



IL CONTRIBUTO DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE
CONTROVERSIE OMC ALL'EMERGERE DI PRINCIPI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNAZIONALE

di

Matteo Miri

SOMMARIO: *Abstract*. - I - Contesto di riferimento. II - Il sistema giurisdizionale dell'OMC. III – La giurisprudenza del *Dispute Settlement Body*. III.I – Il principio di motivazione. III.II – Strumenti di garanzia nei procedimenti internazionali (il caso *anti-dumping* e il principio di trasparenza) e nei procedimenti statali coinvolgenti interessi ultra statali (il caso *gamberetti e tartarughe* e il principio del giusto procedimento). III.III. - Il principio di imparzialità. IV - Osservazioni generali. V - La funzione dei principi di diritto amministrativo nel diritto internazionale. VI - Aspetti problematici e conclusioni.

Il processo di trasformazione della Comunità Internazionale, avviatosi nella seconda metà del secolo scorso, si caratterizza per l'affermarsi del principio della cooperazione tra soggetti internazionali, in luogo del tradizionale principio dell'equilibrio di potenza. Ciò ha portato allo sviluppo di organizzazioni volte ad implementare tale cooperazione. A sua volta il ruolo assunto dalle organizzazioni internazionali ha favorito l'emergere di interessi riconducibili alla Comunità Internazionale in quanto tale, la cui cura è stata ricondotta all'interno degli ordinamenti giuridici delle diverse organizzazioni. Il parallelo sviluppo dei sistemi giurisdizionali ha favorito la ricognizione di principi giuridici volti ad individuare dei limiti all'azione statale di tutela dei propri interessi ove questa, pur legittimamente esercitata, si ponga in contrasto con interessi riconosciuti a livello internazionale e tutelati attraverso l'azione delle organizzazioni internazionali. Il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC permette di osservare come al fine di rispondere a tali esigenze si faccia ricorso a principi elaborati dal diritto amministrativo statale. Principi che pongono limiti all'azione statale disciplinandone le modalità e le forme di esercizio al fine di rendere tale azione atta al perseguimento dei fini individuati non più a livello statale bensì sovranazionale.

I. *Contesto di riferimento* - Alla fine della seconda guerra mondiale si fa risalire l'avvio di un processo di trasformazione della Comunità Internazionale¹ e del suo ordinamento giuridico. Attualmente essi si caratterizzano per il maggior ruolo assunto

¹ cfr. Hobsbawm, *Age of extremes. The short twentieth century 1914-1999*; E. Di Nolfo, *Storia delle relazioni internazionali. Dal 1918 ai giorni nostri*, Editori Laterza Roma-Bari 2011.

da enti sovranazionali e da una maggiore attenzione del diritto internazionale all'azione dei poteri statali in ambiti tradizionalmente ascritti alla sfera della Sovranità interna degli Stati, come tale sottratta alla disciplina giuridica internazionale.

La Comunità Internazionale, fino alla metà del secolo scorso espressione degli Stati europei e del loro modo di condurre le relazioni interstatali, assume, a partire dalle due guerre, una vocazione e una dimensione sempre più universale.

Al principio dell'equilibrio di potenza, su cui si basavano i rapporti tra Stati europei, viene quindi a sostituirsi il principio della collaborazione.

Tale principio ha trovato concretizzazione soprattutto nella creazione di enti sovranazionali a carattere tendenzialmente universale. Fenomeno questo che ha oggi assunto dimensioni e qualità di particolare rilevanza in ragione anche dell'eccezionale sviluppo che esso ha avuto a livello regionale e settoriale.

Sul piano delle organizzazioni internazionali di tipo universale, la Società delle Nazioni prima, e le Nazioni Unite poi, rappresentano il punto centrale di un sistema istituzionale volto alla cooperazione la cui struttura di base può farsi coincidere con le organizzazioni create a Bretton Woods: la Banca Mondiale, il FMI e il sistema del commercio internazionale allora costituito dal solo accordo GATT1947. Mentre, a livello regionale, il fenomeno ha avuto uno sviluppo estremamente ampio e diversificato sia rispetto ai soggetti statali e non che ne sono coinvolti, sia dal punto di vista qualitativo.

Ai mutamenti strutturali della Comunità Internazionale ha fatto seguito, come noto, un processo di evoluzione del diritto internazionale. Da diritto della mera coesistenza pacifica volto a regolare le relazioni esterne degli Stati, esso si è trasformato in diritto della cooperazione tra Stati prestando, di conseguenza, una maggiore attenzione all'azione dei poteri pubblici statali nella loro dimensione nazionale nella misura in cui questi incidano su interessi riconducibili ad altri Stati o alla Comunità Internazionale in quanto tale².

² cfr. Il diritto internazionale generale, si basa su un'idea secondo la quale il contenuto del diritto internazionale è costituito da un insieme di limiti all'uso della forza da parte degli Stati che possono riguardare sia la c.d. forza internazionale, sia la c.d. forza interna, intesa come potere di governo esplicato sugli individui. In particolare si ritiene che *“il potere di governo così come limitato dal diritto internazionale sia costituito da qualsiasi intervento concreto di organi statali, sia avente esso stesso natura coercitiva sia in quanto, e solo in quanto, suscettibile di essere coercitivamente attuato. In questo senso può dirsi che il diritto internazionale pone dei limiti alla forza interna degli stati”* Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002, pag. 193. In generale sul contenuto del diritto internazionale si veda tra i molti: R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, V° Ediz. Napoli 1968; Mann, *The doctrine of Jurisdiction in International Law*, RC, 1964 I, 9 ss.; American Law Institute, *Restatement of the Law. The Foreign Relations of The United States*, St. Paul Minn., 1987 Vol I; Picone, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, 81 ss. Il diritto internazionale inteso come una serie di limiti all'autorità di governo, permette di fornire uno schema all'interno del quale inserire le norme materiali internazionali diverse da quelle che si occupano della forza internazionale. Tuttavia non spiega lo sviluppo, iniziato dopo la seconda guerra mondiale e accentuatosi con il fenomeno della globalizzazione, di convenzioni internazionali che perseguono valori di cooperazione e solidarietà. Condorelli, Schw. J, 1990 citato in B. Conforti, op. cit. pag. 197. Soprattutto, per quanto qui interessa, non spiega la capacità delle norme predisposte dai sistemi regolatori globali di incidere finanche sulla discrezionalità amministrativa degli Stati.

Da questo punto di vista le crudeltà dei due conflitti mondiali hanno reso evidente l'esistenza di valori di cui la società internazionale avverte la necessità di tutelarli³.

Da altro punto di vista l'aumento delle relazioni globali tra i diversi attori, statali e non, all'interno del più ampio fenomeno della globalizzazione, ha fatto emergere nuove problematiche di dimensione transnazionale. Questioni particolarmente rilevanti quali la tutela dell'ambiente, la tutela del lavoro, la protezione dei beni culturali, la gestione dei flussi migratori vengono affrontati dagli Stati all'interno degli ordinamenti giuridici delle diverse organizzazioni internazionali le quali si pongono quali "poteri pubblici globali"⁴.

Questo fenomeno si è sviluppato progressivamente.

Rispetto ad esso già Santi Romano osservava come non si potesse escludere «*a priori che gli Stati, o anche solo taluni (...) non debbano col tempo, più che svolgersi, rimanere in un certo senso, compresi e forse assorbiti in maggiori organizzazioni non propriamente statuali*»⁵.

Successivamente M.S. Giannini sottolineava come vi erano «*amministrazioni internazionali in numero crescente*» che comportavano il mutamento del «*quadro di riferimento*»⁶.

Attualmente si osserva «*che gli Stati sono condizionati da fatti economici e sociali che non possono influenzare, almeno non in modo determinante*» e «*per porvi rimedio, almeno in parte, hanno creato nuovi poteri pubblici ultrastatali*»⁷.

In altri termini, a partire dal secolo scorso, i rapporti tra gli Stati e tra essi e le organizzazioni internazionali, hanno registrato una progressiva evoluzione.

Laddove all'organizzazione internazionale è affidata in misura sempre maggiore la determinazione degli obiettivi e dei metodi di tutela di un interesse riconducibile alla Comunità Internazionale, quale il commercio internazionale, gli Stati sono chiamati ad agire, nel perseguimento dei loro interessi nazionali, coerentemente con gli scopi dell'organizzazione internazionale di riferimento ed entro il quadro giuridico a questa riconducibile.

Il rapporto tra gli Stati e l'organizzazione internazionale si basa, come noto, sul trattato istitutivo dell'organizzazione attraverso il quale gli Stati delimitano gli scopi, gli strumenti e le forme dell'azione che l'organizzazione dovrà porre in essere.

³ cfr. Antonio Cassese *L'apertura degli ordinamenti nazionali all'ordinamento della Comunità Internazionale*, collana Lezioni Magistrali dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza, Edizione Scientifiche, Napoli.

⁴ cfr. In generale sullo sviluppo dei poteri pubblici globali, tra i molti, si vedano: Stefano Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, Riv. Trim. Dir. Pubb. N. 2/2006; dello stesso autore, *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, Giornale di diritto amministrativo n. 3/2006; G. Della Cananea, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, Riv. Trim. Dir. Pubb. N. 1/2003; *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, Giornale di diritto amministrativo n. 3/2006.

⁵ cfr. Santi Romano, *Discorso inaugurale dell'anno accademico 1917-1918*.

⁶ cfr. M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna 1985 pag. 12 e 138.

⁷ cfr. G. Della Cananea *Leggittimazione e accountability nell'organizzazione mondiale del commercio*, Riv. Trim. Dir. Pubb. Pag 732; Cfr. anche S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari-Roma 2002, dello stesso autore, *Lo spazio giuridico globale*, Bari- Roma 2003.

Allo stesso modo il rapporto tra l'organizzazione e gli Stati Membri, instauratosi in funzione delle ragioni della cooperazione internazionale, determina, attraverso l'affermazione di principi di *due process of law*⁸ negli ordinamenti giuridici sovranazionali, il "limes" dell'azione statale nella sua dimensione interna avente rilevanza esterna.

Così che si procede ad un progressivo ribaltamento dell'impostazione classica del diritto internazionale che vuole la libertà degli Stati esser la regola generale e il vincolo l'eccezione a tale regola.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) offre la possibilità di osservare il delinearli dei "confini" dell'azione statale, all'interno di un ordinamento internazionale, attraverso l'utilizzo di principi ed istituti giuridici elaborati negli ordinamenti statali dalla scienza amministrativa⁹.

⁸ cfr. N. Krisch, B. Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in The International Legal Order*. Per una dettagliata esposizione dei caratteri del diritto amministrativo globale si veda: Kingsbury, Krisch, Stewart *The emergence of Global Administrative Law*, 66:3 *Law and Contemporary Problems*, 2005; B. Kingsbury, "The concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, 3/2009; S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n. 2, p. 331 ss., dello stesso autore, *Legal Imperialism and «Raison d'Etat» in the Global Administrative Law*, paper presentato alla NYU Law School «Global Administrative Law Conference» (22-23 aprile 2005), dello stesso autore, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; S. Battini, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n. 2, p. 359 ss., dello stesso autore, *La globalizzazione del diritto pubblico*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, n. 2, p. 325 ss., dello stesso autore, *Amministrazione senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003, R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo globale*", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n. 3, p. 633 ss. Sui rapporti tra «Global Governance», «Administrative Law» e «Administrative structures», D.C. ESTY, *Toward Good Global Governance: The Role of Administrative Law*, paper presentato alla NYU Law School «Global Administrative Law Conference» (22-23 aprile 2005). Si vedano anche il Simposio su «Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, 17, n. 1, 2006, e *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, a cura di S. Cassese e M. Conticelli, Quaderno speciale n. 2 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006. Inoltre, si leggano i contributi pubblicati nell'ambito del *Project on the Administrative Law Frontier in Global Governance*, diretto da B. Kingsbury, R. Stewart e N. Krisch, consultabili online all'indirizzo http://www.ijl.org/publications/wp_globaladminlaw.htm. Infine, un'ampia raccolta bibliografica sul diritto amministrativo globale articolata per argomenti, è in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, n. 3-4.

