risorse naturali esauribili a condizione che tali misure siano implementate congiuntamente a restrizioni riguardanti la produzione o il consumo nazionale delle risorse naturali in questione¹¹⁸.

Gli organi di soluzione delle controversie hanno accolto un'interpretazione della nozione di «risorse naturali esauribili» che consente di invocare questa eccezione per dare spazio ad importanti esigenze in materia di tutela dell'ambiente. Ad esempio, nel caso *US – Gasoline* il *panel* ha ritenuto che l'*aria pulita* potesse essere considerata come una risorsa esauribile ai sensi dell'art. XX, lett. g). Sebbene lo Stato ricorrente, il Venezuela, mettesse in evidenza che l'aria fosse, in realtà, una risorsa rinnovabile, il *panel* ha riconosciuto, molto sinteticamente, che l'aria pulita fosse una risorsa soggetta ad esaurimento: il fatto che ciò fosse definito in relazione ad una *qualità* della risorsa non aveva alcuna rilevanza¹¹⁹.

Di particolare importanza rispetto all'invocazione dell'art. XX, lett. g), GATT, è il caso *US – Shrimp*. La misura oggetto della controversia, adottata dagli Stati Uniti, riguardava il divieto di importazione di gamberetti provenienti da Paesi che non avessero ottenuto un'apposita certificazione da parte dell'amministrazione statunitense, attestante l'avvenuta imposizione alle imbarcazioni ricadenti nella propria sfera giurisdizionale l'utilizzo di tecnologie di pesca idonee a salvare le

117 Come rilevato in dottrina, le affermazioni dell'Organo d'appello lasciano emergere «la possibilità di interpretare ed applicare armoniosamente il Trattato di Montevideo e l'Accordo GATT, vista la presenza nei richiamati strumenti pattizi di due clausole sulle eccezioni generali»: cfr. BARONCINI, *L'articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'Organo d'appello dell'OMC*, cit., p. 651.

118 Questa eccezione fu inserita nel GATT 1947 sulla base di una proposta degli Stati Uniti, ma non sembra che questi ultimi fossero stati ispirati da una previsione simile presente in altri trattati: l'intento era, molto probabilmente, quello di consentire misure conservative delle risorse minerarie esauribili, come il petrolio, attraverso limitazioni all'esportazione: cfr. MATZ-LUCK e WOLFRUM, *Article XX, General Exceptions, Lett. g)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, (a cura di Wolfrum, Stoll e Hestermeyer), 2011, p. 544 ss., p. 546, par. 5.

119 *US – Gasoline*, rapporto del *panel*, cit., par. 6. 37.

tartarughe marine. I Paesi ricorrenti (India, Malesia, Pakistan e Thailandia) sostenevano che una misura adottata per la protezione delle tartarughe marine non potesse rientrare nell'ambito dell'art. XX, lett. g), in quanto il termine «risorse esauribili» avrebbe dovuto essere ragionevolmente interpretato come riferentesi alle sole risorse *finite*, quali quelle minerarie, e non anche alle risorse biologiche o rinnovabili¹²⁰.

L'Organo d'appello ha rifiutato questa interpretazione restrittiva notando, anzitutto, che la lettera della disposizione non è espressamente limitata alla conservazione delle risorse minerarie o non biologiche, e che, peraltro, secondo la scienza le risorse biologiche, seppur in grado di riprodursi, sono «in certain circumstances indeed susceptible of depletion, exhaustion and extinction, frequently because of human activities»¹²¹. Più significativamente, l'Organo d'appello ha ritenuto che la nozione di risorse naturali andasse interpretata «in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment»¹²², essendo una nozione «by definition evolutionary»¹²³.

Pertanto, alla luce di numerose fonti internazionali in materia di tutela dell'ambiente, l'Organo d'appello ha ritenuto che la nozione di «risorse naturali» possa riferirsi indistintamente alle «*living and non living resources*»¹²⁴, e che le tartarughe marine possano essere considerate come «risorse esauribili» considerato che questa specie animale è tutelata dalla Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione

120 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 127.

121 *Ibidem*, par. 128.

122 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 129. Considerato del resto che, sebbene il testo dell'art. XX non fosse stato modificato nel corso dell'Uruguay Round, le Parti contraenti all'Accordo istitutivo dell'OMC fossero ben consapevoli della «importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy» (*ibidem*). Si è visto, infatti, che il testo del GATT 1947 è stato ripreso dal GATT 1994 attraverso la tecnica del richiamo redazionale (v. *supra* la nota 6).

123 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 130. Si tratta di un'interpretazione che fa eco a quanto espresso dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo adottato il 21 giugno 1971 sul caso *Namibia*, che aveva affermato in quell'occasione che «where concepts embodied in a treaty are 'by definition, evolutionary', their interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law. [...] Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation».

124 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 130. In particolare, sono stati richiamati: gli artt. 56, 61 e 62 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare adottata a Montego Bay il 10 dicembre 1982; la Convenzione sulla biodiversità adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992; l'*Agenda 21* adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo il 14 giugno 1992.

(*Convention on International Trade of Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES*)¹²⁵. Il richiamo a fonti esterne al sistema OMC ha consentito, quindi, di interpretare il termine «risorse naturali esauribili» alla luce delle esigenze ambientali affermatesi nel diritto internazionale¹²⁶.

Alla luce del fatto che gli Stati Uniti avevano vietato anche ai pescherecci statunitensi il commercio dei gamberetti pescati senza rispettare le tecniche di salvaguardia delle tartarughe marine, e che tale divieto era corredato da sanzioni, l'Organo d'appello ha stabilito che la misura oggetto della controversia era stata adottata in congiunzione a restrizioni riguardanti la produzione o il consumo nazionale¹²⁷. La misura, tuttavia, non è stata considerata conforme allo *chapeau* dell'art. XX GATT. L'organo d'appello ha stabilito, infatti, che tale misura dava luogo ad una discriminazione *ingiustificabile* tra Paesi nei quali esistevano medesime condizioni alla luce del fatto che gli Stati Uniti avevano concluso accordi di cooperazione per la tutela delle tartarughe marine con alcuni Paesi interessati all'esportazione verso gli Stati Uniti (in particolare con i Paesi dell'area latino-americana, adottando la *Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtles*¹²⁸) senza tuttavia effettuare sforzi per negoziare in buona fede un tale accordo di cooperazione con i Paesi ricorrenti; e tava luogo altresì ad una discriminazione *arbitraria* alla luce della *rigidità dei requisiti* in base ai quali veniva consentito ad altri Paesi di esportare gamberetti verso gli Stati Uniti (a tali Paesi veniva essenzialmente richiesto di adottare la *medesima* regolamentazione vigente negli Stati Uniti) e alla luce della mancata previsione della possibilità di consentire ai Paesi esportatori di dimostrare alle competenti autorità statunitensi le politiche o misure specifiche, diverse da quelle applicate dagli Stati Uniti, adottate per la protezione e la

125 La Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (CITES) è stata adottata a Washington il 3 marzo 1973. È entrata in vigore il 1° luglio 1975 e attualmente ne sono Parti 182 Stati. È stata ratificata dall'Italia con l. n. 874 del 19 dicembre 1975 (pubblicata in *GU* n. 49 del 24 febbraio 1976, Suppl. ordinario).

126 V. *infra*, Capitolo III, Sezione II, par. 5. Si tratta di un'interpretazione evolutiva poiché la nozione rilevante è stata interpretata alla luce delle «tendenze normative della Comunità internazionale», al di fuori della cornice prevista dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati Cfr. CANNIZZARO, *Il rilievo di accordi esterni nell'interpretazione degli accordi OMC*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber amicorum in onore di Paolo Picone Ligustro e Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011, p. 518.

127 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., paragrafi 144-145.

128 Adottata a Caracas il 1° dicembre 1996.

conservazione delle tartarughe marine¹²⁹. In seguito all'adozione del rapporto dell'Organo d'appello, gli Stati Uniti hanno modificato la normativa oggetto della controversia adeguandola ai rilievi contenuti in tale rapporto, ed hanno avviato negoziati per la conclusione di un accordo di cooperazione finalizzato alla tutela delle tartarughe marine anche coi i Paesi del Sud-est asiatico.

Poiché la Malesia aveva dimostrato un atteggiamento ostile, gli Stati Uniti avevano mantenuto in vigore il divieto di importazione nei confronti di tale Paese, il quale ha adito nuovamente gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC ai sensi dell'art. 21, par. 5, della DSU¹³⁰, contestando l'inottemperanza degli Stati Uniti alle raccomandazioni del DSB. La Malesia sosteneva, infatti, che gli Stati Uniti non potessero mantenere in vigore il divieto di importazione fintantoché i due Stati non avessero concluso un accordo. Tanto il *panel* che l'Organo d'appello hanno stabilito, tuttavia, che il precedente rapporto dell'Organo d'appello non poteva essere interpretato nel senso di impedire l'adozione di qualsiasi misura unilaterale in assenza della *conclusione* di accordo di cooperazione, rilevando che «in view of the *serious, good faith efforts* made by the United States to negotiate an international agreement, [the measure at issue] [is] applied in a manner that no longer constitutes a means of unjustifiable or arbitrary discrimination, as identified by the Appellate Body in its Report»¹³¹.

Fatta eccezione per il caso *EC – Asbestos*, nel quale l'Organo d'appello ha considerato la normativa adottata dalla Francia a tutela della salute pubblica in materia di importazione e commercio delle fibre di amianto giustificabile in base all'art. XX GATT (ma in tale caso, come si è visto, l'Organo d'appello non ha confermato la violazione dell'art. III, par. 4, GATT che era stata precedentemente accertata dal *panel*), il caso *US – Shrimp* riguardante il ricorso della Malesia ai sensi dell'art. 21,

129 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., paragrafi 161-184.

130 «Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report»: cfr art. 21, par. 5, DSU.

131 *US – Shrimp*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malesia, doc. WT/DS58/AB/RW, del 22 ottobre 2001, par. 134.

par. 5, DSU è l'unico nel quale sia stata giustificata una misura restrittiva in base all'art. XX GATT¹³².

5. L'approccio degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC rispetto al problema dei limiti territoriali dell'ambito di applicazione dell'art. XX GATT

Nella prassi del GATT 1947 così come nella prassi dell'OMC si è posto il problema di comprendere se l'ambito di applicazione dell'art. XX GATT sia limitato al territorio dello Stato che abbia adottato le misure, problema che si pone in relazione a misure che riguardino il *processo di produzione* delle merci, quindi requisiti relativi a circostanze o comportamenti che si verifichino in spazi sottratti alla giurisdizione dello Stato che le abbia adottate. Il problema si è posto poiché, com'è evidente, la lettera della disposizione non fornisce alcuna precisazione, né è stato possibile ricavare un'interpretazione sicura dell'intenzione originaria delle Parti guardando ai lavori preparatori del GATT 1947.

Nelle prime due (celebri) controversie nelle quali si è posto tale problema interpretativo – il caso *US-Tuna/Dolphin I*¹³³ e il caso *US-Tuna/Dolphin II*¹³⁴, entrambi relativi a provvedimenti di embargo di tonno adottati dagli Stati Uniti verso alcuni

132 Per una sintetica ed efficace disamina delle controversie relative all'invocazione dell'art. XX GATT non esaminate in questa sede v. MORAN, *The First Twenty Cases Under GATT Article XX: Tuna or Shrimp Dear?*, in *International Economic Law. Contemporary Issues*, Adinolfi, Baetens, Caiado, Lupone e Micara (a cura di), Torino, Heidelberg, 2017, p. 3 ss.

133 La controversia trae origine dall'istituzione da parte degli Stati Uniti di un divieto di importazione del tonno proveniente dal Messico e da diversi altri Paesi, in attuazione di una normativa dedicata alla protezione dei mammiferi marini (il *Marine Mammal Protection Act*, MMPA), che vietava alle imbarcazioni sottoposte alla giurisdizione degli Stati Uniti la pesca del tonno con tecniche in grado di causare accidentalmente la morte di mammiferi marini, e richiedeva altresì l'attuazione di un divieto di importazione del tonno pescato con tecnologie non idonee ad evitare la morte accidentale dei delfini. Il Messico contestava tale misura, e riteneva che l'art. XX non avrebbe dato ad uno Stato contraente il diritto di adottare misure che imponessero ad altri Stati modifiche della propria legislazione, evocando quindi un illegittimo esercizio extraterritoriale della potestà legislativa da parte degli Stati Uniti.

134 La seconda controversia riguardava, ancora una volta, l'applicazione del MMPA. La misura oggetto della controversia era stata adottata al fine di evitare che il tonno proveniente dai Paesi colpiti dall'embargo venisse importato negli Stati Uniti attraverso «esportazioni secondarie» da parte di «Paesi intermediari». Veniva quindi previsto un divieto di importazione del tonno proveniente da una serie di «Paesi intermediari» se questi non avessero dimostrato che, nei sei mesi precedenti, non avevano a loro volta importato tonno proveniente dai Paesi colpiti dall'«embargo primario», cioè quelli che non avevano imposto alle proprie imbarcazioni il rispetto di tecniche di pesca *dolphin-safe*. La misura veniva contestata dinanzi agli organi del GATT 1947 dalla Comunità europea e dai Paesi Bassi, questi ultimi per conto delle Antille olandesi.

Paesi in ragione del fatto che tali risorse ittiche venivano pescate attraverso tecniche che non conformi a quanto previsto dalla legislazione statunitense sulla protezione dei delfini – i *panels* si espressero in senso negativo ritenendo che nell’art. XX GATT fosse implicita una «jurisdictional limitation» poiché uno Stato membro non avrebbe potuto imporre ad altri Membri modifiche della legislazione interna¹³⁵.

Nel caso *US – Shrimp*, la terza controversia nella quale si è posto il problema interpretativo qui in commento, ha avuto modo di pronunciarsi l’Organo d’appello¹³⁶, che non ha preso posizione sulla portata extraterritoriale delle eccezioni ma ha ammesso l’applicazione dell’art. XX ai fini della protezione delle tartarughe marine in acque internazionali valorizzando l’esistenza di una *connessione territoriale* tra gli Stati Uniti e le tartarughe dovuta al fatto che queste ultime, essendo una specie animale altamente migratoria, potessero trascorrere parte della loro vita anche nelle acque soggette alla giurisdizione statunitense¹³⁷. Significativamente, però, il principale motivo che nelle controversie precedenti era stato alla base dell’interpretazione strettamente «territoriale» delle eccezioni rilevanti, è stato respinto dall’Organo d’appello, il quale ha ritenuto che il richiedere ad uno Stato esportatore di rispettare determinati requisiti per avere accesso al mercato nello Stato importatore non potesse essere considerata come un’azione in sé e per sé incompatibile con l’art. XX GATT, anzi una tale interpretazione avrebbe reso di fatto inutile la maggior parte, se non tutte, delle eccezioni elencate nella disposizione¹³⁸.

135 Il *panel* nel caso *US-Tuna/Dolphin I* ritenne di non poter applicare l’art. XX, lett. b), GATT – invocato dagli Stati Uniti per la tutela della vita e della salute dei delfini – poiché ciò avrebbe compromesso l’intera disciplina multilaterale: permettendo agli Stati membri di determinare in via unilaterale le politiche di protezione nelle materie indicate dall’art. XX GATT, l’Accordo generale sugli scambi di merci sarebbe servito soltanto a regolamentare i rapporti commerciali tra quegli Stati che avessero adottato politiche interne *identiche* (cfr. *US – Tuna/Dolphin I*, rapporto del *panel*, par. 5. 27). Similmente si espresse il *panel* sul caso *US – Tuna/Dolphin II*, rinvenendo un limite all’applicazione extraterritoriale della clausola di eccezione soprattutto nel requisito di *necessità* della misura (cfr. *US-Tuna/Dolphin II*, rapporto del *panel*, par. 5.26).

136 L’Organo d’appello non ha confermato il rapporto del *panel* poiché quest’ultimo aveva valutato la compatibilità della misura rispetto allo *chapeau* prima ancora che venisse accertato se essa perseguisse o meno uno degli obiettivi elencati dalle lettere a) – j) dell’art. XX: v. *supra*, la nota 41.

137 *US – Shrimp*, rapporto dell’Organo d’appello, cit., par. 133, in riferimento all’art. XX, lett. g). In particolare, l’Organo d’appello affermò che non fosse necessario affrontare la questione della «jurisdictional limitation, and if so, the nature or extent of that limitation», visto che alla luce delle circostanze del caso di specie, vi era «a *sufficient nexus* between the migratory and endangered marine populations involved [in the measure] and the United States».

138 *US – Shrimp*, rapporto dell’Organo d’appello, par. 121. Come rilevato in dottrina, «it would be incautious to affirm that extraterritorial measures have been admitted, but it is equally undeniable that the a priori arguments against them, first of all the “coercion” argument, have been definitively overcome»: cfr. RUOZZI, *The Multilateral Trading System and the Non-Trade Issues: How*

Il problema dell'applicazione extraterritoriale dell'art. XX GATT si è posto nuovamente nel caso *EC – Seal Products*, che, come si è visto, riguardava una misura adottata in ragione di circostanze extraterritoriali relative al processo di produzione dei prodotti derivati dalle foche, ossia le tecniche disumane di uccisione delle foche.

L'Organo d'appello ha richiamato quanto emerso nella controversia *US – Shrimp* in merito ai limiti territoriali dell'art. XX, lett. g)¹³⁹, ma ha evitato di pronunciarsi nel merito della questione precisando che le parti della controversia non avevano sollevato questo problema.

Nello stesso paragrafo, però, l'Organo d'appello si è soffermato a rilevare che il Regolamento dell'Unione europea era stato predisposto avendo riguardo all'attività di caccia delle foche «occurring 'within and outside the Community'» e alle preoccupazioni sul benessere delle foche «of 'citizens and consumers' in EU member States»¹⁴⁰. A prima vista, tale rilievo dell'Organo d'appello non fornisce alcuna indicazione in merito al problema dell'applicazione extraterritoriale. Tuttavia, ad un'attenta valutazione l'affermazione potrebbe essere intesa nel senso che i giudici intendessero sottolineare che, qualora le parti ricorrenti avessero sollevato il problema dei limiti territoriali dell'art. XX, lett. a), il Regolamento dell'Unione europea avrebbe comunque avuto una *connessione di tipo territoriale* con la tutela della moralità pubblica, riguardando le preoccupazioni morali dei *cittadini dell'UE*¹⁴¹.

In dottrina, la maggior parte degli autori non ritiene che la particolare tipologia di misure di cui si sta discorrendo darebbe luogo ad un esercizio extraterritoriale della potestà legislativa, come invece reclamato dalle parti ricorrenti nelle prime tre controversie richiamate¹⁴². Ciò almeno per due motivi. In primo luogo, le *circostanze extraterritoriali* (ad esempio l'attività di pesca in acque internazionali con tecniche

the World Trade Organization Managed to Integrate Environmental Concerns without Integrating International Environmental Law, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, 2014, pp. 169-170.

139 V. *infra* Capitolo 1, paragrafo 6.

140 *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.173.

141 Quest'interpretazione è sostenuta da HOWSE, LANGILLE, SYKES, op. cit., pp. 123-126. Secondo questi Autori, infatti, è difficile pensare che l'Organo d'appello abbia ritenuto possibile giustificare questa misura in base all'art. XX, lett. a) semplicemente perché le parti ricorrenti non avessero sollevato il problema dell'extraterritorialità. Peraltro, gli Autori osservano che purtroppo i giudici dell'Organo d'appello non hanno colto una particolare sfumatura, e cioè che il regolamento sulle foche non riguardasse semplicemente la moralità *dei* cittadini dell'UE, ma fosse anche un *moral concern* sulla *loro stessa condotta*: ossia sulla volontà di *non essere complici* nella commercializzazione o l'utilizzo dei prodotti derivati delle foche uccise con tecniche violente e per futili motivi.

142 V. *supra* in particolare la nota 138 e il testo corrispondente.

ritenute pericolose per le specie animali) non sono l'oggetto della regolamentazione dello Stato, bensì un elemento oggettivo che viene preso in considerazione dalla regolamentazione interna solo quale aspetto fattuale, e le conseguenze giuridiche previste dalla normativa rimangono comunque limitate al territorio dello Stato che l'ha adottata (come ad esempio il divieto di importazione)¹⁴³. In secondo luogo, pur considerando gli *effetti* di tali misure *sui Paesi diversi dallo Stato che le abbia adottate* (effetti alla luce dei quali esse vengono sono spesso definite «misure aventi effetti extraterritoriali»), questi sono di tipo economico e, tendenzialmente, non sembrano in grado di interferire nell'esercizio dei poteri sovrani dei Paesi che li subiscono¹⁴⁴.

143 Per questa posizione v. in particolare HOWSE, REGAN, *The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy*, in *European Journal of Int. Law*, 2000, pp. 274-275; CONRAD, op. cit. p. 278-280; COOREMAN, *Global Environmental Protection through Trade, A Systematic Approach to Extraterritoriality*, Cheltenham, 2017, p. 89; VRANES, *Trade and the Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, Oxford, 2009. È indubbio, comunque, che la risposta a questo problema dipende in primo luogo dalla definizione di «esercizio extraterritoriale della potestà normativa» che si intende adottare. Una distinzione che aiuta a discernere se normative come quelle in esame possano dare luogo ad un esercizio extraterritoriale è proposta da SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 87 ss., autore secondo il quale una misura sarebbe extraterritoriale quando imporrebbe obblighi di condotta nei confronti di persone «who do not enjoy a relevant territorial connection with the regulating state»; le misure che prendono in considerazione circostanze che si verificano all'estero, ma la cui applicazione dipende da una «relevant territorial connection» (come l'*accesso al mercato* dello Stato che ha adottato la misura), invece, non potrebbero considerarsi quali misure che danno luogo ad un esercizio extraterritoriale della potestà normativa (l'autore parla in proposito di misure che hanno una semplice «territorial extension»): cfr. op. ult. cit., p. 89. Un'interpretazione differente è invece proposta da BARTELS, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction: The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in *Journal of World Trade*, vol. 36, 2002, 2, p. 381 ss., secondo il quale una normativa darebbe luogo ad un esercizio extraterritoriale della giurisdizione in presenza di due condizioni: a) se la sua applicazione dipende da condotte o circostanze che si verificano all'estero; b) se comporta un diniego di opportunità che sarebbero normalmente disponibili, come sarebbe il caso del diniego dei diritti in materia di scambi commerciali (garantiti dal GATT) per gli Stati membri che subiscono la normativa adottata da un altro Stato membro. In particolare, per quanto riguarda la prima delle due condizioni, l'autore precisa che essa è fondata sull'assunto per cui «legislation applies to a matter not only when it specifically applies to a particular action or thing, but also when that action or thing is an essential element in the definition of some other action or thing to which the legislation applies» (*ibidem*). Queste «altre azioni» dovrebbero essere quindi le importazioni regolamentate dalla normativa.

144 È possibile che in presenza di circostanze eccezionali, la misura possa dare luogo a degli effetti economici particolarmente gravi, ma ciò comunque non può portare a ritenere che queste misure diano luogo *di per sé* ad una violazione del principio di non ingerenza negli affari interni di altri Stati. In proposito, v. soprattutto CONRAD, op. cit. p. 280. Si richiama, al riguardo, la ricostruzione in termini fattuali e normativi suggerita da DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, poiché, sebbene riguardi sanzioni economiche adottate per reagire ad illeciti *erga omnes* di cui si siano responsabili Paesi terzi, si ritiene utile a definire anche la categoria di misure qui in esame: «la premessa di fatto di ordine generale su cui si fonda l'efficacia della specie di misure [considerata] è data in effetti dalla diffusa interdipendenza delle economie, che consente di esercitare pressione nei confronti dello Stato destinatario, ponendolo di fronte all'alternativa tra la modifica del comportamento contro il quale si intende reagire e la sopportazione di un costo – di natura ovviamente anzitutto economica, ma di riflesso anche politica – come contropartita della sua persistenza nella condotta in questione» (p. 312 ss.); inoltre, «l'impiego di misure del tipo in esame è qualificabile come illecito soltanto nei casi in cui

Più in generale, bisogna rilevare che anche quegli autori che ritengono che tale tipologia di misure possa costituire un esercizio extraterritoriale della giurisdizione ritengono che gli organi di soluzione delle controversie dovrebbero interpretare l'art. XX GATT alla luce del diritto internazionale generale – come consentito dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – il quale non vieterebbe l'esercizio extraterritoriale della *potestà di legiferare*¹⁴⁵, o che addirittura attribuirebbe una piena facoltà di ricorrere ad un tale utilizzo della potestà regolamentare tutte le volte che vi sia un *legittimo interesse fondato su obblighi convenzionali* dello Stato che adotta la misura¹⁴⁶. In proposito, sembra opportuno osservare che, se pure le misure qui in discussione fossero legittime poiché non vietate dal diritto internazionale generale, il diritto convenzionale – cioè l'art. XX GATT – potrebbe prevedere diversamente.

Per elaborare una risposta al problema della portata territoriale delle eccezioni di cui all'art. XX, lett. b) e lett. g) alcune indicazioni possono rinvenirsi attraverso l'interpretazione letterale della disposizione. In particolare, il *luogo* in cui si trovi l'oggetto della protezione dovrebbe essere irrilevante qualora ci si concentri sulla

costituisca lo strumento di un'indebita interferenza di uno Stato nella sfera di legittimo esercizio della sovranità di altri Stati e rappresenti quindi una trasgressione del dovere di astenersi da ogni intervento che abbia per scopo 'to force the sovereign will of another State and obtain from it advantages of any kind' secondo la formula usata dall'art. 19 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani» (p. 445 ss). Dopo aver precisato che l'ipotesi descritta non si verifica qualora uno o più Stati agiscano in via di autotutela (ma non è questo sempre il caso delle 'misure con effetti extraterritoriali' oggetto del presente studio), l'autore rileva che «data la limitata efficacia pratica delle sanzioni economiche, difficilmente esse possono produrre realmente il risultato di 'forzare la volontà' di uno Stato sovrano» (p. 446).

145 Per questa posizione v. MANZINI, *Environmental Exceptions on Art. XX GATT 1994 Revised in the Light of the Rules of Interpretations of General International Law*, in *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System* (a cura di Mengozzi) 1999, pp. 825-828; BARTELS, op. cit., p. 376 ss., MAGI, op. cit., p. 152.

146 BARTELS, op. cit., p. 366 ss. Nella lettura proposta dall'Autore l'esistenza di un obbligo convenzionale è un autonomo criterio su cui si fonda l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale. L'Autore propone questa lettura partendo dall'osservazione che altre interpretazioni darebbero luogo a soluzioni limitate, poiché circoscritte alla possibilità che la misura «del tipo extraterritoriale» possa essere giustificata solo quando lo Stato membro che la subisce sia anch'esso *vincolato* al rispetto degli obblighi convenzionali. Egli si riferisce in particolare alla proposta di un Autore (Marceau, *A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999), secondo il quale un'interpretazione alla luce delle altre norme di diritto internazionale – come previsto dall'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che consente di interpretare un trattato alla luce di ogni norma internazionale applicabile ai rapporti tra le parti – consentirebbe di adottare misure per costringere uno Stato membro dell'OMC ad adempiere ai suoi obblighi internazionali già sottoscritti ad esempio in materia di tutela dell'ambiente (secondo tra l'altro una lettura non pienamente condivisa dell'art. 31, par. 3, lett. c), dal momento che il termine «parti» viene generalmente inteso come riferentesi alle parti del trattato da interpretare e non alle parti della controversia).

necessità della misura rispetto al fine di tutela della vita e della salute desiderato (lett. *b*), o sulla *relazione* tra la misura e l'obiettivo di conservazione delle risorse naturali esauribili (lett. *g*)¹⁴⁷. Inoltre, un'interpretazione evolutiva «internazionalmente orientata» dei valori qui rilevanti – quali la vita e la salute delle persone o la tutela dell'ambiente in senso lato – dovrebbe portare a riconoscere che in linea generale si tratta di interessi di natura collettiva, non limitati all'ambito territoriale degli Stati, almeno qualora la misura commerciale sia stata adottata in relazione ad obblighi internazionali esistenti in queste materie.

6. La rilevanza dell'art. XX, lett. a) e lett. e), GATT per giustificare misure adottate in relazione alle condizioni di lavoro esistenti in altri Stati membri

In mancanza di una «clausola sociale» nella disciplina dell'OMC che consenta di interrompere le relazioni commerciali quando gli standard in materia di tutela dei diritti dei lavoratori siano al di sotto di un certo livello¹⁴⁸, la clausola di eccezione sulla tutela della moralità pubblica è stata spesso considerata come una disposizione in grado di giustificare misure che limitino il commercio di prodotti realizzati in violazione dei diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti (*core labour rights*)¹⁴⁹.

Invero, a tal fine è stata oggetto di attenzione anche l'art. XX, lett. *e*), GATT, che consente di giustificare misure restrittive «relative ai prodotti del lavoro nelle prigioni». Se è pacifico che la *ratio* di quest'eccezione vada rintracciata nella volontà degli Stati contraenti di annullare i vantaggi economici ottenuti da un altro Stato membro quando quest'ultimo sfrutti la manodopera della popolazione carcerata, in

147 CONRAD, op. cit., pp. 286, 291 ss. propone di vedere in tali requisiti (che descrivono una relazione del tipo mezzo-fine, concentrando sull'adeguatezza dei mezzi a raggiungere determinati fini) un'indicazione indiretta dell'irrelevanza del luogo in cui è locato l'oggetto di protezione.

148 V. *infra*, Capitolo III, Sezione II, par.1.

149 Il tema è oggetto di numerosi contributi nella letteratura, in questa sede ci si limita a rinviare a BARTELS, *Trade and Human Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ultimo aggiornamento marzo 2013; JOSEPH, *Blame It In The WTO? A Human Rights Critique*, Oxford, 2011; MAGI, *Protezione dei diritti dei lavoratori e attività delle organizzazioni economiche e finanziarie internazionali, Problemi di coordinamento e di responsabilità internazionale*, Napoli, 2010; LIM, *Trade and Human Rights: What's at Issue*, in *Journal of World Trade*, 2001, pp. 275-300; VÁZQUEZ, *Trade Sanctions and Human Rights. Past, Present and Future*, in *Journal of Int. Economic Law*, 2003, pp. 797-839.

dottrina è stata ipotizzata la possibilità di invocare questa clausola in relazione a misure restrittive del commercio che sanzionino lo sfruttamento di pratiche disumane quali il lavoro forzato o gravi violazioni dei diritti dei lavoratori¹⁵⁰.

Ad ogni modo, alla luce di alcune incertezze del dato testuale dell'art. XX, lett. e), GATT¹⁵¹, l'interpretazione della nozione di moralità pubblica, adottata dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, e in particolare il riferimento al problema dell'applicazione extraterritoriale espresso dall'Organo d'appello nel caso *EC – Seal Products*, consentirebbe l'inclusione di preoccupazioni legate alla tutela dei diritti umani e dei diritti fondamentali dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, anzitutto poiché la tutela della dignità umana è un obiettivo certamente attinente a qualsivoglia nozione di «moralità pubblica» oltre che di uno standard morale proprio del diritto internazionale se si considerano le norme consuetudinarie di carattere imperativo che vietano la schiavitù, il lavoro forzato, lo sfruttamento del lavoro infantile¹⁵².

150 Cfr. FRANCONI, *Environment, Human Rights and Trade*, che ritiene che «if competitiveness was the original rationale for the exception, such an exception should, *a fortiori*, cover situations where the depriving of liberty engenders the serious violations of workers' rights»: pertanto un'interpretazione evolutiva dei termini della disposizione dovrebbe consentire misure restrittive del commercio internazionale di quei prodotti fabbricati da lavoratori «subject to conditions of unacceptable confinement and personal coercion, such that it amounts to slavery or servitude» (p. 18). Così anche MAGI, op. cit., p. 153, che suggerisce un'interpretazione in tal senso della clausola «tenendo conto dell'avvenuta formazione di norme di diritto internazionale generale ed aventi anche natura imperativa che vietano il lavoro forzato e quello minorile che si traducono in forme estreme di sfruttamento».

151 V. WENZEL, *Article XX, General Exceptions, Lett. e)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law* (a cura di Wolfrum, Stoll e Hestermeyer), 2011, p. 535 ss., secondo il quale «the use of *prison labour* does not necessarily constitute a human rights violation». Più precisamente, «the object and purpose of the provision could sustain an expansive reading only if the intention of the provision were to allow states to react to prison labour because it constituted a violation of fundamental human rights»: *ibidem*.

152 Cfr. COTTIER, *The Implications of EC – Seal Products for the Protection of Core Labour Standards in WTO Law*, in *Labour Standards in International Economic Law* (a cura di Gött), 2018, pp. 86-87. Sull'interpretazione della nozione di moralità pubblica alla luce delle norme di diritto consuetudinario sui diritti umani cfr. CHARNOVITZ, *The Moral Exception in Trade Policy*, in *Virginia Journal of Int. Law*, 1998, p. 717 ss; FRANCONI, *Environment and Human Rights*, op. cit., p. 19 «With regard to these fundamental human rights, one can speak of a form of *international public morality* capable of adding an *international dimension* to the clause of Article XX(a). In this sense, the general exception of Article XX(a) is susceptible of extraterritorial application to reach practices and production methods that constitute a breach of basic care of universal human rights»; LENZERINI, *International Trade and Child Labour Standards*, in *Environment, Human Rights and Trade*, op. cit., p. 287 ss; MAGI, op. cit., p. 148-149; ZLEPTING, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Leiden, 2010, p. 206; CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in *Environment, Human Rights and International Trade* (a cura di Francioni), Portland, 2001, p. 238; WENZEL, *Article XX*, op. cit., par. III, punto n. 13.

Fermo restando che l'interpretazione della nozione di moralità pubblica alla luce di altre norme di diritto internazionale sarebbe possibile e che si potrebbero prendere in considerazione anche norme internazionali non vincolanti per tutte i Membri dell'OMC¹⁵³, in precedenza si è visto che la corrispondenza della misura ad una preoccupazione etica percepita *anche* a livello internazionale non è un prerequisito ai fini della giustificazione della misura, ma può tuttavia alleggerire l'onere della prova a carico dello Stato che invoca l'eccezione¹⁵⁴.

Più in generale, la nozione di moralità pubblica non fa sorgere propriamente un problema di *extraterritorialità della tutela*. Infatti, sebbene una tale misura riguarda comportamenti o circostanze che si realizzano in altri Stati membri, si potrebbe sostenere che lo Stato intende proteggere una preoccupazione di ordine morale dei propri cittadini: come osservato in dottrina, la motivazione principale che sorregge questo tipo di misure non è (solo) «an actual change of the *violating situation*», bensì «*the prevention of any direct or indirect participation or contribution by the country the moral standard of which are violated and its population*»¹⁵⁵. Queste misure mirano a prevenire «subsequent participation in the violation», quindi l'ottenimento di vantaggi economici (come, ad esempio, un inferiore costo delle materie prime da trasformare o di beni di consumo)¹⁵⁶. Peraltro, questo tipo di preoccupazioni etiche possono derivare proprio dall'esistenza di norme internazionali: ad esempio, nella prassi internazionale è sempre più diffusa l'opinione che le norme internazionali in materia di diritti umani impongano agli Stati l'obbligo di assicurarsi di non trarre vantaggio, nell'ambito delle proprie relazioni interstatali economiche e commerciali, da violazioni dei diritti umani che si verificano in altri Paesi¹⁵⁷.

153 Quindi non applicando alla lettera l'art. 31, par. 3, lett. c), bensì guardando alle norme internazionali al fine di interpretare il significato della nozione di moralità pubblica alla luce delle tendenze della Comunità internazionale, com'è stato fatto dall'Organo d'appello per l'interpretazione del termine «risorse naturali esauribili» nel caso *US – Shrimp*.

154 V. *supra*, in questa Sezione, par. 4.1.

155 CONRAD, op. cit., p. 367.

156 CONRAD, op. cit., p. 341; VILLANUEVA, *Le champ d'application de l'art. XX (a) du GATT et le travail dangereux des enfants: une question relevant de la moralité publique*, in *McGill Law Journal*, 2012, p. 434. Questa interpretazione si concentra sulla natura etica della misura, senza trasformare l'eccezione sulla tutela della moralità pubblica in una clausola volta a prevenire o sanzionare fenomeni di *dumping sociale* causati dalla liberalizzazione del commercio internazionale.

157 Si veda ad esempio l'opinione del Comitato sui diritti economici e sociali delle Nazioni Unite, nel *General Comment n. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, adottato dal Comitato nel corso della 61ª sessione che si è tenuta tra il 29 maggio e il 23 giugno 2017, paragrafi 16 e 30. È possibile

Come si evince anche dal caso *US – Shrimp*, i problemi che riguardano «l'imposizione» ad altri Stati di politiche nazionali che non corrispondono a norme internazionali vanno apprezzati, piuttosto, nell'ambito dei requisiti posti dallo *chapeau* dell'art. XX¹⁵⁸.

Per quanto riguarda la tipologia di misure per la protezione dei diritti umani in altri Paesi, gli *embarghi generali* adottati in risposta alla violazione generalizzata di diritti umani potrebbero trovare spazio nell'ambito dell'art. XXI GATT, attraverso le eccezioni che riguardano in particolare la tutela della sicurezza internazionale¹⁵⁹. L'art. XX, lett. *a*), invece, dovrebbe poter giustificare soltanto quelle misure per le quali vi sia un legame obiettivo tra le merci interessate e la tutela della moralità pubblica, altrimenti sarebbe difficile poter dimostrare che la misura è stata adottata per perseguire un determinato standard morale¹⁶⁰.

interpretare in questo modo anche le molteplici fonti di *soft law* in materia di «*business and human rights*», che richiedono alle imprese multinazionali di vigilare sulle catene produttive esistenti in altri Paesi delle quali si avvantaggiano.

158 V. *supra*, paragrafi 4.3 e 5.

159 V. *infra*, Capitolo III, Sezione II, par. 1.

160 Così CONRAD, op. cit., p. 340; WENZEL, op. cit., p. 494, punto n. 27. Alcune misure che oggi vanno nel senso di proteggere i diritti umani, e che possono essere collegate alla volontà di non partecipare moralmente alle violazioni di tali diritti in altri Paesi, sono quelle che prevedono l'imposizione di obblighi di *due diligence* a carico delle imprese per l'accertamento delle condotte di tutti gli attori commerciali coinvolti nella catena di fornitura globale. È infatti possibile che gli obblighi posti attraverso queste regolamentazioni si sostanzino in restrizioni *de facto* al commercio internazionale, incompatibili con gli obblighi materiali del GATT.

SEZIONE II. LE CLAUSOLE DI ECCEZIONE PER LA TUTELA DI VALORI NON COMMERCIALI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE

1. *La diffusione di clausole di deroga formulate sul modello dell'art. XX GATT 1947*

Agli accordi afferenti al sistema multilaterale degli scambi si affiancano numerosi accordi di natura economica conclusi soprattutto tra Stati appartenenti ad una medesima area geografica. Il fenomeno del regionalismo economico, che solleva peraltro problemi di compatibilità di un certo rilievo con il sistema multilaterale del commercio¹⁶¹, in una prima fase ha interessato il solo continente europeo ma a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso si è fortemente sviluppato anche in altre aree regionali, e oggi è destinato a crescere, con precise peculiarità, di fronte alla crisi dell'OMC¹⁶².

Tali accordi danno vita a realtà di integrazione economica che hanno un grado di intensità variabile: ad esempio, zone di libero scambio, unioni doganali, mercati comuni fino a vere e proprie unioni economiche. In questa sede, comunque, ciò che interessa evidenziare è che i trattati in parola contengono clausole di eccezione per la tutela di interessi non economici la cui formulazione è ispirata o strettamente legata

161 Ci si riferisce alla compatibilità degli accordi commerciali preferenziali con le condizioni previste dall'art XXIV GATT, disposizione il cui par. 4 significativamente afferma: «the contracting parties recognize the desirability of increasing freedom of trade by the development, through voluntary agreements, of *closer integration between the economies of the countries parties to such agreements*. They also recognize that the purpose of a customs union or of a free-trade area should be to facilitate trade between the constituent territories and *not to raise barriers to the trade of other contracting parties with such territories*» (corsivo aggiunto). Tale questione è da tempo oggetto di grande attenzione da parte della dottrina, ma non è possibile in questa sede dare conto del dibattito. Per alcune indicazioni in merito v. PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 509 ss.; FABBRICOTTI, *Gli accordi di integrazione economica regionale e il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Roma, 2009; RIGOD, *Enforcement of the WTO 'Regional Exceptions': A Comparative Institutional Analysis, in Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*. Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann, Cremona, Hilpold, Lavranos, Staiger Schneider e Ziegler (a cura di), Leiden, 2013, p. 427 ss.; MITCHELL, LOCKHART, *Legal Requirements for PTAs under the WTO*, in *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Lester, Mercurio, Bartels (a cura di), Cambridge, 2015, pp. 81-114. BARONCINI, *The Relation between the Marrakesh System and the Regional Trade Agreements in the WTO Case-Law*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin e Virzo (a cura di), Bari, 2017, p. 835 ss.

162 Sulle diverse fasi di sviluppo del regionalismo v. PICONE, LIGUSTRO, op. ult. cit., p. 499 ss. Le peculiarità che caratterizzano gli accordi commerciali già da qualche decennio riguardano essenzialmente il fatto che gli Stati che si concedono trattamenti preferenziali non sono accomunati da una prossimità geografica né da uno stesso livello di sviluppo economico. Talvolta, tra le parti figurano organizzazioni economiche regionali e si parla, in proposito, di accordi *mega-regionali*.

all'art. XX GATT 1947 (GATT, per gli accordi di integrazione regionale conclusi successivamente al 1994).

Qui di seguito si presentano le clausole di eccezione dei trattati ritenuti più significativi in relazione a singole aree geografiche o al rilievo economico degli Stati che ne sono parti. L'attenzione è rivolta principalmente alle deroghe applicabili alle discipline sugli scambi di *merci*, nonostante le forme di integrazione riguardino talvolta anche altri settori, come i servizi o gli investimenti. Come si vedrà, in molti accordi le clausole presentano un testo *simile* o *identico* all'art. XX GATT, mentre in altri accordi, tale disposizione risulta incorporata tramite norme di rinvio esplicito.

Nell'ambito dell'Unione europea, rileva l'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il cui contenuto è rimasto immutato fin dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea (TCEE). Tale disposizione stabilisce che i divieti in materia di restrizioni agli scambi debbano lasciare impregiudicate «le misure restrittive giustificat[e] da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale», purché tali misure non costituiscano «un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Si evince facilmente come tale clausola di deroga ricalchi la formula dell'art. XX del GATT 1947, sebbene non manchino differenze tra le due disposizioni¹⁶³.

Anche per quanto riguarda gli accordi di integrazione economica nel continente latino-americano si rinvencono clausole simili a quella del GATT. Nell'ambito del *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) rileva l'art. 2, lett. b), dell'Allegato 1 al Trattato istitutivo dell'Organizzazione¹⁶⁴, disposizione che rinvia alla clausola di eccezione generale contenuta in un altro accordo di integrazione regionale, il Trattato

¹⁶³ L'art. 36 TFUE, a differenza dell'art. XX GATT, comprende la tutela dell'*ordine pubblico* e della *pubblica sicurezza*, nonché la tutela di un interesse eminentemente economico quale la *proprietà industriale e commerciale*. Manca, invece, nell'art. 36 TFUE un riferimento alla tutela delle *risorse naturali esauribili*: ciò si spiega, forse, alla luce del mercato comune del carbone e dell'acciaio esistente tra i Paesi firmatari del Trattato CEE.

¹⁶⁴ Il MERCOSUR è stato istituito con il Trattato di Asunción, stipulato il 26 marzo 1991, al quale ad oggi sono parti: Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay e Venezuela.

di Montevideo del 1980¹⁶⁵. Tale clausola assicura la conformità al Trattato delle misure concernenti la protezione della moralità pubblica, la tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e delle piante, e la protezione dei tesori nazionali di valore artistico, storico o archeologico. La disposizione elenca, inoltre, diverse misure concernenti la tutela della sicurezza degli Stati membri ed è a ciò che si deve, molto probabilmente, la mancanza di precisazioni simili a quelle contenute nello *chapeau* dell'art. XX GATT 1947¹⁶⁶. Questo stesso tipo di clausola si rinviene anche nell'ambito della Comunità Andina¹⁶⁷. Per quanto riguarda la Comunità caraibica (CARICOM)¹⁶⁸, rileva una disposizione essenzialmente informata al testo dell'art. XX GATT anche se, con la revisione del trattato istitutivo della CARICOM intervenuta nel 2001, il contenuto di tale disposizione è stato innovato introducendo nell'elenco delle misure passibili di giustificazione quelle relative alla *tutela del lavoro infantile* e alla *protezione dell'ambiente*¹⁶⁹.

I molteplici accordi di integrazione economica stipulati nel continente africano ricalcano prevalentemente il «modello sudamericano», con la previsione di un'unica clausola di deroga che consente di giustificare tanto misure concernenti la sicurezza degli Stati quanto misure riguardanti la tutela di valori non commerciali, quali la moralità pubblica, la salute e la vita delle persone, degli animali e delle piante. Si richiama, in proposito: l'art. 41, par. 3, del Trattato istitutivo della Comunità economica degli Stati dell'Africa Occidentale (*Economic Community of West African*

165 Il Trattato di Montevideo del 12 agosto 1980 istituì l'*Asociación Latino-Americana De Integración* (ALADI) alla quale oggi sono parti: Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Cuba, Ecuador, Messico, Paraguay, Perù, Uruguay e Venezuela.

166 Le misure in materia di tutela della sicurezza previste dall'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980 sono le seguenti: «[...] implementation of security laws and regulations; [...] regulation of imports and exports of arms, munitions, and other war materials and, under exceptional circumstances, all other military equipment; [...] exportation, use and consumption of nuclear materials, radioactive products or any other material used for the development and exploitation of nuclear energy».

167 V. l'art. 73 dell'Accordo di Cartagena, stipulato il 26 maggio 1969, con il quale venne creato il c.d. «Gruppo andino», di cui erano Membri originari Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador e Perù. Con il Protocollo di Trujillo del 10 marzo 1996 è stata creata la Comunità andina, una zona di libero scambio tra i Paesi membri.

168 La Comunità caraibica venne istituita con il Trattato di Chaguaramas del 4 luglio 1973, che è stato poi revisionato con un Trattato adottato il 5 luglio 2001. Ne sono attualmente Membri: Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Giamaica, Grenada, Guyana, Haiti, Montserrat, Saint Kitts e Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Suriname, Trinidad e Tobago.

169 V. l'art. 226 del Trattato di revisione adottato nel 2001. Tale modifica è particolarmente significativa ai fini dell'interpretazione dell'art. XX GATT.

States, ECOWAS)¹⁷⁰; l'art. 34 del Trattato istitutivo della Comunità economica degli Stati dell'Africa Orientale (*Economic Community of Central African States*, ECCAS)¹⁷¹; l'art. 22 del Protocollo che istituisce l'unione doganale della Comunità dell'Africa orientale (*East African Community*, EAC)¹⁷², disposizione quest'ultima che, a differenza di quelle appena indicate, menziona anche la tutela dell'*ambiente* e delle *risorse naturali*.

In alcuni accordi di integrazione economica gli Stati parti hanno optato per l'introduzione di clausole che *riproducono* fedelmente il testo dell'art. XX GATT: è questo il caso, ad esempio, dell'Accordo sul commercio di beni adottato nell'ambito dell'Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico (*Association of Southeast Asian Nations*, ASEAN)¹⁷³, nonché dell'Accordo istitutivo dell'area di libero scambio del continente africano (firmato di recente nell'ambito dell'Unione Africana)¹⁷⁴. Risulta particolarmente diffusa, inoltre, la tecnica dell'*incorporazione* dell'art. XX GATT tramite una disposizione di rinvio. Inizialmente, questo modello di redazione della clausola di eccezione è stato adottato nel *North Free Trade Agreement* (NAFTA)¹⁷⁵, l'accordo che ha istituito nel 1992 l'area di libero scambio tra gli Stati Uniti d'America, il Messico e il Canada. Infatti, in base all'art. 2101 del NAFTA, l'art. XX GATT costituisce, *mutatis mutandis*, parte integrante dell'accordo. Tale disposizione precisa, inoltre, che l'art. XX, lett. *b*), deve intendersi come riferito anche alle «*environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health*», e che l'art. XX, lett. *g*), deve ritenersi applicabile alle misure relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili biologiche e *non biologiche*.

170 L'ECOWAS è stata istituita con il Trattato di Lagos concluso il 28 maggio 1975 tra i seguenti Paesi dell'Africa Occidentale: Benin, Burkina Faso, Capo Verde, Costa d'Avorio, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone, Togo.

171 L'ECCAS è stata istituita nel 1983. I Paesi Membri sono: Angola, Burundi, Camerun, Ciad, Gabon, Guinea Equatoriale, Repubblica Centrafricana, Repubblica del Congo, Repubblica democratica del Congo, Ruanda, Sao Tomé e Principe.

172 L'EAC è stata istituita nel 2000 dai seguenti Stati: Burundi, Kenya, Ruanda, Sudan, Tanzania, Uguanda.

173 Cfr. l'art. 8 dell'*Asean Trade in Goods Agreement*, firmato a Cha-am (Thailandia) il 26 febbraio 2009. L'Associazione di cooperazione economica del sud-est asiatico è stata istituita con la Dichiarazione di Bangkok dell'8 agosto 1967, sottoscritta da Filippine, Indonesia, Malesia, Singapore e Thailandia. L'*ASEAN Free Trade Agreement* è stato adottato ad Hanoi il 16 Dicembre 1998; ad esso sono Parti: Brunei, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malesia, Myanmar, Singapore, Thailandia e Vietnam.

174 V. l'art. 26 del Protocollo allegato sul commercio di beni. L'Accordo istitutivo della *African Continental Free Trade Area* (AfCFTA) è stato firmato a Kigali il 21 marzo 2018.

175 Il NAFTA è stato firmato il 17 dicembre 1992 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1994.

La tecnica da ultimo descritta è stata adottata, poi, in tutti gli accordi commerciali negoziati nel corso degli ultimi anni sia dagli Stati Uniti che dall'Unione europea. A titolo esemplificativo, si consideri il testo della disposizione intitolata «eccezioni generali» nell'accordo di libero scambio tra USA e Australia (*US-Australia Free Trade Agreement*)¹⁷⁶; nel nuovo accordo recentemente concluso fra USA, Canada e Messico ma non ancora entrato in vigore (*United States-Mexico -Canada Agreement, USMCA*)¹⁷⁷; nella *Trans-Pacific Partnership (TPP)*¹⁷⁸; nell'accordo concluso tra l'UE e il Canada (*Comprehensive and Economic and Trade Agreement, CETA*)¹⁷⁹; e, ancora, nell'Accordo di partenariato economico concluso tra l'UE e il Giappone (*EU-Japan Economic Partnership Agreement*)¹⁸⁰. Le disposizioni in parola incorporano tanto il testo dell'art. XX GATT che quello dell'art. XIV GATS, con la consueta precisazione del significato dell'art. XX, lettere *b*) e *g*) di cui si è detto poco sopra. Peraltro, in molti accordi la clausola di eccezione è di applicazione quasi *generale*, poiché risulta applicabile non solo alla disciplina sul trattamento delle merci, ma anche a quelle relative ad esempio all'agricoltura, al tessile, alle misure sanitarie e fitosanitarie, agli ostacoli tecnici agli scambi, nonché alla disciplina degli investimenti.

Sembra opportuno rilevare, inoltre, che la previsione di clausole di eccezione sul modello di quelle del sistema OMC si riscontra, sempre più, anche nei trattati sugli investimenti conclusi dagli Stati a livello bilaterale (*Bilateral Investment Treaties, BITs*)¹⁸¹. Anche se in questa sede non è possibile accennare al tema dell'integrazione

176 Cfr. l'art. 22.1. L'accordo è stato firmato il 18 maggio 2004 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2005.

177 Cfr. l'art. 32.1. L'accordo è stato firmato a Buenos Aires il 30 novembre 2018, non ancora in vigore.

178 Cfr. l'art. 29.1. L'accordo di Partenariato Trans-Pacifico è stato firmato ad Auckland il 4 febbraio 2016 tra i seguenti Paesi: Australia, Brunei, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Singapore, Stati Uniti e Vietnam. Nel gennaio 2017, il Presidente americano Trump ha ritirato l'adesione all'accordo e ha dichiarato di voler avviare accordi bilaterali con i Paesi della regione.

179 Cfr. l'art. 28.3. Il CETA è stato firmato il 30 ottobre 2016 a Bruxelles. A partire dal 21 settembre 2017 è parzialmente applicato in via provvisoria, ed entrerà in vigore quando sarà ratificato da tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

180 Cfr. l'art. 2. 15, applicabile soltanto al commercio di beni. L'accordo è stato concluso l'8 dicembre 2017, non ancora in vigore.

181 Come osservato in dottrina, «the addition of justificatory clauses in model BITs takes place at roughly the same time when investment streams are changing from being predominated by unidirectional investments from developed to developing countries to investment streams that are increasingly multi-directional»: cfr. WAGNER, *Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law*, in *University of Pennsylvania Journal of Int. Law*, 2015, p. 1 ss., p. 73. Per un'analisi sistematica degli accordi conclusi di recente che presentano clausole di deroga sul modello dell'art. XX GATT (soprattutto in materia di tutela dell'ambiente) v. KEENE, *The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements*, in

degli interessi non economici nel frammentato regime internazionale sulla protezione degli investimenti esteri, si segnala che un'evoluzione in tal senso nella redazione degli accordi sugli investimenti rappresenta un sostanziale cambio di paradigma nella valutazione della legittimità di interventi statali volti a tutelare interessi di natura pubblica che però danneggino un investore straniero¹⁸².

Journal of World Investment & Trade, 2017, pp. 62-99. Per una riflessione di carattere generale in merito a tale fenomeno v. DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto GATT/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, in *Diritto del commercio int.*, 2013, pp. 405-435; p. 165 ss.; ROLLAND, TRUBEK, *Legal Innovation in Investment Law: Rethoric and Practice in Emerging Countries*, in *University of Pennsylvania Journal of Int. Law*, 2017, pp. 355-434; MITCHELL, MUNRO, VOON, *Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017*, Sachs, Johnson e Coleman (a cura di), Oxford, 2018, p. 305 ss.; HENKELS, *Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?*, in *Boston College Law Review*, 2018, pp. 2825-2844. In alcuni modelli di BITs sono previste anche disposizioni specifiche a tutela di interessi non economici piuttosto che clausole di eccezione. Al riguardo v. ACCONCI, *The Integration of Non-Investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law, Is a Multilateral Approach Desiderable?*, in *General Interests of Host States in International Investment Law*, Acconci, Valenti e De Luca (a cura di), Cambridge, 2014, p. 165 ss.

182 Proprio in ragione dell'assenza, in linea generale, di clausole a tutela di interessi non commerciali (assenza che rispecchia la funzione essenziale dei Trattati sugli investimenti, ossia limitare l'intervento dell'autorità statale nei confronti dell'investitore straniero), nella giurisprudenza arbitrale la questione della legittimità degli interventi diretti a tutelare interessi non economici è stata affrontata prevalentemente in relazione all'interpretazione delle norme sostanziali previste nell'accordo di volta in volta pertinente. Solo in qualche rara occasione hanno avuto rilievo clausole contenute nell'accordo rilevante concernenti la tutela della *sicurezza* dello Stato o dell'*ordine pubblico*. Se alcune di queste decisioni arbitrali hanno attribuito preminenza agli interessi di natura non economica perseguiti dallo Stato, come la tutela della salute o dell'ambiente, non sembra però che ciò sia avvenuto attribuendo un *rilievo interpretativo* alle *norme internazionali* di carattere non economico vincolanti per gli Stati in questione, o addirittura *applicando* tali norme ai fini della soluzione del ricorso proposto dall'investitore. In linea generale, può dirsi anzi che, laddove l'intervento statale sia stato ritenuto conforme al trattato di investimento, ciò sia avvenuto attraverso il «contenimento» dell'incidenza degli obblighi previsti dal trattato (quali, ad esempio, la clausola della nazione più favorita o del trattamento nazionale, la tutela della legittima aspettativa dell'investitore, la nozione di espropriazione indiretta, e così via). Sul tema v. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, cit., p. 285 ss.; FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Di Stefano, Sapienza (a cura di), Napoli, 2012, p. 417 ss.; VIÑUALES, *The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes under International Law*, in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Dupuy, Viñuales (a cura di), Cambridge, 2012, p. 273 ss. Si consenta di accennare al tema del rilievo che possono assumere eventuali *domande riconvenzionali* dello Stato contro l'investitore estero nell'ambito di una procedura di arbitrato attivata da quest'ultimo, domande attraverso le quali lo Stato potrebbe far valere obblighi a tutela di interessi non economici posti in capo all'investitore straniero dal proprio ordinamento (e, in certi casi limitati, anche dal diritto internazionale). V. in proposito la sentenza arbitrale *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso ICSID n. ARB/07/26, 8 dicembre 2016), e in dottrina: DE NANTEUIL, *Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, p. 374 ss.; ABEL, *Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration*, in *Brill Open Law*, 28 novembre 2018; DE BRABANDERE, *Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in *Revue belge de droit int.*, 2017, p. 591 ss.

2. La prassi relativa all'invocazione delle deroghe a tutela di interessi non economici nell'ambito dell'Unione europea

Nell'ambito dell'Unione europea, il ricorso alle clausole di eccezione ha avuto frequentemente successo: il controllo esercitato dalla Corte di giustizia in merito alle disposizioni di deroga ha consentito agli Stati membri di fare ricorso alle eccezioni senza che ciò costituisse un limite rilevante ai fini della realizzazione del mercato comune. Nel corso del tempo, peraltro, la Corte ha riconosciuto misure in deroga agli obblighi previsti dai Trattati anche per tutelare *esigenze imperative* degli Stati membri, una nozione che ha ampliato, di fatto, l'elenco dei valori non commerciali meritevoli di tutela previsto dalle clausole di eccezione¹⁸³. Si ritiene necessario, pertanto, esaminare qui di seguito le tendenze che emergono in relazione alla tutela dei valori non commerciali *a titolo di eccezione* nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸⁴.

Prima di svolgere tale analisi, è opportuno anticipare che il controllo esercitato dai giudici di Lussemburgo riguarda soprattutto l'*idoneità* della misura a raggiungere un determinato obiettivo (idoneità che deve essere provata dallo Stato membro che invoca l'eccezione attraverso elementi circostanziati), e la *coerenza* della stessa rispetto al contesto più generale nel quale essa si inserisce. Inoltre, la Corte di giustizia effettua un *test di proporzionalità* della misura, modulandone l'intensità a seconda dei valori per i quali viene chiamata ad esprimersi, e, in relazione ad alcuni temi, lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati membri (anche riservando le valutazioni in merito al caso di specie ai giudici nazionali). In altri settori, invece, la Corte svolge una penetrante valutazione sulla proporzionalità della misura, subordinando talvolta la

183 La giurisprudenza in materia di *esigenze imperative* degli Stati membri va letta però congiuntamente alla tendenza della Corte di giustizia a rendersi parte attiva del processo di integrazione attraverso un'interpretazione estensiva degli obblighi materiali previsti dai Trattati, v. *infra*, in questa Sezione, par. 2.2.

184 Per alcuni rilievi in relazione a tale giurisprudenza v. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford, 2016, p. 150 ss.; MIGLIAZZA, *Art. 36 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Pocar, Baruffi (a cura di), Padova, 2014, p. 254 ss.; CHALMERS, DAVIES e MONTI, *European Union Law, Text and Materials*, Cambridge, 2014, p. 892 ss.; WHEATHERILL, *Current Developments, European Union Law*, in *Int. & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 541 ss.; ENCHELMEIER, *Article 36 TFUE: General*, in *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Oliver (a cura di), Oxford, 2010, p. 215 ss.; BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is the State Interest Really Protected?*, in *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 273 ss.; OLIVER, ENCHELMEIER, *Free Movements of Goods: Recent Developments in the Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 689 ss.

possibilità di mantenere in vigore una misura restrittiva all'esistenza di precisi requisiti procedurali che prendano in considerazione gli interessi degli attori economici (*due process*). Laddove emergano tendenze restrittive della Corte, deve rilevarsi che queste dovrebbero essere lette anche alla luce del contesto istituzionale dell'Unione europea: ad esempio, a fronte di valutazioni negative della misura in relazione agli effetti restrittivi di quest'ultima sugli scambi, si deve ritenere che la Corte sia consapevole del fatto che le istituzioni dell'Unione possano intervenire sul piano normativo garantendo la tutela degli interessi non economici e, allo stesso tempo, eliminando gli ostacoli alla libera circolazione dei fattori produttivi all'interno dell'Unione¹⁸⁵.

2.1 L'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Nell'analisi che segue si farà riferimento soprattutto alla prassi applicativa dell'art. 36 TFUE, che fa salve le restrizioni all'importazione o all'esportazione delle *merci* vietate, rispettivamente, dagli art. 34 e 35 TFUE¹⁸⁶, ma talvolta si farà riferimento anche alle deroghe applicabili alla disciplina dei *servizi*¹⁸⁷.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle clausole di eccezione occorre rilevare, anzitutto, che l'adozione di atti di armonizzazione (che perseguano, direttamente o indirettamente, la tutela di interessi non economici) riduce notevolmente la rilevanza delle eccezioni contemplate dal diritto primario. Il ricorso alle deroghe è escluso, infatti, qualora esistano discipline di armonizzazione adottate

¹⁸⁵ Un controllo altrettanto rigoroso come quello svolto dalla Corte di giustizia, soprattutto in relazione alla necessità delle misure adottate per tutelare valori non economici, non sembra giustificabile, in linea di principio, nell'ambito di accordi commerciali nei quali mancano istituzioni che possano prendere in considerazione la tutela di tali valori attraverso strumenti normativi. In relazione all'OMC, cfr. BOGDANDY, *Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 609-674, che ad un «*missing legislator*» contrappone un modello necessariamente orientato alla «*coordinated interdependence*» tra gli Stati membri. Per alcune differenze tra i due modelli v. anche BLIN, *Commerce et valeurs non marchandes en droit de l'Union européenne et en droit de l'Organisation mondiale du commerce*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, 2012, pp. 93 ss.

¹⁸⁶ Si ricorda che il Titolo I del TFUE istituisce tra gli Stati membri un'*unione doganale* (art. 28 TFUE) che comporta il divieto di dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, nonché l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con gli Stati membri.

¹⁸⁷ In materia di servizi rileva l'art. 62 TFUE che rende applicabile a tale disciplina la deroga per motivi di *ordine pubblico, pubblica sicurezza o ordine pubblico* prevista all'art. 52 TFUE (e relativa alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro in un altro Stato membro).

dalle istituzioni dell'Unione idonee a proteggere lo stesso interesse non economico oggetto di provvedimenti nazionali restrittivi¹⁸⁸. Al fine di escludere il rilievo delle deroghe in parola, la Corte valuta se il problema che la misura nazionale restrittiva intende affrontare sia stato disciplinato o meno a livello dell'Unione: le clausole di eccezione non possono avere alcun rilievo in presenza di un'armonizzazione *esaustiva* in relazione al settore rilevante¹⁸⁹. In secondo luogo, la Corte di giustizia ritiene l'elenco dei motivi di deroga tassativo¹⁹⁰ e ha rilevato che le clausole possono applicarsi alle sole misure specificamente indicate dalla disposizione rilevante¹⁹¹. Inoltre, le clausole di eccezione non possono operare al di là di quanto strettamente necessario per la protezione degli interessi considerati.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla materia in esame si rintraccia un riferimento sporadico alle nozioni di *discriminazione arbitraria* e di *restrizione dissimulata* al commercio previste dalla seconda frase dell'art. 36 TFUE. In linea generale, si evidenzia che tali nozioni acquistano una qualche rilevanza all'interno del giudizio della Corte qualora siano stati presentati a quest'ultima degli elementi che facciano emergere incongruenze o incoerenze della misura rispetto ai fini che lo Stato membro intende perseguire. In tal caso, la Corte valuta soprattutto l'*adeguatezza* della misura rispetto al fine perseguito: una misura restrittiva può essere ritenuta in tal senso idonea solo se essa sia in grado di soddisfare *in modo coerente e sistematico* l'obiettivo invocato dallo Stato.

La Corte valuta, invece, puntualmente la *necessità* in senso stretto della misura attraverso un *test di proporzionalità* che consiste nel valutare gli effetti restrittivi della misura rispetto all'importanza degli obiettivi che lo Stato membro intende perseguire,

188 Come è stato efficacemente rilevato, «il legislatore dell'Unione opera una valutazione del “punto di equilibrio” tra l'interesse dell'Unione all'integrazione del mercato e gli interessi generali (non economici) degli Stati membri, determinando priorità e modalità di protezione dei beni giuridici confliggenti. Una volta adottato, il diritto derivato “cristallizza” tali equilibri e, di conseguenza, neutralizza la necessità del bilanciamento»: v. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 295 ss., p. 301.