⁹ cfr. A. Von Bogdandy, "Law and politics in the WTO: strategies to cope with a deficient relationship". Tra i molti, con riferimento a singole organizzazioni o specifici settori, R. HOWSE, *The Legitimacy of the World Trade Organization*, in *The Legitimacy of International Organizations*, a cura di J.M. Coicaud e V. Heiskanene, Tokyo, United Nations University Press, 2001, R. HOWSE e K. NICOLAIDIS, *Enhancing WTO Legitimacy*, in *Governance*, 16, 2003, n. 1, p. 73 ss., G. DELLA CANANEA, *Legittimazione e accountability nell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, n. 3, p. 731 ss.; F.E. BIGNAMI, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, in *Harvard International Law Journal*, 40, 1999, p. 451 ss., T. PORTER, *The Democratic Deficit in the Institutional Arrangements for Regulating Global Finance*, in *Global Governance*, 7, 2001, n. 4, p. 427 ss.; M.R. DAS GUPTA, *The External Accountability Gap of Private Regulators: Accountability Paradoxes and Mitigation Strategies. The Case of Credit Rating Agencies*, in *International Public Policy Review*, 1, 2005, n. 1, p. 37 ss.; L. UDALL, *The World Bank's Revised Information Policy and the New Inspection Panel: Public Accountability or Public Relations?*, in *Beyond Bretton Woods*, a cura di J. Cavanagh, D. Wysham e M. Arruda, Boulder Colorado, Pluto Press, 1994, p. 145 ss., N. BERNASCONI-OSTERWALDER e D. HUNTER, *Democratizing Multilateral Development Banks*, Center for International Environmental Law, disponibile sul sito <http://www.ciel.org>; P.L. LINDSETH, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 99, 1999, n. 3, p. 628 ss., A. MORAVCSIK, *In Defence of the Democratic Deficit: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 40, 2002, n. 4, p. 603 ss. In merito al sistema delle garanzie, con riferimento ai principi del procedimento, A. VON BOGDANDY, *Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of its Proceduralization*, in *International Economic Governance and Non-Economic Concerns – New Challenges for the International Legal Order*, a cura di S. Griller, Wien-New York, Springer, 2003, p. 128 ss. Sull'applicazione della «rule of law» nell'ordine giuridico globale, G. SILVERSTEIN, *Globalization and the Rule of Law: «A Machine that Runs of Itself?»*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, n. 3, p. 429 ss., e D. DYZENHAUS, *The Rule of (Administrative) Law in International*

A ciò concorrono, come si vedrà nei prossimi paragrafi, i fini e i caratteri propri di tale organizzazione internazionale così come l'attività dei suoi organi.

Sotto quest'ultimo profilo rileva in particolare il sistema di risoluzione delle controversie (Dispute Settlement Body, DSB) che offre, attraverso la sua giurisprudenza, un interessante contributo all'affermarsi di principi di diritto amministrativo sul piano internazionale.

II. Il sistema giurisdizionale dell'OMC - Il processo di evoluzione del precedente sistema del commercio internazionale, attuato attraverso lo strumento dei "rounds" commerciali, è durato quasi un cinquantennio (rispecchiando l'evoluzione delle relazioni internazionali) e si è concluso con l'Uruguay Round il quale ha portato nel 1994 all'istituzione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Ciò ha consentito il superamento di gran parte dei problemi evidenziati fino a quel momento dal sistema del commercio internazionale¹⁰, permettendo di creare un coordinamento multilaterale delle politiche economiche statali sotto l'egida di un'organizzazione internazionale a vocazione universale, dotata di ampie competenze e di strutture istituzionali stabili e coerenti volte a rafforzare il diritto nella regolazione del commercio internazionale¹¹.

Il ruolo centrale riservato al diritto all'interno del sistema del commercio internazionale è espresso anzitutto dal "single undertaking" che, previsto dall'art. 2 dell'accordo Istitutivo, rappresenta, come è stato rilevato, «la vera intuizione giuridica che rende L'OMC un'autentica novità nella storia del commercio internazionale»¹².

Esso comporta che ogni Stato che intenda aderire all'organizzazione deve accettare tutti gli accordi stipulati durante l'Uruguay Round. In questo modo è possibile, da una

Law, IILJ Working Paper 2005/1, ora anche in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, n. 3-4, p. 127 ss. Infine, con riguardo all'influenza dei principi dei procedimenti globali sui diritti amministrativi nazionali, G. DELLA CANANEA, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, 9, 2003, n. 4, p. 563 ss.

¹⁰ cfr. Il precedente sistema regolato dal GATT1947 presentava evidenti limiti legati alla sua efficacia temporanea, al ristretto ambito della sua normativa, alla scarsa struttura istituzionale e all'assenza di collegamento con altre Organizzazioni Internazionali. Sull'efficacia temporanea vedi, tra gli altri, Rossel, *The Provisional Application of the GATT*, in *Journal World Trade (Law)*, 1985, p. 289 ss. In generale, sul valore degli accordi internazionali applicati in via provvisoria vedi P. Picone, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, 1973. Per l'evoluzione dal sistema GATT1947 al sistema OMC, si veda A. Comba, *Il neo liberismo internazionale: strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'organizzazione mondiale del commercio*, 1995 Giuffrè; G. Sacerdotti, *La trasformazione del GATT nell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, 1995; Per gli aspetti istituzionali dell'OMC si veda Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, 2002; G. Adinolfi, *L'Organizzazione mondiale del Commercio: profili istituzionali e normativi*, CEDAM, 2001; G. Venturini, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Giuffrè, 2004; A. Parenti, *Il WTO*, il Mulino, 2007; F. Galgano, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, 2007; OMC, *A handbook on the GATS Agreement: a WTO secretariat publication*, Cambridge University Press, 2005.

¹¹ cfr. È stato infatti osservato che "the creation of the WTO is based on the insight that an accompanying institutional framework is useful for International law to be effective. Prior to the 1995 the GATT system can be characterized as one putting more emphasis on process than on structure (...). The WTO serves as such an institutional framework for the creation and implementation of international trade law", Rudiger Wolfrum, Peter-Tobias Stall, Karen Kaiser, *WTO: Institution and Dispute Settlement*, Jackson Law and Policy.

¹² cfr. Di stefano, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, op. cit., pag. 18.

parte, riportare nel giusto ordine il rapporto tra regole ed eccezioni garantendo almeno formalmente una posizione di uguaglianza fra tutti gli Stati Membri; dall'altra permette di valorizzare la certezza e la prevedibilità del diritto.

Caratteri quest'ultimi che vengono rafforzati, in secondo luogo, attraverso l'adozione della regola del *consensus* negativo in base alla quale l'unanimità non è più richiesta per l'adozione di una deliberazione (*consensus* positivo), bensì per il rigetto della proposta di deliberazione¹³.

La regola del *consensus* negativo contribuisce in particolare a valorizzare il ruolo del sistema di risoluzione delle controversie, una delle principali novità degli accordi OMC¹⁴. In questo contesto essa trova applicazione nei tre principali momenti in cui si articola il sistema giurisdizionale dell'organizzazione dopo gli accordi OMC: l'istituzione del Panel; l'approvazione del *Panel Report* o dell'*Appellate Body Report*; l'autorizzazione delle contromisure in caso di mancato adeguamento di uno Stato Membro ai report adottati dal *Dispute Settlement Body*¹⁵.

Tale sistema giurisdizionale segue lo sviluppo a livello internazionale dei meccanismi obbligatori di soluzione delle controversie¹⁶ collocandosi tra i sistemi compositi in cui convivono, integrandosi, l'elemento diplomatico e quello giurisdizionale.

¹³ cfr. Il ricorso alla regola del *consensus* positivo si risolveva in una sorta di diritto di veto attraverso il quale lo Stato Membro, cui era riconosciuta una violazione dell'Accordo Generale, poteva impedire l'adozione del Report da parte degli organi competenti nonché l'applicazione di contromisure commerciali da parte dello Stato Membro leso dalla violazione dell'Accordo Generale, in tal modo privando di effettivo valore la normativa GATT1947.

¹⁴ cfr. La riforma del sistema di risoluzione delle controversie ha rappresentato un aspetto centrale nel dibattito sulla trasformazione del GATT in un'organizzazione internazionale. Partendo dal testo della c.d. Montreal Reform del 1988, si è passati attraverso le innovazioni del c.d. Dunkel Text del 1991, rispettivamente note come "Intesa sulle regole e sulle procedure che governano la soluzione delle controversie" ed "Elementi di un sistema integrato di risoluzione delle dispute", per giungere, infine, all'approvazione dell'*Understanding on Rules and Procedures Governing The Settlement of Dispute*. Oltre ai contributi generali sull'OMC citati, si veda, rispetto al sistema di risoluzione delle controversie: G. Sacerdoti, *Il sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, La Comunità Internazionale, fasc. 3/2005 pp. 435-456, Editoriale Scientifica; dello stesso autore, *Il doppio grado di giudizio nelle giurisdizioni internazionali*, in Com. St. vol. XXI, Milano, 1997, 151 ss.; Jackson, *The WTO Dispute Settlement Understanding – A misunderstanding on the nature of legal obligation*, AJIL, 91, 60 ss; dello stesso autore *International Law Status of the WTO Settlements Reports: Obligation to Comply or Opinion to "Buy Out?"*, ivi, 98, 2004, 109 ss; WTO, *A handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge, 2004.

¹⁵ cfr. Originariamente l'Accordo generale prevedeva una regolamentazione consistente in due soli articoli relativi alle "Consultazioni" (art. XII) e alla "Protezione delle concessioni e dei vantaggi" (art. XIII) che si rivelò insufficiente soprattutto perché, dopo la fase preliminare delle consultazioni, la funzione contenziosa era accentrata nelle mani delle Parti Contraenti, organo a composizione plenaria di natura politica. L'attuale procedimento contenzioso, inteso in senso stretto, si articola in quattro fasi principali (a loro volta suddivise in fasi diverse): la fase preliminare delle "consultazioni" dirette tra le parti; la fase "giudicante" di primo grado davanti al Panel; la fase giudicante di secondo grado davanti all'Organo d'Appello; la fase esecutiva. Vedi, per una approfondita esposizione Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., pagg. 575 ss.

¹⁶ cfr. Per quanto riguarda il ruolo degli organi giurisdizionali, in generale: S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009; ID, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma 2009; A. Del Vecchio, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Giuffrè Editore; E. D'Alterio, *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Giuffrè Editore, Milano 2010; T. Treves, *Judicial Lawmaking in an Era of «Proliferation» of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?*, in *Developments of International Law in Treaty Making*, a cura di R. Wolfrum e V. Röben, cit., p. 587 ss.; dello stesso autore, *Recent Trends in The Settlement of International Dispute*, in *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Castélon, 1997, vol. I, pp. 401-436; dello stesso autore, *La soluzione delle controversie*

Nell'ordinamento OMC, quindi, la centralità dell'elemento giurisdizionale è valorizzata dal concorrere degli effetti, da una parte, dell'unificazione normativa, effettuata tramite il *Single Undertaken Approach* nel quale rientra anche l'accordo sul sistema di risoluzione delle controversie. Dall'altra, dal concorrere degli effetti dell'accentramento delle competenze giurisdizionali nel DSB.

Ciò, come è stato osservato rappresenta «*la più vasta regolamentazione della materia da quando esiste il sistema multilaterale del commercio internazionale*» attraverso la quale viene creato un sistema «*fortemente innovativo rispetto al passato e decisamente orientato verso l'affermazione di regole e principi certi in materia*»¹⁷.

Il quadro complessivo delinea quindi un sistema di risoluzione delle controversie profondamente differenziato dal precedente soprattutto in ragione di tre caratteristiche fondamentali: è un sistema sostanzialmente unitario sia *ratione materiae*¹⁸ sia *ratione personae*; persegue degli obiettivi più definiti, dando un rilievo primario alla certezza del diritto e alla stabilità delle relazioni commerciali; garantisce la sicura esperibilità dei procedimenti contenziosi così come l'esecuzione dei giudizi.

A tale risultato contribuisce in modo particolare l'Appellate Body, organo di appello permanente che rappresenta sicuramente l'elemento maggiormente innovativo dell'intero sistema giurisdizionale dell'organizzazione mondiale del commercio¹⁹.

Rispetto a tale organo è stato osservato che «*si avvicina sensibilmente, quanto a struttura, procedura e funzioni, ai tribunali internazionali, pur presentando rispetto a questi, caratteri innovativi*»²⁰.

Le principali competenze ad esso attribuite riguardano infatti, l'esame e l'eventuale modifica delle sole interpretazioni giuridiche formulate dal panel nel report finale. In senso tecnico non è un vero e proprio organo di secondo grado non entrando nel merito

nell'OMC, in Società Italiana di Diritto Internazionale, Diritto e Organizzazione, pag 323; A. Garapon, C. Guarnieri, *La globalizzazione giudiziaria*, in Il Mulino, 2005, p. 165 ss. ; si vedano inoltre i contributi raccolti nel Symposium «Globalization, Courts and Judicial Power», in Indiana Journal of Global Legal Studies, 11, 2004, n. 1, p. 57 ss.

¹⁷ cfr. Di Stefano, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, op. cit., pag. 18.

¹⁸ cfr. L'integrazione del sistema dal punto di vista materiale è stata realizzata attraverso l'applicazione del *Dispute Settlement Understanding* (DSU) alle controversie relative a tutta una serie di accordi contenuti in un appendice annessa alla DSU e denominati "Accordi contemplati" (art 1, par 1 DSU). Questi comprendono in pratica l'intero pacchetto degli Accordi OMC: non solo gli accordi che disciplinano materialmente i vari aspetti del commercio internazionale, ma anche i principali accordi "istituzionali", quali l'Accordo Istitutivo dell'OMC e la stessa Intesa sulla risoluzione delle controversie. È escluso, invece, il meccanismo di esame delle politiche commerciali (Allegato 3) in quanto non suscettibile di produrre delle controversie tra Stati Membri. Sotto il profilo temporale, la DSU si applica alle controversie sorte dopo l'entrata in vigore dell'Accordo OMC, conformemente al principio di non retroattività delle norme giuridiche.

¹⁹ cfr. Oltre i contributi generali indicati, si veda, sul ruolo dell'Organo d'Appello e sui rapporti tra questo e i Panel e il DSB: Di Stefano, *Soluzione delle controversie nell'OMC e nel diritto internazionale*, op. cit., in particolare il Capitolo II.

²⁰ cfr. Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, op. cit., pag 596. Sul punto gli autori evidenziano come la stessa istituzione di un secondo grado del giudizio costituisce un elemento assolutamente innovativo nel contesto della funzione giurisdizionale internazionale, posto che, diversamente che negli ordinamenti nazionali, nel campo delle controversie interstatali non viene solitamente riconosciuta la possibilità di un ricorso contro sentenze arbitrali o giudiziarie. Per un'analisi comparata confronta Sacerdotti, *Il doppio grado di giudizio*; Vellano, *L'Organo d'Appello dell'OMC*.

della controversia e potendo soltanto decidere sulla validità del ragionamento giuridico del panel. In questo senso, come è stato rilevato, la sua funzione appare piuttosto «*simile a quella di una Corte di Cassazione*»²¹ garantendo l'uniformità di interpretazione degli accordi OMC.

III. La giurisprudenza del *Dispute Settlement Body* - Nella sua attività il meccanismo di soluzione delle controversie OMC ha dato vita ad una giurisprudenza di notevole interesse²². In particolare alcune pronunce si ritiene permettano di osservare l'affermarsi, anche sul piano delle relazioni internazionali, di principi ed istituti elaborati nel campo del diritto amministrativo.

Il punto iniziale da cui ha preso le mosse questa evoluzione giurisprudenziale è rappresentato dall'art. X GATT 1994.

Articolo che, rimasto invariato rispetto al GATT del 1947, impone l'applicazione di istituti di *due process of law* nei vari aspetti della regolamentazione del commercio internazionale da parte degli Stati Membri dell'OMC.

Sotto la rubrica «*pubblicazione e applicazione dei regolamenti relativi al commercio*» la norma dell'art. X GATT prescrive che tali regolamenti siano «*prontamente pubblicati*» e applicati «*in maniera uniforme, imparziale e ragionevole*». Inoltre stabilisce che «*ogni parte contraente mantiene, o istituisce, tribunali o procedure giudiziarie, arbitrali o amministrative, al fine, in particolare, di rivedere e di rettificare prontamente le misure amministrative*» adottate dallo Stato Membro in materia di commercio internazionale.

L'importanza di questa norma è cresciuta di pari passo con l'evoluzione del sistema del commercio internazionale.

Nella giurisprudenza precedente alla riforma del 1994 l'art. X GATT 1947 veniva preso in considerazione solo in poche occasioni ed era inteso come «*subsidiary to the other substantive provision of the GATT agreements*»²³.

Con l'istituzione dell'OMC se ne approfondisce l'analisi da una prospettiva diversa che non considera più tale norma come sussidiaria rispetto alle altre previsioni degli

²¹ cfr. Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del Commercio*, op. cit., pag. 597. Diversamente dal Panel, l'Organo d'Appello non svolge alcuna attività di conciliazione tra le parti, ma è chiamato unicamente ad esaminare le «questioni giuridiche contemplate nella relazione del Panel» e le «interpretazioni giuridiche sviluppate dal Panel», potendo confermare, modificare o annullare, le contestazioni e le conclusioni raggiunte in primo grado (DSU art. 17, parr. 6 e 9). Non è previsto il riesame generale del caso e degli elementi di fatto della controversia. Per tali motivi il suo funzionamento appare simile a quello della nostra Corte di Cassazione, pur se il fatto che si tratti di un giudizio definitivo, escludente il rinvio al «giudice di merito», ne conferma la natura di giudizio di seconda istanza.

²² cfr. Per la giurisprudenza dell'Organo d'Appello, quando non si tratta dell'analisi di specifici Report, si fa riferimento a: WTO Appellate Body Secretariat, *WTO Appellate Body Reportory of Reports and Awards 1995-2010*, Cambridge Press.

²³ cfr. R. B. Stewart, M. R. S. Badin, *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, IIIJ Working Paper 2009/7, pag. 13.

accordi OMC²⁴. In particolare la giurisprudenza più recente dell'organo d'appello chiarisce vari aspetti della norma in oggetto.

Rispetto al primo paragrafo dell'art. X GATT l'organo d'appello evidenzia come esso si riferisca a «*rule of general application*»²⁵, il cui contenuto sostanziale deve essere determinato con riferimento alle previsioni degli Accordi contemplati oltre che con riferimento alle altre disposizioni dell'art. X GATT²⁶. L'organo d'appello chiarisce inoltre che «*si requisiti di uniformità, imparzialità e ragionevolezza non si applicano alle leggi, ai regolamenti, alle decisioni e alle norme in quanto tali, quanto piuttosto all'amministrazione di queste leggi, regolamenti, decisioni e norme*»²⁷. Gli Stati Membri dell'OMC sono quindi chiamati ad «*amministrare in modo uniforme, imparziale e ragionevole tutte le loro leggi, regolamenti, decisioni e norme*»²⁸. L'organo d'appello in un ulteriore report ha specificato il significato da attribuire al termine «*amministrare*» evidenziando che esso «*include i procedimenti amministrativi*» intesi come «*una serie di passaggi, azioni o eventi che vengono posti in essere ai fini dell'applicazione delle decisioni amministrative*»²⁹.

Questa prospettiva è coerente da una parte, con i nuovi caratteri dell'organizzazione che, come detto, attribuiscono un particolare ruolo al diritto nella regolamentazione del commercio internazionale; dall'altra, con lo sviluppo del diritto internazionale in diritto della cooperazione sempre più attento alla dimensione interna dell'esercizio dei poteri statali.

Numerosi sono, inoltre, i riferimenti all'art X GATT contenuti negli accordi che compongono l'ordinamento OMC e che molto spesso contengono previsioni che appaiono più dettagliate e specifiche rispetto all'art. X GATT.

III.I. Principio della motivazione - Negli ordinamenti nazionali i principi dell'attività amministrativa «*sono intesi, da una parte, ad assicurare la migliore amministrazione in sé, come quella servente gli interessi collettivi; dall'altra, a garantire il rispetto delle posizioni soggettive giuridicamente protette, e perciò degli amministrati*»³⁰.

I principi di legalità, della predeterminazione normativa del potere e delle modalità del suo esercizio, costituiscono, nel contesto statale, i cardini su cui poggia l'esercizio dell'azione amministrativa.

²⁴ cfr. Padideh Ala'i, *From the Periphery to Center? The evolving WTO jurisprudence on Transparency and Good Governance* J. Int'l Econ. L., 2008: l'autore esamina dettagliatamente l'evoluzione della giurisprudenza relativa all'art. X e la sua acquisizione di una "fundamental importance" tra le norme del commercio internazionale.

²⁵ cfr. Report WT/DS69/AB/R EC-Poultry paragrafo 111.

²⁶ cfr. Report WT/DS69/AB/R EC-Poultry paragrafo 115.

²⁷ cfr. EC-Bananas III, Appellate Body Report WT/DS27/AB/R paragrafo 200.

²⁸ cfr. US-Oil Country Tubular Goods Sunset Review, WT/DS/268/AB/R par. 217.

²⁹ cfr. EC-Selected Customs Matters, WT/DS315/AB/R paragrafo 224.

³⁰ cfr. Vincenzo Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, Vol. II pag. 16, G. Giappichelli Editore-Torino 2005.

In particolare essi comportano che «ogni scelta che l'amministrazione adotti nell'ambito della sua discrezionalità debba essere sempre correlata ad un fine che ad essa è imposto; e che perciò di ogni scelta debbano essere esposte le ragioni circa la necessità e opportunità di essa in relazione a quel fine»³¹.

Nel suo svolgersi, l'azione amministrativa nella sua dimensione statale è quindi vincolata dal principio di motivazione che le impone di render conoscibili i fatti e le valutazioni su cui si essa si basa.

Nella controversia *EC-Measures concerning meat and meat product*³², nota come *caso ormoni*, l'organo d'appello richiama il principio di motivazione valutando la legittimità dell'azione amministrativa di un Membro dell'OMC, con riferimento, oltre che al principio di proporzionalità e ragionevolezza, al rispetto dell'obbligo di motivazione.

La controversia vedeva contrapposti alla Comunità Europea, gli Stati Uniti e il Canada i quali contestavano alcune misure prese dalla Comunità negli anni precedenti volte a vietare l'importazione di carne e prodotti derivati trattati con alcuni particolari tipi di ormone³³.

Stati Uniti e Canada sostenevano che la legislazione europea violasse l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS Agreement) in quanto: *a*) non era basata su una valutazione scientificamente valida; *b*) mancava di qualsiasi giustificazione scientifica; *c*) era discriminatoria nella parte in cui proibiva l'importazione della sola carne trattata con ormoni ma non anche l'importazione di altri prodotti alimentari ugualmente trattati con ormoni.

Il *panel* giunse ad una prima definizione delle questioni controverse rilevando che il divieto di importazione posto dalla Comunità Europea violava le norme dell'accordo SPS in quanto da una parte, non basato su una corretta valutazione del rischio connesso a tali prodotti, e, dall'altra, perché comportava una distinzione arbitraria e ingiustificata dei livelli di protezione sanitaria e fitosanitaria rispetto a situazioni paragonabili, da ciò desumendo una discriminazione o una restrizione dissimulata del commercio internazionale.

³¹ cfr. Vincenzo Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, Vol. II pag 18, op. cit.

³² cfr. Report WT/DS48/AB/R.

³³ cfr. A seguito di uno scandalo scoppiato in Francia negli anni '70 per l'uso illegale di un ormone ritenuto causa di malformazioni nei bambini, in Europa si è sviluppato un lungo e sostenuto dibattito da cui è emerso un generale dissenso rispetto all'uso di sostanze artificiali negli alimenti ritenute responsabili di causare seri danni alla salute. In conseguenza la CE e gli Stati Membri iniziarono a rivedere le proprie politiche in materia e si giunse ad una prima direttiva nel 1981 (Directive 81/602/EEC) a cui seguì un'ulteriore specificazione con le Direttive 88/146/EEC e 88/299/EEC. La legislazione europea introduceva un divieto di importazione per la carne trattata con una serie di ormoni. La base normativa rifletteva l'analisi scientifica dell'epoca e si fondava sul principio di precauzione. Nel 1987, gli Stati Uniti avviarono contro la CE un procedimento contenzioso all'interno del sistema GATT1947. Tale procedimento non giunse ad esiti positivi e gli Stati Uniti imposero un'imposta del 100% del valore su determinati prodotti importati dall'Europa. Successivamente Stati Uniti e CE trovarono un accordo sul commercio della "carne priva di ormoni". Infine la legalità del bando posto dalla CE viene sottoposta a valutazione nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, con il procedimento qui in esame, su ricorso di Stati Uniti e Canada.

Inoltre il panel rilevava che la Comunità non avesse applicato coerentemente l'accordo SPS poiché le misure adottate non erano "conformi" agli standard internazionali³⁴.

La Comunità Europea sollevava una serie di rilievi giuridici volti a rivendicare la correttezza della propria normativa³⁵.

In primo luogo sosteneva che la possibilità per uno Membro dell'OMC di introdurre un livello di protezione sanitaria e fitosanitaria più alta rispetto agli standard internazionali, non rappresentava un'eccezione bensì un diritto che trovava fondamento nello stesso accordo SPS.

Contestava inoltre l'interpretazione data dal *panel* secondo cui le misure adottate dai Membri OMC dovessero essere "conformi" agli standard internazionali e non meramente "basate" su tali standard³⁶.

In secondo luogo rivendicava il valore giuridico sul piano internazionale del principio di precauzione da lei applicato.

Infine sosteneva la validità della base scientifica presa in considerazione per l'adozione delle misure contestate oltre il fatto che a tal fine acquisivano rilievo anche fattori diversi, quali la pubblica percezione di cosa sia pericoloso e di quale sia il livello di rischio accettabile³⁷.

L'Organo d'Appello, nonostante su alcuni punti sembrava concordare con le osservazioni sollevate dalla Comunità, concludeva ritenendo che la misura sanitaria e fitosanitaria adottata dalla Comunità non era conforme ai requisiti previsti dall'accordo SPS.