189 Corte di giustizia, causa C-37/92, *Vanacker*, sentenza 12 ottobre 1993, in *Raccolta*, 1992, p. I-4947, punto 9.

190 Corte di giustizia, causa C-46/76, *Bauhuis*, sentenza del 25 gennaio 1977, in *Raccolta*, 1977, p. 5 ss., punti 12-15.

191 Per quanto riguarda l'art. 36 TFUE, tali misure consistono in restrizioni all'importazione e all'esportazione. Cfr. Corte di giustizia, causa 29/72, *Marimex*, sentenza del 14 dicembre 1972, in *Raccolta*, 1972, p. 1309, punto 4.

soprattutto alla luce di misure alternative che produrrebbero un minore impatto restrittivo sul mercato comune.

2.1.1. La tutela della moralità pubblica

La casistica relativa alle misure adottate con finalità di tutela della moralità pubblica è esigua. La Corte di giustizia ha affermato che «spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla propria scala di valori e nella forma da esso scelta»¹⁹². Come si evince, tale interpretazione lascia un notevole margine di discrezionalità agli Stati membri¹⁹³.

L'eccezione in parola è stata invocata essenzialmente in relazione a misure restrittive dell'importazione di articoli pornografici. Riferimenti alla tutela della moralità pubblica si rinvencono anche in casi relativi alla protezione del benessere degli animali, ma in tali occasioni la Corte di giustizia ha sempre considerato preminenti la finalità da ultimo indicata¹⁹⁴.

Nel caso *Henn e Darby* veniva in rilievo un divieto di importazione di articoli pornografici accompagnato da sanzioni penali in caso di elusione¹⁹⁵. La Corte ha ritenuto giustificato il divieto affermando senza esitazioni la necessità della misura per finalità di tutela della moralità pubblica, ed escludendo che vi fosse una differenza fra il trattamento degli articoli nazionali e quello degli articoli importati tale da costituire una discriminazione *arbitraria* o *dissimulata*. In particolare, la Corte ha escluso tale circostanza nonostante il commercio interno di tali beni non fosse sanzionato penalmente in alcuni territori dello Stato membro interessato (cioè in alcune regioni costitutive del Regno Unito): secondo la Corte, comunque, l'insieme delle norme interne rilevanti dimostrava che il commercio dei prodotti oggetto della misura restrittiva fosse disciplinato in modo *restrittivo*, pertanto non poteva ritenersi che il commercio di quei prodotti sul mercato interno fosse *lecito*¹⁹⁶. Al contrario, in un caso

192 Corte di giustizia, causa C-34/79, *Henn e Darby*, sentenza del 14 dicembre 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 3795, punto 15.

193 Tale definizione è stata ripresa, come si è visto, dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC nel caso *US-Gambling* (v. *supra*, Sezione I, par. 4.1).

194 V. *infra*, nota 114.

195 Corte di giustizia, causa C-34/79, *Henn e Darby*, cit.

196 *Ibidem*, par. 21.

simile a quello appena presentato, la Corte di giustizia non ha ritenuto giustificabile per motivi di tutela della moralità pubblica un divieto di importazione adottato dal Regno Unito, in ragione del fatto che il prodotto oggetto della misura era sottoposto soltanto a limiti di diffusione ma poteva essere liberamente commercializzato nel mercato nazionale¹⁹⁷. In tali sentenze è possibile scorgere quindi una precisa impostazione della Corte di giustizia attraverso la quale, da una parte, viene riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento nella determinazione dell'obiettivo di tutela e quindi della necessità della misura adottata, e, dall'altra parte, viene valutato attentamente il grado di *coerenza* di quest'ultima rispetto all'obiettivo perseguito alla luce del contesto normativo interno.

Sembra utile rilevare in questa sede che, in entrambe le cause poco sopra descritte, lo Stato membro interessato, per giustificare le misure restrittive, richiamava alcuni obblighi internazionali a lui incombenti derivanti, in particolar modo, dalla Convenzione di Ginevra del 1923 per la soppressione del commercio di pubblicazioni oscene, un trattato multilaterale cui sono (e all'epoca erano) parti anche altri Stati membri dell'Unione e Stati terzi. Tali obblighi venivano richiamati dal Regno Unito in forza della disposizione di cui all'art. 234 del Trattato CEE, oggi art. 351 TFUE, che afferma che le disposizioni dei Trattati dell'Unione non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse da uno o più Stati membri *con Stati terzi* anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione. Significativamente, nella sentenza *Henn e Darby* la Corte ha affermato che, tenuto conto della possibilità dello Stato membro di beneficiare della deroga per motivi di moralità pubblica, l'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1923 non creasse un conflitto con le disposizioni del Trattato CEE relative alla libera circolazione delle merci¹⁹⁸. Nel caso *Conegate*, invece, data l'impossibilità per lo Stato membro di avvalersi della clausola di eccezione, si poneva il problema della compatibilità degli obblighi della Convenzione di Ginevra del 1923 con quelli del Trattato CEE. In tale sentenza, la Corte ha stabilito che la clausola di subordinazione di cui all'art. 234 del Trattato CEE non potesse essere fatta valere *nell'ambito di rapporti tra Stati membri* per consentire ad uno Stato membro di sottrarsi ai propri

¹⁹⁷ Corte di giustizia, causa 121/85, *Conegate Limited*, sentenza dell'11 marzo 1986, in *Raccolta*, 1986, p. 1007 ss., punto 15.

¹⁹⁸ Corte di giustizia, *Hann e Darby*, cit., punto 26.

obblighi comunitari invocando convenzioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore del Trattato CEE (o anteriormente alla data della sua adesione allo stesso)¹⁹⁹.

2.1.2 La tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza

Sulla tutela dell'ordine pubblico non si riscontra una giurisprudenza particolarmente consistente, almeno in materia di deroghe alla libera circolazione delle merci. Secondo una costante interpretazione della Corte di giustizia, «il richiamo alla nozione di ordine pubblico, da parte degli organi nazionali, [presuppone], in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»²⁰⁰.

Dalla giurisprudenza della Corte in materia di libera circolazione delle merci si evince che lo Stato non può beneficiare, se non in casi del tutto eccezionali, di una deroga alla libera circolazione delle merci invocando la tutela dell'ordine pubblico in relazione all'esigenza di fronteggiare o evitare proteste dei privati (ad esempio, degli

199 Corte di giustizia, *Conegate*, cit., punti 23-26. La Corte ha deciso in tal senso senza prendere in considerazione il problema, venuto in rilievo già nella causa *Hann e Darby*, di qualificare gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra del 1923 per la soppressione del commercio di pubblicazioni oscene come obblighi di natura *bilaterale* o *collettiva*. Come noto, se alcuni trattati multilaterali danno luogo a obblighi che si esplicano attraverso rapporti fondati sulla reciprocità, altri trattati prevedono obblighi caratterizzati da un interesse collettivo di tutte le parti all'adempimento (obblighi *erga omnes partes*) e, pertanto, la loro violazione comporta un pregiudizio per tutti gli Stati parti. In entrambe le cause, si era posto quindi il problema di accertare se l'adempimento degli obblighi comunitari da parte di uno Stato membro comportasse una violazione della Convenzione di Ginevra del 1923 che potesse interessare *anche gli Stati terzi*. Secondo l'Avvocato generale nella causa *Hann e Darby*, l'interpretazione della Convenzione di Ginevra del 1923 avrebbe dovuto essere effettuata unicamente dal giudice nazionale, e «se [la Convenzione fosse stata interpretata nel senso che essa] crea obblighi multilaterali, fra tutte le parti contraenti, uno Stato membro [avrebbe avuto] la facoltà, nonostante il Trattato, di vietare le importazioni *da altri Stati membri*, nella misura in cui ciò [potesse] essere necessario per consentirgli di adempiere gli obblighi impostigli dalla Convenzione»: v. conclusioni dell'Avvocato generale Warner, presentate il 25 ottobre 1979, causa 34/79, pp. 3833, 3835, corsivo aggiunto. Sulla necessità di poter fare ricorso all'art. 351 TFUE in relazione ai rapporti tra Stati membri dell'Unione che coinvolgano interessi di Stati terzi nell'ambito di una convenzione multilaterale che crea obblighi di natura collettiva v. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi*, Milano, 2018, pp. 133-139.

200 In materia di restrizioni alla libera circolazione delle persone, cfr. Corte di giustizia, causa C-30/77, *Bouchereau*, sentenza del 27 ottobre 1977, in *Raccolta*, 1977, p. 1999 ss., punto 35. Può rilevarsi lo stesso approccio anche in materia di libera circolazione delle merci: cfr. Corte di giustizia, causa C-7/78, *Thompson e altri*, sentenza del 23 novembre 1978, in *Raccolta*, 1978, p. 2247, punto 34 (il caso riguardava un divieto di esportazione di una merce particolare, ossia monete di lega d'argento fuori corso: la Corte ha concluso che la misura in questione potesse giustificarsi per motivi di ordine pubblico, essendo legata alla protezione del diritto di battere moneta, un diritto che implicava per tradizione *interessi fondamentali dello Stato*).

operatori nazionali attivi in un determinato settore commerciale). Più in particolare, la deroga in questione potrebbe operare soltanto qualora lo Stato membro interessato riuscisse a dimostrare che il rispetto degli obblighi derivanti dai Trattati da parte delle autorità statali comporterebbe delle *conseguenze così gravi che il governo non potrebbe farvi fronte* con i mezzi di cui dispone. Ciò si evince, ad esempio, dal caso *Leclerc*, nel quale veniva in rilievo un sistema di prezzi minimi per la vendita al minuto dei carburanti adottato dalla Francia e ritenuto dalla Corte pregiudizievole per i carburanti importati²⁰¹. Per la Francia, il sistema in questione era volto ad evitare una concorrenza sfrenata, quindi le perturbazioni che le violente reazioni dei dettaglianti francesi avrebbero causato all'ordine pubblico. Sulla base dell'approccio descritto poco sopra, la Corte non ha ritenuto che la circostanza temuta dal governo francese potesse avvalersi della deroga per motivi di ordine pubblico. Si consideri anche il caso *Commissione c. Francia*, vertente sul comportamento omissivo della Francia rispetto alle azioni di danneggiamento dei prodotti ortofrutticoli importati attuate da movimenti di agricoltori francesi per un lungo periodo di tempo²⁰². La Corte ha stabilito infatti che la Francia non si fosse attivata per adottare tutti i provvedimenti atti a garantire il rispetto delle disposizioni dei Trattati in materia di libera circolazione delle merci, né avesse dimostrato che la repressione delle azioni di danneggiamento avrebbe prodotto sull'ordine pubblico conseguenze alle quali il governo non avrebbero potuto far fronte²⁰³.

Anche per quanto riguarda l'eccezione relativa alla tutela della pubblica sicurezza si rileva un numero esiguo di sentenze, dalle quali tuttavia si evince che la Corte di giustizia non ha adottato un approccio particolarmente restrittivo. Nel caso *Campus Oil* veniva in rilievo una misura adottata dal governo irlandese consistente nell'obbligo per gli importatori di petrolio di acquistare, ad un prezzo prestabilito, una determinata quantità di prodotti petroliferi presso una raffineria *statale* per ciascuna

201 Corte di giustizia, causa C-34/84, *Leclerc*, sentenza del 25 settembre 1985, in *Raccolta*, 1985, p. 2915.

202 Corte di giustizia, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, sentenza del 9 dicembre 1997, in *Raccolta*, 1997, p. I-6959 ss.

203 *Ibidem*, punti 56-58. Per la Corte, la minaccia di gravi perturbazioni all'ordine pubblico avrebbe potuto giustificare il mancato intervento dello Stato membro *soltanto in un caso sporadico* (e non, come nella fattispecie, nella lunga serie di incidenti verificatisi in quegli anni).

operazione di importazione²⁰⁴. La Corte di giustizia ha ritenuto che la nozione di pubblica sicurezza fosse pertinente in relazione ad una misura come quella in esame, volta a garantire l'operatività di un'industria nazionale di prodotti petroliferi, tenuto conto della gravità delle conseguenze che l'interruzione delle forniture di tali prodotti avrebbe potuto avere per l'esistenza di uno Stato, e del fatto che il territorio dell'Irlanda fosse sprovvisto di risorse estrattive di petrolio greggio²⁰⁵. La Corte di giustizia ha poi demandato al giudice nazionale l'accertamento della proporzionalità della misura, ma non senza fornire alcune indicazioni al riguardo²⁰⁶. Parimenti nel caso *Aimé Richardt*, nel quale la Corte di giustizia ha peraltro interpretato la nozione di pubblica sicurezza come comprensiva anche della sicurezza *sul piano esterno* di uno Stato membro²⁰⁷.

2.1.3 La tutela della salute e della vita delle persone

A differenza di quelle esaminate nei paragrafi precedenti, la deroga relativa alla tutela della salute e della vita delle persone viene frequentemente in rilievo dinanzi alla Corte di giustizia.

La giurisprudenza esistente in materia è particolarmente abbondante e riguarda soprattutto misure restrittive adottate in materia di *sicurezza alimentare*. Per quanto riguarda tale specifico settore, va rilevato comunque che nel corso del tempo le istituzioni dell'Unione hanno adottato numerosi atti di armonizzazione, pertanto il ricorso all'art. 36 TFUE sembra aver perso progressivamente interesse²⁰⁸. In mancanza

204 Corte di giustizia, causa C-72/83, *Campus Oil Limited*, sentenza del 10 luglio 1984, in *Raccolta*, 1984, p. 2727 ss.

205 *Ibidem*, punti 34-41.

206 *Ibidem*, punti 46-51. Nel valutare la proporzionalità della misura il giudice nazionale avrebbe dovuto tener conto dell'eventuale (im)possibilità per la raffineria statale di vendere petrolio a *prezzi competitivi* sul mercato nazionale e dell'ammontare dei quantitativi di acquisto di prodotti petroliferi nazionali imposti agli importatori, i quali non avrebbero dovuto oltrepassare il limite necessario ad assicurare un approvvigionamento *minimo* funzionale alla tutela della pubblica sicurezza.

207 Corte di giustizia, causa C-367/89, *Aimé Richardt*, sentenza del 4 ottobre 1991, in *Raccolta*, 1991, p. I-4621. Il caso riguardava una misura restrittiva delle esportazioni consistente nell'obbligo di munirsi di una licenza speciale per transitare sul territorio dello Stato con merci provenienti da altri Stati membri qualificate come materiale strategico dirette verso un Paese terzo (l'Unione sovietica). La Corte ha demandato al giudice nazionale la valutazione della proporzionalità degli effetti restrittivi del regime di esportazione rispetto ai fini perseguiti, invitando il giudice del rinvio a tener conto di elementi come l'attitudine delle merci a pregiudicare la sicurezza dello Stato. V. anche Corte di giustizia, causa C-70/94, *Werner*, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta*, p. I-3189; causa C-83/94, *Leifer e altri*, sentenza del 17 ottobre 1995, in *Raccolta*, p. I-3231.

208 Per un esame approfondito della giurisprudenza relativa all'invocazione della deroga per motivi di tutela della salute in materia di *sicurezza alimentare* v. ENCHELMAIER, *Article 36 TFUE*:

di atti di armonizzazione, comunque, la Corte di giustizia attualmente sembra orientata a riconoscere agli Stati membri un certo margine di discrezionalità rispetto al livello di tutela della salute e della vita umana che essi intendono garantire. Ad esempio, la deroga si ritiene applicabile a misure restrittive degli scambi consistenti nella previsione di *regimi di autorizzazione preventiva* sull'uso di determinate sostanze nei processi di fabbricazione degli alimenti, qualora sussistano incertezze scientifiche sulla sicurezza di queste ultime. La Corte ha stabilito, infatti, che un regime di autorizzazione siffatto può essere giustificato in virtù del principio di precauzione, senza che possa rilevare la circostanza che le sostanze (o i prodotti alimentari nella cui lavorazione siano state utilizzate tali sostanze) provengano da Stati membri nei quali siano legalmente fabbricate e commercializzate²⁰⁹.

La Corte ritiene, comunque, che una normativa che subordini determinati prodotti ad un'autorizzazione preventiva possa essere considerata *proporzionata* soltanto nella misura in cui la procedura amministrativa sia facilmente accessibile agli operatori economici interessati, si concluda entro termini ragionevoli e, in caso di esito negativo, preveda la possibilità di presentare un ricorso giurisdizionale avverso il diniego²¹⁰. In proposito, la dottrina ha opportunamente rilevato la tendenza ad una «proceduralizzazione» del requisito di proporzionalità attraverso la quale si subordina la possibilità di mantenere in essere misure restrittive per motivi di tutela della salute all'applicazione di modelli di «good governance»²¹¹.

Ragioni di tutela della salute sono state invocate dagli Stati membri anche per giustificare interventi restrittivi volti a *disincentivare il consumo di prodotti dannosi* per la salute delle persone. In più occasioni, la Corte di giustizia ha ritenuto

General, in *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, cit., p. 261 ss., paragrafi 8.91-8.104. Come attentamente rilevato, rispetto a tali misure la Corte di giustizia predilige un orientamento restrittivo: cfr. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, cit., p. 397, in riferimento alle sentenze citate dall'autrice, rispettivamente, alle note 54, 55, 56 e 57.

209 Corte di giustizia, sentenza del 28 gennaio 2010, causa C-333/08, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2010, p. I-757. La Corte ha affermato la necessità di rispettare il livello di tutela della salute prescelto dallo Stato membro in questione, limitando quindi l'operatività del *principio del mutuo riconoscimento* (v. *infra*, il par. 2.2). Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto che la normativa interna fosse sproporzionata, nella misura in cui essa, ai fini dell'obbligo di autorizzazione preventiva, non effettuava distinzioni tra le molteplici categorie di sostanze a seconda del *diverso livello di rischio* per la salute associabile al loro impiego.

210 *Ibidem*, punto 81 e sentenze ivi citate.

211 Cfr. BARNARD, *The Substantive Law of EU*, cit., p. 193; MULDER, *Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'?*, in *Utrecht Journal of Int. and European Law*, 2018, p. 4 ss.

giustificabili normative che regolamentavano in modo restrittivo la pubblicità di bevande alcoliche²¹². Particolarmente significativo è il recente caso *Scotch Whisky Association*, relativo ad una normativa in materia di prezzi minimi degli alcolici, precisamente un sistema di fissazione del prezzo minimo di vendita per ogni unità di alcool, adottata dal Regno Unito allo scopo di ridurre il consumo delle bevande alcoliche (soprattutto di quelle a basso costo)²¹³. La Corte, sulla base di una precisa richiesta del giudice del rinvio, ha esaminato in modo dettagliato la proporzionalità della misura in questione, soffermandosi a valutare l'efficacia di eventuali misure alternative, come un aumento delle accise sugli alcolici, rispetto all'obiettivo perseguito dallo Stato membro. Pur riservando al giudice del rinvio la valutazione della proporzionalità nel caso di specie, la Corte ha affermato che, in confronto a misure sui prezzi, le misure di *natura fiscale* sarebbero meno restrittive degli scambi e avrebbero un'efficacia equivalente o addirittura superiore ai fini di tutela della salute indicati²¹⁴.

Ancora nel caso *Scotch Whisky Association*, il giudice del rinvio ha richiesto alla Corte di precisare, inoltre, l'interpretazione dell'art. 36 TFUE in relazione *al grado di intensità* dell'esame di proporzionalità che il giudice nazionale è tenuto ad effettuare quando esamina una normativa interna rispetto alla giustificazione per motivi di tutela della salute. In proposito, la Corte ha ricordato che incombe sulle autorità nazionali l'onere di dimostrare che la normativa su cui verte il giudizio sia

212 Cfr. i casi evidenziati da ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, cit., p. 398, nota 58.

213 Corte di giustizia, causa C-333/14, *The Scotch Whisky Association*, sentenza del 23 dicembre 2015, non ancora pubblicata.

214 In base alle osservazioni presentate dal Regno Unito, la misura in materia di prezzi sarebbe stata dovuta alla necessità di aumentare il prezzo di vendita delle *bevande alcoliche a basso costo* con un duplice scopo: ridurre l'acquisto di alcool da parte delle persone dedite ad un consumo pericoloso e nocivo e, allo stesso tempo, ridurre l'acquisto di alcool da parte della popolazione in generale. La Corte, però, ha rilevato che una misura di natura fiscale avrebbe avuto la stessa efficacia di un sistema di prezzi minimi, poiché avrebbe comportato un *aumento generalizzato dei prezzi delle bevande alcoliche* che avrebbe interessato tutta la popolazione, comprese le persone dedite ad un consumo pericoloso o nocivo. Come osservato in alcuni commenti alla sentenza, deve ritenersi che l'individuazione di un *obiettivo particolarmente specifico* potrebbe consentire agli Stati membri di beneficiare di un margine di manovra più ampio rispetto alla valutazione di proporzionalità. Per un'analisi dettagliata v. ALEMANN, *Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1037-1064; BARLETT, *Minimum Unit Pricing for Alcohol May Not be a Proportionate Public Health Intervention*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2016, pp. 218-222; PURNHAGEN, SCHEBESTA, *A Case Moving at the Frontiers of Market Access, Freedom of Goods, the Common Agricultural Policy and Science in Court-Reflections on Scotch Whisky Association*, in *European Law Review*, 2017; MACCULLOCH, *Protecting Health, or Protecting Trade? A Fine Balance in the Scotch Whisky Association Judgment*, in *EU Law Analysis*, 23 dicembre 2015.

conforme al principio di proporzionalità e che le giustificazioni che possono essere adottate da uno Stato membro devono essere corredate da «elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione»²¹⁵. Ad esempio, secondo la Corte, nel caso di specie, nell'ambito di un tale esame, il giudice del rinvio avrebbe potuto tener conto dell'eventuale esistenza di dubbi scientifici quanto agli effetti concreti e reali sul consumo di alcool di una misura sui prezzi per conseguire l'obiettivo perseguito²¹⁶. Si è ricordato però che l'onere della prova «non può estendersi fino a pretendere che le autorità nazionali competenti nell'adottare una normativa nazionale [...] dimostrino, *in positivo*, che nessun altro possibile provvedimento [permetterebbe] la realizzazione dello stesso legittimo obiettivo alle stesse condizioni»²¹⁷. Le affermazioni della Corte nel caso di specie seguono una tendenza già ben affermata della Corte a richiedere prove circostanziate in merito all'idoneità e alla proporzionalità della misura²¹⁸.

Uno dei settori in relazione ai quali si registra una prassi di interesse ancora molto attuale è quello della *vendita* e della *distribuzione dei farmaci*²¹⁹. In proposito, si rileva che la Corte di giustizia ha ritenuto giustificabili con una certa facilità misure restrittive volte a garantire un approvvigionamento stabile di farmaci a fini medici essenziali. Si consideri, ad esempio, il caso *Evans Medicals*, nel quale la Corte ha ritenuto giustificabile per motivi di tutela della salute pubblica il divieto di importare un farmaco stupefacente, considerata la necessità di garantire ad un'impresa nazionale le condizioni economiche favorevoli per continuare a produrre quel farmaco e quindi di assicurare un approvvigionamento sicuro e costante di quest'ultimo per le esigenze

215 Corte di giustizia, causa C-333/14, *Scotch Whisky Association*, cit., punto 54.

216 *Ibidem*, punto 57.

217 *Ibidem*, punto 55.

218 Su questa tendenza v. SHUIBHNE, MACI, *Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 965 ss.

219 Anche per quanto riguarda il mercato dei farmaci le istituzioni dell'Unione hanno adottato numerosi atti di armonizzazione. Per una panoramica su tale disciplina e sulle questioni più rilevanti che le istituzioni sono state chiamate ad affrontare v. SALVATORE, *Qualità e sicurezza dei farmaci nel mercato interno dell'Unione europea*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, cit., p. 317 ss.; CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione dei medicinali falsificati nel mercato dell'UE*, in *Diritto del commercio int.*, 2014, p. 291 ss. Le questioni che coinvolgono la distribuzione o l'approvvigionamento dei medicinali sfuggono, però, all'intervento normativo dell'UE poiché, come si potrà evincere dal prosieguo del lavoro, tali questioni sono spesso strettamente correlate alle scelte degli Stati membri che attengono all'organizzazione o alla fornitura di servizi sanitari, settori che devono ritenersi preclusi all'esercizio di qualsiasi competenza delle istituzioni dell'Unione in base all'art. 168, par. 7, TFUE. Sui limiti delle competenze dell'Unione in materia di tutela della salute si rinvia a BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Pineschi (a cura di), Napoli, 2017, p. 119 ss., p. 122 ss.

sanitarie della popolazione dello Stato membro interessato²²⁰. Si consideri, inoltre, il caso *Commissione c. Germania*, nel quale la Corte ha ritenuto idonea e proporzionata all'obiettivo di tutela della salute una normativa tedesca che escludeva, in via di fatto, le farmacie situate in altri Stati membri dalla possibilità di concludere con le strutture ospedaliere tedesche contratti di approvvigionamento *esterno* di farmaci. La Corte si è espressa in questo senso dopo aver rilevato che la normativa in questione era volta ad assicurare agli ospedali la pronta disponibilità del farmacista (proprio come avveniva per il servizio di approvvigionamento *interno*), quale figura di rilievo responsabile di tutte le prestazioni connesse all'approvvigionamento di medicinali²²¹. In un'altra sentenza, la Corte ha giustificato, anche se solo in parte, una normativa tedesca che vietava la vendita per corrispondenza dei medicinali. La Corte ha stabilito che il divieto in questione doveva ritenersi proporzionato all'obiettivo perseguito di tutelare la salute ad un livello elevato quantomeno in relazione alla vendita di medicinali soggetti ad obbligo di prescrizione medica, considerata l'esigenza di assicurare un *controllo rigoroso* della vendita di tale categoria di medicinali²²². Per contro, la Corte non ha ritenuto soddisfatto il criterio di proporzionalità in relazione al divieto della vendita per corrispondenza dei farmaci da banco autorizzati in Germania²²³.

In tempi più recenti, tuttavia, si registra in questa materia un'evoluzione in senso restrittivo dell'approccio adottato dai giudici di Lussemburgo. Rileva, in proposito, soprattutto il caso *Deutsche Parkinson Vereinigung*, nel quale la Corte ha ritenuto non giustificabile per motivi di tutela della salute pubblica un sistema di prezzi

220 Corte di giustizia, causa C-324/93, *Evans Medical Ltd*, sentenza del 28 marzo 1995, in *Raccolta*, 1995, p. I-596 ss.

221 Corte di giustizia, causa C-141/07, sentenza dell'11 settembre 2008, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2008, p. I-6935 ss. Più precisamente, ai fini del servizio di approvvigionamento esterno, la normativa stabiliva un requisito di prossimità geografica tra la farmacia e l'ospedale. La Corte ha attribuito rilievo anche ad un elemento di carattere economico-finanziario, considerando che, in mancanza di un requisito come quello indicato, vi sarebbero stati oneri maggiori a carico dello Stato membro legati alla necessità degli ospedali di impiegare un farmacista. In proposito, i giudici hanno ricordato che un obiettivo di carattere meramente economico non può giustificare un ostacolo alla libera circolazione delle merci, tuttavia, «[...] per quanto concerne interessi di ordine economico che hanno lo scopo di mantenere un servizio medico ed ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti, [...] tale scopo [può] parimenti rientrare in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se esso contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute»: cfr. *ibidem*, punto 60.

222 *Ibidem*, punto 119.

223 *Ibidem*, punti 113-114. Secondo la Corte, la vendita per corrispondenza di tali prodotti non presentava rischi diversi rispetto a quelli presenti anche nelle modalità di vendita tradizionali; anzi, per certi aspetti, la vendita a distanza avrebbe comportato vantaggi per i clienti.

fissi per la vendita di farmaci con obbligo di ricetta che danneggiava il commercio di farmaci *online* e quindi soprattutto le farmacie insediate in altri Stati membri²²⁴. La Germania sosteneva di aver adottato tale misura sui prezzi per garantire un approvvigionamento uniforme e di qualità di farmaci sull'intero territorio dello Stato, considerata la concorrenza proveniente dalle farmacie *online* (alle quali era stato consentito di vendere anche medicinali soggetti ad obbligo di ricetta medica) ai danni delle farmacie tradizionali, che a differenza delle prime, svolgono funzioni essenziali in termini di presidio sanitario sul territorio²²⁵. La Corte di giustizia ha ritenuto la misura in questione non idonea a raggiungere gli obiettivi di tutela della salute pubblica indicati dallo Stato membro interessato, data la mancanza di *dettagliati elementi di prova* che dimostrassero l'idoneità di un regime di prezzi uniformi a garantire una distribuzione geografica omogenea delle farmacie tradizionali, quindi delle attività di interesse generale svolte da queste ultime²²⁶. Nella sentenza, la Corte non ha celato di essere convinta, anzi, del fatto che l'emergere di una concorrenza nella vendita dei medicinali avrebbe comportato un approvvigionamento di medicinali più razionale attraverso il prevedibile spostamento o insediamento di farmacie in regioni con un numero esiguo di esercizi²²⁷.

224 Corte di giustizia, C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, sentenza del 19 ottobre 2016, non ancora pubblicata in raccolta. In senso restrittivo v. anche le valutazioni della Corte sulla coerenza o sulla proporzionalità di misure restrittive in materia di commercio di prodotti derivati dal sangue umano: Corte di giustizia, causa C-421/09, *Humanplasma*, sentenza del 9 dicembre 2010, in *Raccolta*, 2010, p. I-12869 ss.; CGUE, causa C-296/15, *Medisanus*, sentenza dell'8 giugno 2017, pubblicata nella raccolta digitale.

225 In proposito, la Corte ha ricordato che le giustificazioni «devono essere corredate da un'analisi dell'idoneità e della proporzionalità della misura adottata [...], nonché da elementi precisi che consentano di suffragare le argomentazioni [dello Stato membro interessato]», ciò poiché, «il giudice nazionale [...] deve *esaminare in modo obiettivo*, sulla scorta di *dati statistici, puntuali o con altri mezzi*, se gli elementi di prova forniti dallo Stato membro interessato consentano di ritenere ragionevolmente che gli strumenti prescelti siano idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti, nonché se sia possibile conseguire questi ultimi attraverso misure meno restrittive della libera circolazione delle merci»: cfr. Corte di giustizia, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, cit., punto 35. Per un'analisi dettagliata della sentenza v. LÓPEZ ARTETXE, *Is Health Really the First Thing in Life?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2017, pp. 315-322; PARDOLESI, *Imposizione del prezzo e modelli di commercio dei farmaci*, in *Il foro italiano*, 2016, pp. 527-530; SALERNO, *La concorrenza delle farmacie on line scardina i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci*, in *DPCE on line*, 2017, pp. 133-136; MACCULLOCH, *Evidencing the Effectiveness of Health Interventions in Free Movement Cases*, in *EU Law Analysis*, 27 ottobre 2016; WESSING, *The CJEU on Cross-border Mail Order Trade of Prescription-only Medicinal Products*, in *Lexology*, 16 novembre 2016.

226 Corte di giustizia, causa C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, cit., punti 37, 39, 40.

227 *Ibidem*, punto 38. V. anche le considerazioni critiche della Corte in merito all'argomento secondo il quale la concorrenza avrebbe comportato rischi per la salute dei pazienti nella misura in cui

2.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle esigenze imperative degli Stati membri

In base ad una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, alcune misure restrittive degli scambi nell'Unione possono essere giustificate, o meglio ritenute conformi ai divieti di restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi previsti dai Trattati (per le merci, ad esempio, agli articoli 34 e 35 del TFUE), quando siano dovute ad *esigenze imperative* dello Stato membro interessato, purché le misure siano adeguate e necessarie al fine di perseguire l'obiettivo di tutela indicato. Più precisamente, possono essere giustificate per ragioni imperative le misure degli Stati membri *indistintamente applicabili*, cioè quelle che non sono direttamente discriminatorie perché si rivolgono tanto alle merci nazionali che alle merci importate (ma tale nozione si rinviene, *mutatis mutandis*, anche in relazione alle altre libertà di circolazione)²²⁸.

Come è noto, la giurisprudenza sulle giustificazioni dovute ad esigenze imperative degli Stati membri ebbe origine con la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Cassis de Dijon*, sentenza nella quale la Corte rilevò per la prima volta che le normative interne sulle caratteristiche dei prodotti (c.d. *normative tecniche*) costituivano ostacoli per la circolazione intracomunitaria e che tali ostacoli potessero essere giustificati soltanto qualora si fosse trattato di prescrizioni necessarie «per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori»²²⁹. In mancanza di tali circostanze, invece, la Corte ha stabilito che debba operare il principio del *mutuo riconoscimento* delle normative tecniche tra gli Stati membri.

questi si sarebbero trovati nella condizione di stabilire quale farmacia offrisse loro il medicinale ricercato al prezzo più vantaggioso (punto 43).

²²⁸ Per una visione d'insieme sulla giurisprudenza v. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, cit., pp. 295-327.

²²⁹ Corte di giustizia, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, sentenza del 20 febbraio 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 649 ss., punto 8.

In seguito alla sentenza *Cassis de Dijon*, molti altri tipi di misure indistintamente applicabili sono stati considerati ostacoli agli scambi²³⁰, ma ciò che rileva evidenziare ai fini di questo lavoro è che, attraverso il richiamo alle esigenze imperative degli Stati membri, si renda possibile giustificare tali ostacoli per *motivi non esplicitamente previsti* dalle clausole di deroga²³¹. Ciò è particolarmente importante, peraltro, alla luce della tendenza, in via di affermazione nella giurisprudenza della Corte, a giustificare per ragioni imperative anche misure *discriminatorie* (cd. *distintamente applicabili*)²³².

Le ragioni imperative che si annoverano nella giurisprudenza riguardano una molteplicità di interessi generali degli Stati membri, quali, ad esempio, la protezione dei diritti fondamentali, la tutela dell'ambiente, il miglioramento delle condizioni dei lavoratori, la lotta alla criminalità. È quindi opportuno soffermarsi ad esaminare lo spazio riconosciuto dalla Corte di giustizia alla protezione di alcuni di questi interessi: in questa sede, si è scelto di esaminare soprattutto la giurisprudenza in materia di tutela dei diritti fondamentali e di protezione dell'ambiente.

Tuttavia, non è possibile evitare di accennare all'abbondante giurisprudenza della Corte di giustizia sulle restrizioni concernenti le lotterie o il gioco d'azzardo. In questa materia, la Corte è solita riconoscere quali motivi di giustificazione interessi di natura sociale come la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco, o la tutela dei consumatori. Considerata la natura peculiare di tali attività economiche, la Corte tende a riconoscere un ampio potere discrezionale agli Stati membri tanto in ordine all'opportunità che in ordine all'incisività delle restrizioni. Pertanto, anche misure particolarmente limitanti delle

230 Per le normative sulle modalità di vendita v. Corte di giustizia, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, sentenza 24 novembre 1993, in *Raccolta*, 1993, p. I-6097, punto 16.

231 Come si ricorderà, l'elenco dei motivi di cui all'art. 36 TFUE è sempre stato considerato tassativo dalla Corte di giustizia. In dottrina, si è osservato in proposito che «è da supporre che proprio il rifiuto di estendere l'art. 36 alla protezione di altri interessi di ordine generale abbia indotto la Corte ad elaborare la (per molti versi simile) giurisprudenza delle esigenze imperative»: cfr. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*³, Milano, 2016, p. 89.

232 Come rilevato, la Corte di giustizia arriva a questo risultato qualificando come indistintamente applicabili misure che in realtà sono discriminatorie oppure omettendo del tutto di qualificare la misura restrittiva in questione. Cfr. LANG, *Art. 34 TFUE*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Pocar, Baruffi (a cura di), Padova, 2014, par. VI, 1. Alcuni autori auspicano un superamento dell'interpretazione restrittiva dell'art. 36 TFUE e ritengono opportuna, per ragioni di certezza del diritto, un'ammissione esplicita da parte della Corte di giustizia della possibilità di integrare le *esigenze imperative* degli Stati membri all'elenco dei motivi di giustificazione di cui all'art. 36 TFUE. V. ad esempio ENCHELMAIER, *Article 36 TFUE: General*, cit., p. 220, par. 8.12.

libertà economiche sono state giustificate²³³. Questo approccio, tuttavia, non impedisce ai giudici di intraprendere valutazioni penetranti, soprattutto esaminando il livello di *coerenza* della misura rispetto agli obiettivi di tutela dichiarati dallo Stato membro, in presenza di elementi che segnalino discriminazioni *arbitrarie* a danno di operatori stabiliti in Stati membri²³⁴. Come rilevato, in mancanza di una disciplina comune in questa materia, disciplina che difficilmente potrà essere adottata nell'immediato futuro, l'intervento dei giudici di Lussemburgo è destinato ad essere non solo frequente ma anche carico di responsabilità²³⁵.

2.2.1 La tutela dei diritti fondamentali

Con la sentenza sul caso *Schmidberger*, la Corte ha stabilito che l'esigenza di assicurare l'esercizio dei *diritti fondamentali* possa giustificare una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, considerato peraltro che il rispetto dei diritti fondamentali si impone non solo agli Stati membri ma alla stessa Unione²³⁶. Il caso di specie riguardava una restrizione alla libera circolazione delle merci imputata all'Austria derivante da un'interruzione della circolazione stradale per oltre trenta ore sull'Autostrada del Brennero causata da una protesta di un movimento ambientalista.

233 Cfr. Corte di giustizia, causa C-176/11, *HIT e HIT LARIX*, sentenza del 12 luglio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale; cause riunite C-316, 358-360, 409, 410/07, *Stoß*, sentenza dell'8 settembre 2010, in *Raccolta*, 2010, p. I-8069; causa C-46/08, *Carmen Media Group*, sentenza dell'8 settembre 2010, in *Raccolta*, 2010, p. I-8149; causa C-203/08, *Sporting Exchange Ltd*, sentenza del 3 giugno 2010, in *Raccolta*, p. I-4695.

234 Cfr. Corte di giustizia, causa C-3/17, *Sporting Odds*, sentenza del 28 febbraio 2018, pubblicata nella Raccolta digitale; causa C-49/16, *Unibet International*, sentenza del 22 giugno 2017, pubblicata nella Raccolta digitale; causa C-338/04, *Placanica*, sentenza del 6 marzo 2007, in *Raccolta*, 2007, p. I-1891.

235 Cfr. MENGOZZI, *Libera prestazione dei servizi, scommesse e gioco d'azzardo: l'Organo d'appello dell'OMC e Corte di giustizia dell'Unione europea a confronto*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber amicorum in onore di Paolo Picone, cit., p. 421. V. inoltre LOVEJOY, *A Busted Flush: Regulation of Online Gambling in the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 1525-1573; LITTLER, *Member States Versus the European Union: the Regulation of Gambling*, Boston, 2011; BIONDI, *Against the Odds: a Critique of the European Court of Justice Acquis on Gambling*, in *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, pp. 111-122.

236 Corte di giustizia, causa C-112/00, *Schmidberger*, sentenza del 12 giugno 2003, in *Raccolta*, 2003, p. I-5659, punto 71 e ss. La Corte ha ricordato la sua giurisprudenza in base alla quale i diritti fondamentali fanno parte integrante dell'ordinamento comunitario quali *principi generali* di cui la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno aderito, in particolare alla CEDU. Peraltro, nel momento in cui è stata pronunciata la sentenza, i principi sviluppati da tale giurisprudenza trovavano riscontro nel Trattato sull'Unione europea.

Secondo quanto stabilito dalla Corte in questa sentenza, il diritto alla libera manifestazione del pensiero può giustificare una restrizione della libera circolazione delle merci sempre che gli effetti restrittivi risultino proporzionati rispetto all'obiettivo, trattandosi di un diritto fondamentale per il quale sono ammesse limitazioni ai fini del perseguimento di interessi generali, tanto nelle costituzioni nazionali quanto in ambito CEDU²³⁷. La Corte ha ritenuto la restrizione in questione proporzionata, soprattutto alla luce delle misure attuate dall'Austria per limitare i disagi derivanti dall'interruzione della circolazione stradale²³⁸.

In altre sentenze in cui veniva in rilievo la tutela dei diritti fondamentali, la Corte ha riconosciuto un discreto margine di apprezzamento agli Stati membri rispetto alla proporzionalità della restrizione. Si consideri la sentenza sul caso *Omega*, concernente un provvedimento amministrativo adottato in Germania che vietava ad una società tedesca di organizzare giochi di squadra aventi l'obiettivo di colpire i partecipanti attraverso raggi laser o infrarossi, nonché di simulare omicidi²³⁹. Gli effetti restrittivi del provvedimento in questione derivavano dal fatto che, per lo svolgimento di questa attività ludica, la società tedesca aveva stipulato un contratto di *franchising* con una società britannica titolare di tale modello di gioco legalmente commercializzato nel Regno Unito. Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se la restrizione della libera prestazione dei servizi potesse giustificarsi per il fine di tutelare il valore della *dignità umana*. La Corte di giustizia ha risposto positivamente rilevando come non fosse «indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro [corrispondesse] ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa». La Corte ha ritenuto la misura proporzionata semplicemente rilevando che, secondo il giudice del rinvio, il divieto di sfruttamento commerciale di tali giochi corrispondeva al livello di tutela della dignità umana che la

237 *Ibidem*, punto 79. Per un esame della sentenza *Schmidberger v. ORLANDI*, *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, pp. 903-916.

238 Corte di giustizia, causa C-112/00, *Schmidberger*, cit., punto 83 ss. La Corte ha sottolineato le differenze tra le circostanze relative al caso di specie e quelle che invece avevano caratterizzato il caso *Commissione c. Francia* (esaminato *supra*, al passo del testo corrispondente alla nota 202).

239 Corte di giustizia, causa C-36/02, sentenza del 14 ottobre 2004, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, p. I 9609 ss.

Costituzione nazionale intendeva assicurare²⁴⁰. In un altro caso, la Corte è stata chiamata a valutare la proporzionalità di una restrizione agli scambi derivante da una legge che, per motivi di *tutela dei minori*, impediva la vendita per corrispondenza di prodotti audiovisivi non sottoposti al controllo di un' autorità nazionale, sebbene tali prodotti provissero da uno Stato membro nel quale tali prodotti erano stati ritenuti idonei ai minori di quindici anni o più. Sulla base di considerazioni simili a quelle effettuate nel caso *Omega*, la Corte ha ritenuto la restrizione proporzionata all'obiettivo di tutela dei minori²⁴¹.

In questo contesto fanno eccezione alcune sentenze relative alla tutela dei *diritti sociali*. Va rilevato, infatti, che, sebbene la Corte abbia riconosciuto la possibilità di giustificare restrizioni delle libertà economiche per motivi di *tutela delle condizioni di lavoro*, peraltro alla luce degli obiettivi di natura sociale posti a fondamento del processo di integrazione europea²⁴², alcune restrizioni derivanti dall'esercizio del *diritto di sciopero* non hanno superato il *test* di proporzionalità effettuato dalla Corte. Si consideri, in proposito, il caso *Laval*, concernente l'azione collettiva attuata da un sindacato svedese nei confronti di una società lettone nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi nel settore edile, azione volta a far sottoscrivere a tale società un contratto collettivo di lavoro che fissasse, tra le altre cose, i *minimi salariali* da applicare ai lavoratori distaccati della società lettone²⁴³. In sostanza, l'attività sindacale in questione si proponeva di arginare il *dumping sociale* all'interno dell'Unione ed era stata svolta in conformità alla legge svedese, la quale prevedeva che la retribuzione

240 La Corte ha rilevato, peraltro, che il provvedimento restrittivo riguardava soltanto una variante del gioco laser, quella finalizzata a colpire bersagli umani (quindi a simulare omicidi), elemento considerato positivamente ai fini del *test* di proporzionalità: cfr. *ibidem*, punto 39.

241 Corte di giustizia, sentenza del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs*, in *Raccolta*, 2008, p. I-00505. Secondo la Corte: «per quanto concerne la procedura di controllo prevista dal legislatore nazionale per tutelare il minore dalle informazioni e dai materiali che lo danneggino, il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto modalità di tutela differenti da quelle adottate da un altro Stato membro non può rilevare ai fini della valutazione della proporzionalità delle disposizioni nazionali stabilite in materia. Queste vanno valutate soltanto alla stregua dell'obiettivo in questione e del livello di tutela che lo Stato membro interessato intende assicurare»: cfr. *ibidem*, punto 49. La Corte ha però demandato al giudice nazionale la verifica circa le caratteristiche della procedura di controllo. Questa, infatti, per superare il *test* di proporzionalità, avrebbe dovuto risultare facilmente accessibile e concludersi entro termini ragionevoli, inoltre, in caso di esito negativo, il diniego avrebbe dovuto poter formare oggetto di ricorso in via giurisdizionale. Cfr. *ibidem*, punto 50.

242 Al momento delle decisioni di cui si discute nel testo, tali obiettivi trovavano già espressione in alcune disposizioni del Trattato sulla Comunità europea (TCE).

243 Corte di giustizia, causa C-341/05, *Laval*, sentenza del 18 dicembre 2007, in *Raccolta*, 2007, p. I-11845 ss.

minima potesse risultare da una contrattazione caso per caso tra le parti sociali²⁴⁴. La Corte ha ritenuto che la restrizione della libertà di stabilimento derivante dall'imposizione di una trattativa sindacale non fosse proporzionata all'obiettivo di migliorare le condizioni contrattuali dei lavoratori, considerato che tale trattativa si inseriva in un «contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui [avrebbe dovuto] conformarsi in materia di minimi salariali»²⁴⁵.

244 È opportuno precisare che, secondo la Corte, il modello adottato in Svezia non rientrava nell'ambito di quanto consentito dall'art. 3 della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, disposizione che prevedeva l'obbligo per gli Stati membri di far sì che le imprese stabilite nel loro territorio garantissero ai lavoratori distaccati, a titolo di protezione minima, condizioni di lavoro e di occupazione fissate attraverso disposizioni di natura legislativa, regolamentare o amministrativa, e/o da contratti collettivi dichiarati di applicazione generale. V. Corte di giustizia, causa C-341/05, *Laval*, cit., punto 71 e ss.).

245 *Ibidem*, punto 110. Già nella sentenza sul caso *Viking*, di poco precedente a quella sul caso *Laval*, la Corte si era espressa sfavorevolmente rispetto alla possibilità di ritenere proporzionata una restrizione alla libertà di stabilimento causata dall'esercizio del diritto di sciopero per motivi connessi alla tutela dei lavoratori (v. Corte di giustizia, causa C-438/05, *Viking*, sentenza dell'11 dicembre 2007, in *Raccolta*, 2007, p. I-10779, punto 87). Il caso riguardava un'azione collettiva intrapresa dal sindacato finlandese dei marittimi, con la solidarietà della federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, per bloccare un'impresa finlandese operante nel settore dei trasporti marittimi che intendeva registrare una delle sue navi con la bandiera di un altro Stato membro, l'Estonia, per abbattere i costi salariali. Le due sentenze hanno ricevuto molta attenzione da parte della dottrina, che ha fortemente criticato la Corte di giustizia per aver operato un bilanciamento a discapito dei diritti sociali. Per una trattazione accurata delle complesse questioni sollevate dalle due decisioni, tra i tanti contributi v. BARNARD, *Viking e Laval: An Introduction*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 463-492; DONNETTE, *À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché. Les arrêts Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg*, in *Revue des affaires européennes*, 2008, pp. 341-358; NIVARD, *Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 1191-1207; NOVITZ, *A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 541-561. Le decisioni sono state esaminate anche dalla dottrina pubblicistica e giuslavoristica, nella prospettiva della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali. Per la dottrina italiana, v. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 371-391; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, pp. 11-59; SCIARRA, *Viking and Laval: Collective Labour Rights and Market Freedoms in the Enlarged EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 563-580; LONGO, ZAHN, *I casi Viking e Laval in tema di diritti sociali*, in *Dieci casi sui diritti in Europa*, Cartabia (a cura di), Bologna, 2011, pp. 207-236; nonché i molteplici contributi raccolti nel volume *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Borelli, Guazzarotti e Lorenzon (a cura di), Napoli, 2012.

2.2.2 La tutela dell'ambiente

Per quanto riguarda la *tutela dell'ambiente*, la casistica rilevante in materia riguarda soprattutto misure di controllo della diffusione di rifiuti o sostanze chimiche pericolose, e interventi regolatori nell'ambito di strategie di lotta al cambiamento climatico. Da tali decisioni si evince una propensione della Corte a riconoscere prevalenza ai motivi di tutela ambientale. La Corte di giustizia ha ritenuto, ad esempio, proporzionate misure quali: un regime obbligatorio di restituzione degli imballaggi vuoti di bevande²⁴⁶; un divieto di importare rifiuti provenienti da altri Stati membri in una determinata regione del territorio dello Stato interessato, regione nella quale era stato registrato un afflusso anomalo di questo particolare tipo di merci²⁴⁷; un diniego della richiesta di immatricolazione di un aeromobile già immatricolato in un altro Stato membro, diniego motivato dal fatto che il velivolo in questione produceva emissioni sonore superiori a quelle consentite nello Stato membro interessato (nonostante tali emissioni rientrassero nei limiti stabiliti da una direttiva comunitaria allora in vigore)²⁴⁸; un obbligo di registrare presso l'autorità nazionale competente le sostanze chimiche presenti sul territorio dello Stato membro interessato, nonostante le stesse sostanze fossero già state registrate presso l'autorità di controllo istituita in materia dall'Unione europea²⁴⁹. Alla luce di queste decisioni è possibile affermare che la Corte tenda a giustificare le misure restrittive adottate per motivi di tutela dell'ambiente, anche quando la fattispecie rilevante sia disciplinata da un atto di armonizzazione ma lo Stato membro desideri assicurare una protezione più elevata rispetto al livello di tutela assicurato dall'Unione, purché l'ostacolo agli scambi risulti ragionevolmente proporzionato all'obiettivo²⁵⁰.

In senso negativo, si veda però la sentenza *Commissione c. Austria*, nella quale la Corte non ha ritenuto giustificato per motivi di tutela ambientale (in particolare,

246 Corte di giustizia, causa C-302/86, *Commissione c. Danimarca*, sentenza del 20 settembre 1988, in *Raccolta*, 1988, p. 4607 ss.

247 Corte di giustizia, causa C-2/90, *Commissione c. Belgio*, sentenza del 9 luglio 1992, in *Raccolta*, 1992, p. I-4431 ss.

248 Corte di giustizia, causa C-389/96, *Aher Waggon*, sentenza del 14 luglio 1998, in *Raccolta*, p. I-4473 ss.

249 Corte di giustizia, causa C-472/14, *Canadian Oil Company Sweden*, sentenza del 17 marzo 2016, pubblicata nella Raccolta digitale.

250 V. soprattutto Corte di giustizia, causa C-472/14, *Canadian Oil Company*, punto 31 ss.

ridurre le emissioni di biossido di azoto) un divieto di circolazione su un tratto autostradale molto importante per gli autocarri con massa a pieno carico superiore a 7,5 tonnellate trasportanti determinate categorie di merci²⁵¹. In tale sentenza, la Corte ha stabilito infatti che l’Austria non aveva dimostrato l’inadeguatezza delle misure alternative, meno restrittive degli scambi, indicate dalla Commissione europea nel corso del procedimento di infrazione²⁵².

Si considerino, inoltre, due sentenze di particolare importanza concernenti misure volte ad incentivare la produzione e l’uso di energia da fonti rinnovabili. Nella prima sentenza (*PreussenElektra*) veniva in rilievo una normativa interna che imponeva alle imprese di fornitura dell’energia elettrica l’obbligo di acquistare una determinata percentuale di energia da fonti rinnovabili²⁵³. Dopo aver ricordato gli obblighi sulla tutela dell’ambiente previsti dal diritto primario dell’Unione, nonché gli obblighi assunti dagli Stati membri sul piano internazionale al fine di ridurre le emissioni di gas a effetto serra²⁵⁴, la Corte ha ritenuto giustificata la misura in parola anche alla luce di alcune indicazioni in materia di tutela dell’ambiente contenute nella disciplina di armonizzazione del mercato dell’energia elettrica²⁵⁵. Nella seconda sentenza (*Ålands vindkrafts*), la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare gli obblighi di cui all’art. 34 TFUE in relazione ad un diniego, opposto da un’autorità pubblica svedese ad un gestore di impianti di produzione di energia, relativo all’autorizzazione per un parco eolico situato in Finlandia ai fini dell’attribuzione dei certificati di elettricità da fonti rinnovabili (cd. certificati verdi)²⁵⁶. Secondo tale autorità pubblica, soltanto gli impianti di produzione di elettricità verde situati in Svezia avrebbero potuto beneficiare del sistema dei certificati verdi. La Corte di giustizia ha stabilito che questa limitazione territoriale fosse sì restrittiva delle importazioni di energia ma giustificata, in quanto necessaria ai fini di tutela ambientale perseguiti dalla Svezia. L’argomentazione della Corte si fonda su molteplici

251 Corte di giustizia, causa C-28/09, *Commissione c. Austria*, sentenza del 21 dicembre 2011, in Raccolta, 2011, p. I-13525.

252 Ossia, l’introduzione di un limite di velocità pari a 100 km/h e un divieto di circolazione sulla base della classificazione per “classi Euro” degli autocarri.

253 Corte di giustizia, causa C-379/98, *PreussenElektra*, sentenza del 13 marzo 2001, in Raccolta I-02099 ss.

254 *Ibidem*, punti 74, 76.

255 *Ibidem*, punti 77-78.

256 Corte di giustizia, causa C-573/12, *Ålands vindkrafts*, sentenza del 1° luglio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale.

considerazioni di un certo interesse. In questa sede ci si limita a sottolineare il rilievo attribuito alla circostanza che il regime di sostegno nazionale alla produzione di energia verde contribuisse a ridurre le emissioni di gas a effetto serra *al momento della produzione* dell'energia²⁵⁷, e che proprio il legislatore dell'Unione avesse assegnato ai diversi Stati membri obiettivi nazionali vincolanti formulati in termini di *quote di produzione di elettricità verde*, al fine di garantire la realizzazione degli impegni ambientali internazionali contratti dall'Unione²⁵⁸. Inoltre, in proposito, secondo la Corte a nulla poteva rilevare l'eventualità che la Svezia avesse già raggiunto gli obiettivi vincolanti fissati dall'Unione: infatti il regime di sostegno nazionale doveva ritenersi necessario in una prospettiva di lungo termine, considerata l'opportunità di garantire la prosecuzione del funzionamento degli impianti nonché il legittimo affidamento degli investitori²⁵⁹.

La Corte di giustizia, dunque, sembra essere molto attenta a non porre freni (per quanto si è visto, attraverso una rigida interpretazione dell'art. 34 TFUE) alle misure degli Stati membri che risultino coerenti o funzionali all'attuazione di politiche di tutela ambientale perseguite dal legislatore dell'Unione pur non costituendo diretta applicazione di norme di diritto derivato dell'Unione.

2.3. Il problema della sfera di applicazione territoriale delle deroghe. L'approccio della Corte di giustizia

A differenza di quanto avviene nel sistema OMC, le istituzioni dell'Unione possono adottare discipline di armonizzazione e perseguire, così, l'attuazione di *standard* di tutela di interessi non economici sufficientemente uniformi nei diversi Stati membri²⁶⁰. Tali strumenti normativi dovrebbero limitare, a monte, il ricorso da parte degli Stati membri a misure commerciali restrittive adottate per tutelare interessi non economici e fondate su circostanze esistenti in altri Stati membri (c.d. misure con

257 *Ibidem*, punto 95.

258 *Ibidem*, punto 97.

259 *Ibidem*, punti 102-103.

260 In virtù della copertura offerta dai Trattati, molte discipline di armonizzazione non si limitano a eliminare gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione del mercato interno dell'Unione, ma perseguono *standard* elevati di protezione di interessi non economici. Cfr. *infra*, Capitolo II, sezione II, par.2.1.

effetti extraterritoriali). Peraltro, non mancano atti di armonizzazione volti ad assicurare l'uniformità degli *standard* di tutela degli Stati membri in relazione a circostanze che si verificano in Stati terzi (quindi misure con effetti extraterritoriali dell'Unione europea)²⁶¹.

Anche dinanzi alla Corte di giustizia si è posto, però, in più di qualche occasione il problema di comprendere se le clausole di deroga possano giustificare misure con effetti extraterritoriali degli Stati membri²⁶². In nessuna di tali occasioni, però, la Corte di giustizia è arrivata a pronunciarsi in modo esplicito in merito a tale problema interpretativo.

Il problema si è posto per la prima volta nel caso *Dassonville*, sebbene in relazione alla tutela di *interessi di natura economica*²⁶³. Il caso riguardava una norma interna che stabiliva il divieto di importare prodotti alcolici recanti una «denominazione di origine» qualora le merci non fossero state accompagnate dal certificato, rilasciato dal governo del Paese esportatore, attestante il diritto alla suddetta denominazione. Nel corso della causa si poneva il problema di comprendere se gli effetti restrittivi sugli scambi causati da tale misura potessero giustificarsi in virtù dell'esigenza di tutelare la proprietà industriale e commerciale, prevista quale motivo di deroga (allora) dall'art. 36 TCEE (e oggi dall'art. 36 TFUE), non all'interno dello Stato membro che aveva adottato la normativa bensì *in altri Stati*. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Trabucchi proponeva alla Corte di escludere tale possibilità. Egli affermava, infatti, che la clausola di deroga consentisse «a ciascuno Stato di tutelare esclusivamente i propri interessi nazionali», così, per la tutela della proprietà industriale e commerciale, «ciascuno Stato [poteva] apportare limitazioni alla libertà di circolazione delle merci soltanto in funzione della tutela di diritti

261 L'Unione europea adotta tali misure per promuovere, molto spesso, obiettivi prefissati in convenzioni internazionali. Su tali misure v. ANKERSMIT, LAWRENCE, DAVIES, *Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation*, in *Minnesota Journal of Int. Law OnLine*, 2012, pp. 14-93. ANKERSMIT, *Green Trade and Fair Trade in and with the EU, Process-Based Measures within the EU Legal Order*, Cambridge, 2017.

262 La questione non ha ricevuto un'attenzione pari a quella dedicata allo stesso tema nell'ambito dell'OMC. Per alcune riflessioni in dottrina, oltre ai lavori citati nella nota precedente, v. OLIVIER, *Free Movement of Goods in the European Community*, London, 2003, p. 230 ss.; DAVIES, *Process and Production Method'-based Trade Restriction in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 69-97.

263 Corte di giustizia, causa C-8/74, *Dassonville*, sentenza dell'11 luglio 1974, in *Raccolta*, 1974, p. 837 ss.

soggettivi e d'interessi economici compresi nella sua sfera di rispetto»²⁶⁴. Nella sentenza *Dassonville*, la Corte però ha escluso l'operatività della deroga rilevando una *manifesta* restrizione dissimulata al commercio, senza pronunciarsi in merito all'estensione della sfera di applicazione territoriale di quest'ultima²⁶⁵.

Qualche anno più tardi, il problema si è ripresentato nella causa *Kramer*, concernente alcuni limiti alle attività di pesca imposti nei Paesi Bassi ai fini della conservazione del patrimonio ittico dell'Oceano Atlantico, limiti che lo Stato membro interessato considerava misure attuative delle raccomandazioni emanate dalla commissione operante nell'ambito della Convenzione sulla pesca nell'Atlantico del Nord-Est²⁶⁶. Tra le molteplici questioni sollevate dai giudici del rinvio, si poneva quella della compatibilità dei limiti imposti dai Paesi Bassi con i divieti previsti dai Trattati in materia di libera circolazione delle merci. L'Avvocato generale Trabucchi – certo del fatto che le misure olandesi fossero restrittive degli scambi – si chiedeva se, alla luce di quanto da lui precedentemente affermato nelle conclusioni sulla causa *Dassonville*, l'operatività della clausola di deroga potesse essere esclusa per il fatto che le misure in questione riguardavano limitazioni della pesca *in alto mare*, cioè in una zona «posta al di fuori della sfera territoriale non sottoposta né alla sovranità né alla giurisdizione [dello Stato]»²⁶⁷. La sua risposta a tale quesito era negativa. Egli riteneva, infatti, che la clausola avrebbe potuto trovare eccezionalmente applicazione nel caso di specie, soprattutto alla luce della lacuna esistente nella normativa comunitaria sulla pesca rispetto alla protezione del patrimonio ittico. L'azione dei Paesi Bassi tendeva, secondo l'Avvocato generale, a tutelare *interessi propri* dello Stato, e trovava corrispondenza anche nell'interesse degli altri Stati membri²⁶⁸. Anche

264 Conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi, causa C-8/74, presentate il 20 giugno 1974, punto 5, p. 859.

265 Corte di giustizia, causa C-8/74, *Dassonville*, cit.: «Non occorre accertare se provvedimenti del genere ricadano o meno sotto l'art. 36; in forza del principio enunciato nel secondo periodo, del predetto articolo, essi non potranno mai essere utilizzati ai fini d'una discriminazione arbitraria o d'una restrizione dissimulata al commercio fra gli Stati membri. Tale può essere invece il risultato di formalità, richieste da uno Stato membro per la prova dell'origine d'un prodotto, alle quali solo gli importatori diretti sarebbero praticamente in grado di soddisfare senza gravi difficoltà» (punti 7-8).

266 Corte di giustizia, cause riunite 3, 4 e 6/76, *Kramer e altri*, sentenza del 14 luglio 1976, in *Raccolta*, 1976, p. 1279.

267 Conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi, cause 3, 4 e 6/76, presentate il 22 giugno 1976, punto 6, p. 1326.

268 Secondo l'Avvocato generale, la misura in parola perseguiva, in sostanza, un fine che *non si contrapponeva* agli interessi degli altri Stati membri, considerata la previsione, nel Trattato, di una

in questo caso la Corte di giustizia non si pronunciò sul punto: essa ritenne, infatti, che la misura non fosse restrittiva degli scambi²⁶⁹.

In altre sentenze venivano in rilievo misure restrittive con effetti extraterritoriali in materia di protezione degli animali, ma la Corte di giustizia non è giunta ad occuparsi del problema in esame poiché ha escluso l'operatività della clausola di deroga in ragione dell'esistenza di specifici atti di armonizzazione pertinenti ai fini di ciascuna causa, atti che costituivano quindi l'unico parametro di riferimento per valutare la legittimità di tali misure rispetto al diritto dell'Unione²⁷⁰.

Al riguardo, è particolarmente significativo il caso *Compassion in World Farming* concernente un divieto di esportazione di vitelli da macello (che un'organizzazione animalista auspicava che il Regno Unito adottasse) verso gli Stati membri che non assicuravano gli stessi *standard* di trattamento stabiliti dallo Stato di esportazione²⁷¹. Tali *standard* corrispondevano a quelli fissati da una Raccomandazione elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa in attuazione della Convenzione internazionale sulla protezione degli animali (vincolante per la Comunità europea), ed erano *superiori a quelli previsti dalla direttiva* adottata dalle istituzioni dell'Unione che stabiliva, appunto, norme minime per la protezione dei vitelli. La Corte di giustizia ha escluso l'operatività della deroga poiché ha ritenuto che la direttiva realizzasse un'armonizzazione completa in materia di tutela della salute degli animali. Quanto alla conformità della misura con la direttiva (i cui *standard* non sono stati ritenuti in contrasto con gli obblighi posti dalla Convenzione internazionale sulla protezione degli animali, considerato il carattere non vincolante della

competenza della Comunità in materia di pesca e di tutela delle risorse ittiche. Quando la Comunità fosse intervenuta, essa avrebbe adottato restrizioni simili a quelle adottate dai Paesi Bassi. La normativa in questione, pertanto, doveva ritenersi giustificata solo *in via provvisoria*, fintantoché la Comunità non avesse adottato una disciplina in materia di conservazione del patrimonio ittico. Nel punto successivo delle sue conclusioni, l'Avvocato generale riteneva comunque che per giustificare la misura dei Paesi Bassi sarebbe stato più appropriato riferirsi ad un *principio generale di diritto*, ossia quel principio «che [avrebbe consentito] eccezionalmente ad un soggetto di agire nell'interesse di altri soggetti, anche senza mandato, compiendo degli atti a titolo conservativo»: cfr. *ibidem*, punto 7, p. 1326.

269 Corte di giustizia, cause riunite 3, 4 e 6/76, *Kramer e altri*, cit., punti 58 e 59.

270 V. Corte di giustizia, causa C-169/89, *Gourmetterie van den Burg*, sentenza del 23 maggio 1990, in *Raccolta*, 1990, p. I-2143 ss.; causa C-202/94, *van der Feesten*, sentenza dell'8 febbraio 1996, in *Raccolta*, 1996, p. I-00355 ss.; causa C-5/94, *Hedley Lomas*, sentenza del 23 maggio 1996, in *Raccolta*, 1996, p. I-2553.

271 Corte di giustizia, causa 1/96, *Compassion in World Farming*, sentenza del 19 marzo 1998, in *Raccolta*, 1998, p. I-1251 ss.