³⁴ cfr. Nello specifico il Panel rilevava che la Comunità Europea: *a*) mantenendo in vigore misure sanitarie non basate su una valutazione del rischio, ha agito in contrasto con quanto richiesto dall'art 5.1 SPS; *b*) che la CE, adottando arbitrarie e ingiustificate distinzioni nei livelli di protezione sanitaria ritenuti appropriati in differenti situazioni dai quali derivino una discriminazione o una restrizione dissimulata del commercio internazionale, ha agito in contrasto con quanto previsto dall'art 5.5 SPS; *c*) infine, che la CE, mantenendo in vigore misure "*which not are based*" sugli esistenti standard internazionali senza giustificazione ex art. 3.3 SPS, ha agito in contrasto con l'art. 3.1 SPS.

³⁵ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 9 a 12; in merito al principio di precauzione vedi in particolare il paragrafo 16.

³⁶ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 20 a 23. Dal punto di vista della CE le misure possono differire, seppur non sostanzialmente, da quanto raccomandato e allo stesso tempo possono essere considerate "*based on*" ai sensi dell'art. 3.1. Nell'argomentazione si sostiene inoltre che l'art. 3 dell'Accordo SPS ha lo scopo di promuovere l'armonizzazione a livello internazionale, permettendo ai Membri di scegliere una delle tre opzioni alternative: *a*) conformare le proprie misure sanitarie alle raccomandazioni del Codex ai sensi dell'art. 3.2 ; *b*) un membro potrebbe voler semplicemente basare i propri provvedimenti su misure sanitarie internazionali ai sensi dell'art. 3.1 invece che conformarsi a tali raccomandazioni; *c*) in terzo luogo, un Membro può decidere, in base all'art. 3.3, di stabilire misure sanitarie che forniscano un più elevato livello di protezione sanitaria. Secondo la CE queste tre opzioni hanno lo stesso valore e di conseguenza l'art. 3.3 non può essere un'eccezione all'art. 3.1. La CE osserva che l'art 3.3 definisce in nota il concetto della prima condizione (*scientific justification*) senza fare riferimento diretto all'art 5 par. 1-8, come fa per quanto riguarda la seconda condizione ("*as a consequence of choosing higher level of protection*"). Tale assenza di riferimenti rappresenterebbe, dal punto di vista della CE, una sufficiente indicazione dell'intenzione dei redattori dell'Accordo di qualificare l'applicazione dell'art 5 nel caso si verifichi la prima condizione. Di conseguenza la CE sostiene che la semplicità di struttura e di significato dell'art 3.3 comporta che i requisiti di valutazione del rischio dell'art 5 si applicano solo se è soddisfatta la seconda di queste due condizioni alternative

³⁷ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 32 a 36.

Nel report finale veniva riconosciuto che l'art. 3.3 SPS individua un autonomo diritto dei Membri di stabilire in materia un livello di protezione più elevato rispetto a quello previsto dagli standard internazionali³⁸.

Rispetto a tali standard inoltre, l'organo d'appello non condivideva la ricostruzione del panel che equiparava il termine "basato" con "conforme" così attribuendo agli standard internazionali forza ed effetti che diversamente riteneva non avessero³⁹.

Per quanto riguarda il principio di precauzione l'organo d'appello, pur ritenendo di non dover prendere posizione in merito alla sua natura sul piano del diritto internazionale, essendo questione su cui ancora non vi era una comune opinione, osservava che nella relazione tra il principio in questione e l'accordo SPS il primo non può comunque ignorare le previsioni del secondo⁴⁰.

Agli Stati Membri dell'OMC veniva così riconosciuta la possibilità di esercitare, nelle materie in oggetto, un'azione amministrativa nella misura in cui essa trovi fondamento nella norma dell'art. 3.3 SPS e sia comunque esercitata "sulla base" degli standard internazionali.

Ciononostante l'organo d'appello, prendendo in considerazione le ulteriori osservazioni relative alla validità della base scientifica adottata, sanziona la disciplina comunitaria, rilevando che *«al fine di mantenere il delicato equilibrio tra interessi tra di essi in competizione, quali lo sviluppo del commercio internazionale e la tutela della vita e della salute umana, gli Stati Membri, per introdurre un più alto livello di protezione sanitaria e fitosanitaria ai sensi*

³⁸ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 97 a 109 in particolare paragrafo 104. L'Organo d'Appello sostiene che l'art. 3.1 semplicemente esclude dal suo campo di applicazione le ipotesi previste dall'art. 3.3, cioè, il caso in cui un Membro prevede per se stesso un più alto livello di protezione sanitaria rispetto a quello che potrebbe essere raggiunto con misure basate su standard internazionali. Infatti, afferma l'Organo d'Appello l'art 3.3 individua un autonomo diritto dei Membri di stabilire un livello più alto di protezione sanitaria e fitosanitaria.

³⁹ cfr. Appellate Body Report paragrafi 157 e seguenti.

⁴⁰ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 120 a 125. L'organo d'appello rileva infatti, come lo status del principio di precauzione nel diritto internazionale attualmente costituisca oggetto di dibattito tra accademici, pratici, regolatori e giudici, alcuni dei quali ritengono che tale principio sia cristallizzato in un "general principle of customary international environmental law". Non è chiaro però, secondo l'Organo d'Appello se esso sia ampiamente accettato dai Membri del WTO come tale. Di conseguenza ritiene che non sia necessario, forse neanche opportuno, prendere posizione in questa controversia su una questione così importante quanto astratta, ma che tuttavia, sia importante notare alcuni aspetti della relazione tra il principio di precauzione e l'Accordo SPS. Anzitutto il principio non è previsto nell'Accordo SPS come motivo per giustificare le misure che sono altrimenti incompatibili con gli obblighi dei Membri derivanti da talune disposizioni dell'Accordo stesso. In secondo luogo il principio di precauzione si trova riflesso nell'art 5.7 SPS e l'Organo d'Appello concorda con la CE nell'affermare che non vi è alcuna necessità di ritenere che l'art 5.7 SPS rifiuti la rilevanza del principio di precauzione. Quest'ultimo si riflette anche nel paragrafo 6 del Preambolo e nell'art. 3.3 SPS. Questi esplicitamente riconoscono il diritto dei Membri di stabilire da se un appropriato livello di protezione sanitaria e fitosanitaria più alto rispetto a quello previsto dagli standard internazionali, linee guida e raccomandazioni. Inoltre, un panel incaricato di constatare se esistono prove scientifiche sufficienti per giustificare il mantenimento da parte di un Membro, di una particolare misura SPS ovviamente può, e dovrebbe, considerare che governi rappresentativi e responsabili agiscono secondo prudenza e precauzione nei casi in cui possono esservi rilevanti rischi per la vita e salute umana. Da ultimo, tuttavia, il principio di precauzione, per se stesso e senza una chiara direttiva testuale sugli effetti, non dispensa il panel dall'obbligo di applicare i normali principi di interpretazione dei trattati nella lettura delle previsioni dell'Accordo SPS. In conclusione l'Organo d'Appello concorda con il panel nel rilevare che il principio di precauzione non può ignorare le previsioni dell'art 5.1 e 5.2 SPS.

dell'art. 3.3 SPS, dovrebbero in ogni caso fornire una valida valutazione del rischio, così come definito dall'art. 5.1 SPS, e una sufficiente giustificazione scientifica»⁴¹.

In altri termini l'organo d'appello, diversamente dal panel riconosce agli Stati Membri la possibilità di adottare livelli di protezione sanitaria e fitosanitaria diversi e più stringenti, rispetto a quelli previsti dagli standard internazionali.

Tuttavia lega l'esercizio dell'azione amministrativa dello Stato Membro al rispetto del principio di proporzionalità, attraverso l'adozione di misure amministrative "basate" sugli standard internazionali, e al rispetto del principio di ragionevolezza delle decisioni adottate con riferimento a valutazioni scientifiche attendibili. Inoltre ritiene essenziale ai fini della legittimità delle misure adottate da uno Stato Membro il rispetto da parte di questo, del principio della motivazione⁴².

III.II. Strumenti di garanzia, nei procedimenti internazionali (il caso antidumping e il principio di trasparenza) e nei procedimenti statali coinvolgenti interessi ultra statali (il caso "gamberetti e tartarughe" e il principio del giusto procedimento) - All'interno degli ordinamenti statali i principi e gli istituti di diritto amministrativo svolgono l'ulteriore funzione di garantire le posizioni soggettive di quanti sono coinvolti dall'azione della pubblica amministrazione attraverso la disciplina del suo esercizio. A tale scopo risponde anzitutto, il principio di pubblicità il quale, a sua volta, «si articola nei principi e nelle regole del giusto procedimento, al quale i soggetti terzi portatori degli interessi possono partecipare al fine di rappresentare le loro ragioni»⁴³.

Da questo punto di vista si può rilevare come nell'ordinamento giuridico internazionale avviene sempre più spesso che «governanti e amministratori invocano il rispetto delle procedure, dei principi che le governano, nello sforzo di evitare decisioni ritenute arbitrarie»⁴⁴.

Nei due report di seguito analizzati, riferibili l'uno ad un procedimento condotto all'interno dell'ordinamento internazionale l'altro all'interno di un ordinamento statale,

⁴¹ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 173 a 178.

⁴² cfr. Appellate Body Report WT/DS111/AB/R. Per ulteriori commenti a questo Report confronta: G. Bolaffi, *WTO Hormones: Impartiality and Local Interest*, IRPA pubblicazioni; C. BURTON, *Trade, Health and the World Organisation*, Oxford (2004); B. T. GUZMAN, *Food Fears: Health and Safety at the WTO*, 45 (1) *Virginia Journal of International Law* 1 (2004); R. Howse, *Democracy, Science and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization*, 98 *Michigan Law Review* 2329 (2000); C. JOERGES, *Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level – Stories of Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef*, 7 *Columbia Journal of European Law* 1 (2001); W.A. KERR, *Science-based Rules of Trade: A Mantra for Some, An Anathema for Others*, 4(2) *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy* 86 (2003); J. MARTIN WAGNER, *The WTO's Interpretation of the SPS Agreements has Undermined the Right of Governments to Establish Appropriate Levels of Protection Against Risk*, 31 *Law & Policy of International Business* 855 (2000). J. PEEL, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, Jean Monnet Working Paper 02/04, NYU School of Law, 2004; D.G. VICTOR, *The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organisation: An Assessment after Five Years*, 32 *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* 865 (2000); R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Leiden (2007).

⁴³ cfr. Vincenzo Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, Vol. II pag 21, op. cit.

⁴⁴ cfr. Giacinto della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009.

l'organo d'appello fa ricorso rispettivamente al principio di trasparenza e al principio di giusto procedimento.

Il primo dei due report ha ad oggetto la controversia relativa all'imposizione da parte della Comunità Europea di misure anti dumping sull'importazione dal Brasile e da altri sette Stati, di tubi e componenti di tubi in ghisa⁴⁵. I provvedimenti impugnati sono conclusivi di un procedimento il cui svolgimento avviene sul piano del diritto internazionale ed è interamente disciplinato dalle norme dei trattati dell'organizzazione mondiale del commercio.

Il Brasile aveva esperito ricorso in appello contro alcune interpretazioni giuridiche contenute nel report del panel⁴⁶ che ritenevano conforme alle norme degli accordi OMC il procedimento di indagine anti dumping, condotto dalle Comunità, nonostante durante il suo svolgimento non siano stati comunicati alle parti interessate documenti contenenti informazioni rilevanti per la loro difesa. Documenti che sono stati successivamente esibiti dalle Comunità solo in fase contenziosa dinanzi all'organo giurisdizionale dell'organizzazione⁴⁷.

L'organo d'appello sviluppa la sua analisi⁴⁸ richiamando la sua stessa giurisprudenza al fine di evidenziare come l'accordo anti dumping preveda una serie di norme procedurali che devono essere applicate durante tutto lo svolgimento dell'inchiesta antidumping⁴⁹.

⁴⁵ cfr. Panel Report WT/DS219/R. Il Panel era stato istituito per valutare la denuncia del Brasile circa la rispondenza all'Accordo GATT1994 e all'Anti Dumping Agreement di dazi anti dumping imposti dalla Comunità Europea all'importazione di tubi e parti di tubi in ghisa dal Brasile. Il 29 maggio 1999 infatti, la Comunità Europea aveva annunciato l'inizio di una inchiesta anti dumping su tali prodotti importati dal Brasile e da altri sette paesi. In particolare fu sottoposto ad investigazione un produttore brasiliano. Successivamente il 28 febbraio 2000 la Comunità Europea impose dei dazi anti dumping provvisori che divennero definitivi con il Regolamento della Comunità Europea n. 1784/2000 dell'Agosto del 2000. Il 21 dicembre dello stesso anno il Brasile presentò richiesta di consultazione alla Comunità Europea. Tali consultazioni fallirono e conseguentemente il 7 giugno 2001, il Brasile inoltrò la richiesta di istituzione di un Panel per esaminare e risolvere la disputa, sostenendo che la Comunità Europea avesse agito in modo incoerente con gli art. VI GATT'94 e varie norme dell'Anti Dumping Agreement tra cui gli art 6.2 e 6.4 le quali contengono alcune previsioni cui è possibile ricondurre i principi di *due process of law*.

⁴⁶ cfr. Appellate Body Report paragrafo 64, in particolare la lettera (e).

⁴⁷ cfr. Il Brasile contesta la ricostruzione del Panel secondo cui la CE non era obbligata ai sensi degli art.6.2 e 6.4 ADA a divulgare alle parti interessate, durante la fase di inchiesta anti dumping, le informazioni circa alcuni fatti lesivi, ora contenuti nell'Exhibit EC-12 (documenti che le parti presentano nel corso del procedimento contenzioso disciplinati dalle regole di procedura dell'Organo d'appello), poiché la Commissione Europea aveva determinato che i dati contenuti in tale documento erano "in line with other data", già divulgati e non aggiungevano nessun ulteriore elemento all'analisi dei fatti lesivi indicati nell'art. 3.4 ADA (confronta Appellate Body Report paragrafo 26). Si sostiene che, nell'accertare un pregiudizio, le autorità investigative devono valutare il ruolo, la rilevanza e il valore di quei fattori indicati nell'art 3.4 ADA e che di conseguenza i risultati dell'autorità investigativa su tali fattori sono necessariamente "rilevanti" ai sensi dell'art. 6.4 ADA. Il Brasile sottolinea inoltre che non può essere rimesso all'autorità investigativa di decidere, in proprio, quali siano, ai sensi dell'art 6.4 ADA, le informazioni rilevanti per la difesa degli interessi delle parti ai sensi dell'art 6.2. in particolare il Brasile evidenzia come l'art 6 sia "a fundamental due process provision" che ha lo scopo di permettere alle parti interessate di difendere i loro interessi "during the investigation process itself" anziché essere informati "only after the investigation is completed" ovvero in un momento in cui si è già formata la determinazione definitiva dell'autorità investigante (Confronta: Brazil statement at oral hearing; (In generale, paragrafi da 37 a 56).

⁴⁸ cfr. Appellate Body paragrafi 138 e seguenti.

⁴⁹ cfr. Appellate Body Report Thailand – H-Beams paragrafo 109.

Tali norme sono funzionali a garantire alle parti interessate dall'inchiesta una serie di diritti volti a tutelare le loro posizioni giuridiche soggettive all'interno del procedimento di inchiesta antidumping⁵⁰.

In particolare l'organo d'appello si sofferma sul principio della "*disclosure of information*" di cui al paragrafo 4 dell'art. 6 ADA dedicato alla disciplina degli elementi di prova.

Tale norma prevede che, qualora possibile, l'autorità investigante provvede *«tempestivamente a dare alle parti interessate, la possibilità di prendere visione di tutte le informazioni che non siano di natura riservata, che siano pertinenti per la preparazione delle loro argomentazioni e utilizzate dalle autorità nell'ambito di un'inchiesta antidumping, consentendo alle parti di predisporre le loro argomentazioni sulla base di tali informazioni»*.

L'organo d'appello, ribaltando sul punto quanto rilevato dal panel, affermava che le Comunità non avevano rispettato la normativa prevista dall'accordo anti-dumping nello svolgimento dell'inchiesta.

Tale accordo, nell'interpretazione dell'organo d'appello, imponeva alle Comunità di mettere a disposizione delle parti interessate tutta la documentazione su cui poggiava l'inchiesta anti-dumping, ivi compresi i documenti esibiti solo nella fase giurisdizionale innanzi al panel.

Ciò in quanto il principale obiettivo degli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 6.4 ADA è quello di consentire alle parti di predisporre le proprie difese.

Secondo l'organo d'appello *«le osservazioni cui si riferisce l'art. 6.4 rappresentano il principale strumento di difesa dei propri interessi a disposizione dei soggetti sottoposti ad indagine anti dumping. Perciò non ottemperando all'obbligo di comunicazione del contenuto del documento (...) e privando di conseguenza l'esportatore brasiliano di un'opportunità di difesa, le Comunità aveva agito in contrasto con l'art. 6.2 ADA»* il quale prevede che *«per tutta la durata dell'inchiesta antidumping, le parti interessate hanno ampie possibilità di difendere i propri interessi»*⁵¹.

Il secondo dei reports qui presi in considerazione, è ritenuto un "leading case"⁵² per quanto riguarda l'affermazione dei principi di diritto amministrativo sul piano internazionale. Conosciuto come il caso "tartarughe e gamberetti" esso riguarda la controversia del 1997 che ha visto contrapporsi l'India, la Malesia e la Thailandia agli Stati

⁵⁰ cfr. Appellate Body Report EC – Bed Linen (Article 21.5 – India) par. 136.

⁵¹ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 134 a 150. Per ulteriori analisi di questo report si veda M. de Bellis, *The disclosure of information: anti-dumping duties and the WTO System* pubblicazioni IRPA; K. Adamantopoulos, D. De Notaris, *The future of the WTO and the reform of the anti-dumping agreement: a legal perspective*, 24 *Fordham Int'l L.J.* 30 (2000); R. Bhala, *New WTO antidumping precedents (part one: the dumping margin determination)*, 6 *Sing. J. Int'l and Comp. L.* 335(2002); J. Bourgeois, *WTO Dispute Settlement in the Field of Antidumping Law*, 1 *J. Int'l Economic Law* 259 (1998); R. Cunningham, *Five years of the WTO Antidumping Agreement and Agreement on subsidy and countervailing measures*, 31 *Law and Policy in International Business* 897 (2000); L.D. Hamilton, *US antidumping decision and the WTO standard of review: deference or disregard*, 4 *Chi. J. Int'l L.* 265 §(2003); A. Perfetti, *Sviluppi dell'antidumping nell'OMC: l'illiceità del metodo dello 'zeroing'*, *Dir. Comm. Int.* 935 (2004).

⁵² cfr. Ulteriori analisi sono state svolte da S. Cassese in *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standard globali per i diritti amministrativi nazionali* ora in S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza 2006, pag. 68 ss. . In generale per un commento del caso vedi, Cone, *The Appellate Body, the Protection of Sea Turtles and the Technique of Completing the Analysis*, in *Journal World Trade*, 1999, p.51.

Uniti⁵³. Questi paesi contestavano il divieto imposto dagli Stati Uniti all'importazione di gamberetti e di prodotti derivati.

Il presupposto di tale divieto era stato rinvenuto nell'interesse a proteggere determinate specie di tartarughe marine poste in pericolo dall'utilizzo di alcuni metodi di pesca.

Al fine di perseguire tale interesse veniva individuato un particolare metodo di pesca il cui utilizzo era posto come condizione essenziale per ottenere dalle autorità amministrative statunitensi l'autorizzazione ad esercitare l'attività di pesca dei gamberetti.

Il panel aveva ritenuto, da un lato, che le misure statunitensi non potevano essere giustificate con riferimento all'art XX GATT⁵⁴, dall'altro, che tali misure rappresentavano una discriminazione ingiustificata tra paesi suscettibile di incidere negativamente sull'interesse proprio dell'organizzazione rappresentato dal corretto funzionamento del sistema commerciale multilaterale⁵⁵.

⁵³ cfr. Nel 1987 gli Stati Uniti emanarono un regolamento che, in applicazione di una legge del 1973 sulle specie marine in via d'estinzione, imponeva ai pescatori di gamberetti l'utilizzo di un dispositivo di pesca (il DET) in grado di escludere da questa le tartarughe marine. Successivi regolamenti sono stati emanati fino al 1990 quando la disciplina è stata sostanzialmente modificata in modo da rendere obbligatorio l'uso di tale dispositivo in ogni stagione ed in qualunque luogo in cui la pesca dei gamberetti possa comportare una significativa incidenza sulla vita delle tartarughe marine. In particolare il 21 novembre 1989 era stato adottato l'art. 609 della legge generale n. 101-162 il quale disponeva alla lettera a) che il Segretario di Stato americano intraprende negoziazioni in vista dell'elaborazione di accordi bilaterali o multilaterali per la protezione e la conservazione delle tartarughe marine sia con altri Paesi, sia con quei Paesi che partecipano ad operazioni di pesca commerciali suscettibili di nuocere alle tartarughe marine. Alla lettera b) dello stesso articolo si imponeva a partire dal 1° maggio 1991 l'interdizione all'importazione di gamberetti pescati con metodi di pesca suscettibili di nuocere alle tartarughe marine. Inoltre, si prevedeva in particolare che potessero costituire un'eccezione a tale disciplina i prodotti importati da Paesi che avevano ottenuto una speciale certificazione del Dipartimento di Stato americano. Gli aspetti fattuali della vicenda sono contenuti nel Panel Report in particolare ai paragrafi 2.1-2.16. Per una sintesi della vicenda vedi Di Stefano, *Soluzione delle controversie*, op. cit.; R. Howse, *The Appellate Body Ruling in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environmental Debate*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 27, 2002, p. 491.

⁵⁴ cfr. In particolare afferma che «il divieto di importazione di gamberetti e prodotti derivati dai gamberetti applicato dagli Stati Uniti in base alla Section 609 of Public Law 101-162 è incoerente con gli Art XI:1 GATT 1994, e non può essere giustificato sulla base dell'art XX del GATT 1994» (Confronta Panel Report paragrafi 7.48, 7.49, 7.62 e Appellate Body Report paragrafo 112); raccomandando, di conseguenza, al DSB di richiedere agli Stati Uniti di rendere le misure adottate conformi agli obblighi derivanti dall'Accordo WTO (Cfr. Panel Report par. 8.1 e 8.2 e Appellate Body Report par. 7)

⁵⁵ cfr. Il Panel osserva in primo luogo che l'art XX GATT1994, interpretato nel suo contesto e in considerazione dell'oggetto e dello scopo del GATT e dell'Accordo WTO, consente solo ai membri di derogare alle disposizioni del GATT1994 purché, così facendo, essi non compromettano il sistema commerciale multilaterale dell'OMC. Ciò, secondo il Panel, si verifica quando un Membro compromette il funzionamento dell'Accordo OMC in modo tale che non è più possibile l'accesso al mercato e la garanzia di un trattamento non discriminatorio in un quadro multilaterale. In particolare il Panel ritiene che il tipo di misure adottate da un membro le quali, di per se, può sembrare abbiano un impatto minore sul sistema del commercio multilaterale, possono tuttavia sollevare una grave minaccia per quel sistema ove misure analoghe siano adottate dallo stesso Membro o da altri. In tal modo, secondo il Panel, consentendo questo tipo di misure, anche se il loro impatto individuale può apparire tale da non compromettere il sistema commerciale multilaterale, si potrebbe comunque comprometterne la sicurezza e la prevedibilità. In ragione di ciò ritiene che, nel considerare le misure adottate ai sensi dell'art XX GATT1994, esso debba determinare "non solo se le misure di per se compromettano il sistema commerciale multilaterale del WTO, ma anche se quel tipo di misure, se adottate da altri membri, possano minacciare la sicurezza e la prevedibilità del sistema commerciale multilaterale". Sul punto Cfr. il Panel Report al par. 7.44 e l'Appellate Body Report al par. 112.

Dal canto loro gli Stati Uniti, nel ricorso all'organo d'appello, difendevano la legittimità della normativa adottata argomentando sulla base di diversi punti⁵⁶.

In primo luogo sostenevano che, come previsto dall'art. XX GATT 1994, la normativa contestata era necessaria alla protezione della vita e della salute umana, animale e della flora, sia rispetto alla necessità di ridurre la mortalità di una specie a rischio di estinzione, sia rispetto alla necessità di utilizzare un determinato metodo di pesca ritenuto maggiormente sufficiente a tali scopi⁵⁷.

Sostenevano inoltre che la disciplina adottata per la pesca di gamberetti presentava un nesso sostanziale con la conservazione delle tartarughe marine⁵⁸.

Infine evidenziavano che all'adozione di una disciplina restrittiva si affiancava una corrispondente limitazione della produzione e del consumo, come previsto dall'art. XX GATT 1994.

La pronuncia dell'organo d'appello appare di particolare interesse sotto diversi profili che riguardano, da una parte, la definizione degli interessi e degli scopi dell'organizzazione e, dall'altra, la conformità delle misure statunitensi all'accordo GATT 1994 sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale⁵⁹.

Per quanto riguarda la definizione degli interessi e degli scopi dell'organizzazione, l'organo d'appello rileva che l'art. XX GATT 1994 non può non riferirsi anche alla tutela e alla conservazione di risorse naturali di tipo vivente.

Rispetto al secondo rilievo indicato, l'organo d'appello riteneva, sotto il profilo sostanziale, che la disciplina giuridica adottata dagli Stati Uniti era, in linea di principio, ragionevolmente correlata con il fine che intendeva perseguire e che, essendo posta in essere congiuntamente ad una diminuzione della produzione e del consumo interno non contrastava con la norma dell'accordo GATT 1994.

Diversamente, per quanto attiene al procedimento amministrativo attraverso il quale le autorità statunitensi applicano la disciplina contestata, l'organo d'appello giunge ad una diversa conclusione sulla base del preambolo dell'art. XX GATT 1994.