Raccomandazione che veniva in rilievo nel caso di specie²⁷²), la Corte ha stabilito che l'eventuale adozione del divieto di esportazione avrebbe pregiudicato l'effetto di armonizzazione della direttiva²⁷³.

Nella sentenza *Compassion in World Farming*, la Corte, comunque, ha ritenuto astrattamente applicabile un altro motivo di deroga che veniva invocato dalle parti della causa, quello sulla tutela della moralità pubblica. In un passaggio della sentenza si legge, infatti, che l'operatività di tale motivo non era preclusa dall'esistenza della direttiva considerato che quest'ultima perseguiva esclusivamente la protezione del benessere e della salute degli animali²⁷⁴. Tale affermazione della Corte è stata interpretata dalla dottrina come un'ammissione implicita della possibilità di applicare la clausola di deroga alle misure con «effetti extraterritoriali», almeno nelle ipotesi in cui l'interesse protetto possa essere concepito come diretto simultaneamente verso *l'interno* (nel caso si tratti di una misura che coinvolga, ad esempio, l'interesse della tutela della moralità pubblica) e verso *l'esterno*²⁷⁵.

I risultati che emergono dalla giurisprudenza qui richiamata non lasciano emergere indicazioni sicure in merito alla possibilità di giustificare misure con effetti extraterritoriali nell'ambito dell'Unione europea. Tuttavia, l'approccio della Corte di giustizia appare flessibile e pragmatico, soprattutto se si considera che quest'ultima, nonostante ne abbia avuto l'occasione, non ha mai negato *in principio* l'applicabilità

272 *Ibidem*, punto 36.

273 Per tale ragione, il divieto auspicato dall'associazione animalista non sarebbe stato conforme alla direttiva nemmeno in virtù delle disposizioni di quest'ultima che consentivano agli Stati membri di applicare *standard* di trattamento più rigorosi: tali disposizioni dovevano ritenersi limitate *al territorio dello Stato membro interessato* a garantire una maggiore protezione degli animali, altrimenti risultava compromesso l'effetto di armonizzazione. Cfr. *ibidem*, punto 67.

274 Nel caso di specie, non è parso che la misura in questione afferisse *realmente* alla tutela della moralità pubblica considerato che tale motivo non veniva invocato autonomamente ma si confondeva con la giustificazione inerente alla tutela della salute degli animali. Peraltro, la Corte ha mostrato dubbi in merito al fatto che la tutela degli animali da macello in altri Stati membri interessasse l'*opinione pubblica nazionale*: cfr. *ibidem*, punto 66.

275 Cfr. ANKERSMIT, LAWRENCE, DAVIES, *Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation*, cit., p. 51, che rilevano come di tale approccio vi sia traccia in più di qualche sentenza della Corte di giustizia. V. soprattutto il caso *Alpine Investments* (Corte di giustizia, causa C-384/93, *Alpine Investments*, sentenza del 10 maggio 1995, in *Raccolta*, 1995, p. I-1141), nel quale veniva in rilievo una legge olandese che vietava la promozione di investimenti attraverso "chiamate a freddo" effettuate dall'Olanda verso altri Paesi. In relazione agli effetti restrittivi di tale misura, l'Olanda invocava finalità di interesse pubblico (ragioni imperative) quali la protezione di una buona reputazione del mercato finanziario olandese e la *tutela dei consumatori in altri Paesi*. La Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile la giustificazione prediligendo l'argomento relativo alla buona reputazione dei servizi finanziari olandesi.

della clausola di deroga in ragione degli effetti extraterritoriali cui le misure davano luogo²⁷⁶.

Alla luce di quanto emerso, si impongono alcune considerazioni. Occorre rilevare, infatti, che i problemi posti da una misura con effetti extraterritoriali sono di un certo rilievo se l'iniziativa dello Stato membro prende le mosse da obblighi internazionali su esso incombenti (che, talvolta, possono essere vincolanti anche per le istituzioni dell'Unione). Infatti, sia nell'ipotesi in cui non esistano pertinenti atti di armonizzazione, sia nell'ipotesi in cui lo Stato membro persegua un livello di tutela più elevato di quello assicurato dalla disciplina di armonizzazione (come dimostra il caso *Compassion in World Farming*), nella situazione sopra descritta vi è il rischio di incorrere in una incompatibilità tra gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione e obblighi internazionali *esterni*.

Nell'ipotesi in cui la deroga possa operare per l'assenza di atti di armonizzazione, si ritiene che, ai fini dell'interpretazione della sfera di applicazione della clausola di deroga, dovrebbe avere rilievo non un *limite di tipo territoriale* ma piuttosto l'esistenza di un *interesse* dello Stato membro rispetto alla questione oggetto di tutela. Se l'interesse dello Stato membro derivasse da obblighi internazionali di natura collettiva, non sarebbe sostenibile escludere l'operatività della deroga per l'assenza di un *interesse proprio* dello Stato²⁷⁷.

3. La prassi relativa all'invocazione delle clausole di eccezione in altri accordi di integrazione economica regionale. Il contesto del MERCOSUR

Nell'ambito di altri contesti di integrazione economica regionale non si registra una prassi cospicua relativa all'invocazione delle clausole di eccezione per giustificare misure restrittive degli scambi adottate a tutela di valori non commerciali.

276 V. ANKERSMIT, LAWRENCE, DAVIES, op. ult. cit., pp. 50-51.

277 Si notino, peraltro, le differenze tra la causa *Dassonville*, nella quale venivano in rilievo interessi di natura economica, e la causa *Kramer*, nella quale venivano in rilievo interessi legati alla tutela delle risorse marine: nella seconda causa, l'Avvocato Trabucchi supera il formalismo rispetto al limite territoriale dettato dalla precedente interpretazione, e considera la tutela del patrimonio ittico minacciato di depauperamento una finalità in merito alla quale lo Stato membro aveva il diritto di invocare l'eccezione nonostante si trattasse di applicare la deroga prevista dal Trattato a circostanze extraterritoriali.

Vi sono stati alcuni casi soprattutto nell'ambito del MERCOSUR. La prima controversia in ordine di tempo è degna di nota, invero, per il fatto che lo Stato interessato ad invocare l'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980²⁷⁸ non ha dimostrato di avere piena consapevolezza della possibilità di richiamare l'applicazione di tale clausola di eccezione al fine di giustificare la misura restrittiva che aveva dato origine alla controversia. Si tratta del caso sorto tra l'Uruguay e il Brasile, nel quale il primo Stato contestava al secondo la violazione degli obblighi di libero scambio derivanti dal Trattato di Asunción per aver adottato una normativa che vietava l'importazione di *pneumatici rigenerati*. Il Brasile sosteneva, a sua difesa, che la misura oggetto di contestazione non fosse affatto restrittiva degli scambi trattandosi anzi di un documento di carattere interpretativo adottato dal Ministero competente relativo ad una normativa, già in vigore da diverso tempo, che regolamentava le importazioni di beni *usati* e che, di per sé, sarebbe stata conforme al diritto del MERCOSUR. Pertanto, il Brasile non ha invocato la clausola di eccezione di cui all'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980. Il Tribunale arbitrale *ad hoc*²⁷⁹ ha accertato la contrarietà della misura al diritto del MERCOSUR²⁸⁰, e il Brasile ha eliminato il divieto di importazione nei confronti dei Paesi appartenenti a tale organizzazione regionale, ma lo ha mantenuto in vigore nei confronti dei Paesi terzi: in ragione di ciò, come già anticipato, l'Unione europea ha sollevato una controversia nell'ambito dell'OMC e, soltanto in tale occasione, il Brasile ha invocato l'eccezione a tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e dei vegetali di cui all'art. XX, lett. b), GATT per giustificare il divieto di importazione di pneumatici rigenerati²⁸¹.

La seconda controversia ha riguardato, ancora una volta, un divieto di importazione di pneumatici rigenerati adottato dall'Argentina. Anche in questo caso è stato l'Uruguay a contestare la conformità della misura rispetto al diritto del MERCOSUR e a richiedere l'istituzione di un Tribunale arbitrale *ad hoc* per risolvere

278 Come si è detto, il Trattato di Asunción rinvia all'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980: v. *supra*, in questa Sezione, par. 1, il passo del testo corrispondente alla nota 165.

279 Istituito ai sensi delle disposizioni sulla soluzione delle controversie nell'ambito del MERCOSUR contenute nel Protocollo di Brasilia e nel Protocollo di Ouro Preto, entrambi all'epoca in vigore.

280 Laudo n. 1/2006.

281 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.2.

la controversia. Per giustificare la misura, l'Argentina sosteneva che il divieto adottato fosse volto a tutelare l'ambiente dall'inquinamento proveniente dall'accumulo di tali beni. A difesa della propria azione, l'Argentina invocava l'art. 50 del Trattato di Montevideo (in particolare la lett. *d*) che consente misure «regarding the protection of human, animal and plant life and health»), il *principio di precauzione* quale principio generale del diritto internazionale, ed alcuni strumenti in materia di tutela dell'ambiente adottati proprio nell'ambito del MERCOSUR.

Il Tribunale arbitrale *ad hoc*, ritenendo valide le argomentazioni avanzate dall'Argentina, ha attribuito preminenza all'esigenza di tutela ambientale piuttosto che alla necessità di garantire il libero scambio di merci all'interno del mercato comune. L'Uruguay, tuttavia, ha impugnato il lodo del Tribunale arbitrale *ad hoc* dinanzi al *Tribunal Permanente de Revisión* (di seguito Tribunale permanente di revisione), nel frattempo istituito con il Protocollo di Olivos²⁸² e che in tale occasione è stato chiamato a pronunciarsi per la prima volta.

Il Tribunale permanente di revisione, rilevando alcuni errori di diritto²⁸³, ha revocato il lodo emesso in prima istanza e si è espresso in merito alla corretta interpretazione dell'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980. Richiamando ampiamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rilevante in materia, il Tribunale permanente di revisione ha stabilito i criteri logico-giuridici necessari al fine di ritenere giustificabile una determinata misura in base alla clausola di eccezione. In particolare, secondo il Tribunale permanente di revisione occorre accertare: in primo luogo, se la misura abbia effetti restrittivi sugli scambi; in secondo luogo, se la stessa sia discriminatoria nei confronti delle merci provenienti da altri Stati membri; in terzo luogo, se sussista un motivo che giustifichi l'adozione della misura;

282 Protocollo sottoscritto il 18 febbraio 2002 in occasione di una riunione straordinaria del Consiglio del mercato comune, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004. Il Tribunale permanente si pronuncia sui ricorsi presentati dalle parti in relazione alle questioni di diritto delle decisioni adottate dai tribunali arbitrali *ad hoc*.

283 Precisamente, la circostanza che la decisione del Tribunale arbitrale *ad hoc* si fondava su un generico bilanciamento tra due principi, quello della libera circolazione delle merci e quello sulla tutela dell'ambiente, senza che risultasse verificata l'applicabilità, alla luce di precisi criteri interpretativi, della clausola di eccezione di cui all'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980 alla misura rilevante nel caso concreto: cfr. *Tribunal Permanente de Revisión*, Lodo n. 1/2005, del 20 dicembre 2005, paragrafi 9 e 10.

infine, se la misura sia maggiormente restrittiva rispetto a misure alternative in grado di raggiungere lo stesso obiettivo da essa perseguito²⁸⁴.

Nel caso di specie, secondo il Tribunale permanente di revisione, il divieto di importazione di pneumatici rigenerati adottato dall'Argentina non risultava giustificabile in base ai motivi di tutela ambientale invocati da tale Stato, considerando ad esempio che «en los antecedentes parlamentarios además de la protección al medio ambiente se cita literalmente “la protección de la industria nacional proveedora de estos productos”»²⁸⁵.

Nell'ambito del MERCOSUR è emersa, inoltre, una terza controversia rilevante ai fini di questo studio, precisamente la controversia tra l'Uruguay e l'Argentina concernente la questione delle *cartiere sulla riva del fiume Uruguay* in merito alla quale, su ricorso dell'Argentina, si è pronunciata anche la Corte internazionale di giustizia nel 2010²⁸⁶. Come noto, la controversia tra i due Paesi è sorta in seguito al fatto che l'Uruguay ha autorizzato l'installazione di due industrie cartiere sulla propria riva del fiume *Uruguay* senza consultare l'Argentina, Paese con il quale condivide il corso di tale fiume. Nel giudizio dinanzi al sistema di soluzione delle controversie del MERCOSUR, l'Uruguay richiedeva al Tribunale arbitrale *ad hoc* di accertare la violazione da parte dell'Argentina del diritto del MERCOSUR per le restrizioni agli scambi tra i due Paesi derivanti dalle proteste ambientaliste contro l'installazione delle cartiere verificatesi sul territorio argentino, in prossimità del ponte sul fiume *Uruguay* (il *Puente Libertador General San Martín*), che limitavano da lungo tempo il traffico di merci e persone verso l'Uruguay. Alla luce del rilievo che assumeva nella controversia il rispetto del diritto di riunione e di libera manifestazione del pensiero, diritti sostanzialmente estranei alla disciplina del MERCOSUR, l'Argentina contestava la competenza del Tribunale *ad hoc* a pronunciarsi sulla questione. Inoltre, per giustificare nel merito il proprio comportamento, l'Argentina

284 *Ibidem*, paragrafi 14-17. Riguardo al criterio di *necessità* della misura, il Tribunale permanente di revisione ha fatto riferimento sia al *principio di proporzionalità* elaborato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sia all'interpretazione dell'Organo d'appello dell'OMC espressa nel caso *Korea – Beef* (doc. WT/DS168/AB/R, cit., par. 163).

285 *Ibidem*, par. 16. Per alcuni rilievi critici sulle due controversie in materia di restrizioni al commercio di pneumatici adottate dal Brasile e dall'Argentina per la tutela dell'ambiente v. MOROSINI, *The MERCOSUR Trade and Environment Linkage Debate: The Disputes over Trade in Retreaded Tires*, in *Journal of World Trade*, 2010, pp. 1127-1144.

286 Corte internazionale di giustizia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina c. Uruguay), sentenza del 20 aprile 2010.

richiamava la necessità di garantire l'esercizio dei diritti richiamati anzitutto alla luce della propria Costituzione oltre che di numerosi strumenti internazionali. Nessun richiamo diretto veniva operato, invece, dallo Stato resistente alla clausola di eccezione di cui all'art. 50 del Trattato di Montevideo del 1980.

Questa mancanza si deve, con tutta probabilità, al fatto che nell'elenco dei motivi di giustificazione di cui all'art. 50 del Trattato di Montevideo non sia presente la tutela dell'*ordine pubblico*: come si è visto in precedenza, tale motivo è previsto nell'art. 36 TFUE ed è stato invocato dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea in alcuni casi (in particolare, nel caso *Commissione c. Francia*²⁸⁷, e, con alcune differenze, nel caso *Commissione c. Austria*²⁸⁸) nei quali venivano in rilievo fatti molto simili a quelli della controversia tra Uruguay e Argentina. Tali casi, peraltro, erano stati richiamati dall'Argentina nel corso del procedimento arbitrale per invitare il Tribunale *ad hoc* a prendere in considerazione, come fatto dalla Corte di giustizia, il rispetto del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero quale motivo idoneo, almeno in linea di principio, a giustificare limiti al libero scambio. Il Tribunale arbitrale *ad hoc* ha respinto l'eccezione di incompetenza e ha accertato la responsabilità dell'Argentina in quanto quest'ultima aveva omesso di adottare per un lungo periodo di tempo le misure idonee a mitigare gli inconvenienti relativi agli scambi di merci e persone tra i due Paesi. Anche se nel lodo è stato minimizzato il rilievo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in ragione delle *differenti circostanze* caratterizzanti i casi di specie rilevanti, i rilievi del Tribunale *ad hoc* sono molto simili alle soluzioni adottate dalla Corte di giustizia nei casi richiamati dall'Argentina²⁸⁹.

Alla luce delle controversie esaminate – le uniche nelle quali sia venuta in rilievo la tutela di valori non commerciali nell'ambito del MERCOSUR – è un dato di fatto che la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia rilevante in materia costituisce un modello interpretativo richiamato tanto dagli Stati che dagli organi

287 V. *supra*, in questa Sezione, il testo corrispondente alla nota 202.

288 V. *supra*, in questa Sezione, il testo corrispondente alla nota 237.

289 Il lodo arbitrale non è stato oggetto di ricorso dinanzi al Tribunale permanente di revisione. Per un esame dettagliato della controversia v. PISCITELLO, ANDRÉS, *The Conflict Between Argentina and Uruguay Concerning the Installation and Commissioning of Pulp Mills Before the International Court of Justice and MERCOSUR*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, p. 159 ss.

giurisdizionali. È quindi ipotizzabile che, qualora si sviluppi in altri contesti regionali una giurisprudenza relativa all'applicazione delle clausole di eccezione sopra esaminate, questa segua il modello europeo, soprattutto laddove si tratti di contesti caratterizzati da processi di integrazione economica simili a quelli dell'Unione europea²⁹⁰.

290 Questa tendenza, peraltro, è già riscontrabile *in linea generale* nella giurisprudenza degli organi di soluzione delle controversie istituiti nell'ambito di organizzazioni economiche regionali. In tal senso v. TINO, *Settlement of Disputes by International Courts and Tribunals of Regional International Organizations*, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, Virzo, Ingravallo (a cura di), Leiden, 2015, p. 468 ss., p. 500 ss., che rileva come «[the] attitudes of regional judges outside Europe to take guidance from the ECJ and to “borrow” its main principles and jurisprudential solutions is going to be systematic and [...] doesn't depend on the legal nature of the organizations where courts operate» (p. 504).

CAPITOLO II

OBBLIGHI DI ARMONIZZAZIONE E TUTELA DEI VALORI NON COMMERCIALI

SOMMARIO: SEZIONE I. GLI ACCORDI OMC RELATIVI AGLI OSTACOLI TECNICI 1. Introduzione. 2. La disciplina dell'Accordo TBT sui regolamenti tecnici. 2.1. L'applicazione dell'Accordo TBT alle misure sui processi e metodi di produzione (*Processes and Production Methods*, PPMs). 2.2. La nozione di standard internazionali rilevante ai fini dell'Accordo TBT. 2.3. Gli obiettivi legittimi delle regolamentazioni tecniche dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. La prassi rilevante. 3. La disciplina dell'Accordo SPS. 3.1. L'interpretazione degli obblighi in materia di fondamento scientifico delle misure SPS: la rilevanza del principio di precauzione. 3.2. Misure restrittive a tutela della biodiversità e ambito di applicazione dell'Accordo SPS. **SEZIONE II. LA RIDUZIONE DEGLI OSTACOLI TECNICI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE** 1. La diffusione di obblighi di armonizzazione c.d. *WTO-plus* negli accordi istitutivi di zone di libero scambio. 2. L'eliminazione o la riduzione degli ostacoli tecnici nell'ambito degli accordi che istituiscono forme di integrazione economica particolarmente avanzata. 2.1. L'integrazione positiva nell'Unione europea: l'art. 114 TFUE. 2.2. *Segue*: l'esempio del regolamento (CE) 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalle foche. I riflessi nel sistema OMC del ricorso per l'annullamento del regolamento. 2.3. Le deroghe alle misure di ravvicinamento adottate in base all'art. 114 TFUE. 2.4. *Segue*: l'invocazione delle deroghe nella prassi relativa al commercio di OGM. 3. Il crescente rilievo della protezione di interessi non economici quale finalità delle organizzazioni regionali di integrazione economica. L'Unione europea ed altre esperienze: *cenni*

SEZIONE I. GLI ACCORDI OMC RELATIVI AGLI OSTACOLI TECNICI

1. Introduzione

Nell'esame della tutela degli interessi non economici nella disciplina dell'OMC, vengono in rilievo gli accordi adottati al fine di ridurre gli ostacoli agli scambi che derivano da misure non tariffarie, in particolare dalle normative che disciplinano molteplici aspetti della vendita e del commercio dei beni, come ad esempio le caratteristiche qualitative o funzionali delle merci, proprio al fine di tutelare interessi di tipo non economico, come la salute o l'ambiente¹. In materia rilevano due accordi allegati all'Accordo istitutivo dell'OMC: l'*Agreement on Technical Barriers to Trade*

¹La mera esistenza di queste normative rappresenta un ostacolo agli scambi internazionali di beni, se si considera che la difformità delle normative previste nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati implica la necessità di conformare la produzione delle merci alle caratteristiche stabilite per l'accesso ai mercati nazionali: ciò può rappresentare un onere gravoso per gli operatori economici interessati all'importazione in più Paesi. Tali normative possono avere un impatto restrittivo sul commercio internazionale anche in ragione della loro complessità.

(*Agreement on TBT*, di seguito Accordo TBT), e l'*Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (Agreement on SPS*, di seguito definito Accordo SPS)². A differenza del GATT, che persegue l'obiettivo di liberalizzare gli scambi internazionali principalmente attraverso la previsione di *divieti*, gli accordi in materia di ostacoli tecnici attribuiscono una certa rilevanza ad obblighi di *integrazione positiva*. La disciplina contenuta nei due accordi si caratterizza, infatti, per la previsione di *obblighi di armonizzazione*. Com'è stato rilevato, dai due accordi in questione emerge l'idea «di una nuova filosofia degli scambi internazionali, fondata sull'obiettivo della creazione di un vero e proprio mercato globale»³.

Nei paragrafi seguenti si esporrà il contenuto dell'Accordo TBT e dell'Accordo SPS alla luce della prassi rilevante. È opportuno sottolineare fin da ora che, per quanto riguarda il tema oggetto di questo lavoro, i due accordi realizzano, rispetto al GATT, un diverso *modello di tutela* degli interessi non economici: in tali accordi, infatti, le misure in materia di valori non commerciali non trovano giustificazione in *clausole di eccezione*, ma possono essere mantenute in vigore dagli Stati membri soltanto *se compatibili agli obblighi sostanziali* previsti dall'accordo di volta in volta rilevante.

Dal momento che l'Accordo TBT e l'Accordo SPS prevedono obblighi *ulteriori* rispetto a quelli del GATT, è particolarmente rilevante comprendere quale sia l'accordo applicabile ad una determinata misura. Pertanto, ci si soffermerà su alcuni problemi interpretativi che attengono alla definizione dell'ambito di applicazione dell'Accordo TBT e dell'Accordo SPS, nonché sul rapporto tra questi ultimi e il GATT.

² Il GATT 1947 si occupava solo in modo inadeguato di ridurre gli ostacoli agli scambi rappresentati dalle normative tecniche. Nel corso del *Tokyo Round* venne adottato un accordo, il Codice sugli ostacoli tecnici, noto come *Standard Code*, la cui rilevanza rimase però limitata, in quanto venne ratificato solo da pochi Stati membri. Con la conclusione dei due accordi sopra citati nell'ambito dell'*Uruguay Round*, la disciplina sugli ostacoli tecnici divenne vincolante per tutti gli Stati membri che aderirono, o avrebbero in futuro aderito, all'OMC.

³ RUOZZI, *La disciplina delle misure non tariffarie*, in Venturini (a cura di), *L'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 98.

2. La disciplina dell'Accordo TBT sui regolamenti tecnici

L'Accordo TBT si applica alle prescrizioni tecniche derivanti da due tipologie di fonti normative, i regolamenti tecnici e gli *standard*, che riguardino qualsiasi prodotto, inclusi quelli industriali ed agricoli⁴. Il Preambolo dell'Accordo TBT indica la volontà degli Stati membri di garantire che le normative tecniche non costituiscano inutili («unnecessary») ostacoli al commercio internazionale, tuttavia senza impedire l'adozione di misure «necessary to ensure the quality of its exports, or for the protection of human, animal or plant life or health, of the environment, or for the prevention of deceptive practices, at the levels it considers appropriate»⁵.

Per quanto riguarda i regolamenti tecnici, questi sono definiti come i documenti di carattere vincolante «which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions»⁶. Tali documenti possono riferirsi a o riguardare in modo esclusivo aspetti quali «terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method»⁷.

L'art. 2 dell'Accordo prevede una serie di obblighi che gli Stati membri devono rispettare nella preparazione, adozione ed applicazione di tali documenti di carattere vincolante. L'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT riafferma gli obblighi di non discriminazione già contenuti nel GATT, prevedendo che attraverso le regolamentazioni tecniche non debba essere concesso un *trattamento meno favorevole* ai prodotti importati rispetto ai prodotti similari nazionali o provenienti da altri Paesi. L'Organo d'appello ha precisato che l'obbligo riguarda sia le discriminazioni *de jure*

4 Accordo TBT, Art. 1. L'art. 1, par. 5, specifica che l'Accordo non si applica alle misure sanitarie e fitosanitarie, disciplinate invece dall'Accordo SPS.

5 *Considerando* n. 6 del Preambolo dell'Accordo TBT.

6 Art. 1, par. 1, dell'Allegato 1 all'Accordo TBT. Nella prassi seguita dagli organi di soluzione delle controversie per determinare se una specifica misura sia una regolamentazione tecnica ci si riferisce all'esistenza delle seguenti condizioni: *a*) normativa di carattere vincolante, *b*) normativa riferita ad una categoria di prodotti individuabili, *c*) normativa che prescriva le caratteristiche dei prodotti o i metodi e i processi di produzione ad essi relativi. Cfr. *EC – Asbestos*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., paragrafi 67-70. In particolare, «the term *mandatory* express the single characteristic that defines the key conceptual distinction between technical regulation and standards, playing a central role in preserving the balance between the different sub-regimes coexisting within the Agreement»: *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS381/R del 15 settembre 2011, par. 7.111.

7 Art. 1, par. 1, dell'Allegato 1 all'Accordo TBT.

che quelle *de facto*⁸. Tuttavia, non sussiste una violazione dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT quando la normativa in questione alteri le condizioni di concorrenza a sfavore delle merci importate, ma tali effetti negativi derivino *esclusivamente da una distinzione operata per perseguire un fine legittimo*⁹. Tale interpretazione dell'art. 2, par. 1, è particolarmente rilevante in quanto, a differenza del GATT, nell'Accordo TBT non vi sono clausole di eccezione che consentono di giustificare misure discriminatorie adottate per la protezione di valori non economici¹⁰. Per valutare la conformità a quest'obbligo, nella prassi applicativa della disposizione si è affermato il ricorso a criteri di *imparzialità* della misura, criteri ripresi in larga parte dalla giurisprudenza relativa allo *chapeau* dell'art. XX GATT¹¹. L'onere di provare che la misura non sia stata concepita o applicata in modo imparziale è a carico dello Stato

8 L'Organo d'appello ha precisato che tanto la *similarità* tra i gruppi di merci quanto l'esistenza di un *trattamento meno favorevole* riservato alle merci importate sono elementi da accertare secondo i consueti criteri elaborati nelle controversie sorte nell'ambito del GATT.

9 Cfr. *US – Clove Cigarettes*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS406/AB/R del 4 aprile 2012, paragrafi 180-182. L'Organo d'appello ha operato questa interpretazione alla luce del *contesto* nel quale è inserita la disposizione di cui all'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT. Secondo l'Organo d'appello, il Preambolo e diverse disposizioni dell'Accordo richiamano il diritto degli Stati di adottare normative tecniche per *obiettivi legittimi di tutela*: tali normative operano per loro stessa natura delle distinzioni tra i prodotti sulla base delle caratteristiche o dei processi e metodi di produzione ad essi relativi. Pertanto, il *panel*, quando riscontri che la normativa è causa di un *detrimental impact* sui prodotti simili importati, prima di accertare la violazione dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo è tenuto a verificare oltremodo se l'impatto negativo derivi esclusivamente da una distinzione operata per un *fine legittimo* (quindi se vi sia una *legitimate regulatory distinction*).

10 Per espresso riconoscimento dell'Organo d'appello: «the balance set out in the preamble of the TBT Agreement between, on the one hand, the desire to avoid creating unnecessary obstacles to international trade and, on the other hand, the recognition of Members' right to regulate, is not, in principle, different from the balance set out in the GATT 1994, where obligations such as national treatment in Article III are qualified by the general exceptions provision of Article XX» (*US – Clove Cigarettes*, cit., par. 96). Secondo alcuni autori, quest'interpretazione dell'obbligo di non discriminazione dovrebbe trovare spazio anche rispetto all'art. III del GATT. Cfr. ad es. PAUWELYN, *Questions on Impact of Cloves on GATT National Treatment, International Economic Law and Policy Blog*, post del 6 aprile 2012, reperibile all'indirizzo www.worldtradelaw.typepad.com, che osserva: «if the vague preamble of TBT justifies [deference to regulatory power], then why not the explicit GATT Art. XX exception? One could argue that it is exactly because of GATT XX that we do not need the deferential approach under GATT Art. III itself. But this risks ending up with *more* deference in the agreement *without exception* [i.e. the TBT Agreement] than the deference offered in the agreement *with an exception* [i.e. the GATT]». Secondo l'autore, peraltro, è vero che se si consentisse ad uno Stato di giustificare discriminazioni *de facto* attraverso l'accoglimento di «*legitimate purposes*» nell'ambito dell'art. III GATT si renderebbe inoperativo l'art. XX GATT in riferimento a tale disposizione, ma è pur vero che l'art. XX GATT «was most probably never written with these violations in mind and would remain useful to justify many other GATT violations (in particular *de jure* violations of Art. III, and Art. XI)» (*ibidem*).

11 «The approach allows the Appellate Body to make sense of the fact that no GATT Article XX defence exists under the TBT Agreement and, in particular, under the non-discrimination provisions of Article 2.1»: cfr. MARCEAU, *The New TBT Jurisprudence in US – Clove Cigarettes, WTO US – Tuna II, and US – COOL*, in *Asian Journal of WTO & Int. Health Policy*, 2013, p. 3 ss., p. 12.

che reclama la violazione dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo; nel caso in cui venga dimostrato *prima facie* il carattere imparziale della misura, lo Stato resistente può sempre provare che l'imparzialità è dovuta esclusivamente ad una distinzione operata per un fine legittimo¹².

L'art. 2, par. 2, dell'Accordo prevede che le regolamentazioni tecniche non debbano essere *più restrittive di quanto sia necessario* a perseguire un obiettivo legittimo¹³. La disposizione contiene un elenco non esaustivo di obiettivi, tra i quali sono menzionati la sicurezza nazionale, la prevenzione di pratiche ingannevoli, la protezione della salute o della sicurezza umana, animale o vegetale, la protezione dell'ambiente¹⁴. Secondo l'Organo d'appello spetta al *panel* stabilire quale obiettivo persegue realmente la misura¹⁵. Anche se il *panel* non è tenuto a seguire la caratterizzazione dell'obiettivo così come presentata dallo Stato membro, esso non può non tenere conto dell'impostazione seguita dallo Stato membro nell'indicazione delle finalità che la regolamentazione tecnica oggetto della controversia persegue¹⁶. Il requisito di necessità previsto dall'art. 2, par. 2, dell'Accordo è stato interpretato in modo molto simile a quello di cui all'art. XX, lett. a), b) e d) del GATT¹⁷. Il *panel* deve procedere ad una «analisi relazionale» che comprende diversi elementi, in particolare la valutazione del carattere restrittivo della misura, il contributo che essa apporta alla realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito, dei rischi che deriverebbero da una mancata realizzazione dell'obiettivo¹⁸. Se lo Stato ricorrente

12 *US - Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, WT/D381/AB/R, cit., par. 215.

13 Per comprendere l'incisività di questa particolare previsione, è opportuno sottolineare che le normative interne devono risultare non più restrittive di quanto sia necessario a perseguire un obiettivo legittimo *anche quando siano ritenute conformi rispetto all'art. 2, par. 1, dell'Accordo*, cioè non discriminatorie nei confronti delle merci importate.

14 Secondo l'Organo d'appello il termine «*inter alia*» suggerisce che la previsione non intende stabilire un elenco chiuso di obiettivi legittimi, ma semplicemente elenca degli esempi di obiettivi che possono essere considerati legittimi.

15 *US - Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 314.

16 *US - COOL*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 371.

17 *V. supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 3.

18 *US - Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., paragrafi 319-321. È lo stesso art. 2, par. 2, dell'Accordo che specifica di tenere in considerazione il rischio che deriverebbe dalla mancata realizzazione dell'obiettivo: «Members shall ensure that [...] technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, *taking account of the risks non-fulfilment would create*. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products». Secondo l'Organo d'appello «the obligation to consider “the risks non-fulfilment would create” suggests that the comparison of the challenged measure with a possible alternative measure should be made in the light of the *nature of the risks at issue* and the *gravity of the consequences that would arise from non-fulfilment* of the legitimate objective. This suggests a further element of weighing

indica la presenza di misure alternative meno restrittive del commercio internazionale, il *panel* è chiamato a valutare se queste siano ragionevolmente disponibili e se contribuirebbero a raggiungere lo stesso livello di tutela perseguito dalla regolamentazione oggetto della controversia¹⁹.

Sono previsti, inoltre, obblighi che garantiscono l'armonizzazione delle normative tecniche adottate dagli Stati membri. In particolare, l'art. 2, par. 4, prevede che i regolamenti tecnici debbano essere adottati *sulla base di standard internazionali*, qualora questi esistano. Tuttavia, gli Stati membri possono non tenere conto di tali *standard* allorquando li ritengano inadeguati o inefficaci per la realizzazione degli obiettivi di tutela che intendono perseguire²⁰. Tale disposizione va letta congiuntamente all'art. 2, par. 5, che assicura alle regolamentazioni tecniche adottate sulla base di *standard internazionali* la presunzione di conformità al requisito di necessità di cui all'art. 2, par. 2. Pertanto, se la regolamentazione oggetto della controversia viene ritenuta conforme all'obbligo previsto dall'art. 2, par. 4, essa è *prima facie* compatibile anche con l'art. 2, par. 2, dello stesso Accordo, e viceversa²¹. Quando le regolamentazioni tecniche non vengono adottate sulla base di *standard internazionali*, poiché non esistenti o eventualmente ritenuti non sufficienti ad assicurare il livello di tutela determinato, sugli Stati membri incombono doveri di trasparenza: questi sono tenuti, infatti, a rendere noto agli altri Membri con un preavviso sufficiente il progetto di regolamento e i prodotti ai quali si applica²². Tutte le regolamentazioni tecniche adottate devono essere tempestivamente pubblicate e deve essere previsto un ragionevole intervallo di tempo tra la pubblicazione e la loro entrata in vigore²³. Sono previsti, inoltre, doveri di informazione²⁴ e di assistenza

and balancing in the determination of whether the trade-restrictiveness of a technical regulation is “necessary” or, alternatively, whether a possible alternative measure, which is less trade restrictive, would make an equivalent contribution to the relevant legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create, and would be reasonably available»: *ibidem*, par. 321.

¹⁹ *Ibidem*, par. 322.

²⁰ Accordo TBT, Art. 2, par. 4.

²¹ *Ibidem*, art. 2, par. 5: «Whenever a technical regulation is prepared, adopted or applied for one of the legitimate objectives explicitly mentioned in paragraph 2, and is in accordance with relevant international standards, it shall be rebuttably presumed not to create an unnecessary obstacle to international trade».

²² *Ibidem*, art. 2, par. 9.

²³ *Ibidem*, art. 2, paragrafi 11 e 12.

²⁴ *Ibidem*, art. 10.

tecnica agli altri Stati membri, qualora questa venga richiesta, con la previsione di un trattamento speciale e differenziato nei confronti dei Paesi in via di sviluppo²⁵.

Infine, l'Accordo TBT contiene obblighi anche per quanto riguarda l'elaborazione, l'adozione e l'applicazione di *standard tecnici* non vincolanti da parte di privati o enti pubblici²⁶, nonché di *procedure di valutazione di conformità* ai regolamenti tecnici e agli *standard*²⁷. Questi obblighi sono ispirati agli stessi principi che caratterizzano la disciplina sopra descritta relativa ai regolamenti tecnici²⁸.

Gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC hanno specificato che l'Accordo TBT si applica *cumulativamente* al GATT²⁹.

2.1. L'applicazione dell'Accordo TBT alle misure sui processi e metodi di produzione (Processes and Production Methods, PPMs)

Per espressa previsione, la disciplina sulle regolamentazioni tecniche prevista dall'Accordo TBT si applica anche alle normative tecniche sui metodi e processi produttivi (*Processes and Production Methods, PPMs*)³⁰. Si pone, tuttavia, il problema di comprendere se l'Accordo TBT sia applicabile alle misure che fissano requisiti relativi a c.d. *non-product-related PPMs*³¹.

²⁵ *Ibidem*, art. 11. Gli Stati membri sono tenuti a prendere in considerazione le esigenze dei Paesi in via di sviluppo in termini commerciali, finanziari e di sviluppo nel corso della preparazione e applicazione delle regolamentazioni tecniche (art. 11, par. 5).

²⁶ *Ibidem*, art. 4.

²⁷ *Ibidem*, articoli 5-9.

²⁸ PICONE, LIGUSTRO, *Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 205.

²⁹ Dalla giurisprudenza emerge che non è necessario indagare sulla compatibilità al GATT di una misura trovata già *incompatibile* con l'Accordo TBT, mentre la compatibilità di una certa misura con il GATT non può essere presunta sulla base del fatto che la stessa sia stata trovata *compatibile* con l'Accordo TBT. Ciò che non è chiaro, comunque, è se una misura considerata compatibile con l'Accordo TBT possa essere effettivamente considerata incompatibile con il GATT in quanto non giustificabile in base all'art. XX. Cfr. MARCEAU, *The New TBT Jurisprudence in US – Clove Cigarettes, WTO US – Tuna II, and US – COOL*, cit., p. 53.

³⁰ Si è visto che in base all'art. 1 dell'Allegato 1 all'Accordo TBT un regolamento tecnico è definito come un documento che stabilisce «product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production methods».

³¹ In altre parti di questo lavoro si è già indicata la distinzione, ormai abituale nella prassi dell'OMC e in dottrina, tra i PPMs che lasciano una traccia nel prodotto finale, e i PPMs che riguardano aspetti o circostanze che non si riverberano sulle caratteristiche fisiche dei prodotti stessi, indicati anche come *non-physical aspects* (NPA). La differenza tra le due tipologie è riassunta in termini di product-related PPMs e non product-related PPMs. Si ricorda che quando i processi produttivi lasciano una

L'opinione prevalente in dottrina nega la riconducibilità delle misure sui *non-product-related PPMs* all'Accordo TBT in base all'interpretazione testuale della definizione di «regolamento tecnico» contenuta nell'art. 1 dell'Allegato 1 all'Accordo TBT, che – come si è visto – precisa che un regolamento tecnico è un documento vincolante che stabilisce «product characteristics and *their related* process and product methods»³². Secondo l'opinione prevalente, l'interpretazione letterale è rafforzata dagli elementi che emergono dai lavori preparatori, in particolare dal fatto che la locuzione «*their related*» sarebbe stata introdotta nel testo proprio per escludere queste misure dall'ambito di applicazione dell'Accordo³³.

La correttezza della soluzione interpretativa appena indicata è, però, dubbia. Infatti, la definizione di «regolamento tecnico» sopra richiamata non è sufficientemente chiara, poiché il termine «related» può essere interpretato in un'accezione ampia, che consenta di ricondurre anche le misure sui *non-product-related PPMs* alla disciplina dell'Accordo TBT³⁴. Inoltre, occorrerebbe ridimensionare il valore interpretativo dei lavori preparatori in ragione del contesto nel quale venne adottata la definizione di PPMs di cui all'art. 1 dell'Allegato 1 all'Accordo TBT: nel corso dell'*Uruguay Round* tale definizione venne negoziata sulla base della convinzione che le misure relative a *non-product-related PPMs* fossero contrarie agli obblighi materiali del GATT 1947 nonché ingiustificabili in base all'art. XX dello

traccia nel prodotto, essi sono presi in considerazione nella regolamentazione per fissare requisiti di *qualità* o *sicurezza* delle merci stesse. Nell'altro caso, invece, essi sono presi in considerazione in ragione di circostanze della produzione che riguardano, ad esempio, la tutela di risorse naturali o di animali, dell'ambiente in senso lato, dei lavoratori, o di altri aspetti di carattere etico e sociale. Vi è quindi una diversa dimensione territoriale della regolamentazione: nel primo caso, lo Stato si pone obiettivi di tutela, come la salute dei consumatori, rivolti verso il *proprio territorio*; nel secondo caso, gli obiettivi di tutela sono rivolti verso l'*esterno*.

32 V. *supra* il passo del testo corrispondente alla nota 6.

33 In proposito si rinvia a KOEBELE, *Article I and Annex I TBT*, in *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, Wolfrum, Stoll, Seibert-Fohr (a cura di), Heidelberg, 2007, pp. 178-209, pp. 196 ss; PICONE, LIGUSTRO, *Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 201.

34 «In a first reading, 'related' could be understood to presuppose a physical connection [...]. In a second, wider understanding, this term could be construed as referring also to a non-physical relation in which a given PPM leaves no physical traces in these products»: VRANES, *Trade and Environment*, cit., p. 338. Si noti, peraltro, che la locuzione *their related* non compare nella seconda frase della definizione di «regolamento tecnico». Sulla base di questa differenza testuale tra la prima e la seconda frase, alcuni Autori ritengono che l'Accordo TBT sarebbe applicabile soltanto alle misure di etichettatura che riguardano l'indicazione di informazioni sui *non-product-related PPMs* (definite *market-based instruments*), ma non a quelle che condizionano la commercializzazione o l'importazione dei prodotti al rispetto di determinati requisiti *non-product-related* nel corso della lavorazione o produzione (che adottano un *command and control approach*): cfr. CONRAD, *Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law*, cit., pp. 377-381.

stesso Accordo³⁵; alcuni Stati, quindi, intendevano lasciare le misure sui *non-product-related* PPMs del tutto estranee all'ambito di applicazione dell'Accordo TBT per evitare qualsiasi forma di legittimazione di queste particolari misure rispetto alla disciplina multilaterale dell'OMC³⁶. Una volta superata la convinzione circa l'illegittimità delle misure sui *non-product-related* PPMs rispetto alla disciplina del GATT, il contesto è mutato considerevolmente. Infatti, se le misure sui *non-product-related* PPMs fossero ritenute estranee all'Accordo TBT si avrebbe un risultato paradossale: le tanto avversate misure sui *non-product-related* PPMs, anziché essere valutate sulla base della disciplina «più severa» prevista dall'Accordo TBT, «would benefit from being scrutinized under GATT disciplines only»³⁷. In definitiva, alla luce del contesto, dello scopo e dell'oggetto dell'Accordo TBT è preferibile un'interpretazione del termine «related» che arrivi a ricomprendere le misure che stabiliscono requisiti sui *non-product-related* PPMs³⁸.

Nella prassi applicativa dell'Accordo TBT si registrano alcuni sviluppi che confermano l'interpretazione appena indicata. Infatti, nell'ambito del Comitato TBT da tempo è stata adottata una decisione che ha stabilito l'obbligo di notificare l'introduzione delle misure di etichettatura concernenti i processi produttivi *non-*

35 V. le osservazioni di KOEBELE, *Article I and Annex I TBT*, cit., p. 196 ss.; VRANES, *Trade and Environment*, op. cit., pp. 339-340. Come si ricorderà, nel contesto del GATT 1947 tale convinzione si fondava sui due rapporti relativi al caso *US – Tuna/Dolphin*, che avevano stabilito che le misure statunitensi che regolamentavano l'accesso al mercato dei prodotti di tonno sulla base dei metodi di pesca seguiti per la salvaguardia dei delfini fossero contrarie agli obblighi sostanziali del GATT 1947 e ingiustificabili in base all'art. XX dello stesso Accordo. La prassi successiva degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC dimostra, però, che le misure sui *non-product-related* PPM non sono *per sé* illegittime rispetto alla disciplina del GATT: su tutti v. CHARNOVITZ, *The Law of Environmental “PPMs” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality*, in *Yale Journal of Int. Law*, 2002, p. 59 ss., pp. 83-101.

36 KOEBELE, op. ult. cit., p. 198, che nota peraltro: «At the time of the Uruguay Round the phenomenon of [non-product-related PPMs] was still relatively limited [...]. Given the widespread use of PPMs in many developed countries, they should be addressed and regulated instead of being merely rhetorically condemned».

37 VRANES, *Trade and Environment*, cit., p. 340. Si ricorda che, rispetto al GATT, l'Accordo TBT prevede obblighi aggiuntivi, più appropriati a diminuire l'impatto restrittivo degli scambi che deriva dall'adozione di queste particolari misure. Si pensi, ad esempio, al requisito di *necessità* di cui all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, che va rispettato indipendentemente dal trattamento riservato alle merci importate, al contrario di quanto avviene nel contesto del GATT, dove lo Stato resistente è chiamato a giustificare *ex art. XX* la *necessità* di una misura volta alla tutela di interessi non economici solo quando la stessa sia contraria agli obblighi di non discriminazione o al divieto di restrizioni quantitative al commercio internazionale.

38 KOEBELE, op. ult. cit., *ibidem*; VRANES, op. ult. cit., *ibidem*. *Contra* v. CONRAD, *Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law*, cit., p. 381, che insiste per un'interpretazione testuale della definizione: «there is no paramount reason for an interpretation contrary to the wording of the TBT Agreement as it stands in order to include technical norms for unincorporated PPMs its scope».

*product-related*³⁹. Inoltre, gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC hanno implicitamente confermato l'applicabilità della disciplina dell'Accordo TBT alle normative sul *labelling* che prevedono l'indicazione di informazioni sui metodi e processi di produzione del tipo *non-product-related*. Infatti, nel caso *US – Tuna II (Mexico)* è stata valutata la compatibilità alla disciplina dell'Accordo TBT di un sistema di etichettatura volto a comunicare informazioni sulle modalità di pesca del tonno idonee a salvaguardare i delfini, generalmente ritenuti PPMs del tipo *non-product-related*, senza che il contenuto informativo dell'etichetta abbia avuto rilievo ai fini dell'applicabilità dell'Accordo⁴⁰.

A differenza delle misure di *labelling*, per le misure che condizionano la commercializzazione o l'importazione dei prodotti al rispetto di requisiti *non-product-related* nel corso della lavorazione o produzione, non si registrano significative evoluzioni della prassi. Infatti, seppure ve ne sia stata occasione, gli organi dell'OMC hanno evitato di pronunciarsi in merito all'applicabilità dell'Accordo TBT a misure apparentemente di questo tipo⁴¹. Comunque, l'Organo d'appello ha fornito delle

39 Cfr. G/TBT/1/Rev. 7, Section III, Notification Procedures. In proposito la dottrina ha da tempo osservato come la prassi dimostri un'applicazione *de facto* dell'Accordo TBT agli schemi di etichettatura sui processi di produzione non collegati al prodotto: cfr. BARONCINI, *Il diritto di informazione del consumatore nel GATT 1994 e nell'Accordo TBT: l'approccio dell'Unione europea*, in *Le nuove sfide dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Venturini, Coscia, Vellano (a cura di), Milano, 2005, p. 287 ss., in particolare p. 310.

40 *US – Tuna II*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS381/R del 15 settembre 2011, par. 7.79. Il rapporto dell'Organo d'appello non ha apportato modifiche rispetto a quanto emerso al riguardo nel primo grado della procedura contenziosa. Per un commento positivo v. ANKERSMITH, LAWRENCE, *The Future of Environmental Labelling: US – Tuna II and the Scope of the TBT*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, pp. 127-147; BARONCINI, *Il sistema di etichettatura «Dolphin-Safe» e l'Organo d'appello dell'OMC: la corretta informazione del consumatore e la salute e il benessere degli animali al vaglio del sistema multilaterale degli scambi*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2014, pp. 109 ss., che apprezzano il fatto che il sistema di etichettatura oggetto della controversia sia stato considerato, in linea di principio, compatibile con la disciplina dell'Accordo TBT.

41 Nel caso *EC – Seal Products*, il *panel* aveva ritenuto applicabile l'Accordo TBT alla normativa UE concernente il divieto di commercializzazione e di importazione dei prodotti derivati dall'uccisione delle foche ad eccezione di quelli provenienti dalla caccia praticata dagli Inuit o da altre comunità indigene. La misura dell'Unione europea, in pratica, regolamentava il commercio dei prodotti derivati dalle foche in funzione dell'identità dei produttori, elemento generalmente considerato dalla dottrina come riguardante *non-product-related* PPMs. Il *panel*, invece, aveva ritenuto che stabilisse le *caratteristiche dei prodotti derivati dalle foche*. L'Organo d'appello non ha confermato questo rilievo del *panel* («As we see it, when the prohibitive aspects of the EU Seal Regime are considered in the light of the [Inuit] exceptions, it becomes apparent that the measure is not concerned with banning the placing on the EU market of seal *products as such*. Instead, it establishes the conditions for placing seal products on the EU market based on criteria relating to the identity of the hunter or the type or purpose of the hunt from which the product is derived. We view this as the main feature of the measure. That being so, we do not consider that the measure as a whole lays down product characteristics»: *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.58, corsivo aggiunto). Lo stesso collegio, però, non ha completato l'analisi per verificare la possibilità che la misura UE fosse un regolamento tecnico

indicazioni di carattere generale sul significato della nozione di PPMs contenuta nell'Accordo TBT che sembrano andare nella direzione dell'attribuzione di un significato ampio al termine «related». Infatti, nel rapporto sul caso *EC – Seal* è stato affermato che «a ‘related’ PPM is one that is ‘connected’ or ‘has a relation’ to the characteristics of a product»: quindi, per stabilire se una misura fissi «product related PPMs», occorre verificare «whether the processes and production methods prescribed by the measure have a *sufficient nexus to the characteristics* of a product in order to be considered related to those characteristics»⁴². Come rilevato in dottrina, quest'interpretazione dovrebbe condurre a ripensare, o addirittura superare, la distinzione abituale tra *non-product-related* e *product-related* PPMs⁴³. Peraltro, nelle controversie future andrebbe evitata un'interpretazione restrittiva del «sufficient nexus» per impedire il verificarsi di una conseguenza irragionevole, come sarebbe quella di ritenere applicabile la più stringente disciplina prevista dall'Accordo TBT alle misure sui *non-product-related* PPMs che regolamentano il *labelling* dei prodotti, lasciando, invece, fuori dall'ambito di applicazione di quest'Accordo misure *più restrittive* degli scambi commerciali, ossia quelle che condizionano la commercializzazione o l'importazione dei prodotti al rispetto di requisiti sulla produzione o lavorazione *non-product-related*⁴⁴.

stabilente le *caratteristiche di «related» PPMs*. La scelta di non completare l'analisi è stata motivata sulla base di circostanze della procedura di primo grado: l'esame del *panel* non aveva riguardato quest'aspetto, né tantomeno vi era stato un confronto approfondito tra le parti in merito. Peraltro, l'Organo d'appello ha sottolineato che «the line between PPMs that fall, and those that do not fall, within the scope of the TBT Agreement raises important systemic issues» (*ibidem*, par. 5. 69). L'Organo d'appello ha proseguito, quindi, l'esame del ricorso esclusivamente rispetto ai reclami concernenti la violazione degli obblighi del GATT.

⁴² *EC – Seal Products*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.12.

⁴³ Se la nozione di processi produttivi *relativi* ai prodotti riguarda quelli che hanno un *nesso sufficiente* con le caratteristiche dei prodotti stessi, in tale nozione dovrebbero rientrare anche i PPMs che non lasciano traccia nel prodotto stesso: cfr. MARCEAU, *A Comment on the Appellate Body Report in EC – Seal Products in the Context of the Trade and Environment Debate*, in *Review of European Community & Int. Environmental Law*, 2014, p. 318 ss., pp. 325-328.

⁴⁴ Così MARÍN DURÁN, *Non-Tariff Barriers and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade: The Case of PPM-Based Measures Following US – Tuna II and EC – Seal Products*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, 2015, p. 87 ss., p. 103 ss. Anche quest'autore ritiene necessaria un'interpretazione teleologica e contestuale della nozione di PPMs contenuta nell'Accordo TBT. L'Autore rileva, peraltro, che l'Accordo TBT ha un «considerable potential vis-à-vis the GATT in addressing some of the challenges raised with regard to non-product-related-PPM-based regulation, including through an independent necessity requirement, an additional harmonisation requirement and enhanced transparency obligations» (p. 134).

2.2. La nozione di «standard internazionali» rilevante ai fini dell'Accordo TBT

Per quanto rileva ai fini di questo studio, è opportuno soffermarsi sulla nozione di *standard internazionale* ai sensi dell'art. 2, paragrafi 4 e 5, dell'Accordo TBT. In base a quanto stabilito nell'Accordo, uno *standard internazionale* è un documento non vincolante che fornisce linee guida e caratteristiche per i prodotti e i relativi processi di produzione, sviluppato da un ente *riconosciuto*, precisamente un ente o un sistema internazionale «whose membership is open to the relevant bodies of at least all Members»⁴⁵. L'ente deve svolgere «attività di standardizzazione», ma ciò non implica che esso sia o sia stato «involved in the development of *more than one standard*»⁴⁶. Piuttosto, l'ente deve caratterizzarsi per la presenza di alcuni elementi affinché possa essere considerato «internazionale» e «riconosciuto», quindi rilevante ai fini dell'Accordo TBT. In particolare, secondo l'Organo d'appello, affinché un organo di standardizzazione possa essere considerato «internazionale» ai sensi dell'Accordo TBT, non è sufficiente che tale organo sia semplicemente aperto *all'adesione* di altri Stati, ma anzi esso deve essere aperto alla partecipazione di altri Stati nel *processo di definizione degli standard*⁴⁷. Per quanto riguarda la caratteristica

45 La definizione si ricava dall'Allegato 1 all'Accordo TBT, articoli 2 e 4, dove peraltro si rinvia ai termini contenuti nella Guida della International Standard Organization/International Electrotechnical Commission (ISO/IEC).

46 *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 360, corsivo aggiunto. L'Organo d'appello ha rilevato che poiché l'Accordo TBT non contiene un elenco di organizzazioni internazionali di standardizzazione, a differenza dell'Accordo SPS, ciò suggerisce che il suo scopo sia quello «to encourage the development of international standards by bodies that were not already engaged in standardizing activities at the time of the adoption of the TBT Agreement. At the same time, other elements of the TBT Agreement, as well as the TBT Committee Decision, reflect the intent of WTO Members to ensure that the development of international standards take place transparently and with wide participation. The obligations and privileges associated with international standards pursuant to Articles 2.4 and 2.5 of the TBT Agreement further underscore the imperative that international standardizing bodies ensure representative participation and transparency in the development of international standards. In analysing whether an entity is an “international standardizing body”, a panel needs to balance these considerations» (par. 379).

47 *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 374. L'Organo d'appello ha rilevato che poiché l'Accordo TBT – a differenza dell'Accordo SPS – non contiene un elenco di organizzazioni internazionali di standardizzazione ciò suggerisce che il suo scopo sia quello «to encourage the development of international standards by bodies that were not already engaged in standardizing activities at the time of the adoption of the TBT Agreement. At the same time, other elements of the TBT Agreement, as well as the TBT Committee Decision, reflect the intent of WTO Members to ensure that the development of international standards take place *transparently* and with *wide participation*. The obligations and privileges associated with international standards pursuant to Articles 2.4 and 2.5 of the TBT Agreement further underscore the imperative that international standardizing bodies ensure representative participation and transparency in the development of

di «ente riconosciuto», l'Organo d'appello ha stabilito che sarebbe sicuramente tale un'organizzazione che conformi la propria attività ai contenuti e alle procedure stabilite dagli Stati membri dell'OMC nella Decisione del Comitato TBT sui principi per lo sviluppo di *standard*, linee guida e raccomandazioni in riferimento agli articoli 2 e 5, e all'Allegato 3 dell'Accordo TBT⁴⁸, che sono i seguenti: «transparency, openness, impartiality and *consensus*, effectiveness and relevance, coherence, and [attention] to address the concerns of developing countries»⁴⁹.

Alla luce dell'interpretazione fornita dall'Organo d'appello, bisogna ritenere che, in linea di principio, dovrebbero poter rientrare nella nozione di *standard internazionale* rilevante ai fini dell'Accordo TBT i documenti adottati a livello internazionale, di carattere vincolante o non vincolante, che riguardano la tutela di interessi non economici, come il rispetto dei diritti umani e dell'ambiente o il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, e che indicano in modo sufficientemente specifico determinate caratteristiche delle merci o condizioni dei processi di produzione⁵⁰.

international standards. In analysing whether an entity is an “international standardizing body”, a panel needs to balance these considerations» (par. 379, corsivo aggiunto).

48 *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 376. In particolare, alla Decisione del Comitato TBT citata nel testo è stato attribuito un rilievo interpretativo in quanto «prassi successiva» ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. V. *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., paragrafi 371-372.

49 V. in particolare *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 371. In definitiva, l'Organo d'appello ha rilevato che poiché l'Accordo TBT non contiene un elenco di organizzazioni internazionali di standardizzazione, a differenza dell'Accordo SPS, ciò suggerisce che il suo scopo sia quello «to encourage the development of international standards by bodies that were not already engaged in standardizing activities at the time of the adoption of the TBT Agreement» (*ibidem*, par. 379). Comunque, secondo l'Organo d'appello, diversi elementi dell'Accordo TBT, nonché la citata Decisione del Comitato TBT, riflettono l'intento degli Stati membri «to ensure that the development of international standards take place transparently and with wide participation. The obligations and privileges associated with international standards pursuant to Articles 2.4 and 2.5 of the TBT Agreement further underscore the imperative that international standardizing bodies ensure representative participation and transparency in the development of international standards. In analysing whether an entity is an “international standardizing body”, a panel needs to balance these considerations» (*ibidem*).

50 Per questa ipotesi v. PAUWELYN, *Human Rights in WTO Dispute Settlement*, in *Human Rights and International Trade*, Cottier, Pauwelyn (a cura di), Oxford, 2005, p. 205 ss., p. 224 ss, che richiama a titolo di esempio quale *standard internazionale* potenzialmente rilevante ai fini dell'Accordo TBT il c.d. Processo di Kimberley, il sistema di certificazione dei diamanti estratti in zone in cui sono presenti conflitti armati adottato da diversi Stati membri dell'OMC per fermare il commercio dei «diamanti insanguinati». Le fonti internazionali volte a prevenire danni ambientali o violazioni dei diritti umani *nel corso della produzione delle merci o della estrazione delle materie prime* potrebbero essere richiamati quali *standard internazionali* ai sensi dell'Accordo TBT qualora si ritenesse applicabile la disciplina di quest'Accordo alle misure che stabiliscono requisiti e condizioni dei processi di produzione che non si riflettono nei prodotti (*non-product-related PPMs*). Si pensi, ad esempio, alle numerose raccomandazioni e linee guida esistenti a livello internazionale che prevedono il rispetto di

Tuttavia, occorre rilevare che già in due occasioni gli organi dell'OMC hanno omesso di riconoscere la natura di *standard internazionali* ai sensi dell'Accordo TBT a documenti adottati a livello internazionale in materia di tutela di interessi non economici. Nel caso *US – Tuna II (Mexico)*⁵¹, l'Organo d'appello ha escluso che l'Accordo sul programma internazionale per la tutela dei delfini (Agreement on the International Dolphin Conservation Program, AIDCP) avesse le caratteristiche per poter essere considerato uno *standard internazionale*. In particolare, l'AIDCP non è stato considerato un «international body» a causa del fatto che l'adesione al Programma avviene su *invito* e l'interesse ad aderire espresso da uno Stato non fa scattare automaticamente l'invito da parte degli Stati che ne sono già parti⁵². Nel caso *Australia – Tobacco Plain Packaging*⁵³, l'Australia riteneva di aver adottato la misura in materia di commercio dei prodotti di tabacco oggetto della controversia sulla base di *standard internazionali* quali le Linee guida sull'attuazione della Convenzione quadro per la lotta al tabagismo (*Framework Convention on Tobacco Control*, FCTC) adottata nell'ambito dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) – che è peraltro la prima convenzione adottata nell'ambito di tale Organizzazione⁵⁴. Il *panel*, tuttavia, ha escluso che i documenti richiamati dall'Australia fossero così dettagliati da poter essere considerati *standard tecnici*, pertanto ne ha escluso il rilievo ai fini dell'art. 2, par. 4, dell'Accordo TBT senza neppure verificare se l'organizzazione nell'ambito della quale erano stati adottati fosse caratterizzata da quegli elementi di apertura agli Stati terzi di cui si è detto poco sopra⁵⁵.

obblighi di *due diligence* delle imprese nel corso della catena globale di fornitura di determinate merci o materie prime.

⁵¹ *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS381/AB/R del 16 maggio 2012. La controversia è presentata *infra*, in questa Sezione, par. 2.3.

⁵² *Ibidem*, paragrafi 398-401

⁵³ *Australia – Tobacco Plain Packaging*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS435/R-WT/DS441/R-WT/DS458/R-WT/DS467/R del 28 giugno 2018. La controversia è presentata *infra*, in questa Sezione, par. 2.3.

⁵⁴ La Convenzione è stata adottata all'unanimità il 21 maggio 2003 durante la 56^a Assemblea Mondiale della Sanità, ed è entrata in vigore il 27 febbraio 2005.

⁵⁵ *Australia – Tobacco Plain Packaging*, cit., paragrafi 7.396-7.401.

2.3. Gli obiettivi legittimi delle regolamentazioni tecniche dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. La prassi rilevante

Negli ultimi anni si sono avute diverse controversie sull'applicazione dell'Accordo TBT. Ciò testimonia, da una parte, il crescente interesse degli Stati membri a regolamentare il commercio dei beni attraverso l'adozione di normative tecniche, interesse dovuto sempre più alle preoccupazioni legate alla tutela della salute e dell'ambiente che si diffondono anche tra i Paesi in via di sviluppo⁵⁶. Alla luce di ciò, sembra opportuno valutare l'approccio adottato dai *panels* e dall'Organo d'appello rispetto agli obiettivi di tutela delle normative tecniche di cui è stata contestata la compatibilità rispetto all'Accordo TBT. Questi obiettivi hanno riguardato finora la tutela della salute, la corretta informazione dei consumatori e la protezione degli animali – quest'ultima sia in termini di tutela della vita che in termini di benessere psico-fisico. Per inciso, è opportuno segnalare che la tutela della *corretta informazione dei consumatori* in un Paese *importatore* può apportare un contributo rilevante, anche se in via indiretta, alla protezione dei diritti umani, dell'ambiente o di altri interessi e valori non economici riconosciuti nel diritto internazionale nei Paesi di *produzione* delle merci⁵⁷.

56 Sulla funzione dell'Accordo TBT rispetto a questa tendenza v. VOON, MITCHELL, GASCOIGNE, *Consumer Information, Consumer Preferences and Product Labels under the TBT Agreement*, in *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade*, Trebilcock, Epps (a cura di), Cheltenham, 2013, pp. 454-484. Gli Autori preannunciano che «the use of product labels as vehicles for the provision of information is likely to continue to grow as scientific evidence accumulates and the knowledge of individuals and policy makers becomes more and more nuanced and expert» (p. 454).

57 Si pensi, ad esempio, ai sistemi di etichettatura che impongono l'indicazione dell'*origine dei prodotti*. Non a caso proprio nell'ambito del Comitato TBT sono state oggetto di discussione alcune normative adottate per la regolamentazione del settore tessile che prevedono l'indicazione della provenienza delle merci: cfr. RUOZZI, *Textile and Clothing Products and the Technical Barriers to Trade Agreement*, in *International Regulation Governing the Textile Industry Ten Years After the WTO Agreement on Textiles and Clothing*, Ruozzi, Cantoni (a cura di), Napoli, 2016, pp. 61-85. In proposito, occorre segnalare una comunicazione interpretativa sulla legislazione dell'UE vigente in materia di *origine dei prodotti* adottata dalla Commissione europea (C(2015) dell'11 novembre 2015), che specifica i territori che non possono essere considerati parte dello Stato di Israele al fine di garantire la corretta informazione dei consumatori ed evitare che essi vengano indotti inconsapevolmente ad acquistare merci provenienti dai territori occupati dallo Stato di Israele dal giugno 1967 in violazione del principio di autodeterminazione del popolo palestinese.

2.3.1. Il caso *US-Clove Cigarettes*

Nel caso *US – Clove Cigarettes*⁵⁸ l'Indonesia contestava la compatibilità all'Accordo TBT di una normativa statunitense che vietava la produzione e la vendita di sigarette contenenti determinati additivi aromatici, ad eccezione di quelle al mentolo, adottata per ridurre il tabagismo, soprattutto quello dei giovani. L'Indonesia, quale Paese interessato ad esportare verso il mercato statunitense soprattutto sigarette al chiodo di garofano, riteneva la normativa statunitense contraria all'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT, stante la *similarità* tra le sigarette al mentolo e quelle al chiodo di garofano, e il fatto che le prime erano prodotte principalmente negli Stati Uniti, mentre le seconde erano invece importate. In secondo luogo, l'Indonesia riteneva la normativa statunitense contraria all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT poiché più restrittiva di quanto necessario a tutelare la salute dei consumatori.

Rispetto all'art. 2, par. 1, l'Organo d'appello ha accolto il ricorso dell'Indonesia, ritenendo che la distinzione operata dalla normativa statunitense non potesse giustificarsi alla luce dell'obiettivo indicato dagli Stati Uniti⁵⁹. L'Organo d'appello ha stabilito, infatti, che la distinzione a favore delle sigarette al mentolo non derivasse da un *obiettivo legittimo*, ma anzi riflettesse una discriminazione nei confronti delle sigarette importate⁶⁰. Per quanto riguarda l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, secondo

⁵⁸ *US – Clove Cigarettes*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS406/R del 2 settembre 2011; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS406/AB/R del 4 aprile 2012 e adottato il 24 aprile 2012.

⁵⁹ Secondo gli Stati Uniti, la mancata soppressione della vendita delle sigarette al mentolo era dovuta all'obiettivo di mitigare gli effetti negativi di un divieto sulle persone che ne erano dipendenti (in particolare, l'impatto sul sistema sanitario causato dai sintomi di astinenza, e la diffusione di un mercato nero del prodotto in questione).

⁶⁰ Secondo l'Organo d'appello, essendo la *nicotina* la sostanza all'origine della dipendenza dalle sigarette e non il *mentolo*, l'eventuale estensione del divieto al commercio delle sigarette al mentolo non avrebbe causato gli effetti negativi indicati dagli Stati Uniti: in ogni caso i fumatori avrebbero potuto ricorrere al consumo di sigarette normali (rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 7.349 ss.). GRUSZCZYNSKI, *The TBT Agreement and Tobacco Control Regulation*, in *Asian Journal of World Trade Organization and Int Health Law Policy*, 2013, p. 115 ss., pp. 130-132, ritiene che l'Organo d'appello avrebbe rilevato una *legitimate regulatory distinction* se fossero state prodotte dagli Stati Uniti *prove scientifiche* sull'esistenza di una correlazione tra l'eventuale adozione di un bando delle sigarette al mentolo e l'emergere di un mercato nero delle stesse. Secondo l'Autore, comunque, gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC dovrebbero consentire agli Stati un maggiore spazio di manovra rispetto alle *distinzioni*, essenzialmente poiché le concessioni nei confronti di gruppi di interesse sono una delle variabili sempre presenti quando si interviene a regolamentare il commercio dei beni. È opportuno rilevare che l'Organo d'appello ha corretto l'analisi del *panel* in merito alla *similarità* dei prodotti oggetto di comparazione: il *panel* aveva valutato la *similarità* guardando alle preoccupazioni di tutela della salute che erano all'origine della normativa statunitense. L'Organo d'appello, invece, ha stabilito che tali preoccupazioni possono essere prese in considerazione soltanto nella misura in cui abbiano un'incidenza sulla relazione di concorrenza tra i prodotti: cfr. *ibidem*, par.

il *panel* la normativa statunitense non era più restrittiva di quanto necessario a tutelare la salute. L'Indonesia non ha presentato ricorso su questo punto dinanzi all'Organo d'appello. In particolare, il *panel* ha accertato che la misura perseguisse chiaramente un obiettivo legittimo ai sensi dell'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT. Alla luce delle prove presentate dalle parti della controversia, il *panel* ha stabilito che la normativa statunitense apportasse una «material contribution» all'obiettivo di ridurre il consumo di sigarette tra i giovani, e che nessuna delle misure alternative meno restrittive indicate dall'Indonesia fosse idonea a raggiungere lo stesso livello di tutela scelto dagli Stati Uniti. È particolarmente rilevante il fatto che, ai fini della valutazione positiva circa il contributo apportato dalla misura all'obiettivo, il *panel* abbia considerato non solo i numerosi studi scientifici presentati dagli Stati Uniti, ma anche le Linee guida sull'attuazione della FCTC, che suggeriscono agli Stati parti di adottare proprio misure restrittive sul commercio di sigarette contenenti additivi aromatici⁶¹. Il *panel* quindi ha riconosciuto prevalenza all'obiettivo di tutela della salute rispetto agli effetti restrittivi della normativa sul commercio internazionale, peraltro alla luce delle Linee guida non vincolanti adottate nell'ambito dell'OMS⁶², strumenti attraverso i quali il *panel* sembrerebbe aver realizzato un *coordinamento* in via di fatto tra la disciplina OMC e gli obblighi internazionali in materia di tutela della salute⁶³.

61 V. soprattutto le *Partial Guidelines for Implementation of Articles 9 and 10 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Regulation of the Contents of Tobacco Products and of Tobacco Products Disclosures*, adottate dalla Conferenza delle Parti durante la sua quarta sessione nel 2010.

62 Infatti, il *panel* ha rilevato che le Linee guida OMS, basandosi sulle migliori evidenze scientifiche e sull'esperienza delle Parti alla Convenzione quadro per la lotta al tabagismo, dimostrassero «a growing consensus within the international community to strengthen tobacco-control policies through regulation of the content of tobacco products, including additives that increase the attractiveness and palatability of cigarettes»: cfr. *US – Clove Cigarettes*, rapporto del *panel*, cit., paragrafi 7.414 e 7.427.

63 Così LESTER, *Domestic Tobacco Regulation and International Law: The Interaction of Trade Agreements and the Framework Convention on Tobacco Control*, in *Journal of World Trade*, 2015, pp. 19-48, p. 34 ss. Occorre precisare che nessuno delle parti alla controversia è vincolata alla Convenzione quadro per la lotta al tabagismo. Gli Stati Uniti hanno firmato la Convenzione in data 10 maggio 2004, ma non hanno provveduto a ratificarla. Si deve ritenere che il richiamo alle Linee guida OMS da parte degli Stati Uniti fosse strettamente funzionale a *provare* l'opportunità – anche scientifica – dell'adozione della particolare misura oggetto della controversia.

2.3.2. Il caso *US-Certain Country of Origin Labelling Requirements*

La controversia *US – COOL*⁶⁴ ha riguardato una normativa statunitense sull'etichettatura dell'origine delle carni bovine e suine, contestata dal Canada e dal Messico poiché avrebbe dato luogo ad un trattamento meno favorevole per le carni importate rispetto a quelle prodotte nel mercato nazionale, e avrebbero costituito un ostacolo agli scambi più restrittivo di quanto necessario a perseguire un obiettivo legittimo di tutela. Per quanto riguarda l'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT, l'Organo d'appello ne ha rilevato la violazione, poiché ha ritenuto che l'insieme delle formalità da espletare per conformarsi alla normativa fossero *più onerose* per la vendita delle carni importate che non per quelle nazionali. Significativamente, secondo l'Organo d'appello, gli *oneri aggiuntivi* per le carni importate non si traducevano in un'informazione più accurata e approfondita ai consumatori. Al contrario, le etichette delle carni importate risultavano particolarmente confuse per i consumatori a causa del numero maggiore delle informazioni che andavano riportate⁶⁵. Per quanto riguarda l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, l'Organo d'appello non ha confermato il rilievo del *panel* che accertava la violazione di tale disposizione, ma non ha completato l'analisi per stabilire se la misura fosse più restrittiva di quanto *necessario* a perseguire l'obiettivo della corretta informazione dei consumatori⁶⁶.

2.3.3. Il caso *US-Tuna II (Mexico)*

Nel caso *US – Tuna II* il Messico contestava la compatibilità all'Accordo TBT di una normativa statunitense di carattere vincolante disciplinante l'utilizzo *volontario* dell'etichetta «Dolphin-Safe» sui prodotti di tonno. In base ai requisiti previsti da questa normativa, ai prodotti di tonno provenienti dal Messico era precluso nel mercato statunitense l'uso dell'etichetta «Dolphin-Safe» nonostante le imbarcazioni messicane adottassero un sistema di certificazione sulla protezione dei delfini, quello previsto dall'Accordo sul programma internazionale per la tutela dei delfini (Agreement on the

⁶⁴ *US – COOL*, WT/DS384/R, rapporto del *panel*, doc. WT/DS386/R del 18 novembre 2012; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS384/AB/R-WT/DS386/AB/R del 29 giugno 2012 e adottato il 23 luglio 2012.

⁶⁵ *Ibidem*, par. 349.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 491.

International Dolphin Conservation Program, AIDCP)⁶⁷. Pertanto, il Messico lamentava la violazione di diverse disposizioni dell'Accordo TBT ritenendo che la disciplina statunitense sull'etichettatura «Dolphin-Safe» fosse discriminatoria nei confronti dei prodotti importati messicani⁶⁸, e più restrittiva di quanto necessario a tutelare un obiettivo legittimo perché adottata senza tener conto dello standard internazionale rilevante, cioè il sistema di etichettatura previsto dall'AIDCP⁶⁹.

Gli organi di soluzione delle controversie hanno ritenuto il sistema di etichettatura statunitense, benché *volontario*, un regolamento tecnico ai sensi dell'art. 2 dell'Accordo TBT, e non uno *standard*⁷⁰. Lo stesso sistema di etichettatura disciplinato è stato ritenuto all'origine di una discriminazione *de facto* a danno dei prodotti di tonno provenienti dal Messico. L'Organo d'appello ha accertato la violazione dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT – che era stata invece esclusa dal rapporto del *panel* –, poiché ha ritenuto che le condizioni previste dal sistema di etichettatura non fossero *coerenti e calibrate* all'obiettivo di tutela dei delfini che era a fondamento della normativa⁷¹. L'Organo d'appello, infatti, ha rilevato che il principale requisito previsto dal regolamento tecnico, ossia la certificazione attestante il fatto che durante le attività di pesca non fosse avvenuto il *dispiego intenzionale delle reti di pesca sui delfini*, era sì idoneo a proteggere i delfini nella zona di pesca delle imbarcazioni messicane, l'Oceano Pacifico orientale tropicale (Eastern Tropical Pacific, *EPT*), ma non altrettanto idoneo a proteggere i mammiferi nelle *zone diverse* dallo *EPT*, dove i banchi di tonno non vivono in simbiosi con i delfini⁷².

67 L'Accordo adottato nell'ambito della Commissione interamericana del tonno tropicale (*Inter-American Tropical Tuna Commission*) al quale sono vincolati sia gli Stati Uniti che il Messico.

68 Secondo il Messico, considerando le preferenze dei consumatori statunitensi, i propri prodotti di tonno sarebbero stati di fatto esclusi dal mercato, pertanto, il sistema di etichettatura costituiva un regolamento tecnico discriminatorio.

69 Secondo il Messico, infatti, il sistema di etichettatura dell'AIDCP era idoneo tanto quello statunitense a raggiungere un'effettiva tutela della vita e della salute dei delfini. La differenza tra il sistema di etichettatura statunitense e quello dell'AIDCP consiste essenzialmente nel fatto che il primo vieta il dispiego intenzionale delle reti sui delfini per catturare i tonni (c.d. tecnica dell'accerchiamento), mentre il secondo prevede che l'etichetta possa essere utilizzata quando non siano stati uccisi o seriamente feriti i delfini, ma non vieta alle imbarcazioni l'accerchiamento dei delfini.

70 *US – Tuna II (Mexico)*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 199.

71 *Ibidem*, par. 297.

72 Cfr. *ibidem*, par. 292. In pratica, l'Organo d'appello ha ritenuto che il sistema di etichettatura non fosse né delineato né applicato *in modo imparziale*. Alla luce degli elementi disponibili, è sembrato che la condizione prevista dalla misura statunitense non fosse idonea ad accertare la mancanza di effetti negativi sui delfini equiparabili *in tutte le zone oceaniche* interessate dalla pesca dei tonni. La certificazione sull'astensione dalla pratica di accerchiamento dei delfini, infatti, non potrebbe dimostrare la salvaguardia della vita dei delfini nelle *zone diverse dall'Oceano Pacifico orientale* poiché

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, l'Organo d'appello ha respinto la posizione sostenuta dal Messico secondo la quale l'uso dell'etichetta «Dolphin-Safe» sulla base dei criteri dell'*AIDCP* sarebbe stata una misura alternativa meno restrittiva del commercio internazionale e idonea a raggiungere lo stesso livello di tutela dei delfini desiderato dagli Stati Uniti⁷³. Difatti, il collegio ha stabilito che questa misura alternativa non avrebbe garantito un livello di tutela equivalente a quello perseguito attraverso l'adozione di un sistema di etichettatura fondato *sul divieto di dispiegare intenzionalmente le reti* sui delfini avvistati. L'Organo d'appello, infatti, ha riconosciuto che questo divieto è volto a proteggere i mammiferi non solo dal rischio di mortalità o grave ferimento (rischio assicurato nel sistema dell'*AIDCP*), ma anche dal rischio di subire *sofferenze non osservabili*, come stress acuto permanente, ferite che causino indebolimento delle condizioni di salute, separazione tra le madri e la prole e così via⁷⁴. Nel complesso, quindi, il rapporto dell'Organo d'appello ha preservato il livello di protezione prescelto dagli Stati Uniti, poiché ha consentito di mantenere in vigore un sistema di etichettatura fondato sul bando della pratica dell'accerchiamento dei delfini, ma ha trovato lo stesso sistema non conforme al requisito di *imparzialità*, ricavato dall'obbligo di non discriminazione di cui all'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT, per la mancanza di criteri idonei a prevenire rischi per la salute e la vita dei delfini nelle *zone diverse dallo EPT* dove i banchi di tonni non vivono in simbiosi con i mammiferi.

Per adempiere al rapporto dell'Organo d'appello, gli Stati Uniti hanno modificato le condizioni per l'utilizzo dell'etichetta «Dolphin-Safe». La modifica ha riguardato essenzialmente la previsione di un certificato del capitano dell'equipaggio che attesti che nel corso delle attività di pesca non siano state dispiegate intenzionalmente le reti sui delfini, né siano stati uccisi o gravemente feriti delfini. Gli Stati Uniti hanno previsto, però, *modalità differenti* del sistema di certificazione, a seconda delle zone interessate dalla pesca dei tonni. Per la zona *EPT*, il sistema di

si tratta di zone nelle quali, mancando una simbiosi tra i mammiferi e i banchi di tonni, i pescherecci non praticano l'accerchiamento ma causano comunque tassi elevati di mortalità o ferimento dei delfini. Inoltre, l'Organo d'appello ha specificato che i rischi derivanti dalle attività di pesca che utilizzano tecniche diverse dall'accerchiamento dei delfini «could only be monitored by imposing a different *substantive requirement*, i.e. that no dolphins were killed or seriously injured in the sets in which the tuna was caught» (*ibidem*).

⁷³ *Ibidem*, par. 328.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 329.

etichettatura modificato richiede la certificazione da parte di un osservatore indipendente in aggiunta a quella del capitano dell'imbarcazione; per le *altre zone*, invece, è richiesta la presenza di un osservatore indipendente soltanto se ciò viene opportunamente determinato dall'autorità amministrativa competente (c.d. *determination provision*)⁷⁵. In seguito all'adozione di queste modifiche, il Messico ha chiesto la ricostituzione del *panel* ai sensi dell'articolo 21, par. 5, del Dispute Settlement Understanding, lamentando la contrarietà delle modifiche agli obblighi di non discriminazione previsti dall'Accordo TBT e dal GATT. Il Messico sosteneva che le modalità differenti del sistema di certificazione non fossero giustificabile alla luce degli obiettivi perseguiti, poiché le attività di pesca nelle zone diverse dallo *EPT* causerebbero *rischi per i delfini uguali o superiori* a quelli che derivano dalle tecniche di accerchiamento; gli Stati Uniti, invece, difendevano i requisiti più stringenti previsti per la zona *EPT* in ragione della specificità dei rischi, osservabili e non osservabili, per la salute e la vita dei delfini in questa particolare zona oceanica. L'Organo d'appello ha ritenuto che il sistema di etichettatura modificato avesse carattere *imparziale* e quindi fosse incompatibile con l'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT, in quanto non era stato dimostrato che le differenti condizioni nella certificazione erano calibrate o commisurate ai rischi per i delfini derivanti da diversi metodi di pesca in diverse zone oceaniche⁷⁶.

I rapporti adottati dagli organi dell'OMC in merito a questa controversia dimostrano, quindi, una particolare rigidità nell'interpretazione degli obblighi di non discriminazione previsti dall'Accordo TBT.

75 Par.

76 Rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 7.266. L'Organo d'appello ha ritenuto che dall'analisi del *panel* non emergessero prove sufficienti a stabilire un *rischio maggiore in termini scientifici* per la vita e la salute dei delfini nella zona EPT rispetto ad altre zone. Comunque, nonostante l'insufficienza delle prove rispetto a questo fatto, l'Organo d'appello ha completato l'esame e rilevato la violazione della disposizione in questione. Secondo WEIMER, *Reconciling Regulatory Space with External Accountability through WTO Adjudication – Trade, Environment and Development*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 2014, pp. 901-924, p. 923, l'Organo d'appello, così facendo, si è implicitamente *sostituito* agli Stati Uniti nella valutazione dei rischi esistenti per i delfini nelle diverse aree oceaniche, operando «an intrusive review of the regulatory rationality of the US measure». Secondo l'autore sarebbe stato preferibile esercitare a «reasonableness test aiming to ascertain whether there was a sufficient evidentiary basis for designing the determination requirements, and eventually requiring the US to improve the quality of that basis».

2.3.4. Il caso *Australia-Tobacco Plain Packaging*

Il recente rapporto adottato dal *panel* sul caso *Australia – Tobacco Plain Packaging*⁷⁷ riguarda, ancora una volta, un intervento normativo volto a ridurre il consumo di tabacco per tutelare la salute pubblica. La costituzione del *panel* è stata richiesta da quattro Stati (accomunati dall'interesse alla coltivazione del tabacco: Cuba, Honduras, Indonesia e Repubblica Dominicana), in seguito all'adozione da parte dell'Australia di una normativa molto stringente che impone un *confezionamento neutro ed uniforme* di tutti i prodotti del tabacco. Tale misura è suggerita dalle Linee guida di attuazione degli articoli 11 e 13 della FCTC che richiedono, infatti, alle parti di *restringere o proibire* l'utilizzo di loghi, colori, immagini del marchio o informazioni promozionali «other than brand names and product names displayed in a standard colour and font style (*plain packaging*)»⁷⁸ per evitare che l'aspetto dei prodotti del tabacco distraiga l'attenzione dei consumatori dalle avvertenze relative ai danni alla salute causati dal fumo e che il *package design* veicoli l'idea (erronea) che alcune tipologie di prodotti siano meno dannose di altre⁷⁹; nonché per colpire l'attività di promozione che si estrinseca attraverso il *packaging*⁸⁰.

Gli Stati ricorrenti hanno contestato la normativa rispetto all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT. Il *panel* ha considerato la misura australiana sul *plain packaging* dei prodotti del tabacco *restrittiva* degli scambi internazionali, ma non *più restrittiva di quanto necessario* a tutelare la salute pubblica, un obiettivo legittimo di cui è stata sottolineata dal *panel* l'importanza in più punti della decisione⁸¹. Infatti, dopo aver

⁷⁷ Cit. *supra*, alla nota 54.

⁷⁸ Cfr. *Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO FCTC, Packaging and Labelling of Tobacco Products*, adottate durante la terza sessione dalla Conferenza delle Parti della FCTC, punto n. 46.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Cfr. *Guidelines for the Implementation of Article 13 of the WHO FCTC, Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship*, adottate anch'esse durante la terza sessione dalla Conferenza delle Parti della FCTC, punti 15-17. La legittimità della normativa australiana è stata contestata sia in relazione agli obblighi sulla tutela degli investimenti esteri posti da un trattato bilaterale concluso tra Australia e Hong Kong il 15 settembre 1993: il procedimento arbitrale avviato dall'investitore estero (la *Philip Morris Asia Ltd.*) si è concluso con l'accertamento di un difetto di giurisdizione del collegio arbitrale. Cfr. *Philip Morris Asia Limited c. The Commonwealth of Australia*, decisione resa il 17 dicembre 2015.

⁸¹ Il *panel* ha riconosciuto che la misura persegue un obiettivo di tutela legittimo, quale la dissuasione del consumo dei prodotti del tabacco (rapporto del *panel*, cit., par. 7.251), ritenendo non opportuno verificare altresì se la misura persegua anche un obiettivo legittimo *indipendente* da quello della tutela della salute, ossia l'*adempimento di obblighi internazionali* (*ibidem*, par., 7.244).

esaminato un numero elevatissimo di prove presentate dalle parti ricorrenti e dall’Australia, il *panel* ha accertato che la misura apporta un contributo significativo alla dissuasione del consumo di tabacco⁸² (trovando riscontro, per alcuni aspetti dell’analisi, anche nel contenuto della FCTC e delle Linee guida di attuazione degli articoli 11 e 13⁸³), e che i rischi derivanti da una eventuale mancata realizzazione dell’obiettivo perseguito dall’Australia sarebbero particolarmente gravi in termini di danni alla salute pubblica⁸⁴. Inoltre, nessuna delle misure alternative indicate dagli Stati ricorrenti è stata ritenuta idonea a raggiungere un grado di tutela equivalente a quello prescelto dall’Australia⁸⁵.

In particolare, il *panel* ha rilevato che le misure alternative individuate dagli Stati ricorrenti – quali: l’aumento dei limiti di età per la vendita dei prodotti del tabacco, la maggiorazione dell’accisa di tali prodotti o la diffusione di campagne di utilità sociale – non potessero sostituire né singolarmente né cumulativamente la normativa sul *packaging*, essendo quest’ultima volta a ridurre il commercio dei prodotti del tabacco attraverso *un modo particolare*: la diminuzione dell’attrattività del marchio a vantaggio della visibilità di immagini e testi sui danni causati dal fumo. Il *panel* ha riconosciuto, quindi, che la normativa australiana è parte di una *strategia globale*, volta ad affrontare un problema che «legitimately involves a *multidimensional response*»⁸⁶, attraverso l’adozione di misure tra loro complementari e non sostituibili, neanche in

82 *Ibidem*, paragrafi 7.1024-7.1045. Particolarmente interessante è la considerazione espressa dal *panel* in merito alle prove che potranno emergere in futuro circa il contributo che la misura apporta alla dissuasione del consumo dei prodotti del tabacco: «our determination is based on the evidence available to us at the time of our assessment and is not intended to prejudge the future evolution of the contribution of the TPP measures to the reduction of the use of, and exposure to, tobacco products. We note, however, that we find reasonable Australia’s suggestion that the measures may be expected to have an impact in particular on future generations of young people whose exposure to tobacco advertising or promotion in Australia will have been generally limited, and that impacts on smoking cessation for existing smokers will also take some time to produce their full effects» (*ibidem*, par. 7.1044, corsivo aggiunto). Per alcune riflessioni in merito alla tipologia, quantità e qualità delle prove idonee a misurare il contributo che il *plain packaging* apporta nel corso del tempo all’obiettivo perseguito, v. il lavoro ancora attuale di HIGGINS, MITCHELL, MUNRO, *Australia’s Plain Packaging of Tobacco Products: Science and Health Measures in International Economic Law*, Melbourne Legal Studies Research Paper, n. 653, 2013.

83 V. in particolare, *ibidem*, paragrafi 7.663-7.665.

84 «In light of the objective of the TPP measures and taking into account in particular the available scientific and technical evidence, we have found that the nature of the risks non-fulfilment of the objective would create is that public health would not be improved as the use of, and exposure to, tobacco products would not be reduced. We have also found that the public health consequences of not fulfilling this objective are particularly grave»: *ibidem*, par. 7.1322.

85 *Ibidem*, paragrafi 7.1470-71; 7.1544-45; 7.1621-23; 7.1714-16.

86 *Ibidem*, par. 1722.

ragione della minore incidenza negativa delle misure alternative sugli scambi internazionali⁸⁷. Nel rapporto del gruppo di esperti, quest'ultimo rilievo – che è decisivo ai fini dell'accertamento della *necessità* della misura sul *plain packaging* – è rafforzato da espliciti riferimenti del *panel* alla FCTC, che, per l'appunto, richiede agli Stati parti di regolamentare il commercio e l'uso dei prodotti del tabacco secondo un approccio di carattere *globale*, attraverso misure che ne disciplinino ambiti ed aspetti molteplici⁸⁸.

Si noti che il *panel* ha ritenuto compatibile la misura australiana anche con le disposizioni in materia di tutela dei marchi previste dall'Accordo TRIPs, la cui violazione veniva contestata all'Australia da parte di tutti gli Stati ricorrenti: tra le disposizioni più rilevanti si richiama l'art. 16, par. 1, il quale prevede che il titolare di un marchio deve avere il diritto esclusivo «to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion», e l'art. 20, che stabilisce l'obbligo di non ostacolare in modo ingiustificato l'utilizzo di un marchio attraverso «special requirements»⁸⁹. Il *panel*, infatti, ha respinto l'interpretazione dell'art 16, par. 1, dell'Accordo TRIPs suggerita dalle parti ricorrenti e ha stabilito che tale disposizione assicura al titolare del marchio registrato solo un *diritto negativo*, ossia la garanzia di ricevere protezione da parte dello Stato per impedire a terzi di utilizzare segni distintivi simili ai propri, qualora l'utilizzo di questi segni dia luogo ad una possibile confusione, ma non anche un *diritto positivo* ad utilizzare il marchio registrato. Quanto alla compatibilità della misura sul *plain packaging* con l'art. 20 dell'Accordo TRIPs, il *panel* ha stabilito che gli ostacoli che derivano dall'applicazione della misura sono sufficientemente supportati dal motivo per il quale sono richiesti gli obblighi speciali, rilievo che si fonda essenzialmente su tre circostanze accertate, peraltro, durante l'analisi relativa all'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT, ossia: l'idoneità della misura a ridurre l'attrattiva dei prodotti del tabacco⁹⁰; l'assenza di misure alternative adatte a contribuire all'obiettivo perseguito

87 V. *ibidem*, paragrafi 7.1717-7.1723.

88 V. *ibidem*, par. 7.1728.

89 «The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements»: art. 20 dell'Accordo TRIPs.

90 *Ibidem*, par. 7.2593.

dall’Australia in modo equivalente al *plain packaging*⁹¹, e, infine, il fatto che l’Australia «while having been the first country to implement tobacco plain packaging, has pursued its relevant domestic public health objective in line with the emerging multilateral public health policies in the area of tobacco control as reflect in the FCTC, including the Article 11 and Article 13 FCTC Guidelines»⁹².

2.3.5. Considerazioni conclusive

I rapporti degli organi di soluzione delle controversie dell’OMC che riguardano l’Accordo TBT dimostrano, da una parte, la propensione a valutare le normative contestate come compatibili con il requisito di necessità previsto dall’art. 2, par. 2, dell’Accordo, ma viene effettuato un esame stringente della capacità delle misure alternative indicate dallo Stato membro ricorrente a contribuire al raggiungimento di un *livello di tutela equivalente* a quello prescelto dallo Stato resistente. Dall’altra parte, invece, si registra un esame particolarmente intrusivo dell’impianto normativo di una normativa che causa svantaggi competitivi a danno delle merci similari importate. Infatti, si è visto che le *distinzioni* che danno luogo ad un trattamento meno favorevole per le merci importate non sono state ritenute in nessuna controversia conformi all’obbligo di non discriminazione poiché giudicate non strettamente *coerenti* né opportunamente *calibrate* all’obiettivo che costituiva la *ratio* della normativa tecnica contestata.

3. La disciplina dell’Accordo SPS

Come afferma il Preambolo, la disciplina dell’Accordo SPS rappresenta una precisazione dell’art. XX, lett. *b*) del GATT, per questo motivo esso si applica a titolo

⁹¹ *Ibidem*, paragrafi 7.2598-7.25601. Un elemento preso in considerazione non in quanto parte dello standard di controllo, ma perché, secondo il *panel*, in particolari circostanze, «the availability of an alternative measure could call into question the reasons a respondent would have given for the adoption of a measure challenged under Article 20»: cfr. *ibidem*, par. 7.2598.

⁹² *Ibidem*, par. 7.2595-96. Peraltro, proprio gli obblighi derivanti dalla FCTC sottolineano, secondo il *panel*, «the importance of the public health reasons», considerato che tale Convenzione «was developed in response to the globalization of the tobacco epidemic and has been ratified by 180 countries»: cfr. *ibidem*, par. 7.2604.

di *lex specialis* rispetto al GATT⁹³. L'Accordo SPS si applica alle misure sanitarie e fitosanitarie che perseguono lo scopo di tutelare la vita e la salute umana, animale e vegetale attraverso la prevenzione di specifici rischi *sul territorio di uno Stato membro*. Secondo la definizione contenuta nell'Allegato A all'Accordo SPS, le misure SPS sono tutte quelle volte a prevenire i seguenti rischi: *a)* rischi derivanti dalla diffusione di parassiti o organismi portatori di malattie; *b)* rischi legati all'uso di additivi o contaminanti contenuti nel cibo e nei mangimi; *c)* rischi causati da malattie trasmesse da piante animali; *d)* altri rischi causati dalla diffusione di malattie all'interno del territorio di uno degli Stati membri⁹⁴. Ai fini dell'applicazione della disciplina dell'Accordo SPS non rileva né la forma delle misure SPS, né la loro natura. Tali misure possono infatti riguardare qualsiasi fase della produzione e commercializzazione dei prodotti⁹⁵.

Come si è detto, la funzione dell'Accordo SPS è quella di ridurre l'impatto restrittivo delle misure SPS sugli scambi internazionali. A tal fine l'Accordo SPS, consente l'adozione o il mantenimento in vigore soltanto delle misure *fondate su prove scientifiche*. In particolare, l'art. 2, par. 2, dell'Accordo stabilisce che ciascun Membro deve assicurare che ogni misura SPS «is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence».

Sempre al fine di ridurre l'impatto restrittivo sugli scambi di merci, sono previsti alcuni doveri di armonizzazione delle misure SPS. In particolare, l'art. 3, par. 1, dell'Accordo richiede agli Stati membri di adottare le misure sulla base di *standard*,

⁹³ L'Accordo prevede che le misure SPS debbano essere considerate presuntivamente conformi al GATT, in particolare all'art. XX, lett. *b)*. V. art. 2, par. 4, dell'Accordo SPS.

⁹⁴ Art. 1, par. 1, dell'Allegato A all'Accordo SPS: «Sanitary or phytosanitary measure: any measure applied: *a)* to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the entry, establishment or spread of pests, diseases, disease-carrying organisms or disease-causing organisms; *b)* to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs; *c)* to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals, plants or products thereof, or from the entry, establishment or spread of pests; or *d)* to prevent or limit other damage within the territory of the Member from the entry, establishment or spread of pests».

⁹⁵ *Ibidem*: «Sanitary or phytosanitary measures include all relevant laws, decrees, regulations, requirements and procedures including, *inter alia*, end product criteria; processes and production methods; testing, inspection, certification and approval procedures; quarantine treatments including relevant requirements associated with the transport of animals or plants, or with the materials necessary for their survival during transport; provisions on relevant statistical methods, sampling procedures and methods of risk assessment; and packaging and labelling requirements directly related to food safety».

linee guida o raccomandazioni internazionali – quando questi esistano⁹⁶. Le misure adottate sulla base di tali documenti internazionali godono di una presunzione di conformità rispetto all’obbligo di cui all’art. 2, par. 2, dell’Accordo, che richiede – come si è visto – di fondare le misure sulla base di prove scientifiche sufficienti⁹⁷. Tuttavia, l’Accordo preserva la facoltà in capo ad ogni Stato membro di *determinare in autonomia il livello di protezione* che si considera appropriato. Infatti, l’art. 3, par. 3, dell’Accordo consente di adottate misure che introducono un livello di protezione sanitaria e fitosanitaria più elevato di quello perseguito da misure che si basano sugli *standard internazionali* esistenti, quando lo Stato ritenga che tali *standard internazionali* non siano idonei a raggiungere il livello di tutela desiderato. Secondo questa disposizione, è comunque necessaria l’esistenza di una giustificazione scientifica.

L’art. 5 dell’Accordo prevede in modo dettagliato alcuni obblighi sul *fondamento scientifico* delle misure SPS. In particolare, in base all’art. 5, par. 1, gli Stati membri «shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures *are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations*»⁹⁸. Gli organi di soluzione delle controversie dell’OMC hanno precisato che tra la misura e la valutazione dei rischi deve sussistere una «rational relationship»⁹⁹.

Nel caso in cui non vi siano prove scientifiche *sufficienti* per poter effettuare la valutazione dei rischi, l’art. 5, par. 7, dell’Accordo consente agli Stati membri di adottare misure SPS *in via provvisoria* sulla base delle informazioni disponibili «including that from the relevant international organizations as well as from sanitary

⁹⁶ In proposito, l’art. 3, par. 4, prevede che gli Stati membri «shall play a full part, within the limits of their resources, in the relevant international organizations and their subsidiary bodies, in particular the *Codex Alimentarius Commission*, the *International Office of Epizootics*, and the international and regional organizations operating within the framework of the International Plant Protection Convention, to promote within these organizations the development and periodic review of standards, guidelines and recommendations with respect to all aspects of sanitary and phytosanitary measures».

⁹⁷ Art. 3, par. 2, dell’Accordo SPS.

⁹⁸ Art. 5, par. 1, dell’Accordo SPS, corsivo aggiunto.

⁹⁹ «The requirement that an SPS measure be “based on” a risk assessment is a substantive requirement that there be a rational relationship between the measure and the risk assessment»: cfr. *EC – Hormones*, rapporto dell’Organo d’appello, par. 193. V. anche *Japan – Agricultural Products*, rapporto dell’Organo d’appello, par. 84; *US - Continued Suspension of Obligations*, rapporto dell’Organo d’appello, par. 528.

or phytosanitary measures applied by other Members»¹⁰⁰. In presenza di questa circostanza, comunque, gli Stati membri sono tenuti a cercare «additional information necessary for a more objective assessment of risk», quindi a rivedere le misure adottate «within a reasonable period of time»¹⁰¹.

Le misure SPS che perseguono un livello di tutela più elevato rispetto a quello assicurato dagli *standard internazionali* esistenti non devono costituire una discriminazione arbitraria e ingiustificabile tra Stati membri dove esistono le stesse condizioni¹⁰². Inoltre, l'art. 5, par. 6, dell'Accordo stabilisce un requisito di *necessità*: «Members shall ensure that such measures are *not more trade-restrictive than required to achieve their appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, taking into account technical and economic feasibility*»¹⁰³.

È opportuno menzionare che l'Accordo SPS prevede che ogni Stato sia tenuto ad accettare le misure SPS degli altri Stati come *equivalenti*, anche se differiscono dalle proprie, quando il Membro esportatore dimostri che tali misure raggiungono il livello di protezione scelto dal Membro importatore¹⁰⁴. Infine, l'Accordo stabilisce obblighi procedurali che assicurano la trasparenza dell'intervento regolamentare degli Stati in questo settore, e obblighi di assistenza tecnica soprattutto per i Paesi in via di sviluppo¹⁰⁵.

3.1. L'interpretazione degli obblighi in materia di fondamento scientifico delle misure SPS: la rilevanza del principio di precauzione

Come si è visto, le misure SPS devono essere giustificate su principi scientifici. Pertanto, rileva verificare come siano state interpretate le disposizioni dell'Accordo SPS che riguardano il *fondamento scientifico* delle misure – l'art. 2, par. 2, e l'art. 5, paragrafi 1 e 7 – dagli organi di soluzione delle controversie dell'OMC¹⁰⁶. In

100 Art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS.

101 Art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS.

102 Art. 5, par. 5, dell'Accordo SPS. La formula di questa previsione è ripresa dallo *chapeau* dell'art. XX GATT.

103 Art. 5, par. 6, dell'Accordo SPS, corsivo aggiunto.

104 Art. 4 dell'Accordo SPS.

105 V. in particolare l'art. 9 dell'Accordo SPS.

106 «Under the SPS Agreement science operate as a criterion which allows one to distinguish between permissible and prohibited measures. This obviously raises the question of the appropriate

particolare, ai fini di questo lavoro occorre comprendere se le disposizioni dell'Accordo SPS garantiscono a ciascuno Stato membro un'effettiva determinazione del livello di rischio considerato accettabile in situazioni di *incertezza scientifica*. In proposito, è forse opportuno precisare che una condizione di incertezza scientifica può presentarsi in due diverse situazioni: la prima, quando siano stati svolti studi sperimentali ma vi siano opinioni discordanti di pari valore scientifico; la seconda, quando gli effetti dell'uso o della diffusione di determinate sostanze non siano ancora stati oggetto di osservazioni sperimentali approfondite.

Qui di seguito si esamineranno due delle controversie più significative della prassi applicativa dell'Accordo SPS, le quali hanno riguardato misure SPS ispirate a livelli elevati di *precauzione*, quindi adottate in condizioni di incertezza scientifica, a tutela della salute umana nel settore della sicurezza alimentare.

3.1.1. Il caso *EC - Hormones*

Nella controversia *EC – Hormones*¹⁰⁷, gli Stati Uniti e il Canada contestavano la compatibilità con l'Accordo SPS della normativa adottata dall'UE sul divieto di commercializzare o importare nel mercato interno la carne o i prodotti a base di carne contenenti residui di sei tipologie di ormoni, somministrati negli allevamenti ai bovini con lo scopo di aumentarne la crescita. La misura in questione non poteva avvalersi della presunzione di conformità all'art. 2, par. 2, dell'Accordo SPS in quanto perseguiva un livello di tutela superiore a quello dei pertinenti *standard internazionali* adottati dalla *Codex Alimentarius Commission*¹⁰⁸. Secondo l'UE, la misura era conforme all'art. 3, par. 3, dell'Accordo perché fondata su giustificazioni scientifiche. Peraltro, ai fini dell'interpretazione degli obblighi sul fondamento scientifico di cui all'art. 5 dell'Accordo SPS avrebbe dovuto avere rilievo il *principio di precauzione*

standard of review over scientific determinations made on a national level»: cfr. GRUSZCZYNSKI, *Standard of Review of Health and Environmental Regulations by WTO Panels*, in *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Van Calster, Prévost (a cura di), Cheltenham, 2013, p. 731 ss, pp. 738-739.

¹⁰⁷ *EC – Hormones*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS26/R del 18 agosto 1997; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS26/AB/R del 16 gennaio 1998 e adottato dal DSB il 13 febbraio 1998. Si è trattato della prima controversia concernente l'applicazione dell'Accordo SPS.

¹⁰⁸ In proposito si rinvia a ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, p. 244 ss. e ai riferimenti ivi contenuti.

quale norma di diritto internazionale consuetudinario ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che prevede che per interpretare un trattato occorra tenere conto di ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti.

Il rapporto del *panel* ha stabilito che la misura violava l'art. 3, par. 3, dell'Accordo SPS poiché non era razionalmente sostenuta dalla valutazione dei rischi. Contrariamente a quanto auspicava l'UE, il *panel* non ha attribuito alcun rilievo al principio di precauzione quale norma esterna alla disciplina dell'OMC ai fini dell'interpretazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 2, ritenendo che l'Accordo SPS prevedesse *in modo specifico* questo principio, precisamente all'art. 5, par. 7¹⁰⁹ – disposizione che, come si è visto, consente di adottare misure restrittive provvisorie quando manchino le prove sufficienti ad accertare i rischi sanitari e/o fitosanitari.

L'Organo d'appello ha seguito lo stesso approccio del *panel* rispetto alla questione dell'eventuale rilievo interpretativo attribuibile al principio di precauzione quale norma di diritto internazionale generale esterna alla disciplina dell'OMC. In particolare, il collegio di secondo grado ha ritenuto superfluo effettuare una ricognizione della formazione di una norma consuetudinaria sul principio di precauzione poiché tale principio risultava riflesso non solo nell'art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS, ma anche nell'art. 3, par. 3, dello stesso Accordo, disposizione che – come si ricorderà – consente a ciascuno Stato membro di perseguire il livello di tutela che considera appropriato, anche più elevato di quello perseguito dagli *standard* internazionali esistenti¹¹⁰. L'Organo d'appello ha condiviso, inoltre, le conclusioni raggiunte dal *panel* in merito alla violazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 2, e quindi dell'art. 3, par. 3, dell'Accordo¹¹¹. Infatti, il collegio di secondo grado ha ritenuto che l'analisi del rischio non supportasse ragionevolmente il divieto di importazione oggetto della controversia, essenzialmente per il seguente motivo: gli studi scientifici riguardavano in modo generico la cancerogenicità di alcune categorie di ormoni, ma

109 *EC – Hormones*, rapporto del *panel*, cit., paragrafi 8.157-8.158;

110 *EC – Hormones*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 122. Come precisato dall'Organo d'appello «a *panel* charged with determining, for instance, whether “sufficient scientific evidence” exists [...] may, of course, and should, bear in mind that responsible, representative governments commonly act from perspectives of prudence and precaution where risks of irreversible damage to human health are concerned» (*ibidem*, par. 123).

111 *Ibidem*, paragrafi

non attenevano *specificamente* ai rischi per la salute pubblica causati dal consumo di carne e di prodotti derivati contenenti residui di ormoni somministrati a scopo di crescita negli allevamenti¹¹². È stato introdotto, quindi, un criterio sulla *specificità delle prove* che si traduce in un sindacato molto incisivo sul fondamento scientifico delle misure adottate secondo quanto previsto dall'art. 3, par. 3, dell'Accordo SPS.

Il rapporto dell'Organo d'appello, comunque, ha rilevato alcuni errori del *panel* rispetto all'interpretazione della nozione di *risk assessment* di cui all'art. 5, paragrafi 1 e 2, dell'Accordo. In primo luogo, il collegio di secondo grado ha ritenuto illegittimo il fatto che il *panel* avesse escluso *a priori* la rilevanza di elementi «not susceptible of quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical science»¹¹³. Secondo l'Organo d'appello, quindi, le prove scientifiche non sono l'unico fattore che uno Stato membro può legittimamente prendere in considerazione nell'ambito dell'analisi dei rischi – ma non sembra chiaro quali *elementi non scientifici* di carattere sociale, economico, etico o culturale possano essere rilevanti¹¹⁴. In secondo luogo, l'Organo d'appello, a differenza del *panel*, ha stabilito che un'analisi del rischio fondata su *opinioni minoritarie* («a divergent opinion coming from qualified and respected sources») supporterebbe

¹¹² *Ibidem*, paragrafi

¹¹³ *Ibidem*, par. 187. Secondo l'Organo d'appello «it is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die» (*ibidem*).

¹¹⁴ Stando alle affermazioni dell'Organo d'appello, contenute in qualche paragrafo successivo al passo sopra citato, l'art. 5, par. 2, dell'Accordo consentiva di prendere in considerazione nel caso di specie «risks arising from failure to comply with the requirements of good veterinary practice in the administration of hormones» (*ibidem*, par. 205). Infatti, «where the condition of observance of good veterinary practice is *not* followed, the logical inference is that the use of such hormones for growth promotion purposes may or may not be “safe”» (*ibidem*, par. 206). Comunque, l'Organo d'appello non ha ritenuto che la CE avesse preso in considerazione questo fattore nell'ambito della valutazione dei rischi e ciò ha contribuito a confermare la violazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 2 (*ibidem*, par. 208). Nel *case law* successivo, il passaggio dell'Organo d'appello riportato nel testo è stato interpretato «principally referring to control and enforcement problems rather than as providing a possibility for broad inclusion to risk assessment of non-scientific factors such as risk perception»: cfr. GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford, 2010, p. 128; v. anche SCOTT, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. A Commentary*, Oxford, 2007, pp. 98-101. Un elemento di carattere non scientifico è specificamente previsto dall'art. 5, par. 3 dell'Accordo SPS, il quale prevede che nella valutazione dei rischi per la salute e la vita degli animali possono essere presi in considerazione fattori di *carattere economico*, legati ai possibili danni in termini di mancata produzione e vendita; ai costi di eradicazione delle malattie dal territorio dello Stato importatore; e al rapporto tra costi e benefici di un'alternativa che limita i rischi.

ragionevolmente la misura SPS, considerato che le indagini scientifiche possono arrivare a conclusioni non unanimi¹¹⁵.

3.2.2 Il caso *EC - Biotech*

La controversia *EC - Biotech*¹¹⁶ ha riguardato alcune misure dell'UE e di alcuni suoi Stati membri adottate in materia di commercio di prodotti alimentari ottenuti tramite l'uso di biotecnologie (qui di seguito indicati come prodotti geneticamente modificati, prodotti GM). Tali misure riguardavano, in particolare, la moratoria *de facto* e i ritardi nella concessione delle autorizzazioni all'immissione in commercio di prodotti GM, e il divieto di commercializzazione di questi prodotti adottato da alcuni Stati membri della CE a titolo di misura di salvaguardia in base a quanto consentito dalla disciplina comunitaria¹¹⁷. La controversia era sorta su iniziativa degli Stati Uniti, del Canada e dell'Argentina, che contestavano la compatibilità di queste misure con la disciplina dell'Accordo SPS. È opportuno precisare, comunque, che l'esame del *panel* rispetto agli obblighi sul fondamento scientifico dell'Accordo SPS ha riguardato soltanto le misure di salvaguardia adottate da alcuni Stati membri dell'UE¹¹⁸.

L'UE invocava, anche in questa occasione, il *principio di precauzione* quale norma di diritto internazionale generale rilevante ai fini dell'interpretazione degli obblighi sul fondamento scientifico previsti dall'Accordo, ai sensi dell'art. 31, par. 3,

115 «The risk assessment could set out both the prevailing view representing the “mainstream” of scientific opinion, as well as the opinions of scientists taking a divergent view. Article 5. 1 does not require that the risk assessment must necessarily embody only the view of a majority of the relevant scientific community. [...] In most cases, responsible and representative governments tend to base their legislative and administrative measures on “mainstream” scientific opinion. In other cases, equally responsible and representative governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion coming from qualified and respected sources»: *EC - Hormones*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 194. L'Organo d'appello ha precisato che, in queste circostanze, la ragionevole relazione tra la misura e l'analisi del rischio non verrebbe a mancare «especially where the risk involved is life-threatening in character and is perceived to constitute a clear and imminent threat to public health and safety» (*ibidem*).

116 *EC - Approval and Marketing of Biotech Products*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS291/R-WT/DS292/R-WT/DS293/R del 29 settembre 2006, approvato dal DSB il 21 novembre 2006.

117 Le misure di salvaguardia dei prodotti GM erano state adottate da sei Stati membri (Austria, Francia, Germania, Grecia, Italia e Lussemburgo), sebbene la circolazione nel mercato interno degli stessi fosse stata autorizzata dalla Commissione europea. Per una presentazione dettagliata della controversia si rinvia ancora una volta a ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, cit., p. 259 ss.; v. anche LESTER, *EC - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, in *American Journal of Int. Law*, 2007, pp. 453-459.

118 Ciò poiché la moratoria *de facto* è stata considerata una misura di tipo procedurale non soggetta alla disciplina sul fondamento scientifico delle misure SPS.

lett. c), della Convenzione di Viena sul diritto dei trattati¹¹⁹. Per di più, l'UE riteneva che per risolvere la controversia il *panel* fosse tenuto a prendere in considerazione alcune norme di diritto pattizio in materia di circolazione e commercializzazione dei prodotti GM, in particolare la Convenzione sulla biodiversità del 1992 e il suo Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza del 2000, norme vincolanti per l'UE e, in una certa misura, anche per le altre parti della controversia¹²⁰. In ogni caso, l'UE riteneva che le misure oggetto della controversia fossero compatibili con la disciplina dell'Accordo SPS poiché adottate *in via provvisoria* da alcuni suoi Stati membri sulla base delle informazioni disponibili, secondo quanto consentito espressamente dall'art. 5, par. 7, dell'Accordo.

Rispetto al rilievo interpretativo del principio di precauzione, il *panel* ha ribadito la posizione espressa nel caso *EC – Hormones*, ossia l'inutilità di esprimersi sulla questione «importante ma astratta» della formazione di una norma generale sul principio di precauzione, essendo questo principio integrato nelle disposizioni dell'Accordo SPS¹²¹. Quanto alle norme di diritto pattizio sopra richiamate in materia di commercio dei prodotti GM, il *panel* ne ha escluso qualsiasi rilevanza, in particolare interpretando il termine «parti» di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), nel senso di «parti al trattato da interpretare» e non di «parti alla controversia»¹²². Rispetto all'art. 5, par. 7,

119 *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, cit., paragrafi 7.67 e 7.68.

120 Le parti della controversia vincolate dalla Convenzione sulla biodiversità erano l'UE, il Canada e l'Argentina, mentre gli Stati Uniti avevano soltanto firmato la Convenzione. Quanto al Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, al momento della controversia vi era vincolata la parte resistente, mentre il Canada e l'Argentina l'avevano solo firmato. V. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, cit., p. 264.

121 *EC – Biotech*, cit., par. 7. 89.

122 La pronuncia del *panel* in merito a questo punto è estremamente rilevante ai fini del tema in esame poiché, come si è detto, l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati consentirebbe di interpretare la disciplina OMC prendendo in considerazione qualsiasi norma di diritto internazionale applicabile tra le parti. Se il significato del termine «parti» di cui all'art. 31, par. 3, lett. c) è controverso, la decisione del *panel* che intende tale espressione nel senso di «parti al trattato da interpretare» limita considerevolmente la possibilità di prendere in considerazione nell'ambito di una controversia norme internazionali convenzionali esterne alla disciplina OMC: secondo questa impostazione, infatti, tali norme dovrebbero essere vincolanti per *tutti* gli Stati membri dell'OMC. Il problema verrà ripreso in seguito, nel Capitolo III, Sezione II. Intanto, per una critica all'approccio del *panel* rispetto alle norme internazionali esterne alla disciplina OMC rilevanti a diverso titolo nel caso di specie v. HENCKELS, *GMOs in the WTO: A Critique of the Panel's Legal Reasoning in EC – Biotech*, in *Melbourne Journal of Int. Law*, 2006, pp. 278-305; MCGRADY, *Fragmentation of International Law or "Systemic Integration" of Treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Journal of World Trade*, pp. 589-618; NEGI, *World Trade Organization and the EC Biotech Case, Procedural and Substantive Issues*, in *Int. Studies*, 2007, p. 5; PRÉVOST, *Opening Pandora's Box, The Panel's Findings in the EC-Biotech Products Dispute*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 67-101, p. 86 ss.; YOUNG, *The*

dell'Accordo SPS, il *panel* ha ritenuto che la disposizione non fosse applicabile nel caso di specie poiché il complesso di prove scientifiche esistenti al momento dell'adozione delle misure di salvaguardia sarebbe stato quantitativamente e qualitativamente *sufficiente* per svolgere l'analisi dei rischi¹²³. In particolare, il *panel* ha escluso che la sussistenza di una condizione di *insufficienza* delle prove scientifiche possa essere determinata prendendo in considerazione il livello di tutela perseguito da uno Stato membro – come sosteneva, invece, l'UE¹²⁴.

Non essendo applicabile l'art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS, il *panel* ha dovuto statuire in merito al reclamo di incompatibilità delle misure di salvaguardia adottate dagli Stati membri dell'UE rispetto all'art. 2, par. 2, dell'Accordo. Il rapporto del *panel* ha rilevato la violazione dell'art. 5, par. 1, quindi dell'art. 2, par. 2, poiché le prove presentate – compresi degli studi scientifici recenti elaborati entro la data di istituzione del *panel* – non sono state ritenute idonee a supportare l'esistenza di una «relazione oggettiva» tra la valutazione dei rischi e le misure di salvaguardia¹²⁵. L'UE non ha presentato ricorso all'Organo d'appello contro i riscontri stabiliti dall'esame del *panel*.

3.3.3. La continuazione del caso *EC -Hormones*

Il caso *EC – Hormones* è proseguito alcuni anni dopo su iniziativa dell'UE contro gli Stati Uniti e il Canada. In seguito all'adozione del rapporto dell'Organo d'appello, l'UE aveva commissionato una serie di ricerche sui pericoli per la salute derivanti del consumo di carne contenente residui di ormoni artificiali, quindi aveva confermato in via permanente il divieto di importazione dei prodotti contenenti residui di un particolare ormone (l'estradiolo-17β), e aveva altresì disposto un divieto di importazione *in via provvisoria* per i prodotti di carne contenenti altre cinque tipologie

WTO's Use of Relevant Rules of International Law: An Analysis of the Biotech Case, in *Int. & Comparative Law Quarterly*, 2007, pp. 907-30.

123 Il *panel* ha stabilito ciò sostanzialmente constatando il fatto che il Comitato scientifico dell'UE aveva escluso che gli studi di cui si erano avvalsi gli Stati membri dell'UE per adottare le misure di salvaguardia compromettessero la validità delle conclusioni sulla sicurezza degli prodotti GM a cui era precedentemente giunto a seguito della sua analisi dei rischi. In proposito si veda il commento di GRADONI, RUIZ FABRI, *Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des «OGM»*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1532 ss., che criticano l'approccio del *panel* poiché esso, pur volendo stabilire la necessità di un *criterio oggettivo* per verificare la sufficienza delle prove scientifiche esistenti, si riferisce poi alla *valutazione soggettiva* del Comitato scientifico dell'UE.

124 *EC – Biotech*, cit., par.

125 *Ibidem*, par.

di ormoni, riservandosi di svolgere l'analisi dei rischi quando sarebbero state acquisite informazioni e dati scientifici più completi¹²⁶. L'UE, quindi, riteneva che la nuova normativa fosse compatibile con gli obblighi sul fondamento scientifico previsti dall'Accordo SPS. Per questo motivo, l'UE contestava la legittimità del comportamento degli Stati Uniti e del Canada ai sensi dell'art. 23 del DSU, consistente nella continuazione delle sospensioni alle concessioni tariffarie accordate all'UE, precedentemente autorizzate dal DSB, poiché riteneva di aver adempiuto a quanto stabilito nel rapporto dell'Organo d'appello.

Il rapporto dell'Organo d'appello sulla continuazione del caso *EC – Hormones (US – Continued Suspension)*¹²⁷ ha segnato un'importante evoluzione in merito allo *standard of review* della valutazione scientifica operata da uno Stato membro, pertanto è opportuno soffermarsi ad esporne i passaggi più significativi. A tal fine, occorre indicare sinteticamente che il *panel* istituito per esaminare la nuova controversia aveva stabilito che il divieto *permanente* del commercio di prodotti di carne contenenti residui di estradiolo-17 β non fosse supportato da un'analisi del rischio conforme all'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS; e che il divieto adottato *in via provvisoria* relativo alle altre cinque tipologie di ormoni non trovava copertura nell'art. 5, par. 7, dell'Accordo¹²⁸. L'Organo d'appello non ha confermato nessuna delle due distinte violazioni dell'Accordo SPS riscontrate dal *panel*, censurando in più punti l'interpretazione delle disposizioni rilevanti fornita dal *panel*. Comunque, nel procedimento contenzioso di secondo grado non è stata completata l'analisi della compatibilità della misura UE all'Accordo SPS: l'Organo d'appello ha ritenuto opportuno astenersi dal proseguire l'analisi considerando che i fatti della controversia non erano stati sufficientemente accertati dall'organo competente¹²⁹.

126 Per una presentazione dettagliata della controversia si rinvia ancora una volta ad ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, cit., p. 268 ss.

127 *US – Continued Suspension, Canada – Continued Suspension*, rapporto del *panel*, doc. WT/DS320/R-WT/DS321/R del 31 marzo 2008; rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS/320/AB/R-WT/DS321/AB/R del 16 ottobre 2008 e adottato il 14 novembre 2008.

128 Per esaminare il reclamo presentato dall'UE – concernente soltanto la violazione dell'art. 23 del DSU – il *panel* ha ritenuto necessario verificare, in via preliminare, se la nuova misura adottata dall'UE fosse compatibile con l'Accordo SPS. In particolare, secondo il *panel*, gli studi dimostravano sì la presenza di rischi per la salute causati dall'estradiolo, ma non *in modo specifico* i rischi per la salute derivanti dai residui dell'ormone presenti nella carne: *US – Continued Suspension*, rapporto del *panel*, cit., par. 7.537.

129 *Ibidem*, par.

L'Organo d'appello ha censurato l'esame del *panel* sulla conformità della misura UE all'art. 5, par. 1, dell'Accordo. In proposito, l'UE aveva reclamato la violazione dell'art. 11 del DSU – disposizione che prevede che il *panel* è tenuto a svolgere «an objective assessment of the matter before it» – sostenendo che il *panel* avesse oltrepassato i limiti del suo mandato decidendo *al posto dell'UE* sull'analisi dei rischi¹³⁰. Il collegio di secondo grado ha precisato, innanzitutto, che «the review power of a panel is not to determine whether the risk assessment undertaken by a WTO Member is correct, but rather to determine whether that risk assessment is supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and is, in this sense, objectively justifiable»¹³¹. Inoltre, secondo l'Organo d'appello, il *panel* avrebbe potuto servirsi della consulenza di esperti soltanto per comprendere se la valutazione dei rischi compiuta dall'UE provenisse «from a respected and qualified source», ma non per stabilire come invece aveva effettuato, i rischi per la salute pubblica posti dall'ormone oggetto della misura UE¹³².

La censura dell'Organo d'appello ha riguardato anche l'esame del *panel* sull'art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS. Al contrario di quanto sosteneva l'UE, il *panel* aveva

130 Secondo l'UE: «Instead of determining whether “there was any reputable support within the relevant scientific community for the determination made by the European Communities in the light of its chosen level of protection” the Panel decided “to become the jury on the correct science ... by picking and choosing between conflicting and contradictory opinions of the experts in an arbitrary manner”. As a result, the Panel impermissibly engaged in a *de novo* review of the European Communities' risk assessment and failed to take into account diverging views among the experts reflecting a “genuine and legitimate scientific controversy” concerning three particular issues: exposure of humans to hormones from multiple endogenous and exogenous sources; genotoxicity of oestradiol-17 β ; and specificity or direct causality»: cfr. *ibidem*, par. 585.

131 *Ibidem*, par. 590.

132 «Looking at the Panel's analysis of whether the European Communities specifically assessed the risks arising from the consumption of meat from cattle treated with oestradiol-17 β , we note that a significant portion of the Panel's reasoning consists of summaries of the responses of the experts. [...] Given the applicable standard of review and the role of the Panel that is determined by it, the Panel's analysis should have proceeded differently. The Panel should have first looked at the European Communities' risk assessment. It should then have determined whether the scientific basis relied upon in that risk assessment came from a respected and qualified source. *The Panel should have sought assistance from the scientific experts in confirming that it had properly identified the scientific basis underlying the European Communities' risk assessment or to determine whether that scientific basis originated in a respected and qualified source.* The Panel should also have sought the experts' assistance in determining whether the reasoning articulated by the European Communities on the basis of the scientific evidence is objective and coherent, so that the conclusions reached in the risk assessment sufficiently warrant the SPS measure. Instead, the Panel *seems to have conducted a survey of the advice presented by the scientific experts and based its decisions on whether the majority of the experts, or the opinion that was most thoroughly reasoned or specific to the question at issue, agreed with the conclusion drawn in the European Communities' risk assessment.* This approach is not consistent with the applicable standard of review under the SPS Agreement»: *ibidem*, par. 598 (corsivo aggiunto).

stabilito che il divieto riguardante i prodotti contenenti residui di ormoni diversi dall'estradiolo-17 β non poteva rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione in questione, perché nel caso di specie le prove scientifiche esistenti sarebbero state sufficienti ad operare una valutazione dei rischi. L'Organo d'appello ha ritenuto che la condizione di *sufficienza* delle prove non può essere accertata senza tener conto del livello di protezione prescelto dallo Stato membro¹³³. Nel caso in cui sia stato scelto un livello elevato di protezione che non coincide con quello di uno *standard* internazionale, è anzi ammissibile che lo Stato membro prenda in considerazione elementi diversi rispetto a quelli che sorreggono la valutazione del rischio effettuata a livello internazionale¹³⁴. Pertanto, uno Stato membro può legittimamente considerare *insufficienti* le prove sulle quali si basano i documenti elaborati da organismi internazionali, senza che sia necessaria, come invece ritenuto dal *panel*, una «critical mass of new evidences»: cioè anche solo in presenza di *sviluppi scientifici che mettano in dubbio* l'idoneità di un complesso di prove scientifiche a confermare le conclusioni raggiunte nella valutazione dei rischi precedentemente effettuata¹³⁵.

3.3.4. Considerazioni conclusive

Sulla base delle controversie esaminate, si deve ritenere che si sia affermato un approccio interpretativo degli obblighi sul fondamento scientifico delle misure SPS che, *in linea di principio*, non preclude agli Stati membri la facoltà di adottare misure precauzionali a tutela della salute in presenza di situazioni di incertezza scientifica. Infatti, sebbene sia stato escluso il rilievo interpretativo ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati di un eventuale principio di precauzione quale norma di diritto internazionale generale *esterna* alla disciplina dell'OMC, sembra ben chiaro agli organi dell'OMC che il principio di precauzione sia un principio *intrinseco* alla disciplina dell'Accordo SPS garantito, in particolar modo, dal disposto dell'art. 3, par. 3, che consente a ciascuno Stato membro di determinare

133 *Ibidem*, paragrafi 682-687.

134 *Ibidem*, paragrafi 688-698.

135 *Ibidem*, paragrafi 699-712.

il livello di tutela della salute considerato appropriato, più elevato di quello perseguito dagli *standard* internazionali esistenti¹³⁶.

Per quanto riguarda la possibilità di giustificare le misure SPS sulla base dell'art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS è particolarmente rilevante l'approccio seguito dall'Organo d'appello nella controversia sulla continuazione del caso *EC – Hormones*. Come si è visto, secondo l'Organo d'appello, il ricorso a misure adottate *in via provvisoria* dovrebbe essere consentito non solo in assenza di studi scientifici, ma anche quando vi siano *singoli sviluppi scientifici* che mettano in dubbio la validità di un complesso di prove prese in considerazione in una precedente analisi dei rischi¹³⁷. Per quanto riguarda, invece, la possibilità di giustificare le misure SPS sulla base dell'art. 2, par. 2, quindi dell'art. 5, par. 1, dell'Accordo in parola, il sindacato degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC appare ambivalente. Infatti, da una parte, è stato riconosciuto che gli Stati membri possono legittimamente fondare le proprie misure restrittive sull'*opinione minoritaria* degli scienziati, nonché riferirsi a rischi che non riguardino *esclusivamente le osservazioni di natura empirica*. Dall'altra parte, tuttavia, è stato stabilito un livello elevato di *specificità* delle prove scientifiche per considerare la misura SPS obiettivamente sostenuta dall'analisi dei rischi. Dalla prassi successiva alle controversie sopra esaminate si evince lo svolgimento di un sindacato sempre più intrusivo in merito all'obiettività e alla coerenza del ragionamento che segue la valutazione dei rischi¹³⁸. È forse per questa ragione che la

136 In proposito, si segnala che una parte della dottrina ha fortemente criticato la decisione dell'Organo d'appello di escludere il possibile rilievo interpretativo del principio di precauzione quale norma esterna alla disciplina dell'OMC. Tuttavia, un'attenta analisi della prassi degli Stati membri e degli organi dell'OMC dimostra che il principio di precauzione è un *principio intrinseco* alla disciplina dell'Accordo SPS, ed anche a quella del GATT e dell'Accordo TBT: cfr. GRADONI, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, p. 625 ss. Più in particolare, sembra condivisibile l'idea che il richiamo al principio di precauzione quale *norma esterna* non sia pertinente in relazione all'interpretazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 7, dell'Accordo SPS poiché tale richiamo non chiarisce «il contenuto di quella norma esterna al sistema che dovrebbe condurre gli organi dell'OMC a *soluzioni diverse* da quelle già desumibili dalle disposizioni dell'Accordo SPS»: cfr. GRADONI, op. ult. cit., p. 644. Come rilevato, quindi, nell'OMC, e in particolare nell'ambito dell'Accordo SPS, «la “disputa sulla precauzione” si è trasferita sul piano delle *petites règles* che concretizzano e al tempo stesso delimitano la portata del principio»: *ibidem*, p. 683.

137 Quest'interpretazione di portata generale dovrebbe assicurare il ricorso a misure di tutela della salute altamente precauzionali: v. MERCURIO, SHAO, *A Precautionary Approach to Decision Making: The Evolving Jurisprudence on Article 5.7 of the SPS Agreement*, in *Trade, Law and Development*, 2010, p. 195 ss. Un'interpretazione in questo senso avrebbe consentito di ritenere giustificate le misure oggetto di controversia nel caso *EC – Biotech* sulla base dell'art. 5, par. 7.

138 Ciò si evince in particolar modo dal rapporto dell'Organo d'appello sul caso *Australia – Apples* (rapporto del *panel*, doc. W/DS367/R del 9 agosto 2010; rapporto dell'Organo d'appello, doc.

violazione dell'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS è stata puntualmente riscontrata in tutte le controversie in cui tale disposizione è finora venuta in rilievo¹³⁹.

Infine, è opportuno segnalare che è molto raro che le misure SPS vengano ritenute dagli organi dell'OMC conformi al requisito di *necessità* previsto dall'art. 5, par. 6, dell'Accordo SPS qualora venga contestata dallo Stato membro ricorrente la compatibilità della misura in questione rispetto a tale disposizione¹⁴⁰.

Alla luce di queste valutazioni, può ritenersi ancora sostanzialmente valida l'osservazione per cui per giustificare una misura SPS «sembrebberebbe richiedersi una prova scientifica non già della mera esistenza di un rischio, bensì della *sicura nocività*» dei prodotti¹⁴¹.