Osserva, infatti, che può concretizzarsi un caso di abuso, o cattivo uso, delle eccezioni previste dalle stesse norme OMC, non solo quando la disciplina adottata da

⁵⁶ cfr. Appellate Body Report paragrafi da 9 a 28.

⁵⁷ cfr. L'art. XX GATT94 rubricato "Eccezioni Generali" prevede, nella parte iniziale, che uno Stato Membro possa adottare delle misure volte a tutelare una serie di particolari interessi pubblici nazionali e che nessuna delle disposizioni previste dall'Accordo GATT possa essere interpretata in modo tale da impedire allo Stato Membro l'adozione di tali misure. Allo Stato Membro viene in tal modo riconosciuto uno spazio entro il quale esercitare la propria discrezionalità in maniera più ampia rispetto a quanto può fare ai sensi di altre disposizioni della normativa del GATT94 così come della normativa OMC. Tuttavia, ai sensi della medesima parte iniziale dell'Art. XX GATT94, ciò deve avvenire "a condizione che tali misure non vengano applicate in maniera da costituire un mezzo di discriminazione arbitrario o ingiustificato fra i paesi nei quali prevalgono le medesime condizioni, oppure una restrizione mascherata del commercio internazionale".

⁵⁸ cfr. In merito il Panel aveva osservato che "il sistema TED, quando correttamente installato, usato e adattato alle specifiche aree geografiche, può essere uno strumento utile per la tutela delle tartarughe marine" (Cfr. Appellate Body Report par. 26).

⁵⁹ cfr. Appellate Body Report par. da 111 a 186.

uno Stato Membro appaia arbitraria e ingiustificata dal punto di vista sostanziale, ma, anche quando tale disciplina venga attuata in maniera arbitraria e ingiustificata.

Nel caso in esame l'organo d'appello censurava la disciplina statunitense in oggetto contestando alle autorità statali di non aver proceduto all'espletamento di una fase negoziale con tutte le parti interessate; di non aver fornito ad alcuni Stati la possibilità di essere formalmente ascoltati durante il procedimento di autorizzazione alle attività di pesca condotto dalle autorità amministrative; contestava la mancanza di motivazione dei provvedimenti adottati e, infine, di non aver fornito la possibilità di azionare rimedi giurisdizionali avverso una decisione sfavorevole.

In altri termini, dal punto di vista sostanziale, l'organo d'appello riteneva che la disciplina statunitense non fosse in contrasto con gli accordi OMC poiché volta al perseguimento di un fine, proprio dell'organizzazione, in modo ragionevole ed imparziale.

Contrasto che, diversamente, veniva rilevato per quanto riguarda l'applicazione della disciplina contestata in quanto questa, omettendo di garantire l'applicabilità di istituti riconducibili al principio del giusto procedimento, era suscettibile di costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi in cui sussistono le medesime condizioni oppure una restrizione dissimulata al commercio internazionale ai sensi dell'art. XX GATT 1994.

III.III. Principio di imparzialità - Nel marzo del 2003 Antigua e Barbuda inoltrarono richiesta di consultazioni agli Stati Uniti in merito ad alcune leggi sia federali che statali riguardanti i servizi legati al gioco d'azzardo e alle scommesse⁶⁰.

Antigua sosteneva che l'impatto complessivo delle misure statunitensi concretizzasse una forma di "total prohibition" della fornitura, da Stati Membri del WTO verso gli Stati Uniti, di servizi transfrontalieri legati al gioco d'azzardo e alle scommesse e che ciò violava l'Accordo GATS ed in particolare il GATS Schedule sottoscritto dagli Stati Uniti.

Dinanzi al panel Antigua sosteneva che, poiché gli Stati Uniti hanno assunto l'impegno di garantire un pieno accesso al loro mercato, gli stessi, mantenendo in vigore le misure contestate, agiscono in violazione delle obbligazioni derivanti dalle norme GATS e dal GATS Schedule.

Il quadro generale della normativa GATS rilevante nel caso di specie può essere così tracciato. L'Art XVI GATS, prevede che «ciascun Membro accorderà ai servizi e ai prestatori di servizi di un altro Membro un trattamento non meno favorevole di quello previsto a norma dei

⁶⁰ cfr. Il contenzioso dinanzi agli organi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio ha avuto uno sviluppo alquanto complesso essendo stati analizzati molti aspetti ed essendo state poste in essere varie fasi procedurali fino alla richiesta di Antigua di vedere autorizzate misure di ritorsione, successivamente contestate dagli Stati Uniti, a cui è seguito il deferimento del DSB, in merito a tali ultimi aspetti, ad un'ulteriore fase di arbitrato. Di conseguenza verranno analizzati i soli aspetti che si ritiene siano rilevanti per lo scopo della presente analisi.

termini, delle limitazioni e delle condizioni concordate e specificate nel suo elenco» Tale norma viene applicata solo nel caso in cui uno Stato abbia preso specifici impegni nella propria schedule. Per tale ragione questa assume rilevanza nel verificare se le gli Stati Uniti abbiano o meno assunto degli impegni in materia di servizi legati alle scommesse e al gioco d'azzardo. Lo stesso articolo al secondo comma prevede le misure che un Membro dovrà astenersi dal tenere in essere o dall'adottare, a livello regionale o per tutto il territorio nazionale, nei settori oggetto di impegni in materia di accesso al mercato. In particolare l'articolo fa riferimento alla lettera (a) alle *«limitazioni del numero dei fornitori dei servizi sotto forma di contingenti numerici, monopoli, concessioni di diritti in esclusiva o imposizione di una verifica della necessità economica»*.

Tuttavia uno Stato Membro può adottare una normativa che differisca da quanto previsto dall'Accordo GATS purché tale normativa possa essere giustificata ai sensi degli Artt. XIV e XIV bis GATS i quali prevedono delle eccezioni applicabili agli obblighi di carattere sia generale che speciale. Tali norme riconoscono il diritto di un Membro di derogare ai propri obblighi al fine di perseguire determinate politiche nazionali. L'art. XIV, infatti prevede che *«Fermo restando l'obbligo di non applicare i provvedimenti in maniera da causare discriminazioni arbitrarie o ingiustificate tra paesi dove vigono condizioni analoghe, ovvero restrizioni dissimulate agli scambi di servizi, nulla di quanto contenuto nel presente accordo è inteso ad impedire l'adozione o l'applicazione da parte dei Membri» di una serie di misure comprese quelle finalizzate a «(a) salvaguardare la morale pubblica o a mantenere l'ordine pubblico»⁶¹.*

Il panel report⁶² viene contestato innanzi all'organo d'appello al quale vengono poste diverse questioni, in particolare a) alcune relative alla "United States GATS Schedule"⁶³; b) altre riguardanti i rilievi del panel sulla conformità della normativa statunitense all'art. XIV GATS e alle "eccezioni generali" previste dallo stesso accordo.

Rispetto alla prima questione sottoposta, l'organo d'appello argomentava richiamando un suo precedente al fine di osservare che, anche se la GATS Schedule consiste in un vincolo unilaterale, essa rappresenta *«un comune accordo tra tutti i Membri»⁶⁴.*

⁶¹ cfr. Aspetto questo che viene in rilievo nella vicenda in esame poiché gli Stati Uniti sostengono che le misure da loro adottate siano finalizzate a contrastare le organizzazioni criminali, il riciclaggio di denaro e le frodi all'interno dei servizi forniti dal territorio di Antigua.

⁶² cfr. Il Panel a conclusione della sua analisi rileva, tra gli altri e per quanto qui interessa, che: 1) il GATS Schedule degli Stati Uniti, in particolare la sotto sezione "10.D" denominata "Other recreational services (except sporting)", include specifici impegni relativi ai servizi di scommesse e gioco d'azzardo; 2) che quattro delle otto leggi statali in esame violavano gli obblighi statunitensi derivanti dall'Art XVI GATS relativi all'accesso al mercato; 3) il Panel, inoltre, rileva che gli Stati Uniti non hanno dimostrato che le tre leggi federali siano giustificabili ai sensi dell'art. XIV(a) e (c) del GATS così come rispondenti ai requisiti di cui alla parte iniziale dell'art. XIV GATS. Cfr. Appellate Body Report paragrafo 5 e 6; Panel Report par. 7.2 (a)-(d).

⁶³ cfr. In particolare gli Stati Uniti contestano il rilievo del panel il quale ritiene che la sotto sezione 10.D del GATS Schedule include specifici impegni in materia di servizi sul gioco d'azzardo e sulle scommesse. Gli Stati Uniti sostenevano che l'esclusione dei servizi "sportivi" dal campo di applicazione della sottosezione D.10, comportava anche l'esclusione dei servizi di scommesse e gioco d'azzardo. Conseguentemente ritenevano che il Panel avesse male interpretato il senso ordinariamente attribuito alla denominazione della sottosezione 10.D ("other recreational service except sporting"), ritenendo erroneamente che la parola "sporting" non includa le scommesse e il gioco d'azzardo.

⁶⁴ cfr. Appellate Body Report, EC – Computer Equipment, par. 109.

Conseguentemente l'organo d'appello ritiene che la loro analisi, al pari dell'interpretazione del testo di qualsiasi trattato, debba essere volta all'identificazione della comune intenzione dei Membri sulla base delle norme degli artt. 31 e 32 Conv. Vienna 1969. Su tali basi l'organo d'appello non accoglie le ragioni degli Stati Uniti e, anche se con argomenti non del tutto coincidenti, conferma la decisione del panel secondo cui la sottosezione 10.D della US Schedule del GATS include specifici impegni in relazione ai servizi di scommesse e gioco d'azzardo.

Successivamente l'Organo d'Appello prende in considerazione la coerenza delle misure in questione con gli obblighi degli Stati Uniti ai sensi dell'art. XVI GATS, obblighi la cui portata è legata agli impegni specifici presi nella Schedule. Nel caso specifico gli Stati Uniti si sono impegnati a garantire pieno accesso al mercato, ai sensi dell'art. XVI GATS, rispetto ai servizi inclusi nell'ambito di applicazione della sottosezione 10.D nella quale, in sostanza, si sono impegnati a non adottare o mantenere nessuna delle misure elencate nei sei sub paragrafi dell'art. XVI:2 GATS⁶⁵.

Secondo l'Organo d'Appello le misure adottate dagli Stati Uniti, anche se di natura qualitativa, poiché vietano l'offerta "a distanza" dei servizi di scommesse e gioco d'azzardo (predisponendo viceversa una fornitura del servizio di tipo "face to face"), hanno determinato una restrizione quantitativa all'ingresso nel mercato. Di conseguenza l'Organo d'Appello afferma che "le limitazioni ad una quota pari a zero" corrispondono a limitazioni quantitative in contrasto con l'art. XVI:2 (a)⁶⁶.

Come abbiamo visto l'art. XVI da una parte proibisce le restrizioni all'accesso al mercato, dall'altra permette l'adozione di normative nazionali, nella misura in cui queste prevedano restrizioni di tipo qualitativo e a condizione che non costituiscano una discriminazione verso i fornitori stranieri di servizi. Da questo punto di vista rileva anche la norma dell'art. VI rubricato "regolamentazione interna" ed, in particolare, il paragrafo 4, ai sensi del quale il consiglio per gli scambi di servizi formula le norme che possano risultare necessarie, finalizzate a garantire, *inter alia*, che i requisiti nazionali non siano più onerosi di quanto necessario a garantire la qualità del servizio⁶⁷.

⁶⁵ cfr. Rispetto a ciò, di fronte al Panel, Antigua sosteneva che gli Stati Uniti ponessero in essere misure contrarie all'art XVI:2 (a) e (c) GATS e che ciò era in contrasto con gli impegni presi nella sottosezione 10.D della Schedule degli Stati Uniti. Sul punto il Panel ha ritenuto che il divieto alla fornitura di determinati servizi effettivamente "limiti a zero" il numero dei fornitori di servizi. Ciò corrisponde di fatto ad una "zero quota" costituendo perciò una limitazione del numero dei fornitori di servizi nella forma di una quota numerica in contrasto con la norma dell'art. XVI:2 (a) GATS nonché una limitazione del numero totale di operazioni di servizio, o sulla quantità totale di servizi, sotto forma di contingenti ai sensi dell'articolo XVI: 2(c). Conseguentemente il Panel riteneva che gli Stati Uniti agissero senza rispettare le loro obbligazioni ai sensi dell'art. XVI GATS. Cfr. Appellate Body Report par. 216; Panel Report, par. 6.338 e 6.355.

⁶⁶ cfr. Appellate Body Report paragrafi 214 – 251 in particolare parr. 238 e 251.

⁶⁷ cfr. Questa norma può essere letta anche da un diverso punto di vista: ovvero nel senso che i negoziatori del GATS non vollero imporre un generale e obbligatorio test di non discriminazione delle normative nazionali nell'Accordo stesso, ma lasciarono la determinazione di tali aspetti a successivi negoziati relativi all'art. VI:4.