W/DS367/AB/R del 29 novembre 2010, adottato dal DSB il 17 dicembre 2010), il primo caso successivo alla controversia sul divieto di importazione della carne contenente residui di ormoni artificiali. Come rilevato dalla dottrina, il rapporto dell'Organo d'appello sul caso *Australia – Apples* autorizza il *panel* a svolgere una valutazione serrata del ragionamento dell'organo che ha compiuto l'analisi dei rischi (*risk assessor*), anche quando l'analisi sia stata elaborata da *esperti*; invece, per l'esame concernente il contenuto informativo delle prove scientifiche, il rapporto dell'Organo d'appello conferma che il *panel* debba effettuare un sindacato meno stringente. Cfr. GRUSZCZYNSKI, *Standard of Review of Health and Environmental Regulations by WTO Panels*, cit., pp. 752-756; PEEL, *Of Apples and Oranges (and Hormones in Beef): Science and the Standard of review in WTO Disputes Under the SPS Agreement*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 427 ss., pp. 449-452.

139 L'Organo d'appello ha precisato che il rispetto dell'art. 5, par. 1, costituisce solo una presunzione di conformità all'art. 2, par. 2, presunzione che lo Stato convenuto può superare, adducendo prove scientifiche che dimostrino l'esistenza di rischi sanitari. Alcune misure SPS adottate allo scopo di tutelare la salute umana e animale – in particolare per prevenire la diffusione di epidemie (come il virus dell'influenza aviaria) tramite il consumo di alimenti – sono state ritenute compatibili all'art. 2, par. 2, dell'Accordo SPS, nonostante l'assenza di un'adeguata valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 5, par. 1, dello stesso Accordo. Le prove presentate *ex post facto* davanti agli organi di soluzione delle controversie sono state ritenute sufficienti ai sensi dell'art. 2, par. 2. Cfr. le misure oggetto del caso *US – Poultry (China)*, con riguardo al rapporto del *panel*, doc. WT/DS392/R del 29 settembre 2010, adottato dal DSB il 25 ottobre 2010; e alcune delle misure oggetto del caso *India – Agricultural Products*, con riguardo al rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS430/AB/R del 4 giugno 2015, adottato dal DSB il 19 giugno 2015. In materia v. DE POOTER, *Le droit international face aux pandémies*, Paris, 2015, pp. 450-454.

140 In proposito v. SCHEBESTA, SINOPOLI, *The Potency of the SPS Agreement's Excessivity Test. The Impact of Article 5.6 on Trade Liberalization and the Regulatory Power of the WTO Members to Take Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *Journal of Int. Economic Law*, 2018, p. 123. ss.

141 Cfr. PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 212.

3.2. Misure restrittive a tutela della biodiversità e ambito di applicazione dell'Accordo SPS

La regolamentazione dei prodotti agroalimentari derivati dall'applicazione della moderna biotecnologia¹⁴² si confronta, da diversi decenni, con preoccupazioni legate alla tutela di interessi non economici che, come si è visto, in linea di principio dovrebbero trovare spazio anche nella disciplina dell'OMC. Il caso *EC – Approval and Marketing of Biotech Products* è, finora, l'unica controversia nella quale sia stata valutata la compatibilità di misure relative alla commercializzazione di tali prodotti rispetto alla disciplina multilaterale sugli scambi¹⁴³. In seguito ad una lunga e dettagliata analisi, il rapporto del *panel* ha stabilito che le misure oggetto della controversia rientrassero nell'ambito di applicazione dell'Accordo SPS, e pertanto ha proceduto a verificarne la compatibilità esclusivamente in relazione alla disciplina contenuta in quest'Accordo. Tuttavia, sembra opportuno evidenziare che la qualificazione delle misure sulla commercializzazione di prodotti biotecnologici come misure SPS è una questione controversa.

La riconducibilità di una misura all'Accordo SPS, come si è visto, dipende essenzialmente dallo scopo che essa persegue: le finalità contenute nella definizione di cui all'Allegato all'Accordo riguardano la protezione della salute umana o animale da rischi alimentari dovuti alla presenza di additivi, contaminanti, tossine o agenti patogeni contenuti nei cibi o nei mangimi; la protezione della salute umana, animale e vegetale dai rischi causati dalla diffusione di malattie ad opera di animali, piante o parassiti. Per quanto concerne le normative restrittive del commercio di prodotti biotecnologici, occorre rilevare che esse si caratterizzano per un certo grado di complessità poiché perseguono *fini molteplici*. Infatti, se tali normative vengono adottate in una certa misura per garantire la sicurezza alimentare, esse perseguono anche finalità più generali di tutela ambientale, quali la prevenzione di *rischi ecologici*

142 Si tratta di prodotti destinati alla coltivazione (semi GM) o all'alimentazione umana e animale (alimenti e mangimi ottenuti da prodotti ottenuti dalla coltivazione di piante GM). L'attuale impiego di biotecnologie nel settore agroalimentare interessa le colture di alcune piante, prevalentemente cotone, mais, grano e colza, delle quali viene modificato il patrimonio genetico per renderle maggiormente resistenti agli insetti e tolleranti agli erbicidi, quindi per aumentare la produttività dei raccolti.

143 Gli Stati Uniti, il Canada e l'Argentina contestavano la compatibilità delle misure adottate da alcuni Stati membri della CE concernenti il divieto di commercializzazione di prodotti GM rispetto a diverse disposizioni del GATT, dell'Accordo TBT e dell'Accordo SPS.

e la *conservazione della diversità biologica*, peraltro sulla base di precisi obblighi internazionali esistenti in questa materia¹⁴⁴.

Nel caso *EC – Biotech*, il *panel* non si è posto il problema di determinare se le misure oggetto della controversia perseguissero finalità multiple, e quindi se ci fosse una finalità *prevalente* idonea a determinare la disciplina OMC applicabile. Questo problema, infatti, è stato evitato attraverso la scomposizione del rischio per la diversità biologica in una somma di innumerevoli «rischi per la salute e la vita di singoli organismi viventi», che sono stati quindi considerati rientranti nella definizione di misura SPS. Così facendo, il *panel* ha negato, di fatto, che la tutela della diversità biologica potesse rilevare quale finalità autonoma delle misure e come problematica di tipo ambientale piuttosto che «sanitaria»¹⁴⁵. Come ha rilevato un'attenta dottrina, questo risultato interpretativo è stato ottenuto attraverso una forzatura del significato

144 In materia rilevano la *Convenzione sulla diversità biologica*, adottata a Nairobi nel maggio 1992 ed entrata in vigore nel 1994, ed il *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza* adottato nel gennaio del 2000 ed entrato in vigore nel 2003. Si veda in particolare l'art. 8, lett. g), della Convenzione, che prevede l'obbligo di ciascuna Parte di istituire o mantenere i mezzi necessari per regolamentare, gestire o controllare i rischi associati all'uso ed al rilascio di *organismi viventi modificati risultanti dalla biotecnologia*, che rischiano di produrre impatti ambientali negativi suscettibili di influire sulla conservazione e l'uso durevole della diversità biologica, anche in considerazione dei rischi per la salute dell'uomo. Si noti che nel Preambolo della Convenzione la tutela della diversità biologica è riconosciuto come un *interesse comune dell'umanità* («a common concern of humanity»). L'art. 2 della Convenzione precisa il significato dell'espressione «diversità biologica», con la quale s'intende la variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi gli ecosistemi terrestri, marini ed altri ecosistemi acquatici, ed i complessi ecologici di cui fanno parte. Il Protocollo è la disciplina pertinente in materia di commercio dei prodotti biotecnologici: come previsto dall'art. 1, il suo obiettivo è quello di contribuire ad assicurare un livello adeguato di protezione ed utilizzo sicuri degli organismi viventi modificati ottenuti con le moderne biotecnologie *con specifica attenzione ai movimenti transfrontalieri di detti organismi*. Sul tema v. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004.

145 Precedentemente alla controversia *EC – Biotech*, la dottrina aveva espresso forti dubbi sulla possibilità di applicare l'Accordo SPS alle misure restrittive del commercio di prodotti biotecnologici adottate con lo scopo di preservare la biodiversità. Cfr. PAVONI, op. ult. cit., p. 305, che afferma: «Un provvedimento di quarantena volto a proteggere la salute delle piante e degli animali dalla diffusione di OGM al contempo contribuisce alla difesa della biodiversità. Qui, però, è evidente come la finalità immediata della misura si mostri meramente strumentale rispetto al perseguimento di un obiettivo di maggiore importanza e portata non contemplato in sé e per sé fra i rischi disciplinati dall'Accordo [SPS]». Per una critica alla decisione di ricondurre la tutela della biodiversità nell'ambito di applicazione dell'Accordo SPS v. CONRAD, *The EC-Biotech Dispute and the Applicability of the SPS Agreement: Are the Panel's Findings Built on Shaky Ground?*, in *World Trade Review*, 2007, p. 233 ss.; PEEL, *Scope of application of the SPS Agreement: A Post-Biotech Analysis*, in *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Van Calster, Prèvoist, (a cura di), Cheltenham, 2013, p. 332 ss. Un altro limite all'applicabilità dell'Accordo SPS è costituito dal fatto che le misure SPS sono – per definizione – quelle volte a proteggere i rischi sul territorio dello Stato che le adotta, quindi un divieto di commercio e importazione di prodotti GM che abbia l'intento di salvaguardare la biodiversità *in generale*, anche in altri Stati, non potrebbe venire qualificato – a rigor di logica – una misura SPS: cfr. al riguardo PAVONI, op. ult. cit., p. 306.

ordinario dei termini rilevanti nella definizione di misura SPS di cui all'Allegato A dell'Accordo, soprattutto dei termini «animali» e «piante», nonché attraverso l'attribuzione di un'accezione del termine *rischio* che ricomprende i rischi attribuibili anche solo *in via indiretta* ai prodotti GM¹⁴⁶.

La dottrina ha criticato quest'interpretazione estensiva, in qualche modo artificiale, della definizione di misura SPS: la riconducibilità di una determinata misura all'Accordo SPS andrebbe effettuata con cautela, soprattutto se si considera che quest'Accordo introduce obblighi più incisivi rispetto a quelli del GATT e, in una certa misura, anche rispetto a quelli dell'Accordo TBT¹⁴⁷. L'applicazione di una disciplina più rigorosa in termini di *fondamento scientifico* delle misure, quale quella dell'Accordo SPS, restringe la possibilità di considerare giustificate legittime scelte di tutela della diversità biologica nell'ambito del sistema multilaterale sul commercio internazionale, e quindi conduce più facilmente a situazioni di conflitto tra i vincoli del sistema dell'OMC e le norme internazionali esterne esistenti in materia di tutela dell'ambiente¹⁴⁸.

146 Nei termini «animali» e «piante» è stata ricompresa, rispettivamente, la microfauna e la microflora. Per quanto riguarda i *rischi indiretti*, si tratta, ad esempio, della possibilità che l'uso di geni marcatori di resistenza agli antibiotici nelle piante GM trasferisca ai microrganismi contenuti nel suolo, quindi nelle falde acquifere, le caratteristiche di resistenza agli antibiotici: v. PEEL, *Scope of Application of the SPS Agreement*, cit., pp. 346-347.

147 Come osservato «although the TBT Agreement may also require a scientific justification for a measure that is aimed at protecting human, animal, or plant life or health, this obligation is not translated into demanding obligations of formal risk assessment»: cfr. GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law*, cit., p. 66. Peraltro, si ricorda che la tutela dell'ambiente è espressamente richiamata tra gli obiettivi legittimi di tutela previsti dall'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT.

148 Non sembra irrilevante considerare la «different nature of available scientific knowledge regarding most environmental problems as opposed to those associated with quarantine pest or diseases, or toxins of concern for human health»: cfr. PEEL, op. ult. cit., p. 340. Nel diritto dell'UE di recente si registra la presenza di scopi non legati alla *sicurezza alimentare* umana o animale, per i quali è possibile adottare misure restrittive in merito alla circolazione dei prodotti GM. In proposito, si veda la direttiva UE 2015/412 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2015 che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio. L'art. 1 della direttiva 2015/412 consente ad uno Stato membro di adottare misure che limitano o vietano la coltivazione di OGM se basate su fattori imperativi connessi a obiettivi di politica ambientale, pianificazione urbana e territoriale, uso del suolo, impatti socio-economici, esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, obiettivi di politica agricola; ordine pubblico, purché tali motivazioni non contrastino con la valutazione di *rischio ambientale* effettuata a norma del regolamento CE n. 1829/2003.

SEZIONE II – LA RIDUZIONE DEGLI OSTACOLI TECNICI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE

1. La diffusione di obblighi di armonizzazione cd. WTO-Plus negli accordi istitutivi di zone di libero scambio

La riduzione degli ostacoli di natura non tariffaria derivanti dalle normative che regolamentano il commercio di beni e servizi è un obiettivo perseguito non solo nell'ambito del sistema multilaterale del commercio ma anche, e a più forte ragione, nei contesti di integrazione economica regionale.

Gli accordi che creano zone di libero scambio ribadiscono, anzitutto, gli impegni relativi alla materia qui in discussione assunti nell'ambito dell'OMC. È frequente, peraltro, che il contenuto dell'Accordo TBT e dell'Accordo SPS, oppure di una parte di essi, venga direttamente integrato nell'accordo preferenziale attraverso esplicite norme di rinvio¹⁴⁹.

Si registra, inoltre, una tendenza piuttosto recente ad inserire negli accordi di libero scambio disposizioni più incisive rispetto a quelle contenute negli accordi OMC (c.d. obblighi WTO-plus) al fine di garantire alle parti dell'accordo preferenziale un'armonizzazione più ampia rispetto a quella realizzabile attraverso gli strumenti previsti dagli accordi del sistema multilaterale del commercio¹⁵⁰.

Le disposizioni maggiormente significative rispetto all'obiettivo di armonizzazione da ultimo indicato sono quelle che prevedono l'obbligo degli Stati parti di adoperarsi al fine di rendere compatibili i rispettivi regolamenti tecnici, nonché l'impegno di ciascuna parte a riconoscere l'equivalenza delle normative tecniche adottate dall'altra parte, impegno previsto a carico della Parte importatrice di determinati beni o servizi che, in genere, scaturisce da un'esplicita richiesta della Parte

149 V., ad esempio, per quanto riguarda l'Accordo TBT: l'art. 4.2 del CETA, l'art. 7.3 dell'accordo tra Unione europea e Giappone, l'art. 11.3 dello USMCA, e l'art. 8.2 dell'accordo tra gli Stati Uniti e l'Australia. Per l'Accordo SPS v., invece, l'art. 5.4 del CETA e l'art. 9.4 dello USMCA.

150 Questo dato si evince dalla consultazione diretta di alcuni accordi di libero scambio considerati particolarmente significativi, nonché da alcuni studi che hanno esaminato un numero statisticamente rilevante di accordi commerciali preferenziali: cfr. Villalta, Puig, *Nature and Enforceability of WTO-plus SPS and TBT Provisions in Canada's PTAs: From NAFTA to CETA*, in *World Trade Review*, 2016, p. 51 ss; Alshareef, *Technical Standards Liberalization in FTAs of the United States, the European Union and China*, in *Journal of World Trade*, 2019, p. 433 ss.

esportatrice¹⁵¹. In questi accordi, l'intento di ravvicinare le rispettive normative tecniche è quindi reso effettivo attraverso la previsione di precisi obblighi di cooperazione – nell'ambito di comitati o altri tipi di organi appositamente istituiti – riguardanti tanto l'elaborazione degli standard che costituiscono il fondamento delle rispettive normative tecniche interne, quanto il riconoscimento dell'equivalenza tra le normative esistenti in ciascuno Stato parte¹⁵².

Sulla base di quanto si è detto, si deve desumere che la tipologia di disposizioni appena indicata incida in una certa misura sull'autonomia di ciascuna Parte a definire il livello di tutela da assicurare a valori non commerciali che vengano eventualmente in rilievo nella regolamentazione di alcuni beni o servizi. Tale incidenza si verifica in particolar modo qualora l'accordo non escluda il ricorso ai meccanismi di soluzione delle controversie per la violazione dell'impegno a garantire la compatibilità e l'equivalenza delle normative tecniche¹⁵³. È vero che, in linea generale, lo Stato di importazione di determinati beni o servizi può rifiutarsi di riconoscere come equivalenti le normative dello Stato di esportazione, ma in tal caso il primo Stato è tenuto comunque a motivare le ragioni alla base della propria decisione¹⁵⁴.

Alcuni accordi, inoltre, prevedono un vero e proprio obbligo dello Stato di importazione di riconoscere l'equivalenza delle normative dello Stato di esportazione quando quest'ultimo dimostri al primo in modo obiettivo che la propria normativa raggiunge il livello di protezione stabilito dalla parte importatrice. È questo il caso, ad esempio, del CETA e dello USMCA in relazione alle misure sanitarie e fitosanitarie¹⁵⁵.

151 V., ad esempio, l'art. 4.4 del CETA e l'art. 11.9 dello USCMA.

152 Così l'art. 4.4 del CETA, che stabilisce l'obbligo di cooperare nella fase dell'*elaborazione* di una normativa quando una Parte voglia adottare un regolamento tecnico di portata equivalente a quella di un regolamento esistente o in corso di elaborazione nell'altra Parte (più precisamente, quest'ultima è tenuta a fornire alla prima le informazioni gli studi e i dati che ritiene pertinenti); nonché al momento della *richiesta* rivolta da una Parte all'altra di *ritenere equivalente* una regolamentazione adottata: la Parte che riceve la richiesta, se non concorda sull'equivalenza della normativa tecnica ai propri standard, è tenuta a comunicare Parte richiedente le ragioni alla base della propria valutazione.

153 È questo il caso, ad esempio, del CETA e dello USMCA (in questo Accordo, però, è obbligatorio cercare di risolvere la questione attraverso consultazioni tra gli Stati, in particolare attraverso un confronto tra i rispettivi organi amministrativi specializzati nella materia).

154 V., ad esempio, l'art. 4.4 del CETA.

155 V. l'art. 5.6 del CETA, e l'art. 9.9, par. 11, dello USCMA. Entrambi gli accordi non escludono l'azionabilità dei sistemi di soluzione delle controversie per la violazione di tali obblighi. Per quanto riguarda il CETA, è vero che la disposizione che incorpora l'art. XX GATT garantisce l'applicabilità della clausola di eccezione al Capo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (cfr. l'art. 28.3 del CETA), ma non si comprende l'effettiva portata di questa disposizione se si considera che gli obblighi relativi alle misure sanitarie e fitosanitarie – come espressamente previsto dall'Accordo SPS – si configurano come *lex specialis* rispetto all'art. XX GATT.

Deve rilevarsi, infine, la recente tendenza ad inserire negli accordi preferenziali disposizioni che prevedono forme di cooperazione regolamentare esercitabili in più settori normativi al fine di facilitare gli scambi commerciali e gli investimenti tra le parti¹⁵⁶. Tali previsioni non sembrano indicare la possibilità di adottare o modificare congiuntamente leggi e regolamenti nell'ambito di tali forme di cooperazione, ma è prevedibile che ciascuna parte si esponga a ricevere l'influenza degli altri Stati, soprattutto nei settori in cui questi ultimi sono interessati alle esportazioni di beni e servizi, per quanto riguarda la determinazione dei contenuti, tanto sostanziali che procedurali, delle proprie normative¹⁵⁷. I capitoli dedicati alla cooperazione regolamentare contengono, peraltro, disposizioni che fanno salvo il diritto di ciascuna parte di determinare il livello di tutela degli obiettivi di natura pubblica (come la salute, la sicurezza, gli standard ambientali) che si considera appropriato, ma il valore di queste disposizioni non è chiaro, posto che la valutazione del livello di tutela «appropriato» è una scelta essenzialmente politica che quindi può venire influenzata nell'ambito delle trattative dalla parte che abbia interesse a stabilire un livello di tutela inferiore¹⁵⁸.

2. L'eliminazione o la riduzione degli ostacoli tecnici nell'ambito degli accordi che istituiscono forme di integrazione economica particolarmente avanzata

La progressiva riduzione degli ostacoli agli scambi di natura tecnica, derivanti dalla difformità delle normative nazionali che regolamentano il commercio di beni e servizi, è un obiettivo essenziale per l'instaurazione di un *mercato comune* o di un'*unione economica* tra Stati. Negli accordi che si propongono di realizzare tali forme di integrazione, la riduzione degli ostacoli tecnici è assicurata attribuendo agli organi istituiti dall'accordo il potere di adottare atti di armonizzazione vincolanti per gli Stati parti. È in relazione a tale fenomeno normativo che ci si propone di verificare le

156 Per il CETA, v. il Capo 21.

157 Cfr. Alemanno, *International Regulatory Cooperation and Its Discontents: What Is Really at Stake in TTIP?*, su *SIDIBlog*, 4 febbraio 2015, le cui considerazioni sembrano ancora attuali, sebbene relative al Capo sulla cooperazione regolamentare contenuto nella *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), il cui negoziato, come noto, è allo stato fallito.

158 Cfr. *ibidem*.

modalità di protezione degli interessi non economici. L'indagine è limitata al contesto dell'Unione europea, considerata la rilevanza che gli strumenti di ravvicinamento delle normative interne ha progressivamente assunto in questo contesto regionale. La maggiore attenzione dedicata all'Unione europea si giustifica, peraltro, considerando che tale esperienza costituisce un modello di riferimento per le organizzazioni di integrazione economica istituite in altre aree geografiche.

2.1. L'integrazione positiva nell'Unione europea: l'art. 114 TFUE

In relazione al mercato comune (o *interno*, utilizzando la definizione che si rinviene oggi nei Trattati) l'Unione europea esercita una competenza di natura concorrente con quella degli Stati membri¹⁵⁹. Per la realizzazione del mercato interno rileva, in particolar modo, l'art. 114 TFUE, disposizione che consente di adottare «misure di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»¹⁶⁰.

In base all'art. 114, par. 1, TFUE gli atti di ravvicinamento sono adottati secondo la *procedura legislativa ordinaria*. Come noto, la disposizione venne introdotta nei trattati con l'Atto unico europeo per accelerare i tempi di realizzazione del mercato comune, considerato che, prima di allora, l'adozione di atti di armonizzazione era contemplata soltanto attraverso il ricorso al voto all'*unanimità* del Consiglio¹⁶¹.

159 V. l'art. 4, par. 2, lett. a), TFUE. Ai sensi dell'art. 26 TFUE, «l'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati» (par. 1), e «il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati» (par. 2).

160 L'art. 114, par. 1, TFUE. Tale base giuridica si applica in via generale, ossia *salvo che i trattati non dispongano diversamente*.

161 La disposizione che prevedeva il voto all'unanimità del Consiglio venne mantenuta nei Trattati ed è ancora presente nel TFUE quale *base giuridica speciale*: l'art. 115 TFUE prevede, infatti, che «*fatto salvo l'articolo 114*, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale [...] stabilisce l'adozione di direttive di ravvicinamento [...] che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno» (corsivo aggiunto). Come si ricorderà, prima dell'introduzione della disposizione che oggi corrisponde all'art. 114 TFUE, la Corte di giustizia aveva apportato un importante contributo all'obiettivo di ridurre gli ostacoli tecnici tra gli Stati membri affermando il *principio del mutuo riconoscimento delle normative interne*, principio

Questo dato non è influente per quanto riguarda il tema qui in esame: la disposizione in parola contiene, infatti, alcune «tracce» del compromesso che ha consentito di introdurre la stessa quale base giuridica principale per l'adozione di atti di ravvicinamento per il mercato interno, ossia un'*indicazione* rivolta al legislatore dell'Unione e la previsione della facoltà degli Stati membri di fare ricorso, in determinate circostanze, a *misure di deroga* agli atti di armonizzazione¹⁶².

L'indicazione concerne la c.d. «armonizzazione di qualità». L'art. 114, par. 3, TFUE precisa infatti che, nel predisporre e adottare misure di ravvicinamento del mercato interno, le istituzioni devono assicurare un *livello elevato di protezione*. In particolare, le proposte legislative presentate dalla Commissione europea «in materia di *sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori* devono basarsi su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici»¹⁶³. La disposizione precisa, inoltre, che il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, devono cercare di conseguire l'obiettivo indicato¹⁶⁴. L'indicazione trova, peraltro, corrispondenza anche in altre disposizioni del TFUE, in particolare in quelle che definiscono l'azione dell'Unione in materia di *sanità pubblica* e di *protezione dei consumatori*¹⁶⁵.

Al riguardo, occorre richiamare anche alcune disposizioni di *applicazione generale* – risalenti in parte alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona – che dovrebbero essere prese in considerazione dal legislatore dell'Unione anche ai fini della realizzazione del mercato interno. E cioè: l'art. 8 TFUE, che prevede che l'azione

derogabile da parte di ciascuno Stato membro solo in presenza di *ragioni imperative* (v. *supra*, Capitolo I, Sezione II, par. 2.2).

162 Sulle deroghe v. *infra*, il par. 2.3. Come rilevato dalla dottrina, la previsione di un diritto a ricorrere a misure di deroga rappresenta chiaramente «la contropartita, a favore degli Stati membri, rispetto all'attribuzione al Consiglio del potere di adottare atti di armonizzazione a maggioranza: si consente agli Stati membri di mantenere in vigore misure differenti rispetto a quelle contenute nell'atto di armonizzazione, in maniera da permettere così una tutela 'rinforzata' di interessi considerati particolarmente rilevanti»: cfr. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1996, p. 465. In tal senso v. anche diffusamente MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno, Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Bari, 2018.

163 Art. 114, par. 3, TFUE.

164 *Ibidem*.

165 V. rispettivamente: l'art. 168, par. 1, TFUE che stabilisce che «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ad attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana», e l'art. 169, paragrafi 1 e 2, TFUE. In riguardo al fenomeno dell'attribuzione di competenze di natura non economica all'Unione, v. *infra*, in questa Sezione, il par. 2.3.

dell'Unione debba mirare a rimuovere le ineguaglianze, comprese quelle di genere; l'art. 9 TFUE, che impegna l'Unione a promuovere un elevato livello di occupazione e la garanzia di un'adeguata promozione sociale; l'art. 10 TFUE, che impegna la stessa e combattere le discriminazioni; l'art. 11 TFUE, che prevede che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»; l'art. 13 TFUE che impone di rispettare le esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti; e, infine, l'art. 167, par. 4, TFUE che prevede che l'Unione debba tener conto degli «aspetti culturali nelle azioni che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture»¹⁶⁶.

In questa sede non è possibile condurre un'indagine in merito al contenuto, sotto il profilo che qui interessa, degli atti adottati in base all'art. 114 TFUE. Peraltro, tra questi, la dottrina ne ha individuato molti la cui *ratio* consiste nell'*armonizzare (al rialzo) la protezione* assicurata ai valori non commerciali dalle normative di regolamentazione del commercio di beni e servizi negli Stati membri, risultato questo che evidenzia come l'Unione europea non eserciti la sua competenza per *de-regolamentare* (nel senso neoliberista del termine) il mercato interno¹⁶⁷. Il *livello di protezione* di volta in volta prescelto, quindi la *qualità* degli interventi normativi in questo settore, dipende chiaramente dalle dinamiche di natura politica che si sviluppano in seno alle istituzioni dell'Unione¹⁶⁸.

Quanto appena rilevato è tanto più vero se si considera che la Corte di giustizia ha dovuto esprimersi in più di qualche occasione sulla validità di alcune misure di ravvicinamento adottate in base all'art. 114 TFUE, poiché le scelte in materia di tutela

166 Ai fini del presente studio, si sottolinea che le disposizioni di applicazione generale richiamate nel testo sono rilevanti per l'Unione anche nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di *politica commerciale comune* (attribuita ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e), TFUE).

167 Cfr. DE WITTE B., *A Competence to Protect, The Pursuit of Non-market Aims through Internal Market Legislation*, in *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, SYRPIS (a cura di), Cambridge, 2012, p. 27 ss. L'autore richiama numerose misure di ravvicinamento che perseguono *tanto* scopi legati alla riduzione degli ostacoli agli scambi *quanto* scopi di tutela di valori non commerciali, ed evidenzia come la tendenza ad adottare questo tipo di misure di ravvicinamento abbia sempre trovato una «copertura costituzionale» nei trattati – ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (per le disposizioni pertinenti v. il passo del testo successivo alla nota 28). V. anche ID., *Non-market Values in Internal Market Legislation*, in *Regulating the Internal Market*, NIC SHUIBHNE (a cura di), Cheltenham, 2006, p. 61 ss.

168 Cfr. DE WITTE B., *A Competence to Protect*, cit., p. 37.

di valori non economici ponevano dubbi in merito alla correttezza della base giuridica individuata dal legislatore dell'Unione. Tali problemi di validità si sono posti non solo in relazione ad interventi normativi per i quali i Trattati prevedono una base giuridica alternativa, ma anche in relazione a materie per le quali è esclusa la competenza dell'Unione ad adottare misure di armonizzazione¹⁶⁹.

Secondo la Corte di giustizia, le misure di ravvicinamento per il mercato interno devono rispondere ad un'effettiva necessità di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei fattori produttivi: una misura di armonizzazione adottata in base all'art. 114 TFUE non può perseguire in via *esclusiva* o *prevalente* la tutela di valori non commerciali¹⁷⁰. Ad ogni modo, la giurisprudenza della Corte va nel senso di ritenere validamente adottati in base all'art. 114 TFUE anche atti di armonizzazione nei quali le scelte di protezione di valori non commerciali rappresentino un *aspetto determinante*, a condizione che l'esigenza di ravvicinamento delle legislazioni risulti giustificata e, chiaramente, che la misura sia stata adottata nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹⁷¹.

169 V., ad esempio, Corte di giustizia, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, sentenza del 5 ottobre 2000, in *Raccolta*, 2000, p. I-08419 ss., nella quale la Corte di giustizia ha annullato una direttiva che vietava la pubblicità sui prodotti di tabacco, ritenendo che questa perseguisse obiettivi di tutela della *salute pubblica*, una materia per la quale il Trattato sul funzionamento esclude che possano essere adottate misure di armonizzazione.

170 Corte di giustizia, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, cit., paragrafi 83-84.

171 V. da ultimo la sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, nella quale la Corte ha ritenuto che l'art. 114 TFUE costituisca una valida base giuridica della direttiva 2014/40/UE sulla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, nonostante tale intervento normativo riguardasse una materia per la quale i trattati escludono l'adozione di misure di armonizzazione. Cfr. Corte di giustizia, causa C-358/14, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, sentenza del 4 maggio 2016, pubblicata nella raccolta digitale. La Corte ha ritenuto plausibile che gli ostacoli normativi sarebbero potuti derivare, in futuro, da uno sviluppo eterogeneo delle normative sul commercio di alcuni prodotti di tabacco, peraltro alla luce della discrezionalità che la Convenzione quadro per la lotta al tabagismo, segnatamente le Linee guida di attuazione della stessa, lascia agli Stati parti alla Convenzione (v. *ibidem*, paragrafi 57-61). Per alcuni rilievi critici sull'*effettivo scopo* della direttiva in parola v. BESTAGNO, *Il "battesimo del fuoco" della direttiva sui prodotti del tabacco, tra esigenze di armonizzazione e di tutela della salute pubblica*, in *European Papers*, 2016, p. 1087 ss. La validità della direttiva in questione era stata contestata anche sotto il profilo del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma la Corte di giustizia ha fatto salve le scelte restrittive operate dal legislatore dell'Unione. Peraltro, la Corte ha fatto riferimento alla *tutela della salute* come finalità perseguita da *fonti di diritto primario*, come l'art. 35 Carta dei diritti fondamentali, ritenendo quest'ultima preminente rispetto ad altre esigenze fondamentali come la libertà di impresa – tutelata, anch'essa, da fonti di diritto primario: per un commento v. ancora BESTAGNO, op. ult. cit., p. 1093 ss.

2.2. Segue: l'esempio del regolamento (CE) 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalle foche. I riflessi nel sistema OMC del ricorso per l'annullamento del regolamento

Per addurre un esempio rispetto a quanto affermato poco sopra, si richiama il regolamento (CE) 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalle foche, adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio sulla base dell'art. 114 TFUE¹⁷². Si tratta di un esempio particolarmente significativo non solo poiché nell'ambito della controversia sollevata dalla Norvegia dinanzi al sistema OMC l'Unione europea ha invocato motivi di natura non economica per giustificare la violazione degli obblighi di non discriminazione¹⁷³, ma anche perché il regolamento, contestualmente, è stato impugnato dinanzi al Tribunale con un'azione di annullamento e tale impugnazione avrebbe potuto avere dei riflessi nel procedimento dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC.

Con il ricorso presentato dinanzi al Tribunale, i ricorrenti, tra cui alcune associazioni di Inuit, contestavano la validità del regolamento in relazione alla base giuridica su cui era stato adottato e alla conformità dello stesso rispetto ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. In un primo momento, il Tribunale non ha potuto occuparsi del merito del ricorso poiché ha ritenuto che quest'ultimo fosse irricevibile¹⁷⁴. Tuttavia, in occasione dell'impugnazione da parte degli stessi ricorrenti del regolamento di attuazione adottato dalla Commissione¹⁷⁵, il Tribunale ha valutato nel merito gli argomenti in base ai quali veniva contestata la validità del regolamento

172 Regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca, che è stato modificato – in seguito all'adozione del rapporto dell'Organo d'appello sul caso *EC – Seal Products* – con il regolamento (UE) 2015/1775 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015.

173 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.2.

174 Tribunale, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio*, ordinanza del 6 settembre 2011, in *Raccolta*, 2011, p. II-05599 ss. Il Tribunale ha ritenuto che i ricorrenti non avessero legittimazione a proporre l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE. L'ordinanza del Tribunale è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, la quale ha respinto tutti i motivi di impugnazione proposti dai ricorrenti: cfr. causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio*, sentenza del 3 ottobre 2013, pubblicata nella raccolta digitale. Per un commento v. LAZZERINI, *La sentenza nella causa C-583/11 P Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2013.

175 Regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione del 10 agosto 2010 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sul commercio dei prodotti derivati dalla foca.

di base. Esso ha stabilito che il regolamento fosse correttamente fondato sull'art. 114 TFUE nonostante la tutela del benessere degli animali ne rappresentasse un aspetto determinante¹⁷⁶, e che fosse altresì conforme ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹⁷⁷.

La sentenza del Tribunale dell'Unione ha preceduto di qualche mese il rapporto del *panel* sul caso *EC – Seal Products*¹⁷⁸, ed è stata in seguito confermata dalla Corte di giustizia con una pronuncia successiva alla pubblicazione del rapporto dell'Organo d'appello dell'OMC sullo stesso caso¹⁷⁹. Il giudizio del Tribunale non era di poco conto ai fini della controversia in sede OMC: una dichiarazione di invalidità della misura di ravvicinamento in parola avrebbe comportato, infatti, una perdita di interesse sulla controversia instaurata nel foro multilaterale (almeno fintantoché il legislatore dell'Unione non avesse adottato una nuova misura).

Alla luce delle statuizioni degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC sul caso in discussione¹⁸⁰, sembra che il giudizio espresso dal Tribunale sulla conformità della misura al *principio di proporzionalità* abbia avuto una qualche rilevanza nel sistema multilaterale. Infatti, sebbene sotto aspetti differenti da quelli valutati dal *panel*, il Tribunale dell'Unione ha stabilito che il divieto di importare prodotti derivati dalle foche previsto dal regolamento fosse una misura idonea e necessaria ai fini di un migliore funzionamento del mercato interno e dell'esigenza di assicurare il benessere delle foche, ritenendo peraltro che una misura di etichettatura dei prodotti interessati non sarebbe stata in grado di assicurare il raggiungimento di tali scopi¹⁸¹.

176 Tribunale, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Commissione*, sentenza del 25 aprile 2013, pubblicata in raccolta digitale, paragrafi 64, 72, 77.

177 *Ibidem*, paragrafi 85, 96, 98, 102.

178 La richiesta di consultazioni in sede OMC era stata presentata dalla Norvegia il 5 novembre 2009, mentre il ricorso di impugnazione del regolamento (UE) n. 1007/2009 dinanzi al Tribunale (causa T-18/10) era stato proposto dai ricorrenti in data 11 gennaio 2010.

179 La sentenza del Tribunale sulla causa T-526/10 era stata impugnata, infatti, dai ricorrenti dinanzi alla Corte di giustizia, che però ha respinto il ricorso: cfr. causa C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Commissione*, sentenza del 3 settembre 2015, pubblicata nella raccolta digitale. Per un commento in merito alla scarsa considerazione da parte della Corte delle esigenze di protezione dei diritti dei popoli indigeni v. VEZZANI, *The Inuit Tapiriit Kanatami II Case and the Protection of Indigenous Peoples' Rights: A Missed Opportunity?*, in *European Papers*, 2016, p. 307 ss.

180 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.2.

181 Tribunale, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Commissione*, cit., paragrafi 94-96.

2.3. Le deroghe alle misure di ravvicinamento adottate in base all'art. 114 TFUE

Come si è visto in precedenza¹⁸², l'adozione di atti di armonizzazione da parte dell'Unione europea preclude agli Stati membri la possibilità di giustificare misure restrittive adottate in base alle deroghe previste dai Trattati (ad esempio, in materia di libera circolazione delle merci, dall'art. 36 TFUE) per tutelare valori non commerciali. Ciononostante, come anticipato, l'art. 114 TFUE prevede che in determinate circostanze gli Stati membri possono derogare alle discipline di armonizzazione adottate in base alla stessa disposizione per assicurare la tutela di rilevanti interessi non economici a livello nazionale.

La prima ipotesi è disciplinata dall'art. 114, par. 4, TFUE, secondo il quale è consentito ad uno Stato membro *di mantenere in vigore disposizioni nazionali* «giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 36 [TFUE] o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro» dopo che sia stata adottata una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione. La seconda ipotesi è prevista dall'art. 114, par. 5, TFUE e riguarda, invece, la possibilità *di introdurre disposizioni nazionali* inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro *successivamente* all'adozione di una misura di armonizzazione da parte delle istituzioni dell'Unione. Tali disposizioni devono essere fondate su *nuove prove scientifiche* e devono essere giustificate da un *problema specifico* dello Stato membro che si sia presentato dopo l'adozione della misura di armonizzazione.

In entrambe le ipotesi sopra descritte è previsto che lo Stato membro notifichi le disposizioni nazionali di deroga alla Commissione europea, precisando i motivi del mantenimento o dell'introduzione delle stesse¹⁸³. La Commissione è tenuta, entro sei mesi dalle notifiche, ad approvare o respingere le disposizioni nazionali in questione dopo aver verificato se queste costituiscano o meno una discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri, nonché se rappresentino o meno un ostacolo al funzionamento del mercato interno¹⁸⁴. Nel caso in cui lo Stato

182 V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, par. 2.1.

183 Art. 114, paragrafi 4 e 5, TFUE.

184 Art. 114, par. 6, TFUE.

membro interessato venga autorizzato a mantenere o introdurre disposizioni nazionali di deroga, l'art. 114, par. 7, TFUE prevede che la Commissione debba esaminare *immediatamente* l'opportunità di proporre un adeguamento della misura di armonizzazione in questione.

La terza ipotesi, infine, è disciplinata dall'art. 114, par. 10, TFUE, secondo il quale le misure di armonizzazione adottate in base all'articolo in parola devono prevedere, nei casi opportuni, una *clausola di salvaguardia* che autorizzi gli Stati membri a ricorrere, per uno o più dei motivi di carattere non economico di cui all'art. 36 TFUE, a *misure provvisorie* soggette ad una procedura di controllo a livello dell'Unione.

2.4. Segue: l'invocazione delle deroghe nella prassi relativa al commercio di OGM

Una materia nella quale gli Stati membri hanno frequentemente tentato di fare ricorso alle ipotesi di deroga previste dall'art. 114 TFUE è quella del commercio dei prodotti GM. In particolare, vi sono stati numerosi casi di invocazione delle deroghe da parte di alcuni Stati membri per giustificare misure restrittive relative alla *coltivazione* dei prodotti GM la cui emissione nell'ambiente o immissione in commercio era stata autorizzata in base agli atti di diritto derivato in vigore in questa materia¹⁸⁵. Nella prassi, però, non sono mai state ritenute soddisfatte le condizioni procedurali e sostanziali che avrebbero consentito agli Stati membri di giustificare le

¹⁸⁵ Rilevano, al riguardo, la direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio; e il Regolamento (CE) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati. In base alla direttiva 2001/18/CE, l'autorizzazione all'immissione in commercio di un prodotto GM conforme alle prescrizioni della stessa è rilasciata, salvo obiezioni di altri Stati membri, dall'*autorità nazionale competente* dello Stato membro presso cui la domanda di autorizzazione è stata presentata. Nel caso in cui pervengano obiezioni da parte della Commissione o delle autorità competenti di altri Stati membri rispetto alla valutazione compiuta dall'autorità nazionale in questione, la decisione dovrà essere adottata a livello dell'Unione nell'ambito di una «procedura di comitato». Per quanto riguarda, invece, l'autorizzazione all'immissione in commercio di alimenti o di mangimi GM, il regolamento (CE) n. 1829/2003 stabilisce che l'autorizzazione, presentata ad uno Stato membro, sia rilasciata con una decisione adottata a livello dell'Unione, precisamente dalla Commissione secondo una «procedura del comitato», e dopo che si sia espressa l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (*European Food Safety Agency*, EFSA). La valutazione dell'EFSA viene resa pubblica in un parere di cui la Commissione deve tener conto quando sottopone al comitato il progetto di decisione, anche se non è vincolata a conformarvisi.

diverse misure di deroga adottate per affrontare i problemi che si sono posti in seguito all'entrata in vigore degli atti di armonizzazione del commercio dei prodotti GM¹⁸⁶.

I problemi più rilevanti hanno riguardato le scelte in materia di coltivazione di sementi GM, in considerazione dell'impatto negativo di quest'ultima sulle produzioni agricole convenzionali o biologiche. Come noto, infatti, il materiale genetico modificato può diffondersi da una coltura all'altra contaminando il patrimonio genetico delle colture esistenti sul territorio circostante: tale contaminazione desta preoccupazione non solo per le questioni di sicurezza alimentare (o non tanto per queste¹⁸⁷), ma anche perché essa ha un impatto di ordine socioeconomico non trascurabile sulle produzioni agricole tradizionali¹⁸⁸. Alcuni Stati membri, infatti, hanno deciso di vietare la coltivazione di OGM già autorizzati *sul proprio territorio*. Divieti che però sono in contrasto con la normativa di diritto derivato, che stabilisce che l'autorizzazione all'emissione nell'ambiente o all'immissione in commercio di un determinato prodotto GM (o di alimenti e mangimi derivati da esso derivati), una volta concessa, sia valida su tutto il territorio dell'Unione¹⁸⁹.

La normativa in questione contiene clausole di salvaguardia che consentono agli Stati membri di limitare temporaneamente l'uso o il commercio di un prodotto GM precedentemente autorizzato, ed è a queste disposizioni che gli Stati membri hanno fatto maggiormente ricorso per giustificare le misure di deroga. Più

186 Per un esame della prassi si rinvia a ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto del commercio int.*, 2014, p. 339 ss.

187 Si presuppone, infatti, che le questioni relative alla *sicurezza* degli OGM siano prese in considerazione anzitutto nell'ambito della decisione di *autorizzazione* all'immissione in commercio, secondo le garanzie previste dalla normativa di diritto dell'Unione rilevante. Peraltro, gli atti di diritto derivato pertinenti in materia prevedono obblighi di monitoraggio dell'uso degli OGM e stabiliscono procedure per *revocare o modificare* l'autorizzazione precedentemente concessa dalle autorità nazionali o europee competenti.

188 La coltivazione di OGM, infatti, va a svantaggio soprattutto dei piccoli e medi imprenditori agricoli tradizionali che – in conseguenza di una contaminazione – dovrebbero sostenere costi di etichettatura e di tracciabilità, oltre che subire danni di immagine: v. soprattutto ROSSI DAL POZZO, op. ult. cit., p. 367.

189 Per affrontare tali problemi è stato necessario adottare una direttiva (v. *infra*, nota 197) che ha modificato gli atti di diritto derivato precedentemente richiamati. Per quanto riguarda i rischi di contaminazione, un primo tentativo di gestione del problema è stato effettuato attraverso l'introduzione nella direttiva 2001/18/CE dell'art. 26 *bis*, che consente agli Stati membri di adottare *misure opportune atte ad evitare la presenza involontaria* di OGM in altri prodotti, quindi a garantire la *coesistenza* tra coltivazioni OGM e coltivazioni tradizionali. Per quanto concerne il problema in discussione, però, l'applicazione dell'art. 26 *bis* avrebbe consentito agli Stati membri semplicemente di individuare «*zone OGM free*», ma non di vietare la coltivazione su tutto il territorio nazionale: com'è stato osservato, infatti, il divieto di coltivazione su tutto il territorio nazionale, «si traduce nella negazione del principio di coesistenza»: cfr. ROSSI DAL POZZO, op. ult. cit., p. 370.

precisamente, la normativa prevede che gli Stati membri possano adottare misure provvisorie in due differenti ipotesi, e cioè: in presenza di *fondati motivi* per ritenere che l'emissione nell'ambiente dello stesso rappresenti un rischio per la salute o per l'ambiente¹⁹⁰; nonché quando *risulti manifesto* che alimenti o mangimi OGM comportino *un grave rischio* per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente¹⁹¹. Le misure degli Stati membri devono, in ogni caso, essere approvate dalla Commissione europea che decide sulla sussistenza dei requisiti indicati con atti adottati in base ad una «procedura di comitato».

Come anticipato, nella prassi non si registrano casi in cui siano state approvate dalla Commissione misure di deroga provvisoriamente adottate dagli Stati membri. Peraltro, la Corte di giustizia, quando è stata chiamata ad interpretare il diritto derivato rilevante in materia o a valutare la validità di atti esecutivi dello stesso, si è espressa con un orientamento piuttosto restrittivo. Si segnalano, in particolar modo, le decisioni con le quali la Corte ha stabilito: che gli Stati membri non possono mantenere in vigore misure di deroga che esulino dalle procedure espressamente previste¹⁹²; che il livello di *rischio* per la salute e per l'ambiente non può essere meramente ipotetico ma anzi deve essere *grave*, e pertanto, per fare ricorso alle misure di salvaguardia, sono necessarie *nuove prove* scientifiche rispetto a quelle valutate dalla Commissione¹⁹³; che il principio di precauzione definito nella normativa di diritto derivato relativa alla sicurezza alimentare¹⁹⁴ non ha alcuna rilevanza in relazione all'applicazione ai requisiti sostanziali e procedurali previsti dalle clausole di salvaguardia contenute nella più specifica normativa sul commercio di OGM¹⁹⁵.

190 Art. 23 della direttiva 2001/18/CE.

191 Art. 34 del regolamento (CE) n. 1829/2003.

192 Corte di giustizia, causa C-6/99, *Greenpeace France e altri*, sentenza del 21 marzo 2000, in *Raccolta*, p. I-01651.

193 Corte di giustizia, cause riunite C-58/10 a C-68/10, *Monsanto e altri*, sentenza dell'8 settembre 2011, in *Raccolta*, 2011, 07763.

194 V. il regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. L'art. 7, par. 1, stabilisce che: «qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio».

195 Corte di giustizia, causa C-111/16, *Fidenato e altri*, sentenza del 13 settembre 2017, non ancora pubblicata in raccolta. Per un commento v. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia*

Non è andata molto diversamente rispetto a quanto appena esposto quando alcuni Stati membri hanno richiesto alla Commissione di non applicare gli atti di diritto derivato qui in discussione in alcune parti del proprio territorio invocando l'art. 114, par. 5, TFUE¹⁹⁶.

Per superare la situazione di stallo, in seguito ad un lungo percorso legislativo, è stata adottata la direttiva (UE) 2015/412 del Parlamento europeo e del Consiglio che ha introdotto nella precedente normativa una disposizione che consente agli Stati membri di limitare o vietare su tutto il territorio nazionale, o su parte di esso, la coltivazione di OGM già autorizzati o per i quali sia stata presentata domanda di autorizzazione¹⁹⁷. Più precisamente, per i prodotti GM già autorizzati possono essere adottate misure restrittive nel rispetto del principio di proporzionalità, se queste siano non discriminatorie e siano basate su uno o più dei seguenti «fattori imperativi»: obiettivi di politica ambientale, pianificazione urbana e territoriale, uso del suolo, impatti socio-economici, esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti, obiettivi di politica agricola, ordine pubblico – fattore, quest'ultimo, che non può costituire una motivazione a sé stante bensì può essere invocato solo in combinazione con uno o più degli altri motivi elencati nella disposizione¹⁹⁸.

Alla luce della prassi relativa alle misure di ravvicinamento sul commercio di OGM, è possibile rilevare che la previsione di deroghe fondate esclusivamente su *elementi scientifici* non assicura margini di flessibilità che risultino soddisfacenti in ogni caso per gli Stati membri. Tale prassi, peraltro, conferma che nel contesto

UE, causa C-111/16, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, fasc. 1; v. anche MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 139 ss. che rileva «la riluttanza della Corte a valorizzare “principi” o “diritti fondamentali” (nel caso di specie, il diritto alla salute), come parametri idonei a superare norme di rango subordinato che tuttavia dettagliatamente stabiliscono le modalità con cui i primi devono essere protetti rispetto al rischio specifico di un loro pregiudizio», e quindi «l'indisponibilità del giudice a ergersi lui stesso, in definitiva, a difensore ultimo dei diritti fondamentali rispetto a materie molto tecniche nelle quali la cognizione del giudice stessa non può che essere derivata, e cioè acquisita da fonti tecniche» (v. *ibidem*, pp. 143, 144).

196 V. in particolare il caso c.d. *Austria superiore*, e la decisione della Commissione 2003/653/CE del 2 settembre 2003 relativa alle disposizioni nazionali sul divieto di impiego di organismi geneticamente modificati nell'Austria superiore, e la sentenza della Corte di giustizia, *Land Oberösterreich e Austria c. Commissione*, cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, del 13 settembre 2007, pubblicata in *Raccolta*, 2007, p. I-07141.

197 Direttiva (UE) 2015/412 dell'11 marzo 2015, che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio.

198 V. l'art. 26 *ter*, par. 3, della direttiva 2001/18/CE come modificata dalla direttiva (UE) 2015/412.

dell'Unione europea il bilanciamento tra interessi commerciali e tutela di importanti valori non economici (di natura sanitaria, ambientale, e finanche sociale – come si è visto), per quanto si cristallizzi in atti di diritto derivato, è sempre perfettibile ricorrendo a modifiche di tali atti sollecitate dalle dinamiche politiche che caratterizzano il lavoro delle istituzioni.

Ai fini del presente lavoro, si ritiene particolarmente utile evidenziare, infine, che la direttiva (UE) 2015/412 si distanzia notevolmente da un approccio al commercio di prodotti GM focalizzato essenzialmente sul tema della *sicurezza alimentare* o sull'esistenza di *danni ambientali*. Le ragioni che hanno spinto gli Stati membri ad adottare misure di deroga, nonché a modificare la disciplina di settore vigente, sono infatti essenzialmente di ordine *sociale e ambientale in senso lato*, oltre che economico, essendo correlate a scelte restrittive dovute all'impatto causato dalla coltivazione di prodotti GM sull'agricoltura tradizionale (sia essa biologica o meno).

Si tratta di un dato della prassi che dovrebbe far luce anche nel sistema OMC qualora venissero nuovamente in rilievo, nel contesto dell'Organizzazione, normative restrittive in materia di OGM, in particolar modo se adottate per limitare l'importazione di prodotti derivati da OGM in ragione degli effetti negativi di natura sociale ed ambientale, soprattutto in termini di *riduzione della biodiversità*, causati dalla coltivazione estensiva di semi GM in altri Paesi¹⁹⁹ – misure che non si esclude possano essere adottate, in futuro, tanto dall'Unione europea che da alcuni suoi Stati membri²⁰⁰.

199 Su questi aspetti si rinvia a quanto sostenuto *supra*, in questo Capitolo, Sezione I, par. 2.3.

200 Alla luce dell'art. 193 TFUE, l'esistenza di eventuali misure di armonizzazione in materia di tutela dell'ambiente non dovrebbe compromettere la facoltà degli Stati membri di adottare misure nazionali di protezione dell'ambiente *più restrittive* di quelle adottate dall'Unione. Su tale possibilità in relazione all'attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione della biodiversità, e in particolare del Protocollo sulla biosicurezza ad essa allegato, v. PAVONI, op. cit., p. 474 ss.

3. Il crescente rilievo della protezione di interessi non economici quale finalità delle organizzazioni regionali di integrazione economica. L'Unione europea ed altre esperienze: cenni

Come ampiamente noto, l'attribuzione di una competenza in materia di *mercato comune* (oggi mercato interno) all'allora Comunità (economica) europea si è rivelata uno strumento adeguato rispetto a quanto inizialmente auspicato dai «Padri fondatori» al fine di trainare nel campo di azione dell'Unione alcune rilevanti competenze di natura non economica, che hanno trasformato in modo relativamente consistente la natura dell'organizzazione²⁰¹.

In questa sede non è possibile dare conto in maniera esaustiva dell'insieme di tali competenze, ma tra quelle fortemente correlate all'obiettivo di instaurare un mercato comune tra gli Stati membri rilevano, in particolare: la competenza in materia di *ambiente*, attribuita all'Unione con l'Atto unico europeo del 1986²⁰²; l'azione dell'Unione in materia di *sanità pubblica* risalente alle modifiche introdotte con il Trattato di Maastricht del 1992²⁰³; e, infine, la competenza in materia di *politica sociale* attribuita all'Unione con il Trattato di Amsterdam del 1997, le cui disposizioni di riferimento nei Trattati operano un richiamo a strumenti vincolanti quali la Carta

201 Come efficacemente rilevato dalla dottrina «le nuove competenze attribuite alla Comunità (a partire dall' [Atto unico europeo]) ne hanno causato una graduale ma profonda trasformazione che ha addirittura giustificato il mutamento della sua originaria denominazione. [...] In gran parte tuttavia tale trasformazione rappresenta una conseguenza dell'inesorabile affermarsi e approfondirsi del mercato unico»: cfr. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 5.

202 Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. e), TFUE, in materia di *ambiente* l'Unione europea ha una competenza concorrente a quella degli Stati membri. La disciplina relativa alla *politica ambientale* è contenuta nel Titolo XX del TFUE (articoli 191-193). L'art. 193 TFUE specifica che i provvedimenti in materia di protezione ambientale adottati dall'Unione in virtù dell'articolo precedente «non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore». Questi ultimi, comunque, devono essere *compatibili con i Trattati* e notificati alla Commissione (art. 193 TFUE). Sull'evoluzione della politica ambientale dell'Unione europea, v. per tutti RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Lisbona*, in *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrida, Amabili (a cura di), Torino, 2018, p. 21 ss.

203 Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. k), TFUE, l'Unione ha una competenza concorrente sui «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel [trattato]» e, ai sensi dell'art. 6, lett. a), TFUE, una competenza di sostegno, coordinamento e completamento relativa alla *tutela e miglioramento della salute umana*. La disciplina in materia di *sanità pubblica* è contenuta nel Titolo XIV del TFUE (art. 168). Come si evince dalle disposizioni richiamate, la delimitazione del campo di azione dell'Unione in questa materia è tutt'altro che lineare. Sul problema v. per tutti BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, cit., p. 119 ss.

sociale europea del 1961 e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989²⁰⁴.

Deve richiamarsi, inoltre, l'eminente rilievo attribuito dalla Corte di giustizia ai diritti fondamentali – in particolar modo a quelli elencati nella Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui tutti gli Stati membri dell'Unione sono parti – quali *principi generali* dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Rilievo che è stato sancito dal Trattato di Lisbona che ha equiparato il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a quello dei Trattati²⁰⁵.

La trasformazione a cui si alludeva poco sopra ha trovato piena formalizzazione nel Trattato di Lisbona che ha qualificato gli *obiettivi economici* perseguiti dall'Unione in termini prevalentemente *sociali*. L'art. 3, par. 3, del TUE, indica infatti che l'Unione instaura un mercato interno e subito dopo, significativamente, specifica che essa «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Inoltre, l'art. 9 TFUE indica gli obiettivi sociali dell'Unione precisando che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

Quanto da ultimo descritto in relazione all'Unione europea è un processo che si rinviene anche in altri contesti regionali, in particolar modo in quello latino-americano, dove si rinviene l'esercizio di attività normative, precisamente di

204 Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. b), TFUE, l'Unione europea ha una competenza concorrente in materia di «politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel [trattato]», precisamente nel Titolo X del TFUE. Sulla politica sociale, e segnatamente sull'evoluzione dell'attenzione dedicata ai temi sociali sin dall'istituzione delle Comunità europee, v. DIVERIO, *Europa sociale e mercato interno: convergenza o contrasto?*, pubblicato su *Eurojus.it*, 14 maggio 2017; TRIGGIANI, *Politica sociale europea*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2014; VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, p. 25 ss.

205 Cfr. l'art. 6 TUE. Come noto, in base all'art. 51 della Carta di Nizza, le istituzioni dell'Unione sono tenute a rispettare e promuovere l'applicazione dei diritti in essa elencati nell'esercizio delle competenze attribuite all'Unione dai Trattati e nei limiti da questi stabiliti.

armonizzazione, da parte dell'organizzazione in materia di tutela dell'ambiente; nonché l'adozione, nell'ambito dell'organizzazione, di Carte o Dichiarazioni sulla tutela dei diritti umani e sociali fondamentali²⁰⁶. Come dimostra il processo di integrazione europea, tale fenomeno è correlato alla volontà di realizzare un'integrazione economica con *rilevanti finalità sociali*, volontà che può coincidere, peraltro, con l'aspirazione degli Stati a realizzare un'integrazione *politica*. Alla luce di ciò, le soluzioni appena indicate sembrano destinate a rimanere *tipiche* soltanto di *alcuni* accordi di integrazione economica regionale²⁰⁷. Per quanto riguarda l'Unione europea deve rilevarsi, peraltro, che i valori di natura non commerciale perseguiti dalle istituzioni europee sul *piano interno* costituiscono — parte integrante anche dell'*azione esterna* dell'Unione e in particolare, per quanto interessa in questa sede, della *politica commerciale comune* dell'Unione esercitata ai sensi degli articoli 206 e 207 del TFUE, in base a quanto espressamente indicato dall'art. 21 del TUE²⁰⁸.

206 Per un'analisi di tali strumenti si rinvia a OLMOS GIUPPONI, *Rethinking Free Trade, Economic Integration and Human Rights in the Americas*, Oxford, 2017; FRANCA-FILHO, LIXINSKI, e OLMOS GIUPPONI, *Protection of Fundamental Rights in Latin American FTAs and MERCOSUR: An Exploratory Agenda*, in *European Law Journal*, 2014, p. 811 ss.; REY CARO, *Las competencias del MERCOSUR en el campo del medio ambiente*, in *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration, The Case of the European Community, the Mercosur and the NAFTA*, Scovazzi (a cura di), 2001, p. 135 ss., p. 141 ss.

207 Paragonando, ad esempio, il modello di protezione dell'ambiente adottato nell'ambito dell'Unione europea a quello adottato nel contesto del NAFTA (su cui v. *infra*, Capitolo III, Sezione I, par. 1), la dottrina ha rilevato che le differenze «in the level of *political commitment to the goal of environmental protection within the two regions [emerges] as the fundamental determinant of the ultimately disparate character of their legal regimes with respect to the environment*»: cfr. ABBOTT, *Regional Integration and the Environment: The Evolution of Legal Regimes*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1992, p. 173 ss., p. 175, p. 190 (corsivo aggiunto); sulla diversità dei due modelli citati v. diffusamente anche ESTY, GERADIN, *Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements*, in *Yale Law Faculty Scholarship Series*, 1997, p. 265 ss; ABBOTT, *Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 917 ss.

208 Come noto, l'art. 21 TUE stabilisce anzitutto che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale» (par. 1). Sul tema v. ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU Common Commercial Policy: A Test of Coherence*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, pp. 111-137, che evidenzia il contributo che il Parlamento europeo è in grado di apportare alla tutela dei valori non commerciali intervenendo — attraverso le modalità indicate dall'art. 207, paragrafi 2 e 3, TFUE — nella procedura di negoziazione e conclusione degli accordi commerciali (p. 125 ss.). V. anche RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp.329-354; BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione Commercio per tutti, tra multilateralismo e regionalismo economico*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2016, p. 233 ss.

L'esistenza di più «regional blocs» nei quali la protezione di valori non commerciali costituisce un *aspetto essenziale o non trascurabile* dell'attività normativa dell'organizzazione di integrazione economica rappresenta un indubbio fatto positivo, ma chiaramente non sufficiente ad affrontare i problemi che si pongono in relazione alla tutela degli stessi valori nel contesto degli scambi commerciali *sul piano globale*. Il rischio che la produzione industriale venga spostata in Stati che adottano *standard* di tutela ambientale e sociale *più bassi* di quelli che garantiti nell'ambito di un determinato blocco regionale è, come noto, molto concreto.

Come si vedrà nel prossimo Capitolo, proprio alla necessità di affrontare tali problemi sembra essere dovuta la sempre più diffusa prassi degli Stati di inserire negli accordi commerciali preferenziali e di integrazione economica regionale *obblighi positivi* in materia di tutela ambientale e sociale.

CAPITOLO III

IL COORDINAMENTO TRA GLI OBBLIGHI COMMERCIALI E GLI OBBLIGHI A TUTELA DI VALORI NON COMMERCIALI NELLA PROSPETTIVA DEL REGIONALISMO E DEL MULTILATERALISMO ECONOMICO

SOMMARIO: SEZIONE I. GLI OBBLIGHI IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE CHE ISTITUISCONO AREE DI LIBERO SCAMBIO. 1. Il contenuto e la *ratio* di tali obblighi. 2. Potenzialità e limiti delle disposizioni in materia di tutela ambientale e sociale contenute negli accordi preferenziali. 3. La (scarsa) presenza negli accordi preferenziali di clausole di subordinazione in favore di altri accordi internazionali. **SEZIONE II - L'INTERAZIONE TRA IL DIRITTO OMC E GLI OBBLIGHI CONVENZIONALI ESTERNI.** 1. L'assenza negli Accordi OMC di norme di coordinamento con altri regimi convenzionali e il rischio della c.d. frammentazione del diritto internazionale. 2. Alcune ipotesi di interferenze o di conflitti tra gli Accordi OMC ed altri accordi. 3. Il rilievo delle regole sulla soluzione dei conflitti tra accordi. 4. Il dibattito sull'applicabilità di norme esterne al sistema OMC alla luce della limitata competenza «giurisdizionale» dei *panels* e dell'Organo d'appello. 5. Il rilievo delle norme esterne ai fini dell'interpretazione degli Accordi OMC, in particolare alla luce del principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. 6. Segue: il rilievo attribuito a strumenti internazionali esterni come «prove di fatti» nella prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. 7. Segue: considerazioni in merito alla possibile compatibilità di misure ricollegabili a regimi esterni con i requisiti previsti dalle clausole di eccezione del sistema OMC o dalle disposizioni che abbiano una funzione simile a queste ultime. 8. Le proposte di coordinamento tra il sistema multilaterale del commercio e altri regimi convenzionali emerse nell'ambito del *Doha Round*. 8.1. Il rapporto tra la disciplina dell'OMC e i *Multilateral Environmental Agreements*. 8.2. Il rapporto tra l'Accordo TRIPs e gli obblighi internazionali in materia di protezione della diversità biologica e delle conoscenze tradizionali delle comunità indigene. 8.3. La riforma della disciplina dei sussidi alla pesca per la tutela delle risorse marine. 8.4. Le trattative in vista dell'adozione di un accordo plurilaterale sul commercio di beni ambientali (*Environmental Good Agreement*)

SEZIONE I – GLI OBBLIGHI IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEGLI ACCORDI DI INTEGRAZIONE ECONOMICA REGIONALE CHE ISTITUISCONO AREE DI LIBERO SCAMBIO

1. Il contenuto e la ratio di tali obblighi

In alcune tipologie di accordi di integrazione economica regionale, segnatamente negli accordi preferenziali che istituiscono aree di libero scambio tra le Parti contraenti, si rinvencono precisi obblighi in materia di protezione ambientale e sociale. L'avvio della prassi di inserire in accordi commerciali preferenziali tali

obblighi si deve soprattutto all'iniziativa degli Stati Uniti e risale ai negoziati relativi al NAFTA, l'accordo concluso nel 1992 tra Stati Uniti, Messico e Canada¹. Come noto, infatti, nel 1993 – prima che il NAFTA entrasse in vigore – le Parti allegarono all'accordo commerciale due *Side Agreements* dedicati, rispettivamente, alla tutela dei lavoratori (*North American Agreement on Labour Cooperation*, NAALC) e alla tutela ambientale (*North American Agreement for Environmental Cooperation*, NAAEC). Gli obblighi delineati negli strumenti allegati al NAFTA sono stati poi inseriti in molteplici accordi commerciali, bilaterali e plurilaterali, promossi in primo luogo dagli Stati Uniti e dal Canada e stipulati con Stati caratterizzati da differenti livelli di sviluppo economico, i quali a loro volta spesso li hanno inseriti in accordi commerciali conclusi con altri Stati². Con significative variazioni, tali obblighi si rinvengono anche nello USMCA, il nuovo accordo di libero scambio nordamericano, non ancora entrato in vigore. Da circa un decennio, inoltre, le disposizioni in materia ambientale e sociale caratterizzano anche gli accordi commerciali e di partenariato economico conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi (c.d. accordi di nuova generazione)³.

1 Occorre precisare, tuttavia, che l'attenzione alla tutela dei diritti dei lavoratori nei Paesi con i quali si stabiliscono rapporti commerciali risale, prima ancora che al NAFTA, alla prassi degli Stati Uniti nei primi anni '80 del secolo scorso, e successivamente anche dell'Unione europea, relativa al sistema di preferenze generalizzate consentito dal GATT: Per una ricostruzione di tale prassi v. ALBERTSON, COMPA, *Labour Rights and Trade Agreements in the Americas*, in *Research Handbook on Transnational Labour law*, Blackett, Trebilcock (a cura di), Cheltenham, 2015, p. 474 ss.; MAURO, *Labour Standards, commercio internazionale e investimenti stranieri*, in *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Deli, Mauro, Pernazza e Traisci (a cura di), Napoli, 2012, p. 228 ss.

2 Cfr., per gli obblighi in materia di protezione sociale, MAGI, *Norme sulla tutela dei diritti dei lavoratori e norme sul libero scambio di merci: problemi di coordinamento*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 691 ss.; in materia di protezione ambientale v. GHERARI, *Accords commerciaux regionaux et protection de l'environnement*, in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Société française pour le droit international (a cura di), Paris, 2010, p. 354 ss.; per una prospettiva di carattere generale v. BARTELS, *Social Issues: Labour, Environment and Human Rights*, in *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Lester, Mercurio, Bartels (a cura di), Cambridge, 2016, p. 364 ss.

3 Alla luce di quanto evidenziato in precedenza (v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, il passo del testo corrispondente alla nota 206), deve rilevarsi come tale politica dell'Unione vada ricondotta soprattutto all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sul tema v. HRADILOVÁ, SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 1019 ss.; ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 maggio 2017; BARTELS, *Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA*, in *Mega-Regionals Agreements: TTIP, CETA, Tisa. New Orientations for EU External Economic Relations*, Griller, Obwexer e Vranes (a cura di), Oxford, 2017, p. 202 ss.; GSTÖHL, HANF, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context*, in *European Law Journal*, 2014, p. 733 ss.; BARTELS, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU FTAs*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, p. 297 ss.

Le disposizioni in parola contengono un nucleo essenziale di impegni trasversale ai diversi accordi preferenziali⁴. Per quanto riguarda l'ambiente, le Parti generalmente: riconoscono il diritto di ciascuna di esse di stabilire i propri livelli di tutela, ma allo stesso tempo si impegnano a garantire che le leggi nazionali assicurino ed incoraggino *elevati livelli* di protezione ambientale⁵; ribadiscono il proprio impegno a dare attuazione agli accordi multilaterali in materia di ambiente di cui sono parti e si impegnano a consultarsi in merito a questioni ambientali di comune interesse, e in particolare a quelle attinenti al commercio⁶; inoltre, riconoscono che non è appropriato incoraggiare gli scambi o gli investimenti indebolendo o riducendo i livelli di protezione ambientale garantiti dalle legislazioni nazionali, per cui si impegnano a non rinunciare né a derogare alla propria legislazione ambientale per tali scopi⁷ e, più precisamente, a non omettere di dare applicazione, attraverso un'*azione o inazione prolungata o ricorrente*, alla propria legislazione ambientale al fine di incoraggiare gli scambi⁸.

Per quanto riguarda le disposizioni in materia di protezione sociale, le parti si impegnano ad adottare leggi, regolamenti e prassi che incorporino anzitutto i principi e i diritti fondamentali del lavoro riconosciuti nella Dichiarazione OIL adottata nel 1998 (definiti generalmente come *core labour rights*)⁹, quindi: la libertà di associazione sindacale e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; l'abolizione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio, l'abolizione

4 Qui di seguito, tuttavia, per motivi di spazio si farà riferimento essenzialmente alle disposizioni di accordi statunitensi e dell'Unione europea, considerato che questi sembrano imporsi come i due principali modelli di riferimento in questa materia.

5 Cfr., ad esempio, l'art. 24. 3 dello USMCA; l'art. 24. 3 del CETA; l'art. 13.2 dell'accordo commerciale tra Unione europea e Vietnam.

6 Cfr. l'art. 24.8 dello USMCA; l'art. 24.4 del CETA; l'art. 13.2, par. 1, lett. c) dell'accordo tra Unione europea e Vietnam.

7 Cfr. l'art. 24.4 dello USMCA; l'art. 24. 5 del CETA.

8 Cfr. l'art. 24.4, par. 1, dello USMCA, che è formulato nei seguenti termini «no Party shall fail to effectively enforce its environmental laws through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties», con la precisazione contenuta nella nota che a «course of action or inaction» is «in a manner affecting trade or investment between the Parties» if the course involves: (i) *a person or industry that produces a good or supplies a service traded between the Parties* or has an investment in the territory of the Party that has failed to comply with this obligation; or (ii) *a person or industry that produces a good or supplies a service that competes in the territory of a Party with a good or a service of another Party*». V. anche l'art. 24.5, par. 3, del CETA, che invece non precisa in che cosa consista specificamente l'*incoraggiamento degli scambi* realizzato attraverso un abbassamento dei livelli di tutela.

9 *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro durante la sua 86ª sessione svoltasi nel giugno 1998.

effettiva del lavoro minorile; l'eliminazione della discriminazione rispetto all'impiego e alla professione¹⁰. Le parti si impegnano, inoltre, a garantire – talvolta richiamando altri strumenti internazionali adottati nell'ambito dell'OIL – che la propria legislazione assicuri condizioni di lavoro dignitose, soprattutto rispetto al salario minimo e alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori¹¹. Infine, anche in relazione alla tutela dei diritti fondamentali in materia di lavoro vi sono clausole che impegnano gli Stati a non abbassare gli standard di tutela per incoraggiare gli scambi commerciali o gli investimenti, e ad assicurare un'applicazione effettiva delle legislazioni nazionali¹². Occorre evidenziare, ancora, che gli accordi di libero scambio stabiliscono *obblighi di cooperazione* tra le parti sia in materia di tutela dell'ambiente che in materia di tutela dei lavoratori, istituendo al riguardo comitati composti da esperti designati di comune accordo, oppure punti di contatto operativi in ciascuno Stato parte.

Come rilevato dalla dottrina, le disposizioni qui esaminate non hanno tutte il medesimo rilievo. Qualora le parti siano già vincolate ad accordi internazionali sulla tutela dell'ambiente, dei diritti dei lavoratori o dei diritti umani in generale, gli obblighi contenuti negli accordi di libero scambio hanno scarso rilievo in quanto costituiscono una mera *ripetizione* degli obblighi che discendono da tali accordi¹³. Le disposizioni che impegnano le parti a compiere sforzi al fine di ratificare strumenti internazionali ai quali non siano ancora vincolate hanno, invece, un rilievo autonomo¹⁴. Le

10 Cfr. l'art. 23.3 dello USMCA; l'art. 23.3 del CETA; l'art. 13.4 dell'accordo tra Unione europea e Vietnam.

11 Cfr. l'art. 23.3, par. 2, dello USCMA e l'art. 23.3, paragrafi 2 e 3, del CETA. La disposizione da ultimo richiamata è molto più dettagliata, soprattutto riguardo alle condizioni di lavoro rispettose della salute e della sicurezza dei lavoratori, e a differenza della prima menziona la Dichiarazione OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione equa, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nel corso della sua 97ª sessione, il 10 giugno 2008. Negli accordi dell'Unione europea si rinvencono anche disposizioni che impegnano i contraenti ad aderire alle Convenzioni OIL di cui ancora non siano parti: cfr. l'art. 24, par. 4, del CETA e l'art. 13.4, par. 3, lettere a) e b), dell'accordo con il Vietnam.

12 Cfr. gli artt. 23. 4 e 23.5 dello USMCA; l'art. 23. 4 del CETA e l'art. 13. 3, par. 3, dell'accordo dell'Unione europea con il Vietnam. Le disposizioni rilevanti dello USMCA hanno lo stesso tenore di quelle in materia di protezione ambientale (v. *supra*, la nota 7). L'art. 23.5, par. 3, dello USMCA afferma, peraltro, che: «if a Party fails to comply with an obligation under this Chapter, a decision made by that Party on the provision of enforcement resources shall not excuse that failure. Each Party retains the right to exercise reasonable enforcement discretion and to make bona fide decisions with regard to the allocation of enforcement resources between labor enforcement activities among the fundamental labor rights and acceptable conditions of work enumerated in Article 23.3.1 and Article 23.3.2 (Labor Rights), provided that the exercise of that discretion, and those decisions, are not inconsistent with its obligations under this Chapter».

13 Cfr. ampiamente MAGI, *Norme sulla tutela dei diritti dei lavoratori e norme sul libero scambio di merci*, cit., p. 695 ss.

14 Soprattutto in materia di tutela sociale, v. *supra*, la nota 11.

disposizioni più significative, comunque, sembrano essere quelle che impegnano le parti a non abbassare gli *standard* di tutela previsti dall'ordinamento interno poiché costituiscono degli obblighi internazionali «nuovi» nella misura in cui i livelli di protezione adottati negli ordinamenti interni siano superiori a quelli richiesti dagli accordi internazionali ai quali siano parti¹⁵.

La *ratio* di tali disposizioni risiede evidentemente nell'esigenza di evitare che la creazione di aree di libero scambio e le facilitazioni economiche che ne derivano possano dare luogo ad una concorrenza sleale¹⁶: come noto, infatti, uno Stato che mantenga *livelli minimi* di tutela, eventualmente in violazione di obblighi internazionali, assicura un vantaggio competitivo alle imprese nazionali danneggiando le imprese estere con esse in concorrenza. Gli obblighi previsti negli accordi commerciali preferenziali costituiscono, quindi, strumenti di contrasto del *dumping* sociale e ambientale.

2. Potenzialità e limiti delle disposizioni in materia di tutela ambientale e sociale contenute negli accordi preferenziali

Anche qualora gli obblighi sopra esaminati si configurino come mere ripetizioni di obblighi internazionali già assunti dagli Stati parti, le disposizioni contenute negli accordi di libero scambio hanno (potenzialmente) un indubbio rilievo. Infatti, le parti possono ricorrere alle procedure di soluzione delle controversie per vedere assicurato l'adempimento di tali obblighi. Tali procedure rappresentano, quindi, nuovi sistemi di garanzia rispetto a quelli eventualmente già contemplati dagli accordi internazionali pertinenti in materia¹⁷. Peraltro, sul rispetto di tali disposizioni è previsto un controllo da parte della società civile, che può presentare reclami presso le autorità competenti di ciascuna parte¹⁸.

15 Cfr. MAGI, op. ult. cit., p. 697.

16 V. ad esempio l'art. 13.4, par. 5, dell'accordo dell'Unione europea con il Vietnam, che afferma: «The Parties recognise that the violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a *legitimate comparative advantage*»; precisando, allo stesso tempo, che: «labour standards should not be used for protectionist trade purposes» (corsivo aggiunto).

17 Sul punto v. MAGI, op. ult. cit., p. 697.

18 Cfr. ad esempio, in materia di protezione sociale, l'art. 23.8, par. 5, del CETA e l'art. 23.10, par. 4, dello USMCA.

Ad ogni modo, l'avvio delle procedure di soluzione delle controversie specificamente previste negli accordi ha carattere *interstatale* sia nel modello degli accordi commerciali dell'Unione europea che in quello americano. Va rilevato, inoltre, che nei due modelli menzionati le procedure di soluzione delle controversie presentano significative differenze. Nel modello americano, per le violazioni degli obblighi in parola, le parti possono ricorrere al meccanismo *generale* di risoluzione delle controversie previsto per la violazione di qualsiasi disposizione dell'accordo, procedimento che consente di richiedere la *sospensione dei benefici e dei trattamenti preferenziali* assicurati dall'accordo qualora la parte convenuta non si adegui alle raccomandazioni suggerite dal *panel* nel rapporto che abbia accertato la violazione¹⁹. Nel modello dell'Unione europea, invece, sono previste procedure *ad hoc* per le violazioni relative alle disposizioni in materia di tutela dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori: le parti possono richiedere l'istituzione di un *panel*, ma se il rapporto del gruppo di esperti accerta la violazione degli obblighi contenuti nell'accordo, le parti sono tenute a raggiungere una soluzione mutualmente concordata e non è prevista la possibilità di adottare sanzioni commerciali²⁰.

Come si vedrà più avanti, nel sistema OMC non sono presenti disposizioni come quelle del tipo esaminate, ed anzi proprio la mancanza nel sistema multilaterale del commercio di strumenti idonei ad arginare fenomeni di *dumping* sociale e

19 V. ad esempio l'art. 23.17, par. 8, dello USMCA. Una volta effettuate le consultazioni, le Parti possono rivolgersi ad una apposita commissione per esperire un tentativo di conciliazione o di mediazione, fallito il quale possono richiedere alla stessa commissione l'istituzione di un *panel* di esperti (cfr. il Capo 31 dello USMCA). Per quanto riguarda la tutela dei diritti dei lavoratori, nonostante siano state presentate numerose richieste di consultazioni, nella prassi relativa agli accordi americani si registra soltanto un caso nel quale la procedura è giunta sino alla fase dell'istituzione di un *panel*, precisamente nell'ambito del *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement* (CAFTA-DR). Il *panel* è stato istituito nel 2012 su richiesta degli Stati Uniti, che lamentavano la violazione da parte del Guatemala dell'obbligo di non omettere di dare efficace applicazione alla propria legislazione in materia di lavoro *in modo tale da danneggiare gli scambi* (v. *supra*, la nota 12). Gli Stati Uniti contestavano, in particolare, la mancata attuazione delle normative relative alle condizioni di sicurezza dei lavoratori e alla libertà di associazione sindacale. Il *panel* ha reso il suo rapporto soltanto nel 2017 e non ha accertato la responsabilità del Guatemala poiché ha riscontrato che la mancata attuazione della legislazione in materia di lavoro in relazione ai casi sui quali verteva il ricorso non costituisca «a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade». Per un'analisi del rapporto v. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia, Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 198 ss.; *Trade Dispute Panel Issues Ruling in US-Guatemala Labour Law Case*, *International Centre for Trade and Sustainable Development*, 6 luglio 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.ictsd.org>.

20 Cfr. ad esempio l'art. 23.10 del CETA. Sui limiti dei meccanismi di soluzione delle controversie dell'Unione europea v. per tutti MARX, EBERT e HACHEZ, *Dispute Settlement for Labour Provisions in EU Free Trade Agreements: Rethinking Current Approaches*, in *Politics and Governance*, 2017, p. 49 ss.

ambientale costituisce una delle principali ragioni dello sviluppo della prassi pattizia qui evidenziata²¹. In questa sede non è possibile svolgere un'analisi approfondita circa l'effettività delle disposizioni esaminate²², ma va sottolineato un aspetto tendenzialmente positivo della diffusione di tali obblighi sul piano bilaterale e regionale, e cioè quello di rendere probabilmente più accettabile in prospettiva l'introduzione di disposizioni simili nel sistema OMC. L'adozione di soluzioni multilaterali rispetto ai problemi indicati è infatti imprescindibile, e per tanti versi urgente, nel contesto economico-produttivo attuale che si realizza attraverso c.d. *catene di valore globale*. Peraltro, come già evidenziato dalla dottrina, l'eventuale sospensione – laddove espressamente prevista – del trattamento preferenziale garantito dagli accordi commerciali di libero scambio in risposta alla violazione delle disposizioni sopra esaminate non intaccherebbe i benefici derivanti dalla partecipazione all'OMC per lo Stato che la subisca in termini di determinazione dei dazi all'importazione e di divieti di restrizioni quantitative²³.

Occorre rilevare, inoltre, che allo stato attuale si pongono non pochi problemi in merito a quelle misure commerciali restrittive adottate a tutela di interessi non commerciali che sarebbero sicuramente *consentite* in base agli accordi preferenziali²⁴, ma la cui compatibilità con gli obblighi del sistema OMC non sia immediatamente evidente. Nel caso in cui uno degli Stati parti all'accordo preferenziale si rivolgesse agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, si porrebbe il problema di comprendere se tali organi possano tener conto delle norme vincolanti per le parti al fine di risolvere la controversia. Secondo un autore, tale problema andrebbe affrontato alla luce dell'art. XXIV GATT che definisce le unioni doganali o le aree di libero scambio come zone nelle quali «*duties and other restrictive regulations of commerce are eliminated on substantially all the trade in products originating in such territories*»

21 Cfr. MAURO, *Labour standards, commercio internazionale e investimenti stranieri: la tutela di interessi incompatibili nel diritto internazionale*, cit., p. 228.

22 Per alcune evidenze al riguardo v. *supra*, la nota 23.

23 Cfr. MAGI, op. ult. cit., p. 711.

24 Ad esempio, le misure commerciali restrittive previste da accordi multilaterali ambientali che siano fatte salve da clausole di compatibilità (v. *infra*, il paragrafo successivo). Si consideri, ancora, la seguente disposizione contenuta nello USMCA: «the Parties recognize the goal of eliminating all forms of forced or compulsory labor, including forced or compulsory child labor. Accordingly, *each Party shall prohibit, through measures it considers appropriate, the importation of goods into its territory from other sources produced in whole or in part by forced or compulsory labor, including forced or compulsory child labor*» (art. 23.6, par.1).

fatta eccezione per le restrizioni consentite, tra cui quelle previste dall'art. XX GATT²⁵: poiché molte disposizioni degli accordi di libero scambio in materia ambientale e sociale andrebbero oltre quanto consentito dall'art. XX GATT, «the simple answer would be that under the WTO, a measure not covered by a relevant WTO exception is simply not permitted»²⁶. Altri autori, invece, ritengono che gli organi di soluzione delle controversie potrebbero *interpretare* il diritto OMC prendendo in considerazione tali disposizioni²⁷, o addirittura *applicare* tali norme al posto di quelle del sistema OMC qualora le prime siano vincolanti per le parti della controversia e successive alle seconde²⁸. Le posizioni da ultimo accennate affrontano il problema in termini assimilabili a quelli che riguardano il rapporto tra il sistema OMC e qualsiasi norma convenzionale “esterna” di natura non commerciale, rapporto che sarà esaminato nel prosieguo del presente lavoro²⁹.

3. La (scarsa) presenza negli accordi preferenziali di clausole di subordinazione in favore di altri accordi internazionali

In alcuni accordi commerciali preferenziali si rinvengono clausole di compatibilità con altri accordi, in particolare con gli accordi multilaterali in materia di ambiente. Questo è, ad esempio, il caso del NAFTA, il cui art. 104 prevede che nel caso di un'incompatibilità tra gli obblighi commerciali contenuti nell'Accordo e le *specific trade obligations* previste da determinati accordi multilaterali (precisamente, dalla CITES, dal Protocollo di Montreal sulle sostanze che danneggiano l'ozono, e dalla Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, nonché dagli accordi contenuti nell'Annesso 104.1 al NAFTA, il cui elenco è espressamente modificabile), gli obblighi ambientali

25 Cfr. l'art. XXIV, par. 8, GATT, corsivo aggiunto

26 Cfr. BARTELS, *Social Issues: Labour, Environment and Human Rights*, cit., p. 383.

27 Ad esempio, v. VAN DAMME, *What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?*, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Bartles, Ortino (a cura di), Oxford, 2006, p. 553 ss.; HSU, *Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links*, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, p. 525 ss.

28 Cfr. PAUWELYN, *Legal Avenues to 'Multilateralizing Regionalism': Beyond Article XXIV*, in *Multilateralizing Regionalism*, Baldwin, Low (a cura di), Cambridge, 2009, p. 368 ss.

29 V. *infra*, il par. 4.

debbano prevalere «to the extent of the inconsistency»³⁰. La disposizione specifica, tuttavia, che «where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with the other provisions of this Agreement»³¹.

Clausole dello stesso tenore di quella appena indicata sono stata inserite anche in altri accordi preferenziali, in particolare quelli conclusi sul piano bilaterale dal Canada e dal Messico³². Ad ogni modo, nel nuovo accordo di integrazione economica tra Stati Uniti, Messico e Canada, non sembra essere stata replicata una simile clausola di compatibilità con gli accordi ambientali³³. Negli accordi dell'Unione europea, invece, talvolta si specifica che le parti riconoscono il diritto di avvalersi della clausola di eccezione generale in relazione alle misure ambientali «comprese quelle adottate in forza di accordi multilaterali in materia di ambiente di cui sono firmatarie»³⁴.

30 Art. 104, par. 1, del NAFTA.

31 *Ibidem*.

32 Cfr. BARTELS, *Social Issues: Labour, Environment and Human Rights*, cit., p. 373.

33 Si rinvia, invero, una clausola che fa salve le misure necessarie per rispettare gli obblighi relativi alla protezione degli indigeni, ma la clausola non fa riferimento ad obblighi internazionali bensì a delle «legal obligations», quindi sembra trattarsi di una clausola che fa salvo il rispetto di obblighi derivanti dall'ordinamento *interno*. Cfr. art. 32.5 dello USMCA: «Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other Parties or as a disguised restriction on trade in goods, services, and investment, this Agreement does not preclude a Party from adopting or maintaining a measure it deems necessary to fulfill its legal obligations to indigenous peoples».

34 Cfr. l'art. 24. 4, par. 4, del CETA.

SEZIONE II - L'INTERAZIONE TRA IL DIRITTO OMC E GLI OBBLIGHI CONVENZIONALI ESTERNI

1. L'assenza negli Accordi OMC di norme di coordinamento con altri regimi convenzionali e il rischio della c.d. frammentazione del diritto internazionale

Contrariamente a quanto si è visto rispetto agli accordi preferenziali di libero scambio, il diritto dell'OMC non contempla *disposizioni di coordinamento* con regimi convenzionali esterni dedicati alla tutela dell'ambiente o dei diritti dei lavoratori né tantomeno prevede *obblighi* degli Stati membri in relazione alla tutela di tali valori³⁵. L'opportunità di un coordinamento del sistema OMC con altri trattati – in particolar modo con le convenzioni sui diritti fondamentali dei lavoratori concluse nell'ambito dell'OIL), e con quelle dedicate alla tutela dell'ambiente o delle risorse naturali concluse nell'ambito di disparati contesti di rilievo internazionale – è da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina internazionalistica e, più in generale, dell'opinione pubblica mondiale³⁶.

35 Gli unici riferimenti al riguardo sono quelli contenuti nel Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC che esprime la volontà degli Stati membri di *migliorare gli standard di vita, perseguire la piena occupazione e realizzare una crescita economica compatibilmente ai principi dello sviluppo sostenibile*. V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 1.

36 Tale attenzione si deve alle preoccupazioni, che talvolta si traducono in constatazioni, circa gli effetti tendenzialmente negativi sulla protezione di valori sociali e ambientali che la globalizzazione dell'economia è in grado di causare. Alla luce dell'ampia partecipazione all'OMC, si è visto un pericolo nell'Organizzazione considerato che essa, nonostante garantisca agevoli scambi internazionali sul piano mondiale, si disinteressa delle condizioni e degli standard sociali e ambientali di produzione delle merci e dei servizi nei vari Stati membri, in particolar modo nei Paesi in via di sviluppo, *standard* oggetto di norme internazionali spesso vincolanti per gli Stati membri o perché di natura consuetudinaria o perché contenute in convenzioni che gli Stati hanno ratificato. Come noto, le disposizioni OMC in materia di dazi *antidumping* non consentono agli Stati membri di adottare misure compensative in relazione a fenomeni di *dumping* sociale e ambientale. Una certa rilevanza al problema del *dumping* sociale veniva assicurata, invero, dall'Accordo istitutivo dell'Organizzazione internazionale del commercio (*International Trade Organization*, ITO) del 1948, negoziato nel quadro della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e sull'occupazione, e noto come «Carta dell'Avana», nell'ottica generale dell'Accordo tendente ad attuare le previsioni della Carta delle Nazioni Unite in materia di cooperazione economica e sociale (sul punto v. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 8 ss.). L'art. 7, par. 1, della Carta dell'Avana precisava, infatti: «[The Members] recognize that all countries have a common interest in the achievement and maintenance of *fair labour standards related to productivity*, and thus in the improvement of wages and working conditions as productivity may permit», quindi che «unfair labour conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade, and, accordingly, each Member shall take whatever action may be appropriate and feasible to eliminate such conditions within its territory». Corsivi aggiunti? La stessa disposizione precisava, inoltre, che gli Stati membri, nel garantire la piena occupazione, dovessero «take fully into account the rights of workers

È opportuno evidenziare, tuttavia, che il GATT contiene una disposizione che realizza un coordinamento con obblighi convenzionali di estremo rilievo: quelli derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Si tratta della clausola di eccezione generale in materia di *sicurezza*, l'art. XXI GATT, e in particolare della lettera *c*). Tale disposizione, infatti, assicura la compatibilità degli obblighi derivanti dal GATT con gli obblighi esterni appena indicate («nothing in [the] Agreement shall be construed to prevent any Contracting Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security»)³⁷. Per quanto non si sia verificata una prassi di rilievo in merito alla disposizione richiamata né nel contesto del GATT 1947 né nel sistema OMC, alla luce della lettera della norma è certo che la disposizione fa salve le sanzioni economiche stabilite, o anche solo suggerite tramite raccomandazioni, da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del Capitolo VII della Carta. Alla luce delle evoluzioni della prassi internazionale in materia, tale norma potrebbe giustificare anche le ipotesi di sanzioni commerciali adottate dagli Stati in via unilaterale per reagire alla violazione norme di *jus cogens* o a gravi violazioni di obblighi *erga omnes*³⁸.

under inter-governmental declarations, conventions and agreements». Per gli Stati membri che fossero stati anche parti dell'OIL, l'art. 7, par. 2, stabiliva un obbligo di cooperare con quest'ultima organizzazione per dare effetto agli impegni assunti nell'ambito dell'ITO. Sulle caratteristiche dell'ITO e sulle ragioni che ne determinarono il fallimento v. SACERDOTI, *Havana Charter (1948)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ultimo aggiornamento: giugno 2014.

37 La disposizione è richiamata *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 1.1. L'art. XXI GATT, lett. *c*) è, peraltro, complementare alla clausola di prevalenza di cui all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, che stabilisce: «In caso di contrasto tra obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con la [Carta] e gli obblighi da esso assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dalla [Carta]».

38 Cfr. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., pp. 346-347. Secondo gli autori, in un senso simile a quello appena indicato potrebbe rilevare anche l'art. XXI, lett. *b*), punto *iii*), GATT che stabilisce: «nothing in [the] Agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of *its essential security interests* taken in time of war or other *emergency in international relations*». Per una recente applicazione della disposizione in parola v. il rapporto del *panel* sul caso *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (WT/DS512/R, del 5 aprile 2019), che – in linea con l'interpretazione suggerita da lungo tempo dalla dottrina – ha respinto l'eccezione formulata dalla Russia, e sostenuta anche dagli Stati Uniti, circa l'inammissibilità di un accertamento obiettivo della sussistenza di interessi di sicurezza essenziali invocati da uno Stato membro (cfr. *ibidem*, soprattutto i paragrafi 7.76-7.82). Secondo il *panel*: «the GATT 1994 and the WTO Agreements provide that, in specific circumstances, Members may depart from their GATT and WTO obligations in order to protect other non-trade interests. [...] These concessions, like other exceptions and escape clauses built into the GATT 1994 and the WTO Agreements, permit Members a degree of flexibility that was considered necessary to ensure the widest possible acceptance of the GATT 1994 and the WTO Agreements. *It would be entirely contrary to the security and predictability of the multilateral trading system* established by the GATT 1994 and the WTO Agreements, including

Se è certa la compatibilità con il sistema OMC delle misure commerciali restrittive decise dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o comunque riconducibili all'esigenza di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale nonché alla tutela di valori essenziali della comunità internazionale nel suo insieme, l'assenza nel sistema OMC di un coordinamento con altri obblighi internazionali degli Stati membri pone, invece, non pochi problemi, considerato che sono ipotizzabili numerose interferenze, se non vere e proprie incompatibilità, tra gli obblighi derivanti dagli Accordi gestiti dell'Organizzazione e altri obblighi internazionali degli Stati membri relativi alla tutela di interessi non commerciali³⁹.

Nella dottrina internazionalistica da qualche tempo tali problemi sono ricondotti al tema più generale della c.d. «frammentazione» del diritto internazionale, in particolare della frammentazione come «*differentiation between types of special law*», per riprendere una definizione contenuta nel noto rapporto del Gruppo di studio della Commissione del diritto internazionale che si è occupato del tema in parola⁴⁰.

the concessions that allow for departures from obligations in specific circumstances, *to interpret Article XXI as an outright potestative condition*, subjecting the existence of a Member's GATT and WTO obligations to a mere expression of the unilateral will of that Member» (par. 7.79). Per un commento v. DESIERTO, *The Reviewability of the Security Exception in GATT Article XXI in Russia – Traffic in Transit: Implications for South China Sea Investment Disputes in GATT Article XXI-type Clauses in ASEAN Regional Investment Treaties*, in *EJIL: Talk!*, post del 9 aprile 2019.

39 Occorre precisare che nell'ambito della presente indagine si farà riferimento soprattutto al rapporto tra il sistema OMC e altri regimi convenzionali: le norme di diritto internazionale generale, essendo derogabili tramite accordo, assumono rilievo più che altro nell'interpretazione del diritto OMC (v. *infra*, par. 5). Ad ogni modo, va sottolineato che il diritto OMC non può in alcun caso limitare il rispetto delle norme di *jus cogens*. Per richiamare ipotesi esaminate in dottrina, si pensi, ad esempio, all'eventuale invocazione nell'ambito di una controversia di norme cogenti sulla tutela dei diritti umani fondamentali. Come rilevato, l'invocazione di norme imperative dovrebbe anzitutto indurre i *panels* e l'Organo d'appello ad adottare «quella interpretazione delle regole dell'OMC che si riveli più idonea alla tutela» imposta da tali norme: cfr. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 630.

40 Cfr. il rapporto del Gruppo di lavoro della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite (CDI) finalizzato da Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, UN doc. A/CN.4/L-682, del 13 aprile 2006, par. 55, corsivo aggiunto. Per alcuni commenti sul rapporto del Gruppo di lavoro della CDI v. SIMMA, PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of Int. Law*, 2006, p. 483 ss; CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: «Glissez, mortels, n'appuyez pas!»*, in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 5 ss. Sul tema della frammentazione del diritto internazionale esistono numerosissimi studi nella dottrina, dei quali non è possibile in questa sede dar conto in maniera esaustiva. Nella prospettiva del diritto dell'OMC, v. soprattutto SACERDOTI, *WTO Law and the "Fragmentation" of International Law: Specificity, Integration, Conflicts*, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, Janow, Donaldson e Yanovich (a cura di), Huntington, New York, 2008, p. 595 ss.; TRACHTMAN, *Fragmentation, Coherence and Synergy in International Law*, in *Transitional Legal Theory*, 2011, p. 505 ss.

La preoccupazione di fondo, oggetto di molti studi in dottrina, è che l'esistenza di una moltitudine di «specialized and (relatively) autonomus rules or rule-complexes, legal institutions and legal spheres of legal practices»⁴¹ dia luogo a problemi di *coerenza* all'interno dell'ordinamento internazionale⁴².

Per quanto attiene in particolar modo al tema oggetto di studio in questa sede, deve rilevarsi, in primo luogo, che i suindicati problemi di coerenza dovuti alla frammentazione del diritto internazionale potrebbero comportare una generale *prevalenza*, in via di fatto, del diritto OMC rispetto alle norme internazionali che tutelano valori non commerciali, rischio che deriva soprattutto dall'elevato grado di effettività del diritto OMC, effettività assicurata da un sistema di soluzione delle controversie le cui caratteristiche non hanno pari nel diritto internazionale. In secondo luogo, nel caso in cui il rispetto di norme *esterne* al sistema OMC sia garantito in modo altrettanto efficace attraverso meccanismi obbligatori di soluzione delle controversie, i suindicati problemi di coerenza possono comportare il rischio di *decisioni conflittuali* adottate dagli organi competenti specializzati in settori differenti. In terzo luogo, infine, devono rilevarsi problemi di coerenza e coordinamento che attengono al rapporto tra il sistema di soluzione delle controversie del diritto OMC e i sistemi predisposti dagli accordi di integrazione economica regionale (quindi ad una frammentazione *del diritto del commercio internazionale*)⁴³. Alla luce di una generale tendenza degli Stati a preferire il ricorso al sistema di soluzione delle controversie dell'OMC (in assoluto, o parallelamente e successivamente al ricorso, vertente sulla stessa questione, instaurato dinanzi agli organi di soluzione delle controversie regionali)⁴⁴, non è possibile escludere che tale tendenza possa verificarsi anche in relazione alle misure relative alla tutela dei valori non commerciali⁴⁵.

41 Cfr. Gruppo di studio della CDI, *Report on Fragmentation*, cit., par. 8, p. 11.

42 Cfr. *ibidem*, par. 15.

43 Sulle possibili sovrapposizioni di competenze in materia di commercio internazionale tra gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC e i tribunali istituiti nei sistemi di integrazione regionali v. DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, p. 268 ss.

44 Cfr. diffusamente ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo economico*, Napoli, 2013, che dimostra come le clausole di scelta del foro contenute negli accordi regionali non si rivelano strumenti efficaci al fine di gestire il concorso di competenza degli organi di soluzione delle controversie del sistema multilaterale e quelli regionali.

45 Ciò si è verificato nel caso *US-Tuna II (Mexico)* esaminato in relazione alla prassi dell'Accordo TBT (v. *supra*, Capitolo II, Sezione I, par. 2.3) poiché il Messico ha adito in prima battuta gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC nonostante il NAFTA contenga una clausola di scelta del foro che assicura precedenza agli organi di soluzione delle controversie predisposti

2. Alcune ipotesi di interferenze o di conflitti tra gli Accordi OMC ed altri accordi

Attraverso l'esame della prassi svolto in precedenza, si è avuto modo di comprendere che le disposizioni degli Accordi OMC possono interferire con diversi trattati internazionali relativi alla tutela di valori non commerciali vincolanti per gli Stati membri.

Si è visto, ad esempio, che gli obblighi relativi alla tutela della proprietà intellettuale contenuti nell'Accordo TRIPs possono incidere sulla tutela del diritto alla salute che gli Stati membri sono tenuti a garantire agli individui sui quali esercitano la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, qualora siano ne siano parti⁴⁶. Inoltre, le disposizioni relative alla tutela della proprietà intellettuale in base all'Accordo TRIPs, se applicate alle invenzioni biotecnologiche possono interferire, come si vedrà più avanti, con alcune disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sulla biodiversità relative alle condizioni di accesso alle risorse genetiche e alla protezione delle conoscenze tradizionali⁴⁷. Si è altresì visto che la Convenzione quadro per la lotta al tabagismo adottata nell'ambito dell'OMS impone agli Stati che l'hanno ratificata di regolamentare il commercio del tabacco secondo alcuni criteri, molti dei quali sono precisati dalle Linee guida sull'attuazione della Convenzione, e che le normative adottate secondo tali criteri possono, in linea di principio, entrare in conflitto con gli obblighi contenuti nell'Accordo TBT e nell'Accordo TRIPs⁴⁸.

Come si avrà modo di approfondire più avanti, nell'ambito del *Doha Round* è oggetto di negoziato tra gli Stati membri l'adozione di una soluzione di coordinamento tra gli Accordi OMC e gli accordi multilaterali in materia di tutela dell'ambiente

dall'Accordo per ogni questione «concerning a measures adopted or maintained by a Party to protect its human, animal or plant life or health, or to protect its environment» (art. 2005, par. 4, NAFTA). Gli Stati Uniti hanno contestato la violazione di tale clausola nell'ambito del foro regionale, ma il ricorso dinanzi all'OMC è andato avanti e in tale contesto gli Stati Uniti non hanno contestato un difetto di giurisdizione degli organi di soluzione delle controversie. V. ZOPPO, op. ult. cit., pp. 283-286; MATHIEU, *Settling NAFTA and WTO Disputes: A Net of Parallel and Contradictory Commitments?*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2014, p. 235 ss., che rileva come il caso *US-Tuna II* dimostri che «uncoordinated choice of forum provisions concretely leads to an application of the law that becomes a mere matter of politics» (p. 259).

46 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 1.2.

47 V. *infra*, par. 8.2, per un'analisi delle proposte di emendamento dell'Accordo TRIPs presentate da alcuni Stati membri dell'OMC che sono parti alla Convenzione sulla diversità biologica.

48 V. *supra*, Capitolo II, Sezione I, par. 2.3.

(*Multilateral Environmental Agreements*, MEAs), in ragione del fatto che questi ultimi spesso prevedono l'adozione di *misure commerciali restrittive* a titolo di sanzione, per tutelare gli obblighi previsti dall'accordo⁴⁹. Più in generale, occorre rilevare che potrebbero risultare restrittive del commercio anche misure non direttamente previste nei MEAs ma adottate dagli Stati membri al fine di perseguire determinati obiettivi di tutela che questi ultimi si sono impegnati a raggiungere nei confronti degli Stati parti all'accordo ambientale.

Nella prassi si è materializzato, inoltre, un potenziale conflitto tra gli Accordi OMC e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, UNCLOS), nonché tra gli organi ai quali gli Stati possono ricorrere per far accertare la violazione degli obblighi derivanti da ciascuno dei due sistemi multilaterali. Ci si riferisce alla nota controversia tra l'Unione europea e il Cile (*Swordfish case*), risalente al 2000, vertente su alcune misure commerciali restrittive adottate dal Cile – il divieto di scaricare o di far transitare il pescato di pescespada nei propri porti – per impedire le attività di pesca in alto mare effettuate in difformità alla legislazione nazionale in materia di conservazione della risorsa ittica in questione. L'Unione europea avviò una controversia nel sistema OMC contestando la contrarietà della misura cilena rispetto ad alcuni obblighi del GATT, mentre il Cile, poco più tardi, sottopose la controversia ad arbitrato (ai sensi dell'Allegato VII all'UNCLOS, anche se poi la questione venne deferita, tramite compromesso, ad una Camera speciale del Tribunale internazionale del diritto del mare), contestando all'Unione europea la violazione di precise disposizioni della Convenzione relative agli obblighi di cooperazione degli Stati parti in materia di conservazione delle risorse biologiche dell'alto mare⁵⁰. Nessuna delle procedure contenziose parallele proseguì,

49 V. *infra*, il par. 8.1.

50 Sulla controversia v. STOLL, VÖNEKY, *The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, p. 21 ss.; ORELLANA, *The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO*, in *Nordic Journal of International Law*, 2002, p. 55 ss.; v. inoltre PAPA, *The Relationship between International Trade Law and the Law of the Sea in the WTO Dispute Settlement Practice*, in *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Del Vecchio, Virzo (a cura di), Heidelberg, 2019, p. 321 ss., che evidenzia come il potenziale conflitto tra i due regimi in discussione (e rispettivi organi di soluzione delle controversie) sia emerso anche in una seconda disputa, risalente al 2013, verificatasi tra l'Unione europea e le Isole Faroe (caso *EU-Herrings*), in relazione ad alcune misure commerciali restrittive adottate dall'Unione per reagire alla decisione delle Isole Faroe di aumentare in via unilaterale i limiti di pesca di alcune risorse ittiche, in seguito al rifiuto di negoziare le quote annuali di pesca nell'ambito della North-East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC). In tale circostanza, tuttavia, le procedure di soluzione della controversia nei fori multilaterali sono state

in quanto le parti si adoperarono a raggiungere un accordo per risolvere la controversia, probabilmente proprio avendo considerato il rischio di un *conflitto tra le decisioni* degli organi operativi nei due differenti sistemi multilaterali⁵¹. Come attentamente rilevato dalla dottrina, è possibile che in futuro situazioni come quella appena indicata possano presentarsi nuovamente, anche alla luce della recente entrata in vigore dell'Accordo FAO sulle Misure dello Stato di Approdo (*Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*), che impone agli Stati del porto di negare l'uso dei propri porti alle imbarcazioni coinvolte nelle attività di pesca illegale e non regolamentata⁵².

Si considerino, inoltre, le possibili interferenze tra gli obblighi derivanti dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e gli obblighi del sistema OMC⁵³. Ad esempio, il Comitato dei diritti economici e sociali, nel Commento generale n. 24 relativo agli obblighi degli Stati derivanti dal Patto nel contesto delle attività economiche⁵⁴, ha affermato che gli Stati parti hanno il dovere di proteggere i diritti elencati nel Patto anche in via extraterritoriale, e ha suggerito di implementare tale obbligo attraverso l'adozione di misure che impongano alle imprese sulle quali esercitano la propria giurisdizione obblighi di *due diligence* in relazione alle attività economiche realizzate in via diretta o indiretta sul territorio di altri Stati⁵⁵. Tali misure potrebbero costituire ostacoli *de jure* agli scambi o restrizioni commerciali *de facto* (in

ambidue attivate dalle Isole Faroe (o meglio, dalla Danimarca per conto delle Isole Faroe). Anche in questo caso, comunque, la controversia è stata risolta tramite accordo tra le parti.

51 Cfr. ZOPPO, op. cit., Napoli, p. 313.

52 Cfr. PAPA, *The Relationship between International Trade Law and the Law of the Sea in the WTO Dispute Settlement Practice*, cit., p. 335; L'Accordo sulle Misure dello Stato di approdo è entrato in vigore il 5 giugno 2016, e ad oggi conta 60 Stati parti (<http://www.fao.org/port-state-measures/en/>). Sul potenziale conflitto v. anche AULD, *Trade Measures to Prevent Illegal Fishing and the WTO: An Analysis of the Settled Faroe Islands Dispute*, in *World Trade Review*, 2017, p. 665 ss.

53 Per uno studio estensivo delle varie ipotesi di interferenza v. per tutti DESIERTO, *Public Policy in International Economic Law: the ICESCR in Trade, Finance and Investment*, Oxford, 2015.

54 Comitato dei diritti Economici, sociali e culturali (CESCR), *General Comment n. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, adottato il 10 agosto 2017.

55 CESCR, *General Comment n. 24*, par. 16: «The obligation to protect entails a positive duty to adopt a legal framework requiring business entities to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent and mitigate the risks of violations of Covenant rights, to avoid such rights being abused, and to account for the negative impacts caused or contributed to by their decisions and operations and those of entities they control on the enjoyment of Covenant rights. States should adopt measures such as imposing due diligence requirements to prevent abuses of Covenant rights in a business entity's supply chain and by subcontractors, suppliers, franchisees, or other business partners». V. anche le misure commerciali restrittive suggerite *ibidem*, par. 19, per tutelare la salute pubblica.

quanto potrebbero scoraggiare le importazioni da determinati Paesi), in quanto tali contrarie al GATT.

Dalle ipotesi qui sommariamente presentate è possibile evincere che, molto spesso, il rapporto tra gli accordi OMC e trattati relativi alla tutela di valori non commerciali non si configura nei termini di un conflitto normativo in senso stretto: sono rari, infatti, i casi in cui i trattati *esterni* prevedano obblighi direttamente incompatibili con quelli contenuti negli Accordi OMC⁵⁶. Sono più frequenti, invece, ipotesi di conflitto in senso improprio, che si verificano quando l'accordo *esterno* preveda la facoltà, o comunque suggerisca, agli Stati parti di adottare una misura commerciale restrittiva che sia contraria al diritto OMC⁵⁷. Ancora più ricorrenti sembrano le ipotesi di semplici interferenze tra i diversi regimi, soprattutto se si considera che non in tutti i casi è immediatamente evidente che la contrarietà di una misura di carattere commerciale agli obblighi derivanti dagli Accordi OMC, e altresì che tali Accordi contengono numerose clausole di eccezione (o disposizioni con una funzione simile) che consentono agli Stati membri di derogare agli obblighi in essi contenuti.

3. Il rilievo delle regole sulla soluzione dei conflitti tra accordi

Stante l'assenza nel sistema OMC di qualsivoglia clausola di subordinazione o di compatibilità rispetto a regimi convenzionali esterni, non è possibile individuare *a priori* la norma che dovrebbe prevalere se non in via assoluta, quantomeno nella prospettiva degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. Alla luce di ciò,

56 Per una definizione di conflitto normativo in questi termini sostenuta dalla maggioranza della dottrina, v. JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1953, p. 401 ss., p. 426. Sono configurabili in questi termini i trattati che impongono agli Stati membri, in determinate circostanze, l'adozione di misure commerciali restrittive.

57 Alcuni autori sostengono che anche in tale ipotesi debba parlarsi di un conflitto normativo. V. ad esempio, PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 8 ss; VRANES, *The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and legal Theory*, in *European Journal of Int. Law*, p. 395 ss., p. 404, che rileva che la definizione «ristretta» di conflitto normativo suggerita da Jenks non tiene conto del fatto che «States may intend to detract from their existing obligations by establishing permissions». In tal senso v. anche la posizione del Gruppo di lavoro della CDI sul tema della frammentazione del diritto internazionale, *Report on Fragmentation*, cit., par. 25.

rileva quindi, in primo luogo, il principio *lex posterior derogat priori*, codificato all'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Come noto, in base a tale principio, le disposizioni di un trattato posteriore prevalgono su quelle incompatibili contenute in un trattato anteriore vertente sulla *stessa materia* quando le parti ai due trattati coincidono⁵⁸. Quando, invece, le parti al trattato anteriore e al trattato posteriore *non* coincidano, il principio in parola deve applicarsi nel rispetto del principio dell'inefficacia dei trattati nei confronti di terzi Stati⁵⁹. Seguendo il criterio indicato alla situazione qui in esame, la soluzione circa l'accordo prevalente va ricercata caso per caso, secondo l'accordo esterno che venga di volta in volta in rilievo. La norma pattizia a tutela di interessi non economici che ponga obblighi incompatibili con il diritto OMC prevarrebbe qualora fosse contenuta in un trattato vincolante per *tutti* gli Stati membri dell'OMC e *successivo* all'Accordo di Marrakech; oppure, prevarrebbe nei *rapporti tra alcuni Stati dell'OMC*, quelli che siano vincolati anche all'accordo che pone obblighi incompatibili, purché quest'ultimo risulti *successivo* rispetto all'Accordo OMC. In ogni caso, la prevalenza della *lex posterior* non potrebbe venire opposta ad uno Stato membro dell'Organizzazione che non sia vincolato all'accordo esterno successivo.

Occorre tener presente però alcune difficoltà applicative del principio della *lex posterior* nelle ipotesi di conflitto qui prese in esame. La prima difficoltà si presenterebbe nello stabilire se un Accordo OMC e un accordo esterno vertano sulla *stessa materia*⁶⁰. Inoltre, l'applicazione del criterio indicato potrebbe dare luogo a

58 L'art. 30, par. 3, prevede infatti che «quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore si sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in virtù dell'articolo 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore».

59 Il trattato posteriore prevale quindi *nei rapporti tra gli Stati che sono parti ad entrambi i trattati*. Quando uno Stato è parte ai due trattati incompatibili e l'altro Stato è parte a *uno solo* di essi, i rapporti tra i due Stati non possono che essere regolati dal trattato al quale essi sono entrambi parti: il principio dell'inefficacia dei trattati nei confronti di terzi Stati fa sì che lo Stato che abbia assunto con parti diverse obblighi convenzionali tra loro incompatibili non possa opporre il principio della *lex posterior* alle parti non vincolate al trattato concluso successivamente. Nei confronti di queste parti, anzi, lo Stato è tenuto a sopportare le conseguenze derivanti dall'illecito che realizza attuando il comportamento previsto dal trattato a cui tali parti siano rimaste estranee. L'art. 30, par. 5, della Convenzione di Vienna esplicita che il par. 3 della stessa disposizione si applica fatto salvo «qualsiasi questione di responsabilità che possa sorgere per uno Stato dalla conclusione o dall'applicazione di un trattato le cui disposizioni siano incompatibili con gli obblighi di cui sia destinatario nei confronti di un altro Stato per effetto di un altro trattato».

60 Al riguardo, sembra però appropriato osservare che due accordi che diano luogo ad un conflitto vertono necessariamente sulla stessa materia: «if not, there would be no conflict in the first place since there would be no overlap *ratione materiae*»: PAUWELYN, op. ult. cit., p. 364; nello stesso

risultati frammentati e non sempre coerenti: uno Stato potrebbe essere tenuto ad assicurare la prevalenza della norma esterna soltanto nei confronti di alcuni dei Membri dell'OMC; ancora, nei rapporti tra più Membri vincolati ad entrambi gli accordi, tra alcuni di essi potrebbe prevalere un *certo* accordo, e tra altri potrebbe prevalere un *diverso* accordo se si ritenesse opportuno individuare l'accordo *successivo* senza fare riferimento alla data di conclusione oppure di entrata in vigore dei due trattati (quindi al momento della manifestazione dell'*intento* delle *parti originarie dei due trattati*), bensì alla data in cui ciascuna parte abbia provveduto a ratificare i due accordi (avendo riguardo, cioè, al momento in cui gli accordi abbiano iniziato a produrre effetti *tra* le parti interessate)⁶¹.

Per concludere rispetto al principio della *lex posterior*, occorre rilevare che l'art. 30, par. 5, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati precisa che le regole di cui all'art. 30 si applicano «fatto salvo quanto previsto dall'art. 41», cioè fatta salva l'eventuale *illiceità* di un accordo successivo concluso tra due o più parti che modifichi un trattato multilaterale nelle loro relazioni reciproche⁶².

Proprio alla luce dell'art. 30, par. 5, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo un autore, gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC sarebbero tenuti a disapplicare il diritto OMC, qualora gli obblighi derivanti dagli Accordi OMC costituiscono una modifica successiva *illicita*, ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna del 1969, di un trattato multilaterale a tutela dell'ambiente o dei diritti umani⁶³. Tale ipotesi si verificherebbe, in particolare, qualora il trattato

senso v. anche il rapporto del Gruppo di studio della CDI sul tema della frammentazione, *Report on Fragmentation*, cit., par. 253 ss.

61 Qualche autore ritiene preferibile la soluzione appena indicata nelle ipotesi come quella in discussione, dove vengono in rilievo accordi multilaterali aperti all'*adesione* di Stati che non sono parti originarie: cfr. PAUWELYN, op. ult. cit., p. 298 ss.

62 Come noto, l'art. 41 della Convenzione prevede che due o più parti di un trattato multilaterale possono concludere un accordo per modificare il trattato soltanto nelle loro relazioni reciproche se ciò è espressamente consentito dal trattato, oppure se la modifica non è proibita e questa «i) non pregiudica il godimento da parte delle altre parti dei loro diritti in base al trattato né l'adempimento dei loro obblighi; ii) non riguarda una disposizione «alla quale non possa derogarsi senza che ci sia incompatibilità con la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato nel suo complesso».

63 Cfr. PAUWELYN, op. ult. cit., p. 321. L'autore ritiene che non vi siano ostacoli formali nel considerare che specifiche disposizioni di un trattato multilaterale sulla tutela dell'ambiente o dei diritti umani possano venire «modificate» – ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna – da alcune parti con la conclusione dell'Accordo OMC, cioè di un trattato multilaterale concluso in «an entirely different context». Tuttavia, deve rilevarsi che non è così scontato che gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC possano ritenere che gli Accordi OMC costituiscano *modifiche tra le parti* dei trattati a tutela di valori non commerciali ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

multilaterale anteriore imponesse l'adozione di misure commerciali restrittive incompatibili con il diritto OMC. Tra le parti vincolate ad entrambi i regimi convenzionali, infatti, gli Accordi OMC successivi costituirebbero una modifica – nei loro rapporti reciproci – degli obblighi derivanti dal trattato multilaterale, ma tale modifica, essendo *illecita* ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna del 1969 in virtù della natura «integrale» o «collettiva» degli obblighi posti dal trattato multilaterale, costituirebbe una deroga incompatibile con la realizzazione dell'oggetto e dello scopo di quest'ultimo⁶⁴.

Ai fini del problema in discussione, potrebbe rilevare, ancora, il principio della *lex specialis*, non codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁶⁵, in base al quale, tra due trattati applicabili ad una stessa fattispecie nei rapporti tra le parti, dovrebbe prevalere il trattato che disciplini la questione in maniera *più specifica*. Tuttavia, come è stato rilevato, «it is often hard to distinguish what is “general” and what is “particular” and paying attention to the substantive coverage of a provision or to the number of legal subjects to whom it is directed one may arrive at different conclusion»⁶⁶.

Altre soluzioni del problema in esame sono state avanzate dalla dottrina alla luce delle caratteristiche, tanto formali che «fattuali», del sistema OMC e degli accordi esterni a tutela di interessi non economici⁶⁷. In particolare, secondo alcuni autori, quando l'Accordo OMC sia successivo all'accordo esterno a tutela di interessi non

64 Ipotesi di modifica, questa, considerata illecita dall'art. 41, par. 1, lett. b), punto, ii) della Convenzione di Vienna del 1969. La modifica inciderebbe altresì sul godimento dei diritti del trattato multilaterale per quelle parti del trattato anteriore che non siano anche parti dell'OMC (v. l'art. 41, par. 1, lett. b), punto i) della Convenzione sul diritto dei trattati. Cfr. PAUWELYN, op. ult. cit., p. 322. *Nulla quaestio*, invece, rispetto alle condizioni poste dall'art. 41 della Convenzione di Vienna nel caso di un accordo restrittivo del commercio concluso *successivamente* all'Accordo OMC tra alcune parti dell'Organizzazione: questo accordo prevarrebbe in quanto *lex posterior* senza danneggiare né interessi né diritti degli Stati parti all'OMC che non lo abbiano concluso, in ragione della natura *reciproca* dei vantaggi previsti dagli Accordi OMC. Cfr. *ibidem*, pp. 319-320, pp. 322-324.

65 Sul rilievo di tale principio ai fini del problema degli accordi confliggenti, v. ILC, *Report on Fragmentation*, cit., par. 56 ss.

66 *Ibidem*, par. 58. Per un esempio che ben esprime la difficoltà di comprendere talvolta quale trattato regolamenti in modo più *specifico* una questione che rientri nell'ambito di applicazione tanto di un accordo in materia commerciale che di un accordo a tutela di valori non economici, v. PAVONI, op. cit., p. 204, che pone il caso delle clausole relative alla *proprietà intellettuale* contenute nei contratti di c.d. bioprospezione spiegare: difficile stabilire se il regime pattizio *speciale* sia l'Accordo TRIPS o la Convenzione sulla biodiversità, che richiede alle parti di tutelare le «conoscenze tradizionali» esistenti laddove si svolga un'attività di bioprospezione. Sul rapporto tra l'Accordo TRIPS e la Convenzione sulla biodiversità v. *infra*, il par. 8.2.

67 Per tali caratteristiche v. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 641, p. 643 ss.

economici rilevante ai fini della controversia, il principio di *buona fede* dovrebbe impedire ad uno Stato membro vincolato all'accordo esterno di esigere i *vantaggi* e le *concessioni* di carattere reciproco derivanti dalla partecipazione all'OMC – in particolare – nei confronti di un altro Stato, anch'esso parte all'accordo esterno, che adotti una misura commerciale restrittiva in esecuzione di tale ultimo accordo⁶⁸, il quale verrebbe a configurarsi come una formale rinuncia ai vantaggi nei rapporti bilaterali tra gli Stati parti della controversia, rinuncia che non sarebbe in grado di alterare i *diritti* e gli *obblighi* previsti dall'Accordo OMC proprio in quanto *reciproca*.

Ognuno dei criteri qui prospettati delinea una strada percorribile, in linea di principio, per risolvere un eventuale conflitto in senso stretto tra gli obblighi posti da un Accordo OMC e gli obblighi posti da accordi esterni che tutelano interessi non economici; alcuni di tali criteri, tuttavia, nascondono insidie di non poco rilievo che rendono dubbia la possibilità di fare proficuamente ricorso ad essi nella pratica⁶⁹.

Più in generale, deve rilevarsi che non è possibile attribuire *a priori* prevalenza agli accordi a tutela di interessi non economici rispetto agli Accordi OMC alla luce della struttura collettiva degli obblighi derivanti dai primi accordi richiamati. Infatti, se è possibile ritenere che i trattati sui diritti umani o a tutela dell'ambiente, in virtù del loro contenuto, pongano obblighi dovuti nei confronti di ciascuna delle parti contraenti (obblighi *erga omnes partes*), non è possibile ritenere che tale tipo di struttura degli obblighi incida in qualche modo sulla *validità* dei trattati che pongano obblighi contrastanti aventi carattere reciproco poiché, com'è generalmente riconosciuto, l'eventuale struttura collettiva degli obblighi comporta effetti per le parti contraenti soltanto sul piano della responsabilità⁷⁰. In tali casi, ciascuna parte contraente è quindi chiamata a scegliere se adempiere all'obbligo di carattere reciproco

68 Precisamente, «trattandosi di vantaggi cui entrambe [le parti] hanno deciso liberamente di derogare nei loro rapporti bilaterali, e il cui venir meno non comporta alcuna interazione, ai sensi dell'[Accordo OMC], delle loro posizioni e concessioni reciproche»: cfr. *ibidem*, p. 648. Secondo gli stessi autori, nel caso in cui all'accordo esterno in base al quale sia stata adottata la misura incompatibile non siano parti tutti gli Stati coinvolti nella controversia, i *panels* e l'Organo d'appello potrebbero comunque attribuire un rilievo a tale accordo, eccezionalmente, alla luce delle sue eventuali caratteristiche formali: ad esempio, qualora si tratti di un accordo che ponga un «regime obiettivo» o «traduca in forma convenzionale delle norme che siano entrate a far parte del diritto internazionale cogente»: cfr. *ibidem*, pp. 649-650. Potrebbero considerarsi tali, ad esempio, le Convenzioni ILO sul divieto di lavoro minorile.

69 In particolar modo, v. *supra*, il passo del testo corrispondente alle note 61 e 66, e la nota 63.

70 In tal senso v. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, 1986, soprattutto p. 389; e più recentemente, v. ILC, *Report on Fragmentation*, paragrafi 407-409.

sopportando le possibili conseguenze che derivano dalla violazione di un trattato che pone obblighi esigibili da tutte le altre parti contraenti, o meno.

4. Il dibattito sull'applicabilità di norme esterne al sistema OMC da parte dei panels e dell'Organo d'appello alla luce della DSU

Si pone ora il problema di comprendere se i *panels* e l'Organo d'appello possano eventualmente prendere in considerazione norme *esterne* invocate da uno Stato membro per giustificare l'adozione di misure commerciali restrittive la cui conformità al diritto OMC venga contestata un altro Membro.

Secondo una parte significativa della dottrina, agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC sarebbe preclusa qualsiasi applicazione di norme *esterne* non espressamente richiamate dagli accordi OMC⁷¹. Questa interpretazione fa leva sui limiti della competenza «giurisdizionale» degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, quindi su alcune disposizioni della DSU, in particolar modo sull'art. 3, par. 2, che precisa che il sistema di soluzione delle controversie dell'OMC «*serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law*», e, inoltre, che «*recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements*»⁷².

La tesi della completa inapplicabilità di norme *esterne* da parte degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC consuetudinarie o convenzionali è stata, però,

71 In proposito, v. TRACHTMAN, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1999, p. 334 ss.; p. 342, secondo il quale le disposizioni richiamate: «would be absurd if rights and obligations arising from other international law could be applied by the DSB»; MARCEAU, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 1081 ss., p. 1102 ss.

72 Quest'ultima precisazione si rinviene anche nell'art. 19, par. 2, DSU. V. anche l'art. 7, che stabilisce nel seguente modo quali debbano essere i termini del deferimento di una controversia ai *panels*: «panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panele 'to examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document'»; e l'art. 11, che individua la funzione dei *panels* nel rendere «an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the *applicability of and conformity with the relevant covered agreements*».

respinta dalla maggior parte della dottrina e, *in parte*, sconfessata dalla prassi dei *panels* e dell'Organo d'appello⁷³. Sul piano logico, infatti, sarebbe impossibile applicare il diritto OMC in modo completamente *autosufficiente* e separato dal diritto internazionale, considerato che esso è senz'altro *parte* di quest'ultimo e trova in esso il proprio fondamento⁷⁴.

Per quanto riguarda, più in particolare, il problema qui in esame, secondo alcuni autori, alla luce delle disposizioni della DSU i *panels* e l'Organo d'appello non potrebbero applicare alla fattispecie che venga in rilievo *in via diretta* norme convenzionali esterne *al posto* degli accordi OMC, ma potrebbero prendere in considerazione in via pregiudiziale una norma esterna nel decidere in merito alla *liceità* di una misura commerciale rispetto al diritto OMC⁷⁵. Gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC potrebbero quindi valutare la liceità di una misura commerciale alla luce delle norme convenzionali esterne in base alle regole generali applicabili in materia di conflitti tra accordi, e nel caso in cui il diritto OMC non risulti prevalere, i *panels* e l'Organo d'appello sarebbero tenuti a *disapplicarlo* (o meglio, a *non applicarlo* alla controversia) accertando la liceità della misura⁷⁶.

Secondo altri autori, invece, se gli organi di soluzione delle controversie possono in linea di principio prendere in considerazione norme esterne al diritto OMC a titolo pregiudiziale, l'art. 19, par. 2, della DSU, stabilendo che «in their findings and recommendations, the panels and the Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements», impedirebbe di portare

⁷³ Almeno per quanto riguarda le norme consuetudinarie che colmano delle lacune del diritto OMC, v. *infra*, il passo del testo corrispondente alla nota 81.

⁷⁴ Sul punto v. soprattutto il rapporto del Gruppo di lavoro della CDI, *Report on Fragmentation*, par. 165 ss.

⁷⁵ In risposta agli autori che sostengono l'inapplicabilità di norme *esterne* in base al disposto di cui all'art. 3, par. 2, DSU, si obietta che «l'impossibilità di modificare materialmente i diritti e gli obblighi previsti [dagli accordi OMC], [come affermato dalla disposizione in questione], non ha nulla a che vedere con la necessaria ricostruzione e definizione dei medesimi alla luce dei rapporti che vanno in certi casi instaurati col diritto internazionale generale»: cfr. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 627. Pertanto, «il diritto internazionale [generale] sarà in principio applicabile, se "materialmente" utilizzabile, a meno che, esplicitamente o implicitamente, gli accordi indicati non provvedano, a titolo di *lex specialis*, ad escluderne l'applicazione»: cfr. *ibidem*, p. 631. V. anche PAUWELYN, op. ult. cit., p. 465, secondo il quale le disposizioni della DSU sopra richiamate «relate to the *jurisdiction* or *substantive mandate* of WTO panels to enforce judicially only claims under WTO covered agreements, not to the *law* that may be applied in doing so». Questa prospettiva, quindi, si attuerebbe nei limiti della competenza «giurisdizionale» degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, in quanto questi ultimi dovrebbero soltanto accertare *in via pregiudiziale* l'esistenza di un obbligo esterno che possa giustificare la misura commerciale adottata.

⁷⁶ Cfr. diffusamente PAUWELYN, *Conflict of Norms*, cit.

ad estreme conseguenze i rilievi effettuati a titolo pregiudiziale circa le norme esterne, cioè di disapplicare il diritto OMC⁷⁷. Più precisamente, secondo questa interpretazione, le disposizioni richiamate della DSU consentono tali rilievi fintantoché questi rappresentino «merely an anterior determination logically necessary for a determination *on WTO law* and provided also that this does not have the effect that WTO law is disapplied»⁷⁸.

La possibilità di ritenere giustificate misure contrarie agli Accordi OMC sulla base di norme *esterne* sembra, comunque, tendenzialmente esclusa dalla prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC. La questione si è posta nel recente caso *Perù – Agricultural Products* nell'ambito di una controversia sollevata dal Guatemala, nella quale il Perù invocava una disposizione contenuta nell'accordo bilaterale di libero scambio che era stato concluso tra i due Paesi nel 2011 (sebbene non ancora entrato in vigore), disposizione che sembrava consentire una misura commerciale apparentemente contraria ad alcune disposizioni del diritto OMC (contenute nel GATT e nell'Accordo sull'agricoltura)⁷⁹. Il Perù invocava tale norma *esterna* richiamando l'art. 41 della Convenzione di Vienna, che consente a due o più parti di un trattato multilaterale di modificare il trattato nei loro rapporti reciproci⁸⁰. Al riguardo, l'Organo d'appello ha affermato che gli Accordi OMC contengono specifiche disposizioni in materia di deroghe – come l'art. XXIV del GATT che consente la conclusione di accordi di integrazione economica regionale tra i Membri – e che occorre invocare queste per far valere eventuali deroghe o deviazioni dal diritto OMC senza che a nulla possa valere l'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, e che occorre dimostrare la compatibilità delle norme esterne alle condizioni stabilite dalle specifiche disposizioni OMC⁸¹.