L'Organo d'Appello nel caso in esame adotta una interpretazione ampia considerando anche le misure nazionali di tipo qualitativo come restrizione dell'accesso al mercato, nel caso in cui tale misure esplichino effetti di tipo quantitativo⁶⁸.

Il punto principale della questione riguarda di conseguenza, la giustificabilità delle misure statunitensi ai sensi dell'art. XIV lett. a) GATS poiché necessarie a salvaguardare la morale pubblica o a mantenere l'ordine pubblico.

Rispetto a questo sia Antigua che gli Stati Uniti avevano sollevato questioni riguardanti la correttezza dell'interpretazione del Panel in particolare per quanto riguarda la determinazione del rispetto del requisito della "necessità" ai sensi dell'Art XVI(a) GATS. L'Organo d'appello, richiamando un suo precedente⁶⁹ sottolinea come l'indagine sulla "necessità" delle misure debba essere svolta attraverso «*a process of weighing and balancing a series of factors*»⁷⁰.

Tale indagine viene svolta nei passaggi successivi dell'AB Report⁷¹ e porta l'Organo d'Appello a modificare la decisione del Panel il quale analizzava la necessita delle tre leggi federali degli Stati Uniti, in base alla possibilità di svolgere consultazioni con Antigua. Tali consultazioni per l'Organo d'Appello non possono qualificarsi come una ragionevole misura alternativa e disponibile rispetto alla quale devono essere valutati i provvedimenti impugnati⁷². Di conseguenza non accoglie la conclusione del Panel secondo cui, poiché gli Stati Uniti non hanno svolto consultazioni con Antigua, non hanno fornito una giustificazione delle misure adottate ai sensi dell'art. XVI(a) GATS, le quali risultano quindi non "necessarie" ai sensi dello stesso articolo.

L'Organo d'Appello analizza comunque se le tre leggi federali degli Stati Uniti siano effettivamente "necessarie" per raggiungere gli obiettivi indicati dagli Stati Uniti e riconosciuti dal Panel⁷³ concludendo che, poiché gli stati Uniti hanno correttamente indicato la "necessità" delle misure mentre Antigua non ha indicato una ragionevole misura alternativa, gli Stati Uniti hanno dimostrato la necessita e quindi la giustificabilità delle misure adottate. Per tali ragioni l'Organo d'Appello ritiene che le misure statunitensi in oggetto siano «*misure ... necessarie alla protezione della morale pubblica e dell'ordine pubblico*» ai sensi dell'Art XVI(a) GATS.

L'ultimo punto analizzato dall'Organo d'Appello riguarda la corrispondenza delle misure in oggetto al dettato della parte iniziale dell'Art XIV GATS. Tale articolo prevede che «*fermo restando l'obbligo di non applicare i provvedimenti in maniera da causare discriminazioni arbitrarie o ingiustificate tra paesi dove vigono condizioni analoghe, ovvero restrizioni dissimulate agli scambi di servizi, nulla di quanto contenuto nel presente accordo è inteso ad impedire l'adozione o*

⁶⁸ cfr. In tal modo viene limitato il campo di applicazione della normativa nazionale: infatti la regolamentazione dei servizi considerati sicuri, soggetti alla disciplina futura ex art. VI:4, possono essere vietati dal GATS come restrizione dell'accesso al mercato ai sensi dell'art. XVI GATS.

⁶⁹ cfr. Appellate Body Report Korea – Various Measures on Beef, par. 164.

⁷⁰ cfr. Appellate Body Report par. 305 – 308.

⁷¹ cfr. Appellate Body Report par. 293 – 337.

⁷² cfr. Appellate Body Report paragrafo 321.

⁷³ cfr. Il Panel ha riconosciuto che le tre leggi federali (i) proteggono "very important societal interests", paragrafo 6.492 e 6.533; (ii) che "stric controls may be need to protect interests" paragrafo 6.493; (iii) che contribuiscono alla realizzazioni degli scopi prefissi, paragrafo 6.494

l'applicazione da parte dei membri di misure» alle quali, nel diritto interno, si riconosce carattere amministrativo.

Secondo l'Organo d'Appello, che modifica in parte le motivazioni del Panel, gli Stati Uniti non hanno dimostrato che le tre leggi federali in analisi vengano applicate in modo tale da non rappresentare una discriminazione arbitraria e ingiustificata tra fornitori di servizi statunitensi e di altri Stati Membri dell'OMC.

Dal report analizzato emerge come l'Organo d'Appello applichi il principio di ragionevolezza al fine di giustificare la "necessità" dell'esercizio di discrezionalità da parte di uno Stato Membro, in un ambito in cui ciò è consentito in via di eccezione, qualora siano rispettati alcuni requisiti tra cui quello della "necessità".

Tuttavia, l'Organo d'Appello, come abbiamo visto anche in altri Report svolge un'indagine sul modo in cui le disposizioni normative statunitensi vengono applicate. Ciò alla luce della parte iniziale dell'art. XIV GATS che richiede che l'applicazione delle misure avvenga in modo da non causare discriminazioni arbitrarie o ingiustificate.

Ed è su questo punto che l'Organo d'Appello sanziona gli Stati Uniti ritenendo che le misure da essi predisposte, se pur legittime rispetto alle varie norme rilevanti per il caso, non rispettino il divieto di applicazione "arbitraria e ingiustificata discriminazione".

In altri termini l'organo d'appello individua un limite all'azione degli Stati ulteriore rispetto a quello tracciabile attraverso il criterio della ragionevolezza. L'azione statale, anche qualora possa essere ritenuta, alla luce del criterio della ragionevolezza, necessaria al fine di tutelare interessi statali rilevanti, deve svolgersi all'interno di limiti che, funzionali alla tutela dei soggetti coinvolti, vengono individuati tra i principi originariamente elaborati nel campo del diritto amministrativo, quali, nel caso in oggetto, il principio di imparzialità. Principio che viene in rilievo come limite alla discrezionalità dello Stato Membro nella fase di applicazione delle misure legittimamente predisposte⁷⁴.

IV. Osservazioni generali - L'analisi della giurisprudenza OMC, seppur non esaustiva, permette di svolgere alcune osservazioni in merito al processo di affermazione nell'ordinamento giuridico internazionale di principi e istituti elaborati nell'ambito della scienza amministrativa dello stato.

In primo luogo, rispetto alle fonti, si può osservare come i riferimenti ai principi di *due process of law* siano presenti nei diversi accordi che costituiscono l'ordinamento OMC. Anzitutto nell'accordo GATT, il quale contiene norme di carattere generale, l'art. X e

⁷⁴ cfr. Per un'analisi di questo Report si vedano: S. Battini, G. Vesperini *Global and european Constraints Upon National Right to regulate the Service sector*, (febbraio 2008) <http://papers.ssrn.com> ; A. Chander, *Globalization and Distrust*, 114 Yale Law Journal 1193, 2005; P. Delimatsis, *Don't Gamble with GATS – The interaction between Article VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the light of the US-Gambling Case*, 40 Law Journal of World Trade 1059 , 2006; S.M.F. Geeroms "Cross-Border Gambling in the Internet under the WTO/GATS and EC rules compared: a justified restriction on the freedom to provide services?" in Publications-swiss Institute of Comparative Law, 2004, ISSU 47, p. 143 ss.

l'art. XX, nelle quali tali principi sono richiamati in via generale. Allo stesso modo i diversi accordi settoriali contengono norme, quali l'art. 3.3 accordo SPS, l'art. 6 accordo ADA, l'art. XIV GATS, che ne ribadiscono l'applicazione in relazione alle diverse materie.

In secondo luogo, i principi e gli istituti cui si fa riferimento hanno un contenuto e svolgono una funzione simili ai principi elaborati dalla scienza amministrativa negli ordinamenti statali.

Da questo punto di vista, si può osservare che l'art. X GATT, secondo l'interpretazione dell'organo d'appello sopra ricostruita, impone il rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e ragionevolezza, nello svolgimento dei procedimenti amministrativi attraverso i quali vengono applicate leggi, regolamenti, decisioni e norme statali relativi alla materia del commercio internazionale.

L'art. XX GATT, a sua volta, ne impone il rispetto anche all'interno del quadro delle "eccezioni generali", indicate dalla stessa norma, che consentono agli Stati di esercitare una più ampia discrezionalità nell'azione amministrativa in riferimento ad interessi di carattere pubblico aventi dimensione statale o internazionale.

Allo stesso modo, nel caso ormoni l'organo d'appello riconosce allo Stato Membro, ai sensi dell'art. 3.3 accordo SPS, la possibilità di adottare al fine di perseguire l'interesse statale alla tutela della salute pubblica, una misura che comportasse un livello di protezione sanitaria o fitosanitaria più elevato di quello previsto dagli standard internazionali in materia, solo attraverso una decisione motivata sulla base di criteri scientifici rispondenti alla norma dell'art. 5 Accordo SPS.

Nella controversia antidumping agli Stati Membri è data la possibilità di introdurre limiti al commercio con altri paesi attraverso la procedura di inchiesta volta a contrastare le pratiche di *dumping*, ritenute lesive non solo degli interessi commerciali degli Stati Membri ma, anche, del corretto funzionamento del sistema commerciale multilaterale. Tuttavia l'organo d'appello limita l'azione degli Stati Membri individuando nell'art. 6.4 ADA l'obbligo di rispettare il principio di trasparenza all'interno di un procedimento di natura amministrativa disciplinato e condotto sul piano internazionale, imponendo all'autorità investigante, un Membro OMC, di fornire alle parti interessate tutta la documentazione utile affinché queste possano predisporre le proprie difese.

Nell'ultimo report analizzato, relativo alla controversia sui servizi di scommesse su eventi sportivi, l'organo d'appello effettua l'analisi della disciplina statunitense per concludere che, se pure essa appaia necessaria, in applicazione di criteri di ragionevolezza, è al contempo illegittima sotto il profilo delle modalità di applicazione che appaiono discriminatorie.

Infine si può rilevare come il richiamo ai vari principi e istituti di *due process of law* sia inteso, tanto dai Membri parti delle controversie quanto dagli organi giurisdizionali, come funzionale a garantire i diritti di tutti i soggetti coinvolti dall'azione amministrativa di uno Stato Membro, sia che questa si espliciti a livello statale, negli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati dalle norme OMC, sia che si espliciti a livello

internazionale all'interno di procedimenti condotti da Stati Membri ma disciplinati interamente da norme dell'ordinamento dell'organizzazione mondiale del commercio.

Complessivamente quindi, si può osservare come l'affermarsi di principi di *due process of law* nel diritto internazionale avvenga, da una parte, attraverso la loro previsione all'interno dei trattati istitutivi di un'organizzazione internazionale universale quale l'OMC; dall'altra attraverso la giurisprudenza degli organi giurisdizionali della stessa organizzazione. Questi contribuiscono alla definizione delle forme e dei limiti di applicazione di tali principi. In particolare la giurisprudenza dell'organo d'appello permette di rilevare l'affermarsi di tali principi quali principi generali del diritto internazionale generalmente riconosciuti.

Da questo punto di vista l'opera dell'organo d'appello è favorita dalla dimensione diplomatica che inevitabilmente sussiste all'interno del sistema giurisdizionale OMC. L'organo d'appello infatti non può non prendere in considerazione le opinioni degli Stati Membri in ordine al valore, forma, funzione e limiti dei singoli principi e istituti di *due process of law*.

Rileva da questo punto di vista la decisione dell'organo di non pronunciarsi in merito al principio di precauzione invocato dalla Comunità Europea nel caso ormoni in quanto non vi era un'opinione comune di tutti o comunque della più parte degli Stati Membri.

Allo stesso modo, ma in senso opposto, rilevano i continui richiami che gli Stati Membri fanno, nelle diverse controversie, ai principi di *due process of law*. Richiami che permettono all'organo d'appello, da una parte, di applicare tali principi, dall'altra di definirne il contenuto all'interno di un ordinamento dove si confrontano esperienze giuridiche differenti che trovano in sede giurisdizionale un momento di confronto.

Il principale contributo che in definitiva si può ascrivere al sistema giurisdizionale OMC, in merito all'emergere dei principi di *due process of law* nel diritto internazionale, consiste proprio nella sua capacità di far sì che essi «non esauriscano i propri effetti nella cerchia dei Paesi che possono considerarsi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale» così che possano «assurgere a principi di diritto internazionale, in quanto principi riconosciuti, se non da tutti i Paesi del mondo, dai più»⁷⁵.

L'effettività di tale contributo appare evidente se consideriamo la giurisprudenza OMC nel complesso della sua evoluzione che, come rilevato, muove dalla norma dell'art. X GATT 1947 per procedere alla individuazione e specificazione dei principi in oggetto rispetto sia all'ordinamento dell'organizzazione complessivamente inteso, sia rispetto ai singoli accordi di cui esso si compone.