77 BARTELS, *Jurisdiction and Applicable Law in the WTO*, *University of Cambridge Legal Studies Research Paper no. 59/2014*, ottobre 2014.

78 Cfr. BARTELS, op. ult. cit., p. 22, corsivo aggiunto.

79 V. *Perù – Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R, rapporto dell'Organo d'appello del 20 luglio 2015.

80 V. *infra*

81 *Ibidem*, par. 5.112. L'Organo d'appello non ha fatto a meno di rilevare che, anche qualora il Perù avesse invocato l'art. XXIV GATT, difficilmente la disposizione contenuta nell'accordo bilaterale sarebbe stata considerata *compatibile* con il diritto OMC poiché avrebbe consentito misure *restrittive* del commercio tra i due Paesi: «in our view, the references in [Article XXIV paragraph 4] to facilitating trade and closer integration are not consistent with an interpretation of Article XXIV as a broad defence for measures in FTAs that *roll back on Members' rights and obligations under the WTO covered agreements*»: cfr. *ibidem*, par. 5.116 (corsivo aggiunto).

5. Il rilievo delle norme esterne ai fini dell'interpretazione degli Accordi OMC, in particolare alla luce del principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969

Nelle ipotesi di interferenze tra il diritto OMC e altre norme convenzionali, il verificarsi di un contrasto tra diversi regimi potrebbe essere evitato attraverso un'interpretazione degli Accordi del sistema multilaterale del commercio che renda possibile agli Stati membri di mantenere in vigore misure restrittive che diano attuazione a norme esterne a tutela di interessi non economici o, comunque, ad esigenze che trovino origine in tali norme⁸². Il coordinamento in via interpretativa tra norme internazionali potenzialmente confliggenti sembra particolarmente promettente se si considerano le disposizioni degli Accordi OMC, esaminate in questo lavoro, che consentono a vario titolo agli Stati membri di perseguire, a certe condizioni, obiettivi legittimi di tutela derogando alla disciplina in essi prevista o attuandola con un certo margine di flessibilità.

Tra le regole in materia di interpretazione dei trattati codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (articoli 31-33), e considerate in larga parte corrispondenti a norme consuetudinarie, assume un particolare rilievo ai fini del problema qui in discussione l'art. 31, par. 3, lett. c), il quale stabilisce che nell'interpretare un trattato si terrà conto, oltre che del contesto, «di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti»⁸³.

⁸² Come ha osservato il Gruppo di lavoro della CDI, «whether there is a conflict and what can be done with prima facie conflicts depends on the way the relevant rules are interpreted. [...] Rules appear to be compatible or in conflict as a result of interpretation. Sometimes it may be useful to stress the conflicting nature of two rules or sets of rules so as to point to the need for legislative intervention. Often, however, it seems more appropriate to play down that sense of conflict and to read the relevant materials from the perspective of their contribution to some generally shared – “systemic” – objective»: cfr. ILC, *Report on Fragmentation*, cit., par. 412.

⁸³ Ai sensi dell'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1969, «un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Il par. 2 della stessa disposizione prevede che «ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato». L'art. 31, par. 3., prevede che debba tenersi conto: «a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti». Infine,

Proprio nell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la dottrina, e in particolar modo il gruppo di lavoro della CDI che si è occupato del tema della frammentazione del diritto internazionale, ha da tempo individuato una regola interpretativa (per quanto, per certi versi, a sua volta difficile da interpretare) in grado di assicurare un'applicazione dei trattati, soprattutto di quelli settoriali, in armonia con altre norme internazionali e, in definitiva, nel quadro di un ordinamento internazionale unitario e non «frammentato». Si è quindi evidenziato come tale disposizione costituisca un'espressione del «principio di integrazione sistemica», che richiede a qualsiasi organo giurisdizionale internazionale (che eserciti la propria giurisdizione soltanto rispetto al diritto individuato dallo strumento istitutivo) di interpretare ed applicare tale diritto «in its relationship to its normative environment», considerato che «all international law exists in systemic relationship with other law»⁸⁴.

Quanto all'interpretazione degli Accordi OMC, occorre richiamare, anzitutto, l'art. 3, par. 2, della DSU, in base al quale gli Stati membri «recognize that [the dispute settlement system of the WTO] serves [...] to clarify the existing provisions of those agreements *in accordance with customary rules of interpretation of public international law*»; nonché la celebre affermazione dell'Organo d'appello nel caso *US – Gasoline* secondo la quale l'indicazione contenuta nell'art. 3, par. 2, della DSU riflette «a measure of recognition that the [*WTO Agreements*] [are] *not to be read in clinical isolation from public international law*»⁸⁵. Peraltro, come ampiamente messo in evidenza dalla dottrina, i *panels* e, soprattutto, l'Organo d'appello nell'applicare il diritto OMC ricorrono abitualmente alle norme consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati e, talvolta, fanno ricorso a regole di diritto internazionale generale, in particolare a principi generali di natura processuale, per colmare le lacune del sistema OMC⁸⁶.

ai sensi dell'art. 31, par. 4, «si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti».

⁸⁴ *Ibidem*, par. 423 ss.

⁸⁵ *US – Gasoline*, rapporto dell'Organo d'appello, doc. WT/DS2/AB/R del 29 aprile 1996, p. 17, corsivo aggiunto.

⁸⁶ Per un esame sistematico della prassi v. diffusamente COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence*, 2015; POPA, *Treaty Interpretation at World Trade Organization, Patterns of Treaty Interpretation as Anti-Fragmentation Tools*, 2018.

Nella prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC non mancano *riferimenti a norme esterne* al fine di ricostruire il significato e la portata degli Accordi OMC.

Come si è visto in precedenza, nel rapporto *US – Shrimp* l'Organo d'appello ha richiamato alcune disposizioni della UNCLOS, della Convenzione sulla biodiversità e della CITES, al fine di interpretare il significato della nozione di «risorse naturali esauribili» di cui all'art. XX, lett. g), GATT come comprendente anche le risorse *biologiche marine*⁸⁷. Dopo aver esaminato le Convenzioni richiamate (le quali peraltro non erano state tutte ratificate dagli altri Stati parti alla controversia, e in particolare dallo Stato che le invocava a fini interpretativi), l'Organo d'appello ha evidenziato che, considerando il «recent acknowledgement by the international community of the importance of concerted bilateral or multilateral action to protect living natural resources», sarebbe stato «too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of [non-living natural resources]»⁸⁸.

In seguito, tuttavia, è emersa una tendenziale cautela a considerare norme esterne per fini interpretativi. In due occasioni, in particolare, questo approccio è stato giustificato rilevando come il contenuto di alcune disposizioni *interne* al sistema OMC corrispondesse, in linea di principio, a quelle *esterne* che venivano invocate. Come si è visto in precedenza, infatti, due *panels* e l'Organo d'appello hanno ritenuto superfluo svolgere un'indagine approfondita circa la natura consuetudinaria del principio di precauzione ai fini dell'interpretazione dell'Accordo SPS, considerato che precise disposizioni di tale Accordo consentivano agli Stati membri di adottare misure SPS secondo un approccio precauzionale (il principio risultava, quindi, *specificamente previsto* o comunque *riflesso* nell'Accordo rilevante ai fini della controversia)⁸⁹.

Una chiusura verso norme esterne *di natura pattizia* si evince, invece, dal rapporto del *panel* sul caso *EC – Biotech*⁹⁰. Infatti, il *panel*, dinanzi alla richiesta

87 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.3, il testo corrispondente alla nota 121.

88 Cit. *supra*, *ibidem*.

89 V. *supra*, Capitolo II, Sezione I, par. 3.1. In particolare, l'art. 3, par. 3, e l'art. 5, par. 7, dell'Accordo SPS che consentono ai Membri, rispettivamente, di determinare in via autonoma il livello di tutela della salute considerato opportuno e di adottare misure sanitarie e fitosanitarie in via provvisoria sulla base delle informazioni disponibili, qualora non vi sia prove scientifiche sufficienti per poter effettuare la valutazione dei rischi conformemente all'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS.

90 V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, par. 3.1.

dell'Unione europea di considerare, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, alcune disposizioni della Convenzione sulla diversità biologica e del Protocollo sulla biosicurezza ad essa allegato per interpretare dell'Accordo SPS, ha ritenuto che il termine «parti» contenuto nell'art. 31, par. 3, lett. c) andasse inteso nel senso di *parti del trattato da interpretare* piuttosto che di parti della controversia⁹¹. Invero, nel caso *EC – Biotech*, gli accordi esterni invocati dall'Unione europea a fini interpretativi non erano vincolanti neanche per *tutti i Membri parti della controversia*.

Tale ultima condizione, come si è visto, si era verificata anche nel caso *US – Shrimp* ma ciononostante l'Organo d'appello aveva preso in considerazione le norme esterne rilevanti – pur senza richiamare espressamente l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione sul diritto dei trattati o altre regole interpretative. Quasi con l'intento di «raccordare» la propria posizione con l'approccio precedentemente seguito dall'Organo d'appello, il *panel* ha precisato che avrebbe potuto prendere in considerazione altre norme convenzionali pertinenti qualora queste fossero state considerate meramente informative o confermative del *significato ordinario* dei termini del trattato, ritenendo che in ciò fosse consistito il suddetto approccio dell'Organo d'appello⁹².

I rilievi del *panel* nel caso *EC – Biotech*, sui quali – peraltro – non si è potuto esprimere l'Organo d'appello⁹³, sono stati fortemente criticati nel rapporto del Gruppo di lavoro della CDI sul tema della «frammentazione» del diritto internazionale⁹⁴. In

91 Il *panel* ha escluso, così, che la Convenzione sulla biodiversità e il Protocollo sulla biosicurezza ad essa relativo potessero avere un rilievo interpretativo ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna del 1969, trattandosi di strumenti non ratificati da *tutti i Membri dell'OMC*

92 Queste le parole del *panel*: «[o]ther relevant rules of international law may in some cases aid a treaty interpreter in establishing, or confirming, the ordinary meaning of treaty terms in the specific context in which they are used. Such rules would not be considered because they are legal rules, but rather because they may provide *evidence of the ordinary meaning of terms* in the same way that dictionaries do. They would be considered for their *informative character*. In the light of the foregoing, we consider that a panel may consider other relevant rules of international law when interpreting the terms of WTO agreements if it deems such rules to be informative. [...] This approach is consistent with the Appellate Body's approach in *US – Shrimp*, as we understand it. [...] The Appellate Body drew on other rules of international law because it considered that they were informative and aided it in establishing the meaning and scope of the term "exhaustible natural resources" [...]: cfr. *EC – Biotech*, rapporto del *panel*, paragrafi 7.92-7.95, corsivi aggiunti.

93 Il rapporto del *panel* non è stato contestato dinanzi all'Organo d'appello.

94 Che ha chiosato: «taking "other treaties" into account as evidence of "ordinary meaning" appears a rather contrived way of preventing the "clinical isolation" as emphasized by the Appellate Body»: cfr. ILC, *Report on Fragmentation*, par. 450.

effetti, l'interpretazione del *panel* sul significato del termine «parti» di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati rende impossibile attribuire un rilievo interpretativo ai trattati multilaterali esterni al sistema OMC, considerata la difficoltà, se non l'impossibilità, di rinvenire una perfetta coincidenza tra la sfera soggettiva dell'Accordo OMC e quella di un qualsiasi altro trattato multilaterale⁹⁵. Al riguardo, il Gruppo di lavoro della CDI ha considerato invece possibile interpretare un trattato multilaterale alla luce di norme convenzionali vincolanti per *le parti alla controversia*⁹⁶.

Il Gruppo di lavoro ha minimizzato le preoccupazioni circa l'eventualità di possibili interpretazioni divergenti di un trattato multilaterale a seconda delle parti coinvolte in una controversia, sottolineando che il riferimento a norme esterne vincolanti per tali parti «would simply reflect the need to respect (inherently divergent) party will as elucidated by reference to those other treaties»⁹⁷, ma precisando che l'approccio suggerito dovrebbe essere limitato ai soli trattati multilaterali che pongano obblighi reciproci per evitare problematiche alterazioni dell'uniformità e della coerenza di disposizioni contenute in regimi convenzionali che instaurino tra gli Stati parti obblighi di natura collettiva⁹⁸. Inoltre, nel rapporto del Gruppo di lavoro della CDI è stata evidenziata la possibilità di prendere in considerazione altri trattati – a prescindere dalla circostanza che si tratti di convenzioni vincolanti per le parti alla controversia – qualora si possa ragionevolmente ritenere che essi esprimano «the common intentions or understanding of all members as to the meaning of the ... term

95 Cfr. ILC, *Report on Fragmentation*, cit., par. 450.

96 “Before applying our interpretation of Article 31(3)(c) to the present case, it is important to note that the present case is not one in which relevant rules of international law are applicable in the relations between all parties to the dispute, but not between all WTO Members, and in which all parties to the dispute argue that a multilateral WTO agreement should be interpreted in the light of these other rules of international law. Therefore, we need not, and do not, take a position on whether in such a situation we would be entitled to take the relevant other rules of international law into account”: par. 7.72

97 Cfr. *ibidem*, par. 472, alla luce del «bilateralist character of most treaties underpinned by the practices regarding reservations, *inter se* modification and successive treaties, for example».

98 Cfr. *ibidem*: «the risk of divergence [...] would be mitigated by making distinction between “reciprocal” or “synallagmatic” treaties (in which case mere “divergence” in interpretation creates no problem) and “integral” or “interdependent” treaties (or treaties concluded *erga omnes partes*) where the use of that other treaty in interpretation should not be allowed to threaten the coherence of the treaty to be interpreted”».

concerned» (e ha citato, a titolo di esempio, l'approccio seguito dall'Organo d'appello nel caso *US – Shrimp*)⁹⁹.

In merito al problema in discussione, cioè la possibilità di prendere in considerazione norme di natura pattizia al fine di interpretare un trattato multilaterale di portata universale, si registrano alcune evoluzioni nella prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, evoluzioni che vanno lette proprio alla luce delle osservazioni critiche mosse all'interpretazione del termine «parti» di cui all'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna fornita dal *panel* nel caso *EC – Biotech*. L'Organo d'appello, infatti, ha espresso alcune considerazioni che sembrano attenuare il rischio che la soluzione prospettata dal suddetto *panel* comporta, ossia un'interpretazione «in modo isolato» del diritto OMC¹⁰⁰. Più precisamente, nel caso *EC – Civil Aircraft*, l'Organo d'appello ha affermato che un'interpretazione del termine «parti» di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna dovrebbe tener presente che «the purpose of treaty interpretation is to establish the *common intention of the parties to the treaty*», e che quindi si dovrebbe prestare cautela nel fare riferimento ad accordi internazionali che non siano vincolanti per tutti i Membri dell'Organizzazione; allo stesso tempo, l'Organo d'appello ha affermato di riconoscere che «a proper interpretation of the term “the parties” must also take account of the fact that Article 31(3)(c) of the *Vienna Convention* is considered an expression of the “principle of systemic integration”»¹⁰¹. Alla luce di tali premesse, secondo l'Organo d'appello, quando si ricorre a trattati esterni per interpretare gli Accordi OMC in un contesto multilaterale come quello dell'OMC, è necessario effettuare «*a delicate balance, on the one hand, taking due account of an individual WTO Member's international obligations and, on the other hand, ensuring a consistent and harmonious approach to the interpretation of WTO law among all WTO Members*»¹⁰². Anche se tale indicazione dell'Organo d'appello sembra per certi versi oscura, essa va salutata con favore nella misura si allontana dall'approccio

99 *Ibidem*.

100 *EC – Civil Aircraft*, rapporto dell'Organo d'appello, WT/DS316/AB/R, del 18 maggio 2011, par. 845.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

estremamente formale adottato dal *panel* nel caso *EC – Biotech* lasciando spazio ad un «case-by-case balancing approach»¹⁰³.

Va rilevato, peraltro, che l'Organo d'appello tende a prendere in esame le norme convenzionali esterne invocate da una parte ammettendo in via ipotetica che l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna consenta di prendere in considerazione le norme vincolanti per le *parti alla controversia*, per verificare dapprima la «rilevanza» di tali norme rispetto alla questione interpretativa oggetto di esame. Attraverso questo modo di procedere, ad esempio, nel caso *EC – Civil Aircraft* l'Organo d'appello ha escluso che fossero rilevanti ai fini dell'interpretazione dell'Accordo SCM, in particolare della nozione di «beneficio» di cui all'art. 1, alcune disposizioni in materia di «sostegno allo sviluppo» contenute in un accordo concluso tra l'Unione europea e gli Stati Uniti concernente l'applicazione del GATT al commercio degli aeromobili di grandi dimensioni¹⁰⁴. Altresì, nel caso *Perù – Agricultural Products*, l'Organo d'appello ha escluso che potesse considerarsi «rilevante» una disposizione contenuta in un accordo bilaterale di libero scambio concluso tra gli Stati parti alla controversia ai fini dell'interpretazione dell'art. II, par. 1, lett. b), GATT e dell'art. 4, per. 2, dell'Accordo OMC sull'agricoltura, dal momento che la disposizione esterna sembrava testualmente *sovvertire* «the common intention of the treaty parties as reflected in the text of Article 4.2 and Article II:1(b)»¹⁰⁵ e, quindi, *modificare* gli obblighi OMC tra le parti della controversia¹⁰⁶. In tali casi, l'art. 31, par. 3, lett. c) non può consentire un'interpretazione *contra legem* e un'eventuale considerazione delle norme esterne dovrebbe svolgersi alla luce di altre regole, in particolare quelle relative all'applicazione dei trattati successivi vertenti sulla stessa materia, e fatte salve le regole in materia di modifica dei trattati multilaterali limitatamente ai rapporti fra alcune parti, norme contenute, rispettivamente, negli articoli 30 e 41 della Convenzione di Vienna.

103 Cfr. PAPA, op. cit., p. 329.

104 Cfr. *EC – Civil Aircraft*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 853.

105 Cfr. *Perù – Agricultural Products*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 5.94.

106 Cfr. *ibidem*, par. 5.107.

6. Segue: il rilievo attribuito a strumenti internazionali esterni come «prove di fatti» nella prassi degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC

Dalla prassi esaminata nel presente lavoro relativa all'applicazione delle clausole di eccezione generale (o delle disposizioni che svolgono una funzione simile a queste ultime) emerge una tendenza degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC a prendere in considerazione trattati, ma anche strumenti internazionali non vincolanti, quali *elementi fattuali* idonei a *provare* circostanze rilevanti ai fini della valutazione della compatibilità della misura oggetto di controversia adottata a tutela di valori non commerciali con i requisiti posti dalle pertinenti disposizioni OMC.

Nel caso *EC – Seal Products*, ad esempio, il *panel* ha preso in considerazione alcuni strumenti internazionali relativi alla tutela dei popoli indigeni, come la Convenzione ILO n. 196 del 27 giugno 1989, nell'ambito della verifica della compatibilità della misura oggetto della controversia, cioè il regolamento dell'Unione europea che vietava l'importazione dei prodotti derivati dalle foche ad eccezione di quelli provenienti dalle comunità di Inuit, con l'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT. Gli strumenti internazionali richiamati, secondo il *panel*, costituivano un elemento in grado di provare che l'eccezione in favore delle comunità Inuit costituisse una *distinzione legittima* ai sensi dell'art. 2, par. 1, dell'Accordo TBT nonostante non fosse «razionalmente connessa» all'obiettivo di tutelare il benessere delle foche¹⁰⁷.

Ancora, come si è visto in precedenza, nel caso *Australia – Tobacco*, il *panel* ha preso in considerazione le Linee guida della Convenzione quadro dell'OMS per la

¹⁰⁷ Precisamente, secondo il *panel*: «although [...] a cause or rationale for a certain distinction may not be justifiable if such cause or rationale is not connected to the main objective of the measure, we are mindful that the justifiability of a specific cause or rationale provided for a given distinction must be examined on a case-by-case basis. In the circumstances of this dispute, the interests to be balanced against the objective of the measure at issue are grounded in the importance, *recognized broadly in national and international instruments*, of the need to preserve Inuit culture and tradition and to sustain their livelihood, particularly in relation to the significance of seal hunting in Inuit communities» (cfr. *EC – Seal Products*, rapporto del panel, cit., par. 7.296, corsivo aggiunto). Nel paragrafo precedente, il *panel* aveva precisato di considerare gli strumenti internazionali rilevanti «as part of the evidence submitted by the European Union to support its position concerning the interests of Inuit and indigenous communities, *not as legal obligations of Members* (cfr. *ibidem*, par. 7. 295, nota n. 475). V. altresì i rilievi del *panel* in merito all'esistenza di una questione di *moralità pubblica* nell'Unione europea circa la tutela del benessere delle foche, rilievi che prendono in considerazione alcuni strumenti internazionali sul benessere degli animali adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa: cfr. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.1.

lotta al tabagismo nell'ambito della valutazione della compatibilità della misura adottata dall'Australia con l'art. 2, par. 2, dell'Accordo TBT. In particolare, il contenuto delle Linee guida pertinenti rispetto alla regolamentazione in questione è stato valutato dal *panel* come un elemento idoneo a provare che le misure alternative (meno restrittive) indicate dagli Stati ricorrenti non avrebbero avuto pari efficacia per combattere il tabagismo.

Gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC hanno preso in considerazione, talvolta, strumenti internazionali anche nell'ambito della valutazione della compatibilità di una misura con le condizioni poste dallo *chapeau* dell'art. XX GATT. Come si è visto, nel caso *US – Shrimp*, l'Organo d'appello ha fatto riferimento all'accordo concluso dagli Stati Uniti con i Paesi dell'area latino-americana in materia di conservazione delle tartarughe marine (la *Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtles*) per stabilire che il divieto oggetto della controversia, cioè il divieto di importare gamberetti da alcuni Paesi, costituisse una discriminazione arbitraria contraria all'art. XX GATT nei confronti di tali Paesi poiché nei confronti di questi ultimi gli Stati Uniti non avevano intrapreso seri negoziati al fine di raggiungere una soluzione sulla tutela delle risorse naturali in questione, al contrario di quanto effettuato invece nei confronti dei Paesi dell'area latino-americana. Secondo l'Organo d'appello, infatti, l'accordo richiamato dimostrava che «an alternative course of action was reasonably open to the United States for securing the legitimate policy goal of its measure, a course of action other than the unilateral and non-consensual procedures of the import prohibition under Section 609»¹⁰⁸.

7. Segue: considerazioni in merito alla possibile compatibilità di misure ricollegabili a regimi esterni con i requisiti previsti dalle clausole di eccezione del sistema OMC o dalle disposizioni che abbiano una funzione simile a queste ultime

La prassi sopra evidenziata non può ritenersi idonea a dimostrare una significativa «apertura» del sistema OMC alle altre norme internazionali. Come efficacemente rilevato dalla dottrina, si registra un'«apertura» verso i *valori non*

108 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, cit., par. 171.

commerciali piuttosto che verso le norme internazionali esterne che proteggono tali valori¹⁰⁹. Questo approccio appare per tanti aspetti insoddisfacente, soprattutto poiché tende ad esasperare la percezione di un ordinamento internazionale «frammentato». Alla base di un tale approccio possono intravedersi delle ragioni che attengono alle caratteristiche del contesto istituzionale nel quale operano gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, e all'esigenza di prevenire eventuali crisi di legittimità del sistema di risoluzione delle controversie limitando il proprio ruolo «strictly to applying the “deal” inherent in the treaty», più che alla formazione *specialistica* degli esperti che compongono i *panels* e dei membri dell'Organo d'appello¹¹⁰.

L'apertura del sistema ai *valori non commerciali* amplifica, però, le possibilità di ritenere (*caso per caso*) compatibili con le clausole di eccezione o con disposizioni simili le misure a tutela di valori non commerciali adottate da uno Stato membro che risultino connesse (in modo più o meno significativo) ad obblighi internazionali degli Stati membri esterni al sistema commerciale multilaterale. È evidente, tuttavia, che ciò non possa garantire *a priori* certezza giuridica circa la compatibilità di tali misure con la disciplina commerciale: spetta in primo luogo agli Stati ricercare sul piano multilaterale soluzioni normative che assicurino *ex ante* la certezza di tale compatibilità, soprattutto in riferimento ad «interferenze» tra i diversi regimi rispetto alle quali sia largamente condivisa la necessità di evitare che gli interessi economici e commerciali ostacolino la tutela di valori sociali di estremo rilievo per la Comunità internazionale nel suo insieme¹¹¹.

Per quanto riguarda il GATT, l'art. XX potrebbe giustificare un ampio ventaglio di misure commerciali adottate al fine di adempiere ad obblighi internazionali degli Stati membri tanto in materia di tutela dei diritti umani che di tutela dell'ambiente, anche qualora queste comportino «effetti extraterritoriali». La prassi esaminata in precedenza dimostra, infatti, che tra gli obiettivi di tutela elencati nell'art.

109 HESTERMEYER, *International Human Rights Law and Dispute Settlement in the World Trade Organisation*, in corso di pubblicazione.

110 *Ibidem*. La crisi attuale relativa alla nomina dei componenti dell'Organo d'appello, peraltro, è interpretata dalla dottrina anche come una reazione dei Membri (in verità, degli Stati Uniti) all'«attivismo» dell'Organo d'appello.

111 Sui negoziati in corso v. *infra*, il par. 8.

XX GATT assumono particolare rilievo al fine indicato la tutela della *moralità pubblica*¹¹² e la tutela delle *risorse naturali esauribili*¹¹³.

Inoltre, sebbene l'Organo d'appello si sia riservato di statuire in merito al problema dell'ambito di applicazione territoriale dell'art. XX GATT, al riguardo vi sono state significative evoluzioni nella giurisprudenza, alla luce delle quali è improbabile che i *panels* o l'Organo d'appello possano escludere l'applicabilità della clausola alle ipotesi di tutela extraterritoriale. Peraltro, difronte ad esigenze di tutela, soprattutto di tipo ambientale, per le quali sarebbe difficile in linea di principio rinvenire una connessione *territoriale* con uno Stato qualsiasi (come quelle che riguardano, ad esempio, l'inquinamento atmosferico, il cambiamento climatico, i danni alla biodiversità o la conservazione delle risorse marine), gli organi di soluzione delle controversie potrebbero attribuire una certa rilevanza agli strumenti internazionali che attestano l'esistenza di un interesse collettivo a tutelare beni o risorse «globali». Gli strumenti internazionali esistenti potrebbero essere presi in considerazione anche ai fini del bilanciamento che riguarda la valutazione del rispetto del requisito di *necessità* di una misura – qualora tale requisito venga in rilievo.

Un limite alla possibilità di ritenere pienamente giustificata in base allo *chapeau* dell'art. XX GATT una misura latamente riconducibile ad obiettivi di tutela previsti da altri regimi internazionali potrebbe derivare, invero, dal fatto che, prima di adottare una misura commerciale restrittiva, lo Stato membro non abbia effettuato uno sforzo di cooperazione con gli Stati che subiscano gli effetti restrittivi di tale misura al fine di gestire il problema che la stessa intende affrontare. Ad esempio, nel caso *US – Shrimp*, l'Organo d'appello ha stabilito che l'obiettivo di tutela perseguito dalla misura adottata dagli Stati Uniti (la protezione delle tartarughe marine) necessitasse di «concerted and cooperative efforts on the part of the many countries whose waters are traversed in the course of recurrent sea turtle migrations»¹¹⁴. L'Organo d'appello, come si è visto in precedenza, ha ritenuto che la misura oggetto della controversia costituisse una discriminazione arbitraria e ingiustificata contraria allo *chapeau* dell'art. XX GATT poiché gli Stati Uniti non avevano esperito un serio tentativo di

112 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 6.

113 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 4.3.

114 *US – Shrimp*, rapporto dell'Organo d'appello, par. 168.

negoziato riguardo alle tecniche di pesca idonee a salvaguardare le tartarughe marine prima di adottare il divieto di importazione¹¹⁵.

In base a tale giurisprudenza, una misura commerciale restrittiva dovrebbe ritenersi tanto meno incompatibile con i requisiti posti dallo *chapeau* dell'art. XX GATT quanto più essa risulti adottata alla luce di *precisi obblighi di cooperazione* che vincolino le parti della controversia¹¹⁶. Peraltro, ai fini della valutazione dovrebbe assumere rilievo anche l'eventuale circostanza che lo Stato che subisca gli effetti restrittivi della misura non risulti vincolato ai regimi convenzionali pertinenti dimostrando un atteggiamento di riluttanza a voler cooperare (sul piano bilaterale o multilaterale) per affrontare il problema su cui verta tale misura¹¹⁷.

Riguardo all'Accordo TBT, possono replicarsi le stesse considerazioni, considerato che gli organi di soluzione delle controversie hanno sviluppato un'interpretazione delle disposizioni rilevanti molto simile a quella del GATT. Tale Accordo, inoltre, ha il vantaggio di consentire obiettivi di tutela che non siano specificamente indicati dell'art. 2. Limiti più consistenti derivano, invece, come si è visto dall'Accordo SPS.

8. Le proposte di coordinamento tra il sistema multilaterale del commercio e altri regimi convenzionali emerse nell'ambito del Doha Round

Alcune questioni legate alla tutela di valori e interessi non commerciali sono oggetto del negoziato ancora in corso avviato con la Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale di Doha del 2001 – inizialmente definito *Doha Development Round* poiché avrebbe dovuto caratterizzarsi per una maggiore considerazione degli

115 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, il testo corrispondente alla nota 128.

116 In relazione agli obblighi di cooperazione dell'UNCLOS, v. PAPA, op. cit., p. 339, che rileva: «the emphasis placed by the WTO adjudicating bodies on the obligation to negotiate in good faith with counterparties builds a kind of bridge between Art. XX GATT and the obligation to cooperate for the management and preservation of fish stock in [Economic Exclusive Zones] and high seas under Article 63, 64 and 118 UNCLOS and other agreements related to the latter».

117 *US – Shrimp*, Art. 21.5 Sul punto v. ad esempio KNOX, *The Judicial Resolution of Conflicts between Trade and Environment*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2004, p. 42 che – alla luce dei rilievi dell'Organo d'appello nel caso *US – Shrimp (Article 21.5)* – rileva che: «any multilaterally agreed trade restriction would appear to satisfy concerns about inflexible unilateralism, as long as negotiation and membership of the MEA were open to all nations against which the restriction was directed and did not otherwise discriminate against them» (corsivo aggiunto).

interessi economici dei Paesi in via di sviluppo¹¹⁸. Nel programma di negoziati si rinvengono, infatti, tre questioni di estremo rilievo che concernono la tutela di valori non commerciali: la relazione tra la disciplina OMC e i trattati in materia di ambiente; la relazione tra l'Accordo TRIPs e la Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica; la riforma dei sussidi alla pesca per la tutela delle risorse marine. È forse opportuno rilevare che, al di fuori del programma negoziale, la Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale di Doha richiama l'impegno degli Stati membri a rispettare le norme internazionali sui diritti fondamentali dei lavoratori, i cd. *core labour standard*, elaborate in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)¹¹⁹, impegno già espresso nella Dichiarazione di Singapore del 1996.

La Conferenza ministeriale di Nairobi tenutasi nel 2005 ha posticipato il termine entro il quale era stata inizialmente prevista la conclusione del ciclo di negoziati, ma nelle Conferenze ministeriali che si sono succedute nel corso dell'ultimo decennio non si sono ancora verificate le condizioni per il raggiungimento di un accordo tra gli Stati membri in merito alle tante materie su cui verte il mandato negoziale, soprattutto a causa delle difficoltà emerse nelle trattative in materia di agricoltura.

8.1. Il rapporto tra la disciplina dell'OMC e i Multilateral Environmental Agreements

Come si è anticipato, con la Dichiarazione di Doha del 2001 la Conferenza ministeriale ha deciso di avviare un negoziato sulla questione della relazione tra la

118 Occorre ricordare, in proposito, che una delle funzioni più significative dell'OMC è quella di operare quale *contesto istituzionale* per la realizzazione di negoziati tra gli Stati membri riguardanti questioni nuove o materie già regolate dagli Accordi Allegati al fine di ampliare e sviluppare la disciplina multilaterale degli scambi. L'art. III, par. 2, dell'Accordo di Marrakech prevede infatti che: «The WTO shall provide the forum for negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations in matters dealt with under the agreements in the Annexes to this Agreement. The WTO may also provide a forum for further negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations, and a framework for the implementation of the results of such negotiations, as may be decided by the Ministerial Conference». Le trattative hanno luogo nell'ambito di un "Comitato per i negoziati commerciali" (Trade Negotiations Committee), che è posto sotto il controllo del Consiglio generale dell'OMC, organo permanente dell'Organizzazione composto da rappresentanti diplomatici degli Stati membri.

119 V. *Dichiarazione ministeriale di Doha*, adottata dalla Conferenza ministeriale il 14 novembre 2001, par. 8.

disciplina multilaterale degli scambi e i *Multilateral Environmental Agreements* (MEAs)¹²⁰. Prima di esporre il contenuto del mandato e l'evoluzione dei negoziati, occorre rilevare che la relazione tra commercio e ambiente, e segnatamente la relazione tra il diritto dell'OMC e i trattati in materia di ambiente, è un tema oggetto di attenzione nell'Organizzazione sin dai suoi albori: infatti, già in occasione della firma del Atto finale dell'*Uruguay Round* si era prevista l'istituzione del *Committee on trade and environment* (CTE), Comitato cui venne affidato il compito di occuparsi di tale tema alla luce della volontà, espressamente indicata nel Preambolo dell'Accordo di Marrakech, di condurre nell'ambito dell'OMC delle relazioni economiche e commerciali in conformità al *principio dello sviluppo sostenibile*¹²¹. La stessa Dichiarazione di Doha del 2001 ha istruito il CTE a proseguire il suo programma di lavoro, affidandogli, inoltre, il compito di affrontare nuove questioni¹²².

Il mandato negoziale sul tema in parola è definito nel par. 31 della Dichiarazione di Doha in tre punti, che riguardano: *i*) la relazione tra la disciplina dell'OMC in vigore e specifici obblighi di natura commerciale previsti dagli accordi multilaterali in materia di ambiente (*Multilateral Environmental Agreements*, MEAs); *ii*) l'individuazione delle procedure che possano consentire uno scambio regolare di informazioni tra i segretariati dei MEAs e i pertinenti Comitati dell'OMC, nonché i criteri per assicurare ai primi lo *status* di osservatore nel sistema OMC; *iii*) la riduzione o, se appropriata, l'eliminazione di ostacoli tariffari e non tariffari nel commercio di beni e servizi per la tutela dell'ambiente (cd. 'environmental goods and services'). L'indicazione delle tre questioni sulle quali la Conferenza dei ministri ha assunto l'impegno di negoziare è anticipata da un importante richiamo alla volontà di rafforzare il *sostegno reciproco tra commercio e ambiente*¹²³. Il mandato è, però, molto

120 Il tema del rapporto tra commercio e ambiente in questo capitolo è trattato esclusivamente in relazione ai negoziati del *Doha Round*. Per le tante questioni che esulano da questo aspetto si rinvia agli altri capitoli di questo lavoro.

121 V. la *Decision on Trade and Environment*, adottata in occasione della firma dell'Atto finale dell'*Uruguay Round*, il 15 aprile 1994 a Marrakech. Secondo il programma di lavoro delineato dalla decisione, al CTE è affidato il compito di occuparsi *tra le altre cose* della relazione tra il sistema OMC e le misure commerciali adottate per scopi di tutela dell'ambiente, comprese quelle derivanti dai MEAs; nonché della relazione tra i meccanismi di composizione delle controversie nel sistema OMC e quelli previsti nei MEAs.

122 Come la diffusione dei sistemi di etichettatura ambientale e i profili della disciplina dei TRIPs che interessano la tutela dell'ambiente: v. *Dichiarazione di Doha*, cit., par. 32, punto *iii*).

123 Il testo del par. 31 della Dichiarazione di Doha è il seguente: «With a view to enhancing the *mutual supportiveness of trade and environment*, we agree to negotiations, without prejudging their outcome, on: (i) the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in

limitato: la Dichiarazione afferma, infatti, che i negoziati potranno riguardare esclusivamente l'applicabilità della disciplina OMC agli Stati membri parti ad un MEA e dovranno lasciare impregiudicati i diritti derivanti dalla partecipazione all'OMC per gli Stati membri che non siano parti a tali accordi; inoltre, viene precisato che l'esito dei negoziati effettuati ai sensi del par. 31, punti *i*) e *ii*), della Dichiarazione non potrà ridurre o ampliare i diritti degli Stati Membri derivanti dagli accordi OMC esistenti, né tantomeno alterare l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi che discendono da tali Accordi¹²⁴.

L'organo nel quale si avanzano e si discutono le proposte tra gli Stati membri è il CTE riunito in sessione speciale (CTESS)¹²⁵. Nella fase di avvio dei negoziati, la discussione ha riguardato la portata dei termini del mandato. Gli Stati membri si sono confrontati in particolar modo sull'espressione *obblighi commerciali specifici previsti dai MEAs*, contenuta nel par. 31, punto *i*) della Dichiarazione di Doha. Al riguardo, si è registrato un ampio consenso tra gli Stati Membri in merito al fatto che il risultato del mandato negoziale debba concernere soltanto le misure commerciali *esplicitamente richieste* dai MEAs¹²⁶ e non anche quelle misure che, pur non essendo

multilateral environmental agreements (MEAs). The negotiations shall be limited in scope to the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question. The negotiations shall not prejudice the WTO rights of any Member that is not a party to the MEA in question; (ii) procedures for regular information exchange between MEA Secretariats and the relevant WTO committees, and the criteria for the granting of observer status; (iii) the reduction or, as appropriate, elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services» (corsivo aggiunto).

124 *Dichiarazione di Doha*, cit., par. 32: «The outcome of [the work of the CTE] as well as the negotiations carried out under paragraph 31(i) and (ii) shall be compatible with the open and non-discriminatory nature of the multilateral trading system, shall not add to or diminish the rights and obligations of members under existing WTO agreements, in particular the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, nor alter the balance of these rights and obligations, and will take into account the needs of developing and least-developed countries».

125 La lista dei documenti relativi ai negoziati in materia di rapporto tra commercio e ambiente circolati all'interno del CTE riunito in sessione special (CTESS) è disponibile nel sito internet dell'OMC ed è aggiornata al 3 maggio 2013 (www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_negotiations_e.htm).

126 I documenti pertinenti in merito a questo aspetto sono i seguenti: proposta dell'UE, *Multilateral Environmental Agreements (MEAs): Implementation of the Doha Development Agenda*, doc. TN/TE/W/1 del 21 marzo 2002; proposta della Svizzera, *Multilateral Environmental Agreements (MEAs): Implementation of the Doha Development Agenda*, doc. TN/TE/W/4 del 6 giugno 2002; proposta del Giappone, *The Relationship between Existing WTO Rules and Specific Trade Obligations Set Out in Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*, doc. TN/TE/W/10 del 2 ottobre 2002; proposta della Corea del Sud, *Specific Trade Obligations (STOs)*, doc. TN/TE/W/13 dell'8 ottobre 2002; proposta del Canada, *Discussion Paper on the Concept of Specific Trade Obligations (STOs)*, doc. TN/TE/W/22 del 10 febbraio 2003; proposta dell'India, *Relationship between Specific Trade Obligations Set Out in MEAs and WTO Rules*, doc. TN/TE/W/23 del 20 febbraio 2003; proposta del Giappone, *The Relationship between WTO Rules and Specific Trade Obligations Set Out in MEAs*, doc. TN/TE/W/26, del 25 aprile 2003; proposta della Cina, *Identification of Multilateral Environmental*

esplicitamente contemplate dagli accordi in parola, siano adottate da uno Stato parte perché ritenute necessarie per garantire il raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale ivi previsti: è possibile, infatti, che gli accordi ambientali prevedano solo *obblighi di risultato*, o comunque richiedano l'implementazione di politiche ambientali in base a *livelli diversi di specificità* per quanto riguarda il ricorso a misure commerciali¹²⁷.

In una seconda fase dei negoziati, nell'ambito del CTESS sono stati presentati alcuni *drafts* per l'adozione di una decisione da parte della Conferenza ministeriale. Tra le proposte avanzate, quella più significativa è stata presentata dall'UE. Il documento prevede che la relazione tra i MEAs e il diritto dell'OMC debba essere gestita all'insegna dei seguenti principi: il principio del *sostegno reciproco* tra commercio e ambiente, il principio della *non subordinazione* di un regime rispetto all'altro; il principio della *deferenza* verso le competenze proprie di ciascuno dei due regimi; il principio della *trasparenza*, quindi della ricerca di un regolare scambio di informazioni tra il sistema OMC e i segretariati dei MEAs¹²⁸. Il *draft* precisa, inoltre, che nell'ambito dell'OMC non si debba impedire a nessuno Stato membro di adottare misure per la protezione dell'ambiente o della vita e della salute delle persone, delle piante o degli animali, secondo il livello di tutela che lo Stato consideri appropriato, quindi “all the WTO bodies shall ensure that the interpretation and application of WTO rules takes due account of, and is mutually supportive with, the provisions of MEAs”¹²⁹. Tale previsione sembra essere riferita, in particolare, all'interpretazione e all'applicazione dell'art. XX del GATT (o meglio, alle eccezioni rilevanti ai fini della tutela dell'ambiente: l'art. XX, lett. b) e lett. g) del GATT)¹³⁰. I *drafts* presentati dagli altri Membri presentano, invece, un contenuto meno significativo. Vi si rinviene sistematicamente un richiamo al principio del *sostegno reciproco* tra commercio e ambiente, ma non sono presenti indicazioni circa l'interpretazione o l'applicazione

Agreements (MEAs) and Specific Trade Obligations (STOs), doc. TN/TE/35 del 3 luglio 2003; proposta della Colombia, *The Relationship between Existing WTO Rules and Specific Trade Obligations (STOs) set out in Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*, TN/TE/W/43 del 25 agosto 2004.

127 Per una classificazione in tal senso v. la proposta dell'Unione europea: *Multilateral Environmental Agreements (MEAs): Implementation of the Doha Development Agenda*, doc. TN/TE/W/1 del 21 marzo 2002.

128 *Proposal for a Decision of the Ministerial Conference on Trade and Environment*, doc. TN/TE/68 del 30 giugno 2006.

129 *Ibidem*.

130 Tale disposizione è infatti richiamata nel Preambolo della decisione proposta.

della disciplina multilaterale degli scambi da parte degli organi dell'OMC¹³¹. Anzi, viene affermata soprattutto la necessità di *coordinare a livello nazionale* le *policies* in materia di ambiente e commercio – sia ai fini della negoziazione che dell'implementazione delle rispettive discipline multilaterali¹³². Una proposta rimasta isolata è stata avanzata dalla Svizzera, che ha suggerito la predisposizione di una *procedura di natura conciliativa* per consentire ai Membri dell'OMC di trovare, se necessario, di volta in volta una soluzione in merito a differenti opinioni sul rapporto tra la disciplina multilaterale degli scambi vigente e specifici obblighi/misure commerciali previsti da un MEA¹³³.

Come si è anticipato, i negoziati del *Doha Round* non si sono ancora conclusi, ed è difficile prevedere quando, e se, gli Stati membri dell'OMC arriveranno ad un accordo in merito all'ampliamento della disciplina multilaterale¹³⁴. Sui temi di cui al par. 31 della Dichiarazione di Doha non è si è arrivati ad un'intesa nell'ambito del CTESS, ma non sembra che gli Stati membri abbiano del tutto perso interesse per la questione del rapporto tra la disciplina dell'OMC e i MEAs nel corso delle Conferenze ministeriali tenutesi negli ultimi anni¹³⁵. Tuttavia, non sono state presentate nuove proposte né si registrano avanzamenti rispetto alle questioni già discusse. Il protrarsi del *Doha Round* per oltre tre lustri ha probabilmente comportato un affievolimento della necessità originariamente avvertita di negoziare soluzioni normative in merito alle questioni di cui al par. 31, punti *i*) e *ii*) della Dichiarazione di Doha. Tale affievolimento può spiegarsi in ragione di alcune circostanze: in primo luogo, non si sono avute controversie nel sistema OMC concernenti *direttamente* l'attuazione di una misura commerciale prevista da un MEA – dato puntualmente ribadito dagli Stati membri in tutte le proposte presentate nell'ambito del CTESS¹³⁶; la prassi dei *panels*

131 Cfr. ad es. *Proposal for an Outcome on Trade and Environment Concerning Paragraph 31(1) of the Doha Ministerial Declaration*, doc. TN/TE/W/72 del 7 maggio 2007 presentata dall'Australia e dall'Argentina; *Draft Decision for an Outcome under Doha Paragraphs 31(i) and 31(ii)*, doc. TN/TE/W/78 del 14 febbraio 2011 presentata dagli Stati Uniti.

132 Cfr. doc. TN/TE/W/72, cit., e TN/TE/W/78, cit.

133 *Proposal for Elements of a Decision of the Ministerial Conference on Trade and Environment*, doc. TN/TE/W/77 del 4 novembre 2010 presentata dalla Svizzera.

134 Per un commento relativo alle pressioni a cui è attualmente sottoposta l'OMC, nonché sull'ultima Conferenza ministeriale tenutasi a Buenos Aires nel dicembre 2017 v. SACERDOTI, *Il multilateralismo in crisi? L'Organizzazione mondiale del commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, pp. 385-395.

135 Cfr. da ultimo il *report* del presidente del CTESS, doc. TN/TE/24 del 24 novembre 2017.

136 V. diffusamente i documenti citati nelle note precedenti.

e dell'Organo d'appello ha dimostrato che il contemperamento della disciplina degli scambi con le esigenze di tutela ambientale è attuabile sulla base della disciplina vigente; alcune funzioni di coordinamento tra i regimi internazionali relativi al commercio e all'ambiente sono svolte dal CTE, organo che ha acquisito un elevato grado di *expertise* rispetto al contenuto degli accordi multilaterali in materia di tutela dell'ambiente, e che collabora con i segretariati dei MEAs¹³⁷; infine, è possibile che nel prossimo futuro gli sforzi dei Membri dell'OMC per rafforzare le azioni multilaterali a tutela dell'ambiente dovranno riguardare *questioni nuove* rispetto a quelle definite nel (limitato) mandato negoziale del lontano 2001, questioni che riguardano, peraltro, la necessità di modificare la *disciplina materiale* dell'OMC. Va menzionata, al riguardo, una comunicazione circolata nel corso dell'ultima Conferenza ministeriale su iniziativa di un gruppo di Stati membri per l'avvio di una riforma della disciplina dei sussidi che sia volta a ridurre o eliminare le sovvenzioni pubbliche alla produzione e al consumo di energia da combustibili fossili¹³⁸.

L'esame delle proposte avanzate nel CTESS dimostra che i Membri sono ben lontani dalla volontà di negoziare soluzioni normative che – pur senza alterare i diritti e gli obblighi della disciplina OMC vigente – possano governare l'interazione tra i diversi regimi internazionali per avere *ex ante* la certezza giuridica che l'adozione di determinate misure commerciali previste dai MEAs sia compatibile con la disciplina multilaterale degli scambi¹³⁹. Se tale risultato, allo stato attuale, non sembra né

137 Il lavoro del CTE è di particolare rilievo ai fini dell'identificazione degli *obblighi specifici* in materia di commercio previsti dai MEAs: tale organo, infatti, prepara periodicamente una relazione in cui espone il contenuto degli accordi ambientali anche grazie alla collaborazione dei segretariati dei MEAs, identificando l'eventuale presenza di obblighi specifici in materia commerciale (v. ad esempio l'ultima relazione: *Matrix on Trade-Related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements*, doc. WT/CTE/160 del 9 ottobre 2017). Le informazioni raccolte nell'ambito del CTE potrebbero essere utilizzate, in caso di controversia, sia dai Membri al fine di comporre una soluzione amichevole nella fase delle consultazioni, che dai *Panels* e dall'Organo d'appello.

138 *Fossil Fuel Subsidies Reform Ministerial Statement*, doc. WT/MIN(17)/54 dell'11 dicembre 2017. La comunicazione è circolata per iniziativa dei seguenti Paesi: Cile, Costa Rica, Islanda, Liechtenstein, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Repubblica di Moldavia, Samoa, Taiwan e Uruguay. Dopo aver ricordato gli impegni internazionali assunti da moltissimi Stati membri dell'OMC in materia di lotta al cambiamento climatico, da ultimo con l'adozione dell'Accordo di Parigi nel 2015, il documento richiede l'avvio di discussioni per la riforma del regime dei sussidi nel sistema OMC, affinché si possa adottare una disciplina «ambitious and effective» in materia di sussidi ai combustibili fossili. Il gruppo di Stati ha espressamente riconosciuto che l'esigenza di perseguire tale riforma ha carattere prioritario, considerato che la progressiva cessazione dei sussidi ai combustibili fossili ridurrebbe in modo significativo le emissioni di CO₂ nell'atmosfera.

139 Per un'indicazione della direzione che i negoziati avrebbero potuto intraprendere v. STOLL, *How to Overcome the Dichotomy Between WTO Rules and MEAs?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, pp. 439-458, p. 449 ss.; TARASOFSKY, PALMER, *The WTO in*

perseguibile né raggiungibile, non sembra comunque di poco rilievo il fatto che la prassi relativa al negoziato attesti l'affermazione del principio del *sostegno reciproco* tra il regime multilaterale degli scambi e i regimi internazionali di tutela dell'ambiente: com'è stato opportunamente rilevato dalla dottrina, infatti, tale principio *può e deve* avere una valenza interpretativa per quanto riguarda l'interpretazione e l'applicazione della disciplina OMC vigente da parte degli organi di soluzione delle controversie¹⁴⁰.

8.2. Il rapporto tra l'Accordo TRIPs e gli obblighi internazionali in materia di protezione della diversità biologica e delle conoscenze tradizionali delle comunità indigene

Con la Dichiarazione di Doha del 2001 i Membri dell'OMC hanno dato mandato al Consiglio TRIPs di occuparsi della relazione che intercorre tra la disciplina dei brevetti prevista dall'Accordo TRIPs e gli obblighi internazionali esistenti in materia di gestione e tutela della biodiversità e della conoscenza tradizionale dei popoli indigeni¹⁴¹, obblighi derivanti, in particolare, dalla partecipazione alla Convenzione

Crisis: Lessons Learned from the Doha Negotiations on the Environment, in *International Affairs*, 2006, pp. 899-915, p. 905 ss. V. anche MARCEAU, *A Call for Coherence in International Law, Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999, pp. 87-152, p. 140 ss.

140 Cfr. PAVONI, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?*, in *European Journal of Int. Law*, 2010, pp. 649-679. L'autore osserva che, sebbene il principio sia stato affermato in atti che formalmente non hanno carattere vincolante, come la Dichiarazione di Doha, "the adoption of the principle of [mutual supportiveness] by those instruments makes it a legal standard internal to the WTO which at very least may and should be used as appropriate context when interpreting WTO rights and obligations" (p. 653).

141 *Dichiarazione ministeriale di Doha*, cit., par. 19. In particolare, il mandato prevedeva l'esame di tale relazione nell'ambito delle discussioni concernenti la revisione dell'art. 27, par. 3, lett. b) dell'Accordo TRIPs – la disposizione che si occupa *indirettamente* della tutela brevettuale delle biotecnologie – nonché l'implementazione dello stesso Accordo. Si riporta qui il testo: «We instruct the Council for TRIPs, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPs Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this declaration, to examine, inter alia, *the relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore*, and other relevant new developments raised by members pursuant to Article 71.1. In undertaking this work, the TRIPs Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the TRIPs Agreement and shall take fully into account the development dimension» (corsivo aggiunto). L'attività del Consiglio TRIPs di cui si discute nel presente paragrafo si sovrappone a quella del CTE, considerato che la Dichiarazione di Doha ha affidato a quest'ultimo anche il compito di esaminare le disposizioni dell'Accordo TRIPs che incidono sulla tutela dell'ambiente.

delle Nazioni Unite sulla diversità biologica adottata nel 1992 a Rio de Janeiro¹⁴². Da quando il tema è stato inserito nel programma di lavoro del Consiglio TRIPs, il dibattito si è concentrato su alcune proposte di *emendamento* della disciplina OMC sui brevetti, presentate anche collettivamente da parte di numerosi Stati membri (soprattutto Paesi in via di sviluppo). Sebbene il tema in parola non sia propriamente oggetto di negoziato nel *Doha Round*, sembra opportuno presentare in questa sede il contenuto delle proposte di emendamento avanzate e, prima ancora, le ragioni alla loro base.

L'interazione tra i due regimi scaturisce dalla brevettabilità di prodotti o processi risultanti da applicazioni della moderna biotecnologia¹⁴³: infatti, se la brevettabilità delle biotecnologie è ampiamente garantita dall'Accordo TRIPs¹⁴⁴, essa pone alcuni problemi in relazione alla tutela della diversità biologica¹⁴⁵. La questione

142 La Convenzione sulla diversità biologica è stata adottata nel corso della Conferenza di Rio de Janeiro, il 5 giugno 1992, ed è entrata in vigore il 29 dicembre 1993. Ad oggi sono parti 193 Stati.

143 Con il termine «biotecnologia» si denotano le applicazioni tecnologiche che si avvalgono di sistemi biologici, di organismi viventi o di loro derivati, per la creazione o la modifica di prodotti o procedimenti destinati ad un uso specifico (v. l'art. 2 della Convenzione sulla diversità biologica).

144 L'Accordo TRIPs non contiene disposizioni che riguardano specificamente la brevettabilità dei prodotti o processi biotecnologici. L'obbligo di assicurare la brevettabilità a tali invenzioni va presunto attraverso un'interpretazione sistematica delle disposizioni rilevanti dello stesso Accordo. Infatti, in primo luogo occorre rilevare che la regola generale è l'*onnicomprendività* della tutela brevettuale: qualsiasi tipologia di invenzione è brevettabile, purché presenti il carattere della novità, implichi un'attività inventiva e sia suscettibile di applicazione industriale. In secondo luogo, l'art. 27, par. 3, lett. b), prevede un'unica ipotesi di invenzioni biotecnologiche per la quale è espressamente consentito (ma non fatto obbligo) agli Stati di *escludere la brevettabilità*: le *varianti vegetali realizzate in laboratorio* (si noti che lo Stato è tenuto in ogni caso ad assicurare una *tutela efficace* di tali creazioni anche attraverso la previsione di sistemi *sui generis* di tutela della proprietà intellettuale). In terzo luogo, ai sensi della stessa disposizione, gli Stati possono escludere la brevettabilità dei vegetali e degli animali, *ma non dei microrganismi*, e dei processi essenzialmente biologici finalizzati alla produzione di vegetali o altri organismi, *ma non dei processi non biologici e microbiologici*. Proprio sulla base di tale ultima previsione, si deve ritenere che l'Accordo TRIPs preveda *in via indiretta* l'obbligo di assicurare tutela brevettuale alle invenzioni biotecnologiche. Cfr. PICONE, LIGUSTRO, *Il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., pp. 432-435. L'art. 27, par. 3, lett. b) avrebbe dovuto avere carattere provvisorio (il testo ne prevede una modifica dopo quattro anni dall'entrata in vigore dell'Accordo istitutivo dell'OMC), ma finora non è intervenuta alcuna modifica. Peraltro, tale disposizione non è mai stata oggetto di interpretazione da parte degli organi di soluzione di controversie dell'OMC, pertanto rimangono aperte numerose questioni in merito alla portata della brevettabilità delle biotecnologie, in particolare delle *risorse genetiche* (singoli geni e sequenze di DNA). Per tali questioni e per un inquadramento dei complessi termini del dibattito si rinvia a: TANCREDI, *La brevettabilità delle specie animali e vegetali nel regime TRIPs (e TRIPs-plus)*, in *Le nuove sfide dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Venturini, Coscia e Vellano (a cura di), Milano, 2005, pp. 173-225; PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie*, cit., pp. 78-84, pp. 110-116; CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, 2009, Milano, pp.

145 Problemi che riguardano soprattutto l'impatto della coltivazione su larga scala di varianti vegetali create in laboratorio poiché, in virtù dei vantaggi in termini di produttività, tali varietà vengono a sostituire le produzioni di piante naturali, ma non senza implicazioni sul piano ambientale in primo

che si è posta nell'ambito del Consiglio TRIPs riguarda un fenomeno in particolare, ossia l'ottenimento da parte di uno Stato di brevetti per invenzioni biotecnologiche realizzate a partire da materiale biologico e biogenetico – eventualmente individuato grazie all'esistenza di conoscenze tradizionali relative alle proprietà di tale materiale (in tal caso, potrebbe trattarsi di *brevetti erronei* perché concessi in assenza del requisito di novità e/o attività inventiva) – reperito in un altro Stato in violazione della Convenzione di Rio, in particolare delle disposizioni sull'*accesso alle risorse genetiche* e sulla *distribuzione dei benefici* che derivano dall'utilizzazione commerciale delle stesse (cosiddetti atti di *biopirateria*)¹⁴⁶. Secondo tale Convenzione, infatti, l'accesso alle risorse genetiche per fini di ricerca scientifica può avvenire solo previa autorizzazione da parte dello Stato sul cui territorio tali risorse sono presenti, e quest'ultimo ha diritto a concordare la ripartizione dei benefici economici che derivano dall'utilizzazione delle risorse¹⁴⁷.

luogo per la perdita di biodiversità che si verifica. Peraltro, l'art. 27, par. 3, lett. b), dell'Accordo TRIPs consente la brevettabilità delle sementi geneticamente modificate (v. *supra* la nota precedente) e ciò ha riflessi anche sulla *sicurezza alimentare* dei Paesi in via di sviluppo poiché si rendono gli agricoltori dipendenti dalle imprese multinazionali che operano nel settore. In proposito v. PICONE, LIGUSTRO, op. cit., p. 435; TANCREDI, *La brevettabilità delle specie animali e vegetali*, cit., p. 188 ss.; ANURADHA, *IPRs: Implications for Biodiversity and Local and Indigenous Communities*, in *Review of European, Comparative & Int. Environmental Law*, 2001, pp. 27-36. In merito a tali problemi sono rimaste isolate nell'ambito del Consiglio TRIPs le preoccupazioni espresse dalla Bolivia in due comunicazioni (cfr. doc. IP/C/W/545 del 26 febbraio 2010; doc. IP/C/W/554 del 28 marzo 2011) concernenti la diffusa prassi degli Stati membri di assicurare tutela brevettuale alle forme viventi, in particolare alle piante. Per un commento sulle importanti questioni sollevate dalla Bolivia, si rinvia al contributo di ACCONCI, *The Implementation of the Patent Regulation of the TRIPs Agreement and the Protection of Non-Trade Values. Have Continuous Negotiations Become the Mechanism for Balancing Them?*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia: Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, cit., pp. 803-828, p. 816 ss.

146 Come efficacemente rilevato, possono verificarsi le seguenti due fattispecie: «la prima concerne invenzioni – ad esempio un medicinale o un metodo fitosanitario, ma anche sequenze genetiche suscettibili di applicazione industriale – sviluppate grazie a piante, animali o microrganismi raccolti in un dato Paese, la seconda prodotti o tecnologie che invece sfruttino le conoscenze e pratiche secolari delle comunità locali ed indigene relative alle proprietà, caratteristiche e funzioni della biodiversità, quali una pianta geneticamente modificata e resa resistente ai parassiti alla cui realizzazione abbia contribuito il sapere tradizionale di un popolo indigeno circa le potenzialità insetticide di un certo microbo»: cfr. PAVONI, op. ult. cit., p. 129.

147 V. l'art. 15, paragrafi 5 e 7, della Convenzione sulla diversità biologica, disposizioni queste che riflettono il principio della *sovranità permanente di ciascuno Stato sulle risorse biologiche e genetiche presenti sul proprio territorio*, principio cardine accolto nella Convenzione nonostante la biodiversità sia definita dalla Convenzione stessa come un «common concern of humankind». Secondo alcuni, il principio dell'*interesse comune* è comunque presente nel disegno della Convenzione, in particolare nelle disposizioni in materia di accesso alle risorse genetiche che impongono agli Stati di adoperarsi al fine di *facilitare* l'accesso per fini ambientali da parte delle altre Parti contraenti o al fine di *evitare restrizioni* contrarie agli obiettivi della Convenzione: cfr. PAVONI, op. ult. cit., pp. 54-59. *Contra* ACCONCI, *The Implementation of the Patent Regulation*, cit., pp. 818-820, che afferma: «The [Convention on Biological Diversity] focuses on the relationship among Contracting States as

Ai sensi dell'Accordo TRIPs, però, la brevettabilità delle biotecnologie non è subordinata al rispetto delle condizioni sull'accesso e l'uso delle risorse genetiche previste dalla Convenzione di Rio. Sul piano del diritto internazionale, si verifica un problema di coordinamento tra i due regimi allorché lo Stato che conceda tutela brevettuale sia parte alla Convenzione di Rio, ma non anche allorché tale Stato non sia parte al regime pattizio indicato, considerato il principio dell'inopponibilità di un trattato nei confronti di terzi Stati. La dottrina ha molto discusso se l'ipotesi descritta corrisponda ad un *conflitto* tra norme internazionali. La questione è di particolare rilievo se si considera che in caso di risposta affermativa l'incompatibilità tra i due regimi potrebbe essere superata attraverso il ricorso ai principi e alle regole applicabili per la soluzione dei conflitti tra norme convenzionali¹⁴⁸.

In questa sede, è però opportuno limitarsi a presentare i termini del dibattito che si è svolto in seno al Consiglio TRIPs in merito alla necessità di emendare la disciplina dei brevetti per renderla maggiormente rispondente agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Rio. Questa necessità è emersa sin dal 2002 per iniziativa di un gruppo di Paesi in via di sviluppo – che, si noti, sono i Paesi del mondo maggiormente ricchi di biodiversità – attraverso la proposta di introdurre un art. 29 *bis* che preveda *condizioni ulteriori* ai fini della brevettabilità rispetto a quelle di cui all'art. 29 dell'Accordo TRIPs. I requisiti aggiuntivi dovrebbero essere i seguenti: la divulgazione del Paese di origine delle risorse genetiche e/o delle conoscenze tradizionali ad esse relative utilizzate per l'invenzione; la divulgazione della fonte attraverso la quale si sia venuti in possesso delle risorse e/o conoscenze; la prova del previo consenso informato per l'accesso alle risorse accordato dal Paese di origine; e, infine, la prova dell'avvenuta pattuizione di un'equa condivisione dei benefici

individual entities, even when it mitigates their sovereignty by providing that they have to “create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties” and that “access, where granted, shall be on mutually agreed terms”» (p. 819, corsivo aggiunto).

148 Alcuni elementi lasciano pensare che, in realtà, non si possa parlare di un vero e proprio conflitto tra norme internazionali: *in primis*, la circostanza che gli Stati membri dell'OMC potrebbero adottare legislazioni brevettuali restrittive in materia di invenzioni biotecnologiche (che prevedano, ad esempio, la *revoca del brevetto* per le invenzioni sviluppate in violazione delle disposizioni della Convenzione di Rio in materia di accesso alle risorse genetiche ed equa condivisione dei benefici), e tali misure sarebbero giustificabili sulla base delle disposizioni dell'Accordo TRIPs che garantiscono agli Stati membri margini di flessibilità per il riconoscimento della proprietà intellettuale – in particolare l'art. 8, par. 1, e l'art. 27, par. 2 (v. *supra*, Capitolo I, Sezione I, par. 1.2). Sulle potenzialità del ricorso a tali clausole dell'Accordo TRIPs v. soprattutto TANCREDI, op. cit., pp. 210-216.

derivanti dall'utilizzazione delle risorse, in conformità a quanto previsto al riguardo dalla legislazione nazionale dello Stato territoriale¹⁴⁹.

L'emendamento proposto ha riscontrato un relativo successo da parte di altri Stati membri. In particolare, l'Unione europea ed altri Paesi industrializzati hanno supportato l'ipotesi di introdurre quale requisito per la brevettabilità la divulgazione della fonte e del Paese di origine delle risorse genetiche utilizzate, specificando però che la mancata o falsa divulgazione di tali informazioni non dovrebbe comportare la revoca del brevetto, ma soltanto sanzioni di carattere civile o amministrativo¹⁵⁰. Dall'altra parte, invece, Paesi come gli Stati Uniti e il Giappone hanno espresso il loro dissenso rispetto alla necessità di emendare la disciplina OMC dei brevetti, ritenendo che non vi sia alcun conflitto tra quest'ultima e la Convenzione di Rio¹⁵¹. Nel 2011, i Paesi in via di sviluppo hanno presentato in seno al Consiglio TRIPs una nuova comunicazione al fine di «aggiornare» la proposta di emendamento dell'Accordo TRIPs precedentemente suggerita al contenuto del Protocollo di Nagoya adottato da parte della Conferenza delle Parti della Convenzione di Rio nel 2010¹⁵² e contenente una disciplina più specifica in materia di accesso alle risorse genetiche e di equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle stesse¹⁵³. Se si prescinde

149 V. *The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, doc. IP/C/W/356 del 24 giugno 2002 presentato dai seguenti Paesi: Brasile, Cina, Cuba, Ecuador, India, Pakistan, Repubblica Dominicana, Thailandia, Venezuela, Zambia e Zimbabwe; e soprattutto *Doha Work Programme – The Outstanding Implementation Issue on the Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity*, doc. IP/C/W/474 del 5 luglio 2006 presentato dai seguenti Paesi: Brasile, Cina, Colombia, Cuba, India, Pakistan, Perù, Thailandia e Tanzania.

150 Cfr. *Review of Article 27.3(b) of the TRIPs Agreement, and the Relationship between the TRIPs Agreement and the CBD and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore*, doc. IP/C/W/383 del 17 ottobre 2002 presentato dalla Comunità europea; *Article 27.3(b), the Relationship between the TRIPs Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge*, doc. IP/C/W/400 del 18 giugno 2003 presentato dalla Svizzera; *The Relationship between the TRIPs Agreement, the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge – Amending the TRIPs Agreement to Introduce an Obligation to Disclose the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications*, doc. IP/C/W/473 del 14 giugno del 2006 sottoposto al Consiglio TRIPs da parte della Norvegia.

151 V. *Article 27.3(b), Relationship between the TRIPs Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore*, doc. IP/C/W/469 del 13 marzo 2006 presentato dagli Stati Uniti; *The Patent System and Genetic Resources*, doc. IP/C/W/472 del 13 giugno 2006 presentato dal Giappone.

152 Il *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization* è stato adottato dalla Conferenza delle Parti alla Convenzione il 29 ottobre 2010 ed è entrato in vigore il 12 ottobre 2014.

153 *Draft Decision to Enhance Mutual Supportiveness between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity*, doc. TN/C/W/59 del 19 aprile 2011 sottoposto all'attenzione del Comitato OMC incaricato di condurre i negoziati (TNC) da parte di: Brasile, Cina, Colombia, Ecuador,

dall'indicazione di requisiti più dettagliati concernenti, per l'appunto, le modalità di prova del previo consenso informato e della pattuizione di un'equa condivisione dei benefici economici¹⁵⁴, la novità delle modifiche introdotte all'emendamento riguarda gli effetti del mancato rispetto delle condizioni di brevettabilità sopra indicate. Nel documento, infatti, si legge che «if it is discovered after the grant of a patent that the applicant failed to disclose the information [...] or submitted false and fraudulent information [...] Members shall impose sanctions, which may include administrative sanctions, criminal sanctions, fines and adequate compensation for damages. Members may take other measures and sanctions, including revocation»¹⁵⁵. Attraverso la previsione di una mera facoltà di revoca del brevetto, i Paesi in via di sviluppo sembrerebbero aver accettato la soluzione di compromesso suggerita da una parte dei Paesi industrializzati. Nonostante ciò, dal 2011 non si registrano avanzamenti della discussione sulla brevettabilità delle biotecnologie, e infatti ancora non è stato adottato alcun emendamento della disciplina TRIPs relativo a tale questione.

Ad ogni modo, è forse opportuno precisare che sulla base del diritto OMC vigente non mancherebbero opportunità per realizzare sul piano interno un coordinamento con la Convenzione di Rio. In particolare, come ha puntualmente rilevato la dottrina, sarebbe auspicabile che gli Stati membri adottassero legislazioni brevettuali richiedendo tra gli elementi relativi all'*esposizione dell'invenzione* – condizione questa disciplinata dall'art. 29 dell'Accordo TRIPs – la divulgazione del Paese di origine delle risorse genetiche o conoscenze tradizionali ad esse relative, al fine di poter realizzare un controllo sulla sussistenza di quei requisiti sostanziali di brevettabilità come la *novità* e *l'attività inventiva*¹⁵⁶. L'emendamento dell'Accordo

India, Indonesia, Perù, Thailandia, i Paesi del Gruppo africano e il Gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico.

154 Il documento, che si allinea a quanto previsto in materia dal Protocollo di Nagoya, prevede che i Membri «shall also require that applicants provide a copy of an *Internationally Recognized Certificate of Compliance* (IRCC). If an IRCC is not applicable in the providing country, the applicant should provide relevant information regarding compliance with prior informed consent and access and fair and equitable benefit sharing as required by the national legislation of the country providing the genetic resources and/or associated traditional knowledge, that is, the country of origin of such resources or a country that has acquired the genetic resources and/or associated traditional knowledge in accordance with the CBD» (*ibidem*).

155 *Ibidem*.

156 In tal senso v. FENG, *Appropriation without Benefit-Sharing: Origin of Resource Disclosure Requirements and Enforcement under TRIPs and the Nagoya Protocol*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2017, pp. 245-286, p. 261 ss. Al riguardo v. anche PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie*, cit., pp. 230-234, che efficacemente osserva: «la rivelazione della comunità locale custode di

TRIPs rimane, comunque, l'unica soluzione per realizzare sul piano *internazionale* e multilaterale il *sostegno reciproco* tra il sistema degli scambi commerciali e il regime di tutela ambientale qui rilevante. Alcuni autori ritengono che in virtù di tale principio sussista, peraltro, un vero e proprio *obbligo di negoziare in buona fede* modifiche all'accordo commerciale quando il processo di revisione sia sostenuto dalla maggior parte della Comunità internazionale¹⁵⁷. La modifica della disciplina TRIPs sui brevetti potrebbe essere accolta dai Paesi industrializzati essendo (ragionevolmente) limitata a tutelare gli interessi – soprattutto economici – dei Paesi in via di sviluppo, che intendono prevenire e sanzionare l'appropriazione di risorse sulle quali essi esercitano, come si è visto, prerogative sovrane.

Va rilevato, infine, che è sostanzialmente rimasta estranea al dibattito sviluppatosi in seno al Consiglio TRIPs la discussione su problemi che riguardano la relazione tra la disciplina OMC sui brevetti e i regimi internazionali che tutelano *interessi collettivi* della Comunità internazionale – come, ad esempio, i diritti delle popolazioni indigene¹⁵⁸ o le questioni legate allo sfruttamento delle risorse genetiche in aree non sottoposte alla giurisdizione di alcuno Stato¹⁵⁹.

conoscenze relative alle proprietà medicinali di una pianta servirà a comprendere se un farmaco o un metodo terapeutico rivendicato ed ottenuto da tale pianta non sia compreso nello stato della tecnica (sia cioè nuovo) oppure non risulti in maniera evidente per un esperto del ramo dal medesimo stato della tecnica (sia cioè ovvio)».

157 Cfr. PAVONI, op. cit., pp. 232-234. In proposito v. anche ACCONCI, *The Implementation of the Patent Regulation*, cit., p. 815, che osserva: «at an international law level, CBD [Convention on Biological Diversity, ndr] Contracting States behave correctly when they request to take potential conflict of interests, that can arise from the relationships between the CBD Convention and the TRIPs Agreement, into account and propose solutions, even if such solutions imply the revision of obligations of the TRIPs Agreement rather than of the CBD Convention».

158 In proposito v. le osservazioni di ACCONCI, op. ult. cit., p. 815 ss. Per le questioni che riguardano la tutela della proprietà intellettuale delle popolazioni indigene esiste una copiosa letteratura. Si v. ad esempio VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Diritto int. e diritti umani*, 2007, pp.; DI BLASE, *I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano*, 2007, pp.

159 Sul tema v. LAWSON, *It's Patently Absurd – Benefit Sharing Genetic Resources from the Sea under UNCLOS, the CBD and TRIPs*, in *Journal of Int. Wildlife Law & Policy*, 2002, pp.; SALPIN, GERMANI, *Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law*, in *Review of European, Comparative & Int. Environmental Law*, 2007, pp. 12-23.

8.3. La riforma della disciplina dei sussidi alla pesca per la tutela delle risorse marine

Nel più ampio contesto dei negoziati volti a modificare la disciplina OMC sui sussidi contenuta nell'Accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative (Accordo SCM), gli Stati membri hanno intrapreso un negoziato specifico per adottare una disciplina multilaterale dei sussidi nel settore della pesca, riconoscendo l'impatto ambientale di questa forma di intervento economico degli Stati. In particolare, il par. 28 della Dichiarazione di Doha del 2001 afferma la necessità di avviare negoziati al fine di «clarify and improve WTO disciplines on fisheries subsidies, taking into account the importance of this sector to developing countries», e ricorda che la questione dei sussidi alla pesca è espressamente richiamata anche nel par. 31 della stessa Dichiarazione, che contiene, come si è visto in precedenza, il mandato negoziale sul rapporto tra il commercio internazionale e la tutela dell'ambiente¹⁶⁰. L'impegno degli Stati membri dell'OMC ad avviare negoziati su questo tema è di notevole importanza poiché è stata riconosciuta la necessità di delineare *nuove regole multilaterali* per gestire un fenomeno economico che ha forti ripercussioni sull'ambiente. I sostegni economici statali elargiti alle industrie ittiche, infatti, incentivano il degrado dell'ecosistema marino, incrementando lo sfruttamento delle risorse ittiche presenti nei mari e negli oceani fino a causare l'esaurimento delle stesse, un problema, quest'ultimo, che ha inoltre ripercussioni di carattere economico e sociale per le popolazioni il cui sostentamento è legato alla pesca¹⁶¹.

Il diritto dell'OMC contiene una complessa disciplina in materia di sovvenzioni statali. Nel complesso, la disciplina esistente è volta ad evitare che le

¹⁶⁰ Dichiarazione di Doha, cit., par. 28. Le discussioni sulla riforma della disciplina dei sussidi avvengono all'interno del Gruppo di negoziati sulle regole («Negotiation Group on Rules» o «Rules Group»).

¹⁶¹ Ciò è stato riconosciuto in ambito OMC, v. il discorso di Pascal Lamy nelle vesti di Direttore generale dell'OMC dell'8 giugno 2009: «Today, we run the risk that over-fishing will so deplete fish stocks in our oceans that many species will disappear forever. This is not only bad news for the oceans, it is bad news for the world's million full-time fishers. Governments have contributed to this problem by providing nearly \$16 billion annually in subsidies to the fisheries sector. This support keeps more boats on the water and fewer fish in the sea. But WTO members are now negotiating to reform these subsidies programmes so that fishing becomes a sustainable industry and so that we can fully appreciate our oceans' bounty for generations to come. A deal in the WTO now would mean richer oceans for future generations».

sovvenzioni possano alterare la concorrenza internazionale sfavorendo le imprese straniere a vantaggio di quelle nazionali che operano nello stesso mercato, ma *vieta* soltanto le sovvenzioni all'*esportazione* e quelle condizionate all'*acquisto di beni nazionali* da utilizzare ai fini della produzione, mentre prevede un regime più flessibile per altre tipologie di aiuti pubblici. Tale disciplina, ad ogni modo, non sembra idonea a regolamentare in modo restrittivo i sussidi alla pesca¹⁶², soprattutto per quanto riguarda il loro impatto ambientale, com'è peraltro dimostrato dalla decisione di avviare un negoziato per l'adozione di nuove regole in questa materia.

Nell'ambito del gruppo incaricato di condurre i negoziati sono state presentate proposte da parte di un numero consistente di Paesi membri. Con la Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale di Hong Kong del 2005, è stato ribadito l'impegno assunto a Doha ed è stata presa nota dell'esistenza di un ampio consenso in merito all'adozione di una più rigida disciplina dei sussidi alla pesca «including through the *prohibition of certain forms of fisheries subsidies that contribute to overcapacity and overfishing*»¹⁶³. È emersa, quindi, una certa convergenza intorno alla necessità di introdurre un divieto per i sussidi che hanno l'effetto di aumentare le capacità di pesca delle imbarcazioni («overcapacity») in modo tale da consentire la realizzazione di una pesca *eccessiva*, ossia la cattura dei pesci in modo intensivo e in numero maggiore rispetto alla loro capacità di riprodursi («overfishing»).

I negoziati sono andati avanti negli anni e sono attualmente in una fase avanzata: nel corso dell'ultima Conferenza ministeriale dell'OMC, tenutasi a Buenos Aires, è stata adottata una decisione ministeriale che esprime la volontà di raggiungere

162 «The extensive subsidisation [of fisheries industries] is a good indication that the existing rules on subsidies do not target the fisheries sector in a satisfactory way, otherwise such huge amounts could not be grant without significant WTO proceedings»: cfr. DELVOS, *WTO Disciplines and Fisheries Subsidies – Should the 'SCM Agreement' be Modified?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2006, pp. 341 ss.

163 *Dichiarazione ministeriale di Hong Kong*, adottata il 18 dicembre 2005, doc. WT/MIN(05)/DEC, paragrafi 9-11, corsivo aggiunto. Il testo della decisione è il seguente: «[We] recall our commitment at Doha to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, *note* that there is broad agreement that the Group should strengthen disciplines on subsidies in the fisheries sector, including through the prohibition of certain forms of fisheries subsidies that contribute to over-capacity and over-fishing, and *call* on Participants promptly to undertake further detailed work to, *inter alia*, establish the nature and extent of those disciplines, including transparency and enforceability. Appropriate and effective special and differential treatment for developing and least-developed Members should be an integral part of the fisheries subsidies negotiations, taking into account the importance of this sector to development priorities, poverty reduction, and livelihood and food security concerns [...]».

un accordo definitivo in materia di sussidi alla pesca durante la prossima Conferenza ministeriale, la dodicesima, che si terrà nel 2019¹⁶⁴. Le proposte che sono attualmente sui tavoli di lavoro convergono in merito alla necessità di vietare non solo i sussidi alle attività di pesca eccessiva, ma anche quelli forniti a qualsiasi imbarcazione che realizzi attività di pesca *illegale, non dichiarata e non regolamentata*. Al riguardo, è presumibile che il nuovo regime dei sussidi alla pesca conterrà un esplicito richiamo alla nozione di pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata definita nell'ambito dell'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (Food and Agriculture Organisation, FAO), in particolare nell'*International Plan of Action to Prevent, Deter, and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, il primo strumento adottato a livello universale per arrestare e prevenire il fenomeno della pesca illegale¹⁶⁵. Per quanto riguarda la nozione di pesca *eccessiva*, la discussione è incentrata sull'individuazione delle modalità attraverso le quali definire gli *effetti negativi* dell'attività di pesca sulle riserve ittiche. Nelle aree rientranti nell'ambito di giurisdizione di uno Stato tali effetti negativi potrebbero essere determinati attraverso il ricorso a parametri scientifici¹⁶⁶. Invece, nelle aree in cui nessuno Stato eserciti la propria giurisdizione, la situazione di pesca eccessiva dovrebbe essere riscontrata nell'ipotesi in cui non vengano rispettate le quote di pescato stabilite nell'ambito delle organizzazioni regionali per la gestione della pesca¹⁶⁷. Nelle proposte avanzate ai fini del negoziato si rinviene, infine, un'ampia convergenza per consentire in via generale i sussidi alle attività di pesca *sostenibile* o di *piccole dimensioni*, e soprattutto per adottare un regime differenziato in favore dei Paesi meno sviluppati¹⁶⁸.

Com'è stato rilevato dalla dottrina, lo svolgimento del negoziato sui sussidi alla pesca è di grande rilievo, non solo per il contributo che la nuova disciplina commerciale apporterebbe, se venisse adottata, alla protezione dell'ecosistema marino

164 *Decisione ministeriale*, doc. WT/MIN(17)/64 del 18 dicembre 2017. La decisione afferma che i Membri «agree to continue to engage constructively in the fisheries subsidies negotiations, with a view to adopting, by the Ministerial Conference in 2019, an agreement on comprehensive and effective disciplines that prohibit certain forms of fisheries subsidies that contribute to overcapacity and overfishing, and eliminate subsidies that contribute to IUU-fishing recognizing that appropriate and effective special and differential treatment for developing country Members and least developed country Members should be an integral part of these negotiations».

165 V. *supra*, in questa Sezione, la nota 52.

166 V. soprattutto l'ultimo documento di lavoro disponibile che racchiude l'insieme delle proposte su cui verte la trattativa: TN/RL/W/274 del 5 dicembre 2017.

167 *Ibidem*.

168 *Ibidem*.

e dei rilevanti interessi di natura economica e sociale che derivano da una efficace gestione delle risorse ittiche, ma anche perché rende possibile «a meta-understanding of law-making in a fragmented international legal order»¹⁶⁹.

8.4. Le trattative in vista dell'adozione di un accordo plurilaterale sul commercio di beni ambientali (Environmental Good Agreement)

Come si è detto, la Conferenza ministeriale di Doha ha previsto lo svolgimento di negoziati per la *riduzione* o l'eventuale *eliminazione* degli ostacoli tariffari e non tariffari al commercio dei beni e dei servizi ambientali (cd. 'environmental goods and services'). Fin dall'avvio del nuovo ciclo di negoziati, la prospettiva di attuare una liberalizzazione degli scambi di tale tipologia di beni e servizi ha riscosso un ampio successo tra gli Stati membri dell'OMC, sebbene siano subito emerse alcune difficoltà per il raggiungimento di una posizione comune in merito alla nozione di «beni e servizi ambientali»¹⁷⁰. L'obiettivo è quello di realizzare una sinergia tra gli scambi internazionali, la tutela dell'ambiente e lo sviluppo ('*win-win-win*' strategy): la liberalizzazione degli scambi di beni e servizi ambientali dovrebbe comportare, infatti, un accrescimento del volume degli scambi internazionali, ma anche una maggiore disponibilità di accesso alle tecnologie per la tutela dell'ambiente, accesso che a sua volta avrebbe effetti particolarmente positivi per il perseguimento di uno sviluppo economico sostenibile, soprattutto da parte dei Paesi meno avanzati¹⁷¹. A causa del protrarsi del *Doha Round* è stata avvertita, però, l'esigenza di condurre una trattativa autonoma su questo tema, in modo tale da raggiungere un accordo prescindendo dalla situazione di stallo che caratterizza i negoziati multilaterali in corso. A partire dal 2014, quindi, un numero consistente di Stati membri dell'OMC ha dato avvio ad un negoziato separato per l'adozione di un Accordo plurilaterale in materia di commercio

169 YOUNG, *Trading Fish, Saving Fish*, cit., p. 133.

170 In proposito v. BARONCINI, *La tutela ambientale nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e la posizione cinese nei negoziati di Doha*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2010, pp. 923-955, p. 943 ss.

171 Per una completa rassegna di tali effetti positivi v. ampiamente MONKELBANN, *Using Trade for Achieving the SDGs: The Example of the Environmental Goods Agreement*, in *Journal of World Trade*, 2017, pp. 575-604.

di beni e servizi ambientali¹⁷². A tali trattative hanno preso parte tutti i Paesi industrializzati ed alcune economie emergenti, come la Cina e il Brasile, particolarmente attive nel mercato di beni ad elevata tecnologia. Se il negoziato è aperto ad altri Paesi, la mancata partecipazione al negoziato, e finanche all'accordo che verrà adottato, non impedirà di beneficiare del trattamento commerciale di favore in materia di beni e servizi ambientali: tale trattamento, infatti, verrà sicuramente esteso ai Paesi che rimarranno terzi in virtù della *clausola della nazione più favorita*, uno dei principi cardine del diritto OMC¹⁷³. La discussione tra gli Stati che partecipano alla negoziazione dell'Accordo plurilaterale è attualmente incentrata sulla *eliminazione degli ostacoli tariffari* per i *beni* ambientali, che dovrebbero essere individuati in modo tassativo attraverso una lista allegata all'Accordo. È incerto, invece, se il negoziato si estenderà al trattamento dei *servizi* ambientali e alla questione degli *ostacoli non tariffari*¹⁷⁴.

172 Al momento il negoziato si svolge tra 18 Membri dell'OMC e coinvolge 46 Stati (tutti gli Stati dell'UE, a cui si aggiungono: Australia, Canada, Cina, Costa Rica, Hong Kong, Islanda, Israele, Giappone, Korea, Liechtenstein, Norvegia, Nuova Zelanda, Singapore, Svizzera, Stati Uniti, Taipei, Turchia).

173 Sulle prospettive per i Paesi africani v. VILJOEN, *The Lack of African Countries' Participation in the WTO Environmental Goods Agreement Negotiations – What Does the Data Say?*, post del 7 dicembre 2016 disponibile all'indirizzo www.tralac.org.

174 Le informazioni sui negoziati relativi all'Accordo plurilaterale sui beni e servizi ambientali sono disponibili all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

CONCLUSIONI

Nel diritto del commercio internazionale, la tutela di interessi non economici è assicurata attraverso modelli normativi che corrispondono tendenzialmente a differenti livelli di «integrazione economica».

Come si è visto, la previsione di *clausole di eccezione* sul modello dell'art. XX GATT si rinviene in qualsiasi tipologia di accordo commerciale. In linea generale, tali clausole risultano applicabili non solo alla disciplina sugli scambi di merci ma a diversi settori commerciali. Sebbene gli obiettivi di tutela contenuti in tali clausole siano limitati, un'interpretazione evolutiva ne consente l'applicazione a misure dal contenuto disparato, come dimostra, in particolar modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁷⁵. Il controllo esercitato in occasione dell'invocazione di tali clausole da parte degli organi competenti è stringente e tende ad imporre precise condizioni, soprattutto di natura procedurale, all'intervento normativo degli Stati. Questo controllo, tuttavia, non compromette la possibilità effettiva di giustificare misure in deroga agli obblighi materiali previsti dal sistema convenzionale di riferimento. Nel sistema OMC, ciò è dimostrato soprattutto dall'approccio interpretativo adottato dall'Organo d'appello, il quale, da una parte, ha precisato i requisiti in base ai quali valutare la compatibilità di una misura con le clausole di deroga, ma, dall'altra, ha respinto interpretazioni particolarmente restrittive, se non irragionevoli, che avrebbero estremamente ridimensionato la possibilità di applicare con successo tali clausole¹⁷⁶.

L'esigenza di facilitare gli scambi commerciali attraverso la *riduzione degli ostacoli non tariffari* – che si rinviene tanto nel sistema OMC quanto negli accordi di integrazione economica regionale – comporta, invece, modalità diverse di tutela dei valori non commerciali a seconda della tipologia di accordi. Nel sistema multilaterale del commercio, in relazione all'adozione di normative tecniche ciascun Membro ha il diritto di determinare in autonomia il livello di tutela che considera appropriato, purché risulti dimostrata la *necessità* di una regolamentazione che abbia effetti restrittivi degli

175 V. *supra*, Capitolo I, Sezione II, paragrafi 2.1 e 2.2.

176 V. *supra*, Capitolo I, Sezione I, paragrafi 4.1, 4.2, 4.3, e 5.

scambi rispetto al raggiungimento dell'obiettivo di tutela prefissato¹⁷⁷; per quanto riguarda le misure sanitarie e fitosanitarie, vi è, però, il limite di fondare le misure sulla base di criteri di natura scientifica¹⁷⁸. Negli accordi che istituiscono aree di libero scambio, invece, l'autonomia nella determinazione dei livelli di tutela risulta influenzata soprattutto dagli obblighi di cooperazione in materia regolamentare, quindi dalle dinamiche di natura prevalentemente politica che si instaurano tra le Parti degli accordi¹⁷⁹. Infine, negli accordi che istituiscono forme di integrazione economica particolarmente avanzata, come un mercato comune, l'esigenza di eliminare gli ostacoli tendenzialmente comporta, da una parte, l'adozione di normative di armonizzazione che uniformano il livello di tutela assicurato ai valori non commerciali, e, dall'altra parte, una progressiva cooperazione politica rispetto a materie di natura non economica, se non la parziale trasformazione delle *finalità* dell'integrazione, che possono diventare sociali oltre che economiche¹⁸⁰.

Vi è, infine, un'ultima modalità di protezione dei valori non commerciali. Tale modalità consiste nel ribadire obblighi assunti nell'ambito di regimi convenzionali dedicati alla tutela dei diritti dei lavoratori e alla tutela dell'ambiente, o nello stabilire l'impegno reciproco a non abbassare gli standard ambientali e sociali per facilitare gli scambi. La modalità indicata è adottata essenzialmente negli accordi che istituiscono aree di libero scambio – accordi la cui diffusione testimonia la tendenza delle maggiori potenze economiche a rafforzare i vantaggi del libero scambio sul piano bilaterale o regionale, superando le difficoltà emerse nel contesto OMC. Nei casi in cui non è prevista la possibilità di ricorrere a sanzioni economiche in caso di inadempimento della tipologia di obblighi indicati, tali disposizioni non svolgono alcuna funzione realmente apprezzabile, se non forse quella di «rassicurare» l'opinione pubblica in merito al fatto che gli accordi perseguano, in linea di principio, un commercio «sostenibile»¹⁸¹.

177 V. *supra*, Capitolo II, Sezione I, par. 2.

178 V. *supra*, Capitolo II, Sezione I, par. 3.

179 V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, par. 1.

180 V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 2.1 e 3.

181 V. *supra*, Capitolo III, Sezione I, par. 2, con particolare riferimento al passo del testo corrispondente alla nota 20.

La previsione degli obblighi da ultimo indicati ripropone, però, con maggiore evidenza la necessità di realizzare forme di coordinamento sul piano normativo tra la disciplina del commercio internazionale e i regimi convenzionali esterni dedicati alla tutela dei diritti umani, in particolar modo dei diritti fondamentali dei lavoratori, e alla tutela dell'ambiente. Tali obblighi, infatti, dimostrano una diffusa consapevolezza degli Stati circa il fatto che gli accordi di libero scambio incidono negativamente sul rispetto delle norme internazionali che tutelano rilevanti interessi non economici, e che ciò dà luogo ad «esternalità negative» che danneggiano anche la concorrenza.

Poiché le suindicate soluzioni di coordinamento tra gli accordi di libero scambio e gli accordi esterni sono state ampiamente accettate sul piano bilaterale e regionale, le stesse soluzioni potrebbero essere adottate nell'ambito del contesto OMC con minori resistenze rispetto a quelle emerse in passato, qualora si realizzi che soltanto sul piano universale, globale, può essere assicurato un effettivo *sostegno reciproco* tra commercio e gli interessi non economici tutelati da norme internazionali, e che la cosiddetta *corsa al ribasso* degli standard di tutela, se genera profitti a vantaggio di privati che stimolano l'economia, nel lungo periodo è causa di costi ambientali e sociali elevati che gravano in primo luogo nei Paesi in via di sviluppo.

In assenza di soluzioni normative di coordinamento con accordi esterni nell'attuale assetto del sistema multilaterale degli scambi, è rimessa essenzialmente agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC la decisione sull'ammissibilità di misure a tutela di interessi non economici *prima facie* incompatibili con gli obblighi materiali dell'OMC adottate, però, sulla base di obblighi o facoltà previsti da accordi esterni.

Se pure fosse possibile, come si ritiene, per gli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, secondo una ragionevole interpretazione delle disposizioni della DSU, definire il contenuto degli obblighi materiali dell'OMC alla luce di norme esterne vincolanti per le parti della controversia, si è visto che i criteri che regolano i rapporti tra accordi confliggenti non assicurerebbero soluzioni soddisfacenti nelle situazioni qui rilevanti¹⁸².

182 V. *supra*, Capitolo III, Sezione II, par. 3.

Deve ritenersi, ad ogni modo, che le clausole di deroga e le disposizioni che assicurano agli Stati, a vario titolo, un certo margine di flessibilità facciano sì che i rapporti con gli accordi esterni non si pongano in termini strettamente conflittuali, e dunque le misure indicate possono tendenzialmente essere considerate compatibili con il sistema OMC sulla base di tali disposizioni *interne*. In tal caso, lo sforzo interpretativo degli organi di soluzione delle controversie dovrebbe svolgersi alla luce del contesto normativo *esterno* rilevante ai fini della controversia, soprattutto al fine di evitare che una certa interpretazione del diritto OMC conduca a non dare attuazione ad obblighi *esterni* che lo Stato soccombente sarebbe tenuto a rispettare, peraltro, nei confronti di più Stati, anch'essi membri dell'OMC, in ragione della loro natura collettiva.

Dall'esame della giurisprudenza più recente degli organi di soluzione delle controversie dell'OMC si evince una progressiva apertura del diritto OMC verso la tutela dei valori non commerciali e verso i regimi internazionali esterni ai quali sono riconducibili tali valori e, quindi, le misure commerciali restrittive che di volta in volta vengono in rilievo. L'attuale crisi dell'OMC – che come noto interessa il funzionamento dell'Organo d'appello, ormai prossimo alla paralisi a causa della fase di stallo imposta dagli Stati Uniti per la nomina dei nuovi membri¹⁸³ – apre nuovi scenari che coinvolgeranno, presumibilmente, anche il rapporto tra la disciplina multilaterale degli scambi e la tutela dei valori non commerciali. Se l'attuale crisi perdurerà al punto tale da incrinare l'effettività del diritto OMC, le misure commerciali restrittive adottate per la tutela di interessi non economici potrebbero godere di un notevole vantaggio. In una tale situazione, tuttavia, si ritiene che potrebbero assumere grande rilevanza gli organi di soluzione delle controversie previsti dagli accordi conclusi sul piano regionale e inter-regionale, i quali per risolvere le controversie ad essi sottoposte volgerebbero senz'altro lo sguardo all'autorevole giurisprudenza degli

¹⁸³ Come noto, il prossimo dicembre scadrà il mandato di due dei tre membri che attualmente compongono l'Organo di appello e pertanto non sarà più attiva alcuna divisione dell'Organo di appello fino a quando il DSB non nominerà nuovi membri. Gli Stati Uniti impediscono la nomina di nuovi membri da diverso tempo ricorrendo al diritto di veto in seno al DSB. Tale strategia è dovuta, almeno apparentemente, al disappunto degli Stati Uniti in merito al modo di operare, da un punto di vista sia procedurale che sostanziale, dell'Organo d'appello.

organi di soluzione delle controversie dell'OMC, e in particolare dell'Organo d'appello.

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT, *Regional Integration and the Environment: The Evolution of Legal Regimes*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1992, p. 265 ss.

ABBOTT, *Integration Without Institutions: The NAFTA Mutation of the EC Model and the Future of the GATT Regime*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 917 ss.

ABEL, *Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration*, in *Brill Open Law*, 28 novembre 2018.

ABI-SAAB, *The Appellate Body and Treaty Interpretation*, in *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Fitzmaurice, Elias e Merkouris (a cura di), Leiden, Boston, 2010, pp. 99-109.

ACCONCI, *The Implementation of the Patent Regulation of the TRIPs Agreement and the Protection of Non-Trade Values. Have Continuous Negotiations Become the Mechanism for Balancing Them?*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, Liber amicorum in onore di Paolo Picone, Ligustro, Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 803-828.

ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011.

ACCONCI, *La riduzione del prezzo dei farmaci essenziali: uno strumento necessario ma non sufficiente per la tutela della salute nel quadro del diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2013, p. 437 ss.

ACCONCI, *The Integration of Non-Investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law, Is a Multilateral Approach Desirable?*, in *General Interests of Host States in International Investment Law*, Acconci, Valenti e De Luca (a cura di), Cambridge, 2014, p. 165 ss.

ADINOLFI G., *L'organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001.

ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 maggio 2017.

ALBERTSON, COMPA, *Labour Rights and Trade Agreements in the Americas*, in *Research Handbook on Transnational Labour law*, Blackett, Trebilcock (a cura di), Cheltenham, 2015.

ALEMANNI, *International Regulatory Cooperation and Its Discontents: What Is Really at Stake in TTIP?*, su *SIDIBlog*, 4 febbraio 2015.

ALEMANNI, *Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1037-1064

ALSHAREEF, *Technical Standards Liberalization in FTAs of the United States, the European Union and China*, in *Journal of World Trade*, 2019, p. 433 ss.

ANKERSMIT, LAWRENCE, DAVIES, *Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation*, in *Minnesota Journal of Int. Law OnLine*, 2012, pp. 14-93.

ANKERSMITH, LAWRENCE, *The Future of Environmental Labelling: US – Tuna II and the Scope of the TBT*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, pp. 127-147.

ANKERSMIT, *Green Trade and Fair Trade in and with the EU, Process-Based Measures within the EU Legal Order*, Cambridge, 2017.

ANURADHA, *IPRs: Implications for Biodiversity and Local and Indigenous Communities*, in *Review of European, Comparative & Int. Environmental Law*, 2001, pp. 27-36.

ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU'Common Commercial Policy: A Test of Coherence*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, pp. 111-137.

AULD, *Trade Measures to Prevent Illegal Fishing and the WTO: An Analysis of the Settled Faroe Islands Dispute*, in *World Trade Review*, 2017.

BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 371-391.

BARNARD, *Viking e Laval: An Introduction*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 463-492.

BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is the State Interest Really Protected?*, in *The Outer Limits of European Union Law*, Barnard, Odudu (a cura di) Oxford, 2009, pp. 273-306.

BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*^{5th}, Oxford, 2016.

BARONCINI, *Il diritto di informazione del consumatore nel GATT 1994 e nell'Accordo TBT: l'approccio dell'Unione europea*, in *Le nuove sfide dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Venturini, Coscia e Vellano (a cura di), Milano, 2005, p. 287 ss.

BARONCINI, *L'articolo XX e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'organo d'appello dell'OMC*, in *Diritto comunitario e degli scambi int.*, 2010, pp. 617-656.

BARONCINI, *La tutela ambientale nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e la posizione cinese nei negoziati di Doha*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2010, pp. 923-955.

BARONCINI, *Il sistema di etichettatura «Dolphin-Safe» e l'Organo d'appello dell'OMC: la corretta informazione del consumatore e la salute e il benessere degli animali al vaglio del sistema multilaterale degli scambi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, p. 109 ss.

BARONCINI, *Il funzionamento dell'Organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bologna, 2018.

BARLETT, *Minimum Unit Pricing for Alcohol May Not be a Proportionate Public Health Intervention*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2016, pp. 218-222.

BARTELS, *Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction: The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights*, in *Journal of World Trade*, 2002, 2, pp. 353-403.

BARTELS, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU FTAs*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, p. 297 ss.

BARTELS, *Trade and Human Rights*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ultimo aggiornamento marzo 2013.

BARTELS, *Jurisdiction and Applicable Law in the WTO*, *University of Cambridge Legal Studies Research Paper no. 59/2014*, ottobre 2014.

BARTELS, *The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction*, in *American Journal of Int. Law*, 2015, 1, pp. 95-125.

BARTELS, *International Economic Law and Human Rights: Friends, Enemies or Frenemies?*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, vol. 7, 2016, pp. 485-492.

BARTELS, *Social Issues: Labour, Environment and Human Rights*, in *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Blester, Mercurio e Bartels (a cura di), Cambridge, 2016.

BARTELS, *Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA*, in *Mega-Regionals Agreements: TTIP, CETA, Tisa. New Orientations for EU External Economic Relations*, Griller, Obwexer e Vranes (a cura di), Oxford, 2017

BENEDEK, *The World Trade Organization and Human Rights*, in *Economic Globalisation and Human Rights*, Benedek (a cura di), Cambridge, 2007.

BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Pineschi (a cura di), Napoli, 2017, p 119 ss.

BESTAGNO, *Il “battesimo del fuoco” della direttiva sui prodotti del tabacco, tra esigenze di armonizzazione e di tutela della salute pubblica*, in *European Papers*, 2016, p.1087 ss.

BIONDI, *Against the Odds: a Critique of the European Court of Justice Acquis on Gambling*, in *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, pp. 111-122.

BOGDANDY, *Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 609-674.

BLIN, *Commerce et valeurs non marchades en droit de l’Union européenne et en droit de l’Organisation mondiale du commerce (OMC)*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, 2012, pp. 93-110.

BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell’Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione Commercio per tutti, tra multilateralismo e regionalismo economico*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2016, p. 233 ss.

BONFANTI, *Public Morals in International Trade: WTO Faces Censorship*, in *International Courts and the Development of International Law*, Boschiero, Scovazzi, Pitea e Ragni (a cura di), The Hague, 2013, pp. 687-699.

BORELLI, GUAZZAROTTI E LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012.

BOSCHIERO, *Intellectual Property Rights and Public Health. An Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Pineschi (a cura di), 2017, pp. 259-294.

BOSCHIERO, *Introduzione al panel su diritto internazionale economico e diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Di Stefano, Sapienza (a cura di), 2012, Napoli, pp. 369-382.

BRONCKERS, MASKUS, *China – Raw Materials: A Controversial Step Towards Evenhanded Exploitation of Natural Resources*, in *World Trade Review*, vol. 13, 2014, n. 2, pp. 393-408.

CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 301.

CAMPIGLIO, *La lotta all’infiltrazione dei medicinali falsificati nel mercato dell’UE*, in *Diritto del commercio int.*, 2014, p. 291 ss.

CANNIZZARO, *Il rilievo di accordi esterni nell'interpretazione degli accordi OMC*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Ligustro, Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 513-524.

CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, pp. 11-59.

CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, fasc.1.

CHALMERS, DAVIES, MONTI, *European Union Law, Text and Materials*, Cambridge, 2014.

CHARNOVITZ, *A New WTO Paradigm for Trade and the Environment*, in *Singapore Year Book of Int. Law and Contributors*, vol. 11, 2007, pp. 15-40.

CHARNOVITZ, *The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality*, in *Yale Journal of Int. Law*, 2002, p. 59 ss.

CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization, in Environment, Human Rights and International Trade*, FRANCONI, (a cura di), Portland, 2001.

CONCONI, PAUWELYN, *Trading Cultures: Appellate Body Report on China – Audiovisuals*, in *World Trade Review*, 2011, pp. 95-118.

CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: «Glissez, mortels, n'appuyez pas!»*, in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 5 ss.

CONRAD, *The EC-Biotech Dispute and the Applicability of the SPS Agreement: Are the Panel's Findings Built on Shaky Ground?*, in *World Trade Review*, 2007, p. 233 ss.

CONRAD, *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law, Interfacing Trade and Social Goals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

CONTALDI, *La tutela della salute nell'Accordo TRIPs*, in *Le nuove sfide dell'Organizzazione mondiale del commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, Venturini, Coscia e Vellano (a cura di), Milano, 2005, p. 267 ss.

CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009.

CONWAY, *De quelques apports de la doctrine de la "marge d'appréciation" à l'interprétation de l'exception de la moralité publique en droit de L'Organisation mondiale du commerce*, in *Les Cahiers de droit*, 2013, pp. 731-779.

- COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence*, 2015.
- COOREMAN, *Addressing Environmental Concerns through Trade: A Case for Extraterritoriality*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2016, pp. 229-248.
- COOREMAN, *Global Environmental Protection through Trade, A Systematic Approach to Extraterritoriality*, Cheltenham, 2017.
- COSBEY, MAVROIDIS, *Heavy Fuel: Trade and Environment in the GATT/WTO Case Law*, in *Review of European Community and Int. Environmental Law*, vol. 23, 2014, n. 3, pp. 288-311.
- COTTIER, *The Implications of EC – Seal Products for the Protection of Core Labour Standards in WTO Law*, in *Labour Standards in International Economic Law*, Gött (a cura di), Springer International Publishing, 2018.
- DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*³, Milano, 2016.
- DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993.
- DAVIES, *Process and Production Method'-based Trade Restriction in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008.
- DE BRABANDERE, *Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, in *Revue belge de droit int.*, 2017.
- DE NANTEUIL, *Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2018.
- DE POOTER, *Le droit international face aux pandémies*, Paris, 2015.
- DE WITTE, *Non-market Values in Internal Market Legislation*, in *Regulating the Internal Market*, Nic Shuibhne (a cura di), Cheltenham, 2006.
- DE WITTE, *A Competence to Protect, The Pursuit of Non-market Aims through Internal Market Legislation*, in *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Syrpis (a cura di), Cambridge, 2012.
- DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009.
- DELVOS, *WTO Disciplines and Fisheries Subsidies – Should the 'SCM Agreement' be Modified?* in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2006, pp. 341-364.
- DESIERTO, *Public Policy in International Economic Law: The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford, 2015.

DESIERTO, *Balancing National Public Policy and Free Trade*, in *Pace Int. Law Review*, vol. 27, 2015, n. 2, pp. 549-612.

DESIERTO, *Public Policy in International Economic Law: the ICESCR in Trade, Finance and Investment*, Oxford, 2015.

DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto GATT/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, in *Diritto del commercio int.*, 2013, pp. 405-435.

DI BLASE, *I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano*, 2007.

DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007.

DIEBOLD, *The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and The Undermining Mole*, in *Journal of Int. Economic Law*, 2008, p. 43 ss.

DIVERIO, *Europa sociale e mercato intercnco: convergenza o contrasto?*, in *Eurojus.it*, 14 maggio 2017.

DONNETTE, *À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché. Les arrêts Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg*, in *Revue des affaires européennes*, 2008, pp. 341-358.

DU, *Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, 2016, pp. 675-704.

ESTY, GERADIN, *Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements*, in *Yale Law Faculty Scholarship Series*, 1997.

EIKERMANN, *Article 31*, in *WTO, Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, STOLL, BUSCHE E AREND (a cura di), Leiden, Boston, 2009, p. 554-578.

ESPA, *The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity?*, in *Journal of World Trade*, 2012, pp. 1399–1424.

FABBRICOTTI, *Gli accordi di integrazione economica regionale e il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Roma, 2009.

FEICHTNER, *The Law and Politics of WTO Waivers. Stability and Flexibility in Public International Law*, Cambridge, 2012.

FENG, *Appropriation without Benefit-Sharing: Origin of Resource Disclosure Requirements and Enforcement under TRIPs and the Nagoya Protocol*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2017, pp. 245-286.

FRANCA-FILHO, LIXINSKI e OLMOS GIUPPONI, *Protection of Fundamental Rights in Latin American FTAs and MERCOSUR: An Exploratory Agenda*, in *European Law Journal*, 2014, pp. 811-823.

FRANCIONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Di Stefano, Sapienza (a cura di), Napoli, 2012, p. 417 ss.

FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016.

GARCIA, *Integrating Trade and Human Rights in the Americas*, in *International Trade and Human Rights, Foundations and Conceptual Issues*, ABBOTT, BREINING-KAUFMANN E COTTIER (a cura di), Michigan, 2006.

GIANSANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC*, Napoli, 2008.

GRADO, *Divieto di commercio di diamanti insanguinati e ordinamento dell'OMC*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Ligustro, Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011.

GRADONI, RUIZ FABRI, *Droit de l'OMC et précaution à la lumière de l'affaire des OMG*, in *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1532-1536.

GRUSZCZYNSKI, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford, 2010.

GRUSZCZYNSKI, *The TBT Agreement and Tobacco Control Regulation*, in *Asian Journal of World Trade Organization and Int. Health Law Policy*, 2013, p. 115 ss.

GRUSZCZYNSKI, *Standard of Review of Health and Environmental Regulations by WTO Panels*, in *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Van Calster, Prévost (a cura di), Cheltenham, 2013.

GSTÖHL, HANF, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context*, in *European Law Journal*, 2014, p. 733 ss.

HENCKELS, *GMOs in the WTO: A Critique of the Panel's Legal Reasoning in EC – Biotech*, in *Melbourne Journal of Int. Law*, 2006, pp. 278-305.

HENCKELS, *Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?*, in *Boston College Law Review*, 2018, pp. 2825-2844.

HESTERMEYER, *Human Rights and the WTO, The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, 2007.

HESTERMEYER, *Article III*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, (a cura di Wolfrum, Stoll e Hestermeyer), Leiden, 2011.

HESTERMEYER, *Economic, Social and Cultural Rights in the World Trade Organization: Legal Aspects and Practice*, in *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, RIEDEL, GIACCA E GOLAY (a cura di), Oxford, 2014.

HIGGINS, MITCHELL, MUNRO, *Australia's Plain Packaging of Tobacco Products: Science and Health Measures in International Economic Law*, *Melbourne Legal Studies Research Paper*, n. 653, 2013.

HOWSE, *The Use and Abuse of International Law in WTO Trade/Environment Litigation*, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries*, JANOW, DONALDSON, YANOVICH (a cura di), New York, 2008.

HOWSE, *Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Non-instrumental Moral Values*, in *The Yale Journal of Int. Law*, vol. 37, 2012, pp. 367-432.

HRADILOVÁ, SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 1019 ss.

HSU, *Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links*, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Bartels, Ortino (a cura di), Oxford, 2006.

HSU, *Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links*, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, p. 525 ss.

HUDEC, *GATT/WTO Constraint on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test*, in *The International Lawyer*, 1998, pp. 618-649.

JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1953.

JOSEPH, *Blame It In The WTO? A Human Rights Critique*, Oxford, 2011.

JOSEPH, *Human Rights and International Economic Law*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, vol. 7, 2016.

KEENE, *The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2017, pp. 62-99.

KENT, JHA, *Keeping Up with the Changing Climate: the WTO's Evolutive Approach in Response to the Trade and Climate Conundrum*, in *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 15, 2014, pp. 245-271.

KOEBELE, *Article I and Annex I TBT*, in *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, Wolfrum, Stoll, Seibert-Fohr (a cura di), Heidelberg, 2007.

KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006.

KUVOLESI, *International Trade Disputes on Renewable Energy: Testing Ground for the Mutual Supportiveness of WTO Law and Climate Change Law*, in *Review of European Community and Int. Environmental Law*, 2014, pp. 342-353.

LANG, *Art. 34 TFUE*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, POCAR, BARUFFI (a cura di), Padova, 2014, par. VI, 1.

LAVRANOS, VIELLIARD, *Competing Jurisdiction Between MERCOSUR and WTO*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol 7, 2008, pp. 205-234.

LAWSON, *It's Patently Absurd – Benefit Sharing Genetic Resources from the Sea under UNCLOS, the CBD and TRIPs*, in *Journal of Int. Wildlife Law & Policy*, 2002, pp. 211-233.

LAZZERINI, *La sentenza nella causa C-583/11 P Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2013.

LESTER, *Domestic Tobacco Regulation and International Law: The Interaction of Trade Agreements and the Framework Convention on Tobacco Control*, in *Journal of World Trade*, 2015, pp. 19-48.

LIM, *Trade and Human Rights: What's at Issue*, in *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, n. 2, pp. 275-300.

LIM, *Trade Law and the Vienna Treaty Convention's Systemic Integration Clause*, in *International Economic Law and Governance*, Chaisse, Lin (a cura di), Oxford, 2016.

LITTLER, *Member States Versus the European Union: the Regulation of Gambling*, Boston, 2011.

LONGO, ZAHN, *I casi Viking e Laval in tema di diritti sociali*, in *Dieci casi sui diritti in Europa*, CARTABIA (a cura di), Bologna, 2011.

LÓPEZ ARTETXE, *Is Health Really the First Thing in Life?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2017, pp. 315-322.

LOVEJOY, *A Busted Flush: Regulation of Online Gambling in the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 1525-1573.

LUNDAN, *Human Rights Issues in Multinational Value Chains*, in *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*, Cheltenham, Northampton, 2013.

MAGI, *Norme sulla tutela dei diritti dei lavoratori e norme sul libero scambio di merci: problemi di coordinamento*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2008, p. 691 ss.

MAGI, *Protezione dei diritti dei lavoratori e attività delle organizzazioni economiche e finanziarie internazionali. Problemi di coordinamento e di responsabilità internazionale*, Napoli, 2010.

MARCEAU, *A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, vol. 33, 1999, n. 5, pp. 87-152.

MARCEAU, *Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdiction, The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties*, in *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, pp. 1081-1131.

MARCEAU, *Fragmentation in International Law: the Relationship Between WTO Law and General International Law: a Few Comments from a WTO Perspective*, in *The Finnish Yearbook of Int. Law*, vol. 17, 2006, pp. 5-20.

MARCEAU, *The New TBT Jurisprudence in US – Clove Cigarettes, WTO US – Tuna II, and US – COOL*, in *Asian Journal of WTO & Int. Health Policy*, 2013, p. 3 ss.

MARCEAU, *A Comment on the Appellate Body Report in EC-Seal Products in the Context of the Trade and Environment Debate*, in *Review of European Community and Int. Environmental Law*, 2014, n. 3, pp. 318-328.

MARCEAU, TRACHTMAN, *A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*, in *Journal of World Trade*, vol. 48, 2014, n. 2, pp. 351-432.

MARÍN DURÁN, *Non-Tariff Barriers and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade: The Case of PPM-Based Measures Following US – Tuna II and EC – Seal Products*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, 2015, p. 87 ss.

MARWELL, *Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling*, in *New York University Law Review*, 2006, p. 802 ss.

MARX, EBERT e HACHEZ, *Dispute Settlement for Labour Provisions in EU Free Trade Agreements: Rethinking Current Approaches*, in *Politics and Governance*, 2017.

MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1996.

- MATHIEU, *Settling NAFTA and WTO Disputes: A Net of Parallel and Contradictory Commitments?*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, 2014, p. 235 ss.
- MATZ-LUCK, *Article XX, General Exceptions, Lett. f)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (a cura di), Vol. 5, 2011.
- MATZ-LUCK, WOLFRUM, *Article XX, General Exceptions, Lett. g)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, (a cura di), Vol. 5, 2011.
- MAURO, *Diritto internazionale dell'economia, Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019.
- MAURO, *Labour Standards, commercio internazionale e investimenti stranieri, in Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Deli, Mauro, Pernazza e Traisci (a cura di), Napoli, 2012.
- MACCULLOCH, *Protecting Health, or Protecting Trade? A Fine Balance in the Scotch Whisky Association Judgment*, in *EU Law Analysis*, 23 dicembre 2015.
- MACCULLOCH, *Evidencing the Effectiveness of Health Interventions in Free Movement Cases*, in *EU Law Analysis*, 27 ottobre 2016.
- MCGRADY, *Fragmentation of International Law or "Systemic Integration" of Treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Journal of World Trade*, pp. 589-618.
- MCMANIS, TERÁN, *Trends and Scenarios in the Legal Protection of Traditional Knowledge*, in *Intellectual Property and Human Development, Current Trends and Future Scenarios*, Wong e Dutfield (a cura di), Cambridge, pp. 139-174.
- MELILLO, *Lessons from the WTO Plain Packaging Reports: The Use of the Evidence-Based WHO Framework Convention on Tobacco Control as Evidence in International Litigation*, in *EJIL: Talk!*, post del 16 luglio 2018.
- MENGOZZI, *Libera prestazione dei servizi, scommesse e giochi d'azzardo: Organo d'appello dell'OMC e Corte di giustizia dell'Unione europea a confronto*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Ligustro, Sacerdoti (a cura di), Napoli, 2011.
- MERCURIO, *Trade in Pharmaceuticals: Patent and Access to Medicines since TRIPs – Some Certainty and Several Lingering Questions*, in *International Economic Law and Governance*, Chaisse, Lin (a cura di), Oxford, 2016.
- MERCURIO, SHAO, *A Precautionary Approach to Decision Making: The Evolving Jurisprudence on Article 5.7 of the SPS Agreement*, in *Trade, Law and Development*, 2010, p. 195 ss.

MIGLIAZZA, *Art. 36 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Pocar, Baruffi (a cura di), Padova, 2014.

MICHAELS, PAUWELYN, *Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of the Public International Law*, in *Duke Journal of Comparative and Int. Law*, 2012, pp. 349-376.

MITCHELL, LOCKHART, *Legal Requirements for PTAs under the WTO*, in *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Lester, Mercurio e Bartels (a cura di), Cambridge, 2015, pp. 81-114.

MITCHELL, VOON e SHEARGOLD, *PTAs and Public International Law*, in *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Lester, Mercurio e Bartels (a cura di), Cambridge, 2016, pp. 115-141.

MITCHELL, MUNRO, VOON, *Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017*, Sachs, Johnson e Coleman (a cura di), Oxford, 2018, p. .

MONKELBANN, *Using Trade for Achieving the SDGs: The Example of the Environmental Goods Agreement*, in *Journal of World Trade*, 2017, pp. 575-604.

MORAN, *The First Twenty Cases Under GATT Article XX: Tuna or Shrimp Dear?*, in *International Economic Law. Contemporary Issues*, Adinolfi, Baetens, Caiado, Lupone e Micara (a cura di), Torino, Heidelberg, 2017, p. 3 ss.

MOROSINI, *The MERCOSUR Trade and Environment Linkage Debate: The Disputes over Trade in Retreaded Tires*, in *Journal of World Trade*, 2010, n. 5, pp. 1127-1144.

MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno, Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Bari, 2018.

MULDER, *Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'?*, in *Utrecht Journal of Int. and European Law*, 2018, p. 4 ss.

MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2017.

MUSSELLI, *Alla ricerca di un difficile equilibrio tra commercio e diritti sociali: la nozione di «similarità» dei prodotti ex art. III del GATT*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 873 ss.

NEGI, *World Trade Organization and the EC Biotech Case, Procedural and Substantive Issues*, in *Int. Studies*, 2007, 44(1): pp. 1-22.

NIVARD, *Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 2008, pp. 1191-1207.

NGANGJOH-HODU, *Relationship of GATT Article XX Exceptions to Other WTO Agreements*, in *Nordic Journal of Int. Law*, 2011, pp. 219-234.

NOVITZ, *A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 541-561.

OLIVER, ENCHELMEIER, *Free Movements of Goods: Recent Developments in the Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 689 ss.

OLMOS GIUPPONI, *Rethinking Free Trade, Economic Integration and Human Rights in the Americas*, Oxford, 2017.

ORELLANA, *The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO*, in *Nordic Journal of International Law*, 2002, p. 55 ss.

PAPA, *The Relationship between International Trade Law and the Law of the Sea in the WTO Dispute Settlement Practice*, in *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Del Vecchio, Virzo (a cura di), Heidelberg, 2019, p. 321 ss.

PARDOLESI, *Imposizione del prezzo e modelli di commercio dei farmaci*, in *Il foro italiano*, 2016, pp. 527-530.

PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, in *American Journal of Int. Law*, vol. 95, 2001, pp. 535-578.

PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003.

PAUWELYN, *How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law? Questions of Jurisdiction and of Merits*, in *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, n. 6, pp. 997-1030.

PAUWELYN, *Human Rights in WTO Dispute Settlement*, in *Human Rights and International Trade* (a cura di Cottier, Pauwelyn, Bürgi), Oxford, 2005.

PAUWELYN, *Legal Avenues to 'Multilateralizing Regionalism': Beyond Article XXIV*, in *Multilateralizing Regionalism*, BALDWIN, LOW (a cura di), Cambridge, 2009.

PAUWELYN, *Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisual*, in *Melbourne Journal of Int. Law*, 2010, p. 119 ss.

PAUWELYN, *Questions on Impact of Cloves on GATT National Treatment*, su *International Economic Law and Policy Blog*, 6 aprile 2012.

PAUWELYN, *The Public Morals Exception After Seals: How to Keep It in Check?*, in *International Economic Policy Blog*, 27 maggio 2014.

PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004.

PAVONI, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?*, in *European Journal of Int. Law*, 2010, pp. 649-679.

PEEL, *Scope of application of the SPS Agreement: A Post-Biotech Analysis*, in *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Van Calster, Prèvost (a cura di), Cheltenham, 2013, p. 332 ss.

PEEL, *Of Apples and Oranges (and Hormones in Beef): Science and the Standard of review in WTO Disputes Under the SPS Agreement*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 2012, pp. 449-452.

PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, 2009.

PETERSMANN, *Human Rights and International Economic Law: Common Constitutional Challenges and Changing Structures*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Di Stefano, Sapienza (a cura di), Napoli, 2012.

PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002.

PISCITELLO, ANDRÉS, *The Conflict Between Argentina and Uruguay Concerning the Installation and Commissioning of Pulp Mills Before the International Court of Justice and MERCOSUR*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, p. 159 ss.

PRÉVOST, *Opening Pandora's Box, The Panel's Findings in the EC-Biotech Products Dispute*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 67-101.

POPA, *Treaty Interpretation at World Trade Organization, Patterns of Treaty Interpretation as Anti-Fragmentation Tools*, 2018.

PURNHAGEN, SCHEBESTA, *A Case Moving at the Frontiers of Market Access, Freedom of Goods, the Common Agricultural Policy and Science in Court-Reflections on Scotch Whisky Association*, in *European Law Review*, 2017, p. 420-433.

QUIRIN, *Article 31 bis*, in *WTO, Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Stoll, Busche e Arend (a cura di), Leiden, Boston, 2008, p. pp. 579-591.

REID, *Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade: Lessons from the EU Experience*, Oxford, 2015.

REY CARO, *Las competencias del MERCOSUR en el campo del medio ambiente*, in *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration, The Case of the European Community, the Mercosur and the NAFTA*, Scovazzi (a cura di), 2001.

ROESSLER, *The Scope of Regulatory Autonomy of WTO Members under Article III:4 of the GATT: A Critical Analysis of the Jurisprudence of the WTO Appellate Body*, in *International Economic Law and Governance*, Chaisse, Lin (a cura di), Oxford, 2016.

ROLLAND, TRUBEK, *Legal Innovation in Investment Law: Rethoric and Practice in Emerging Countries*, in *University of Pennsylvania Journal of Int. Law*, 2017, pp. 355-434.

ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto del commercio int.*, 2014, p. 339-370.

RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp.329-354

RUOZZI, *The Multilateral Trading System and the Non-Trade Issues: How the World Trade Organization Managed to Integrate Environmental Concerns without Integrating International Environmental Law*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, 2014, pp. 141-171.

RUOZZI, *La disciplina delle misure non tariffarie*, in *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Venturini (a cura di), Giuffrè, Milano, 2015, p. 95 ss.

RUOZZI, *Textile and Clothing Products and the Technical Barriers to Trade Agreement*, in *International Regulation Governing the Textile Industry Ten Years After the WTO Agreement on Textiles and Clothing*, RuoZZi, Cantoni (a cura di), Napoli, 2016.

SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Fois (a cura di), Napoli, 2007.

SACERDOTI, *WTO Law and the "Fragmentation" of International Law: Specificity, Integration, Conflicts*, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries*, Janow, Donaldson, Yanovich (a cura di), New York, 2008.

SACERDOTI, *Havana Charter (1948)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ultimo aggiornamento giugno 2014.

SACERDOTI, *WTO Law and the “Fragmentation” of International Law: Specificity, Integration, Conflicts*, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, Janow, Donaldson e Yanovich (a cura di), Huntington, New York, 2008.

SACERDOTI, *Il multilateralismo in crisi? L’Organizzazione mondiale del commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, pp. 385-395.

SALERNO, *La concorrenza delle farmacie on line scardina i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci*, in *DPCE on line*, 2017, pp. 133-136.

SALPIN, GERMANI, *Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law*, in *Review of European, Comparative & Int. Environmental Law*, 2007, pp. 12-23.

SALVATORE, *Qualità e sicurezza dei farmaci nel mercato interno dell’Unione europea*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Pineschi (a cura di), Napoli, 2017, pp. 315-329.

SCHEBESTA, SINOPOLI, *The Potency of the SPS Agreement’s Excessivity Test. The Impact of Article 5.6 on Trade Liberalization and the Regulatory Power of the WTO Members to Take Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *Journal of Int. Economic Law*, 2018, pp. 123-149.

SCIARRA, *Viking and Laval: Collective Labour Rights and Market Freedoms in the Enlarged EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 563-580.

SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, 1986.

SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2014, pp. 87-126.

SERPIN, *The Public Morals Exception after the WTO Seal Product Dispute: Has the Exception Swallowed the Rules?*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, pp. 218-251.

SHUIBHNE, MACI, *Proving Public Interest: the Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 965 ss.

SIMMA, PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *The European Journal of Int. Law*, 2006, p. 483 ss.

STOLL, *How to Overcome the Dichotomy Between WTO Rules and MEAs?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003.

STOLL, STRACK, *Article XX, General Exceptions, Lett. b)*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (a cura di), 2011.

STOLL, SCHORKOPF, *WTO – World Economic Order, World Trade Law, Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Boston, 2006.

STOLL, VÖNEKY, *The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, pp.21-36.

TARASOFSKY, PALMER, *The WTO in Crisis: Lessons Learned from the Doha Negotiations on the Environment*, in *International Affairs*, 2006, pp. 899-915.

TANCREDI, *La brevettabilità delle specie animali e vegetali nel regime TRIPs (e TRIPs-plus)*, in *Le nuove sfide dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, VENTURINI, COSCIA E VELLANO (a cura di), Milano, 2005.

TINO, *Settlement of Disputes by International Courts and Tribunals of Regional International Organizations*, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, Virzo, Ingravallo (a cura di), Leiden, 2015, p. 468 ss.

TRACHTMAN, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1999, p. 334 ss.

TRACHTMAN, *Fragmentation, Coherence and Synergy in International Law*, in *Transitional Legal Theory*, 2011, pp. 505-536.

TRACHTMAN, *The WTO Jurisprudence of Article XX(g) and the Conservation of Natural Resources*, in *International Economic Law and Governance*, Chaisse, Lin (a cura di), Oxford, 2016, pp. 58-67.

TREBILCOCK, HOWSE, ELIASON, *The Regulation of International Trade*, London, 2013.

TRIGGIANI, *Politica sociale europea*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2014.

VAN DAMME, *What Role is There for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?*, in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Bartels e Ortino (a cura di), Oxford, 2006.

VÁZQUEZ, *Trade Sanctions and Human Rights. Past, Present and Future*, in *Journal of Int. Economic Law*, vol. 6, 2003, n. 4, pp. 797-839.

VENTURINI (a cura di), *L'organizzazione Mondiale del Commercio*³, Milano, 2015.

VENZKE, *Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy*, in *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, von Bogdandy, Venzke (a cura di), Heidelberg, 2012.

VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Diritto int. e diritti umani*, 2007, pp. 305-342.

VEZZANI, *The Inuit Tapiriit Kanatami II Case and the Protection of Indigenous Peoples' Rights: A Missed Opportunity?* in *European Papers*, 2016.

VILJOEN, *The Lack of African Countries' Participation in the WTO Environmental Goods Agreement Negotiations – What Does the Data Say?*, 7 dicembre 2016, www.tralac.org.

VILLALTA, PUIG, *Nature and Enforceability of WTO-plus SPS and TBT Provisions in Canada's PTAs: From NAFTA to CETA*, in *World Trade Review*, 2016, p. 433 ss.

VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012.

VILLANUEVA, *Le champ d'application de l'art. XX (a) du GATT et le travail dangereux des enfants: une question relevant de la moralité publique*, in *McGill Law Journal*, 2012, pp. 409-449.

VILLARREAL, *The WTO Plain Packaging Reports: Some Reflections*, in *Global Health Law Groningen*, post del 1° settembre 2018.

VIÑUALES, *The Environmental Regulation of Foreign Investment Schemes under International Law*, in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Dupuy, Vinuales (a cura di), Cambridge, 2012, p. 273 ss.

VOON, MITCHELL, GASCOIGNE, *Consumer Information, Consumer Preferences and Product Labels under the TBT Agreement*, in *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade*, Trebilcock, Epps (a cura di), Cheltenham, 2013.

VRANES, *Trade and the Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, Oxford, 2009.

VRANES, *The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and legal Theory*, in *European Journal of Int. Law*, 2006, p. 395 ss.

WAGNER, *Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law*, in *University of Pennsylvania Journal of Int. Law*, 2015, p. 1 ss.

WEATHERALL, *The Politics of Linkages in U.S. Preferential Trade Agreements*, in *The Politics of International Economic Law*, Broude, Busch e Porges (a cura di), Cambridge, 2011.

WHEATHERILL, *Current Developments, European Union Law*, in *Int. & Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 541 ss.

WEIMER, *Reconciling Regulatory Space with External Accountability through WTO Adjudication – Trade, Environment and Development*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 2014, pp. 901-924.

WENZEL, *Article XX, General Exceptions, Lett. a) ed e*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (a cura di), 2011, pp. 479-496, pp. 537-539.

WESSING, *The CJEU on Cross-border Mail Order Trade of Prescription-only Medicinal Products*, in *Lexology*, 16 novembre 2016.

WILL, *The Extra-Jurisdictional Effects of Environmental Measures in the WTO Law Balancing Process*, in *Journal of World Trade*, 2016, pp. 611-640.

WOLFRUM, *Article XX, General Exceptions, Introduction e chapeau*, in *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Wolfrum, Stoll e Hestermeyer (a cura di), 2011, pp. 455-463.

WU, *Free Trade and the Protection of Public Morals: An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine*, in *Yale Journal of Int. Law*, 2008, p. 215 ss.

XIONG, *Patents in TRIPS-Plus Provisions and the Approaches to Interpretation of Free Trade Agreements and TRIPS: Do They Affect Public Health?*, *Journal of World Trade*, 2012, n. 1, pp. 155-186.

YOUNG, *Trade Measures to Address Environmental Concerns in Faraway Places: Jurisdictional Issues*, in *Review of European Community and Int. Environmental Law*, 2014, n. 3, pp. 302-317.

YOUNG, *Trading Fish, Saving Fish. The Interaction between Regimes in International Law*, Cambridge, 2011.

YOUNG, *The WTO's Use of Relevant Rules of International Law: An Analysis of the Biotech Case*, in *Int. & Comparative Law Quarterly*, 2007, pp. 907-30.

ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, Milano, 2011.

ZLEPTING, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Leiden, 2010.

ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra multilateralismo e regionalismo*, Napoli, 2013.