Norma, quella dell'art. X GATT 1947, che mutuata dal *Freedom of information act* statunitense del 1948 acquisisce, per il tramite dell'ordinamento OMC, una dimensione

⁷⁵ cfr. G. Della Cananea, *Audi alteram partem: uno standard di civiltà*, in *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, a cura di Cezzi, Portaluri, Tondi della Mura, Vetrò, Collana della Facoltà di giurisprudenza del salento, nuova serie numero 23, Edizioni Scientifiche Italiane 2011, Napoli.

universale, venendo oggi richiamata da paesi di diversa tradizione giuridica all'interno di controversie internazionali.

V. La funzione dei principi tipici del diritto amministrativo nel diritto internazionale - Le indicate peculiarità del sistema giurisdizionale dell'OMC permettono di svolgere alcune considerazioni anche in ordine alla funzione che principi tipici del diritto amministrativo statale svolgono nel diritto internazionale.

La giurisprudenza analizzata permette, infatti, di cogliere l'importanza che i principi in oggetto rivestono nel delimitare il "limes" della discrezionalità Statale sia rispetto ad interessi degli altri Membri, sia ad interessi ritenuti rilevanti per l'ordinamento sovranazionale.

Nel diritto internazionale il limite della discrezionalità che lo Stato può esercitare in ragione della propria Sovranità è stato variamente ricostruito sulla base della teoria delle competenze o della teoria della potestà di governo funzionale.

Sul presupposto della mancanza di una funzione esecutiva centralizzata, la teoria delle competenze configura gli Stati come organi dell'ordinamento internazionale i quali agiscono sulla base di competenze ad essi delegate per il perseguimento di interessi di carattere generale.

La teoria della potestà di governo descrive, a sua volta, i poteri discrezionali degli Stati come manifestazioni della sovranità internazionale al di fuori della sfera territoriale che le norme internazionali consentono per il perseguimento di scopi specifici.

Nel primo caso i poteri discrezionali degli Stati, in quanto competenza delegata, soggiacciono ai limiti stabiliti dall'ordinamento delegante. Nel secondo caso i limiti ai poteri discrezionali vengono definiti di volta in volta intorno all'obiettivo dello Stato agente.

A livello giurisdizionale il controllo sui poteri discrezionali degli Stati si è sviluppato progressivamente ad opera in particolare della Corte Internazionale di Giustizia a partire dal principio di ragionevolezza.

Nella sua giurisprudenza più risalente la Corte richiamava la ragionevolezza al solo scopo di escludere la legittimità dell'esercizio arbitrario ed illogico dei poteri Sovrani.

Diversamente in tempi più recenti il requisito della ragionevolezza è stato valorizzato nell'ambito di un giudizio sull'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità dell'azione dello Stato in particolare nelle situazioni in cui l'esercizio del potere può interferire con la tutela di interessi di altri Stati parti di un accordo o riferibili alla Comunità Internazionale in quanto tale.

Come è stato rilevato, la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia si inserisce nella tendenza «*a rendere più concreto e strutturato il meccanismo di controllo dell'esercizio dei poteri discrezionali*»⁷⁶.

Tendenza che appare comune ad altre istanze giurisdizionali internazionali, sia a livello universale che regionale⁷⁷.

Per quanto riguarda gli ordinamenti giuridici a vocazione universale, la giurisprudenza OMC evidenzia una nuova tendenza in materia di limiti all'azione degli Stati.

Il ricorso ai principi di giustizia procedurale da parte dell'organo contenzioso OMC, permette di ricondurre i poteri che gli Stati esercitano negli spazi discrezionali lasciati loro dall'ordinamento dell'organizzazione internazionale di riferimento, all'interno di limiti che trovano il loro fondamento in principi di diritto che, seppur sviluppati nelle tradizioni giuridiche di determinati Stati, si può ritenere che, coerentemente con lo sviluppo del diritto internazionale della cooperazione tra Stati e a seguito di rilevazione in sede giurisdizionale, siano attualmente riconosciuti quali principi generali di diritto⁷⁸ dotati per ciò di una loro autonomia di significato.

Ed in ciò consiste il principale e più innovativo contributo dell'organo d'appello.

Contributo che si sviluppa all'interno del fenomeno noto come “dialogo tra corti” ma che al contempo si differenzia in ragione delle peculiari caratteristiche dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Occorre infatti rilevare che la materia del commercio corrisponde ad uno dei quattro elementi di cui si costituisce il concetto di potenza sul piano delle relazioni internazionali così come definito a partire da Westfallia⁷⁹.

Inoltre, la Carta dell'Avana e il GATT 1947 prima, e l'OMC adesso, sono parte essenziale delle istituzioni create a Bretton Woods. Istituzioni che costituiscono, nel loro insieme e nonostante le loro evoluzioni, i riferimenti istituzionali su cui poggia l'ordine internazionale basato sul principio di cooperazione tra Stati.

⁷⁶ cfr. Deborah Russo, *Sull'uso della ragionevolezza da parte della Corte Internazionale di Giustizia nel controllo sull'esercizio dei poteri discrezionali degli Stati*, in Riv. Di Dir. Internaz. Vol. XCVII Fasc. 2 anno 2015, Giuffrè Editore.

⁷⁷ cfr. Di particolare interesse è l'esperienza regionale europea in ragione, soprattutto, dei caratteri propri di questo ordinamento che portano a privilegiare canoni di interpretazione volti ad evidenziare la coerenza della norma e delle sue applicazioni con le finalità perseguite dai trattati. La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale relativa al principio di ragionevolezza evidenzia come la verifica di legittimità rimessa al giudice si concretizzi in un giudizio sulla proporzionalità della norma, G. Tesaro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Colana Lectio Magistralis dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa Facoltà di Giurisprudenza, Editoriale Scientifica, Napoli.). In altri termini, tanto la Corte Internazionale di Giustizia quanto la Corte Europea di Giustizia e il Tribunale, delimitano il “limes” dell'esercizio dei poteri pubblici, soggetti dei rispettivi ordinamenti, attraverso la valutazione delle congruità e coerenza della norma rispetto al fine prefissato. Il “limes” dell'azione dei pubblici poteri è di conseguenza da rintracciare all'interno della norma statale, o comunitaria, in quanto la ragionevolezza, identificandosi con la coerenza e la congruità della norma rispetto al fine, non presenta i caratteri dell'autonomia.

⁷⁸ cfr. G. Della Cananea, *Audi alteram partem: uno standard di civiltà*, in *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera* a cura di Cezzi, Portaluri, Tondi della Mura, Vetrò, Collana della Facoltà di giurisprudenza del salento, nuova serie numero 23, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, Napoli.

⁷⁹ cfr. W. Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, Società editrice il mulino, Bologna 2001.

Tali istituzioni internazionali rappresentano gli “spazi” (non unici ma sicuramente tra i più rilevanti) all’interno dei quali gli Stati, attualmente, possono esercitare la loro “potenza”.

Da qui l’importanza che i principi di giustizia procedurale elaborati dalla scienza amministrativa statale assumono sul piano delle relazioni internazionali.

Tali principi, come evidenziato attraverso l’analisi della giurisprudenza OMC, pongono dei limiti alla discrezionalità degli Stati ulteriori rispetto a quelli derivanti dall’applicazione del principio di ragionevolezza.

Attraverso tali principi infatti la potenza degli Stati viene delimitata dal punto di vista giuridico, non solo con riferimento alla necessità e proporzionalità dell’azione statale, ma soprattutto, con riferimento alle modalità di esercizio dell’azione statale laddove questa, nell’azione a tutela di interessi nazionali, coinvolga interessi propri di altri soggetti dell’ordinamento internazionale o riferibili alla Comunità Internazionale.

Ciò d’altronde appare coerente con le ragioni storiche che portarono alla creazione del sistema istituzionale di Bretton Woods ed in particolare del sistema del commercio multilaterale.

Il sistema commerciale internazionale era caratterizzato nei primi decenni del secolo scorso da squilibri economici e finanziari dovuti all’incapacità delle grandi potenze di comprendere quanto i loro interessi nazionali coincidessero nel risolvere il problema del più grande benessere mondiale. Esse, viceversa, perseguirono «*la soddisfazione del più grande interesse nazionale subordinandogli l’interesse mondiale, senza pensare alle reazioni immediate o lontane di questa politica*» così che può ritenersi che «*fu il principio della precarietà che venne a sostituire quello antico della stabilità*»⁸⁰.

Finalità perseguita proprio attraverso l’esercizio dell’azione amministrativa statale volta ad introdurre restrizioni ai prodotti esteri e aiuti ai prodotti nazionali così impedendo lo sviluppo del commercio internazionale⁸¹.

Tra le due guerre le principali forme di politica economica venivano infatti attuate tramite misure amministrative consistenti in proibizioni, contingentamenti, dazi anti dumping, misure di ritorsione e altre comunque volte ad introdurre restrizioni ai prodotti esteri e aiuti ai prodotti nazionali⁸².

⁸⁰ cfr. Benvenuto Grinzotti, *Economia e finanza mondiale*, La Comunità Internazionale, SIOI, Vol I, 1946 pp. 339 nota I.

⁸¹ cfr. Jean Royer, *La genesi e i principi fondamentali della Carta dell’Avana*, La Comunità Internazionale, SIOI, Vol III 1948 pp 543 e 5554.

⁸² cfr. Significativo quanto rilevato circa il sistema del “baratto diretto di merci” attraverso cui la Germania espandeva la propria influenza economica nei Balcani: «all’estero ci si immagina spesso che noi ricorriamo a chissà quale trucco, per viver così, senza oro, del baratto di merci. Credetemi, la cosa, forse, non è poi tanto difficile. Io sono una specie di merciaio ambulante. Passo, in aeroplano, dall’una all’altra capitale dei Balcani. Sono accolto premurosamente, giacché mi presento in nome di un potentato: Sua Maestà il Cliente...Ma credete che questo possa essere uno stato di cose normale? Noi siamo costretti a computare, con una certa rudimentalità medievale, il controvalore delle merci esportate e importate, sostituendo al gioco normale degli scambi e del credito una spaventevole burocrazia, non meno opprimente per chi la dirige, che per chi ne è la vittima. Ma la vita economica si fonda sulla libertà. Vi è qualche cosa di incredibilmente barbarico nel dover contrattare macchine contro grano, o apparecchi radio contro tabacco,

VI. Aspetti problematici e conclusioni - L'emergere di principi di diritto amministrativo all'interno dell'ordinamento internazionale appare un fenomeno che, spinto dalla necessità di affrontare problematiche di natura trans nazionale, si sviluppa attraverso processo ormai avviato e volto a ulteriori avanzamenti.

Sviluppi legati da una parte, all'aumento delle relazioni tra Stati all'interno delle sempre più numerose istituzioni internazionali di cooperazione.

Dall'altro all'emergere di nuovi interessi pubblici in seno alla Comunità Internazionale che tendono sempre più a definire i fini e quindi i vincoli dell'azione Statale ove questa tocchi tali interessi.

Aspetti questi che determinano la particolare problematicità della materia in quanto i principi di *due process of law*, definendo le modalità di azione degli Stati all'interno di istituzioni internazionali, costituiscono il moderno "limes" dell'esercizio della potenza che ogni stato pone in essere a tutela dei propri interessi.

Il problema posto agli Stati (soprattutto nella loro dimensione di Stato apparato) dall'affermazione dei principi di diritto amministrativo sul piano internazionale appare duplice. Da una parte occorre delineare il contenuto di tali principi poiché da esso derivano limiti all'azione dello Stato. Limiti che tuttavia devono essere definiti in ragione della tutela di esigenze di «*giustizia nell'amministrazione*»⁸³ ancor oggi avvertite dalla più parte dei membri della Comunità Internazionale. Dall'altro occorre delineare ed esprimere modelli e procedimenti amministrativi applicabili negli ordinamenti sovranazionali che permettano di contemperare le esigenze di tutela degli interessi nazionali dei Singoli Stati con le esigenze di tutela di interessi di altri soggetti internazionali e della stessa Comunità Internazionale.

Problematiche, queste, rispetto cui la scienza amministrativa statale dispone di strumenti che, affinati nel tempo e nell'applicazione, appaiono suscettibili di trovare applicazione, con i dovuti adattamenti, anche sul piano internazionale, contribuendo a delineare gli ulteriori sviluppi dell'ordinamento internazionale.

come un negro, che baratta il suo avorio contro ogni sorta di conterie, o la sua gomma contro tessuti di cotone. Credete davvero che sia questo un sistema degno di un'umanità civile?», Dott. Schacht, *La penetrazione economica della Germania nei Balcani*, in *Relazioni Internazionali*, 1937, n. 4. Pag. 69 citato in Giovanni de Maria *La Politica economica internazionale tra le due guerre mondiali* in *La Comunità Internazionale*, SIOI, Vol I. anno 1946.

⁸³ cfr. Silvio Spaventa, *Giustizia nell'Amministrazione*, discorso pronunciato presso l'Associazione Costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), pubblicato a cura dell'Istituto Italiano di Studi Filosofici, Napoli.